



Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 - Case postale 3178 - 1211 Genève 3
Tél. 022 310 07 35 - Fax 022 310 07 39 - www.arif.ch - e-mail: info@arif.ch
CHE-101.192.434 TVA

Département Fédéral des Finances
Secrétariat d'Etat aux questions
financières internationales (SFI)
Bundesgasse 3
3003 Bern
À l'attention de Mmes Sarah JUNGO
et Anne-Hélène WÜRTH
Anticipé par courriel à
rechtsdienst@sif.admin.ch

Genève, le 8 mai 2017

Concerne : consultation concernant une modification (FinTech) de la Loi sur les banques (LB) et de l'Ordonnance sur les banques (OB)

Mesdames, Messieurs,

Faisant suite à votre communication du 1^{er} février 2017, nous vous adressons avec la présente la réponse de l'Association Romande des Intermédiaires Financiers (ARIF), organisme d'autorégulation agréé par la FINMA en matière LBA, à la consultation citée en référence.

A. EXPERIENCE ET CONTEXTE

L'ARIF est un Organisme d'Autorégulation, créé en 1999 sous la forme d'une association de droit privé sans but lucratif, délégataire d'une tâche publique pour la prévention et la lutte contre le blanchiment de valeurs patrimoniales, tel que défini par la LBA.

Seul OAR pluridisciplinaire basé en Suisse romande, l'ARIF est indépendante de toute association professionnelle ou formation politique.

L'ARIF compte actuellement plus de 400 membres. Elle est ouverte à tous les intermédiaires financiers non bancaires exerçant leur activité en Suisse.

À ce titre, elle s'occupe d'une grande variété d'intermédiaires financiers. Ceci l'a amené, à partir de 2010, à recevoir des candidatures d'entreprises que l'on peut qualifier de « FinTech » au sens de la consultation.

L'ARIF a ainsi été le premier OAR à affilier une dizaine d'entreprises du domaine, a examiné sans les affilier une dizaine d'autres dossiers de candidature présentés par de telles entreprises, et a exercé pendant plusieurs années, de 2010 à 2016, une surveillance sur elles au titre de la LBA.

a) Les constatations pratiques faites par l'OAR à l'égard des entreprises FinTech

À de rares exceptions près, les entreprises affiliées ou candidates se sont caractérisées par :

- une faible capitalisation, dépassant rarement les minima du Code des Obligations pour les SA et SARL ;
- la participation à ces entreprises d'animateurs enthousiastes, souvent jeunes et inexpérimentés dans la conduite des affaires commerciales et financières, ou d'auxiliaires bénévoles n'assumant pas une véritable responsabilité d'entrepreneur ;
- une grande méconnaissance des problèmes juridiques liés à l'intermédiation financière, qu'il s'agisse de la LBA ou des lois régulant les services financiers, du droit des sociétés, des règles de la concurrence, des problématiques *cross border*, etc.;
- un faible appui juridique à disposition ;
- de très médiocres structures administratives, ou fonctionnelles, que ce soit en matière de locaux, de comptabilité, de management, de risque et de continuité ;
- un manque de réalisme dans les business plans à court et moyen terme ;
- une carence d'appui financier de la part de tiers ;
- une maîtrise insuffisante des seuils entraînant le passage d'une catégorie juridique à une autre ou d'un faisceau d'obligations à un autre ;
- surtout, nous le soulignons, un caractère souvent rapidement évolutif du modèle d'affaire initialement présenté, à une fréquence nettement supérieure aux intervalles habituels de révision comptable, LBA ou prudentielle.

Même si ces défauts n'étaient pas tous simultanément présents dans toutes les entreprises, presque toutes souffraient de plusieurs d'entre eux.

Cette situation a eu plusieurs conséquences :

- la difficulté pour le régulateur de comprendre les *business models* initialement présentés, basés sur des idées et des technologies nouvelles, encore peu expérimentées ;
- l'impossibilité de s'assurer en temps réel de l'évolution du *business model* ;
- la constatation a posteriori de manquements, qui heureusement n'ont pas eu de conséquences graves, aux règles auxquelles les intermédiaires financiers auraient dû se conformer ;
- un coût élevé de la surveillance pour le régulateur, au moins du quintuple du coût généralement observé chez des intermédiaires financiers « conventionnels » ;

- l'impossibilité de faire supporter à ces entreprises FinTech le coût réel de leur affiliation et de leur surveillance ;
- l'absence de flexibilité et d'indulgence de la FINMA par rapport à l'OAR, en cas d'erreur ou de tâtonnements ;
- une dégradation du rating de notre OAR par la FINMA, entraînant une augmentation du coût de surveillance de l'OAR par la FINMA.

Faute d'expérience, la FINMA n'a pas pu apporter d'aide à l'OAR quant aux méthodes de surveillance à appliquer, ni n'a pu donner de réponse aux nombreux problèmes qu'elle-même et l'OAR voyaient surgir progressivement.

Or, il est impossible pour un régulateur de surveiller efficacement et avec sécurité, s'il n'a pas sur les entreprises qu'il surveille un niveau de compréhension complet de leur modèle d'affaire, et plusieurs longueurs d'avance sur les risques qui en découlent et les moyens d'y remédier, ainsi qu'une base légale claire et adaptée.

Après ces premières années d'expérience, l'ARIF a donc décidé d'abandonner la surveillance de telles entreprises, pour ne pas faire supporter aux intermédiaires financiers non concernés le surcoût de fonctionnement de l'OAR lié à cette surveillance, et à ne pas porter atteinte à la réputation ou à l'existence-même de l'OAR si un problème grave survenait dans la surveillance, ce qui n'a fort heureusement pas été le cas.

L'expérience a néanmoins été passionnante, amenant l'ARIF à développer un concept de surveillance spécifique pour les entreprises concernées, et à réfléchir intensément à cette problématique.

L'ARIF tient à souligner que, malgré tous les défauts constatés, aucun cas de malhonnêteté ni d'infraction délibérée n'a été constaté de la part des intermédiaires financiers FinTech surveillés.

b) Les problématiques théoriques posées par les entreprises FinTech

Le vocable FinTech couvre de nombreux modèles d'affaires mais on se limitera ci-après à examiner ceux retenus dans le rapport de la consultation, et à mettre en exergue les principaux problèmes théoriques qu'ils posent.

1. La technologie *blockchain*

Comme le rapport du SIF le relève, la confiance dans la résistance de la *blockchain* au piratage et à la manipulation repose sur l'état actuel de la technologie couramment disponible.

On ne peut écarter la probabilité qu'une évolution technologique permette de surpasser cette résistance.

Le risque principal serait qu'une telle technologie soit développée hors de la connaissance générale par un État ou une organisation hostile, disposant de ressources intellectuelles importantes, ce qui peut être le cas de plusieurs puissances industrielles.

On ne peut dès lors partir de l'idée que cette technologie est « inviolable ».

2. Les monnaies virtuelles

Les monnaies virtuelles présentent toutes les caractéristiques des devises, mais s'en distinguent par le fait qu'elles ne sont pas liées à un ordre étatique, ni soumises à un régulateur central ou à un système boursier organisé.

Leur volatilité est donc très grande, et leur valeur est basée essentiellement sur la confiance des individus et la somme des biens dont la valeur est exprimée à un moment donné par de telles monnaies.

Leur absence de soutien central étatique met de telles monnaies à la merci de fluctuations subites et d'influences négatives, par exemple de la part d'autorités étatiques qui, soudainement, pourraient en interdire l'utilisation sur leur territoire.

Surtout, les monnaies virtuelles se caractérisent, en l'état, par la possibilité d'être échangées de particulier à particulier, au travers du réseau Internet mondial, sans passer à aucun moment par des canaux bancaires traditionnels ni ceux des intermédiaires financiers non bancaires régulés au titre de la LBA ou d'autres règles semblables à l'étranger.

Cette « liberté » fondamentale existant encore dans la plupart des pays vis-à-vis du système Internet rend donc, en l'état, illusoire toute surveillance nationale des transactions en monnaies virtuelles.

La surveillance, même consciencieuse, opérée par les « grossistes » ou courtiers ou changeurs de monnaies virtuelles, ne permet de surveiller que l'éventuelle conversion des devises virtuelles en devises classiques, ou les échanges de monnaies virtuelles que leurs utilisateurs soumettraient volontairement à de tels intermédiaires financiers régulés, ce que ces utilisateurs n'ont en l'état aucune obligation de faire.

3. Les services de paiement électronique

Les services de paiement électronique ne comportent apparemment qu'un risque modéré de fraude lorsqu'ils s'appuient sur l'approvisionnement par des moyens issus du secteur bancaire traditionnel, comptes en banque ou cartes de crédit ou de débit, et parce qu'ils portent généralement sur de faibles montants.

Les risques de blanchiment ou de financement du terrorisme sont cependant importants du fait du peu de surveillance exercée sur la réalité des flux commerciaux pour lesquels ces moyens de paiement sont utilisés.

L'organisation de flux commerciaux fictifs, de même que le trafic de paiements *peer to peer*, comportent un risque non négligeable, particulièrement s'ils sont sous l'influence d'une organisation criminelle.

4) Le crowdfunding

La récolte de fonds auprès du public est un phénomène vieux de plusieurs millénaires. Depuis le XVIII^{ème} siècle, et l'avènement d'un système bancaire de plus en plus moderne, l'histoire de la finance a enregistré une suite continue de malversations plus ou moins célèbres, de ruines plus ou moins complètes, liées à de telles collectes de fonds, obligeant le législateur à inventer des règles de plus en plus strictes et précises pour empêcher de telles dérives.

Sans vouloir faire un inventaire complet, les pathologies de telles dérives s'organisent généralement autour de :

- la méconnaissance du public-cible par rapport à l'offre qui lui est faite ;
- la tromperie de la part de l'auteur de l'offre quant au motif ou à la destination des fonds récoltés ;
- l'opacité dans l'utilisation des fonds collectés ;
- la rapidité d'exécution de l'entreprise ;
- la faible volonté des victimes d'obtenir réparation, d'autant plus faible que le préjudice sera faible, mais multiplié par un grand nombre de victimes.

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, vouloir faire table rase des nombreuses expériences du passé sous prétexte de modernité est aventureux.

Postuler, comme le fait le rapport, qu' « *il y aura peut-être de nombreuses victimes mais pour de faibles montants par victime* » constitue une décision politique dont on peut douter de la justesse. L'image de la place financière suisse s'est en effet construite sur l'appétit par sa clientèle d'une grande stabilité, d'un faible risque, et d'une parfaite maîtrise, et non sur celle d'un esprit aventureux plus proche de la conquête de l'Ouest.

5) Les robots de placement

Les robots de placement posent divers problèmes, tant juridiques, économiques, qu'éthiques. L'influence de ces outils sur le marché n'est pas suffisamment mesurée ni contrôlée. La mise en parallèle de plusieurs de ces robots, sur différentes places financières, pourrait être utilisée pour manipuler les marchés, faire du *churning* ou du *front running*.

Même utilisé sans intention délictueuse, ces robots ont une influence sur la formation d'un marché libre : couplé à des logiciels prédictifs, ils sont à même d'anticiper et d'écrémer les variations de cours, faussant leur libre formation par les acteurs humains du marché. Les profits qu'ils génèrent pour leurs utilisateurs ne correspondent à aucune création de richesse sous-jacente. Leur utilisation devrait à notre sens être précisée et réglementée dans le cadre de la LBVM.

B. MANQUE DE CLARTÉ DU TEXTE PROPOSÉ

Avant même d'entrer sur le fond matériel des problèmes soulevés par le projet de loi, on doit déjà relever que celui-ci manque de clarté dans sa formulation.

Ainsi par exemple à l'article 1b al. 1 lorsque le texte se réfère à l'application des conditions de la LB « par analogie », alors que le rapport postule que cette analogie doit aller dans le sens d'un « allégement » ce que rien ne stipule dans le texte.

Ensuite, s'agissant de l'article 1b al. 3 lorsque les différentes conditions énoncées ne sont pas clairement mentionnées comme cumulatives ou alternatives, ce qui ne va pas de soi.

Au même alinéa encore, lorsque le texte qualifie de « réservées » certaines conditions, terme dont le sens est peu clair en français. S'il s'agit de dire que les allègements consentis devraient garantir en tous cas le respect de toutes les conditions énoncées, il faut l'exprimer clairement.

C'est d'autant plus important que le texte modifié de la LB ne sera plus désormais destiné qu'à un cercle de professionnels banquiers ou juristes en matière bancaire, mais devra aussi être lu et compris aisément par de jeunes entrepreneurs FinTech.

C. PROBLÈMES MATÉRIELS POSÉS PAR LE PROJET DE LOI

1. Quant aux nouvelles catégories créées

Le projet crée quatre catégories principales :

- les « vrais » banquiers « actifs », recevant des dépôts du public ou se refinançant auprès d'autres banques, caractérisés par la transformation des échéances, l'investissement et le crédit;
- les banquiers « passifs », c'est-à-dire ne pratiquant ni la transformation des échéances, ni l'investissement ni le crédit, recevant des dépôts du public pour plus de CHF 100 millions ;
- les banquiers « par analogie », recevant des dépôts du public pour moins de CHF 100 millions et ne pratiquant ni la transformation des échéances, ni l'investissement ni le crédit;

- le « bac à sable », constitué d'entreprises recevant des dépôts du public pour CHF 1 million au plus, et ne pratiquant ni la transformation des échéances, ni l'investissement ni le crédit.

Les milieux bancaires concernés sont sans doute mieux à même qu'un OAR de s'exprimer à propos des trois premières catégories.

Nous relèverons simplement que, de facto, ces trois premières catégories existent déjà, la FINMA appliquant un traitement différencié aux établissements bancaires et non-bancaires recevant des dépôts du public en fonction de leur modèle d'affaires, selon qu'il s'agit d'une banque systémique, d'une banque internationale, d'une banque locale, d'un banquier privé sans activité de crédit.

Nous ne voyons pas l'opportunité de sacraliser cette distinction par une catégorisation abstraite basée uniquement sur le montant des dépôts.

Cette nouvelle catégorisation se justifie d'autant moins que le projet ne concrétise pas précisément les règles spécifiques qui seraient applicables à chacun des modèles d'affaires.

Par ailleurs, on doit envisager que renaissent à la faveur de la nouvelle réglementation des modèles d'affaires anciens, tels que celui des sociétés financières à caractère bancaire.

2. Quant aux responsabilités laissées à la FINMA

La FINMA n'est pas un législateur. C'est un régulateur et un surveillant. Comme tout régulateur, par application du principe de précaution, elle n'a pas vocation à prendre des risques, comme peut le faire le législateur ou l'exécutif pour des raisons politiques.

On constate que le texte de l'OB ne contient pas plus de lignes directrices que celui de la LB à propos des allègements qui pourraient être consentis aux catégories évoquées dans le projet, qu'il s'agisse des dépositaires passifs pour moins de CHF 100 millions, des entreprises FinTech, etc..

Confrontée aux problèmes concrets de telles entreprises, et sans des lignes directrices claires, explicites et précises, la FINMA ne sera pas plus avancée par le nouveau texte de loi que par la situation actuelle quant à la résolution des problèmes posés.

3. Quant à la problématique du « bac à sable »

L'expérience qu'en a fait l'ARIF l'amène à considérer qu'il est relativement dangereux de permettre la création de sociétés FinTech pouvant comptabiliser des dépôts du public sans un minimum de précautions et de cautèles, sauf à faire courir un risque élevé aux utilisateurs et à la réputation de la place financière.

Un risque non négligeable se situe dans le dépassement, conscient ou inconscient, des seuils entraînant le passage d'une catégorie juridique non-réglée à celles qui le sont. Les modifications rapides du modèle d'affaires, la croissance rapide des dépôts en cas de succès auprès du public, peuvent amener au dépassement des seuils prévus dans le cours d'un exercice comptable ou d'audit, même si ceux-ci ont une fréquence plus rapprochée que celle d'un exercice annuel.

Le passage d'une catégorie à l'autre, et l'accroissement drastique des obligations prudentielles peuvent être difficiles à surmonter par une structure encore naissante, et celle-ci aura tendance à retarder autant que possible le moment où elle devra mettre en œuvre l'infrastructure nécessaire à une nouvelle catégorie de régulation.

La découverte de ces dépassements de seuils par le régulateur sera d'autant plus difficile que la surveillance opérée sur la société est à ce stade faible ou difficile.

À ce sujet, un aspect presque totalement ignoré par le rapport est celui des conséquences de l'assujettissement des sociétés concernées à la LBA, et à la surveillance d'un régulateur à ce titre, qu'il s'agisse de la FINMA pour les intermédiaires financiers directement soumis (IFDS dont la FINMA a d'ailleurs prévu de cesser de s'occuper), ou des OAR.

Il découle de l'article 14 al. 2 LBA que les organismes d'autorégulation en matière LBA doivent imposer à leurs affiliés la « garantie d'une gestion irréprochable au sens de la présente loi ». Quoique cette condition se comprenne dans le contexte de la LBA, la surveillance qu'en font les OAR, encouragés par la FINMA, se veut plus globale. En particulier, le respect par les intermédiaires financiers de la législation bancaire ou des services financiers auxquels ils sont, ou devraient être, assujettis, constitue l'un des points surveillés par les OAR.

Or, on a décrit dans la première partie des présentes combien l'exercice est difficile et coûteux pour les OAR, sans un cadre juridique adapté.

Nous sommes donc d'avis que, même pour la catégorie « bac à sable » un corpus de règles précises doit être établi comportant au moins:

- l'exigence de fonds propres minimums supérieurs à celui prévu par le Code des obligations : l'investissement de fonds propres d'une certaine importance, de la part des animateurs et investisseurs à l'origine des start-up FinTech, constitue en effet un moyen efficace d'empêcher les projets insuffisamment réfléchis, et de responsabiliser ces personnes par l'investissement financier qu'ils sont eux-mêmes tenus d'effectuer ;
- le respect de conditions minimales en matière de compétences du management, avec en particulier des fonctions spécifiques de risk manager et compliance officer, confiées à des personnes possédant des compétences et une autorité suffisantes pour prévenir les dérapages ;
- la prise de mesures de *business continuity management* ;

- une ségrégation claire des dépôts du public par rapport à la trésorerie courante de l'entreprise ;
- l'exigence d'un audit restreint par un réviseur qualifié ;
- la production par l'entreprise, en fonction de son business model, de feuilles d'informations suffisamment étoffées à destination de la clientèle, spécialement en matière de crowdfunding.

Une piste qui pourrait également être suivie serait celle du développement d'un système de garantie de défaillance, tel que prévu actuellement par l'article 5 al. 3 lit. f OB, et son alimentation par un certain nombre des acteurs de la place financière, ainsi que par la Confédération : ce serait là une mesure politique efficace si l'intention du législateur est véritablement d'encourager le développement des FinTech en Suisse.

D) EXAMEN DU TEXTE PROPOSÉ

A la lumière des explications qui précèdent :

Ad article 1a LB:

Le texte légal n'indique pas clairement la systématique des catégories, les lettres a et b semblant poser une première alternative, les lettres b et c une seconde ; il serait plus opportun de raccorder directement le texte de la lettre c à celui de la lettre b.

Ad article 1b LB, titre marginal

Le titre marginal semble mal choisi, dès lors qu'il touchera non seulement des entreprises FinTech, mais aussi des entreprises traditionnelles, voire même verra la renaissance de modèles d'affaire anciens et disparus depuis de longues années. Nous suggérons le titre marginal *Autres entreprises acceptant des dépôts du public*.

Ad article 1b al. 1 LB:

La formulation « par analogie » ne fournit aucune indication quant aux conséquences positives et aux limites négatives de cette analogie. S'agissant d'un point fondamental, il doit être défini par la loi plus précisément que par l'alinéa 3.

Ad article 1b al. 2 LB:

Il serait bon de spécifier si le Conseil fédéral peut adapter le montant fixé à l'alinéa 1 à la hausse ou à la baisse ou aux deux.

Ad article 1b al. 3 LB:

Comme indiqué précédemment, le terme « réservé » n'a pas un sens clair. De plus, il convient de préciser si les dispositions « réservées » sont alternatives ou cumulatives.

Ad article 1b al. 4 LB:

Cette compétence donnée à la FINMA semble concurrente avec celle donnée au Conseil fédéral à l'alinéa 2. La lettre a) de l'alinéa 4 laisse à penser que jusqu'à CHF 100 millions, il n'est pas besoin de « mesures particulières pour la protection des clients ».

La lettre b) ne définit pas clairement qu'elles sont les entreprises actives dans le secteur financier qui n'accepteraient pas de dépôt du public et demanderaient une autorisation, auxquelles la FINMA pourrait déclarer les alinéas 1 à 3 applicables.

On ne peut laisser à la seule pratique le soin de définir de quelles entreprises il s'agit : les entreprises susceptibles de s'y intéresser, FinTech ou non, doivent le savoir clairement et immédiatement.

Ad article 9a al. 4 de la Loi sur la Surveillance de la Révision :

Les conditions actuelles pour l'octroi de l'agrément par l'ASR ne sont déjà pas extrêmement difficiles à remplir. On ne voit pas qu'il y ait nécessité de les alléger encore.

Ad article 5 al. 3 lit. c OB :

Le choix d'un délai de 60 jours nous semble à la fois trop court et trop long. Trop court s'il s'agit de permettre la levée de fonds par le biais du *crowdfunding* ; trop long s'il s'agit de permettre des dépôts à court terme dans le cadre de systèmes de paiement, car les montants peuvent très vite devenir considérables.

Le rapport n'indique pas si une véritable analyse auprès des professionnels concernés a permis d'identifier le délai de 60 jours comme adéquat.

Ad article 6 al. 2 lit. a OB:

Nous nous référons à notre exposé (lettre C, ch. 3 ci-dessus) à propos de la problématique du « bac à sable » : tolérer des dépôts du public d'un montant total de CHF 1 million sans la moindre cautèle nous semble excessivement dangereux.

E) CONCLUSIONS

Même si le projet présenté est utile, puisqu'il permet de débattre de la problématique, nous le considérons comme insuffisamment abouti. L'écriture et l'adoption d'une loi spécifique, comme celle qui a été rédigée à l'époque en matière de bourse et de négoce des valeurs mobilières, nous semble préférable, voire nécessaire.

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de nous exprimer dans le cadre de la consultation citée en référence et vous adressons, Mesdames et Messieurs, l'assurance de nos sentiments dévoués.

Pour le Comité

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.