



5 juillet 2017

Modification de l'ordonnance sur les banques (FinTech)

Commentaires

Table des matières

1	Présentation du projet	3
1.1	Contexte	3
1.1.1	Innovations technologiques dans le secteur financier	3
1.1.2	Situation juridique actuelle	8
1.1.3	Lacunes du cadre juridique actuel.....	11
1.2	Nouvelle réglementation	12
1.2.1	Vue d'ensemble	12
1.2.2	Prolongation du délai pour les comptes d'exécution.....	13
1.2.3	Création d'un espace favorisant l'innovation	13
1.3	Appréciation de la solution	13
1.3.1	Généralités	13
1.3.2	Résultats de la procédure de consultation	14
1.3.3	Évaluation et pondération des résultats de la consultation	14
1.4	Droit comparé	15
1.4.1	Union européenne	15
1.4.2	Le Royaume-Uni en particulier.....	19
1.4.3	États-Unis	20
1.4.4	Évaluation du projet par rapport au droit étranger	22
2	Commentaire des dispositions	22
3	Conséquences	23
3.1	Conséquences pour la place économique suisse et la concurrence	23
3.2	Conséquences pour les acteurs concernés	24
3.3	Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	25
3.4	Résumé	25
4	Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral	25
5	Aspects juridiques	25
5.1	Constitutionnalité	25
5.2	Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse.....	25
5.3	Frein aux dépenses	25
5.4	Délégation de compétences législatives	25

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Innovations technologiques dans le secteur financier

1.1.1.1 Généralités

Le secteur financier fait face à des bouleversements liés à la progression du numérique. On observe, en particulier, que des entreprises innovantes opérant dans le domaine informatique numérisent les services financiers et offrent elles-mêmes aux clients ces services ainsi que les infrastructures afférentes. Ces entreprises dites FinTech¹ développent par exemple des services de paiement mobile et des technologies *blockchain*, proposent des services liés aux monnaies cryptographiques ou exploitent des plateformes de financement participatif (*crowdfunding*) sur Internet. Stimulée par les innovations technologiques, leur offre ne cesse de se développer et complète, voire remplace celle des prestataires traditionnels de services financiers. Ces entreprises lancent un défi aux modèles d'affaires traditionnels et sont susceptibles d'accélérer, du moins à terme, les changements structurels en cours non seulement dans le secteur financier, mais aussi dans l'ensemble de l'économie. Le secteur FinTech devrait ainsi exercer un effet disruptif sur la branche classique de la finance.

Facteur essentiel pour la concurrence entre entreprises financières, l'innovation constitue également un avantage concurrentiel de taille pour la place financière. Il est dès lors très important que la législation suisse sur les marchés financiers n'impose pas d'obstacles excessifs à l'accès au marché des entreprises FinTech. La réglementation financière doit ainsi garantir une juste concurrence entre les différents acteurs du secteur. Cela permettra de renforcer la capacité d'innovation des entreprises et l'attrait de la place financière suisse ainsi que la croissance de l'économie helvétique dans son ensemble.

1.1.1.2 Aperçu du secteur FinTech

Le secteur FinTech est très hétérogène. En général, les services proposés par les entreprises FinTech peuvent être classés dans les domaines suivants²:

- financement participatif (*crowdfunding*);
- opérations de paiement;
- applications basées sur la technologie *blockchain*;
- conseil en placement et gestion de fortune;
- analyse des données³.

1.1.1.3 Financement participatif⁴

Le terme «financement participatif», ou *crowdfunding*, fait communément référence à une forme alternative de financement destinée à des projets très divers. Cette dernière se distingue par le fait que les initiateurs des projets (les emprunteurs) font financer leurs projets en mobilisant un grand nombre de personnes majoritairement inconnues (les bailleurs de fonds), lesquelles n'apportent généralement qu'une toute petite partie du capital ainsi mis à disposition. La mobilisation des bailleurs de fonds se fait en règle générale par l'entremise de plateformes en ligne jouant le rôle de lien entre les bailleurs de fonds et les emprunteurs. Les modèles

¹ Le terme «FinTech» est la contraction de «finance» et de «technologies» (de l'information).

² Les domaines retenus reposent par principe sur la FinTech Study 2016 de l'Institute of Financial Services Zug IFZ de la Hochschule Luzern.

³ Le domaine «Insurtech» n'apparaît pas en tant que domaine indépendant dans la mesure où les modèles d'affaires y ayant cours sont pour l'heure pris en compte dans l'analyse.

⁴ Pour plus de renseignements, voir notamment SIMONE BAUMANN, *Crowdinvesting im Finanzmarktrecht*, thèse Zurich 2014.

d'affaires de ces plateformes, et notamment la façon dont les paiements sont effectués, peuvent être de nature très différente. Mais les campagnes de financement n'en présentent pas moins des traits communs, à savoir une durée donnée et un seuil de financement prédéfini. Si celui-ci n'est pas atteint dans le délai imparti, les fonds mis à disposition sont retournés aux bailleurs.

Le *crowdfunding* peut revêtir de nombreuses formes, mais on distingue généralement quatre catégories principales, selon la contrepartie.

- *Crowddonating* (don): les bailleurs de fonds n'attendent ni remboursement, ni contrepartie. Il s'agit là d'une forme de financement participatif qui est tout particulièrement adaptée aux projets poursuivant des idéaux.
- *Crowdsupporting* (mécénat): les bailleurs de fonds renoncent au remboursement des sommes mises à disposition mais perçoivent une contrepartie immatérielle ou une faible contrepartie matérielle (par exemple apparition dans le générique de fin d'un film ou invitation à l'avant-première).
- *Crowdlending* (prêt participatif): dans cette forme de financement participatif, des prêts sont accordés aux destinataires des fonds. En cas de prêt à des personnes morales, ce sont des fonds de tiers qui sont mis à disposition. Le financement se fait alors contre remboursement des fonds apportés et contre versement d'un dédommagement adéquat (dans la plupart des cas un intérêt). Entre également dans la catégorie du *crowdlending* l'octroi de prêts partiaires⁵.
- *Crowdinvesting* (investissement participatif): il s'agit d'une forme de financement d'entreprise prévoyant, en contrepartie de la mise à disposition des fonds, une participation dans la société et, le cas échéant, aux bénéfices de l'entreprise. Contrairement au prêt participatif, des fonds propres sont mis à la disposition des emprunteurs. Cette forme de financement est couramment utilisée par les start-up, qui n'ont normalement pas accès à des financements par les canaux classiques des marchés financiers (*equity-based crowdfunding*).

1.1.1.4 Opérations de paiement

Les nouveaux services de paiement sont proposés principalement entre des clients finaux privés (*peer-to-peer*, *P2P*) ou entre des clients finaux privés et des entreprises (*peer-to-business*, *P2B*). Si, dans le cas des paiements *P2P*, il s'agit surtout de simples virements bancaires, les paiements *P2B* sont, eux, utilisés lors de l'achat de marchandises ou de services (par exemple à la caisse ou sur Internet, dans le cadre du commerce électronique).

Ces nouveaux services de paiement peuvent varier en fonction des aspects suivants:

- *Technique d'accès*: les paiements peuvent se faire aussi bien sur place (par exemple à la caisse du magasin) qu'à distance (via Internet). Dans le cas des magasins physiques, il est possible d'opérer une distinction supplémentaire entre les paiements avec contact et les paiements sans contact. Les paiements avec contact sont par exemple des paiements par carte se faisant grâce à un contact électronique ou magnétique entre le terminal de caisse du magasin physique et la puce se trouvant sur la carte de paiement. Dans le cas des paiements sans contact, les informations sont en revanche transmises à faible distance via les technologies *Near Field Communication (NFC)* ou *Bluetooth*, par exemple.
- *Dispositif d'accès*: dans le cas des nouveaux services de paiement, ce sont essentiellement des *smartphones*, des *tablettes* ou des *PC* qui sont employés comme dispositifs d'accès. Il est également possible d'effectuer des paiements sans contact par carte au

⁵ Les prêts partiaires sont des prêts en bonne et due forme assortis d'une obligation de remboursement mais comportant un accord spécifique portant sur le dédommagement dû au titre de la mise à disposition des fonds. Leur caractéristique tient au fait que le prêteur se voit promettre une partie des bénéfices réalisés par l'emprunteur grâce à l'emploi contractuellement défini de la somme mise à sa disposition. Il est également possible de prévoir un dédommagement obligatoire prenant la forme d'un intérêt.

moyen d'un smartphone. Dans ce cas de figure, les informations relatives à la carte sont transmises du *smartphone* au *terminal*, par exemple à l'aide de la technologie NFC.

- *Canal d'accès*: pour les nouveaux services de paiement, ce sont essentiellement les *terminaux* de point de vente, Internet ou encore le réseau de téléphonie mobile qui font office de canaux d'accès. Pour autant, il est également possible de passer par d'autres canaux (par exemple des distributeurs automatiques de billets). Les nouveaux services de paiement combinent souvent ces différents canaux.

Les nouveaux services de paiement mettent également à contribution l'infrastructure existante en matière de paiements en s'appuyant la plupart du temps sur les règles et procédures en vigueur pour les cartes de paiement (cartes de crédit ou de débit) ou en faisant transiter les virements ou prélèvements par des infrastructures déjà mises en place.

Dans un sens plus large, les services d'initiation de paiement et d'information sur les comptes entrent également dans le domaine des opérations de paiement. Les services d'initiation de paiement permettent à un client d'effectuer directement un paiement sur Internet après la conclusion d'une opération en ligne. Dans les modèles d'affaires de certains prestataires de services, le client est redirigé par le commerçant en ligne vers le site Web de l'initiateur de paiement. Celui-ci contacte alors le prestataire de services de paiement du client (la banque de ce dernier) pour accéder à son compte de paiement. Une fois le paiement déclenché et les informations de compte (par exemple le solde du compte) vérifiées, le service d'initiation de paiement indique alors au commerçant en ligne si le paiement a été effectué ou non. Dans l'affirmative, le partenaire commercial envoie la marchandise sans délai⁶.

Les services d'information sur les comptes, en revanche, ne sont pas des services de transfert de fonds. Leur rôle est de permettre aux utilisateurs de consulter des informations relatives aux comptes qu'ils détiennent auprès de différentes banques et de différents établissements financiers. Pour ce faire, les prestataires de services se voient accorder un accès aux données de ces comptes. L'utilisateur ne doit pas regrouper lui-même les données qui le concernent en ouvrant plusieurs accès de banque en ligne mais peut faire transférer lesdites informations à un prestataire qui lui permettra de toutes les consulter en un coup d'œil.

1.1.1.5 Applications basées sur la technologie *blockchain*⁷

Mode de fonctionnement

De manière très schématique, une *blockchain* est une base de données décentralisée (registre distribué ou *distributed ledger*) qui compile au sein d'une «chaîne de blocs» toutes les transactions déjà réalisées. Elle permet de stocker des données qui ne sont par la suite plus modifiables. Il est alors possible de transférer, d'enregistrer et de prouver la propriété de valeurs numériques sans avoir à faire appel à une tierce personne (en règle générale un service centralisé). C'est avec l'exemple de la chaîne de blocs bitcoin⁸ qu'il est le mieux possible d'illustrer le fonctionnement de la technologie *blockchain*.

Pour effectuer une transaction par voie électronique, chaque utilisateur doit disposer d'une adresse qui correspond au numéro de compte dans les opérations de paiement. En la matière, il s'agit de la clé publique (*public key*, clé de vérification de signature selon la loi du 19 décembre 2003 sur la signature électronique, SCSE⁹), qui est liée de manière cryptographique

⁶ Voir ROLF H. WEBER./SIMONE BAUMANN, FinTech – Schweizer Finanzmarktregulierung im Lichte disruptiver Technologien, in: Jusletter vom 21. September 2015, p. 6.

⁷ Voir LUZIUS MEISSER, Kryptowährungen: Geschichte, Funktionsweise, Potential in: WEBER ROLF H. THOUVENIN FLORENT (Hrsg.), Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich, Bd. Nr. 61, p. 73 ss; Distributed Ledger, Die Technologie hinter den virtuellen Währungen am Beispiel der Blockchain, BaFin-Journal Februar 2016, p. 28 ss.

⁸ Les bitcoins sont une monnaie cryptographique. Pour plus de renseignements, voir le rapport du Conseil fédéral du 25 juin 2014 sur les monnaies virtuelles en réponse aux postulats Schwaab (13.3687) et Weibel (13.4070), p. 7 s.

⁹ RS 943.03

à une clé privée (*private key*, clé de signature selon la SCSE). Chaque transaction est signée numériquement au moyen de la clé privée (signature électronique selon la SCSE). Les autres utilisateurs peuvent la vérifier à l'aide de leur propre clé publique. Chaque utilisateur peut générer autant de comptes qu'il le souhaite sans recourir à des tiers. La signature numérique identifie l'utilisateur de manière certaine en tant que détenteur du compte correspondant, mais ni son nom ni ses autres caractéristiques personnelles n'apparaissent.

Les transactions demandées sont ensuite regroupées dans un pool avant d'être intégrées dans la chaîne de blocs. Selon le niveau de sécurité souhaité, elles sont alors acceptées plus ou moins rapidement. Les transactions correctes ne peuvent échouer que si l'expéditeur empêche assez tôt leur exécution (par exemple en envoyant au système, par erreur ou volontairement, une transaction qui envoie ailleurs les mêmes bitcoins).

Le pool de transactions est constitué d'un réseau de milliers d'ordinateurs connaissant toutes les transactions et s'échangeant les nouvelles transactions à conditions que celles-ci soient jugées valides au vu de l'historique des transactions ou de l'état du compte de l'expéditeur. Une petite partie de ces ordinateurs appartient aux «mineurs», lesquels, en utilisant d'importantes puissances de calcul, regroupent de nouvelles transactions environ toutes les dix minutes pour en faire un nouveau bloc. Celui-ci est alors adossé à la chaîne de blocs et envoyé à tous les participants au réseau. La puissance de calcul des mineurs ne sert pas, à proprement parler, à vérifier les transactions, mais à protéger la chaîne de blocs de toute manipulation. Pour manipuler cette dernière, il faudrait en effet disposer de plus de la moitié de la puissance de calcul y participant. Afin d'inciter les mineurs à mettre à disposition une puissance de calcul aussi importante que possible et, partant, à rendre le système encore plus sûr, ceux-ci sont récompensés par des bitcoins nouvellement créés et perçoivent des taxes sur les transactions. Au final, ce mécanisme permet de donner naissance à une chaîne de blocs reposant les uns sur les autres dans l'ordre chronologique de leur création (d'où le nom chaîne de blocs). Et la mise à la suite de tous les blocs permet de retracer et de vérifier toutes les transactions passées en remontant jusqu'au premier bloc (*genesis block*).

Les données contenues dans une chaîne de blocs ne peuvent pas être modifiées sans qu'il soit nécessaire de déployer à nouveau toute la puissance de calcul fournie jusque-là par tous les ordinateurs participant au système. Or, la probabilité d'une telle modification étant quasiment nulle, compte tenu des performances actuelles des ordinateurs, on peut considérer que la *blockchain* est une technologie infalsifiable.

La technologie *blockchain* se caractérise par son ouverture. Son utilisation n'est en effet pas limitée à un cercle donné de participants mais est par principe ouverte à tous. Cette technologie peut en outre être mise en œuvre indépendamment de tout but. Pour autant, elle peut être organisée en réseaux privés et fermés, par exemple au sein d'une association (*private blockchain*).

Possibilités d'application

Comme indiqué plus haut, la technologie *blockchain* permet, pour le dire simplement, de stocker des données qui ne sont par la suite plus modifiables ni supprimables. On peut donc envisager d'utiliser à l'avenir les chaînes de blocs à titre de registre de propriété pour des valeurs numériques, mais aussi pour n'importe quelle valeur physique. La technologie *blockchain* et ses possibilités d'utilisation pratique n'en sont toutefois qu'à leurs balbutiements, même si différents participants au marché ont déjà commencé à les tester. Pour l'heure, il est impossible de prédire si elles se révéleront efficaces et dans quels domaines elles pourront être utilisées.

Les monnaies virtuelles, au premier rang desquelles le bitcoin, sont jusqu'ici la principale possibilité d'utilisation de la technologie *blockchain* dans le domaine financier. Les innovations techniques autorisent toutefois des possibilités d'utilisation de plus en plus variées et flexibles en la matière. À cet égard, citons notamment les *tokens* (jetons) attribués à un utilisateur par le système Ethereum, et qui, à l'image des autres monnaies cryptographiques, sont librement négociables partout dans le monde et permettent d'émettre des valeurs de toutes sortes sur

la chaîne de blocs Ethereum. Pour ce faire, l'émetteur attribue au *token* émis une certaine valeur (monnaie ayant cours légal, or ou actions, par exemple) et la garantit. Ces possibilités d'utilisation n'en sont toutefois qu'au premier stade de leur développement.

Les contrats auto-exécutables sont un autre exemple d'utilisation de la technologie *blockchain*. Appelés *smart contracts* (contrats intelligents) ce sont en fait des programmes informatiques basés sur le Web, qui répliquent des contrats et soutiennent de manière technique leur exécution. Ces algorithmes informatiques fixent quelles conditions conduisent à quelle décision. L'exécution des contrats et leur surveillance sont entièrement automatisées. L'emploi de *smart contracts* pourrait permettre à l'avenir de réduire non seulement les risques de contrepartie, mais aussi les risques opérationnels inhérents auxdites parties. Pour autant, ces *smart contracts* n'en sont eux aussi qu'à leurs débuts.

1.1.1.6 Conseil en placement et gestion de fortune

Le conseil en placement et la gestion de fortune automatisés constituent un autre modèle d'affaires des entreprises FinTech: ici, le client est aidé par un programme informatique dans ses décisions de placement ou de gestion de fortune. Ce modèle utilise souvent des plateformes sur lesquelles l'investisseur potentiel peut saisir des données personnelles importantes pour la décision d'investissement, par exemple le montant à investir ou encore sa propension au risque. Des algorithmes calculent alors les possibilités d'investissement. Certains modèles d'affaires incluent également la surveillance permanente des portefeuilles dans les prestations qu'ils proposent. Les algorithmes réagissent alors aux évolutions du marché ou à d'éventuels besoins d'optimisation fiscale au regard de la structure existante des portefeuilles. Ils en déduisent ensuite des recommandations individuelles permettant d'ajuster les portefeuilles ou procèdent même automatiquement à ces ajustements.

Dans le cadre du conseil en placement et de la gestion de fortune, il est possible de distinguer plusieurs niveaux d'automatisation: le robot-conseil (*robo-advice*) constitue le niveau le plus élevé. Il s'agit de modèles d'affaires proposant un conseil en placement et une gestion de fortune totalement ou partiellement automatisés, dans le cadre desquels un ordinateur définit et met en œuvre une stratégie individuelle de placement sur la base des données saisies par l'utilisateur¹⁰. Inversement, le conseil personnalisé constitue le niveau d'automatisation le moins élevé. Et il existe des solutions hybrides combinant des éléments du robot-conseil avec des éléments du conseil personnalisé. Dans le cadre du courtage en ligne (*online brokerage*), les clients effectuent eux-mêmes leurs opérations de gestion de fortune et leurs investissements à l'aide de leurs ordinateurs. De nos jours, cela se fait encore la plupart du temps sans recourir à des stratégies de placement basées sur des algorithmes.

1.1.1.7 Analyse des données

L'analyse des données recourt à des méthodes statistiques permettant d'obtenir des informations sur la base des données numériques collectées. Citons ici l'analyse de masses de données (ou analyse des *big data*), qui consiste à collecter puis à dépouiller de très grandes quantités de données. Les chaînes de données (personnelles) existantes ou entrantes des clients sont évaluées afin de permettre la conception d'offres sur mesure. L'objectif est d'analyser les transactions clients collectées et d'établir des corrélations autorisant une prévision aussi précise que possible des souhaits futurs des clients sur la base de calculs de probabilité et d'algorithmes modernes. L'analyse des *big data* est très utile aux prestataires de services financiers lorsqu'ils doivent examiner la solvabilité d'une personne, segmenter la clientèle, proposer des produits personnalisés ou encore garantir la sécurité (détection de tentatives de fraude par exemple).

¹⁰ Pour plus de renseignements sur le robot-conseil, voir ROLF H. WEBER/RAINER BAISCH, *Regulierung von Robo-Advice in: Aktuelle juristische Praxis (AJP) 2016, p. 1067.*

Les portails de comparaison, qui permettent de déterminer les meilleures offres (par exemple en matière d'assurances), sont également des entreprises FinTech relevant du domaine de l'analyse.

1.1.2 Situation juridique actuelle

1.1.2.1 Loi sur les banques

Champ d'application

À l'heure actuelle, il n'existe en Suisse aucune réglementation propre aux modèles d'affaires des FinTech. Ce sont dès lors les lois en vigueur sur les marchés financiers qui s'appliquent¹¹. En fait notamment partie la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)¹². Selon la LB, les personnes qui ne disposent pas d'une licence bancaire ne peuvent pas accepter des dépôts du public à titre professionnel (art. 1, al. 2, et art. 46, al. 1, let. a, LB) ou faire de la publicité pour l'acceptation de dépôts (art. 49, al. 1, let. c, LB).

Est considéré comme dépôt du public le fait d'accepter un engagement vis-à-vis de tiers pour son propre compte, action par laquelle la personne concernée devient elle-même redevable du remboursement de la prestation correspondante (voir l'ATF 136 II 43, consid. 4.2). Il faut donc partir du principe que tous les engagements constituent des dépôts. Les exceptions à ce principe sont réglées de manière exhaustive par l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (OB)¹³, à l'art. 5, al. 2 et 3 (voir l'ATF 132 II 382, consid. 6.3.1, avec les références). Ne sont notamment pas considérés comme des dépôts:

- 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'art. 1156 du code des obligations (CO)¹⁴ (voir l'art. 5, al. 3, let. b, OB).

D'après le message du Conseil fédéral du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin)¹⁵, il devrait à l'avenir également être possible de bénéficier de l'exception lorsqu'une feuille d'information de base standardisée est émise¹⁶.

- 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 versé sur les comptes (art. 5, al. 3, let. c, OB).

L'exception autorise la détention liquide de fonds destinés à l'exécution d'une opération principale sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une licence bancaire pour la fourniture de ce service. L'interdiction de verser des intérêts applicable à ce type de comptes vise à garantir une circulation rapide et une limitation du volume de tels montants (voir la circulaire de la FINMA 2008/3 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, ch. marginal 16).

- Les fonds de faible montant affectés à un moyen de paiement ou à un système de paiement, lorsqu'ils servent uniquement à l'acquisition future de biens ou de services et ne produisent pas d'intérêt (art. 5, al. 3, let. e, OB).
- Les fonds dont le remboursement et la rémunération sont garantis par une banque (garantie du risque de défaillance, art. 5, al. 3, let. f, OB).

¹¹ Voir l'art. 1, al. 1, de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1).

¹² RS 952.0

¹³ RS 952.02

¹⁴ RS 220

¹⁵ FF 2015 8101

¹⁶ FF 2015 8146

Agit à titre professionnel celui qui, sur une longue période, accepte plus de 20 dépôts du public ou fait appel au public pour obtenir des dépôts, même si le nombre de dépôts obtenus est inférieur à 20 (art. 6 OB).

La LB soumet l'octroi d'une autorisation à des conditions strictes. En la matière, il faut mentionner notamment le capital minimal de 10 millions de francs qui doit être constitué (voir l'art. 3, al. 2, let. b, LB en relation avec l'art. 15 OB), ainsi que les exigences en matière de fonds propres et de liquidités selon l'art. 4 LB. En outre, les banques doivent confier un audit à la société d'audit présentant les critères d'autorisation les plus élevés (voir l'art. 18 LB et l'art. 9a de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision; LSR¹⁷). Les audits menés par ce type de sociétés sont en général très onéreux.

Applicabilité de la LB aux entreprises FinTech

Bon nombre de modèles d'affaires FinTech reposent sur l'acceptation de fonds de tiers à titre professionnel. Ils tombent dès lors sous le coup de la LB si aucune exception concrète n'existe.

- *Financement participatif (crowdfunding)*: les prêts qui sont mis à disposition par un grand nombre de personnes par l'intermédiaire de plateformes sont considérés comme des dépôts du public au sens de la LB si aucune exception ne s'applique. Est ainsi soumis à la LB celui qui, dans le cadre d'un modèle de prêt participatif (*crowdlending*), collecte à titre professionnel des fonds et qui, sous une forme ou une autre et indépendamment de certains paramètres, s'engage à les rembourser. Dans d'autres modèles de financement participatif, les emprunteurs peuvent exceptionnellement tomber sous le coup de la LB s'ils s'engagent à fournir une contrepartie. Sont exclus du champ d'application de la LB les cas dans lesquels sont émis des emprunts par obligations (voir l'art. 5, al. 3, let. b, OB) et dans lesquels un prospectus complet est rédigé. Cependant, cette exception ne se rencontre que rarement car l'établissement d'un prospectus complet est complexe et onéreux.

L'exploitant d'une plateforme de financement participatif peut, pour autant que les fonds transitent par ses propres comptes, entrer dans le champ d'application de la LB pour toutes les formes de financement participatif. Cela vaut notamment s'il n'agit pas seulement en qualité d'intermédiaire entre les bailleurs de fonds et les emprunteurs mais devient également redevable du remboursement des montants investis. L'art. 5, al. 3, let. c, OB peut éventuellement permettre une exception (comptes d'exécution). Comme l'a constaté le Conseil fédéral, cette exception peut être appliquée aux modèles d'affaires FinTech, et notamment aux plateformes de financement participatif¹⁸. Toutefois, selon la pratique de la FINMA, l'exception ne s'applique en règle générale que lorsque les fonds sont transmis dans un délai de sept jours. Si la collecte de fonds pour un projet devant être financé par la méthode du financement participatif dure plus de sept jours, l'exception ne s'applique pas.

- *Opérations de paiement*: les nouveaux services de paiement tombent normalement sous le coup de la LB dans la mesure où, par nature, des fonds de clients transitent par l'exploitant. L'exception visée à l'art. 5, al. 3, let. e, OB (acquisition future de biens ou de services) ne peut s'appliquer que lorsque, conformément à la pratique de la FINMA, les fonds de clients ne dépassent pas le montant de 3000 francs. Les rabais ou autres avantages pécuniaires ne peuvent être accordés que sur les biens ou les services et ne doivent pas dépendre du montant des avoirs (voir la circulaire de la FINMA 2008/3 Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, ch. marginal 18^{bis}). Dans les cas où les opérations effectuées par le biais du système de paiement équivalent à un transfert d'argent ou de valeurs, il faut en outre qu'un lien suffisant existe avec l'achat de biens ou de services (finalité). En règle générale, les *applications de paiement mobile*, qui visent principalement à permettre des transferts d'argent entre particuliers (*relations de pair à pair*), ne peuvent dès lors pas bénéficier de cette exception.

¹⁷ RS 221.302

¹⁸ Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 20 avril 2016.

Dans le cadre de simples transferts d'argent ou de valeurs, les *money transmitters* (sociétés de transfert de fonds) font en premier lieu office d'intermédiaires. Ils acceptent les valeurs patrimoniales et les transmettent à des tiers. Ces fonds sont également considérés comme des dépôts du public. En règle générale, le transfert des fonds se fait dans un délai assez court, ce qui fait que l'exception de l'art. 5, al. 3, let. c, OB (comptes d'exécution) s'applique et que, partant, la LB ne s'applique pas.

- *Technologie blockchain*: en Suisse, les activités commerciales les plus courantes liées aux bitcoins (utilisation, commercialisation et exploitation d'une plateforme de négoce) sont, pour ce qui est du droit des marchés financiers, évaluées en détail dans le rapport du Conseil fédéral du 25 juin 2014 sur les monnaies virtuelles en réponse aux postulats Schwaab (13.3687) et Weibel (13.4070)¹⁹. Les résultats de cette analyse sont par extension valables pour les autres monnaies virtuelles comparables aux bitcoins.

Le rapport mentionné précise entre autres que les bitcoins peuvent par principe avoir un caractère de dépôts, par exemple lorsqu'un négociant de bitcoins accepte des bitcoins de la part de ses clients en vue d'opérations de change à venir²⁰. Les principales caractéristiques de l'acceptation de ces bitcoins sont (i) le fait que le client ne puisse pas disposer à tout moment des bitcoins sans l'intervention d'un négociant, (ii) le fait que le négociant ait une obligation de paiement vis-à-vis du client et (iii) le fait que les bitcoins acceptés tombent dans la masse en faillite du négociant en cas de faillite de ce dernier. Par conséquent, les valeurs patrimoniales acceptées en bitcoins peuvent tout autant représenter des dépôts du public que les valeurs patrimoniales acceptées en monnaies officielles (en liquide ou en monnaie scripturale)²¹.

La qualification juridique des bitcoins n'est toutefois pas encore tranchée. Les travaux correspondants ont été lancés et devraient avancer rapidement²².

1.1.2.2 Autres lois sur les marchés financiers

Différents modèles FinTech entrent non seulement dans le champ d'application de la LB, mais aussi dans celui de la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA)²³. Les exploitants de plateformes de financement participatif, qui acceptent sur leurs comptes des fonds servant à financer des projets, par exemple en transférant aux emprunteurs le total des sommes collectées au nom et pour le compte des bailleurs de fonds, sont ainsi considérés comme des intermédiaires financiers selon l'art. 2, al. 3, LBA. De manière générale, les exploitants de nouveaux services de paiement et les *money transmitters* sont eux aussi soumis à la LBA.

De même, l'achat et la vente de monnaies virtuelles à titre professionnel (commerce cryptographique), l'exploitation de plateformes de négoce de bitcoins transmettant des fonds ou des bitcoins d'utilisateurs de la plateforme à d'autres utilisateurs ainsi que l'exploitation de distributeurs automatiques de bitcoins tombent en règle générale sous le coup de la LBA.

L'entrée dans le champ d'application de la LBA entraîne pour la personne concernée des obligations de diligence (notamment la vérification de l'identité du cocontractant, l'identification de l'ayant droit économique et l'obligation de communiquer) selon les art. 3 ss LBA et l'obligation

¹⁹ Voir le rapport du Conseil fédéral du 25 juin 2014 sur les monnaies virtuelles en réponse aux postulats Schwaab (13.3687) et Weibel (13.4070), p. 12 ss.

²⁰ Voir le rapport du Conseil fédéral du 25 juin 2014 sur les monnaies virtuelles en réponse aux postulats Schwaab (13.3687) et Weibel (13.4070), p. 12 ss.

²¹ Il peut notamment y avoir dépôts du public lorsque des déposants transfèrent des unités de monnaies virtuelles depuis leur portefeuille électronique vers l'adresse du destinataire et que ce dernier devient redevable de leur remboursement. D'après la pratique en cours, des dépôts du public peuvent également être constitués par le transfert au prestataire de services d'un pouvoir de disposition sur la clé privée du client ou lorsque ce dernier ne peut plus disposer librement des valeurs patrimoniales liées à cette clé privée sans faire appel au prestataire de services.

²² Voir également le communiqué de presse du Conseil fédéral du 2 novembre 2016.

²³ RS 955.0

de s'affilier à un organisme d'autorégulation ou de se placer directement sous le contrôle de la FINMA (art. 14 LBA).

Dans certains cas, les plateformes de financement participatif peuvent également tomber sous le coup de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses (LBVM)²⁴ ou de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC)²⁵. À l'avenir, la fourniture de services numériques dans le domaine de la gestion de fortune pourrait en outre nécessiter une autorisation du fait de la LEFin. Par ailleurs, certains services proposés dans le domaine des FinTech, notamment le conseil numérique en placement, pourraient à l'avenir également tomber sous le coup de la LSFIn.

1.1.3 Lacunes du cadre juridique actuel

Comme indiqué plus haut (voir le ch. 1.1.2.1), différents modèles d'affaires FinTech reposent sur l'acceptation de fonds de tiers à titre professionnel (en tant que dépôts du public) au sens de la LB. Les entreprises concernées sont donc tenues d'obtenir une licence bancaire si aucune des exceptions prévues par la loi ne s'applique.

La licence bancaire s'applique à des modèles d'affaires qui peuvent comporter un risque élevé pour les clients et en termes de stabilité. Les affaires classiques des banques reposent sur les opérations d'intérêts et sur les services y afférents: les banques opèrent une transformation des échéances en acceptant des dépôts à court terme (opérations passives) et en prêtant tout ou partie de ces fonds sous la forme de crédits à long terme (opérations actives). Cette transformation des échéances est notamment porteuse de risques de liquidités et de taux que la LB tente de limiter en imposant des exigences strictes en termes de moyens financiers. Les prescriptions visent ainsi en premier lieu à garantir une protection adéquate des dépôts des clients et leur remboursement à ces derniers. Pour les entreprises FinTech, il est toutefois presque impossible de satisfaire aux exigences imposées par la LB.

Nombre de modèles d'affaires FinTech ne sont pas associés à la transformation des échéances caractéristique des banques ni aux risques qui en découlent. Les exigences élevées prévues par la LB paraissent excessives pour ces modèles d'affaires. Alors que les évolutions technologiques pourraient faciliter l'entrée sur le marché d'entreprises non bancaires dans certains secteurs d'activité, il existe ici des barrières réglementaires qui limitent l'intensité de la concurrence. Du point de vue macroéconomique, cela n'est pas souhaitable. De fait, la réglementation actuelle pourrait avoir pour effet involontaire de freiner l'innovation et de maintenir inutilement des structures existantes, ce qui se traduirait par une perte de compétitivité internationale et d'attrait de la place financière suisse. La branche n'étant que très peu liée à un lieu d'implantation, une délocalisation d'entreprises financières innovantes vers l'étranger n'est pas exclue.

Le présent projet propose dès lors de réglementer les entreprises FinTech dont les services ne relèvent pas de l'activité bancaire classique en fonction de leur potentiel de risque, soit en les excluant du champ d'application de la législation sur les banques, soit en adaptant à leur activité les exigences requises en termes d'autorisation.

En revanche, les exigences imposées par la LBA ne constituent pas pour les FinTech des obstacles à l'accès au marché qu'il faudrait supprimer. Aucun indice ne permet de supposer que les entreprises FinTech (pour autant qu'elles soient soumises à la LBA) seraient moins exposées au risque de blanchiment d'argent et qu'il conviendrait donc de leur appliquer au titre de la LBA des exigences moins strictes que celles appliquées aux autres intermédiaires financiers. Ajoutons que les devoirs d'identification, de diligence et de communication découlant de la LBA ne devraient pas constituer un obstacle technique insurmontable pour les entreprises FinTech et qu'il est de toute façon dans l'intérêt de la branche et de sa réputation de ne pas être associée à un quelconque blanchiment d'argent ou financement du terrorisme.

²⁴ RS 954.1

²⁵ RS 951.31

Les autres lois sur les marchés financiers ne comportent elles non plus aucun obstacle à l'accès au marché susceptible de handicaper spécifiquement les FinTech.

1.2 Nouvelle réglementation

1.2.1 Vue d'ensemble

Les modèles d'affaires existants dans le secteur des FinTech sont, comme indiqué ci-dessus, très variés. Eu égard à la transformation numérique du secteur financier, on peut en outre penser que de nouveaux modèles d'affaires, actuellement impossibles à anticiper, vont se faire jour. Dès lors, pour éviter que la réglementation ne prenne du retard sur les évolutions techniques, le nouveau dispositif renonce à dessein à réglementer des modèles d'affaires spécifiques, mais s'attache plutôt à formuler des règles allant au-delà des modèles d'affaires, ouvertes sur l'avenir et visant à réglementer, en fonction de leur potentiel de risque, les entreprises FinTech qui proposent des services en dehors du champ d'activité traditionnel des banques. Concrètement, les points suivants de l'OB seront modifiés:

- En premier lieu, l'exception comprise dans l'OB pour l'acceptation de fonds à des fins d'exécution (voir l'art. 5, al. 3, let. c, OB) s'appliquera désormais explicitement aux opérations exécutées dans un délai de 60 jours (au lieu du délai de sept jours prévu en principe selon la pratique actuelle). Ce délai ne s'applique pas aux négociants en valeurs mobilières. Pour ceux-ci, la pratique actuelle de la FINMA, qui ne prévoit pas de délai précis, reste déterminante.
- Ensuite, un espace favorisant l'innovation sera créé: l'acceptation de dépôts du public jusqu'à 1 million de francs ne sera pas considérée comme une activité commerciale et sera de ce fait exonérée de l'obligation d'autorisation.

Une troisième modification du droit bancaire a déjà été examinée par le Parlement dans le cadre des débats concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin). En décembre 2016, le Conseil des États s'est prononcé en faveur de la création, dans la LB, d'une nouvelle catégorie d'autorisation pour les entreprises qui acceptent des dépôts du public jusqu'à concurrence de 100 millions de francs sans toutefois les investir ni les rémunérer. Ces entreprises bénéficieraient ainsi, dans les domaines de l'établissement des comptes, de l'audit et de la garantie des dépôts, de conditions d'autorisation et d'exploitation moins strictes par rapport à la licence bancaire actuelle.

Début février 2017, le Conseil fédéral a également envoyé le projet en consultation car il n'était pas possible de savoir à cette date comment évolueraient les débats sur le projet LSFin/LEFin. Aujourd'hui, on peut supposer que le Parlement adoptera le projet LSFin/LEFin fin 2017 ou début 2018, de sorte que l'on peut renoncer à un message sur la création d'une nouvelle catégorie d'autorisation. Étant donné que les trois mesures exposées ci-dessus constituaient initialement un tout, les considérations qui suivent se réfèrent aussi en partie à la nouvelle catégorie d'autorisation. Les mesures visent en premier lieu à réduire les obstacles excessifs qui entravent l'accès au marché des entreprises FinTech. Du fait du principe de l'égalité de traitement, ces mesures ne se limitent toutefois pas aux entreprises FinTech mais seront valables pour toutes les entreprises, notamment celles du secteur bancaire, qui remplissent les critères légaux en vigueur.

La transformation numérique du secteur financier laisse penser, comme indiqué plus haut, que de nouveaux modèles d'affaires, actuellement impossibles à anticiper, vont apparaître. Le Conseil fédéral va suivre ces évolutions de près et, le cas échéant, proposer rapidement les adaptations réglementaires qui pourraient se révéler nécessaires. Il prendra en outre les mesures qui s'imposent pour lever toutes les incertitudes et entraves légales pouvant exister dans le droit civil, notamment en matière de qualification juridique des monnaies virtuelles²⁶.

²⁶ Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 2 novembre 2016.

1.2.2 Prolongation du délai pour les comptes d'exécution

Comme cela a déjà été précisé au ch. 1.1.2.1, les soldes en compte non rémunérés 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 ne sont pas considérés comme des dépôts aux termes de l'actuel art. 5, al. 3, let. c, OB.

Comme l'a constaté le Conseil fédéral, cette exception peut être appliquée aux modèles d'affaires FinTech, et notamment aux plateformes de financement participatif²⁷. Toutefois, selon la pratique actuelle, l'exception ne s'applique en règle générale que lorsque les fonds sont transmis dans un délai de sept jours. Si la collecte de fonds pour un projet devant être financé par la méthode du financement participatif dure plus de sept jours, l'exception ne s'applique pas (voir également le ch. 1.1.3).

Pour remédier à ce problème et assurer une plus grande sécurité juridique, il sera désormais indiqué explicitement au niveau de l'ordonnance que l'exception s'applique aux fonds transmis dans un délai de 60 jours. Pour les négociants en valeurs mobilières, la pratique actuelle de la FINMA, qui ne prévoit pas de délai précis, reste déterminante.

S'agissant des risques, l'allongement du délai correspondant de sept à 60 jours semble acceptable (voir le ch. 3.2).

1.2.3 Création d'un espace favorisant l'innovation

Seules les personnes exerçant une activité à titre professionnel doivent obtenir une licence bancaire. Selon l'art. 6 OB, agit à titre professionnel celui qui, sur une longue période, accepte plus de 20 dépôts du public ou fait appel au public pour obtenir des dépôts, même si le nombre de dépôts obtenus est inférieur à 20 (voir le ch. 1.1.2.1).

Cependant, les modèles d'affaires utilisés dans le secteur des FinTech visent en principe la participation de plus de 20 personnes. C'est pourquoi nombre de modèles d'affaires FinTech tombent rapidement sous le coup des dispositions du droit bancaire. Les entrants sur le marché n'ont par conséquent pas la possibilité de tester l'efficacité conceptuelle et économique de leur modèle d'affaires dans un cadre restreint avant de décider s'ils souhaitent ou non demander une autorisation, qui est relativement chère. La réglementation actuelle a donc un effet limitatif sur l'innovation.

L'espace exempt d'autorisation sera par conséquent élargi pour devenir un espace d'innovation. Aucune autorisation ne sera désormais nécessaire pour celui qui, sur une longue période, accepte plus de 20 dépôts du public ou fait appel au public pour obtenir des dépôts, à condition que ceux-ci ne dépassent pas au total 1 million de francs.

L'élargissement de l'espace exempt d'autorisation tel que décrit ci-dessus entraîne des risques. Ainsi, les fonds acceptés ne sont pas concernés par le système de garantie des dépôts, ce qui accroît le risque de perte pour le client en cas de faillite. Ce risque sera toutefois limité par l'interdiction de principe d'investir ou de rémunérer les avoirs reçus dans l'espace d'innovation. Il convient en outre de rendre les clients attentifs au fait que leurs dépôts ne sont pas garantis en cas de faillite et qu'aucune surveillance n'est exercée par la FINMA (voir aussi le ch. 3.2)

1.3 Appréciation de la solution

1.3.1 Généralités

En lieu et place de la nouvelle réglementation (y compris la proposition de nouvelle catégorie d'autorisation déjà examinée par le Parlement), il serait possible de créer de nouvelles règles

²⁷ Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 20 avril 2016.

spécifiquement adaptées aux différents modèles d'affaires. Comme indiqué plus haut, le secteur des FinTech comporte cependant des modèles d'activité très divers, et il y a tout lieu de penser que d'autres modèles, actuellement impossibles à identifier, vont encore apparaître. Adopter une réglementation axée sur des modèles d'affaires spécifiques aurait l'inconvénient majeur de ne pas permettre à ladite réglementation de s'adapter aux évolutions techniques. Elle serait rigide et non tournée vers l'avenir. En outre, une réglementation détaillée de différents modèles d'affaires serait contraire à la réglementation basée sur les principes qui a fait ses preuves sur le marché financier suisse.

1.3.2 Résultats de la procédure de consultation

Le projet a fait l'objet d'une procédure de consultation entre le 1^{er} février et le 8 mai 2017. La plupart des participants approuvent les grandes lignes du projet tout en émettant certaines réserves. Nombre d'entre eux craignent ainsi que le projet entraîne des distorsions de la concurrence. Ils estiment que les établissements financiers traditionnels pourraient être désavantagés par rapport aux nouvelles entreprises Fintech entrant sur le marché et exigent notamment que ces dernières ne soient pas exclues du dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Plusieurs voix s'élèvent pour demander la définition plus précise de certains termes, le relèvement des seuils fixés, aussi bien pour les activités nécessitant une autorisation allégée que pour celles qui ne sont pas soumises à autorisation, la prolongation à 90 jours du délai prévu pour les comptes d'exécution et l'introduction d'une règle transitoire pour la procédure en cas de dépassement du seuil de 1 million de francs (transition entre les activités exemptes d'autorisation et celles soumises à autorisation). En outre, l'introduction d'une clause de révision est souvent exigée.

Enfin, certains participants souhaitent l'adaptation d'autres lois et la clarification de questions en suspens. Ils demandent notamment l'assujettissement de l'activité de financement participatif à la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC)²⁸ et la suppression de l'exigence de la forme écrite. Le besoin de clarification concerne surtout la législation sur la protection des données, l'identité numérique ainsi que la qualification de monnaie virtuelle et d'actifs numériques.

1.3.3 Évaluation et pondération des résultats de la consultation

Sur la base de la consultation, les principales modifications suivantes ont été apportées au projet:

- À l'art. 6, al. 2, let. c, OB, il est précisé que l'information requise doit être communiquée aux déposants par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte.
- L'art. 6, al. 3, OB définit une procédure en cas de dépassement du seuil de 1 million de francs. Celui qui dépasse ce seuil doit en informer la FINMA dans les dix jours et lui adresser dans les 30 jours une demande d'autorisation conformément aux dispositions de la loi. Si le but de protection de la LB l'exige, la FINMA peut interdire au demandeur d'accepter d'autres dépôts du public jusqu'à ce qu'elle ait rendu sa décision.
- Le texte des commentaires est harmonisé avec celui de l'ordonnance, notamment en ce qui concerne les termes «opérations actives» et «investir et rémunérer».

Par contre, pour des raisons liées à la protection des investisseurs, il a été décidé de ne pas prolonger à 90 jours le délai pour les comptes d'exécution. Le Conseil fédéral suivra avec attention les effets de la nouvelle réglementation et adaptera le délai si nécessaire.

De nombreux points critiqués dans la cadre de la consultation ne concernent pas la modification de l'OB, mais celle de la LB. Comme déjà mentionné plus haut (voir le ch. 1.2.1), cette

²⁸ RS 221.214.1

modification est déjà en cours au Parlement et n'est plus incluse dans le présent projet. Le DFF a déjà transmis les résultats de la consultation au Parlement et proposé diverses modifications du projet sur la base de ces résultats.

1.4 Droit comparé

1.4.1 Union européenne

Pour l'heure, il existe au niveau de l'Union européenne (UE) différentes initiatives portant sur la numérisation des services financiers. En fait notamment partie la stratégie de la Commission pour un marché unique numérique en Europe²⁹. Le document stratégique évoque, notamment du fait de la transformation numérique de l'économie et de la société européennes, la création d'un «marché unique numérique». La stratégie repose sur les trois piliers suivants, lesquels jouent également un rôle dans le contexte des FinTech: améliorer l'accès aux biens et services numériques dans toute l'Europe pour les consommateurs et les entreprises (i), créer un environnement propice et des conditions de concurrence équitables pour le développement des réseaux et services numériques innovants (ii) et maximiser le potentiel de croissance de l'économie numérique (iii)³⁰.

1.4.1.1 Opérations de paiement

Directive sur la monnaie électronique

La directive sur la monnaie électronique³¹ arrête les prescriptions applicables à l'activité et à la surveillance des établissements de monnaie électronique. Avec cette directive, l'UE oblige ses États membres à créer pour les établissements de monnaie électronique (entreprises ayant le droit d'émettre de la monnaie électronique) une licence allégée par rapport à celle destinée aux établissements de crédit. Le terme «monnaie électronique» désigne l'argent virtuel stocké sous forme électronique sur un appareil ou une carte, ou stocké à distance sur un serveur.

D'après la directive, les fonds acceptés en vue de l'émission de monnaie électronique ne constituent pas des dépôts. Les établissements de monnaie électronique ne sont pas autorisés à octroyer de crédits sur la base des fonds reçus ni à verser des intérêts. Il leur est en outre interdit d'accepter des dépôts.

Les conditions d'octroi de l'agrément en tant qu'établissement de monnaie électronique comprennent des exigences prudentielles proportionnées aux risques opérationnels et financiers auxquels ces établissements sont exposés. Le capital initial est de 350 000 euros au minimum.

La directive sur la monnaie électronique ne contient aucun régime de pays tiers susceptible de prévoir un examen d'équivalence. Elle interdit toutefois aux États membres d'appliquer aux succursales européennes des établissements de monnaie électronique ayant leur siège en dehors de la Communauté des conditions plus favorables que celles appliquées aux établissements de monnaie électronique qui ont leur siège dans un autre État membre. En outre, la Commission tient un registre de toutes les succursales européennes des établissements de monnaie électronique ayant leur siège dans un pays tiers. Enfin, l'UE peut conclure avec des

²⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions intitulée «Stratégie pour un marché unique numérique en Europe», 6 mai 2015 COM(2015) 192 final

³⁰ Voir également SIMON SCHÄREN/GÜNTHER DOBRAUZ-SALDAPENNA, Neuste Entwicklungen in der Fintech-Regulierung, Expert Focus, 8/2016, p. 546.

³¹ Directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE, JO L 267/7 du 10.10.2009, p. 1.

pays tiers des accords garantissant aux succursales des établissements de monnaie électronique ayant leur siège en dehors de la Communauté un traitement identique dans l'ensemble du marché unique.

La directive est entrée en vigueur le 30 octobre 2009. Elle devait être transposée dans les droits nationaux des pays membres de l'UE au 30 avril 2011.

Directive sur les services de paiement

La directive sur les services de paiement (DSP)³² entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2009 fournit le cadre juridique nécessaire à la mise en place d'un marché européen unique des paiements. Elle a pour objet de créer une base juridique pour un espace unique de paiement en euros (*Single Euro Payment Area, SEPA*). La directive s'applique par principe à tous les services de paiement, c'est-à-dire aux services permettant des paiements et des retraits en liquide sur un compte bancaire, par exemple, ainsi qu'à toutes les procédures nécessaires à la tenue du compte. Peuvent notamment en faire partie les transferts de fonds, les prélèvements, les virements et les paiements par carte. Sont également considérés comme des services de paiement les processus de paiement se faisant au moyen de prélèvements, d'ordres permanents, de transferts financiers ou de paiements via des cartes ou des appareils. Les transactions faites par voie papier n'entrent pas dans le champ d'application de la directive.

Du fait des évolutions technologiques sur le marché des paiements, une version révisée de la DSP, la DSP 2³³, est entrée en vigueur le 12 janvier 2016. Elle doit être transposée dans les droits nationaux des pays membres de l'UE d'ici au 13 janvier 2018.

Les activités suivantes³⁴ de prestataires de paiement tiers sont désormais réglementées par la DSP 2 en tant que services de paiement, ce qui va avoir pour effet de les soumettre à une obligation d'autorisation et d'enregistrement.

- Services d'initiation de paiement: ces services remplissent une fonction d'intermédiaire entre les banques, les clients bancaires et les destinataires de paiements qui consiste, à la demande du client, à déclencher en son nom un ordre de paiement auprès de sa banque et depuis son compte bancaire, et à communiquer immédiatement cette information au destinataire du paiement. Ce dernier peut alors fournir sa contrepartie avant même que le paiement ne lui soit parvenu. Cela permet d'accélérer à peu de frais le traitement des opérations, notamment celles relevant du commerce électronique (sans carte de crédit).
- Services d'information sur les comptes: ceux-ci saisissent les données du compte du client, qu'ils obtiennent auprès du prestataire gérant son compte. Les données de compte ainsi agrégées autorisent de nouveaux services en matière de gestion financière personnelle.

La DSP 2 impose aux établissements de crédit d'accorder aux services d'initiation de paiement et aux services d'information sur les comptes, à la demande des clients bancaires, l'accès nécessaire aux comptes de paiement utilisés pour la banque en ligne. Ces services doivent ainsi obtenir, via les interfaces de programmation d'applications (API), un accès non discriminatoire aux comptes des clients afin de pouvoir fournir leurs prestations. L'élaboration de normes techniques de réglementation a été confiée à l'Autorité bancaire européenne (ABE).

De leur côté, les prestataires de services d'initiation de paiement et d'information sur les comptes sont tenus de démontrer qu'ils sont titulaires d'une assurance responsabilité civile

³² Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, JO L319/1 du 05.12.2007, p. 1.

³³ Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE, JO 337/35 du 23.12.2015, p. 1.

³⁴ Voir à ce sujet TRÜEB/KEISER, *Regulierung und Marktzutritt dritter Zahlungsdienstleister*, in: *Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme*, Zurich 2015, p. 161 à 180.

professionnelle et, selon l'architecture de leur modèle d'affaires, de respecter des prescriptions particulières, notamment en matière de traitement des éléments de sécurité personnalisés (protection des données et sécurité des systèmes informatiques). Les services d'initiation de paiement doivent disposer d'un capital minimal de 50 000 euros.

Une vérification du système juridique d'un État tiers est lancée lorsqu'un établissement de paiement entretient des relations étroites avec des personnes physiques ou morales dans ledit État tiers. L'examen doit permettre de garantir que les prescriptions légales et administratives imposées par l'État tiers n'empêchent pas la surveillance par l'autorité de surveillance compétente de l'UE. Il ne s'agit donc pas d'un examen d'équivalence.

1.4.1.2 Financement participatif

Union européenne

Au niveau de l'UE, il n'existe à ce jour aucune réglementation spécifique applicable au financement participatif. Différentes études et consultations ont toutefois été menées dans le but de déterminer le potentiel et les risques liés à cette forme de financement. Un rapport de la Commission européenne qui analyse le marché et l'environnement réglementaire du financement participatif a notamment été publié le 3 mai 2016. La Commission y indique que cette activité se déploie essentiellement sur le plan local. Partant, elle ne juge pas nécessaire, pour le moment, d'élaborer un cadre légal correspondant au niveau de l'UE.

Allemagne

L'Allemagne ne dispose d'aucune réglementation exhaustive en matière de financement participatif. Suivant l'organisation des modèles d'affaires, le pays s'appuie sur différentes lois. Pour pouvoir exploiter une plateforme de financement participatif, il peut ainsi être nécessaire d'obtenir une autorisation au sens de la *Kreditwesengesetz* (KWG, loi sur le crédit) ou de la *Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz* (ZAG, loi sur la surveillance des services de paiement) et de respecter par exemple d'autres obligations au sens de la *Wertpapierhandelsgesetz* (WpHG, loi sur le négoce des valeurs mobilières). Pour les prestataires proposant des participations, la question est de savoir s'ils sont soumis à l'obligation d'émettre un prospectus au sens de la *Vermögensanlagengesetz* (VermAnlG, loi sur les investissements patrimoniaux) ou de la *Wertpapierhandelsgesetz* (WpHG, loi sur le négoce des valeurs mobilières)³⁵.

La *Kleinanlegerschutzgesetz*³⁶ (loi sur la protection des petits investisseurs) adoptée mi-2015 traite spécifiquement du financement participatif. Elle prévoit notamment que le financement participatif sous la forme de prêts subordonnés et de prêts partiaires est exonéré de l'obligation de publier un prospectus lorsque le prix de vente de tous les investissements patrimoniaux d'un même émetteur proposés par un prestataire ne dépasse pas 2,5 millions d'euros et que les investissements patrimoniaux sont exclusivement proposés par l'intermédiaire d'une plateforme de services en ligne. Il existe en outre des plafonds pour la prise de participations des investisseurs: le montant total des investissements patrimoniaux faits par une personne physique ne doit pas en principe dépasser 1000 euros. Aucun plafond n'existe en revanche pour les sociétés de capitaux.

France

Le 1^{er} octobre 2014, la France a fait entrer en vigueur différents actes normatifs qui règlent pour la première fois le *financement participatif* sur le plan légal. En la matière, la réglementation fait une distinction entre les *conseillers en investissements participatifs* (CIP), qui proposent sur leur plateforme Internet des projets d'*investissement participatif*, et les *intermédiaires en financement participatif* (IFP), qui proposent sur leur plateforme des *prêts participatifs* (avec

³⁵ Pour plus de renseignements, voir [www.bafin.de/Veroeffentlichungen/Verbraucherschutz/Crowdfunding: Aufsichtsrechtliche Pflichten und Verantwortung des Anlegers](http://www.bafin.de/Veroeffentlichungen/Verbraucherschutz/Crowdfunding/Aufsichtsrechtliche_Pflichten_und_Verantwortung_des_Anlegers)

³⁶ Bundesministerium der Finanzen: Fragen zum Kleinanlegerschutz

ou sans intérêts). À côté de cela, les exploitants des plateformes peuvent se faire enregistrer en tant que prestataires de services d'investissement ou en tant qu'établissements de crédit, ce qui leur donne une plus grande liberté d'action commerciale, mais entraîne des obligations plus importantes.

L'émission de valeurs mobilières dans le cadre de l'*investissement participatif* n'est pas soumise à une obligation d'émission de prospectus, mais l'émetteur est tenu de publier certains renseignements (descriptif du projet, organigramme de la direction, comptes annuels existants, etc.). L'autorisation d'exercer en tant que conseiller en investissements participatifs n'exige aucun capital minimal, mais l'activité demeure limitée à la France. Les conseillers en investissements participatifs sont soumis à la loi sur le blanchiment d'argent, doivent être inscrits à un registre spécial destiné aux intermédiaires financiers et sont soumis au contrôle des autorités françaises de surveillance (*Autorité des marchés financiers, AMF*).

Les prêts à taux variable restent interdits dans le cadre du *prêt participatif*, mais il est désormais possible de procéder à une intermédiation de prêts à taux fixe poursuivant un objectif commercial ou permettant de financer une formation. La durée de ces prêts est d'au maximum sept ans, et la somme pouvant être mise à disposition par un prêteur unique est limitée à 1000 euros par projet. La somme maximale pouvant être acceptée par un émetteur est de 1 million d'euros. La fonction des intermédiaires en financement participatif demeure limitée à une simple intermédiation: l'acceptation de fonds liés à des versements entre les émetteurs et les investisseurs reste interdite, faute de quoi il conviendrait alors de demander une autorisation légale supplémentaire au titre de prestataire de paiements³⁷.

1.4.1.3 Monnaies virtuelles

Pour ce qui est du droit comparé dans le domaine des monnaies virtuelles, nous renvoyons au rapport du Conseil fédéral du 25 juin 2014 sur les monnaies virtuelles en réponse aux postulats Schwaab (13.3687) et Weibel (13.4070).

Pour résumer, on peut dire qu'il n'existe pas, jusqu'ici, de base légale couvrant les monnaies virtuelles au sein de l'UE. En août 2013, l'autorité allemande de surveillance des services financiers (BaFin) a qualifié le bitcoin d'«argent privé», utilisable comme moyen de paiement pour effectuer des transactions entre deux parties. Les entreprises doivent toutefois obtenir pour ce faire une autorisation de la BaFin.

L'Autorité française de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a décidé que quiconque veut exploiter en France une plateforme de négoce de monnaies virtuelles doit solliciter de sa part un agrément à titre de prestataire de services de paiement et que cette plateforme n'est autorisée à effectuer des paiements entrants et sortants liés à son activité que par le biais de prestataires de services financiers disposant d'une licence.

1.4.1.4 Robot-conseil

Au niveau de l'UE, les Autorités européennes de surveillance (AES), qui regroupent les autorités chargées de la surveillance des banques, des assurances et des marchés financiers, ont publié en décembre 2015 un document de discussion relatif au robot-conseil. L'objectif est de couvrir toutes les offres utilisant des données clients pour générer des recommandations³⁸. Cependant, il n'est pas encore question de projet concret de réglementation en la matière.

En Allemagne, aux termes de la *Kreditwesengesetz* (KWG, loi sur le crédit), les recommandations personnelles d'achat, de vente ou de détention d'un instrument financier qui sont délivrées sur la base d'un examen de la situation personnelle de l'investisseur, représentent une activité de conseil en placement soumise à autorisation. Selon la BaFin, le robot-conseil constitue un conseil en placement soumis à autorisation lorsque le client, du fait de ses indications,

³⁷ Pour plus de renseignements, voir BARBARA CLASEN, Crowdfunding in Frankreich, RIW 6/2016, p. 344 ss.

³⁸ www.eba.europa.eu>EBA home>News & Press>Calendar>Joint Committee Discussion Paper on automation in financial advice.

reçoit des recommandations d'investissement concrètes portant sur des instruments financiers précis. La fourniture de prestations automatisées de gestion de portefeuille nécessite elle aussi une autorisation de la BaFin³⁹.

1.4.2 Le Royaume-Uni en particulier

1.4.2.1 Opérations de paiement

Au Royaume-Uni, la directive sur la monnaie électronique a été mise en œuvre en 2011 par le truchement de l'*Electronic Money Regulation*⁴⁰. Celle-ci précise que les entreprises ont la possibilité de se faire enregistrer comme petits établissements de monnaie électronique si la monnaie électronique qu'elles ont émise est inférieure à 5 millions d'euros. Mais si cela permet d'une part de réduire les exigences en capital, cela limite par ailleurs les possibilités d'affaires (par exemple, il n'existe pas de passeport UE pour les petits établissements de monnaie électronique). La directive DSP 2, qui doit être transposée dans les droits nationaux au plus tard en janvier 2018 (voir le ch. 1.4.1.1), entraînera une révision partielle de cette réglementation.

1.4.2.2 Financement participatif

Au Royaume-Uni, le financement participatif couvre différents modèles basés sur Internet qui ne sont que partiellement autorisés et surveillés par la *Financial Conduct Authority (FCA)*. Ne sont ainsi pas réglementés le *donation-based crowdfunding*, le *pre-payment* ou le *rewards-based crowdfunding*, tandis que le *loan-based crowdfunding* et l'*investment-based crowdfunding* sont soumis à la surveillance de la FCA et nécessitent une autorisation⁴¹. En la matière, la FCA prévoit pour les activités de prêt participatif (dont les risques estimés sont plus faibles) une réglementation moins stricte que pour les activités d'investissement participatif.

En cas de *loan-based crowdfunding*, le capital minimal est constitué soit d'un apport minimal de 20 000 livres sterling (50 000 à compter d'avril 2017) ou se calcule sur la base d'un pourcentage de tous les crédits accordés sur la plateforme dès lors que celui-ci représente un montant supérieur au capital minimal fixe de 20 000 livres sterling. Jusqu'à un volume de crédits de 50 millions de livres sterling, le pourcentage s'élève à 0,3 % puis va diminuant lorsque le volume augmente (pour tomber à 0,05 % à partir d'un volume de crédits de 500 millions de livres sterling)⁴².

Dans le cadre de l'*investment-based crowdfunding*, seuls certains types d'investisseurs peuvent être approchés. En revanche, il n'est pas prévu de capital minimal. Les investisseurs doivent notamment être des professionnels fortunés et ne pas détenir plus de 10 % de leurs placements en titres non cotés⁴³.

Dans ces deux formes de financement participatif, les initiateurs ne peuvent en douze mois accepter qu'un maximum de 5 millions d'euros, ou ne générer que 5 millions d'euros au maximum via des projets de financement participatif⁴⁴.

En outre, les plateformes de financement participatif ne sont pas couvertes par le *Financial Services Compensation Scheme*, ce qui signifie qu'il n'existe aucune protection en termes de garantie des dépôts ou de dédommagement des investisseurs⁴⁵. Par ailleurs, une proposition

³⁹ Pour plus de renseignements, voir ROLF H. WEBER/RAINER BAISCH, *Regulierung von Robo-Advice in: Aktuelle juristische Praxis (AJP) 2016*, p. 1072 ss.

⁴⁰ http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2011/99/pdfs/ukxi_20110099_en.pdf

⁴¹ Pour les différents modèles, voir <http://www.fca.org.uk/consumers/financial-services-products/investments/types-of-investment/crowdfunding>

⁴² <https://www.fca.org.uk/static/documents/policy-statements/ps14-04.pdf>, ch. 3.10.

⁴³ <https://www.fca.org.uk/static/documents/policy-statements/ps14-04.pdf>, ch. 4.7.

⁴⁴ Study European Commission, *Crowdfunding innovative ventures in Europe. The Financial ecosystem and regulatory land-scape*, p. 42.

⁴⁵ Nabarro Briefing: «FCA reviews crowdfunding regulation regime», 24.3.2015

de loi⁴⁶ est à l'étude, qui prévoit que les banques seraient obligées de transférer à d'autres types d'entreprises financières les données de crédit des clients PME.

1.4.2.3 Regulatory sandbox

Avec la *sandbox*, la FCA a créé un espace dans lequel les entreprises peuvent tester sur le marché des modèles d'affaires, produits et services innovants sans avoir à remplir les exigences réglementaires qu'elles devraient normalement respecter.

Tant les établissements disposant d'une autorisation que ceux qui n'en disposent pas peuvent demander à participer à la *sandbox*. Le choix se fait sur la base de critères précis (par exemple produits ou services innovants, importance pour le secteur financier, utilité accrue pour les clients, etc.). Les établissements ne disposant pas d'une autorisation, mais retenus pour participer à la *sandbox* obtiennent une autorisation limitée leur permettant de tester leurs idées. Les établissements déjà titulaires d'une autorisation peuvent bénéficier de la *sandbox* sous la forme de conseils individuels, d'adaptation des règles en vigueur (*waivers*) ou de *no enforcement action letters*.

La *sandbox* est limitée dans le temps, et les entreprises restent en contact étroit avec l'autorité de surveillance (reporting hebdomadaire, rapport final, etc.)⁴⁷.

1.4.2.4 Robot-conseil

En mars 2016, la FCA a publié le rapport final de la *Financial Advice Market Review*. Il s'agit ici d'un examen de la réforme des marchés financiers intitulée *Retail Distribution Review*. Entrée en vigueur en 2013, celle-ci visait à lutter contre les abus sur le marché de la distribution des placements, notamment en interdisant les commissions. Dans le cadre du rapport mentionné ci-dessus, la FCA a annoncé vouloir suivre de près les évolutions sur le marché du conseil en placement et de la gestion de fortune et mettre en place un monitoring lié au développement du robot-conseil et d'autres services de conseil⁴⁸.

1.4.3 États-Unis

1.4.3.1 Opérations de paiement

Aux États-Unis, les portefeuilles numériques, les prestataires de solutions de paiement mobile et les systèmes de transfert entre particuliers sont, en leur qualité de *money services businesses*, soumis aux obligations de compliance et de reporting prévues par le *Bank Secrecy Act*. Il existe en outre les directives émises par le *Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)* afin de garantir la protection des consommateurs en matière de services électroniques de paiement⁴⁹.

1.4.3.2 Financement participatif

Aux États-Unis, en vertu du *Securities Act of 1933*, les plateformes de financement participatif sont également soumises à une obligation d'autorisation ou d'enregistrement et sont surveillées en permanence⁵⁰.

Sur douze mois, un initiateur peut générer au maximum 1 million de dollars au travers d'un *projet de financement participatif*. Les investisseurs disposant d'un revenu ou d'un patrimoine inférieur à 100 000 dollars peuvent chaque année investir au maximum 2000 dollars ou 5 % du montant le plus faible entre leur revenu annuel ou leur patrimoine. Si leur revenu annuel et

⁴⁶ <http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2015/9780111138861>

⁴⁷ Pour plus de renseignements, voir <https://www.fca.org.uk/firms/project-innovate-innovation-hub/regulatory-sandbox>

⁴⁸ Pour plus de renseignements, voir ROLF H. WEBER/RAINER BAISCH, *Regulierung von Robo-Advice in: Aktuelle juristische Praxis (AJP)* 2016, p. 1072 ss.

⁴⁹ http://files.consumerfinance.gov/f/201507_cfpb_consumer-protection-principles.pdf

⁵⁰ <https://www.sec.gov/rules/final/2015/33-9974.pdf>

leur patrimoine sont supérieurs à 100 000 dollars, le capital d'investissement s'élève à 10 % du montant le plus faible des deux. Sur une année, un investisseur ne peut pas investir au total plus de 100 000 dollars dans des projets de financement participatif.

Le 4 avril 2016, l'autorité d'exécution en matière de dispositions de lutte contre le blanchiment d'argent a publié une proposition de réglementation prévoyant que les portails de financement participatif seraient soumis aux mêmes dispositions de lutte contre le blanchiment d'argent que les autres négociants de titres⁵¹.

1.4.3.3 Monnaies virtuelles

Aux termes d'une décision en première instance du Tribunal fédéral du Texas datée de septembre 2014, les bitcoins ont valeur de monnaie ou d'autre type d'argent⁵². Ainsi, les investissements en bitcoins sont considérés comme des valeurs mobilières, et leurs émetteurs tombent sous le coup des dispositions d'enregistrement de l'autorité américaine de surveillance boursière (*United States Securities and Exchange Commission, SEC*)⁵³. L'autorité de réglementation des marchés d'options (CFTS) applique elle aussi les mêmes règles pour les acteurs du secteur des bitcoins sur le marché des dérivés sur biens négociables que pour les autres participants⁵⁴. En outre, l'autorité américaine de lutte contre le blanchiment d'argent (FinCEN) a édicté des directives sur les activités relatives aux bitcoins⁵⁵. Celles-ci précisent que les plateformes permettant le négoce de monnaies virtuelles, mais aussi les émetteurs de monnaies virtuelles, entrent dans le champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent.

En juin 2015, New York a été le premier État fédéré à mettre en place une licence destinée aux monnaies électroniques⁵⁶. Sont entre autres concernées les entreprises qui achètent, vendent ou conservent des monnaies virtuelles. L'objectif de cette réglementation est de renforcer la protection des clients et la sécurité cybernétique ainsi que de lutter contre le blanchiment d'argent dans le domaine des monnaies virtuelles.

1.4.3.4 Robot-conseil

En mai 2015, la SEC a publié une alerte aux investisseurs à propos du robot-conseil. En outre, les exigences en matière d'identification des clients et d'adéquation valent également pour le robot-conseil. Le fait de savoir si les obligations imposées aux sociétés fiduciaires s'appliquent ou non dépend du modèle appliqué par le robot-conseiller. Selon la *Financial Industry Regulatory Authority (FINRA)*, les principes de base afférents à la protection des investisseurs s'appliquent également au robot-conseil.

1.4.3.5 Sandbox

Le 22 septembre 2016, une intervention a été déposée au Congrès américain en vue de la mise en place d'une *sandbox* destinée aux FinTech. Celle-ci s'inspire de la *sandbox* en vigueur au Royaume-Uni. L'autorité de surveillance va ainsi sélectionner à l'aune de certains critères les entreprises qui pourront accéder à la *sandbox* (et aux allègements réglementaires qui vont de pair) et celles qui n'y auront pas droit.

⁵¹ Financial Services Regulation Tomorrow: «FinCEN proposes subjecting crowdfunding portals to AML requirements»

⁵² <https://ia800904.us.archive.org/35/items/gov.uscourts.txed.146063/gov.uscourts.txed.146063.23.0.pdf>

⁵³ Plusieurs actions judiciaires basées sur cette jurisprudence ont été intentées contre des entreprises pour vente de valeurs mobilières non enregistrées (voir l'arrêt contre les propriétaires de deux sites Internet utilisant les bitcoins, à savoir SatoshiDICE et FeedZeBirds).

⁵⁴ <http://www.cftc.gov/idc/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfcoinfliorder09172015.pdf>

⁵⁵ <https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/FIN-2013-G001.pdf>

⁵⁶ <http://www.dfs.ny.gov/legal/regulations/adoptions/dfsp200t.pdf>

1.4.4 Évaluation du projet par rapport au droit étranger

En résumé, on peut dire qu'avec le développement du numérique, nombre de réglementations sont également créées ou modifiées à l'étranger. Celles-ci sont extrêmement hétérogènes et poursuivent des buts très divers. De plus, le niveau d'avancement de la mise en œuvre de ces projets de réglementation varie d'un domaine à l'autre. Les travaux n'en sont ainsi qu'à leurs balbutiements en matière de *blockchain* (monnaies virtuelles incluses) et de robot-conseil. À l'étranger, les approches réglementaires suivies sont en général différenciées par activité. Par conséquent, il existe certes des autorisations pour les établissements actifs dans le domaine FinTech, mais celles-ci sont chaque fois adaptées à un certain type d'activité (par exemple les plateformes de financement participatif ou les établissements de monnaie électronique).

La nouvelle réglementation suisse (y compris la proposition de nouvelle catégorie d'autorisation déjà examinée par le Parlement) suit en revanche une approche unique («one-size-fits-all»), dans la mesure où l'autorisation visée n'est pas liée à un modèle d'affaires spécifique. Comme déjà précisé à plusieurs reprises, les modèles d'affaires ayant cours au sein du secteur FinTech sont très variés, et il y a tout lieu de penser que d'autres modèles qui sont aujourd'hui impossibles à prévoir vont encore apparaître. Dès lors, pour éviter les recoupements inutiles entre les modèles d'affaires et empêcher que la réglementation ne prenne du retard sur les évolutions techniques, le nouveau dispositif renonce à dessiner à réglementer des modèles d'affaires bien particuliers. Par rapport à ce qui se fait à l'étranger, on peut donc dire que la réglementation helvétique est nettement plus souple vis-à-vis de nouveaux modèles d'affaires et plus tournée vers l'avenir.

Du fait des différentes approches réglementaires, il n'est pas possible de comparer directement la nouvelle réglementation avec les réglementations étrangères, notamment celle de l'UE. Sur le fond, il faut toutefois relever que les conditions de la nouvelle catégorie d'autorisation ne sont pas plus sévères que celles applicables aux établissements de monnaie électronique ou aux services de paiement.

L'espace d'innovation créé en Suisse se différencie également des initiatives prises à l'étranger, notamment au Royaume-Uni. En effet, alors qu'en Suisse, l'espace d'innovation est d'accès libre pour les participants au marché, ne prévoit aucun accompagnement par la FINMA et n'est pas limitée dans le temps, seul un nombre restreint d'entreprises sélectionnées peut bénéficier de la *sandbox* britannique, et ce pour une durée déterminée et sous le contrôle étroit de l'autorité de surveillance. Le modèle proposé prévoit quant à lui une égalité de traitement pour tous les participants, car la réglementation des marchés financiers doit permettre une concurrence loyale entre tous les acteurs du secteur.

2 Commentaire des dispositions

Art. 5, al. 3, let. c

Du fait des raisons mentionnées au ch. 1.2.2 et en vertu de la compétence déjà existante du Conseil fédéral en matière de dépôts du public (voir l'art. 1, al. 2, LB), il est précisé au niveau de l'ordonnance que les soldes non rémunérés en compte de clients auprès de négociants en métaux précieux, auprès de gérants de fortune ou d'entreprises analogues ne sont pas considérés comme des dépôts s'ils servent uniquement à exécuter des opérations de clients et si – élément nouveau – l'exécution a lieu dans un délai de 60 jours. Le délai ne s'applique pas aux négociants en valeurs mobilières. Pour ceux-ci, la pratique jusqu'ici appliquée par la FINMA demeure déterminante.

Exception faite des cas dans lesquels des négociants en valeurs mobilières sont impliqués, la FINMA n'aura donc à l'avenir plus aucune marge de manœuvre en matière de fixation du délai. Le nouveau délai s'applique également aux modèles d'affaires pour lesquels, du fait de l'interprétation de la FINMA, un délai d'exécution plus long s'appliquait jusqu'ici. Les plateformes de financement participatif sont notamment considérées comme des «entreprises analogues».

Art. 6 Exercice d'une activité à titre professionnel

L'al. 1 correspond, sans aucune modification, à la disposition actuellement en vigueur.

Pour les raisons invoquées au ch. 1.2.3, le nouvel al. 2 précise qu'est désormais exonéré de l'obligation d'autorisation celui qui (1) accepte, sur une longue période, plus de 20 dépôts du public ou fait appel au public pour obtenir des dépôts, à condition que ces dépôts du public ne dépassent pas 1 million de francs, (2) n'investit ni ne rémunère les dépôts et (3) informe les déposants, par écrit ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte, avant que ceux-ci n'effectuent le dépôt, qu'il n'est pas soumis à la surveillance de la FINMA et que le dépôt n'est pas couvert par la garantie des dépôts. Les conditions doivent être remplies de manière cumulative. Si l'information exigée n'est pas fournie, l'activité est alors exercée à titre professionnel, ce qui implique une obligation d'autorisation. La condition impliquant que les dépôts du public ne puissent être ni investis ni rémunérés ne vaut pas pour les entreprises qui exercent à titre principal une activité commerciale ou industrielle et utilisent les dépôts du public pour financer cette activité (voir l'al. 3). Il s'agit par exemple d'entreprises qui exercent une activité commerciale ou industrielle et souhaitent financer cette activité par le biais d'un prêt participatif. Le terme «investir» utilisé à l'al. 2 doit être compris dans un sens élargi. Les fonds ne devant pas être investis, il y a lieu de penser qu'ils sont durablement conservés sur les comptes de l'entreprise concernée.

L'al. 2 ne vise pas à remplacer la réglementation en vigueur au titre de l'al. 1, mais à la compléter. Si la réglementation existante, qui précise qu'agit à titre professionnel celui qui accepte de manière durable plus de 20 dépôts du public, était supprimée, cela se traduirait par un durcissement injustifié du droit. Dans des cas extrêmes, on pourrait en effet considérer que toute personne qui accepte 1 million de francs en un seul dépôt a besoin d'une autorisation.

Selon l'al. 4, celui qui dépasse le seuil de 1 million de francs doit en informer la FINMA dans les dix jours et lui adresser dans les 30 jours une demande d'autorisation conformément aux dispositions de la LB. Si le but de protection de la LB l'exige, la FINMA peut interdire au demandeur d'accepter d'autres dépôts du public jusqu'à ce qu'elle ait rendu sa décision.

3 Conséquences⁵⁷

3.1 Conséquences pour la place économique suisse et la concurrence

La réduction prévue des obstacles réglementaires devrait permettre à différents acteurs d'accéder plus facilement au marché et se traduire ainsi par une intensification de la concurrence. Du fait de la diminution des coûts liés à la réglementation et de l'accroissement de la concurrence, il faut s'attendre à une baisse des prix des services FinTech, toutes choses restant égales par ailleurs. Les mesures prises sont, par principe, à la disposition de tous les prestataires de services financiers. Le législateur a ainsi veillé à soumettre les mêmes activités aux mêmes prescriptions réglementaires et à éviter toute distorsion de concurrence entre les acteurs.

Les technologies FinTech sont devenues un facteur important en matière de concurrence entre les places économiques. Dans l'ensemble, la Suisse dispose d'excellents atouts (cadre politique, savoir-faire dans le secteur des banques et des assurances, universités de renom etc.), mais elle n'exploite pas encore pleinement le potentiel dont elle dispose en tant que pôle international de l'innovation financière numérique. Les adaptations effectuées amélioreront le cadre réglementaire pour les entreprises FinTech et pourront conférer un avantage compétitif à la place financière suisse face à la concurrence internationale. Compte tenu de son champ

⁵⁷ Les conséquences économiques sont exposées de manière plus détaillée dans l'analyse d'impact de la réglementation.

d'application général, la réglementation prévue, qui n'établit aucune distinction entre les modèles d'affaires (voir les ch. 1.2.1 et 1.3) constitue jusqu'ici une solution unique sur le plan international. Elle devrait contribuer à positionner sur la scène mondiale le pôle d'innovation qu'est la Suisse et entraîner, de ce fait, une augmentation du nombre d'entreprises suisses ou étrangères qui accèderont au marché suisse.

Les modifications prévues simplifieront la fourniture de nouveaux services financiers. En conséquence, de nouvelles possibilités d'investissement et de placement par le biais du financement participatif devraient émerger, tant pour les entreprises que pour les particuliers. En outre, de nouveaux services de paiement pourraient être mis sur pied ou développés. Il s'agit notamment de paiements au moyen de téléphones mobiles entre clients et commerçants sur le point de vente ou via un site Internet, ou de transferts d'argent entre particuliers. D'autres nouveaux services, à savoir les applications dites *blockchain*, serviront en particulier dans le domaine de la détention et des échanges de monnaies virtuelles.

Cette approche réglementaire orientée vers l'avenir devrait surtout permettre à des modèles d'affaires encore inconnus à ce jour de bénéficier des allègements à moyen et à long terme, ainsi que de faciliter la fourniture de nouveaux services financiers.

3.2 Conséquences pour les acteurs concernés

Les modifications engendreront des allègements importants pour les entreprises FinTech. Une plateforme de financement participatif, par exemple, pourra ainsi choisir entre les deux options suivantes:

- Le délai maximal qui sera fixé par ordonnance pour les comptes d'exécution permettra à cette plateforme de mettre en œuvre son modèle d'affaires sans autorisation ni limitation des dépôts acceptés, pour autant que les avoirs déposés par les clients ne restent pas plus de 60 jours sur un compte de la plateforme.
- Si les dépôts acceptés ne dépassent pas 1 million de francs, le financement participatif pourra aussi être organisé au sein de l'espace d'innovation, qui n'est pas non plus soumis à autorisation. L'avantage de cette solution par rapport à celle qui repose sur les comptes d'exécution est l'absence de délai maximal de collecte des fonds pour un projet. Les entreprises ne faisant pas partie du secteur financier pourront, elles aussi, accepter des crédits d'un nombre illimité de bailleurs de fonds, à concurrence de 1 million de francs maximum, sans devoir respecter d'autres exigences. Les start-up et les PME, en particulier, pourraient ainsi trouver de nouvelles sources de financement.

Dans les deux options, les coûts liés à la réglementation sont nettement inférieurs aux coûts engendrés par l'obtention d'une autorisation d'exercer en tant que banque.

La conception des options découle d'une appréciation de l'utilité pour l'économie dans son ensemble et des risques en matière de stabilité financière et de protection des clients, le but de cette appréciation étant surtout de fixer les différentes valeurs limites à un niveau justifié compte tenu des risques. La prolongation du délai pour les comptes d'exécution a pour conséquence que les montants collectés seront plus importants, d'où des pertes plus élevées en cas d'insolvabilité. Toutefois, étant donné que les montants supplémentaires sont principalement le fait d'un plus grand nombre de clients, le préjudice financier potentiel par client ne devrait pas augmenter. Même dans l'espace d'innovation, le risque ne s'accroît que de manière limitée par rapport à la situation actuelle. Certes, un prestataire pourra proposer des services financiers sans être surveillé, mais il le peut déjà à l'heure actuelle s'il accepte des dépôts de moins de 20 personnes. De plus, le prestataire sera tenu de signaler à ses clients qu'il n'est pas surveillé par la FINMA et que la garantie des dépôts ne s'applique pas non plus. Par ailleurs, les entreprises qui opèrent essentiellement dans le secteur financier ne pourront pas investir ni rémunérer les dépôts. Du point de vue systémique, le montant maximal de 1 million de francs n'est guère important. Enfin, il convient de rappeler que les règles relatives à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme sont également applicables au sein de l'espace d'innovation.

3.3 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

Le projet n'a pas de conséquences directes pour la Confédération, les cantons et les communes. Les charges supplémentaires découlant de sa mise en œuvre devraient être globalement limitées pour la FINMA. Les éventuels coûts supplémentaires à assumer seront donc couverts par les établissements financiers placés sous sa surveillance.

3.4 Résumé

Les adaptations prévues visent à réduire les obstacles à l'accès au marché pour les entreprises FinTech, tout d'abord en allégeant les exigences réglementaires, mais aussi en renforçant la sécurité juridique. Compte tenu du fait que les entreprises FinTech présentent un profil de risque nettement moins marqué que celui des banques, ces mesures sont justifiées. En l'occurrence, les risques potentiels inhérents aux allègements ont également été pris en considération. Les modifications prévues sont de nature à favoriser les modèles d'affaires innovants, à intensifier la concurrence et à renforcer l'attrait de la place financière suisse.

4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

Le projet n'est pas annoncé dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019⁵⁸ ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019⁵⁹. Il y a toutefois lieu de l'examiner car, au nom de la compétitivité de la place financière suisse, il ne peut pas attendre jusqu'au prochain programme de la législature. Le projet est compatible avec la stratégie du Conseil fédéral en matière de marchés financiers et avec la stratégie «Suisse numérique».

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

Les nouvelles dispositions se fondent sur les articles de la LB indiqués en référence sous le titre de chaque article.

5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse

Aucun engagement international d'importance n'existe dans le domaine du présent projet.

5.3 Frein aux dépenses

Le projet ne prévoit aucune dépense soumise au frein aux dépenses (art. 159, al. 3, let. b, Cst.).

5.4 Délégation de compétences législatives

Le projet ne contient aucune délégation législative au Conseil fédéral.

⁵⁸ FF 2016 981

⁵⁹ FF 2016 4999