

MARS 2019

Newsletter

Auteurs:

Dr. Olivier Favre, LL.M.

Fabio Elsener, LL.M.



BANKING & FINANCE

Licence bancaire "light" et réglementation FinTech en Suisse

L'environnement réglementaire en Suisse pour les entreprises du secteur des technologies financières (**FinTech**) continue d'évoluer. Une nouvelle licence bancaire dite "light" pour une activité de réception de dépôts jusqu'à un seuil de CHF 100 millions est disponible depuis le 1^{er} janvier 2019. Par ailleurs, le Conseil fédéral a publié un rapport exposant d'autres modifications à apporter à la réglementation suisse régissant la technologie *blockchain* et les actifs numériques.

1 INTRODUCTION

Un premier paquet de réformes visant à promouvoir l'environnement réglementaire en Suisse pour les entreprises FinTech comprenait l'introduction d'un **espace d'innovation sandbox** permettant aux entreprises d'accepter des dépôts jusqu'à CHF 1 million sans être soumises à l'obligation d'obtenir une licence bancaire (voir notre Newsletter d'avril 2017). Depuis le 1^{er} janvier 2019, un nouveau type de licence bancaire (la **licence bancaire FinTech**) est disponible. La loi fédérale sur les banques (**LB**) a été modifiée en ce sens.

La licence bancaire FinTech offre un **nouveau statut réglementaire pour les entreprises dans le domaine bancaire** qui, autrement, auraient besoin d'obtenir une licence bancaire ordinaire ou une licence de négociant en valeurs mobilières. Par ailleurs, le législateur a élargi le champ d'application de l'espace d'innovation sandbox existant depuis le 1^{er} août 2017.

À plus long terme, le Conseil fédéral a constaté que la réglementation suisse du secteur FinTech et les règles applicables aux actifs numériques basés sur la *blockchain* (les **cryptoactifs**) devraient être améliorées sur certains

points. Dans son rapport du 7 décembre 2018 sur les bases juridiques pour la *distributed ledger technology* et la *blockchain* en Suisse (**le Rapport DLT**), le Conseil fédéral a présenté une analyse portant sur la classification des **cryptoactifs** en droit suisse et selon la réglementation des marchés financiers, ainsi qu'une **perspective sur les modifications du droit suisse** auxquelles nous pouvons nous attendre dans un proche avenir.

2 ACTIVITÉS SANS LICENCE BANCAIRE

2.1 PAS D'ACTIVITÉ DÉTERMINANTE D'ACCEPTATION DE DÉPÔTS

Dans le cadre de la réglementation bancaire suisse, l'existence d'une licence bancaire est en particulier déclenchée par une **activité d'acceptation de dépôts**. Par "dépôts", on entend tous les engagements, à l'exception de ceux qui sont exclus conformément à la LB, à l'ordonnance sur les banques (**OB**) et à la Circulaire 2008/3 "Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires" (**Circulaire 2008/3**) de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (**FINMA**). En ce qui concerne les entreprises FinTech, les exceptions suivantes sont particulièrement pertinentes:

- > **Titres de créance:** Actuellement, l'émission de titres de créance n'est pas considérée comme une activité de dépôt lorsque l'émetteur **publie un prospectus** qui satisfait aux obligations d'information du code suisse des obligations (**CO**) pour les emprunts obligataires. Dans le cadre de la mise en œuvre de la loi fédérale sur les services financiers (LSFin), cette exception sera adaptée au nouveau régime relatif au prospectus selon la LSFin. Les dispositions doivent encore être finalisées suite à la procédure de consultation sur l'ordonnance relative à la LSFin (**l'OSFin**), laquelle s'est terminée le 6 février 2019. Nous nous attendons à ce qu'il n'y ait aucune exigence de licence bancaire si un prospectus est publié conformément aux exigences de la LSFin ou si l'offre est exemptée des exigences de prospectus selon les dispositions de la LSFin.
- > **Comptes d'exécution:** L'OB prévoit également que les négociants en valeurs mobilières et en métaux précieux, les gérants de fortunes ou les entreprises analogues qui détiennent des dépôts dans des comptes d'exécution n'exercent pas d'activité d'acceptation de dépôts, lorsque ces dépôts (i) ne portent pas intérêts et (ii) sauf lorsque le compte est détenu auprès d'un négociant en valeurs mobilières autorisé, **sont utilisés pour l'exécution de transactions dans un délai de 60 jours**. Cette exception s'applique, entre autres, aux modèles d'affaires qui prévoient le transfert de fonds (comme la transmission d'argent ou le *crowdfunding*). Toutefois, l'exonération n'est pas accordée aux négociants en devises détenant des comptes clients ainsi qu'aux négociants en cryptomonnaies ayant une activité similaire.

À moins que l'une des exceptions ou que l'exemption relative à l'espace d'innovation (voir section 2.2) ne s'applique, l'acceptation de plus de 20 déposants ou l'appel au public pour obtenir des dépôts entraîne l'obligation d'obtenir une licence bancaire.

"A partir du 1^{er} avril 2019, les dépôts détenus dans une sandbox pourront porter intérêts et les fonds déposés pourront être réinvestis."

2.2 L'EXEMPTION DE LA SANDBOX

En vertu de l'exemption applicable à l'**espace d'innovation sandbox**, l'acceptation de **dépôts** est autorisée sans licence bancaire pour un montant **jusqu'à CHF 1 million**, à condition que (i) **les déposants soient préalablement informés** que la société n'est pas soumise à la surveillance de la FINMA et que le dépôt n'est pas couvert par la garantie des dépôts, et (ii) sauf si l'activité principale de l'entreprise est de nature industrielle ou commerciale, les dépôts ne soient ni porteurs d'intérêts ni réinvestis. Toutefois, l'exigence (ii) sera modifiée avec pour effet que les **dépôts** détenus dans la **sandbox pourront porter intérêts** et les fonds déposés **pourront être réinvestis** à compter du 1^{er} avril 2019, à condition qu'aucune opération d'intérêts ne soit effectuée et que les intérêts payés sur les dépôts correspondent à ceux des prêts octroyés. Cette modification vise à rendre l'exemption de la *sandbox* également disponible pour les plateformes de prêt, lorsque la plateforme est la contrepartie contractante des clients.

La FINMA a ouvert le 15 mars 2019 une audition en vue de la révision de la Circulaire 2008/3. Dans la circulaire révisée, la FINMA concrétisera plus en détails la notion d'opérations d'intérêts. Selon la FINMA, il y aurait notamment une opération d'intérêts si un intérêt défini ou définissable est convenu ou obtenu lors de l'investissement. L'obtention de gains sur les cours ou d'autres revenus non définissables provenant d'investissements (p.ex. les investissements en actions, en devises ou en cryptoactifs) reste toutefois admis.

3 LA LICENCE BANCAIRE FINTECH

3.1 PUBLIC CIBLE

La nouvelle catégorie de licence vise à promouvoir l'innovation FinTech. Néanmoins, en tant que **réglementation neutre sur le plan technologique**, elle s'applique à tous les modèles d'affaires. Les modèles d'affaires qui seraient adaptés à une licence bancaire FinTech pourraient être, p.ex.:

- > **la fourniture de services de paiement ou de négoce** comportant l'acceptation de dépôts de clients pour une période de plus de 60 jours;
- > **la fourniture de *wallets*** pour des cryptoactifs, si le fournisseur de *wallet* a une obligation de remboursement envers les clients et reçoit le pouvoir de disposer des cryptoactifs stockés sans l'implication des clients;
- > **la fourniture de services de courtage** en matière de cryptomonnaies dans la mesure où le courtier détient les actifs des clients pour une période de plus de 60 jours.

3.2 PAS D'EXEMPTION POUR LES AUTRES LICENCES DU MARCHÉ FINANCIER

À noter qu'une **licence bancaire FinTech** ne dispense actuellement pas l'entreprise de se conformer aux **exigences de licence pour d'autres activités réglementées**. Toutefois, à partir du 1^{er} janvier 2020, la loi sur les établissements financiers (**LEFin**) autorisera les banques réglementées en vertu de la LB à agir également en qualité de maison de titres, de gestionnaire de placements collectifs, de gestionnaire de fortune ou de *trustee* (selon les définitions contenues dans la LEFin). Les ordonnances d'exécution de la LEFin n'indiquent pas explicitement que cela s'applique également à une licence bancaire FinTech. Il serait approprié d'obtenir des clarifications supplémentaires à ce sujet avant l'entrée en vigueur de la LEFin.

3.3 EXIGENCES

La licence bancaire FinTech est une nouvelle catégorie de licence pour les entreprises qui acceptent des **dépôts du public jusqu'à un maximum de CHF 100 millions**, à condition que ces **dépôts** ne soient **pas réinvestis** et qu'ils **ne portent pas intérêts**. Le seuil de CHF 100 millions doit être calculé au niveau du groupe, sous réserve d'exceptions de la FINMA pour les sociétés manifestement indépendantes des autres sociétés du groupe. En outre, la FINMA peut **augmenter le seuil de CHF 100 millions** dans certains cas particuliers si les clients sont protégés de manière adéquate. De plus, la licence bancaire FinTech exige que les investisseurs soient **informés au préalable** du modèle d'affaires, des services fournis et des risques liés aux technologies utilisées, du fait que les dépôts ne bénéficient pas de la garantie des dépôts et qu'il n'y a aucun remboursement immédiat en cas de faillite.

Pour pouvoir bénéficier de cette nouvelle licence, une entreprise doit satisfaire à certaines **exigences organisa-**

tionnelles. Elle est notamment tenue de mettre en œuvre une **gestion efficace en matière de compliance et de risques** ainsi que des mesures visant à éviter les conflits d'intérêts. Certaines dérogations peuvent s'appliquer en ce qui concerne les exigences en matière de compliance et de gestion des risques pour les entreprises dont le produit brut annuel est inférieur à CHF 1,5 million et dont le modèle d'affaires présente peu de risques.

En outre, les **dépôts acceptés** doivent être **détenus séparément** des fonds propres de l'entreprise. Les dépôts doivent être détenus dans la monnaie dans laquelle ils ont été effectués, **sous forme de dépôts à vue ou d'actifs très liquides**. Les dépôts sous forme de cryptoactifs doivent être détenus dans le même type de cryptoactifs (même cryptomonnaie ou mêmes *tokens*) que ceux acceptés de la part des clients.

3.4 UNE RÉGLEMENTATION PLUS LÉGÈRE QU'UNE LICENCE BANCAIRE ORDINAIRE

Les dispositions de la LB s'appliquent par analogie aux entreprises disposant d'une licence bancaire FinTech. Toutefois, à certains égards, les exigences réglementaires sont moins strictes, p.ex. en ce qui concerne l'organisation, la gestion des risques, la compliance, les qualifications de la société d'audit prudentiel et les exigences de capitalisation. Le **capital minimum requis** est fixé à 3% des dépôts du public acceptés et doit s'élever à au moins CHF 300'000. Contrairement aux banques ordinaires, il n'y a **pas d'exigences en matière de liquidités et de fonds propres**. La FINMA peut cependant exiger des fonds propres supplémentaires au cas par cas, en fonction du modèle d'affaires.

Une entreprise titulaire d'une licence bancaire FinTech n'est pas tenue d'adhérer au système suisse de la garantie des dépôts.

En outre, la Banque nationale suisse a confirmé qu'elle peut autoriser les titulaires de la licence bancaire FinTech à **accéder au Swiss Interbank Clearing et aux comptes de dépôt à vue** auprès de la Banque nationale suisse. Cet accès peut être particulièrement important pour les entreprises dans le secteur des services de paiement.

4 EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI SUR LE CRÉDIT À LA CONSOMMATION (LCC) AUX PLATEFORMES DE CROWDLENDING

Avec l'adoption de la licence bancaire FinTech, le **champ d'application de la LCC** a été élargi aux prêts à la consommation organisés par l'entremise de **plateformes de crowdlending**, afin de créer des conditions de concurrence semblables aux prêts à la consommation des prêteurs professionnels.

5 PRINCIPAUX DÉVELOPPEMENTS ABORDÉS DANS LE RAPPORT DLT

5.1 LE TRANSFERT DE CRYPTOACTIFS

Les cryptoactifs qui sont une représentation numérique de droits à l'encontre d'un émetteur devraient être classifiés de droits-valeurs. Par conséquent, tout transfert de ces cryptoactifs sans l'implication de l'émetteur est actuellement soumis aux règles applicables à la cession des droits, qui exigent une **déclaration écrite de cession** par le cédant. Le Conseil fédéral reconnaît qu'il s'agit d'un problème pour le développement futur du marché de l'offre de jetons (*securities token*) et se rallie aux **propositions** de l'industrie visant

à introduire une **nouvelle réglementation permettant le transfert** de ces actifs par **le biais d'une inscription dans un registre décentralisé** tel qu'une *blockchain*. Cela permettrait le transfert de ces actifs par l'intermédiaire de la *blockchain* sans l'intervention d'un dépositaire, comme cela serait nécessaire si ces actifs étaient détenus sous forme de titres intermédiés de manière centralisée.

"Le Conseil fédéral propose l'introduction d'une nouvelle catégorie de licence pour les plateformes de négoce de cryptoactifs."

5.2 DISTRACTION DES CRYPTOACTIFS DANS LES PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ

Le Conseil fédéral propose de **modifier les lois actuelles en matière d'insolvabilité** afin de permettre la **ségrégation des données numériques de tiers**, y compris les cryptoactifs, **de la masse en faillite** dans les procédures de faillite. Lorsque les clients d'un fournisseur de *wallet* ne détiennent pas de cryptoactifs sous forme de *cold storage* auprès du fournisseur de *wallet*, mais que les cryptoactifs sont détenus dans une solution de stockage basée sur internet auprès du fournisseur de *wallet*, il n'est actuellement pas possible de déterminer de manière définitive si ces actifs peuvent être distraits de la masse de la faillite du fournisseur. Suite à l'introduction de règles de distraction, il devrait être possible de **distraire les cryptoactifs détenus par le fournisseur de wallet en cas d'insolvabilité de celui-ci** au profit des clients.

5.3 NOUVELLE LICENCE D'INFRASTRUCTURE DES MARCHÉS FINANCIERS POUR LES ENTREPRISES DE BLOCKCHAIN

S'écarter du principe de neutralité technologique, le Conseil fédéral propose l'introduction d'une **nouvelle catégorie de licence pour les infrastructures des marchés financiers pour les cryptoactifs**. Cette catégorie de licence devrait permettre l'exploitation d'une plateforme de négociation multilatérale et non discrétionnaire pour les cryptoactifs qualifiant de valeurs mobilières, ainsi que la fourniture d'activités *post-trade* en rapport avec ces actifs. Dans le cadre de la réglementation actuelle des marchés financiers, de tels rôles nécessiteraient la participation d'infrastructures des marchés financiers autres que les systèmes de négociation (p.ex. une contrepartie centrale, un dépositaire central, un système de règlement des opérations sur valeurs mobilières).

À l'exception des bourses qui peuvent également exploiter un système multilatéral de négociation, une infrastructure des marchés financiers doit actuellement être exploitée par une **entité juridique distincte**. Le Conseil fédéral propose d'accorder des dérogations à cette règle pour le secteur FinTech.

Par ailleurs, le Conseil fédéral propose d'autoriser l'octroi d'une licence aux entités qui exploitent uniquement un système organisé de négociation (*organized trading facility*, **OTF**) sans exercer d'autres activités, p.ex. en tant que banque. Dans ce contexte, le Conseil fédéral propose d'étudier la **possibilité d'exploiter un OTF sur la base de la licence bancaire FinTech**.

5.4 CHAMP D'APPLICATION DE LA LÉGISLATION ANTI-BLANCHIMENT D'ARGENT

Le Conseil fédéral estime que la législation actuelle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent dans le cadre des cryptoactifs est suffisante pour l'instant. Le Conseil fédéral affirme que **la plupart des levées de fonds en cryptomonnaie (initial coin offering, ICO) doivent être soumises à la législation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent**. En ce qui concerne le stockage des cryptoactifs dans des *wallets*, le Rapport DLT souligne que seuls les opérateurs de wallet qui ont le pouvoir de disposer des clés privées relatives aux cryptoactifs stockés dans leur solution de wallet, soit les **custodian wallets** par opposition aux **non-custodian wallets**, sont soumis à la législation de lutte contre le blanchiment d'argent.

6 RÉSUMÉ ET PERSPECTIVES

La **licence bancaire FinTech** pourrait offrir une voie intéressante aux entreprises (FinTech), selon leur modèle d'affaires, pour **permettre une activité d'acceptation de dépôts**

jusqu'à la limite légale applicable (soit jusqu'à CHF 100 millions). Par ailleurs, si la licence bancaire FinTech permet l'exploitation d'un OTF, comme indiqué dans le Rapport DLT, la nouvelle licence pourrait également être utilisée en particulier pour certaines plateformes de négoce en cryptoactifs.

En outre, le **Rapport DLT** laisse entendre que l'environnement réglementaire pour les cryptoactifs continuera à évoluer. Ses **propositions** relatives à la législation sur la **reconnaissance du transfert de tokens** qualifiant de valeurs mobilières par l'inscription d'une transaction dans un registre décentralisé et la **distraction des données en cas de faillite** sont les bienvenues et devraient être mises en œuvre dès que possible pour renforcer l'attractivité de la Suisse pour les services liés aux cryptoactifs.

Contacts

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:



Tarek Houdrouge, LL.M.

Associé à Genève
tarek.houdrouge@swlegal.ch



Dr. Olivier Favre, LL.M.

Associé à Zurich
olivier.favre@swlegal.ch



Caroline Clemetson, LL.M.

Associée à Genève et Zurich
caroline.clemetson@swlegal.ch



Dr. Philippe Borens, LL.M.

Associé à Zurich
philippe.borens@swlegal.ch



SCHELLENBERG WITTMER SA / Avocats

ZÜRICH / Löwenstrasse 19 / Case postale 2201 / 8021 Zurich / Suisse / T+41 44 215 5252

GENÈVE / 15bis, rue des Alpes / Case postale 2088 / 1211 Genève 1 / Suisse / T+41 22 707 8000

SINGAPOUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapour 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch

Cette Newsletter est disponible en français, anglais et allemand sur notre site internet www.swlegal.ch.