



30 novembre 2018

---

# **Révision de l'ordonnance sur les banques «Autorisation FinTech»**

## **Commentaires**

---

## Condensé

### Contexte

Le 15 juin 2018, les Chambres fédérales ont adopté deux nouvelles lois, à savoir la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin). Celle-ci contient désormais en annexe une modification de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)<sup>1</sup>, modification qui se traduit par l'ajout d'un art. 1b et, partant, la création d'une nouvelle catégorie d'autorisation. En vertu de cette disposition, les entreprises appliquant un modèle d'affaires lié aux technologies financières (FinTech) et opérant en dehors du champ d'activité principal des banques pourront, sous certaines conditions, accepter des dépôts du public jusqu'à concurrence de 100 millions de francs.

### Contenu du projet

En février 2017, le Conseil fédéral avait déjà mené une procédure de consultation sur le thème des FinTech. Le projet présenté dans ce cadre comportait trois mesures destinées à promouvoir l'innovation dans le secteur financier et à supprimer les obstacles qui empêchent les entreprises FinTech d'accéder au marché. Le Conseil fédéral proposait, d'une part, d'intervenir au niveau de l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (OB)<sup>2</sup> pour prolonger le délai de garde applicable aux comptes d'exécution et créer un espace favorisant l'innovation (sandbox) des entreprises FinTech. D'autre part, il proposait de créer dans la LB une catégorie d'autorisation venant s'ajouter à la licence bancaire existante et comportant des exigences moins élevées, afin de permettre en particulier aux entreprises FinTech d'accepter des dépôts du public jusqu'à concurrence de 100 millions de francs.

Arrêtées par le Conseil fédéral le 5 juillet 2017, les mesures portant modification de l'OB sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2017. Quant à la proposition visant la création d'une nouvelle catégorie d'autorisation dans la LB, les Chambres fédérales l'ont adoptée et traitée en tenant compte des résultats de la procédure de consultation relative aux projets de LSFin et de LEFin. Dans ce cadre, les Chambres ont voté le 15 juin 2018 l'introduction, dans la LB, d'une disposition destinée à promouvoir l'innovation (art. 1b LB) qui s'inspire de la proposition du Conseil fédéral. En vertu de la nouvelle réglementation, non seulement les banques, mais également les titulaires d'une autorisation visés à l'art. 1b LB pourront accepter des dépôts du public à titre professionnel. Pour autant, les seconds n'auront pas le droit d'investir ou de rémunérer ces dépôts. L'octroi de l'autorisation est en outre subordonné à la satisfaction des exigences énoncées dans la modification proposée de l'OB en matière d'organisation, de gestion des risques, de compliance, de présentation des comptes et de ressources financières.

Le Parlement a non seulement instauré une nouvelle disposition dans la LB, mais il a également modifié la loi du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC)<sup>3</sup>. Désormais, l'octroi de crédit à titre non professionnel sera lui aussi soumis à la LCC dans les cas où le contrat est conclu par l'intermédiaire d'un courtier en crédit participatif. De plus, de légères modifications ont été apportées à la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA)<sup>4</sup> et à la loi du 16 décembre sur la surveillance de la révision (LSR)<sup>5</sup>.

La disposition de la LB destinée à promouvoir l'innovation, les modifications des autres lois citées à l'art. 75, al. 4, LEFin (à l'exception des modifications de la LCC) et la plupart des dispositions d'exécution faisant l'objet du présent commentaire entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019. Quant aux modifications de la LCC, de l'ordonnance du 6 novembre 2002 relative

---

<sup>1</sup> RS 952.0

<sup>2</sup> RS 952.02

<sup>3</sup> RS 221.214.1

<sup>4</sup> RS 955.0

<sup>5</sup> RS 221.302

à la loi fédérale sur le crédit à la consommation (OLCC)<sup>6</sup> et de l'art. 6 OB, elles prendront effet le 1<sup>er</sup> avril 2019.

---

<sup>6</sup> RS 221.214.11

## Table des matières

<b>Condensé</b> .....	<b>2</b>
<b>1</b> <b>Présentation du projet</b> .....	<b>5</b>
<b>1.1</b> <b>Contexte</b> .....	<b>5</b>
<b>1.2</b> <b>Dispositif proposé</b> .....	<b>6</b>
<b>1.3</b> <b>Comparaison avec le droit étranger, notamment européen</b> .....	<b>7</b>
1.3.1 Généralités.....	7
1.3.2 Développements au sein de l'UE .....	8
1.3.3 Évaluation du projet par rapport au droit étranger .....	9
<b>1.4</b> <b>Résultats de la consultation</b> .....	<b>9</b>
1.4.1 Précisions et modifications .....	9
1.4.2 Digression: courtage en crédit participatif en lien avec l'art. 1b LB .....	10
<b>2</b> <b>Commentaire des dispositions</b> .....	<b>11</b>
<b>2.1</b> <b>Ordonnance sur les banques (OB)</b> .....	<b>11</b>
<b>2.2</b> <b>Ordonnance sur la surveillance de la révision (OSRev)</b> .....	<b>21</b>
<b>2.3</b> <b>Ordonnance relative à la loi fédérale sur le crédit à la consommation (OLCC)</b>	<b>23</b>
<b>2.4</b> <b>Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA (Oém-FINMA)</b> .....	<b>25</b>
<b>3</b> <b>Conséquences</b> .....	<b>27</b>
<b>3.1</b> <b>Introduction</b> .....	<b>27</b>
<b>3.2</b> <b>Conséquences pour l'économie suisse</b> .....	<b>27</b>
3.2.1 Conséquences pour la place économique suisse et la concurrence.....	27
3.2.1.1 Attrait de la place économique.....	27
3.2.1.2 Concurrence et offre de services financiers .....	28
3.2.1.3 Stabilité et protection des clients.....	28
3.2.2 Conséquences pour les groupes concernés.....	28
3.2.2.1 Entreprises FinTech.....	28
3.2.2.2 Banques et autres établissements financiers .....	31
3.2.2.3 Surveillance des marchés financiers exercée par la FINMA.....	31
3.2.2.4 Confédération, cantons et communes.....	31
3.2.3 Adéquation de l'exécution .....	32
<b>4</b> <b>Relation avec le programme de la législature</b> .....	<b>32</b>

# 1 Présentation du projet

## 1.1 Contexte

Le Conseil fédéral avait déjà organisé en février 2017 une procédure de consultation sur le thème des FinTech<sup>7</sup>. Le projet présenté dans ce cadre comportait trois mesures destinées à promouvoir l'innovation dans le secteur financier et à supprimer les obstacles empêchant les entreprises FinTech d'accéder au marché<sup>8</sup>. En premier lieu, l'exception inscrite dans l'OB<sup>9</sup> pour l'acceptation de fonds à des fins d'exécution (comptes d'exécution; art. 5, al. 3, let. c, OB) devait être étendue aux opérations exécutées dans un délai de 60 jours. La deuxième mesure consistait en la création d'un espace favorisant l'innovation. À l'intérieur de cet espace, l'acceptation de dépôts du public n'aurait pas été considérée comme une activité professionnelle et aurait donc été possible sans autorisation à condition que la valeur globale des dépôts ne dépasse pas 1 million de francs (*sandbox*; art. 6 OB). Enfin, la troisième mesure visait à assouplir les conditions d'autorisation et d'exploitation applicables aux entreprises qui acceptent des dépôts du public jusqu'à concurrence de 100 millions de francs sans pour autant réaliser d'opérations actives (nouvelle catégorie d'autorisation). Cette dernière proposition nécessitait une modification de la LB<sup>10</sup>. À l'issue de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a décidé le 5 juillet 2017 que les deux mesures prises par la voie de l'OB entreraient en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2017. Les Chambres fédérales ayant intégré la troisième mesure, soit la modification de la LB, dans les projets de LFin et de LEFin avant la décision du Conseil fédéral de juillet 2017, celui-ci n'a pas eu besoin de rédiger un message à ce sujet. Au moment des délibérations, les Chambres fédérales ont remanié plusieurs éléments de la disposition proposée par le Conseil fédéral quant à la création d'une nouvelle catégorie d'autorisation dans la LB, s'appuyant pour ce faire sur les résultats de la consultation. Elles ont ensuite adopté les modifications lors du vote final du 15 juin 2018<sup>11</sup>. Le délai référendaire a expiré le 4 octobre 2018 sans que le référendum n'ait été demandé. La révision de l'OB qui fait l'objet du présent commentaire vise l'application de la nouvelle disposition de la LB que le Parlement a adoptée et qui crée une nouvelle catégorie d'autorisation (art. 1b LB, texte soumis au vote final du 15 juin 2018<sup>12</sup>).

Avant la publication du nouvel art. 1b LB, seules les banques avaient le droit d'accepter des dépôts du public à titre professionnel. L'exercice de telles activités sans autorisation est punissable (voir art. 46, al. 1, let. a, et art. 49, al. 1, let. c, LB). Spécialement concernées par la nouvelle réglementation, les entreprises FinTech fournissent certes des services à caractère bancaire, mais opèrent en dehors du champ d'activité principal des banques. Les services qu'elles proposent sont en effet très hétérogènes et couvrent des domaines aussi variés que des formes de financement autres que le crédit bancaire (p. ex. le financement participatif), des analyses de données reposant sur des algorithmes, des infrastructures destinées aux banques, des opérations de paiement, des applications basées sur la technologie *blockchain* (stockage décentralisé de transactions passées) ainsi que des activités relevant du conseil en

<sup>7</sup> Le terme «FinTech» est une contraction de l'expression anglaise *financial technology*. Il désigne de manière générale la fourniture de services financiers au moyen de technologies.

<sup>8</sup> Le DFF a ouvert la procédure de consultation concernant la modification de l'OB le 1<sup>er</sup> février 2017 ([projet FinTech 2017]; [www.vernehmlassungen.ch](http://www.vernehmlassungen.ch) > Procédures de consultation terminées > 2017 > DFF > Modification de la loi sur les banques et de l'ordonnance sur les banques [FinTech]).

<sup>9</sup> RS **952.02**

<sup>10</sup> RS **952.0**

<sup>11</sup> [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch) > Travail parlementaire > Sessions > Sessions antérieures > Session ordinaire d'été du 28.5.2018 au 15.6.2018 > Textes soumis au vote final lors de la session d'été 2018 > Texte pour le vote final 2018 II SN > (15.073 -2) 2015 -2662 1 Projet de la Commission de rédaction pour le vote final Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin) du 15 juin 2018; FF **2018** 3675

<sup>12</sup> Dans la suite du texte, il n'est plus renvoyé à la LEFin quand il est question de la modification de la LB.

placement et de la gestion de fortune<sup>13</sup>. Leurs modèles d'affaires incluent en partie l'acceptation de dépôts du public (opérations passives), mais excluent l'exercice d'opérations actives en parallèle (octroi de crédits via l'utilisation des dépôts) et donc d'opérations d'intérêts, qui restent l'apanage des banques. Par conséquent, le classement dans la nouvelle catégorie d'autorisation ne permettra ni l'investissement ni la rémunération des fonds acceptés (voir art. 1b, al. 1, let. b, LB).

Les dépôts ouverts auprès des personnes visées à l'art. 1b LB ne sont pas couverts par la garantie des dépôts (voir art. 1b, al. 4, let. d, LB). Cette exclusion tient au fait que les personnes visées à l'art. 1b LB n'ont pas le droit d'investir elles-mêmes les fonds qu'elles gardent en dépôt et doivent, conformément à l'accord conclu avec les clients, soit transférer ou restituer les dépôts soit les garder de manière sûre sous la forme de liquidités. En même temps qu'il a inséré dans la LB une nouvelle disposition relative à la promotion de l'innovation, le législateur a modifié la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC)<sup>14</sup> pour ce qui touche aux FinTech. Aux termes de celle-ci, le consommateur pourra conclure un contrat de crédit à la consommation soit avec un prêteur agissant par métier (comme c'est le cas à l'heure actuelle), soit avec un prêteur n'agissant pas par métier, avec le concours d'un courtier en crédit participatif (voir art. 1, al. 3, let. b, LCC, texte soumis au vote final du 15 juin 2018). Du fait de cette modification, les modèles d'affaires basés sur le courtage en crédit participatif, c'est-à-dire sur l'octroi de crédits entre particuliers via une plate-forme, devront respecter les exigences de la LCC.

L'art. 75, al. 4, LEFin habilite le Conseil fédéral à anticiper l'entrée en vigueur des dispositions de la LCC et de celles de la LB qui concernent la promotion de l'innovation ainsi que d'autres modifications de lois en lien avec ce thème. Étant donné qu'il est nécessaire de renforcer la sécurité juridique et d'améliorer les conditions réglementaires dans le secteur des FinTech, ces modifications (à l'exception de celles qui concernent la LCC) entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019, comme la plupart des modifications de l'OB faisant l'objet du présent commentaire. Quant aux modifications de la LCC, de l'OLCC et de l'art. 6 OB, elles prendront effet le 1<sup>er</sup> avril 2019.

## 1.2 Dispositif proposé

Le secteur des FinTech et les modèles d'affaires correspondants ne cessent d'évoluer. Afin de tenir compte de cette réalité, la nouvelle catégorie d'autorisation ne se limite ni à des modèles d'affaires précis ni au secteur des FinTech en lui-même. En adoptant la nouvelle réglementation, le législateur a certes en premier lieu cherché à réduire les obstacles qui empêchent les entreprises FinTech d'accéder au marché<sup>15</sup>, mais il a formulé la disposition de manière ouverte si bien que celle-ci s'applique de manière générale à toutes les personnes actives dans le secteur financier (voir art. 1b, al. 1, LB). Les entreprises qui exercent leurs activités en dehors du secteur des FinTech peuvent dès lors obtenir une autorisation fondée sur l'art. 1b LB à condition de remplir les exigences légales. La formulation ouverte du champ d'application se retrouve également dans le titre de la disposition légale («Promotion de l'innovation»), même si celle-ci porte principalement sur le secteur des FinTech.

La nouvelle autorisation fondée sur l'art. 1b LB confère aux entreprises le droit d'accepter des dépôts du public à titre professionnel jusqu'à concurrence de 100 millions de francs. Les exigences de la LB s'appliquent par analogie aux titulaires de cette nouvelle autorisation (art. 1b,

<sup>13</sup> Les domaines cités ont été retenus sur la base de l'étude réalisée en 2017 par l'institut de la haute école de Lucerne spécialisé dans les services financiers (*Institut für Finanzdienstleistungen Zug [IFZ]*).

<sup>14</sup> RS 221.214.1

<sup>15</sup> Voir à ce sujet les débats du Conseil des États: Bulletin officiel (BO) > Conseil des États > Session d'hiver 2016 > Onzième séance du 14.12.2016 > p. 1153 ss; à propos des débats du Conseil national: BO > Conseil national > Session d'automne 2017 > Troisième séance du 13.9.2017 > p. 1295 ss

al. 1, LB). Leur respect est surveillé en continu par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), qui est également chargée de réprimer les comportements illégaux en vertu du droit de la surveillance.

L'autorisation est subordonnée au respect de diverses exigences. Conformément à l'accord conclu avec les clients, les entreprises sont en premier lieu tenues de transférer les fonds qu'elles ont acceptés. Si l'accord ne prévoit pas un transfert de ce genre ou si celui-ci n'est pas possible, les entreprises doivent restituer les fonds aux clients. Elles sont autorisées à garder les dépôts s'il n'est pas possible ou prévu de procéder immédiatement au transfert convenu dans l'accord avec les clients. Bien qu'elle ne soit pas limitée dans le temps, la garde des dépôts est liée à des conditions précises. Ceux-ci doivent ainsi être gardés dans l'intérêt des clients et ne peuvent être ni investis ni rémunérés durant la «période de garde». Il est de la sorte interdit aux titulaires de l'autorisation d'effectuer des opérations d'intérêts, lesquelles demeurent l'apanage des banques, et de tirer des bénéfices des différences existant entre les intérêts actifs et les intérêts passifs. L'interdiction d'investissement signifie par ailleurs que les entreprises n'ont pas le droit d'investir les dépôts (en leur nom propre et pour leur propre compte) dans des produits de placement. Les dépôts peuvent être versés sur un compte bancaire ou un compte auprès d'une personne visée à l'art. 1b LB ou gardés sous la forme d'actifs liquides de haute qualité. En outre, les personnes visées à l'art. 1b LB doivent garder les dépôts séparément de leurs fonds propres ou, à condition qu'elles soumettent leurs comptes à un contrôle ordinaire, les comptabiliser dans leurs livres, de manière à ce que ces dépôts puissent en tout temps être présentés séparément des fonds propres.

Au-delà du respect de l'interdiction d'investissement et de rémunération, les titulaires d'une autorisation fondée sur l'art. 1b LB doivent remplir certaines exigences en matière d'organisation, de gestion des risques, de compliance et de ressources financières et faire contrôler leur activité par une société d'audit dûment agréée (voir art. 1b, al. 4, LB). En outre, ils doivent respecter les dispositions de la LB, étant donné que celles-ci «s'appliquent par analogie» (voir art. 1b, al. 1, LB). Ces dispositions sont réputées applicables par analogie, car la LB réglemente spécialement les activités bancaires et les risques qui y sont liés. Du fait des différences qui existent entre les banques et les personnes visées à l'art. 1b LB, celles-ci ne seront toutefois soumises aux dispositions de la loi que dans la mesure où cela fait sens. Les différentes dispositions de l'OB concernant les droits et les obligations précisent si elles s'appliquent aux personnes visées à l'art. 1b LB.

## 1.3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

### 1.3.1 Généralités

Le commentaire du 1<sup>er</sup> février 2017 relatif à la modification de l'OB portant sur les FinTech<sup>16</sup> analysait déjà en détail la réglementation qui s'applique aux FinTech dans l'Union européenne (UE), dans certains États membres de l'UE et aux États-Unis<sup>17</sup>. Il ressort notamment que la numérisation nécessite la création ou la modification de nombreuses réglementations étrangères. Celles-ci sont néanmoins des plus hétérogènes et poursuivent des buts différents. L'avancement des projets réglementaires est également très inégal. Ceux-ci sont en général différenciés par activité. Par conséquent, il existe certes des autorisations pour les établissements qui exercent leurs activités dans le secteur des FinTech, mais ces autorisations sont à chaque fois limitées à une activité bien définie (p. ex. le financement participatif ou la monnaie électronique). Les réglementations étrangères ne semblent pas comporter d'«autorisation FinTech» semblable à celle qui est introduite dans la LB.

<sup>16</sup> Voir note de bas de page 8

<sup>17</sup> Commentaire du DFF du 1<sup>er</sup> février 2017 sur le projet FinTech 2017, ch. 1.4 (note de bas de page 8)

### 1.3.2 Développements au sein de l'UE

Pour compléter le commentaire susmentionné, il convient de préciser que la Commission européenne a présenté le 8 mars 2018 un plan d'action au moyen duquel elle entend exploiter les possibilités offertes par les innovations technologiques dans le domaine des services financiers<sup>18</sup>. Ce plan d'action comporte 19 initiatives visant à promouvoir le développement de modèles d'affaires innovants, à favoriser l'adoption des nouvelles technologies, à augmenter la cybersécurité et à renforcer l'intégrité du système financier. À noter en particulier les mesures suivantes:

- En s'appuyant sur les orientations fournies par les autorités européennes de surveillance, la Commission présentera un projet répertoriant les bonnes pratiques en matière de sas réglementaires (*sandboxes*).
- En 2018, l'Observatoire-forum des chaînes de bloc de l'UE présentera un rapport sur les chances et risques liés aux actifs cryptographiques et élaborera une stratégie globale en matière de technologie des registres distribués et des chaînes de bloc (*blockchain*), couvrant tous les secteurs de l'économie.
- La Commission organisera des consultations sur la meilleure façon de promouvoir la numérisation des informations publiées par les entreprises cotées en Bourse en Europe, en utilisant notamment des technologies innovantes pour relier les bases de données nationales.

Le 8 mars 2018, la Commission européenne a en outre proposé un règlement relatif au financement participatif<sup>19</sup>. Ce règlement prévoit l'instauration d'une réglementation européenne qui permettrait aux plates-formes de financement participatif de proposer leurs services sur l'ensemble du marché intérieur européen sans se heurter à de quelconques obstacles. La proposition de la Commission porte sur les services de financement participatif qui offrent un rendement financier aux investisseurs, c'est-à-dire le prêt et l'investissement participatifs. Le financement participatif reposant sur des dons (*crowddonating*) ou sur des aides (*crowdsupporting*) n'entre pas dans le champ d'application de la proposition. Les crédits à la consommation en sont également exclus puisqu'ils sont déjà couverts par d'autres réglementations de l'UE. En outre, la proposition ne s'applique pas aux campagnes de financement participatif d'un montant total supérieur à 1 million d'euros, étant donné que les financements importants de cette nature tombent sous le coup d'autres actes normatifs.

La proposition de la Commission prévoit plusieurs mécanismes destinés à protéger les investisseurs. Avant tout investissement, ceux-ci devront ainsi se soumettre à un test de connaissances visant à évaluer leur compréhension des produits financiers. Par ailleurs, ils devront être informés des risques liés au financement participatif et du fait que ces instruments ne se prêtent pas à l'épargne. À cette fin, les sites de financement participatif devront mentionner une série de clauses de non-responsabilité et de recommandations.

Enfin, la proposition impose des exigences d'honorabilité aux gestionnaires de plates-formes. Elle prévoit par ailleurs que le paiement des transactions de financement participatif doit être effectué exclusivement par des entités agréées en tant que prestataire de services de paiement en vertu de la directive sur les services de paiement<sup>20</sup>, que le paiement soit effectué par la plate-forme elle-même ou par un tiers. C'est l'Autorité européenne des marchés financiers

<sup>18</sup> Voir communiqué de presse de la Commission européenne du 8 mars 2018, disponible à l'adresse suivante: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-1403\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1403_fr.htm)

<sup>19</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 8 mars 2018 relatif aux prestataires européens de services de financement participatif pour les entreprises

<sup>20</sup> 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 L 337 du 23.12.2015, p. 1

qui sera chargée d'agréeer et de surveiller les prestataires de services de financement participatif.

La proposition sera examinée par le Parlement européen et le Conseil lors d'une prochaine étape<sup>21</sup>.

### 1.3.3 Évaluation du projet par rapport au droit étranger

Comme cela a déjà été indiqué dans le commentaire du projet FinTech 2017<sup>22</sup>, le nouveau dispositif suisse ne vise pas certains modèles d'affaires en particulier, contrairement aux projets de réglementation étrangers. Il s'attache plutôt à formuler des règles applicables à tous les modèles, ouvertes sur l'avenir et adaptées au potentiel de risques des entreprises FinTech qui proposent des services en dehors du champ d'activité traditionnel des banques. Du fait des différentes approches réglementaires, il n'est pas possible de comparer directement le dispositif suisse avec les réglementations étrangères, notamment avec celles de l'UE. Il apparaît toutefois que les conditions liées à la nouvelle catégorie d'autorisation ne sont pas plus strictes que les prescriptions appliquées à l'heure actuelle en Europe aux établissements de monnaie électronique ou aux services de paiement ou que les prescriptions proposées pour les plates-formes de financement participatif.

## 1.4 Résultats de la consultation

### 1.4.1 Précisions et modifications

La procédure de consultation s'est déroulée du 21 juin au 21 septembre 2018. Les modifications des diverses ordonnances ont généralement été bien accueillies, même si certains points ont été critiqués (voir les détails dans le rapport séparé sur les résultats de la consultation et dans le commentaire des différents articles ci-après). Les principales critiques concernent les éléments suivants du projet:

- **Établissements financiers traditionnels:** plusieurs participants à la consultation ont insisté sur le fait que la nouvelle catégorie d'autorisation ne devait pas pénaliser les établissements financiers traditionnels tels que les banques (conditions de concurrence équitables). D'une part, ils estiment que les titulaires de la nouvelle autorisation instaurée en vertu de l'art. 1b LB doivent être soumis aux mêmes lois que les banques (notamment la loi du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent<sup>23</sup>, la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données<sup>24</sup> et la LSFIn). D'autre part, ils jugent que les établissements financiers traditionnels doivent pouvoir participer au marché des FinTech selon les mêmes conditions que les titulaires de la nouvelle autorisation.

À ce sujet, il est absolument clair que les personnes visées à l'art. 1b LB devront respecter toutes les autres lois, dans la mesure où celles-ci s'appliquent à l'activité de ces personnes. La nouvelle autorisation ne constitue en aucun cas une dérogation à ce principe. En outre, rien n'interdit à un établissement financier traditionnel de créer ou d'acquérir une personne visée à l'art. 1b LB ou de prendre des participations dans une telle personne.

- **Art. 1, al. 2 – champ d'application:** selon les participants à la consultation, le fait que les dispositions du projet mis en consultation «s'appliquent par analogie» est préjudiciable à

<sup>21</sup> Voir fiche d'information de la Commission européenne disponible à l'adresse suivante:  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-18-1423\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-1423_fr.htm)

<sup>22</sup> Voir note de bas de page 8

<sup>23</sup> RS 955.0

<sup>24</sup> RS 235.1

la sécurité du droit. Pour cette raison, l'al. 2 proposé initialement est supprimé. Les différentes dispositions régissant les droits et les obligations des banques et des personnes visées à l'art. 1b LB sont modifiées individuellement.

- **Art. 6, al. 2 et 3 – exercice d'une activité à titre professionnel (*sandbox*):** les participants à la consultation ont approuvé la précision de la disposition définissant les activités qui ne sont pas réputées exercées à titre professionnel, mais ils indiquent aussi que cette disposition manque de clarté. Cette critique a été prise en compte, et l'art. 6, al. 2 et 3 a été revu: seules les opérations d'intérêts seront désormais exclues de la *sandbox*.
- **Art. 7a – obligation d'informer:** les participants ont jugé que les exigences posées à la qualité des informations («exhaustives») et «intelligibles») laissaient une grande marge d'interprétation. Les adjectifs critiqués ont donc été biffés. Concernant la publication des informations par voie électronique, une nouvelle formulation est proposée, sans mention de médias spécifiques («site Internet»).
- **Art. 14f – garde des dépôts du public:** dans le cadre de la consultation, les critiques ont principalement porté sur la garde des dépôts du public. D'une part, elles concernent l'obligation même de séparer les différents fonds. D'autre part, la manière dont l'interdiction légale d'investir et de rémunérer ces dépôts est interprétée dans le commentaire de l'art. 14f est jugée trop restrictive. La nouvelle version du projet d'ordonnance tient compte de ces critiques.
- **Art. 17a – capital minimum:** bon nombre de participants à la consultation considèrent que le capital minimum proposé dans le projet mis en consultation, soit 5 % des dépôts du public acceptés, mais au moins 300 000 francs, est trop élevé, en particulier pour les start-up. Ce point a été modifié, et le capital minimum variable, baissé à 3 %.
- **OLCC:** en ce qui concerne les dispositions d'exécution de la LCC, les participants à la consultation ont demandé de remplacer la forme écrite par une forme permettant d'établir la preuve par un texte. Bien que cette requête soit justifiée du point de vue de la neutralité technologique, cette modification doit être faite au niveau de la loi, c'est-à-dire dans la LCC, et ne relève pas de la compétence du Conseil fédéral.

## 1.4.2 Digression: courtage en crédit participatif en lien avec l'art. 1b LB

La consultation a montré que des incertitudes subsistent quant à l'interprétation de l'interdiction d'investissement et de rémunération énoncée à l'art. 1b LB en lien avec le modèle d'affaires basé sur le courtage en crédit participatif. Pour lever ces incertitudes, il est nécessaire de traiter une nouvelle fois ce sujet.

Généralement, une plate-forme de courtage en crédit participatif joue le rôle d'intermédiaire entre les emprunteurs et les bailleurs de fonds (*crowd*) qu'elle abrite. Sa seule fonction est de réunir les fonds et de les transférer aux emprunteurs. Lorsque la plate-forme procède au transfert des dépôts du public, ceux-ci ne figurent plus dans ses comptes, et l'emprunteur prend la place de la plate-forme. Le transfert doit avoir lieu dans un délai de 60 jours, et aucun intérêt ne doit être versé (art. 5, al. 3, let. c, OB). Selon les circonstances, l'emprunteur doit cependant veiller à ne pas devenir une banque en acceptant à son tour des dépôts du public à titre professionnel. Il peut éviter cette situation s'il s'organise de manière à être exclu du cercle des entreprises réputées exercer une activité à titre professionnel visé à l'art. 6 OB ou s'il publie un prospectus d'emprunts (ou ultérieurement une feuille d'information de base conforme à la LSFIn). Dans ce cas, les fonds sont considérés comme des emprunts conformes à l'art. 5, al. 3, let. b, OB et non comme des dépôts du public.

Si la plate-forme endosse elle-même le rôle de bailleur de fonds, son statut juridique change considérablement. Elle devient alors partie contractante aussi bien de l'emprunteur que des participants au prêt. Dans ce cas, l'emprunteur n'a d'obligation qu'envers la plate-forme. Les

dépôts sont comptabilisés dans les livres de la plate-forme en tant qu'obligations de remboursement à l'égard des participants au prêt. Si la plate-forme octroie des prêts pour son propre compte en utilisant les dépôts qu'elle a acceptés, cela est considéré comme un investissement selon l'art. 1b LB. Si elle verse aux participants au prêt des intérêts sur les dépôts qu'elle a acceptés, elle exerce une opération d'intérêts, qui reste l'apanage des banques et n'est pas admise dans le cadre de la nouvelle autorisation (voir ch. 1.2). La plate-forme doit concevoir son modèle d'affaires de manière à ce qu'elle n'exerce pas ce genre d'opération. À cet effet, elle doit remettre aux participants au prêt un prospectus d'emprunts (et, ultérieurement, une feuille d'information de base conforme à la LSFIn). Comme mentionné plus haut, les fonds sont alors considérés comme des emprunts conformes à l'art. 5, al. 3, let. b, OB et non comme des dépôts du public, et la plate-forme a donc le droit de verser des intérêts aux participants au prêt.

Les cas de figure exposés dans les paragraphes précédents découlent de l'interdiction d'investissement et de rémunération prévue par la loi (art. 1b, al. 1, let. b, LB) et correspondent à la logique du système. En lien avec les dépôts du public qu'elles acceptent, les personnes visées à l'art. 1b LB ne doivent pas prendre de risques de nature typiquement bancaire (risques de taux ou de liquidités). En contrepartie, les exigences auxquelles elles doivent satisfaire sont nettement moins élevées que les exigences posées aux banques.

## 2 Commentaire des dispositions

### 2.1 Ordonnance sur les banques (OB)

#### *Remplacement d'expressions*

L'art. 1, al. 2, du projet mis en consultation prévoyait que, sauf réglementation particulière, les dispositions de l'OB s'appliqueraient «par analogie» aux titulaires de la nouvelle autorisation. Les participants ont jugé que cette disposition était imprécise et surtout qu'elle pouvait porter préjudice à la sécurité juridique. Pour tenir compte de cette remarque, la nouvelle version du projet précise explicitement dans toutes les dispositions régissant les droits et les obligations si la disposition en question concerne seulement les banques ou les personnes visées à l'art. 1b LB ou si elle s'applique aux deux catégories de titulaires d'une autorisation.

#### **Art. 1**     **Objet**

Du fait de l'ajout de l'art. 1b, al. 1, LB, toutes les autres dispositions de la LB et les dispositions d'exécution qui s'y rapportent s'appliquent désormais aussi aux personnes visées à l'art. 1b, al. 1, LB. L'art. 1 OB précise par conséquent les objets que l'ordonnance réglemente pour les banques et pour les personnes visées à l'art. 1b LB.

#### **Art. 2**     **Banques**

Étant donné que la LB a été modifiée dans le cadre du projet de LSFIn et de LEFin, le terme «banques» n'est plus défini à l'échelon de l'ordonnance, mais l'est à celui de la loi (voir art. 1a LB). Par conséquent, la réglementation actuelle prévue à l'art. 2, al. 1, doit être abrogée. L'art. 1a LB entrera également en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

#### **Art. 6**     **Exercice d'une activité à titre professionnel**

##### *Al. 2*

Étant donné que le terme «banques» sera désormais défini au niveau de la loi, l'acceptation de dépôts du public requerra une autorisation si elle est exercée à titre professionnel.

### Définition actuelle de l'exercice d'une activité à titre professionnel:

C'est l'art. 6 OB qui définit si une activité est exercée à titre professionnel ou non. Jusqu'au 31 juillet 2017, il existait aux termes de cette disposition une présomption irréfragable d'activité professionnelle au sens de la LB pour toute personne qui, sur une longue période, acceptait plus de 20 dépôts du public ou faisait appel au public pour obtenir des dépôts, même si le nombre de dépôts obtenus était inférieur à 20 (art. 6 OB, version du 30 avril 2014). La révision de l'OB du 5 juillet 2017 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2017) a instauré une exception à la définition de l'exercice d'une activité à titre professionnel (art. 6, al. 2, OB). Depuis lors, celui qui accepte plus de 20 dépôts du public n'est pas réputé agir à titre professionnel s'il accepte des dépôts du public d'un montant total de 1 million de francs au maximum (let. a), s'il n'investit ni ne rémunère ces dépôts (let. b) et s'il informe les déposants qu'il n'est pas surveillé par la FINMA et que le dépôt n'est pas couvert par la garantie des dépôts (let. c). L'exception est réalisée lorsque toutes les exigences sont remplies. La précision donnée à l'al. 3 a été ajoutée après la consultation. En vertu de cette disposition, l'interdiction d'investissement et de rémunération mentionnée à l'al. 2, let. b, n'est pas applicable lorsque la personne qui accepte les dépôts exerce une activité artisanale et industrielle à titre principal et qu'elle utilise les dépôts du public pour financer cette activité.

La disposition définissant les exceptions à l'exercice d'une activité à titre professionnel crée un espace favorisant l'innovation (*sandbox*) des entreprises dont le modèle d'affaires est basé sur les FinTech. L'expérience a montré que ces entreprises (notamment les plates-formes de courtage en crédit participatif) s'adressaient en général à plus de 20 personnes et qu'elles entraient de ce fait rapidement dans le champ d'application de la LB. Les entreprises qui souhaitaient accéder au marché n'avaient dès lors pas la possibilité de tester l'efficacité et la rentabilité de leur modèle d'affaires avant de demander une licence bancaire. La réglementation en vigueur leur apparaissait alors comme un obstacle à l'innovation. Un espace non soumis à autorisation a donc été créé pour l'acceptation de dépôts du public jusqu'à concurrence de 1 million de francs<sup>25</sup>. En posant des conditions spécifiques, à savoir l'interdiction d'investissement et de rémunération, le Conseil fédéral a voulu empêcher l'apparition de «petites banques» à l'intérieur de la *sandbox*.

### Nouvelle réglementation à partir du 1<sup>er</sup> avril 2019:

Contrairement à la proposition présentée dans le projet de juin 2018 et critiquée pour son manque de clarté, la nouvelle réglementation n'exclut pas de la définition d'activité exercée à titre professionnel une activité exercée dans le respect de l'interdiction d'investissement et de rémunération et l'utilisation des dépôts à des fins de financement d'une «activité artisanale et industrielle» ou de «consommation privée».

Selon la nouvelle approche, la définition de ce qui n'est pas considéré comme une activité exercée à titre professionnel est délimitée par un plafond de 1 million de francs et par le critère qui caractérise l'activité traditionnelle d'une banque, soit les opérations d'intérêts. Ces opérations ne sont pas régies par la loi. Elles peuvent cependant être décrites de la manière suivante: les banques acceptent des dépôts (opérations passives) et accordent pour leur propre compte des prêts ou des crédits à un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises qui ne leur sont pas liées (opérations actives)<sup>26</sup>. Les crédits et prêts sont accordés à long terme (immobilisation du capital et blocage des taux à long terme). En même temps, les clients peuvent exiger la restitution sans délai de leurs dépôts (immobilisation du capital et blocage des taux à court terme). En outre, une différence entre l'échéance moyenne des actifs et l'échéance moyenne des passifs entraîne une transformation des échéances assortie de risques accrus liés à la variation des taux et aux liquidités. La couverture de ces risques fait

<sup>25</sup> Voir rapport explicatif du DFF sur le projet FinTech 2017, ch. 1.2.3 (note de bas de page 8)

<sup>26</sup> URS EMCH, HUGO RENZ, RETO ARPAGAU, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 7<sup>e</sup> édition, Zurich 2011, p. 6, note 16

partie des tâches principales d'une banque, qui les compense par la marge d'intérêt<sup>27</sup>. Mais c'est aussi en raison de ces risques que l'autorisation d'opérer en tant que banque inclut des exigences élevées. Sans une telle autorisation, il n'est et ne sera pas possible d'effectuer des opérations d'intérêts. Par conséquent, seules les personnes qui n'effectuent pas d'opérations d'intérêts pourront profiter des allègements prévus dans le cadre de la *sandbox*.

La réglementation proposée à présent à l'art. 6, al. 2, permet également d'utiliser les fonds acceptés au sein de la *sandbox* à des fins privées qui ne sont pas de nature artisanale et industrielle. Cela se justifie par le fait que, selon les nouvelles modifications de la LCC prévues par le projet de LSFIn et de LEFin, le courtage en crédit participatif est lui aussi régi par la LCC. La modification de l'art. 6 OB entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2019, en même temps que les dispositions révisées de la LCC et de l'OLCC.

#### Al. 3

En raison de la modification de l'al. 2, l'al. 3, désormais superflu, est supprimé.

### **Art. 7a Obligation d'informer des personnes visées à l'art. 1b LB**

#### Al. 1 et 2

Garantir la transparence à l'égard des clients est important, car, dans le cadre de la surveillance qu'elle exerce, la FINMA n'examine pas la viabilité économique du modèle d'affaires de ses assujettis. S'agissant des banques et des personnes visées à l'art. 1b LB, elle se borne à vérifier le respect des exigences légales. Elle n'a pas compétence pour évaluer si un modèle d'affaires ou une technologie fonctionnent dans la réalité. Dans ce contexte, les clients doivent pouvoir se faire une idée par eux-mêmes. Il est par conséquent indispensable que les entreprises leur délivrent des informations claires sur les risques pouvant résulter de leur modèle d'affaires et des technologies qu'elles utilisent.

Les personnes visées à l'art. 1b LB proposent des services des plus variés. Pour pouvoir évaluer les risques liés aux opérations de dépôt, les clients doivent connaître le modèle d'affaires de ces personnes. C'est pourquoi les personnes visées à l'art. 1b LB doivent immédiatement évaluer les risques liés à leur modèle d'affaires et aux technologies qu'elles utilisent et communiquer aux clients le résultat de leurs évaluations (let. a). Par ailleurs, les clients doivent être informés du fait que leurs dépôts ne sont pas couverts par la garantie des dépôts (let. b; voir ch. 1.1 ci-dessus).

Il n'est pas suffisant de fournir des explications techniques ne pouvant être comprises que par des spécialistes. Il convient en lieu et place d'expliquer le modèle d'affaires aux clients en s'exprimant en des termes clairs et intelligibles. L'information doit par ailleurs être donnée dans une langue que les clients maîtrisent. Cela signifie que tous les risques afférents au modèle d'affaires doivent être signalés. Il est interdit de n'en présenter qu'une partie. Les considérations ajoutées a posteriori doivent également être exhaustives et, par conséquent, éviter de ne porter que sur les aspects positifs. En outre, il convient de mentionner la non-application de la garantie des dépôts et d'en expliquer les conséquences. Les informations doivent être données par écrit ou sous toute autre forme permettant d'en établir la preuve par un texte. Elles peuvent donc être fournies dans un document séparé ou dans la documentation relative au modèle d'affaires, ou encore par courriel. Elles doivent aussi intervenir suffisamment tôt pour que les clients aient le temps de reconsidérer leur décision à l'aune des renseignements qu'ils ont obtenus.

#### Al. 3

Contrairement aux banques, les personnes visées à l'art. 1b LB sont libérées de l'obligation de garantir les dépôts qu'elles acceptent (voir art. 1b, al. 4, let. d, LB). Les clients doivent toutefois savoir que la garantie des dépôts ne s'applique pas, afin de pouvoir se faire une idée

<sup>27</sup> En ce qui concerne la notion de «transformation des échéances», voir *Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz*, 1<sup>re</sup> édition, Zurich 2002

complète des risques inhérents à leur placement. Par conséquent, les personnes visées à l'art. 1b LB sont également tenues de les informer de l'absence de garantie pour les dépôts. Cette information étant déterminante, elle doit être mentionnée ailleurs que dans les conditions générales. Les risques ne doivent pas non plus être présentés seulement en petits caractères dans les conditions générales, car ils constituent aussi un élément clé pour les clients. Tant qu'elles respectent les exigences de l'al. 3, les personnes visées à l'art. 1b LB peuvent choisir librement la façon dont elles entendent transmettre l'information aux clients.

*Al. 4*

L'obligation d'informer sera satisfaite si les clients peuvent disposer de l'information sous une forme qui leur permet d'en conserver une preuve. L'information peut donc être également publiée par voie électronique. Dans ce cas, elle doit rester disponible (et consultable p. ex. sur les pages du site Internet) aussi longtemps que la personne visée à l'art. 1b LB existe.

*Al. 5*

L'expression «support durable » renvoie à l'art. 4, al. 1, ch. 62, de la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID II). Elle englobe expressément les courriels, les fax ou les documents établis lors de réunions.

**Art. 8a      *Modification des faits***

*Al. 1*

Si les faits déterminants pour l'octroi de l'autorisation viennent à changer, tant les banques que les personnes visées à l'art. 1b LB sont tenues de le signaler à la FINMA. Cette règle n'a rien de nouveau pour les banques. Elle va de soi dans un régime d'autorisation et correspond à une pratique incontestée dans tous les domaines relevant de la réglementation des marchés financiers (voir art. 16 de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs [LPCC]<sup>28</sup>, art. 10, al. 6, de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses<sup>29</sup> et art. 7 de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers<sup>30</sup>). Une réglementation similaire a donc aussi été inscrite dans la LEFin pour tous les établissements financiers (gestionnaires de fortune, trustees, gestionnaires de fortune collective, directions de fonds et maisons de titres). La modification qui fonde l'obligation de communiquer peut concerner le modèle d'affaires, certains services ou encore les détenteurs de participations qualifiées.

*Al. 2*

Une modification est réputée significative au sens de l'al. 2 lorsqu'elle peut avoir une incidence sur le statut d'autorisation accordé à la banque ou à la personne visée à l'art. 1b LB, autrement dit lorsque la FINMA doit réévaluer les conditions régissant l'octroi de l'autorisation. Par conséquent, on est en présence d'une modification significative lorsque la nature des opérations, le modèle d'affaires dans son ensemble, la forme juridique de l'entreprise ou les technologies qui sous-tendent le modèle d'affaires changent de manière considérable.

**Art. 11, al. 1 et 2, art. 12, al. 4, deuxième phrase**

De nature rédactionnelle, les modifications ont pour but d'harmoniser la terminologie avec le reste de la réglementation en matière de marchés financiers.

---

<sup>28</sup> RS 951.31

<sup>29</sup> RS 954.1

<sup>30</sup> RS 958.1

## **Art. 14a** *Forme juridique, siège et administration effective*

### *Al. 1*

En vertu du droit de la surveillance, il faut, concernant les personnes visées à l'art. 1b LB, opérer une distinction entre les associés et la société elle-même. Celle-ci doit notamment être titulaire de droits et d'obligations et disposer d'une fortune indépendante de celle des différents associés. Cette séparation est le seul moyen de garantir l'efficacité de la surveillance et d'avoir accès à l'entreprise en cas d'infraction. C'est notamment pour cette raison que les formes juridiques que les personnes visées à l'art. 1b LB peuvent revêtir se limitent aux formes de sociétés énoncées à l'al. 1. Seules celles qui permettent de respecter les obligations légales seront autorisées. Les sociétés de personnes (société en nom collectif ou en commandite) sont exclues, étant donné que leur organisation juridique est généralement adaptée aux différents associés et que la fortune dont elles disposent ne leur appartient pas, mais reste la propriété de l'ensemble des associés. Les associations ou coopératives sont également des formes de sociétés plutôt liées aux personnes qu'au capital. À cela s'ajoute que les coopératives appliquent des règles complexes en matière d'organisation et de décision (droit de vote par tête notamment) et que les parts sociales ne peuvent pas être titrisées (art. 853, al. 3, du code des obligations [CO]<sup>31</sup>). Dans ce contexte, l'entreprise individuelle<sup>32</sup> sera également exclue des formes juridiques que les personnes visées à l'art. 1b LB pourront revêtir, car l'entreprise individuelle et la personne physique qui s'y rattache sont identiques. Par conséquent, la fortune de l'entreprise ne constitue pas non plus en vertu du droit privé une masse distincte par rapport à la fortune privée de l'entrepreneur individuel.

Les formes juridiques autorisées sont donc la société anonyme ([SA]; y c. la SA de droit public), qui est une société de capitaux au sens strict, la société en commandite par actions, qui constitue une forme particulière de SA, et la société à responsabilité limitée (Sàrl), qui est une corporation comprenant certains éléments à caractère personnel<sup>33</sup>. En choisissant le modèle de la société en commandite par actions ou de la Sàrl, les créateurs d'une entreprise visée à l'art. 1b LB peuvent exprimer davantage d'intérêts personnels que dans le cas de SA classiques, et ce malgré le principe selon lequel la société doit être basée sur des capitaux (sachant p. ex. que la société en commandite par actions prend ses décisions en suivant les règles applicables aux sociétés en commandite et que le droit des Sàrl soumet les associés à un devoir de loyauté).

### *Al. 2*

Afin que la surveillance puisse être exécutée en bonne et due forme, les entreprises intéressées doivent avoir leur siège et exercer leur administration effective en Suisse.

## **Art. 14b** *Champ d'activité*

Les personnes visées à l'art. 1b LB doivent définir de façon précise le champ et le rayon géographique de leurs activités dans leurs statuts ou dans un règlement. Elles sont soumises sur ce point aux mêmes obligations que les banques. Par rapport aux règles applicables à ces établissements, seuls les contrats de société ne sont pas mentionnés, ce qui tient à la liberté laissée en matière de forme juridique. En leur qualité de collectivités, toutes les formes juridiques autorisées ont des statuts qui peuvent être modifiés après la fondation de l'entreprise

---

<sup>31</sup> RS 220

<sup>32</sup> Les entreprises individuelles ne sont pas une forme de société indépendante en vertu du CO. Elles constituent un système formellement autonome destiné aux personnes physiques souhaitant gérer seules une entreprise commerciale. Il n'existe aucune réglementation spéciale pour les entreprises de ce genre (ARTHUR MEIER-HAYOZ, PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10<sup>e</sup> édition, Berne 2007, par. 26, note 3 [ci-après: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER]).

<sup>33</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, par. 18, notes 24 ss

sur la base d'une décision prise à la majorité. Comme les sociétés de personnes, elles n'ont en revanche pas de contrats de société propres<sup>34</sup>.

### **Art. 14c Gestion**

L'art. 14c correspond aux exigences posées aux banques à l'art. 10 OB, en ce sens que la gestion effective des personnes visées à l'art. 1b LB doit se situer en Suisse. Par conséquent, toutes les personnes exerçant la gestion doivent être domiciliées dans un lieu qui leur permet d'assumer cette charge de manière concrète. Cette exigence s'explique par le fait que la FINMA doit pouvoir prendre contact avec les personnes assurant la gestion, ce qui n'est pas garanti dans le cas où celles-ci résident exclusivement à l'étranger. Il est également possible que les titulaires d'autorisation visés à l'art. 1b LB, contrairement aux banques, ne soient soumis à aucune surveillance à l'étranger et qu'aucune assistance administrative ne puisse être demandée à une autorité étrangère partenaire.

### **Art. 14d Organes**

#### *Al. 1 et 2*

Comme les banques, les personnes visées à l'art. 1b LB doivent créer un organe chargé de la direction supérieure, de la surveillance et du contrôle lorsque la nature ou l'ampleur de leurs opérations l'exige. Cet organe doit comporter au minimum trois membres, dont au moins un tiers doit être indépendant de la gestion. Si l'organe de direction se compose de trois membres, il suffit donc qu'un seul satisfasse aux exigences édictées en matière d'indépendance. L'assouplissement de la règle par rapport à celle qui prévaut pour les banques tient au fait que les entreprises FinTech sont bien souvent des start-up dont les effectifs diffèrent de ceux des banques. Dans la plupart des cas, les effectifs des start-up se limitent aux cofondateurs, qui doivent d'abord rechercher du personnel et croître. S'il est évident que l'obtention de l'autorisation doit être subordonnée à la satisfaction de certaines exigences en matière d'organisation, il convient de pouvoir tenir compte de la situation des entreprises, en particulier des start-up.

#### *Al. 3*

Sur le plan du contenu, l'al. 3 est identique à l'art. 3, al. 2, let. c<sup>bis</sup>, LB. Mais, contrairement à ce qui est prévu dans ce dernier, il n'est pas nécessaire que les détenteurs d'une participation qualifiée soient indépendants de la gestion. Eu égard à la situation particulière des start-up, une telle exigence constituerait un obstacle démesuré. Pour autant, ces détenteurs doivent garantir que leur influence n'empêchera pas les personnes visées à l'art. 1b LB d'exercer leur activité de manière irréprochable.

#### *Al. 4*

Les al. 1 à 3 énoncent des exigences minimales en matière de gouvernance d'entreprise, notamment le principe de contrôle et d'équilibre des pouvoirs, qui devrait être appliqué sans exception. Il peut malgré tout arriver que la situation particulière d'une start-up opérant dans le secteur des FinTech nécessite une dérogation aux exigences énoncées aux al. 1 et 2. Dans ce genre de cas, la FINMA sera habilitée à accorder des exceptions en les subordonnant à certaines conditions. Les exceptions pourront en premier lieu être octroyées dans la phase de lancement de l'entreprise, phase pendant laquelle le respect des exigences est le plus délicat. Un cas justifiant une exception au principe précité serait celui des fondateurs d'une entreprise FinTech qui auraient pu recourir à des donateurs agissant par métier (investisseurs en capital-risque), lesquels disposeraient alors d'un poids suffisant pour contrer l'influence des fondateurs. Dans ce genre de cas, il serait possible d'assouplir les exigences en matière d'indépendance.

---

<sup>34</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, par. 2, notes 123 s.

## **Art. 14e Compliance et gestion des risques**

### *Al. 1*

Par analogie avec les dispositions applicables aux banques, l'art. 14e, al. 1, dispose que les personnes visées à l'art. 1b LB doivent garantir leur respect des prescriptions légales et internes à l'entreprise par l'intermédiaire d'une fonction de compliance. Par ailleurs, les risques inhérents à l'activité de ces personnes doivent pouvoir être identifiés, évalués, gérés et surveillés, ce qui implique une gestion efficace en la matière. À la différence des banques, les personnes visées à l'art. 1b LB ne sont soumises à aucune exigence en matière de liquidités et de fonds propres étant donné qu'elles ne sont pas exposées aux mêmes risques que les banques (voir ci-après le commentaire de l'art. 17a). Elles encourent toutefois des risques opérationnels ou des risques pouvant entacher leur réputation et doivent en tenir compte (p. ex. piratage des systèmes d'information ou accès non autorisés par suite d'erreurs de programmation). Les risques opérationnels peuvent être définis sur la base de l'art. 89 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juin 2012 sur les fonds propres (OFR)<sup>35</sup> comme «le risque de perte lié à l'inadéquation ou à la défaillance de procédures internes, aux personnes ou aux systèmes ou encore à des facteurs externes. Sont compris les risques juridiques, contrairement aux risques stratégiques et de réputation.» Les risques pesant sur les entreprises FinTech dépendent du modèle d'affaires retenu et des technologies utilisées.

Un système de contrôle interne englobe l'ensemble des processus et structures de contrôle sur lesquels tous les services d'une entreprise se fondent pour atteindre les objectifs opérationnels et garantir le bon fonctionnement de cette dernière. En général, les établissements financiers instituent trois organes de contrôle internes. Au premier niveau (première ligne de défense), les unités responsables des activités génératrices de revenus sont chargées de la gestion des risques, cette tâche comprenant en particulier la surveillance directe et le pilotage des risques ainsi que l'établissement de rapports. En outre, ces unités doivent veiller au respect des exigences légales dans les affaires courantes. Au deuxième niveau (deuxième ligne de défense), les fonctions chargées du contrôle des risques et de la compliance analysent les risques et vérifient que les prescriptions internes, légales et réglementaires sont appliquées. Au troisième et dernier niveau (troisième ligne de défense), les organes compétents pour la révision interne effectuent les audits requis. Pour ce qui est des personnes visées à l'art. 1b LB, chaque cas déterminera si et dans quelle mesure ces trois niveaux de surveillance devront être mis en place.

### *Al. 2*

Les personnes visées à l'art. 1b LB doivent définir dans des documents et directives internes les instruments précis qui leur permettront de remplir les exigences citées à l'al. 1. Le premier de ces instruments consiste en l'exécution d'analyses de risques portant notamment sur l'utilisation des technologies, mais aussi sur des facteurs externes et des procédures internes. Ce n'est qu'après avoir mené ce genre d'analyse qu'il est possible de créer des structures appropriées en matière de contrôle des risques. En outre, les responsabilités doivent être déterminées de manière concrète. Une fois les risques identifiés, il faut évaluer le potentiel de perte, puis élaborer les stratégies et processus destinés à gérer les risques et à les réduire au minimum. Pour finir, il convient de définir les contrôles et les mécanismes de surveillance.

### *Al. 3*

Pour pouvoir remplir leur fonction de manière efficace, les services chargés de surveiller la compliance et de gérer les risques doivent être indépendants des activités génératrices de revenus, autrement dit du champ d'activité principal des personnes visées à l'art. 1b LB. Cette séparation est nécessaire du fait des divergences qui existent en termes de priorités et d'intérêts entre les activités génératrices de revenus et les fonctions de contrôle qui sont exercées au titre de la surveillance. En effet, la compliance et la gestion des risques évaluent les activités

---

<sup>35</sup> RS 952.03

sous l'angle des risques encourus, tandis que les structures opérationnelles s'attachent à les envisager à l'aune de la réussite économique. Ces deux modes d'évaluation ont leur raison d'être et sont complémentaires. Cependant, il faut éviter que les structures opérationnelles, qui ont en général une grande influence, pèsent sur les fonctions de contrôle de manière à empêcher ces dernières de remplir leurs tâches.

*Al. 4*

Les personnes visées à l'art. 1b LB peuvent recourir à des tiers pour la surveillance de la compliance et la gestion des risques. Elles doivent toutefois s'assurer que les tiers retenus disposent bien des capacités, des connaissances et de l'expérience requises par cette activité. Dans le secteur des FinTech, très hétérogène et technique par nature, il peut parfois être difficile de trouver les personnes adéquates. Or, même si elles réussissent à déléguer ces fonctions, les personnes visées à l'art. 1b LB restent tenues de donner des instructions aux tiers qu'elles ont sélectionnés et d'en assurer la surveillance. Ce sont elles également qui doivent répondre du respect des exigences visées à l'al. 1.

*Al. 5*

Dans certains cas, la FINMA peut assouplir les exigences énoncées à l'al. 3 en matière d'indépendance. Cela n'est toutefois possible que pour les modèles d'affaires générant un produit brut faible et présentant des risques peu élevés. Dans le cas des gestionnaires de fortune, qui peuvent être cités à titre de comparaison, l'expérience a montré que le fait de séparer les fonctions de compliance et de gestion des risques était viable sur le plan économique à partir d'un produit brut de 1,5 million de francs.

**Art. 14f Garde des dépôts du public**

*Al. 1*

Tant qu'elles ne transfèrent pas les dépôts du public qu'elles ont acceptés conformément à leur destination ni ne les restituent aux clients, les personnes visées à l'art. 1b LB doivent les garder séparément de leurs fonds propres ou les comptabiliser dans leurs livres, de manière à ce que ces dépôts puissent être présentés en tout temps séparément de leurs fonds propres. Si elles optent pour une séparation uniquement comptable, les personnes visées à l'art. 1b LB doivent soumettre leurs comptes à un contrôle ordinaire au sens de l'art. 727 CO. Cette modification tient compte des critiques formulées lors de la procédure de consultation à l'égard de la proposition initiale, qui prévoyait uniquement l'obligation de garder séparément les dépôts et les fonds propres.

*Al. 2*

La garde de dépôts du public est soumise à l'interdiction d'investissement et de rémunération prévue par la loi. Cela signifie que, jusqu'à ce qu'ils soient restitués aux clients ou transférés conformément à leur destination, les dépôts acceptés doivent être gardés de manière à ce que les clients ne courent si possible aucun risque. Ces valeurs doivent en outre être disponibles sous la forme de liquidités afin qu'elles puissent être restituées ou transférées dans un délai adéquat. À cette fin, elles peuvent par exemple être versées en tant que dépôts à vue sur un compte auprès d'une banque ou d'une personne visée à l'art. 1b LB, sans limite de retrait. Elles peuvent aussi être gardées en tant qu'actifs liquides de haute qualité de la catégorie 1, visés à l'art. 15a de l'ordonnance du 30 novembre 2012 sur les liquidités (OLiq)<sup>36</sup>. En cas de garantie analogue concernant les dépôts du public placés en tant que dépôts à vue auprès de la Banque nationale suisse (BNS), les personnes visées à l'art. 1b LB devraient être titulaires d'un compte de virement auprès de la BNS et avoir l'autorisation de participer au système suisse de paiements interbancaires (Swiss Interbank Clearing [SIC]). Le cas échéant, les personnes visées à l'art. 1b LB ne disposant pas de cette autorisation pourraient transférer les fonds sur un compte géré par une autre personne visée à l'art. 1b LB, à condition que celle-

---

<sup>36</sup> RS 952.06

ci possède l'agrément requis. Tant l'autorisation de détenir un compte de virement que celle d'accéder au SIC relèvent de la BNS. Par conséquent, le Conseil fédéral ne peut pas prescrire à la BNS à quels participants au marché elle doit accorder l'accès au SIC et sous quelles conditions.

#### *Al. 3*

Comme mentionné plus haut, les clients ne doivent si possible être exposés à aucun risque supplémentaire, notamment en matière de change. C'est pourquoi les dépôts du public doivent être gardés dans la monnaie dans laquelle les clients peuvent exercer leur droit au remboursement. Ainsi, les dépôts en numéraire qui doivent être restitués en francs suisses doivent être gardés sur un compte en francs suisses ou en tant qu'actifs liquides de haute qualité en francs suisses.

#### *Al. 4*

L'al. 4 régit l'acceptation de valeurs patrimoniales cryptographiques, dans la mesure où celles-ci sont considérées comme des dépôts du public au sens de l'art. 5 OB. Il s'agit principalement de monnaies cryptographiques, à savoir d'argent virtuel. Ces valeurs doivent être gardées sous la forme dans laquelle elles ont été acceptées. La formulation est laissée ouverte afin qu'il soit possible de tenir compte des développements futurs dans ce domaine et d'inclure d'autres formes de valeurs patrimoniales cryptographiques.

### **Art. 14g Conflits d'intérêts**

La réglementation relative aux conflits d'intérêts figure déjà aux art. 25 ss du projet de LSFIn et devra donc être bientôt respectée par tous les prestataires de services financiers. Les règles supplémentaires adoptées ici se justifient du fait que certains modèles d'affaires appliqués dans le secteur des FinTech n'incluent pas la fourniture de services financiers au sens de la LSFIn.

#### *Al. 1*

Dans le cadre de leurs activités, les personnes visées à l'art. 1b LB doivent éviter autant que possible les conflits d'intérêts envers leurs clients. Leurs intérêts propres et ceux de leurs collaborateurs ne doivent pas être contraires aux intérêts de leurs clients. De même, les intérêts des clients ne doivent pas être contraires les uns aux autres. Afin d'éviter tout conflit de ce genre, les personnes visées à l'art. 1b LB doivent être en mesure de détecter tout conflit d'intérêts potentiel ou avéré. Elles doivent notamment vérifier s'il existe des incitations à négliger les intérêts des clients ou à privilégier leurs propres intérêts. Une fois identifiés, les conflits d'intérêts potentiels ou avérés doivent être éliminés au moyen de mesures appropriées.

#### *Al. 2*

Si des conflits d'intérêts ne peuvent pas être exclus ou si leur exclusion est contraire à l'activité des personnes visées à l'art. 1b LB, celles-ci doivent en informer les clients concernés au plus tard avant la conclusion du contrat. Les clients peuvent ainsi décider s'ils veulent engager ou non la relation d'affaires dans ces conditions. Bien que la présence d'un conflit d'intérêts soit tolérée, les personnes visées à l'art. 1b LB n'ont pas le droit de renoncer à l'éliminer totalement.

### **Art. 17a Capital minimum des personnes visées à l'art. 1b LB**

La définition d'un capital minimum ne vise pas seulement à garantir la sécurité des dépôts, mais aussi et surtout à garantir que les entreprises disposent de moyens organisationnels et techniques appropriés pour gérer de manière adéquate le nombre de dépôts placés sous leur garde.

#### *Al. 1*

Les exigences minimales en matière de fonds propres sont définies au moyen du capital minimum. Celui-ci est fonction du montant des dépôts du public acceptés. Les personnes visées à l'art. 1b LB doivent en permanence disposer d'un capital égal à 3 % de ces dépôts, celui-ci ne pouvant toutefois en aucun cas être inférieur à 300 000 francs. Pour pouvoir être pris en compte, les fonds doivent être libérés et détenus dans la durée.

Les exigences que les personnes visées à l'art. 1b LB doivent remplir sur le plan de la qualité et du montant du capital sont moins strictes que celles qui s'appliquent aux banques (voir art. 15 OB). Celles-ci sont soumises à des prescriptions en matière de fonds propres (OFR) et de liquidités (OLiq) du fait notamment des risques accrus liés au blocage des taux et aux liquidités auxquels l'activité bancaire est associée. Pour autant, il n'est pas possible d'exclure totalement les risques de liquidité ou de contrepartie. C'est pourquoi les personnes visées à l'art. 1b LB doivent elles aussi disposer de moyens financiers suffisants pour faire face aux risques auxquels elles sont confrontées.

Le capital minimum devra être utilisé aux fins de l'entreprise. Par conséquent, il ne pourra pas être prêté aux détenteurs de participations qualifiées ou aux personnes physiques ou morales qui leur sont proches, ni être investi dans des participations que les détenteurs de participations qualifiées ou les personnes physiques ou morales qui leur sont proches détiennent à titre majoritaire. Cette restriction des possibilités d'investissement réduira le risque pour l'entreprise d'être dépossédée de ces biens (risque de fraude).

#### *Al. 2*

Les modèles d'affaires, notamment ceux qui relèvent du secteur des FinTech, pouvant être des plus hétérogènes et, de ce fait, comporter des risques très divers, il est probable que les exigences définies à l'al. 1 ne puissent pas être remplies par tous les participants au marché. Pour cette raison, la FINMA sera habilitée à relever le capital minimum au cas par cas si elle estime que des risques accrus le justifient. À cette fin, elle devra analyser le modèle d'affaires et les risques qui en résultent et motiver la définition d'exigences plus strictes à l'égard du requérant. Une activité comportant des risques accrus pourrait par exemple être celle d'une entreprise qui fournirait des services d'analyse dans le cadre de son activité principale et qui assumerait, à titre accessoire, la gestion des risques pour le compte de tiers. L'activité de l'entreprise serait alors également associée à des risques accrus.

#### *Al. 3*

Les personnes visées à l'art. 1b LB n'étant pas exposées aux mêmes risques que les banques en termes de liquidités et de blocage des taux, elles ne seront pas soumises aux dispositions qui s'appliquent aux banques en matière de fonds propres et de détention de liquidités. Ces exigences sont une des raisons pour lesquelles la plupart des entreprises FinTech ne pourraient guère obtenir de licence bancaire.

### **Art. 24, al. 1, let. e**

De nature rédactionnelle, les modifications ont pour but d'harmoniser la terminologie avec le reste de la réglementation en matière de marchés financiers.

### **Art. 24a Groupes financiers formés par des personnes visées à l'art. 1b LB**

#### *Al. 1*

À l'instar des banques, les personnes visées à l'art. 1b LB peuvent constituer un groupe financier au sens de l'art. 22. Dans ce cas, le plafond de 100 millions de francs fixé à l'art. 1b LB pour l'acceptation de dépôts du public vaudra pour le groupe entier. Il ne sera pas accordé de manière individuelle à chaque entreprise du groupe. Les entreprises individuelles seront donc rassemblées dans un périmètre de consolidation. Cette mesure vise à empêcher que la nouvelle catégorie d'autorisation créée en vertu de l'art. 1b LB ne soit utilisée à des fins d'arbitrage

réglementaire en ce qui concerne l'acceptation de dépôts du public. Les dépôts du public provenant de tiers qui sont placés auprès d'une banque appartenant au groupe financier ne sont par conséquent pas pris en compte dans le calcul.

*Al. 2 et 3*

S'il apparaît clairement que les sociétés du groupe sont indépendantes les unes des autres, la FINMA peut les exclure de la perspective consolidée. Cette exclusion peut notamment être justifiée lorsque que les diverses sociétés du groupe ont des modèles d'affaires ou des objectifs opérationnels très différents nécessitant des évaluations de risques distinctes.

## 2.2 Ordonnance sur la surveillance de la révision (OSRev)

### **Préambule**

Le préambule de l'ordonnance du 22 août 2007 sur la surveillance de la révision (OSRev)<sup>37</sup> est modifié comme suit: il renvoie désormais à l'art. 9a, al. 4<sup>bis</sup>, de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision (LSR)<sup>38</sup>, adopté en juin 2018. En outre, les art. 10, al. 2, et 33, al. 2, LSR ont été abrogés lors de l'adoption du chiffre I de la version du 20 juin 2014<sup>39</sup> (concentration de la surveillance des entreprises de révision et des sociétés d'audit), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015. Le préambule de l'OSRev n'ayant pas été adapté à ce moment-là, il convient de corriger cette inadvertance et de biffer ces deux dispositions.

### **Art. 11a Agrément pour l'audit selon les lois sur les marchés financiers**

L'agrément pour l'audit des personnes visées à l'art. 1b LB sera régi désormais par l'al. 1, let. a<sup>bis</sup>.

### **Art. 11c, let. c Incompatibilité avec l'exercice d'une activité soumise à autorisation selon les lois sur les marchés financiers**

Cette modification ne découle pas directement de la nouvelle disposition de la LB sur la promotion de l'innovation. Il convient toutefois de profiter de l'occasion pour inclure dans la présente disposition une réglementation jusqu'alors manquante.

La loi prévoit que les sociétés d'audit ne peuvent exercer aucune autre activité soumise à autorisation en vertu des lois sur les marchés financiers (art. 9a, al. 1, let. c, LSR). Cette exigence vise à éviter que les sociétés d'audit et les sociétés auditées soient en concurrence et que des conflits d'intérêts naissent dans le cadre de l'audit. En effet, dans le cadre de leur audit, les sociétés d'audit peuvent avoir accès aux secrets d'affaires des sociétés auditées. En outre, si, dans leur pratique de l'activité soumise à autorisation, elles agissent d'une certaine façon, elles auront tendance à admettre la même pratique auprès de leur client d'audit, ce qui peut porter atteinte à l'esprit critique que doit avoir tout auditeur. La disposition en vigueur omet le fait que tous les auditeurs responsables ne peuvent pas nécessairement influencer de manière notable la gestion de la société d'audit au sens de l'art. 11c, let. b, et qu'ils n'entrent de ce fait pas dans le champ d'application de l'art. 11c. Or, ces derniers ont accès aux informations pertinentes de la société auditée et sont responsables des travaux d'audit effectués. Afin que l'objectif de l'art. 11c puisse être atteint, il convient donc de préciser que cette disposition s'applique également aux auditeurs responsables.

---

<sup>37</sup> RS 221.302.3

<sup>38</sup> RS 221.302

<sup>39</sup> RO 2014 4073, FF 2013 6147

**Art. 11d<sup>bis</sup>      Connaissances techniques et expérience pour l'audit des personnes visées à l'art. 1b LB**

*Al. 1 et 2*

Cette disposition précise les connaissances techniques et l'expérience exigées des auditeurs responsables pour l'audit des personnes visées à l'art. 1b LB. Comme pour les autres domaines, ces auditeurs doivent justifier d'un certain nombre d'années d'expérience professionnelle ainsi que d'heures d'audit et de formation continue au moment du dépôt de la demande d'agrément. En outre, ils doivent continuer à effectuer des heures minimales d'audit et de formation continue pour pouvoir conserver leur agrément. Ces exigences permettent de garantir que les auditeurs responsables disposent de connaissances théoriques et pratiques suffisantes pour l'audit dans ce domaine de surveillance et qu'ils tiennent à jour leurs connaissances et leur expérience. L'expérience professionnelle et les heures d'audit acquises dans les domaines de l'audit bancaire et de l'audit visé dans la LPCC sont pris en considération pour l'octroi et la conservation de l'agrément.

*Al. 3*

Au moins 20 % des heures d'audit requises pour l'octroi et la conservation de l'agrément, à savoir respectivement 160 heures (20 % de 800 heures d'audit, art. 11d<sup>bis</sup>, al. 1, let. b) et 20 heures (20 % de 100 heures d'audit, art. 11d<sup>bis</sup>, al. 2, let. a), doivent être effectuées exclusivement auprès des personnes visées à l'art. 1b LB ou sur des systèmes informatiques (audit informatique). Cette dernière exigence permet de s'assurer que l'auditeur dispose et tient à jour ses connaissances du domaine informatique, largement prépondérant au sein des personnes visées à l'art. 1b LB, afin de satisfaire aux exigences de la FINMA en matière de contrôles informatiques. Quant à la formation continue, elle doit être effectuée exclusivement dans le domaine de l'audit des personnes visées à l'art. 1b LB.

**Art. 38, al. 8      Agrément**

Comme pour ce qui concerne les intermédiaires financiers directement soumis à la FINMA (art. 9a, al. 4, LSR), la loi dispose que le Conseil fédéral peut assouplir les conditions régissant l'octroi de l'agrément aux sociétés d'audit et auditeurs responsables chargés d'auditer les personnes visées à l'art. 1b LB (art. 9a, al. 4<sup>bis</sup>, LSR). Il est donc prévu un émolument forfaitaire réduit de 1500 francs, qui inclut l'émolument dû pour l'agrément de base d'entreprise de révision soumise à la surveillance de l'État. Cet émolument réduit n'est valable que pour les sociétés d'audit effectuant exclusivement des audits auprès des personnes visées à l'art. 1b LB.

**Art. 42, al. 2<sup>ter</sup>      Redevance de surveillance**

Cette disposition prévoit également un allègement pour les sociétés d'audit dont les prestations en matière de révision sont limitées à l'audit des personnes visées à l'art. 1b LB. Ainsi, la redevance minimale est fixée à 2500 francs à l'instar de ce qui est prévu pour les intermédiaires financiers directement soumis à la FINMA.

**Art. 51c      Disposition transitoire**

Les auditeurs responsables de l'audit des personnes visées à l'art. 1b LB doivent disposer des connaissances techniques et de l'expérience exigées en vertu de l'art. 11d<sup>bis</sup>. Toutefois, le nouveau segment de marché constitué par l'audit des FinTech sera créé (d'un point de vue formel) seulement lorsque le projet d'ordonnance faisant l'objet du présent commentaire entrera en vigueur et que la FINMA octroiera, sur cette base, les agréments correspondants. Afin que la transition vers cette nouvelle réglementation se fasse en douceur, l'OSRev prévoit que l'expérience professionnelle et les heures d'audit acquises dans les domaines de surveillance de l'art. 11a, al. 1, let. a et c, puissent être prises en compte dans les deux premières années suivant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions au titre de la pleine et entière satisfaction des exigences énoncées à l'art. 11d<sup>bis</sup>, al. 1 et 2. Ainsi, dès l'entrée en vigueur du nouveau

type d'agrément, les auditeurs responsables pourront requérir un agrément, l'obtenir et le conserver s'ils remplissent toutes les autres conditions (sous réserve de la règle des 20 %). L'agrément pour l'audit des personnes visées à l'art. 1b LB pourra également être obtenu pour la première fois ou conservé à titre provisoire si l'auditeur responsable a une expérience d'audit seulement dans le secteur bancaire ou dans le domaine des placements collectifs de capitaux (voir art. 11a, al. 1, let. a et c). La règle dite des 20 % devra être respectée deux ans après l'entrée en vigueur de la nouvelle OSRev. Cela signifie que l'agrément pour l'audit des personnes visées à l'art. 1b LB sera obtenu pour la première fois ou conservé à condition qu'au moins 20 % des heures d'audit requises soient pertinentes, c'est-à-dire qu'elles aient été effectuées dans le cadre d'un audit portant soit sur des personnes visées à l'art. 1b LB, soit sur le système informatique de banques ou de placements collectifs de capitaux.

## 2.3 Ordonnance relative à la loi fédérale sur le crédit à la consommation (OLCC)

### *Introduction*

Les modifications apportées à la LCC prévoient que celle-ci s'appliquera aux plates-formes de prêt participatif (*crowdfunding*). Cela signifie que les crédits qui sont consentis par des prêteurs n'agissant pas par métier et dont l'octroi est coordonné par un courtier agissant par métier (courtage en crédit participatif) entreront dans le champ d'application de la LCC. Ces modifications impliquent de réviser l'OLCC. Des modifications sont nécessaires dans la section 2, qui contient les dispositions d'exécution relatives au centre de renseignements sur le crédit à la consommation (centre de renseignements) et au système d'information correspondant, et dans la section 3, qui fixe les conditions de l'autorisation d'exercer l'activité d'octroi de crédits et de courtage en crédits. Par ailleurs, une disposition transitoire doit être ajoutée dans la section 4.

### **Art. 3      *Système d'information sur les crédits à la consommation***

La LCC et donc l'OLCC ne s'appliquent actuellement qu'aux prêteurs agissant par métier (art. 2 LCC). La LCC révisée étend la signification de la notion de prêteur, en prévoyant que ce terme peut désigner non seulement une personne physique ou morale qui consent à des crédits à la consommation par métier, mais également une personne physique ou morale qui consent à des crédits à la consommation *sans* agir par métier, par l'intermédiaire d'un courtier en crédit participatif (art. 2 LCC, dans la version du 15 juin 2018<sup>40</sup>). Elle dispose par ailleurs que seuls les prêteurs agissant par métier et les courtiers en crédit participatif sont soumis aux obligations d'annoncer prévues aux art. 25 à 27 LCC et à l'obligation d'examiner la capacité de contracter un crédit réglée aux art. 27a ss LCC et, partant, ont accès aux données recueillies par le centre de renseignements (art. 24 LCC).

Compte tenu de ces modifications, le présent art. 3 dispose que le centre de renseignements autorise les prêteurs *agissant par métier* et les courtiers en crédit participatif à accéder aux données qu'il a recueillies (al. 2 et 3) et qu'il tient une liste des personnes bénéficiant de cette autorisation (al. 4). Comme aujourd'hui, les prêteurs n'agissant pas par métier n'auront donc pas accès au centre de renseignements. Vu les art. 23 ss LCC (voir également ci-dessous le commentaire de l'art. 7a), seul le terme de prêteurs pourrait figurer dans l'OLCC. Pour des raisons de clarté, celui-ci reprend cependant la formulation de la LCC. De surcroît, dans la version française du texte de l'OLCC, la notion de « donneur de crédit » est remplacée par celle de « prêteur ».

---

<sup>40</sup> Annexe ch. 2 à la LFin, v. FF 2018 3675 (il est par la suite renoncé à cette mention en rapport avec l'adaptation de la LCC par la LFin).

L'annexe à l'art. 3, al. 1, OLCC a été modifiée en conséquence: l'OLCC prévoit qu'elle parle non plus de donneur de crédit, mais de prêteur agissant par métier et de courtier en crédit participatif. Dans la version française du texte de l'OLCC, une adaptation des abréviations est nécessaire du fait du remplacement de la notion de « donneur de crédit ».

### **Art. 7a Étendue de la sûreté**

L'art. 39 LCC prévoit que les «prêteurs agissant par métier», à la teneur de l'art. 2, al. a LCC, et tous les «courtiers en crédit», définis à l'art. 4 LCC, doivent bénéficier d'une autorisation cantonale. Au sens de l'art. 4 LCC, la notion de courtier en crédit couvre tant les courtiers en crédit agissant par métier que les courtiers en crédit participatif agissant par métier. Toutes les dispositions de l'OLCC qui se réfèrent au régime de l'autorisation visé à l'art. 39 LCC, soit toutes les dispositions de la section 3 (art. 4 à 8a), s'appliquent donc aux prêteurs agissant par métier, et à ces prêteurs uniquement, et aux deux catégories de courtiers en crédit: aucune clarification terminologique n'est nécessaire dans cette section. Le champ d'application des dispositions relatives aux courtiers en crédit est étendu aux courtiers en crédit participatif.

L'introduction, dans la section 3, d'une réglementation s'appliquant spécifiquement aux courtiers en crédit participatif n'est pertinente qu'en ce qui concerne le montant à assurer ou à déposer sur un compte bloqué (art. 7 a). L'OLCC fixe ce montant à 500 000 francs pour les prêteurs agissant par métier et à 10 000 francs pour les courtiers en crédit. Au moment où cette disposition a été édictée, cette différence a été justifiée par le fait que les risques à assurer ne sont pas les mêmes dans les deux cas. Alors que les commissions encaissées indûment constituent presque le seul type de dommages entrant en ligne de compte dans le cas des courtiers en crédit, les prêteurs doivent parfois restituer l'ensemble des redevances au consommateur. Le montant de 500 000 francs a été fixé sur la base des considérations suivantes: compte tenu des intérêts et du fait que seuls les crédits d'un montant maximal de 80 000 francs sont soumis à la loi (art. 7, al. 1, let. e, LCC), le montant maximal du dommage est de 100 000 francs par crédit; il suffit donc qu'un prêteur ait octroyé cinq crédits en violant gravement son obligation d'examiner la capacité de contracter pour que la totalité du montant assuré soit épuisée<sup>41</sup>.

L'OLCC prévoit un montant intermédiaire pour les courtiers en crédit participatif. Contrairement aux courtiers en crédit au sens de l'art. 4, al. 1, LCC, les courtiers en crédit participatif sont tenus, comme les prêteurs agissant par métier, d'examiner de la manière définie dans la loi la capacité de contracter un crédit. Si un courtier en crédit participatif viole cette obligation ou son obligation d'annoncer, le consommateur ne doit ni les intérêts ni les frais (art. 32a, al. 2, LCC). Les courtiers en crédit participatif supportent donc un plus grand risque de voir leur responsabilité engagée que les autres courtiers en crédit. Sont à leur charge les intérêts et les frais à payer pour un crédit. Cela signifie, si on applique le raisonnement présenté plus haut, que dans le pire des cas, c'est-à-dire dans le cas d'un crédit de 80 000 francs, le dommage s'élève à 20 000 francs. Pour que la sûreté suffise également pour cinq crédits, son montant doit être fixé à 100 000 francs. Malgré que la hauteur de ce montant ait été décrite à plusieurs reprises durant la procédure de consultation comme trop haute ou trop basse, la majorité des participants se sont montrés d'accord avec le projet. Le montant assuré ou déposé sur un compte bloqué pour les intérêts et les frais revient certes finalement aux prêteurs, vu que ceux-ci peuvent se retourner contre le courtier en crédit participatif. À noter toutefois que ces prêteurs n'agissent généralement pas par métier. Il faut veiller à ce que les courtiers en crédit participatif présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable et que leur situation économique soit saine. Fixer le montant de la sûreté plus haut pour les courtiers en crédit participatif que pour les autres courtiers renforce la conscience du fait que l'obligation d'examiner la capacité de contracter un crédit et l'obligation d'annoncer impliquent une plus grande

<sup>41</sup> Voir le rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice relatif à la modification du 23 novembre 2005 de l'ordonnance sur le crédit à la consommation, Berne, février 2006, p. 6.

responsabilité. Cela est cohérent avec le régime de l'autorisation prévu par la loi et est finalement dans l'intérêt des consommateurs.

### **Art. 7b Libération du compte bloqué**

Dans la version française du texte de l'OLCC, la notion de «donneur de crédit» est ici aussi remplacée par celle de «prêteur» (voir art. 3P-OLCC et annexe).

### **Art. 9b Disposition transitoire**

Les crédits qui ont été annoncés au centre de renseignements doivent obligatoirement être pris en compte dans le calcul du budget lors de l'examen de la capacité de contracter un crédit. Il est donc souhaitable que tous les contrats de crédit à la consommation en cours apparaissent aussi rapidement que possible dans la banque de données du centre de renseignements, y compris ceux qui ont été conclus par l'intermédiaire d'un courtier en crédit participatif avant l'entrée en vigueur de la modification de la LCC. C'est pourquoi il est prévu que ces derniers doivent être annoncés au centre de renseignements dans un délai de trois mois à compter de ladite entrée en vigueur. Malgré quelques critiques éparses au cours de la procédure de consultation, ce délai est considéré comme suffisant pour l'installation et l'application du logiciel approprié. Cette obligation concerne aussi implicitement les redevances en suspens visées aux art. 25 et 26 LCC. Elle n'implique aucune autre obligation (telle que l'obligation d'examiner après coup la capacité de contracter un crédit).

Après l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition transitoire, il pourra arriver qu'un message signale que, compte tenu d'un crédit annoncé ultérieurement, un crédit figurant dans la banque de données du centre de renseignements et pour lequel la capacité de contracter un crédit a, au moment de son octroi, été examinée correctement n'aurait pas dû être consenti. Le système permet d'établir facilement qu'un tel message d'erreur est la conséquence de l'annonce ultérieure d'un crédit. Par ailleurs, rien ne laisse supposer qu'un grand nombre de contrats de crédit à la consommation devront être annoncés ultérieurement. Enfin, les contrats annoncés ultérieurement ne donneront pas tous lieu à un message d'erreur.

## **2.4 Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA (Oém-FINMA)**

### **Introduction**

La révision partielle de l'ordonnance du 15 octobre 2008 sur les émoluments et les taxes de la FINMA (Oém-FINMA)<sup>42</sup> découle de la modification de la LB et de l'OB et de l'ajout, dans ces actes, de dispositions relatives à la promotion de l'innovation (art. 1b LB).

L'art. 1b LB régit désormais l'organisation et l'exploitation des personnes qui entrent dans son champ d'application. Ces personnes ont besoin d'une autorisation de la FINMA et sont soumises à la surveillance prudentielle prévue dans la législation sur la surveillance. Cette modification de la LB a donc pour effet d'attribuer de nouvelles tâches à la FINMA. Comme ceux qui résultent des autres tâches de surveillance incombant à cette autorité, les coûts que la FINMA supportera en lien avec la surveillance des personnes visées à l'art. 1b LB doivent être couverts par des émoluments et des taxes de surveillance. Un nouveau domaine de surveillance étant créé pour les personnes visées à l'art. 1b LB, il nécessite la perception d'une taxe spécifique, dont le montant sera calculé d'après le total du bilan et le produit brut. Ce mode de calcul garantira une imputation des coûts aussi conforme que possible au principe

---

<sup>42</sup> RS 956.122

de causalité. Conformément à l'art. 8 Oém-FINMA, toutes les prestations soumises à émolument seront facturées aux personnes visées à l'art. 1b LB en fonction de la charge occasionnée.

### **Art. 3 Répartition des coûts**

Un nouveau domaine de surveillance est créé dans l'Oém-FINMA (art. 3, al. 1, let. a<sup>sexies</sup>) afin qu'il soit possible de répartir les coûts de manière pertinente entre les différents groupes d'assujettis à la surveillance de la FINMA. Ainsi, les coûts liés à la surveillance des personnes visées à l'art. 1b LB seront imputés à ces personnes d'une manière aussi conforme que possible au principe de causalité. Même si elles sont liées à une grande banque du fait de leur appartenance à un groupe financier, les personnes visées à l'art. 1b LB seront tenues de supporter elles-mêmes les coûts relevant du domaine de surveillance dont elles font partie. Il en va de même pour les autres titulaires d'autorisation appartenant à leur groupe (p. ex. les directions de fonds).

### **Art. 19e Taxe de base**

La FINMA perçoit des assujettis une taxe annuelle de surveillance par domaine de surveillance pour financer les coûts non couverts par les émoluments (art. 15, al. 1, de la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers [LFINMA]<sup>43</sup>).

Les coûts résultant de la surveillance des personnes visées à l'art. 1b LB doivent être imputés au domaine de surveillance auquel celles-ci appartiennent. La LFINMA définit les critères qui permettent de calculer la taxe de surveillance (art. 15, al. 2, let. a à e). S'agissant des personnes visées à l'art. 1b LB, cette taxe sera déterminée selon le total du bilan et le produit brut (art. 15, al. 2, let. a). En outre, elle comprendra une taxe de base fixe et une taxe complémentaire variable (art. 15, al. 3, LFINMA en lien avec l'art. 12, al. 1, et l'art. 19e s. Oém-FINMA). La décomposition de la taxe de surveillance en une taxe de base fixe et une taxe complémentaire variable tient compte de deux éléments. D'une part, chaque personne entraîne des charges de base précises, quelle que soit sa taille. D'autre part, les charges dont on peut présumer qu'elles sont dues à cette personne sont calculées sur la base du volume des activités commerciales de cette personne. Cette méthode prend ainsi en considération l'hétérogénéité des personnes visées à l'art. 1b LB. Pour ce domaine de surveillance, l'art. 19e prévoit une taxe de base fixe s'élevant à 3000 francs.

### **Art. 19f Taxe complémentaire**

#### **Al. 1**

La taxe complémentaire s'appliquant aux personnes visées à l'art. 1b LB est calculée d'après le total du bilan et le produit brut. Le calcul se fondera principalement sur le produit brut (huit dixièmes) et ne prendra en considération le total du bilan qu'à hauteur de deux dixièmes. La plus grande importance accordée au produit brut dans la pondération est due au fait que ce critère donne une idée beaucoup plus fiable du volume de l'activité commerciale que le total du bilan.

#### **Al. 2**

Les éléments déterminants pour le calcul de la taxe complémentaire sont le total du bilan et le produit brut qui ressortent des comptes annuels approuvés de l'année qui précède l'année de taxation. Cette base de calcul a déjà prouvé son efficacité dans les autres domaines soumis à la surveillance de la FINMA.

---

<sup>43</sup> RS 956.1

### Al. 3

La définition du produit brut s'appuie sur l'art. 959b CO et couvre tous les produits et revenus qui y sont mentionnés.

## 3 Conséquences

### 3.1 Introduction

En réaction à la rapide évolution technologique des activités financières, la Suisse a déjà pris plusieurs mesures pour réduire les obstacles empêchant l'accès au marché, permettre le développement de nouveaux modèles d'affaires et offrir des conditions-cadres attrayantes aux différents acteurs. La numérisation grandissante du secteur financier laisse imaginer l'essor de nouveaux modèles d'affaires, qu'il est encore impossible de prévoir. C'est pourquoi la réglementation développée jusqu'à présent n'est pas axée sur un domaine d'activité en particulier, mais permet d'englober le plus grand nombre de modèles d'affaires possible et est, en ce sens, orientée vers l'avenir. En 2017, le Conseil fédéral a mis en vigueur une révision de l'OB qui a créé un espace favorisant l'innovation. Ainsi, les start-up et les établissements traditionnels peuvent tester un modèle d'affaires innovant dans un cadre restreint avant de se lancer sur un marché plus vaste<sup>44</sup>. En outre, le délai applicable à l'acceptation de fonds à des fins d'exécution a été porté à 60 jours (au lieu de 7 jours). La modification de l'OB faisant l'objet du présent commentaire comporte les dispositions d'exécution relatives à l'art. 1b inscrit dans la LB conformément à la décision du Parlement de juin 2018. Créant une nouvelle catégorie d'autorisation, cet article prévoit des conditions d'autorisation et d'exploitation moins strictes pour les entreprises qui acceptent des dépôts du public jusqu'à concurrence de 100 millions de francs.

### 3.2 Conséquences pour l'économie suisse

#### 3.2.1 Conséquences pour la place économique suisse et la concurrence

##### 3.2.1.1 Attrait de la place économique

Répartir efficacement le capital et les risques est une tâche clé des marchés financiers. C'est de cette répartition que dépendent directement les moyens d'action et en définitive, la prospérité d'une société. La révision de l'OB faisant l'objet du présent commentaire offre un cadre flexible et attrayant aux établissements financiers qui opèrent dans le secteur des FinTech et contribue ainsi à renforcer la compétitivité de la place financière suisse dans son ensemble. Il est primordial d'agir rapidement pour garantir aux entreprises concernées la sécurité juridique dont elles ont besoin. Grâce à la stabilité de sa politique, au vaste savoir-faire qu'elle a acquis dans le domaine des banques et des assurances et aux conditions fiscales attrayantes qu'elle propose, la Suisse dispose dans l'ensemble d'excellents atouts pour conserver, malgré la concurrence étrangère, une position dominante dans le secteur des FinTech. Une étude de la haute école de Lucerne<sup>45</sup> montre que le nombre d'entreprises FinTech implantées en Suisse a progressé d'un tiers de 2015 à 2017 pour s'établir à près de 220. Selon cette même étude, la Suisse arrive dans le peloton de tête au niveau mondial.

<sup>44</sup> Voir [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Documentation > Communiqués > Communiqué du Conseil fédéral du 5 juillet 2017

<sup>45</sup> ANKENBRAND, DIETRICH, BIERI (2018): IFZ Fintech Studie - *Fintech vom Hype zur Realität*, Lucerne (ci-après étude 2018 de l'IFZ)

### 3.2.1.2 Concurrence et offre de services financiers

La création d'une nouvelle catégorie d'autorisation pour les personnes visées à l'art. 1b LB se traduit par une réduction des obstacles qui empêchent les nouveaux prestataires de services d'accéder au marché et, par conséquent, par une intensification de la concurrence pour les entreprises qui fournissent des services financiers. Pour s'imposer dans ce contexte, les établissements individuels, qu'ils soient nouveaux ou déjà bien installés, devront s'adapter rapidement au changement. Il faut donc s'attendre à voir baisser les prix des services FinTech, cette baisse étant due, d'une part, à la diminution des coûts devant être supportés pour le respect des exigences et, d'autre part, à l'élargissement de l'offre en matière de services financiers. Ces changements offrent également de nouvelles possibilités d'investissement et de placement aux investisseurs intéressés (entreprises ou particuliers).

### 3.2.1.3 Stabilité et protection des clients

Pour des raisons de stabilité financière, le volume des dépôts que les entreprises titulaires d'une autorisation fondée sur l'art. 1b LB peuvent accepter a été limité à 100 millions de francs. En d'autres termes, cette restriction empêche les entreprises FinTech de devenir plus grandes que les banques de la catégorie 5 (plus faible niveau de risque)<sup>46</sup>. La déstabilisation du système financier est dès lors peu probable, même en cas de défaillance d'une ou de plusieurs personnes visées à l'art. 1b LB. Selon les données de la FINMA, le bilan de 29 des plus de 250 banques installées en Suisse affichait à la fin de 2017 un volume de dépôts inférieur à 100 millions de francs. Parallèlement, les engagements totaux résultant des dépôts de la clientèle de toutes les banques implantées en Suisse dépassaient 1700 milliards de francs. En outre, les exigences posées aux entreprises FinTech en termes de capital minimum garantissent la couverture des risques opérationnels auxquels ces entreprises sont exposées. Prévoyant un montant égal à 300 000 francs ou à 3 % des dépôts du public acceptés, ces exigences sont inférieures d'au moins 80 % à celles qui sont prévues pour l'obtention d'une licence bancaire (capital minimum de 10 millions de francs). Ce net assouplissement tient au champ d'activité restreint et au profil de risque moindre des personnes visées à l'art. 1b LB. Conformément à la LB, l'exercice de certaines activités caractéristiques des banques, notamment l'octroi de crédits, est interdit aux titulaires d'une autorisation FinTech.

Les clients des personnes titulaires d'une autorisation fondée sur l'art. 1b LB doivent être informés explicitement, c'est-à-dire en temps utile et sous forme écrite, des risques qu'ils encourent et de la réduction de la protection dont ils bénéficient du fait de l'exclusion de la garantie des dépôts. Cette information est particulièrement importante lorsque les clients détiennent des dépôts auprès de banques commerciales, qui sont en principe assujetties à l'obligation de garantir les dépôts. La mention explicite de ces risques peut éviter aux clients de prendre des risques non souhaités. L'exclusion de la garantie des dépôts tient au fait que les entreprises FinTech n'opèrent aucune transformation d'échéances et que les dépôts doivent être restitués sans délai. L'obligation d'informer peut certes se traduire par des charges supplémentaires pour les entreprises concernées, mais elle permet également à ces dernières de savoir et de prouver que leurs clients sont conscients des risques potentiellement plus élevés qu'ils encourent.

## 3.2.2 Conséquences pour les groupes concernés

### 3.2.2.1 Entreprises FinTech

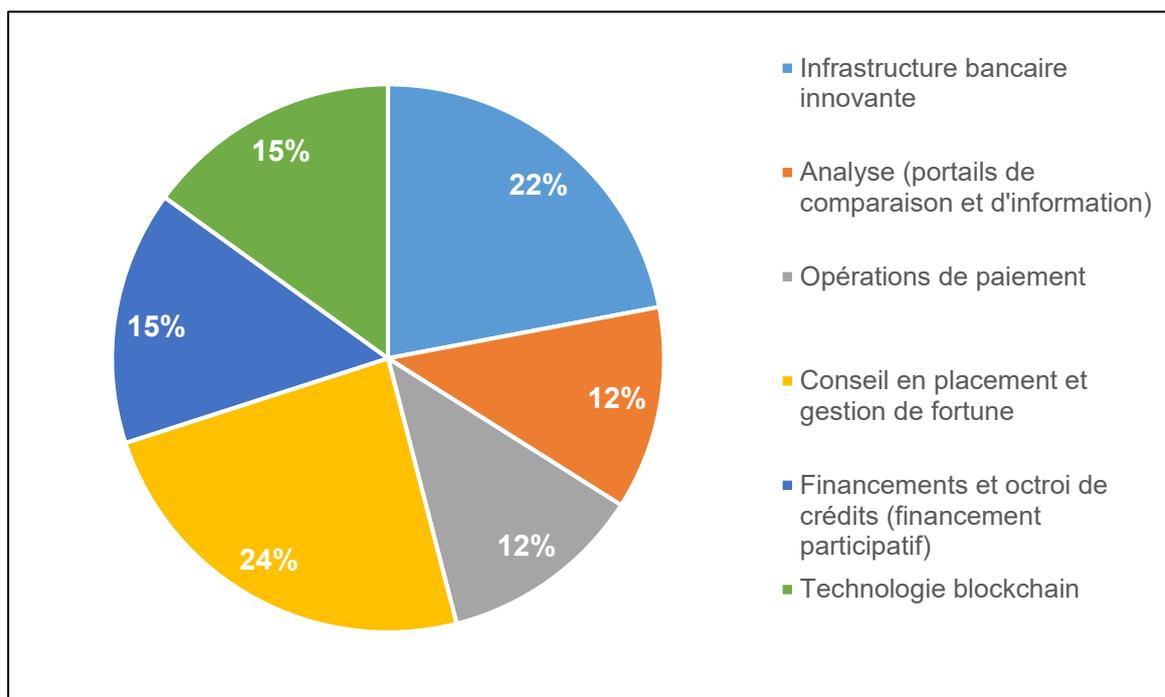
Une étude réalisée par l'IFZ en 2018 montre que les 220 entreprises FinTech établies en Suisse fournissent de nouveaux services financiers dans différents secteurs<sup>47</sup> (voir illustration

<sup>46</sup> Une entreprise FinTech qui entend accepter des dépôts du public pour un montant total supérieur à 100 millions de francs doit demander une licence bancaire. Ce faisant, elle ne serait plus considérée comme une entreprise appartenant à la catégorie des FinTech.

<sup>47</sup> Étude 2018 de l'IFZ

ci-dessous). À la fin de 2017, plus de 95 % d'entre elles employaient moins de 250 collaborateurs et étaient par conséquent considérées comme des petites et moyennes entreprises (PME). Deux tiers avaient même 15 salariés ou moins et existaient à peine depuis plus de 5 ans. Les entreprises FinTech comptant plus de 50 employés sont généralement actives dans le domaine des infrastructures bancaires innovantes. Ce domaine regroupe également de grandes entreprises traditionnelles qui proposent aux banques des services informatiques spécialisés destinés entre autres à l'automatisation et à la numérisation de produits et de processus commerciaux. Dans la grande majorité des cas, les entreprises FinTech recouraient en 2017 aux formes classiques du capital-risque pour financer leur activité. En termes de montants, les nouvelles formes de financement nées de l'essor de l'*initial coin offering* (ICO) sont toutefois, d'après l'étude de l'IFZ, celles qui ont le plus contribué au financement des entreprises (plus de 270 millions de francs).

*Illustration:* entreprises FinTech par domaine d'activité (2017)



Source: étude 2018 de l'IFZ

L'assouplissement des exigences posées aux entreprises FinTech en matière d'autorisation et d'exploitation réduit les obstacles qui empêchent les nouveaux prestataires de services financiers d'accéder au marché. En comparaison avec les banques traditionnelles, les entreprises FinTech ont le choix entre un nombre limité de modèles d'affaires. Les dispositions légales prévoient notamment que les titulaires de la nouvelle autorisation n'ont pas le droit d'opérer des transformations d'échéances et, par conséquent, d'octroyer des crédits. De ce fait, ces entreprises présentent des risques nettement plus faibles que les banques.

Les indications sur les personnes et les détenteurs de participations qui doivent être jointes à la demande d'autorisation (p. ex. extraits du casier judiciaire) ainsi que les exigences relatives à la direction d'une personne visée à l'art. 1b LB s'inspirent dans les grandes lignes des conditions liées à l'octroi de la licence bancaire. Les entreprises sont ainsi tenues d'avoir leur siège et d'exercer leur activité principale en Suisse. En outre, elles doivent présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Cette règle s'applique également aux détenteurs de participations qualifiées, notamment lorsque ceux-ci siègent au sein de la direction supérieure de l'entreprise. Les exigences posées à la composition de la direction supérieure d'une personne visée à l'art. 1b LB sont semblables à celles qui s'appliquent aux banques<sup>48</sup>, mais elles

<sup>48</sup> L'art. 11 OB dispose qu'aucun membre de l'organe responsable de la direction supérieure, de la surveillance

ont été définies de manière à être supportables pour les PME. Ainsi, deux tiers des membres de l'organe responsable de la direction supérieure, de la surveillance et du contrôle ont le droit d'exercer en parallèle une fonction de gestion au sein de l'entreprise<sup>49</sup>. Dans des cas particuliers, la FINMA peut exempter certaines entreprises (p. ex. start-up) de l'obligation de remplir ces exigences.

La disposition que le Parlement a adoptée en juin 2018 pour promouvoir l'innovation impose aux personnes visées à l'art. 1b LB l'obligation d'avoir un système de gestion des risques approprié, un contrôle interne efficace et des ressources financières adéquates. Les coûts et les bénéfices qui en découlent pour les entreprises sont dès lors par principe fixés au niveau de la loi. Or, pour la présente analyse d'impact de la réglementation (AIR), seuls les coûts liés à l'application de l'OB sont pertinents. La proposition selon laquelle la compliance et la gestion des risques doivent être indépendantes des activités génératrices de revenus garantit l'efficacité de la gestion des risques. La possibilité d'assouplir cette règle peut réduire considérablement les coûts que les petites entreprises FinTech doivent supporter, puisque les tâches correspondantes peuvent être effectuées par les mêmes personnes qui exécutent les activités génératrices de revenus. Cette dérogation garantit l'applicabilité du projet aux PME.

Les personnes visées à l'art. 1b LB doivent comptabiliser dans leurs livres les dépôts du public qu'elles ont acceptés, de manière à ce que ceux-ci puissent être présentés séparément des fonds propres. Cette obligation réduit au minimum les risques auxquels les déposants seront confrontés en cas de défaillance de la personne visée à l'art. 1b LB qui a accepté les dépôts. En outre, les personnes visées à l'art. 1b LB peuvent verser auprès d'une banque ou d'une autre personne visée à l'art. 1b LB les valeurs patrimoniales des clients qu'elles ont acceptées ou les garder en tant qu'actifs liquides de haute qualité de la catégorie 1, visés à l'art. 15a OLiq. Cette possibilité garantit la liquidité et la disponibilité des fonds, conditions indispensables au transfert ou à la restitution en tout temps prévus dans l'accord avec les clients. Les personnes visées à l'art. 1b LB sont également tenues de garder les fonds du public dans la monnaie dans laquelle les clients peuvent exercer leur droit au remboursement. Dans la mesure où elles sont considérées comme des dépôts, les valeurs patrimoniales cryptographiques devront donc être gardées sous la même forme que celle dans laquelle elles auront été acceptées. Cela permettra d'éviter tout risque de marché ou de change. Pour les dépôts en francs suisses, cela suppose que la banque commerciale ou la personne visée à l'art. 1b LB a accès au SIC<sup>50</sup> et, partant, est titulaire d'un compte de virement auprès de la BNS. L'octroi d'un accès au SIC et à un compte de virement est du ressort de la BNS. Dans les deux cas et du fait de la situation actuelle en matière de taux d'intérêts, les dépôts en francs suisses pourraient être grevés de taux d'intérêts négatifs, que ce soit directement par la BNS ou indirectement par la banque commerciale.

Pour les personnes visées à l'art. 1b LB qui gèrent des dépôts de clients jusqu'à concurrence de 15 millions de francs, l'exigence selon laquelle le capital minimum doit s'élever à 300 000 francs est proportionnellement plus sévère que pour les personnes gérant des dépôts d'un montant plus important. Elle est ainsi supérieure à celle qui est posée aux gestionnaires de fortune, ceux-ci devant disposer d'un capital minimum de 100 000 francs, et garantit de ce fait la qualité des modèles d'affaires autorisés. Parallèlement, cette exigence ne devrait guère empêcher de nouveaux acteurs d'accéder au marché dans la mesure où l'espace favorisant l'innovation (*sandbox*) permettra aux entreprises FinTech d'accepter autant de dépôts du public qu'elles l'entendent, jusqu'à concurrence d'un montant total de 1 million de francs.

---

et du contrôle d'une banque ne peut faire partie de la gestion.

<sup>49</sup> Sur les quelque 100 entreprises qui sont mentionnées dans l'annexe de l'étude 2018 de l'IFZ et qui ont publié des informations à ce sujet, 80 % rempliraient d'ores et déjà l'exigence selon laquelle au maximum deux tiers des membres de l'organe chargé de la direction supérieure, de la surveillance et du contrôle peuvent dépendre du conseil d'administration. Les 20 % restants devraient nommer 1, voire 2 membres supplémentaires à leur conseil d'administration si elles entendaient demander à ce jour une autorisation FinTech.

<sup>50</sup> Destiné au règlement des paiements interbancaires libellés en francs suisses, le SIC est exploité par SIX pour le compte et sous la surveillance de la BNS.

L'autorisation fondée sur l'art. 1b LB est également synonyme de coûts pour les entreprises concernées. Au-delà de l'émolument unique dont elles devront s'acquitter pour obtenir une autorisation, ces entreprises devront payer les émoluments courants de la FINMA (voir ch. 3.2.2.3), les coûts associés à l'examen des comptes et à l'audit prudentiel par des sociétés d'audit ainsi que les coûts de conformité liés au respect des dispositions en matière de blanchiment d'argent. Selon une estimation de la FINMA, les personnes visées à l'art. 1b LB devront supporter des coûts variant au total de 40 000 à 50 000 francs au titre de l'audit prudentiel, dont 5 à 10 % devraient résulter de l'audit du système informatique. Ces coûts sont ainsi nettement inférieurs à ceux d'une banque de la catégorie 5 (plus faible niveau de risque), mais semblables à ceux que doit supporter un gestionnaire de fortune travaillant dans le domaine des fonds. Par analogie avec les règles qu'elle applique aux gestionnaires de fortune travaillant dans le domaine des fonds, la FINMA peut prévoir un intervalle de plusieurs années entre les audits dans le cadre de sa surveillance basée sur les risques. Cette mesure permet aux personnes visées à l'art. 1b LB de faire des économies.

### 3.2.2.2 Banques et autres établissements financiers

La rapide évolution des FinTech pose non seulement de nouveaux défis aux établissements financiers, mais leur ouvre également de nouvelles possibilités. C'est justement pour permettre ce changement structurel du secteur que les conditions réglementaires sont adaptées. La nouvelle autorisation FinTech pourra ainsi par principe être obtenue tant par les banques que par d'autres établissements financiers, tels les négociants en valeurs mobilières ou les gestionnaires de fortune. Au final, elle pourrait faire apparaître une nouvelle concurrence pour les banques dans certains segments du marché. L'activité bancaire ne devrait toutefois pas s'en trouver réduite, puisque la progression du volume du marché augmentera la taille des parts revenant à chaque acteur. Aux personnes visées à l'art. 1b LB n'ayant pas de compte de virement auprès de la BNS, les banques pourront ainsi proposer, contre rémunération, un compte sur lequel ces personnes pourront verser les dépôts de la clientèle. Sans oublier que les clients des banques demandent de plus en plus à pouvoir bénéficier de services relevant du secteur des FinTech.

### 3.2.2.3 Surveillance des marchés financiers exercée par la FINMA

L'autorisation fondée sur l'art. 1b LB se traduira par une augmentation des charges et des revenus de la FINMA. Pour l'heure, il est impossible de déterminer cette augmentation avec précision, celle-ci dépendant en définitive du nombre de demandes d'autorisation. À l'instar des établissements financiers, la FINMA finance ses activités en prélevant des émoluments auprès de ses assujettis. Le montant des taxes que les personnes visées à l'art. 1b LB devront payer est défini dans l'Oém-FINMA. Celle-ci prévoit une taxe de base de 3000 francs et une taxe complémentaire variant en fonction de la taille de l'entreprise. Le fait que ces taxes soient moins élevées que pour les banques s'explique par le fait que les personnes visées à l'art. 1b LB ont un champ d'activité plus restreint que les banques. Cette inégalité ne devrait pas être un facteur de distorsion de la concurrence<sup>51</sup>.

### 3.2.2.4 Confédération, cantons et communes

Il n'est pas possible d'estimer les modifications que le projet d'OB induira pour les recettes fiscales de la Confédération, des cantons et des communes et qui, en raison de leur origine, sont importantes pour la présente AIR. Les éventuelles modifications touchant ces recettes

<sup>51</sup> La taxe de surveillance annuelle que la FINMA prélève auprès des banques et des négociants en valeurs mobilières se compose, elle aussi, d'une taxe de base et d'une taxe complémentaire. L'Oém-FINMA soumet ainsi les négociants en valeurs mobilières à une taxe de base de 10 000 francs et les banques, à une taxe de base de 15 000 francs. La taxe complémentaire est fonction de la taille de l'entreprise, qui est mesurée sur la base du total du bilan. La FINMA peut percevoir d'autres taxes, également calculées dans une certaine mesure en fonction de la taille de l'entreprise. Celles-ci varient de 10 000 à 100 000 francs pour l'octroi d'une autorisation, de 3000 à 30 000 francs pour la reconnaissance d'une participation qualifiée ou encore de 5000 à 30 000 francs pour la reconnaissance d'une agence de notation.

tiennent à l'application de la loi. Dans l'ensemble, les mesures prises réduisent les obstacles qui empêchent les nouveaux acteurs d'accéder au marché et sont de nature à accélérer l'innovation dans le secteur financier et, donc, la modernisation de ce dernier. À long terme, l'augmentation de la compétitivité des entreprises devrait faire croître les recettes fiscales. Il est toutefois impossible de dire à l'heure actuelle si ces mesures influenceront également à plus brève échéance (de manière positive ou négative) sur les recettes fiscales de la Confédération, des cantons et des communes.

### **3.2.3 Adéquation de l'exécution**

Lorsqu'ils sont longs, les processus d'autorisation peuvent entraîner des coûts d'opportunité élevés pour les personnes concernées. Afin de garantir une mise en œuvre rapide et aussi harmonieuse que possible de l'autorisation qui doit être octroyée en vertu de l'art. 1b LB, il convient entre autres de créer des formulaires électroniques types auxquels les personnes intéressées pourront se référer lors du dépôt d'une demande d'autorisation. La FINMA a été informée et entamera en temps utile les préparatifs qu'elle juge nécessaires afin de garantir de son côté le bon déroulement du processus d'autorisation.

## **4 Relation avec le programme de la législature**

Le projet n'a été annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019<sup>52</sup>, ni dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019<sup>53</sup>. La présente modification de l'OB découle de l'application des modifications apportées à la LB le 15 juin 2018.

---

<sup>52</sup> FF 2016 981

<sup>53</sup> FF 2016 4999