

Circulaire 2008/3 « Dépôts du public auprès d'établisse- ments non bancaires » – Ré- vision partielle

Rapport sur les résultats de l'audition relative à la révision partielle de la Circ.-FINMA 08/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires » qui a eu lieu du 1^{er} septembre au 16 octobre 2017

7 décembre 2017

Table des matières

Eléments essentiels	3
1 Introduction	4
2 Prises de position reçues	4
3 Résultats de l'audit et évaluation par la FINMA	5
3.1 « Bac à sable » (<i>sandbox</i>) (art. 6 al. 2 à 4 OB) (Cm 8 à 8.5 de la Circ.-FINMA 08/3,)	6
3.1.1 Limitation du « bac à sable » (<i>sandbox</i>) à un million de francs suisses selon l'art. 6 al. 2 let. a OB (Cm 8.1)	6
3.1.2 Notion couplée de « rémunérer et placer » / comptes séparés (Cm 8.2)	7
3.1.3 Obligations d'information dans le cadre du « bac à sable » (<i>sandbox</i>) (Cm 8.3)	9
3.1.4 Notion d'« activité artisanale ou industrielle prédominante » / interdiction de principe des placements financiers (Cm 8.4)	10
3.1.5 Dépassement de la limitation à un million de francs suisses dans le régime du « bac à sable » (<i>sandbox</i>) (Cm 8.5)	11
3.2 Exception du compte d'exécution (art. 5 al. 3 let. c OB) (Cm 16 à 16.2 de la Circ.-FINMA 08/3)	13
3.2.1 Modèles d'affaires bénéficiant de l'exception du compte d'exécution (Cm 16 et 16.2)	13
3.2.2 Négociants en métaux précieux (Cm 16.1)	16
4 Suite de la procédure	16

Eléments essentiels

La FINMA a organisé du 1^{er} septembre au 16 octobre 2017 une audition portant sur la révision partielle de la Circ.-FINMA 08/3. Cette révision partielle était devenue nécessaire en raison des modifications de l'OB du 5 juillet 2017 et de leur entrée en vigueur au 1^{er} août 2017.

Les modifications *importantes* qui ont été apportées au projet soumis à audition sont les suivantes :

Concernant les obligations d'information des entreprises vis-à-vis de leurs clients dans le domaine du « bac à sable » (*sandbox*) (art. 6 al. 2 let. c OB), il est précisé au Cm 8.3 de la Circ.-FINMA 08/3 qu'à certaines conditions il est aussi possible d'informer individuellement les clients par le biais du site Internet de l'entreprise.

Pour ce qui est du dépassement du montant d'un million de francs suisses dans le domaine du « bac à sable » (*sandbox*) (art. 6 al. 4 OB), il est précisé au Cm 8.5 qu'il n'est pas nécessaire de réduire les dépôts du public durant le délai d'annonce et le délai de remise de la demande d'autorisation ainsi que pendant la procédure d'autorisation mais que l'entreprise concernée doit toutefois continuer à respecter les conditions de l'art. 6 al. 2 let. b et c OB en cas de poursuite de l'acceptation de dépôts du public autorisée.

L'exception du compte d'exécution (art. 5 al. 3 let. c OB) a été complétée d'un ajout précisant que les négociants en cryptomonnaies ayant une activité comparable à celle des négociants en devises ne bénéficient pas non plus de cette exception.

La révision partielle de la Circ.-FINMA 08/3 entre en vigueur le 1^{er} janvier 2018.

1 Introduction

Lors de sa séance du 5 juillet 2017, le Conseil fédéral a décidé des modifications de l'OB¹. Elles sont entrées en vigueur le 1^{er} août 2017.

Les modifications et les nouveautés de l'OB comprennent notamment (i.) l'allongement du délai d'exécution des opérations pour le compte de clients de 7 jours ouvrés au maximum dans l'ancienne pratique à désormais 60 jours (*exception du compte d'exécution* ; art. 5 al. 3 let. c OB) et (ii.) la création d'un espace dit d'innovation exempt d'autorisation (« bac à sable » (*sandbox*) ; art. 6 al. 2 à 4 OB), dans le cadre duquel il est permis d'accepter des dépôts du public jusqu'à un montant d'au maximum un million de francs suisses sous réserve de respecter certaines obligations d'information vis-à-vis des clients (la rémunération et le placement des dépôts n'étant autorisé dans ce cadre que pour financer une activité artisanale et industrielle exercée comme activité principale).

Les adaptations de l'OB et leur entrée en vigueur au 1^{er} août 2017 rendent nécessaire une révision partielle de la Circ.-FINMA 08/3², les Cm 8 ss et 15 ss de la Circ.-FINMA 08/3, actuellement en vigueur, concrétisant les dispositions jusqu'alors valables relatives à l'exception du compte d'exécution et l'exercice d'une activité à titre professionnel/le « bac à sable » (*sandbox*). Les adaptations de l'OB doivent donc à présent être reprises dans la Circ.-FINMA 08/3 sous la forme d'une révision partielle et être ponctuellement précisées.

Le projet de révision partielle de la Circ.-FINMA 08/3 a été soumis à audition du 1^{er} septembre au 16 octobre 2017.

2 Prises de position reçues

Les établissements suivants (mentionnés par ordre alphabétique) ont participé à l'audition et adressé à la FINMA une prise de position, dont ils ont autorisé la publication :

- Association romande des intermédiaires financiers (ARIF)
- Association suisse des fabricants et commerçants de métaux précieux (ASFCMP)
- BitIncubator & Venture SA (BIV)
- CMS von Erlach Poncet AG (CMS)

¹ Ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.02).

² Circulaire de la FINMA 2008/03 « Acceptation à titre professionnel de dépôts du public par des établissements non bancaires au sens de la loi sur les banques » du 1^{er} janvier 2009.

- EXPERTsuisse
- KUNZ COMPLIANCE
- Prager Dreifuss AG (Prager Dreifuss)
- Association suisse des banquiers (ASB)
- Swiss FinTech Innovations (SFTI)
- Union des Banques Cantonales Suisses (UBCS)³
- Vischer AG (Vischer)
- Walder Wyss AG, avec Switzerland AG (WalderWyss/SAG)

3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

Les propositions de modification reçues au sujet du « bac à sable » (*sandbox*) (art. 6 al. 2 à 4 OB ; Cm 8 à 8.5 de la Circ.-FINMA 08/3) concernent des questions ou des suggestions en rapport avec

- la limitation à un million de francs au maximum des dépôts du public et son dépassement,
- les notions de « placer et rémunérer » et d'«activité artisanale et industrielle principale »,
- ainsi que les obligations d'information vis-à-vis des clients et des investisseurs.

Concernant l'*exception du compte d'exécution* (art. 5 al. 3 let. c OB ; Cm 16 à 16.2 de la Circ.-FINMA 08/3), les demandes concernent notamment

- des précisions sur les modèles d'affaires bénéficiant de cette disposition d'exception, et
- une formulation plus compréhensible concernant les négociants en métaux précieux.

Par ailleurs, les participants à l'audition ont proposé des adaptations (rédactionnelles) de différents Cm de la Circ.-FINMA 08/3 n'ayant pas toutefois de lien direct avec les modifications de l'OB entrées en vigueur au 1^{er} août 2017. Par principe, ces propositions d'adaptation n'ont pas été prises en compte car elles ne sont pas l'objet de la présente révision partielle, qui se veut simplement dans le sillage de celle de l'OB. Ces souhaits pourront éventuellement être pris en compte lors d'une révision totale ultérieure de la Circ.-FINMA 08/3.

³ L'UBCS renvoie entièrement à la prise de position de l'ASB.

3.1 « Bac à sable » (*sandbox*) (art. 6 al. 2 à 4 OB) (Cm 8 à 8.5 de la Circ.-FINMA 08/3,)

3.1.1 Limitation du « bac à sable » (*sandbox*) à un million de francs suisses selon l'art. 6 al. 2 let. a OB (Cm 8.1)

Prises de position

L'ASFCMP et Vischer demandent que le terme « engagements » figurant au Cm 8.1 soit précisé afin d'établir clairement qu'il est uniquement question des engagements au sens de l'art. 5 al. 1 OB et de ceux ayant le caractère de dépôts du public.

L'ASB et l'UBCS exigent que les acteurs du marché « établis » puissent eux aussi bénéficier de l'exception du « bac à sable » (*sandbox*). Il faudrait par conséquent renoncer au calcul consolidé de la limitation au sein des groupes de sociétés ou des groupes et remplacer le Cm 8.1 par la proposition de formulation soumise sur ce point.

Appréciation

Dans le contexte et la logique où est employé le terme « engagements » au Cm 8.1, il ressort qu'il ne peut s'agir que d'engagements ayant le caractère de dépôts du public ou d'engagements au sens de l'art. 5 al. 1 OB. Toutefois, pour éviter tous malentendus, rien n'empêche de préciser le Cm 8.1 conformément aux propositions.

Pour ce qui est du calcul de la limitation, la FINMA se réserve le droit de procéder à ce dernier sur une base consolidée dans le cas concerné. La FINMA se laisse guider par la définition de groupe employée dans la pratique de l'*enforcement*. Dans le cadre d'une activité soumise à autorisation, il peut y avoir une démarche de groupe selon la jurisprudence du Tribunal fédéral en particulier lorsque les parties se présentent de l'extérieur comme une entité ou que les circonstances permettent de considérer qu'une activité commune au sens du droit de la surveillance est exercée de manière coordonnée.⁴ S'il existe des imbrications personnelles, organisationnelles ou économiques étroites entre différentes personnes ou sociétés et que, raisonnablement, seule une vision globale soit à même de rendre compte de la situation de fait et de satisfaire au but de la surveillance des marchés financiers, une prise en considération (économique) uniforme se justifie.⁵ S'il n'existe pas d'imbrications personnelles, organisationnelles ou économiques au sein de groupe ou de groupe de sociétés, il sera renoncé à un calcul consolidé de la limite. L'existence du groupe doit être examinée au cas par cas.

⁴ ATF 136 II 43, consid.. 4.3.1.

⁵ ATF 136 II 43, consid. 4.3.3.

Conclusion

Le Cm 8.1 est précisé : par « engagements » au sens du Cm 8.1, il convient d'entendre les seuls engagements ayant le caractère de dépôts du public au sens de l'art. 5 al. 1 OB.

3.1.2 Notion couplée de « rémunérer et placer » / comptes séparés (Cm 8.2)

Prises de position

L'ASB, SFTI et l'UBCS demandent que le Cm 8.2 du projet de révision partielle de la Circ.-FINMA 08/3 soit supprimé et remplacé par la proposition de formulation⁶ soumise. Selon cette dernière, la notion couplée de « rémunérer et placer » renverrait aux opérations actives, ce qui signifie qu'un preneur de crédit – qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'un consommateur, ne serait pas autorisé à transmettre les fonds dans le cadre de contrats de crédits et à demander les intérêts correspondants mais pourrait payer des intérêts aux créanciers sur les fonds acceptés. Dans la prise de position de BIV aussi, la notion couplée de « rémunérer et placer » devrait aussi être comprise comme limitée à « l'octroi de crédits financés par les dépôts ».

EXPERTsuisse propose par ailleurs dans sa prise de position l'adaptation de la formulation du Cm 8.2 en remplaçant « ... un compte séparé doit être mis en place... » par « ... un compte *bancaire* séparé doit être mis en place... ».

Appréciation

En ce qui concerne l'interprétation de la notion couplée de « placer et rémunérer », il faut revenir à l'énoncé clair de l'OB qui exige que les dépôts du public acceptés sous le régime du « bac à sable » (*sandbox*) dans le cadre d'une activité artisanale et industrielle non exercée comme activité principale ne doivent être ni investis ni rémunérés.

Le but premier du « bac à sable » (*sandbox*) vise à permettre aux entreprises Fintech de tester l'efficacité conceptuelle et économique de leur modèle d'affaires dans un cadre restreint en ayant la possibilité d'accepter des fonds dans ce cadre avant de décider si elles souhaitent ou non demander une autorisation (autorisation bancaire ou autorisation au sens de la nouvelle catégorie d'autorisations [autorisation Fintech] selon l'art. 1a^{bis} P-LB).⁷ Dans le concept global, le « bac à sable » (*sandbox*) représente le premier

⁶ Les propositions de formulation soumises par l'ASB et SFTI sont identiques. La prise de position de l'UBCS renvoie entièrement à celle de l'ASB.

⁷ Département fédéral des finances DFF, modification de l'ordonnance sur les banques (FinTech), commentaires, 5 juillet 2017 (« **Commentaires OB** »), p. 13.

niveau vers l'autorisation Fintech selon l'art. 1a^{bis} P-LB, laquelle prévoit également une interdiction de placement et de rémunération.⁸ Pour les entreprises qui n'exercent pas d'activité artisanale et industrielle comme activité principale, le « bac à sable » n'est donc pas conçu comme une source de financement, mais comme un simple champ d'expérimentation. En concédant l'exception aux entreprises extérieures au domaine financier qui ont une activité artisanale et industrielle à titre principal et qui, en règle générale, justement, ne soumettent pas de demande pour obtenir l'autorisation bancaire ou l'autorisation Fintech évoquée, l'autorité législative a en revanche voulu apporter une nouvelle source de financement aux PME ou aux startups en autorisant le placement et la rémunération des dépôts sous le régime du « bac à sable » (*sandbox*).⁹ Le Conseil fédéral motive l'interdiction selon laquelle les fonds des entreprises qui n'exercent pas une activité artisanale ou industrielle comme activité principale ne doivent pas être placés ni rémunérés par les risques de défaillance auxquels sont soumis ces fonds acceptés sous le régime du « bac à sable » (*sandbox*), faute de garantie des dépôts.¹⁰ Même si les dépôts ne sont pas rémunérés avec les rendements provenant du placement des fonds acceptés ou ne sont pas financés par l'octroi de crédits, l'entreprise est exposée à un risque de liquidité accru du fait des engagements en matière d'intérêts. Comme les fonds ne doivent pas être conservés sur des comptes bancaires à l'abri d'une faillite, mais uniquement sur des comptes bancaires séparés des comptes professionnels, il y a, en l'absence de garantie des dépôts, des risques de défaillance accrus pour les déposants en cas d'insolvabilité de l'entreprise. En raison notamment de l'énoncé de l'OB et des précisions apportées par le Conseil fédéral dans ses commentaires, la Circ.-FINMA 08/3 ne peut pas restreindre a posteriori l'interdiction de placement et de rémunération.

Concernant le terme de « compte » utilisé au Cm 8.2, deuxième phrase, le contexte et la logique sous-entendent qu'il s'agit ici d'un compte *bancaire* (ou un dispositif équivalent en monnaies virtuelles). Afin d'éviter tous malentendus, rien n'empêche cependant de préciser en ce sens le Cm 8.2.

Conclusion

Le Cm 8.2 est modifié : le terme « compte » utilisé dans la deuxième phrase est précisé par l'adjectif « bancaire ».

⁸ Loi sur les services financiers (LSFin) et loi sur les établissements financiers (LEFin), session d'automne 2017 du Conseil national, délibération du Conseil national du 15 août 2017, p. 220 ss (consultable sous : <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2015/20150073/N22%20D.pdf>).

⁹ Commentaires OB, p. 24.

¹⁰ Commentaires OB, p. 13.

3.1.3 Obligations d'information dans le cadre du « bac à sable » (*sandbox*) (Cm 8.3)

Prises de position

L'ARIF, BIV, CMS, Prager Dreifuss, l'ASB, SFTI, l'UBCS ainsi que Vischer demandent que les dispositions détaillées contenues au Cm 8.3 de la Circ.-FINMA 08/3 concernant les obligations d'information de l'entreprise vis-à-vis de ses clients soient adaptées ou supprimées. D'une part, l'argument mis en avant est que la disposition de l'ordonnance (art. 6 al. 2 let. c OB) relative aux obligations d'information serait suffisante, ce qui rendrait superflues toutes autres dispositions restrictives dans la Circ.-FINMA 08/3. D'autre part, une précision du Cm 8.3 portant sur l'information des clients sur le site Internet est souhaitée.

Appréciation

Les obligations d'information selon l'art. 6 al. 2 let. c OB qui prévoit que les entreprises du domaine du « bac à sable » (*sandbox*) doivent, avant d'accepter les fonds, informer leurs clients que leurs dépôts ne sont pas surveillés par la FINMA, ni couverts par la garantie des dépôts, ont pour but la protection des clients et des investisseurs. De simples mentions dans les conditions générales ou des renvois non individualisés à ces dernières sur un site Internet ne permettent pas de garantir la protection des clients et des investisseurs recherchée par l'OB, ce qui rend nécessaire les précisions à ce sujet dans la Circ.-FINMA 08/3.

Le Cm 8.3 concerné est toutefois précisé au sens de différentes prises de position par un ajout stipulant que les clients ou investisseurs peuvent aussi être informés individuellement sur des sites Internet. Pour ce faire, il faut que l'absence de surveillance et de garantie des dépôts soit portée à la connaissance du client séparément des autres informations, sous une forme permettant d'en établir la preuve par un texte, par exemple au moyen d'une fenêtre *pop-up*, avant le versement des fonds, c'est-à-dire au moment de la conclusion du contrat.

Conclusion

Le Cm 8.3 est précisé : l'information du client, par exemple sur le site Internet de l'entreprise, est admise si l'absence de surveillance et de garantie des dépôts lui est indiquée séparément des autres informations, sous une forme permettant d'en établir la preuve par un texte, et qu'il peut expressément confirmer en avoir pris connaissance.

3.1.4 Notion d'« activité artisanale et industrielle principale » / interdiction de principe des placements financiers (Cm 8.4)

Prises de position

L'ASFCMP demande la suppression de la première phrase du Cm 8.4 notamment en raison de contradictions avec le texte de l'OB. CMS propose que la notion d'« activité artisanale et industrielle » soit définie dans un autre sens dans la Circ.-FINMA afin que les entreprises qui fournissent des services financiers puissent aussi se financer au moyen du « bac à sable » (*sandbox*). A défaut, les entreprises qui ont une activité artisanale et industrielle principale seraient avantagées. Walder Wyss/SAG demandent à que les précisions suivantes soient ajoutées au Cm 8.4, à la suite de la première phrase : « Le financement d'autres services est autorisé, de même que le financement d'activités non professionnelles. Le dépôt peut également être accepté par une personne physique. ».

EXPERTsuisse note que la dernière phrase du Cm 8.4 signifierait que « les dépôts doivent être utilisés pour financer l'activité artisanale et industrielle », ce qui « exclut en principe l'investissement des dépôts conservés dans des placements et des instruments financiers ». EXPERTsuisse suggère soit de supprimer l'expression « en principe », soit de préciser, dans une note de bas de page de la Circ.-FINMA 08/3 ou dans le rapport d'audition, quels sont les cas où l'investissement des fonds est exceptionnellement autorisé.

Appréciation

S'agissant du régime du « bac à sable » (*sandbox*), il convient de noter qu'il n'a pas pour but premier de financer les entreprises (cf. également ci-avant, chiffre 3.1.2). L'autorité réglementaire a toutefois formulé une exception à l'interdiction de rémunération et de placement, explicitement limitée aux entreprises ayant une activité artisanale et industrielle principale. Cette exception ne peut pas être élargie à l'encontre du texte de l'ordonnance. Concrètement, une personne physique est aussi autorisée à accepter des fonds du domaine du « bac à sable » (*sandbox*) mais ne peut les utiliser que pour son activité artisanale et industrielle, si elle entend qu'ils produisent des intérêts. Le financement d'activités non professionnelles ou privées est donc exclu. Dans ce contexte, la FINMA ne voit aucune marge de manœuvre permettant de s'affranchir de l'énoncé de l'OB ou du raisonnement du Conseil fédéral. Par ailleurs, il n'est pas évident en quoi la première phrase du Cm 8.4 devrait contredire l'OB.¹¹ La délimitation négative utilisée ici est néanmoins susceptible d'être mal comprise si l'on part du principe que si une entreprise ou une personne physique n'exerce pas d'activité dans le domaine financier (cf. à ce sujet l'art. 4 OB), il s'agit automatiquement d'une activité artisanale et industrielle. La première phrase du Cm 8.4 est donc adaptée en mentionnant comme exemple qu'une activité exercée à titre privé ou une activité

¹¹ Cf. prise de position de l'ASFCMP.

dans le domaine financier (cf. à ce sujet art. 4 OB) notamment ne correspondent pas à une activité artisanale et industrielle au sens de l'OB. L'appréciation pour établir ou non l'existence d'une activité artisanale et industrielle se fait au cas par cas.¹²

Le Cm 8.4 précise que les fonds acceptés par des entreprises ayant une activité artisanale et industrielle principal peuvent être rémunérés, mais que leur investissement n'est en principe pas autorisé. Ce, parce que les fonds doivent être utilisés pour financer l'activité artisanale et industrielle. Il est toutefois envisageable que, dans le cadre de l'activité artisanale et industrielle, une entreprise couvre les risques de change au moyen d'instruments financiers, par exemple. Cet exemple pourrait autoriser une exception au principe. La FINMA étudie toutefois au cas par cas l'admissibilité d'éventuels investissements dans des placements ou instruments financiers.

Conclusion

La première phrase du Cm 8.4 est adaptée en mentionnant comme exemple qu'une activité exercée à titre privé ou une activité dans le domaine financier (cf. à ce sujet art. 4 OB) notamment ne correspondent pas à une activité artisanale et industrielle au sens de l'OB.

3.1.5 Dépassement de la limitation à un million de francs suisses dans le régime du « bac à sable » (*sandbox*) (Cm 8.5)

Prises de position

EXPERTsuisse voit un besoin de clarification concernant la question de savoir s'il faut réduire les fonds dépassant la limitation à un million de francs suisses pendant la durée de la procédure d'autorisation. Ce, parce que le Cm 8.5 exige qu'au cours de la procédure d'autorisation, les prescriptions de l'art. 6 al. 2 OB continuent d'être respectées, ce qui englobe également la limitation à un million de francs suisses.

Prager Dreifuss suggère de revenir au Cm 8.5 et de disposer que la FINMA vérifie au cas par cas au vu de la situation donnée s'il est approprié de prononcer une interdiction d'acceptation des dépôts du public durant la procédure d'autorisation. Ce, à la différence de la formulation actuelle qui prévoit pour règle l'interdiction de principe de l'acceptation des dépôts du public sous réserve d'exceptions.

¹² Cf. également à ce sujet le rapport explicatif relatif à la révision partielle de la Circ.-FINMA 08/3 du 1^{er} septembre 2016, p. 6.

Appréciation

L'énoncé de l'art. 6 al. 4 OB ne prévoit pas explicitement que le demandeur doive renoncer aux dépôts dépassant la limitation d'un million de francs pendant la procédure d'autorisation. Le Cm 8.5 doit être précisé en ajoutant que les conditions de l'art. 6 al. 2 let. b et c OB (obligations d'information dans la mesure où la FINMA autorise l'acceptation d'autres dépôts du public ; interdiction, si pertinente, du placement et de la rémunération [cf. également déjà à ce sujet le rapport explicatif relatif à la Circ.-FINMA 08/3, p. 6, en rapport avec le Cm 8.5]) doivent être respectées durant le délai d'annonce et le délai de remise de la demande d'autorisation ainsi que durant la procédure d'autorisation.

L'art. 6 al. 4 OB prévoit que la FINMA peut interdire au demandeur d'accepter d'autres dépôts du public jusqu'à ce qu'elle ait rendu sa décision si le but de protection de la LB l'exige, ce en quoi le Conseil fédéral a laissé une marge d'appréciation à la FINMA. Au Cm 8.5, la FINMA explique dans un esprit de transparence et d'égalité de traitement entre les acteurs du marché comment elle utilise cette marge d'appréciation tout en tenant compte de la protection des clients et des investisseurs : le demandeur doit notamment démontrer à la FINMA que les dépôts acceptés jusque-là restent disponibles sous forme liquide de manière permanente, qu'il n'y a pas de surendettement et que les exigences minimales de fonds propres pour l'autorisation souhaitée selon la LB peuvent être respectées. Ces conditions encadrant l'autorisation permettant d'accepter d'autres dépôts du public ont vocation à inciter les participants au « bac à sable » (*sandbox*) à anticiper dans l'intérêt de la protection des clients en engageant les démarches nécessaires à l'obtention d'une autorisation selon la LB suffisamment de temps avant d'atteindre la limitation. Ces critères évitent notamment de continuer à accepter des dépôts du public au-delà de la limitation s'il n'y a pas une volonté ferme d'obtenir une autorisation selon la LB.

Conclusion

Le Cm 8.5 est modifié : durant le délai d'annonce et le délai de remise de la demande d'autorisation ainsi que durant la procédure d'autorisation, aucune réduction des dépôts du public n'est requise si l'art. 6 al. 4 n'est pas violé. Si des dépôts du public continuent à être acceptés de manière autorisée, l'art. 6 al. 2 let. b et c OB doit être respecté.

3.2 Exception du compte d'exécution (art. 5 al. 3 let. c OB) (Cm 16 à 16.2 de la Circ.-FINMA 08/3)

3.2.1 Modèles d'affaires bénéficiant de l'exception du compte d'exécution (Cm 16 et 16.2)

Prises de position

L'ARIF demande que l'exception du compte d'exécution soit élargie autant que possible et ne se limite pas aux modèles d'affaires ayant un caractère d'intermédiaire tels que le *money transmitting*, le *crowdfunding* ou le recouvrement de créances. La liste établie serait trop restreinte : les nouveaux services Fintech tels que les paiements en ligne et enchères en ligne, les systèmes de paiement¹⁵ ainsi que les services « *escrow agent* »¹⁶ devraient également être favorisés. KUNZ COMPLIANCE demande en rapport avec le jugement du Tribunal fédéral 2C_346/2015 du 24 novembre 2015 une clarification sur les modèles d'affaires qui, outre le *crowdfunding*, pourraient bénéficier de l'exception du compte d'exécution et sur la possibilité ou non des émetteurs de monnaies électroniques, par exemple, de s'appuyer eux aussi sur cette exception. Ce, alors que le Tribunal fédéral a, dans l'arrêt évoqué, rejeté l'application de l'art. 5 al. 3 let. C OB à la simple transmission de fonds. Dans le rapport explicatif relatif à la Circ.-FINMA 08/3 (projet soumis à audition), la FINMA avait toutefois, contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral, expliqué que, conformément à la volonté de l'autorité législative ou réglementaire, l'exception du compte d'exécution bénéficiait aussi aux modèles d'affaires ayant un caractère d'intermédiaire tels que le *money transmitting*, le *crowdfunding* ou le recouvrement de créance. Cela n'aurait pas seulement pour conséquence explicite l'allongement du délai de l'art. 5 al. 3 let. c OB mais élargirait aussi implicitement l'application de l'exception du compte d'exécution aux purs intermédiaires de paiement comme le sont les plates-formes de *crowdfunding* et les émetteurs de monnaies électroniques. KUNZ COMPLIANCE demande en outre des précisions sur la raison pour laquelle les fonds acceptés dans le cadre du recouvrement de créances auraient la qualification de dépôts du public. Ce, alors que les opérations de recouvrement de créances n'ont jusqu'alors pas été évoquées dans la Circ.-FINMA 08/3 et ne sont pas soumises à la LBA ni à la LB. En cas de recouvrement de créances, le prestataire de services n'a pas d'obligation de remboursement vis-à-vis du débiteur qui est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales. Le même raisonnement serait transposable au *money transmitting*. L'ASB demande l'ajout d'un nouveau Cm 16^{bis} ou 16.1 dont le contenu prévoirait par analogie que les comptes d'exécution ne puissent pas être utilisés à des fins de trafic de paiements.

¹⁵ Centrales d'achat.

¹⁶ « Tiers de confiance ».

BIV fait valoir qu'en application et au sens de la révision de l'exception du compte d'exécution, les avoirs de clients de plus de 1 million de francs suisses ne seraient pas considérés comme des dépôts dans la mesure où l'opération pour le compte du client était exécutée dans le délai de 60 jours. Les plates-formes de cryptomonnaies pourraient recevoir des ordres d'exécution d'opérations d'une valeur supérieure à 1 million de francs suisses. Au vu du volume de marché encore limité des cryptomonnaies, les opérations réalisées en peu de temps, majoritairement par les clients, auraient pour conséquence des fluctuations de cours non justifiées pour les cryptomonnaies négociées. Il faudrait par conséquent autoriser les plates-formes de cryptomonnaies à exécuter ces opérations sur une période de 60 jours. Ce, à la différence des 7 jours qui correspondent à la pratique antérieure de la FINMA pour les négociants en valeurs mobilières et en devises qui opèrent sur un marché liquide.

Appréciation

Le Conseil fédéral déclare l'exception du compte d'exécution applicable lors de la transmission de fonds ou lors « de simples transferts d'argent ou de valeurs », notamment dans le cas des plates-formes de *crowdfunding* ou du *money transmitting*.¹⁷ Dans le domaine des nouveaux services de paiement (par exemple paiement mobile avec un élément *peer-to-business* ou fonds liés à leur finalité, à savoir l'achat de marchandises ou l'utilisation de services), l'exception de l'art. 5 al. 3 let. e OB peut en outre s'appliquer.¹⁸ Les précisions indiquées au Cm 16 de la Circ.-FINMA 08/3, selon lesquelles des modèles d'affaires ayant un caractère d'intermédiaire tels que le *money transmitting*, le *crowdfunding* ou le recouvrement de créances bénéficient de cette exception, sont par conséquent expressément couverts par le texte de l'OB et la volonté de l'autorité réglementaire.¹⁹ En outre, ceci correspond aussi à la pratique actuelle de la FINMA.²⁰ L'exception du compte d'exécution est donc applicable à une multitude de modèles d'affaires également dans le domaine des paiements mobiles pour l'émission de moyens de paiements ou l'exploitation d'un système de paiement. Si les conditions de l'exception du compte d'exécution (notamment le délai d'exécution) ne peuvent

¹⁷ Commentaires OB, p. 9.

¹⁸ Commentaires OB, p. 9.

¹⁹ L'énumération des modèles d'affaires évoqués au Cm 16 n'est pas exhaustive.

²⁰ Pour ce qui est du recouvrement de créances, l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent était à l'époque d'ailleurs déjà partie du principe de l'applicabilité de l'exception du compte d'exécution. Cf. pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent relative à l'art. 2 al. 3 LBA, 29 octobre 2008, p. 31 (note 94) (consultable sous : https://www.finma.ch/FinmaArchiv/gwg/f/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/pdf/59402_f.pdf).

pas être respectées, c'est l'exception selon l'art. 5 al. 3 let. e OB²¹ qui prévoit notamment que l'avoir de l'utilisateur est limité à 3000 francs suisses qui peut être pertinente selon les circonstances.²²

Afin d'éviter tous malentendus, il conviendrait d'indiquer que même les montants de moins d'un million de francs suisses acceptés à titre professionnel ont le caractère de dépôts du public tant que les conditions du « bac à sable » (*sandbox*) ne sont pas remplies, ce qui implique l'obligation d'obtenir une autorisation selon la LB. C'est la raison pour laquelle même les montants inférieurs à un million de francs suisses entrent dans le champ d'application de l'exception du compte d'exécution. Par ailleurs, il n'est pas vrai que l'exception du compte d'exécution est applicable aux négociants en devises. Ces derniers ont été explicitement exclus de la disposition d'exception avec la modification de l'OB du 1^{er} avril 2008 en raison de pratiques préjudiciables aux petits investisseurs.²³ La modification correspondante de l'OB a été réalisée respectivement par la CFB et par la FINMA dans la Circ.-CFB 96/4 et au Cm 16.2 de la Circ.-FINMA 08/3. Dans la perspective de protection des investisseurs, dès lors que des négociants en cryptomonnaies ou des plates-formes de cryptomonnaies exercent des activités comparables à celles des négociants en devises, ces négociants en cryptomonnaies ou ces plates-formes de cryptomonnaies ne bénéficient pas de l'exception du compte d'exécution au sens de l'égalité de traitement et de la neutralité de la technologie. Le Cm 16.2 doit par conséquent être adapté. La FINMA examine au cas par cas si l'activité d'un négociant en cryptomonnaies ou d'une plate-forme de cryptomonnaies est comparable à celle d'un négociant en devises.

Conclusion

Aucune adaptation n'est apportée au Cm 16. Le Cm 16.2 est complété par un ajout stipulant que les négociants en cryptomonnaies ou des plates-formes de cryptomonnaies qui exercent des activités comparables à celles des négociants en devises ne bénéficient pas de l'exception du compte d'exécution.

²¹ Cf. à ce sujet le Cm 18.1 de la Circ.-FINMA 08/3.

²² Cf. sur l'ensemble : DANIEL FLÜHMANN/PETER CH. HSU/TIFFANY ENDER, REGULATION OF ELECTRONIC PAYMENT SERVICE PROVIDERS IN SWITZERLAND – AN OVERVIEW WITH A FOCUS ON RETAIL PAYMENT SERVICES, GESKR 1/2017, p. 5 ss.

²³ Cf. à ce sujet le communiqué de presse du DFF du 14 mars 2008, assujettissement à la loi sur les banques des négociants en devises agissant pour le compte de clients (consultable sous : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-17808.html>).

3.2.2 Négociants en métaux précieux (Cm 16.1)

Prise de position

L'ASFCMP demande que le Cm 16.1 soit formulé autrement et soumet une proposition pour ce faire.

Appréciation

La nouvelle phrase ajoutée au Cm 16.1 reprend uniquement – au sens de la révision partielle de la Circ.-FINMA 08/3 – le délai de 60 jours désormais prévu par l'art. 5 al. 3 let. c OB qui vaut également pour les négociants en métaux précieux. Une adaptation de la formulation comme proposée par l'ASFCMP ne s'impose pas.

Conclusion

Le Cm 16.1 n'est pas modifié.

4 Suite de la procédure

La révision partielle de la Circ.-FINMA 08/3 entre en vigueur au 1^{er} janvier 2018.