



Berne, le 16 décembre 2022

Rapport du Conseil fédéral sur la modification du 15 juin 2018 de la loi sur les banques

Évaluation selon l'art. 52a de la loi sur les banques



1 Contexte

À la suite d'une consultation en 2017 sur un projet dans le domaine des technologies financières (FinTech)¹, le Parlement et le Conseil fédéral ont adapté la réglementation pour les entreprises qui fournissent des prestations en dehors des activités bancaires typiques en fonction de leur potentiel de risque. La révision de la loi sur les banques (LB; RS 952.0) et de l'ordonnance sur les banques (OB; RS 952.02) visait à réduire les obstacles à l'accès au marché pour les entreprises FinTech et à encourager ainsi les innovations. Les modifications concernent les trois domaines suivants:

- i. Pour les entreprises qui acceptent des dépôts du public jusqu'à concurrence de 100 millions de francs mais ne réalisent pas d'opérations actives, le Parlement a assoupli les conditions d'autorisation et d'exploitation, par rapport à la licence bancaire actuelle, dans les domaines de l'établissement des comptes, de l'audit et de la garantie des dépôts, ce qui a nécessité une modification de la LB (en particulier de l'art. 1b). Les dispositions d'exécution formulées par la suite dans l'OB (art. 14a ss) fixent des exigences plus basses, notamment en matière de capital minimal, de fonds propres et de liquidités. L'ensemble des dispositions concernées sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2019².
- ii. Le Conseil fédéral a fixé explicitement à un délai d'exécution de 60 jours (en vigueur depuis le 1^{er} août 2017) l'exception inscrite dans l'OB pour l'acceptation de fonds à des fins d'exécution (art. 5, al. 3, let. c, OB). L'ancienne pratique prévoyait jusqu'à sept jours pour l'exécution.
- iii. Enfin, le Conseil fédéral a créé, par modification de l'OB, un espace favorisant l'innovation (*sandbox*, art. 6, al. 2, OB, en vigueur depuis le 1^{er} août 2017): l'acceptation de dépôts du public jusqu'à 1 million de francs ne doit plus être considérée comme une activité commerciale et doit de ce fait être exonérée de l'obligation d'autorisation. Cette modification permet aux entreprises de tester un modèle d'affaires avant de devoir demander une autorisation, obligatoire dès que les dépôts acceptés dépassent 1 million de francs.

Dans le cadre de la modification de la LB, le Parlement a tenu compte d'un commentaire exprimé lors de la consultation et il a stipulé dans l'art. 52a LB que le Conseil fédéral avait trois ans après l'entrée en vigueur pour examiner en particulier le nouvel art. 1b LB^{3 4}. Le présent rapport rend compte de cet examen.

Les deux autres modifications prévues par le projet de 2017 ne font pas formellement l'objet de l'art. 52a LB, car elles sont mises en œuvre par le Conseil fédéral dans l'OB. Comme ces modifications ainsi que les autres exceptions déjà existantes dans l'OB ont des conséquences importantes sur la promotion de l'innovation, elles doivent cependant être brièvement examinées dans le présent rapport (chap. 2). Le chapitre 3 est consacré à l'évaluation de l'autorisation 1b par la branche et l'Autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA). Le chapitre 4 présente les mesures à prendre et le chapitre 5 la suite de la procédure.

Pour rédiger ce rapport, le Département fédéral des finances (DFF) a pris contact avec la branche et la FINMA et il a tenu compte des informations qu'elles lui ont fournies.

¹ [Le Conseil fédéral ouvre la consultation sur la nouvelle réglementation des entreprises FinTech \(admin.ch\)](#)

² Ces dispositions ont été étendues pour prendre en compte les cryptoactifs désignés par le Conseil fédéral avec le projet de loi sur la TRD (la technique des registres électroniques distribués). Les dispositions correspondantes sont entrées en vigueur au 1^{er} août 2021. [Le Conseil fédéral met en vigueur le reste de la loi sur la TRD et édicte l'ordonnance qui s'y rapporte \(admin.ch\)](#)

³ L'autorisation selon l'art. 1b LB est communément appelée «autorisation FinTech». Ce terme peut être trompeur, car toutes les sociétés «FinTech» n'ont pas besoin d'une autorisation et des entreprises «non FinTech» peuvent également demander une telle autorisation. L'article est d'ailleurs intitulé «Promotion de l'innovation» et ne se réfère pas directement aux entreprises qui opèrent dans le secteur des technologies financières. Cela signifie que le domaine d'application de l'article ne comprend pas seulement les entreprises FinTech mais aussi, de façon neutre, toutes les entreprises qui acceptent des dépôts du public dans le cadre défini et qui remplissent les conditions d'autorisation. C'est pourquoi le présent rapport emploie à titre de simplification des termes comme: «autorisation 1b» et «établissement 1b».

⁴ «Au plus tard trois ans après l'entrée en vigueur de la modification du 15 juin 2018, le Conseil fédéral examine les dispositions concernées en les comparant avec les buts de la surveillance des marchés financiers au sens de la LFINMA. Il en fait rapport à l'Assemblée fédérale et détermine les dispositions de lois et d'ordonnances qui doivent être modifiées.»

2 Évaluation des réglementations d'exceptions selon l'ordonnance sur les banques

En raison des exceptions prévues dans le droit bancaire et dans la mesure où leur activité n'est pas couverte par d'autres actes de la législation sur les marchés financiers, plusieurs entreprises peuvent proposer des services de paiement sans autorisation ni surveillance de la FINMA. En tant qu'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA; RS 955.0), elles doivent cependant respecter en règle générale les obligations de la LBA et s'affilier à un organisme d'autorégulation (OAR). L'un des points communs de ces entreprises est que leur modèle d'affaires prévoit que les fonds qu'elles acceptent de clients sont ensuite transmis à des tiers⁵. Il leur est interdit de placer et de rémunérer ces fonds. En effet, une autorisation en tant que banque selon l'art. 1a LB est toujours nécessaire dans ce cas⁶.

Les exploitants de ces modèles d'affaires peuvent être par exemple des plateformes de financement participatif (*crowdfunding*). On comprend généralement sous le terme de financement participatif une nouvelle forme de financement pour des projets de toutes sortes. Le financement participatif se caractérise par le fait que les développeurs des projets (emprunteurs) parviennent à financer leur projet en mobilisant un grand nombre de personnes (bailleurs de fonds), pour la plupart inconnues, qui n'apportent généralement qu'une petite partie du montant total. La mobilisation des bailleurs de fonds se produit généralement sur des plateformes Internet de financement participatif, qui se veulent le «lien» entre les emprunteurs et les bailleurs. Les fonds acceptés par les exploitants des plateformes («fonds de clients») sont certes considérés en principe comme des dépôts du public au sens de l'art. 5, al. 1, OB. Le Conseil fédéral a toutefois prévu différentes exceptions à l'obligation de se soumettre au droit bancaire pour ces établissements qui ne réalisent pas d'activités bancaires traditionnelles. Ces entreprises peuvent ainsi profiter en particulier de l'exception sur les comptes d'exécution introduite en 2017 pour les dépôts détenus pour une courte durée (jusqu'à 60 jours, art. 5, al. 3, let. c, OB), ainsi que de l'exception pour les fonds de faible montant (jusqu'à 3000 francs par client⁷, art. 5, al. 3, let. e, OB). Par rapport à d'autres formes de financement (notamment l'octroi de crédits), le financement participatif constitue une niche, mais présente une croissance significative⁸. Les entreprises qui offrent des services de paiement sectoriels ou des cartes cadeaux personnelles ou impersonnelles dans une relation triparties constituent d'autres exemples de recours à ces exceptions.

Sur la base de ces exceptions et parfois d'autres dispositions, de nombreuses entreprises ont structuré leur modèle d'affaires de sorte à pouvoir rester en permanence hors du périmètre d'autorisation. En ce qui concerne les fonds de clients qu'elles acceptent, elles se réfèrent régulièrement à une combinaison des exceptions qui viennent d'être décrites concernant les comptes d'exécution et les faibles montants, ainsi qu'en matière d'espace favorisant l'innovation (art. 6, al. 2, OB), et éventuellement à une garantie du risque de défaillance par une banque autorisée (art. 5, al. 3, let. f, OB) pour les montants dépassant ces exceptions.

Outre l'absence d'obligation d'autorisation selon le droit bancaire dans le cadre de l'activité commerciale décrite plus haut, ces entreprises ne sont pas non plus soumises à l'obligation d'informer les autorités sur leur activité. Ainsi, ni la FINMA ni aucune autre autorité ne disposent d'informations quantitatives complètes sur les volumes des affaires réalisées.

La branche juge généralement appropriées les réglementations en vigueur sur les exceptions au concept d'acceptation de dépôts du public ou à l'exercice d'une activité à titre professionnel. L'exception modifiée en 2017 concernant les comptes d'exécution et l'introduction de la *sandbox* ont effectivement abaissé le seuil d'entrée sur le marché financier. Les exceptions offrent un espace d'activité non soumis à autorisation dans un cadre fixé et permettent de tester, puis d'exploiter de nouveaux modèles d'affaires innovants. En concevant ces exceptions, le Conseil fédéral voulait créer un espace aussi large que possible tout en assurant la protection individuelle (soit la protection des créanciers) et le bon fonctionnement des marchés financiers selon l'art. 4 de la loi sur la surveillance des marchés

⁵ Selon le droit bancaire, ces fonds sont considérés comme des dépôts du public. Cf. sur ce point en particulier l'art. 5, al. 1, OB.

⁶ Art. 1a, let. b, LB

⁷ Cf. circulaire FINMA 2008/3, Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires, point 18.1.

⁸ Cf. Hochschule Luzern, Institut für Finanzdienstleistungen, Crowdfunding Monitor Schweiz 2022, Lucerne 2022.

financiers (LFINMA; RS 956.1). Même si le Conseil fédéral estime que les réglementations d'exception se sont généralement avérées appropriées, elles doivent être examinées dans le cadre des travaux de mise en œuvre des mesures présentées au chapitre 4, notamment pour vérifier si, à la lumière des expériences faites depuis leur introduction, elles tiennent adéquatement compte de la volonté de protéger les déposants.

De plus, le Conseil fédéral est d'avis que l'absence d'obligation de déclarer les activités dans l'espace non soumis à autorisation doit être examinée. Dans son rapport sur le programme d'évaluation du secteur financier (*Financial Sector Assessment Program*) de 2019, le Fonds monétaire international (FMI) a notamment relevé que les données mises à la disposition des autorités sur les activités dans l'espace non soumis à autorisation étaient insuffisantes⁹.

3 Évaluation de l'autorisation pour les personnes selon l'art. 1b LB du point de vue de la pratique

3.1 Principes de l'autorisation et application dans la pratique

L'exception concernant les comptes d'exécution, modifiée en 2017 au niveau de l'ordonnance, et l'introduction de l'espace favorisant l'innovation ont répondu à un fort besoin de la branche, car ces dispositions permettaient d'exploiter des modèles d'affaires durables précisément dans le domaine du financement participatif et sans l'autorisation de la FINMA. L'introduction de l'autorisation 1b au niveau de la loi entendait offrir aux entreprises ayant des idées commerciales innovantes une forme d'autorisation qui, par rapport à l'autorisation bancaire, posait des exigences moins élevées aux établissements. Les exceptions prévues par l'OB autorisent en pratique de nombreux modèles d'affaires qui, autrement, nécessiteraient une autorisation 1b. En outre, depuis le 1^{er} août 2021, une réglementation requiert une autorisation 1b pour l'acceptation de certains cryptoactifs. Environ un an après son entrée en vigueur, cette nouveauté ne semble pas encore répondre à un besoin du marché.

De 2019 au milieu de 2022, quatre établissements ont obtenu l'autorisation 1b, la FINMA ayant prononcé en juin 2022 la faillite de l'un d'entre eux¹⁰. Il semble que l'autorisation 1b soit en particulier intéressante pour les prestataires innovants dans le domaine du trafic des paiements. Elle permet en effet d'utiliser des modèles d'affaires prévoyant l'acceptation de fonds de clients et la gestion des comptes correspondants sans limite dans le temps. Comme le placement ou la rémunération des dépôts du public sont impossibles, ces modèles se limitent jusqu'à présent aux prestations de paiement. À l'heure actuelle, les établissements 1b dont le modèle d'affaires est axé sur la fourniture de services de paiement en francs suisses peuvent demander à la BNS un accès au système SIC¹¹, qui peut servir de soutien à leur modèle d'affaires. En raison de l'interdiction des opérations actives (cf. art. 1b, al. 1, let. b, LB), les établissements 1b ne sont pas soumis aux risques de bilan typiques des banques, c'est pourquoi les exigences réglementaires peuvent être inférieures à celles des banques. Cela permet de faciliter l'accès au marché financier. Les exigences en matière d'organisation sont nettement inférieures à celles de l'autorisation bancaire. L'ordonnance sur les fonds propres ne s'applique pas aux établissements 1b et les exigences en capital se basent sur des règles simples de l'OB. Les dispositions de l'ordonnance sur les liquidités ne s'appliquent pas aux établissements 1b, car ils ne sont pas autorisés à placer les dépôts de la clientèle ou à les utiliser pour octroyer des crédits. En ce qui concerne les exigences prévues par le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent, en revanche, il n'y a pas d'exemptions, car les services de paiement recèlent d'importants risques de blanchiment. Les titulaires d'autorisation sont également soumis à cet égard à la surveillance de la FINMA (art. 2, al. 2, let. a et 12, let. a, LBA).

3.2 Point de vue de la branche

Les représentants de la branche estiment que l'autorisation 1b et les exceptions prévues dans l'OB sont avantageuses, car elles offrent des opportunités commerciales intéressantes. Ils considèrent

⁹ FMI, Rapport par pays n° 19/183, Switzerland – Financial Sector Assessment Program, juin 2019, point 58

¹⁰ À titre de comparaison: au cours des années 2019 à 2021, la FINMA a autorisé 18 nouvelles banques et maisons de titres (comprenant des succursales). Sur la même période, 13 banques et maisons de titres (comprenant des succursales) sont sorties du marché.

¹¹ Cf. www.bns.ch -> Trafic des paiements -> Swiss Interbank Clearing (SIC) -> Note sur l'accès au système SIC et aux comptes de virement.

notamment comme un avantage la possibilité que donne cette autorisation d'accéder au système de paiement SIC.

La branche souligne toutefois que les dépôts du public acceptés par les établissements dans le cadre de l'autorisation 1b ne sont pas protégés en cas de faillite de l'établissement. En effet, les dépôts auprès d'établissements 1b ne sont pas couverts par la garantie des dépôts auprès d'esisuisse et ces établissements doivent en informer les déposants (cf. art. 1b, al. 4, let. d, LB et art. 7a OB).

L'art. 14f OB comprend des prescriptions sur la façon de garder les dépôts du public. En effet, en cas de faillite de l'établissement, ceux-ci ne sont pas privilégiés, mais tombent dans la troisième classe de créances. La branche considère que l'absence de protection des fonds de la clientèle en cas de faillite et l'obligation d'information qui en découle nuisent au succès de leur offre de services.

La branche souligne aussi la difficulté de décrire les services proposés si l'on ne peut pas parler, par exemple, de «services bancaires» (cf. art. 1, al. 4, LB).

Il conviendrait, de plus, d'examiner s'il faut conserver la limitation des fonds de clients acceptés à 100 millions de francs. Même si la FINMA peut accorder des exceptions à cette limitation en vertu de l'art. 1b, al. 5, LB, celle-ci crée des incertitudes sur la manière dont la FINMA prendra finalement sa décision.

La branche considère par ailleurs la FINMA comme une interlocutrice compétente et disponible. La procédure pour obtenir l'autorisation est cependant jugée lourde et certains représentants souhaitent une procédure plus rapide.

En outre, la branche est d'avis que les établissements 1b devraient disposer d'une franchise plus élevée compte tenu des taux négatifs de la BNS et bénéficier d'un régime semblable à celui des banques soumises à l'obligation de constituer des réserves minimales. Cette préoccupation passe au second plan dans le contexte actuel de hausse des taux d'intérêt.

3.3 Point de vue de la FINMA

La FINMA juge globalement positive l'autorisation 1b. Elle cite cependant l'absence de protection des fonds de clients en cas de faillite comme un important inconvénient de la réglementation actuelle. Cette lacune entraîne une surveillance accrue, d'autant que les établissements 1b ne disposent pas d'une situation stable en matière de revenus, car ils se trouvent en période de démarrage de leur activité. Une surveillance stricte de la situation patrimoniale de l'établissement est donc incontournable. La charge de surveillance de la FINMA pour les établissements 1b est donc bien supérieure à celle des autres établissements. La FINMA a aussi identifié d'autres faiblesses dans la réglementation actuelle, qui compliquent l'activité de surveillance. Elles concernent la possibilité d'un contrôle restreint par la société d'audit (cf. art. 1b, al. 4, let. b, LB), les prescriptions en matière de capital minimal ou la fourniture d'activités accessoires par les établissements 1b.

4 Mesures à prendre et évolution visée du cadre réglementaire

Le Conseil fédéral parvient à la conclusion que la combinaison des règles d'exceptions selon l'OB et de l'autorisation 1b réduit effectivement les obstacles à l'accès au marché et peut ainsi encourager l'innovation et renforcer la place financière suisse.

Compte tenu de l'évaluation de la branche et de la FINMA, le Conseil fédéral reconnaît cependant que des mesures sont nécessaires pour soutenir davantage les effets visés et ainsi l'attrait du cadre législatif suisse pour les prestataires innovants dans le domaine financier. Il conclut que la protection des dépôts du public est insuffisante en cas de faillite d'un établissement 1b. D'une part, cette situation freine le succès des prestataires sur le marché suisse, car ils ne peuvent pas offrir à leurs clients une protection des dépôts suffisante. D'autre part, ce défaut de protection accroît la charge de surveillance de la FINMA. Le Conseil fédéral estime donc qu'il est indispensable de modifier la réglementation du marché financier en vue d'améliorer la protection de la clientèle. Il convient de noter que le manque de

protection de la clientèle se rapporte uniquement aux dépôts acceptés du public, et pas aux cryptoactifs qui peuvent être acceptés dans le cadre d'une autorisation 1b. Depuis l'entrée en vigueur du projet de loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués (TRD) le 1^{er} août 2021, ceux-ci sont en effet distraits en cas de faillite¹².

Le Conseil fédéral vise une solution dans laquelle les fonds de clients peuvent être gardés à part du reste du patrimoine de l'établissement et qui offre ainsi une meilleure protection des clients. Il prévoit également que le droit de la faillite garantisse la distraction de ces fonds en cas de faillite d'un établissement, de sorte que ces derniers ne soient pas inclus dans la masse en faillite et qu'ils puissent en être distraits. Il est également prévu d'examiner les autres possibilités de garantie, comme celle d'une solution d'assurance. Ainsi, le risque de défaillance pour les clients serait limité aux abus ou aux risques opérationnels de l'établissement 1b lors de la conservation des actifs des clients. Ce traitement des fonds de clients, qui diverge en matière de droit de la faillite par rapport à celui des dépôts du public dans le domaine bancaire se justifie notamment en raison du modèle d'affaires généralement plus simple des établissements 1b. En raison de l'interdiction d'investir les actifs acceptés en dépôt (art. 1, b, al. 1, let. b, LB), ce modèle se limite en effet aux opérations passives, c'est-à-dire en principe à la garde des actifs des clients et à la fourniture de services de paiement.

Une comparaison avec des catégories d'autorisations similaires dans le droit de l'UE (en particulier les établissements de paiement ou de monnaie électronique) conforte ces réflexions. Dans l'UE, les prestataires de paiement sont régulés au moyen d'autorisations spécifiques et la protection du client est prise en compte de façon ciblée. Les dépôts de clients dans ces établissements doivent être protégés face aux prétentions d'autres créanciers, soit par la ségrégation, soit par des solutions d'assurance adaptées¹³. Lors de la mise en œuvre du droit de l'UE dans la législation des différents États membres, la distraction de la masse de faillite constitue généralement la solution au problème de l'insolvabilité (par ex., en Allemagne et en Autriche, par la création de comptes fiduciaires distraits)¹⁴.

La distraction des fonds de clients signifierait par ailleurs que la catégorie d'autorisation correspondante ne devrait pas être introduite dans la loi sur les banques, mais dans une autre loi du droit des marchés financiers. En effet, les dépôts de clients ne rempliraient plus la définition de dépôts du public figurant dans le droit bancaire. De plus, la distraction rendrait caduque la limitation de l'acceptation de dépôts du public à 100 millions de francs¹⁵.

Dans le cadre de l'élaboration d'une nouvelle forme d'autorisation comprenant la distraction des fonds de clients, il convient de vérifier si les exceptions actuelles aux termes de dépôts du public et d'activité professionnelle selon l'OB sont encore réglées de façon adéquate ou si des modifications de la réglementation sont nécessaires.

Il faut également vérifier si l'autorisation 1b doit être conservée, adaptée ou supprimée en cas de création d'une nouvelle catégorie d'autorisation dans la LB.

5 Suite de la procédure

Dans son rapport «Finance numérique: champs d'action 2022+»¹⁶, le Conseil fédéral a chargé le DFF, par l'intermédiaire du SFI, de vérifier, en collaboration avec la FINMA et en concertation avec la branche, le cadre de réglementation et de surveillance existant en tenant compte des conditions s'ap-

¹² Cf. [Le Conseil fédéral met en vigueur le reste de la loi sur la TRD et édicte l'ordonnance qui s'y rapporte \(admin.ch\)](#).

¹³ Art. 10 de la directive (UE) 2015/2366 (Directive concernant les services de paiement); art. 7(1) de la directive 2009/110/CE (Directive concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique).

¹⁴ Pour le droit allemand: § 47 Insolvenzordnung (code allemand relatif à l'insolvabilité), cf. JANSSEN, in: Schäfer/Omler/Mimberg (éditeurs), Kommentar Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz, Munich 2021, § 17 N 69; SCHWENNICKE, in: Schwennicke/Auerbach (éditeurs), Kommentar Kreditwesengesetz mit Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz, 4^e édition, Munich 2021, § 17 N 13); pour le droit autrichien expressément § 18(1)(1) Zahlungsdienstegesetz (loi sur les services de paiement).

¹⁵ Cf. sur ce point aussi les commentaires du message TRD sur l'acceptation de cryptoactifs, FF 2020 233 290.

¹⁶ Le Conseil fédéral, Finance numérique: champs d'action 2022+, Berne, février 2022.

pliquant aux nouveaux acteurs et formes de services. Dans l'optique d'une approche globale, le Conseil fédéral considère comme approprié d'intégrer dans les travaux réglementaires correspondants la solution visée et décrite au chapitre 4.