



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 « allègement » 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'affaire 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 cautions, 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-régulée 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 blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.



Schweizerischer Bankpersonalverband
Association suisse des employés de banque
Associazione svizzera degli impiegati di banca

Département fédéral des finances
Service juridique Département général
Bernerhof
3003 Berne

E-Mail: rechtsdienst@sif.admin.ch

Berne, le 3 mai 2017

Prise de position concernant le projet de modification de la loi sur les banques et de l'ordonnance sur les banques (FinTech)

Monsieur le Conseiller fédéral,
Mesdames et Messieurs,

L'Association suisse des employés de banque ASEB a pris connaissance du projet de modification de la loi sur les banques et de l'ordonnance sur les banques (FinTech) et saisit la possibilité de vous faire part de ses remarques dans le délais impartis par la procédure de consultation.

En tant qu'association des employés de banque, l'ASEB défend les conditions de travail des salariés du secteur financier et c'est en tant que telle que nous prenons position sur le projet de loi susmentionné.

Le secteur financier de demain doit être pensé en incluant les entreprises du FinTech. Pour cette raison l'ASEB salue la volonté du Conseil fédéral de renforcer la place financière suisse en lui donnant les moyens de rester un marché de référence au niveau mondial.

L'ASEB constate que de nombreuses banques externalisent des tâches à des entreprises du FinTech ou collaborent avec de telles entreprises. Les entreprises du FinTech influencent ainsi la structure de la place financière et les conditions de travail prévalant dans le secteur. Le secteur bancaire jouit de bonnes conditions de travail encadrées par un contrat collectif de travail servant de référence pour

www.sbpv.ch

Schweizerischer Bankpersonalverband SBPV – Monbijoustrasse 61, 3007 Bern
T 0848 000 885, info@sbpv.ch

toutes les banques actives en Suisse. Avec la digitalisation, de nouvelles formes de travail se développent, permettant de travailler de partout et en tout temps. Ainsi la concurrence ne se limite plus aux frontières nationales, avec comme conséquence l'augmentation de la concurrence entre les salariés et l'éclatement des calendriers horaires synchronisés au niveau mondial. La concurrence avec des pays à bas salaires pourrait entraîner un dumping salarial, tandis que l'internationalisation des horaires de travail constitue un risque pour la santé des employés (exigence de joignabilité). Par ailleurs de nouvelles formes de travail apparaissent – contrat à durée déterminé, contrat sur mandat – au détriment du contrat à durée indéterminé qui assure une certaine sécurité en matière d'assurance sociale notamment.

Les entreprises du FinTech sont souvent nouvelles et n'ont pour la plupart d'entre elles pas de tradition du partenariat social. Elles sont organisées surtout pour défendre leurs intérêts économiques et non pour dialoguer avec les partenaires sociaux. Etant donné les possibilités offertes par les métiers de la digitalisation, il est particulièrement important de développer une culture de partenariat social conforme qui permette de chercher des solutions tenant compte de tous les stakeholders et d'éviter ainsi des conflits sociaux.

Il serait regrettable que la libéralisation des conditions d'exploitation des FinTech soit étendue aux conditions de travail des employés et n'influence à moyen terme les conditions existant dans le secteur financier. Une des qualités de la place financière suisse est notamment la loyauté et les compétences de ces employés. Cette bonne réputation est le résultat d'une longue tradition. Elle ne doit pas être entachée par de nouveaux acteurs moins sensibles à l'importance des conditions de travail et à leur impact sur la qualité du travail fourni.

L'ASEB est bien consciente que la loi sur les banques n'a pas fonction de régler des questions relevant du droit du travail. Cependant les conséquences pour les employés de cette réforme pour les employés de banque peuvent être considérables et ne peuvent être ignorées par le rapport. L'ASEB souligne à cet égard l'importance du partenariat social qui complète la réglementation existante selon les besoins spécifiques de chaque branche. Une recommandation en faveur du développement du partenariat social aussi dans le domaine des FinTech serait par conséquent souhaitable.



Résumé

L'ASEB salue la proposition de renforcer la place financière suisse en y intégrant les entreprises du FinTech mais souligne la nécessité d'assurer aux employés du secteur une protection suffisante des conditions de travail définies dans le cadre de partenariat social

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à notre prise de positions et vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, Mesdames et Messieurs, à notre parfaite considération.

Association suisse des employés de banque

Peter-René Wyder
Président

Denise Chervet
Directrice

BitIncubator & Ventures SA
Via Pascolet 43
6537 Grono

rechtsdienst@sif.admin.ch

Grono, 25 aprile 2017

Presa di posizione alla consultazione sulla modifica della legge sulle banche e dell'ordinanza sulle banche (tecnofinanza)

Gentili Signore,
Egregi Signori,

con la presente ci permettiamo di inoltrare la presa di posizione alla consultazione sulla modifica della legge sulle banche e dell'ordinanza sulle banche (tecnofinanza).

1. Presa di posizione

1.1. In generale

I sottoscritti sostengono il progetto in consultazione e la volontà dell'esecutivo di sostenere le attività tecnofinanziarie. In questa fase di globale incertezza sulle nuove tecnologie digitali, in particolare sulle criptovalute, è importante fornire agli attori del ambiente legislativo stabile, chiaro, aperto e soprattutto accessibile, eliminando barriere d'entrata che possano essere di ostacolo allo sviluppo della tecnofinanza. Il progetto normativo segue questi principi e deve pertanto essere salutato con favore.

Ciononostante, si ritiene che sussistano alcuni punti che debbano essere maggiormente chiariti al fine di assicurare delle regole chiare per tutti i partecipanti al mercato e la salvaguardi degli interessi degli utenti del servizio di tecnofinanza, nonché la reputazione della piazza finanziaria svizzera.

Di seguito ci permettiamo di elencare quelli che a nostro avviso sono i punti che del progetto che richiedono una precisazione o una nuova regola.

1.2. Il calcolo delle soglie

Il progetto legislativo prevede due soglie – una di CHF 1 mio e una di CHF 100 mio – che se superate richiedono un obbligo autorizzativo “light” (per la soglia di CHF 1 mio) o “full” (per la soglia di CHF 100 mio) da parte della FINMA.

I sottoscritti sostengono questo approccio, tuttavia riteniamo che le norme legali, in questo caso l'OBCR, dovrebbero indicare chiaramente che solo i depositi in valute correnti

BitIncubator & Venture SA
Via Pascolet 43, 6537 Grono

costituiscono dei depositi, ad esclusione dei valori mobiliari, dei metalli preziosi e delle criptovalute o altri token, che pertanto non rientrano nel calcolo delle soglie. Questo anche perché i valori mobiliari, i metalli preziosi e le criptovalute/token depositate presso commercianti di valori mobiliari, di metalli preziosi o attori della tecnofinanza non rientrano nella massa fallimentare in caso di fallimento delle società. Tuttavia, se questa situazione appare chiara per i commercianti di valori mobiliari, laddove l'art. 17 della legge sui titoli contabili (LTCO) prevede espressamente che i valori mobiliari non rientrano nella massa fallimentare di un commerciante in bancarotta, una norma simile non esiste né per i metalli preziosi né per le criptovalute. Per garantire meglio gli interessi degli investitori si propone pertanto di indicare nell'OBCR che sia i metalli preziosi sia le criptovalute non rientrano nella massa fallimentare se nei confronti del commerciante metalli preziosi o dell'attore nella tecnofinanza è aperta una procedura di liquidazione forzata.

Teniamo a precisare che nel rapporto esplicativo per la procedura di consultazione (di seguito "il rapporto") è indicato, citando il rapporto del consiglio federale del 25 giugno 2014 sulle valute virtuali, che i bitcoin possono avere la caratteristica di depositi, ad esempio nel caso in cui un commerciante di bitcoin accetti bitcoin dai suoi clienti per future operazioni di cambio (no. 1.1.2.1, pag. 15). Questo passaggio è tuttavia nella prassi scorretto. In primo luogo, contrariamente a quanto indicato nel rapporto, di regola un cliente può disporre dei suoi bitcoin senza l'intervento del commerciante o prestatore di servizio. Di regola il commerciante di criptovaluta, per motivi di cybersecurity, fissa un limite giornaliero entro cui i suoi clienti possono prelevare i loro averi. Entro questi limiti il cliente può ritirare i suoi bitcoin 24 ore su 24, senza intervento da parte del commerciante in criptovalute, con la transazione che normalmente viene eseguita in pochi minuti. Se i limiti sono superati il commerciante li aumenterà manualmente per permettere l'operazione, ma questa procedura richiede una tempistica limitata e ritarda, ma non impedisce, l'operazione di ritiro della valuta. Non riteniamo pertanto corretta l'affermazione contenuta nel rapporto secondo cui il cliente necessita del consenso del commerciante per utilizzare la propria criptovaluta. Lo stesso rapporto sembra rendersene conto quando, alla nota 21, viene indicato che affinché i bitcoin siano considerati depositi del pubblico, il cliente deve cedere la chiave privata del proprio wallet al prestatore di servizi. Questo in realtà non è mai il caso, perché in tal modo il prestatore di servizi controllerebbe totalmente e completamente il wallet del cliente, inclusi i bitcoin che il cliente non vuole trasferire al prestatore di servizio e i bitcoin che il cliente otterrebbe dopo aver concluso il rapporto con il prestatore di servizio. Questo vale non solo per i bitcoin ma per tutte le criptovalute. Per questo motivo riteniamo che le criptovalute non possano essere considerate come dei depositi del pubblico.

Pertanto si propone di introdurre nell'OBCR una norma ai sensi della quale sia i metalli preziosi sia le criptovalute non ricadano nella massa fallimentare in caso di liquidazione forzata del commerciante di metalli preziosi o di criptovalute, ma che questi valori siano oggetto di distrazione automatica da parte del liquidatore, come previsto all'art. 17 LTCO.

1.3. La mancanza di norme transitorie

Quando un attore nella tecnofinanza supera la soglia di CHF 1 mio, rispettivamente di CHF 100 mio, dovrà richiedere alla FINMA un'autorizzazione. Tuttavia le normative messe in

consultazione non prevedono alcuna norma di transazione del tenore dell'art. 1b cpv. 3 OICol che prevede la necessità per un gestore patrimoniale di investimenti collettivi di capitale di informare la FINMA entro 10 giorni del superamento della soglia che esenta da un'autorizzazione di CHF 100 mio, e di inoltrare la richiesta di autorizzazione entro 90 giorni. Rispettando questi termini, il gestore patrimoniale di investimenti collettivi di capitale può continuare la sua attività anche dopo aver superato le soglie. Una norma simile si rende necessaria anche nell'ambito della tecnofinanza. Occorre permettere all'attore nella tecnofinanza di poter continuare la sua attività nonostante abbia superato le soglie di CHF 1 mio, rispettivamente CHF 100 mio, a condizione di aver informato FINMA e aver inoltrato una richiesta di autorizzazione entro un termine prestabilito.

Si propone pertanto di introdurre una norma transitoria simile a quella di cui all'art. 1b cpv. 3 OICol anche nella OBCR che permetta agli attori nella tecnofinanza di poter continuare ad operare anche dopo aver superato le soglie di CHF 1 mio, rispettivamente CHF 100 mio, a condizione di aver informato la FINMA e di aver inoltrato una richiesta di autorizzazione entro un determinato periodo di tempo, idealmente 10 e 90 giorni, come previsto dall'OICol.

1.4. La nozione di investimento dei depositi

Ai sensi dell'art. 1a lett. b del progetto di Legge sulle banche e le casse di risparmio (pLBCR) un'istituzione finanziaria è considerata banca anche se accetta depositi per meno di CHF 100 milioni ma *investe* tali depositi. A contrario, l'art. 1b cpv. 2 pLBCR prevede che se i depositi non vengono investiti l'entità potrà richiedere l'applicazione delle disposizioni sulla promozione dell'innovazione. Ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 lett b del progetto di Ordinanza sulle banche e le casse di risparmio (pOBCR) il carattere professionale dell'accettazione di depositi non viene riconosciuto se l'attore nella tecnofinanza accetta averli fino ad un massimo di CHF 1 mio senza *investirli* o corrispondere interessi.

Dal rapporto esplicativo risulta chiaro che per la nozione di investimento dei depositi è limitata alle operazioni attive (la concessione di credito). Si sostiene questa visione. È importante che altre operazioni, in particolare il commercio di criptovalute svolte dal cliente stesso o da terzi, non siano da intendersi come un'attività di investimento di depositi. Tuttavia questa visione non traspare chiaramente dal testo del progetto messo in consultazione.

Onde evitare future incomprensioni si propone di sostituire il termine "investimento dei depositi" previsto all'art. 1a lett. b pLBCR, art. 1b cpv. 1 lett. b pLBCR e art. 6 cpv. 2 lett. b pOBCR con "concessione di crediti finanziati dai depositi".

1.5. La qualifica delle criptovalute o dei token

Nonostante lo scopo della modifica dell'OBCR e della LBCR sia la facilitazione di nuove attività nell'ambito delle tecnofinanze, la questione della qualifica giuridica delle criptovalute, rispettivamente dei token non viene trattata. Benché si possa comprendere che ad oggi non vi sia ancora l'esperienza necessaria per tentare l'esperimento di una qualifica del termine di

criptovaluta, è necessario dall'altra parte assicurarsi che un'eventuale qualifica a posteriore possa vanificare il senso del progetto qui in consultazione.

Vediamo di spiegare meglio perché l'assenza di una normativa potrebbe mettere a serio rischio lo sviluppo di questa tecnologia:

- Le criptovalute (o token/coin), sono dei programmi che contengono delle chiavi criptografiche e che rappresentano un bene fungibile. Le criptovalute, come i token o i coins) vengono costruite su una blockchain, in modo da permettere loro una sicurezza nella detenzione e una facilità nel trasferimento senza l'uso di controparti e senza necessità di clearing o settlement. Questo bene può creare una bene completamente nuovo (es. Bitcoin), trasferire sul suo supporto beni fino ad allora intangibili (es. punti fedeltà) o replicare beni già esistenti (es. commodities, valute correnti, ecc.).
- È fuori discussione che le criptovalute (token o coins) siano un patrimonio offerto pubblicamente in uguale struttura e taglio o collocati presso più di 20 clienti e che non sono create specialmente per singole controparti. Un bitcoin per esempio, è identico a tutti gli altri bitcoin presenti sulla blockchain e nel mondo vi sono milioni di persone che detengono un bitcoin o una parte di esso.
- Ai sensi dell'art. 2 dell'ordinanza sulle infrastrutture del mercato finanziario e il comportamento sul mercato nel commercio di valori mobiliari e derivati (OInFi) sono considerati *valori mobiliari* standardizzati e idonei a essere negoziati su vasta scala le cartevalori, i diritti valori, i derivati e i titoli contabili offerti pubblicamente in uguale struttura e taglio o collocati presso più di 20 clienti, sempre che non siano stati creati specialmente per singole controparti.
- Il commercio di *valori mobiliari* sul mercato primario necessita un'autorizzazione quale commerciante di valori mobiliari (art. 2 lett. d LBVM), rispettivamente quale società di intermediazione (art. 11 lett. a del progetto di legge LIFin).
- La negoziazione multilaterale di *valori mobiliari* richiede un'autorizzazione quale sede di negoziazione (art. 26 LInFI)
- Alcune criptovalute *non sono da considerarsi come valori mobiliari* poiché non sono cartevalori, non sono diritti valori, non sono derivati e non sono titoli contabili. Un bitcoin per esempio non è una cartavalore (non incorpora nessun diritto e non è iscritto in alcun documento), non è un diritto valore (non incorpora nessun diritto), non è un derivato (non vi è alcun valore soggiacente) e non è un titolo contabile (non è depositato presso un ente centrale di deposito). Più difficile è al contrario la valutazione per altri tipi di token. Un prodotto strutturato (ad esempio un certificato) può essere incorporato in un token ed essere commercializzato su una piattaforma. Qual è la qualifica giuridica del token in questo caso? Il token sta unicamente rendendo fungibile e atto al commercio un bene non facilmente commerciabile. Si tratta di un valore mobiliare? Un token può replicare un deposito in metalli preziosi, ad esempio oro, permettendo al cliente di detenere elettronicamente il metallo e di trasferirlo più facilmente. Si tratta di un valore mobiliare? Questa questione è di capitale importanza per poter sviluppare questa tecnologia.
- Onde evitare il rischio che l'accettazione de deposito del pubblico per commerciare in criptovalute sia escluso dal campo di applicazione dell'OBCR fino a CHF 1 mio, ma rientri nel campo di applicazione della LBVM, rispettivamente nella nuova LIFin, e della LInFi, con la necessità di un'autorizzazione della FINMA senza eccezioni, occorre evitare che le criptovalute o token siano subito e indiscriminatamente considerati valori mobiliari ai

sensi dell'art. 2 OInFin. In caso contrario una lunga serie di attività tecnofinanziarie legate alla blockchain sarebbero precluse alle start up, contrariamente allo spirito del progetto.

- Occorre pertanto creare delle regole speciali per gli scambi fondati sulla tecnologia blockchain, così come si sono create norme speciali per le borse dell'energia (art. 47 LInFin).
- Per favorire lo sviluppo di questa tecnologia si propone di creare una sandbox anche in questo ambito e di non qualificare come valori mobiliari criptovalute e token che potrebbero essere qualificati come tali fino a quanto il valore di capitalizzazione della criptovaluta o del token non superi CHF 1 mio. Le criptovalute o token che si limitano a replicare un valore (es. commodity, valute correnti) non sono invece da considerare come valori mobiliari a condizione che possano essere trasformate unicamente con la consegna fisica del valore replicato.
- In entrambi i casi la piattaforma di negoziazione ricadrà nell'applicazione della legge sul riciclaggio di denaro (LRD), per cui il rischio di abuso di questi strumenti per l'esecuzione di operazioni illecite viene limitato.

Si propone pertanto di introdurre da subito nell'art. 2 OInFin un nuovo capoverso, ai sensi del quale le criptovalute e token base sulla tecnologia blockchain non siano considerarsi come dei valori mobiliari fino ad una capitalizzazione di CHF 1 Mio, mentre le criptovalute che si limitano a replicare un valore sottostante senza creare ulteriori diritti non sono da considerare come valori mobiliari.

1.6. Facilitazioni per le ICO

Una Initial Coin Offering (ICO), anche chiamata crowdsale, è la procedura con cui una entità emette la propria criptovaluta (token o coin) allo scopo di finanziare la propria attività. L'ICO è una procedura deregolarizzata usata per finanziare progetti di start up. L'ICO si sta dimostrando un valido sostituto delle onerose e rigide norme sulle finanziamenti di imprese tramite obbligazioni. Sovente le ICO incorporano anche uno smart contract, in modo che le regole per il pagamento di ricavi agli investitori sono programmate in anticipo e non necessitano l'intervento di parti terze per la loro esecuzione. Per emettere un'ICO la start up emette un "whitepaper" nel quale descrive il progetto, il livello dei finanziamenti richiesti, quante monete virtuali intende emettere. La moneta virtuale emessa (token) contiene in essa i vantaggi concessi agli investitori. Questi vantaggi possono risiedere nel corso del token (che salirà se il progetto avrà successo), nella possibilità di acquistare token scontati durante le prime fasi di vita del progetto oppure di ricevere pagamenti diretti per le merci o i servizi finanziati con i token venduti.

Le ICO sono simili alle IPO e al crowdfunding, laddove gli investitori nelle ICO sono motivati per un ritorno agli investimenti e possono rientrare nella definizione di crowinvesting di cui al rapporto, sebbene non ne siano direttamente nominate. Le ICO non sono tuttavia delle semplici richieste di finanziamento tramite siti internet o social media, come possono essere le operazioni di crowdonating o crowdsupporting descritte nel rapporto. Tramite le ICO vengono creati dei strumenti finanziari ai sensi dell'art. 3 lett. b del progetto di legge di legge federale sui servizi finanziari (pLSF) che sono delle vere e proprie emissioni di prodotti standardizzati e come tali potrebbero ricadere nell'applicazione dell'OInFi. Ai sensi dell'art. 2

OInFi sono infatti considerati valori mobiliari standardizzati e idonei a essere negoziati su vasta scala le cartevalori, i diritti valori, i derivati e i titoli contabili offerti pubblicamente in uguale struttura e taglio o collocati presso più di 20 clienti, sempre che non siano stati creati specialmente per singole controparti. Se il coin emesso dalla start up concede all'investitore un diritto (ad esempio il diritto ad un interesse, il diritto al pagamento di una parte del profitto del bene o del servizio venduto dalla start up), allora lo stesso è da considerarsi come un diritto valore standardizzato e diffuso su larga scala e pertanto un valore mobiliare. Inoltre l'emissione di coins considerati come valori mobiliari richiederebbe la pubblicazione di un prospetto che adempia i rigidi requisiti dei futuri art. 37 segg. pLSF. Così facendo, nonostante il progetto messo in consultazione voglia agevolare la crescita di start up nell'ambito della tecnofinanza, si creerebbe un ostacolo insormontabile, laddove unicamente dei commercianti di valori mobiliari (o delle società di intermediazione mobiliare ai sensi del pLInFin) debitamente autorizzati sarebbero autorizzati a lanciare un'ICO per coin qualificati come diritti valori¹. La sandbox prevista nel progetto non si applicherebbe infatti nella fattispecie, visto che sarebbe la legge sulle borse ad impedire l'emissione di una ICO anche per importi inferiori a CHF 1 mio.

Si propone pertanto di introdurre all'art. 2 OInFin un nuovo capoverso, ai sensi del quale le criptovalute base sulla tecnologia blockchain non siano considerarsi come dei valori mobiliari fino ad una capitalizzazione di CHF 1 Mio, mentre le criptovalute che si limitano a replicare un valore sottostante senza creare ulteriori diritti non sono da considerare come valori mobiliari.

1.7. I token come fondi di investimento

Oltre che a potenziali valori mobiliari, i token (o coin) possono essere strutturati in modo da raccogliere un patrimonio da diversi investitori (che acquistano i token) che venga gestito da terzi allo scopo di incrementare il valore del patrimonio e, in questo modo, il valore del token, così che i detentori del token siano soddisfatti proporzionalmente ai token da essi detenuti. Collegando un token ad uno smart contract il token automaticamente realizzerà le condizioni previste (ad esempio pagamento delle management fee). Il token potrebbe così incorporare un fondo di investimento, laddove tuttavia non sarebbe necessaria né una direzione di fondo (i cui compiti sarebbero eseguiti dagli smart contract inclusi nel token) né una banca depositaria. Inoltre, essendo commerciato su una piattaforma il token sarebbe parificabile ad un fondo quotato in borsa. I risparmi economici nell'uso di token rispetto ai fondi tradizionali quotati in borsa sarebbero notevoli, a tutto vantaggio degli investitori. Anche in questo ambito è importante creare una sandbox che permetta agli imprenditori di testare i token come fondi di investimento senza eccessivi oneri regolamentari.

Si propone pertanto di introdurre all'art. 2 cpv. 2 LICol una nuova lettera, ai sensi della quale le criptovalute (token) base sulla tecnologia blockchain non siano da considerarsi come dei fondi di investimento fino ad una capitalizzazione di CHF 10 Mio.

¹ Al contrario, coin che non incorporano un diritto valore, come ad esempio una nuova criptovaluta, non è da qualificarsi come valore mobiliare. Allo stesso modo una criptovaluta che replica un altro valore (come un metallo prezioso o un'altra valuta) rendendo più commerciabile o permettendo un'esecuzione più rapida rispetto al circuito classico non è da considerare come un valore mobiliare.

1.8. Le piattaforme di token quali borse

Un token creato sulla blockchain potrebbe avere come sottostante un titolo quotato in borsa. Il valore del token sarebbe il valore del titolo quotato in borsa. Creando questo token tuttavia le spese per il commercio del titolo sarebbero notevolmente inferiori rispetto a quelle di una borsa tradizionale. Ad oggi vi sono sporadici tentativi di utilizzare la blockchain per lo scambio di titoli.

In Svizzera la creazione di una borsa necessita l'autorizzazione da parte di FINMA (art. 4 LInFi), oltre che a elevati requisiti organizzativi. Questi oneri impedirebbero la creazione in Svizzera di piattaforme in grado di scambiare token diversi da pure criptovalute (quali Bitcoin). Anche in questo caso questi ostacoli rischiano di mettere in pericolo il progetto di sostegno alla tecnologia finanziaria. La creazione di una sandbox in questo ambito deve pertanto essere presa in considerazione. In questo caso, l'introduzione di una soglia di CHF 1 Mio per il riconoscimento di un token quale valore mobiliare (vedi sopra 2.5 e 2.6), non è sufficiente, in quanto appena tale soglia sarà superata non vi saranno piattaforme in grado di scambiare il token senza dover richiedere l'onerosa autorizzazione quale borsa.

La situazione del commercio dei token è inoltre diversa da quelle delle borse, laddove sulle piattaforme di criptovalute/token sono gli utenti stessi (e non degli intermediari) ad effettuare gli ordini di acquisto e di vendita. Il rischio di abuso di mercato è pertanto limitato.

La situazione può pertanto essere paragonata a quella delle borse dell'energia elettrica, per cui l'art. 47 LInFi prevede la possibilità per il Consiglio federale di emanare delle disposizioni in deroga alla LInFi.

Si propone pertanto di introdurre un nuovo art. 47b LInFi, ai sensi della quale il consiglio federale può prendere disposizione in deroga alla LInFi per le piattaforme per lo scambio di criptovalute (token). Onde permettere lo sviluppo di tali piattaforme prima dell'introduzione della norma nella LInFi, si propone di indicare nell'OInFi che le piattaforme di scambio di token/coin basati sulla tecnologia blockchain non devono richiedere un'autorizzazione fino all'entrata in vigore della modifica legislativa.

1.9. Qualifica nell'ambito FATCA e dello scambio automatico di informazioni

La nozione di deposito di cui all'art. 5 OBCR non è identica a quella prevista nella legge sullo scambio automatico di informazioni. Ai sensi della legge sullo scambio automatico di informazioni (LSAI) sono considerate istituzioni di deposito tutte le entità che accettano depositi del pubblico ai sensi dell'art. 5 cpv. 1 OBCR, anche nel caso in cui l'entità può applicare una delle eccezioni di cui all'art. 5 cpv. 2 OBCR. La definizione di deposito ai sensi dello Standard comune di comunicazione (SCC) allegato all'Accordo multilaterale tra Autorità competenti concernente lo scambio automatico di informazioni o il corrispettivo accordo con l'UE (RS 0.653.1 e 0.641.926.81) è, infatti, più ampia di quella di cui all'art. 5 OBCR (Direttiva AFC sullo scambio automatico di informazioni, p. 45, n. 2.2.1.1). Pertanto il fatto che un attore nella tecnofinanza accetti depositi del pubblico fino a CHF 1 mio non lo esime dall'essere qualificato come una istituzione finanziaria (ente di deposito) ai sensi della Sezione VIII.A.5

SCC. Ne consegue che gli attori della tecnofinanza, anche se esonerati dal dover richiedere un'autorizzazione FINMA perché possono usufruire dell'eccezione di cui all'art. 5 cpv. 2 OBCR, sono tenuti ad effettuare una comunicazione all'AFC in merito ai depositi detenuti dai loro clienti.

Tuttavia non è chiaro se le criptovalute e i token siano da considerare come dei valori patrimoniali oggetto di comunicazione. Osserviamo, benché non sia molto chiaro dalla Direttiva AFC sullo scambio automatico di informazioni, che i metalli preziosi depositati presso i commercianti di metalli preziosi non sono oggetto di comunicazione. Si ritiene pertanto che allo stesso modo, solo i saldi in valuta corrente (CHF, USD, EUR) presso le piattaforme per l'acquisto di criptovaluta devono essere oggetto di scambio automatico di informazioni, ma non le criptovalute o i token ivi depositati. Questo almeno fino a quando a livello globale l'OCSE decida che il termine valore patrimoniale ai sensi del SCC comprenda anche le criptovalute e i token.

Qualora non si volesse accettare l'argomentazione di cui sopra, si dovrebbe autorizzare un'esenzione fino ad un determinato importo.

- L'ordinanza sullo scambio automatico (OSAI) prevede infatti l'esclusione dal campo di applicazione dello scambio automatico di informazioni le monete elettroniche fino a CHF 10'000. Le criptovalute tuttavia non possono essere parificabili alle monete elettroniche come descritte all'art. 16 OSAI.
- L'ordinanza esclude dalla comunicazione anche gli importi accreditati sulle carte di credito fino ad una soglia di CHF 50'000 (Sezione VIII.B.8 SCC), tuttavia le criptovalute non rientrano nella categoria delle carte di credito.
- Onde permettere da una parte una corretta applicazione delle norme sullo scambio automatico di informazioni e dell'altra rispettare lo scopo del progetto normativo, ovvero non costruire ostacoli allo sviluppo delle tecnologie finanziarie, si propone di adottare l'approccio FATCA per quel che concerne gli obblighi di comunicazione delle imprese che accettano depositi nell'ambito delle criptovalute.

Ai sensi della FATCA infatti, non è richiesto una comunicazione per i conti di individui che non superano la soglia di USD 50'000 (Sezione III.A.1 Allegato I dell'Accordo di cooperazione tra la Svizzera e gli Stati Uniti d'America per l'applicazione agevolata della normativa FATCA (RS 0.672.933.63)).

Si ritiene che questa sia una soluzione pragmatica che possa essere applicata anche al settore della tecnofinanza, laddove solo i conti con un saldo superiore a CHF 50'000 debbano essere considerati come oggetto di comunicazione. Il risultato di questa regola sarebbe identico a quello previsto per le carte di credito sopra esposta.

Questa soluzione è anche giustificata dal lieve rischio causato dalla criptovalute nell'evasione fiscale. L'acquisto di una criptovaluta tramite un attore della tecnofinanza presuppone il trasferimento di valute ordinarie (USD/EUR/CHF) sulla piattaforma che esegue l'attività di cambio. Questo trasferimento avviene per bonifico bancario e dunque richiede la partecipazione di un'istituzione finanziaria che già effettua una comunicazione delle informazioni finanziarie. Non si devono infatti confondere gli attori della tecnofinanza che accettano depositi del pubblico con i distributori automatici di criptovalute (ATM) che

accettano denaro in contante in cambio di bitcoin. In questo caso un'operazione può essere svolta in modo anonimo, ma i volumi possibili in questo modo sono limitati.

Per la determinazione del saldo di CHF 50'000 occorre specificare che deve essere preso in considerazione anche il controvalore delle criptovalute depositate.

Si propone pertanto di introdurre nella OSAIn, contestualmente alla modifica della OBCR, una nuova norma che escluda i conti presso gli attori nel settore della tecnofinanza fino ad un saldo, incluse le criptovalute, di CHF 50'000.

Una norma simile si auspicherebbe anche per i commercianti di valori preziosi, la cui situazione attualmente nell'ambito dello scambio automatico di informazioni non è per nulla chiara.

1.10. Modifica alla legge sul riciclaggio di denaro

Benché non contestato dagli attori del mercato, si propone di modificare non soltanto l'art. 2 cpv. 2 lett. a LRD, bensì anche l'art. 2 cpv. 3 lett. c e g LRD introducendo la nozione di criptovalute nella legge. In questo modo per tutti gli attori del mercato sarà chiaro che l'accettazione di criptovalute oppure il commercio di criptovalute soggiace alle norme sul riciclaggio di denaro.

Si propone pertanto di modificare l'art. 2 cpv. 3 lett. c e lett. g LRD includendo, in entrambe le lettere, la nozione di criptovaluta.

1.11. Modifica alla futura legge sugli istituti finanziari

Il progetto di tecnofinanza dovrà essere adeguato alla nuova legge sugli istituti finanziari (LIFin). Si ritiene pertanto che non soltanto le banche ai sensi della LBCR non siano da assoggettare alla nuova LIFi, ma pure le entità ai sensi dell'art. 1b pLBCR.

Si propone pertanto di introdurre un art. 2 cpv. 2 lett. j LIFi includendo le entità ai sensi dell'art. 1b LBCR quali entità escluse dalla LIFin.

Cogliamo l'occasione, Gentili Signore e Egregi Signori, per porgervi i nostri cordiali saluti

BitIncubatore & Venture SA

(per E-Mail an: rechtsdienst@sif.admin.ch)

Hünenberg, 8. Mai 2017

Stellungnahme von Cashare zur Fintech-Regulierung

Sehr geehrter Herr Bundesrat Maurer
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Möglichkeit einer Stellungnahme bezüglich der Vernehmlassung zur neuen Fintech-Regulierung danken wir Ihnen sehr und nutzen die Möglichkeit sehr gerne. Wir sind äusserst erfreut, dass diese Vorlage innert kürzester Zeit erstellt wurde und die Wichtigkeit von Innovationen und Digitalisierung im Finanzsektor entsprechend hohe Beachtung findet. Als eines der ersten Unternehmen im Fintech-Bereich unterstützt die Cashare AG seit 2008 den Wissensaustausch mit den verantwortlichen Behörden. Wir sind überzeugt davon, dass mit einer sorgfältigen und zielorientierten Regulierung der Finanzplatz Schweiz nachhaltig gestärkt und im internationalen Wettbewerb als Gewinner hervorgehen kann. Aus diesen Gründen unterstützen wir die Stossrichtung der Vorlage zum Abbau von erschwerenden, aber nicht zielorientierten Hürden.

Im Rahmen unseren gesammelten Praxiserfahrungen aus über 9 Jahren, stimmen wir der Stellungnahme der SFTA in den uns betreffenden Punkten vollumfänglich zu:

Wir teilen Ihre Auffassung, dass es für die Förderung von Innovation und damit einhergehend für die Gestaltung eines zukunftsorientierten, international bedeutsamen Finanzplatzes unerlässlich ist, dass neue Geschäftsmodelle, Produkte und Dienstleistungen einem Praxistest ohne kosten-, zeit- und arbeitsintensive Bewilligungsaufgaben unterzogen werden können. Wir begrüßen deshalb die Schaffung eines bewilligungsfreien Innovationsraums innerhalb klar definierten Grenzen. Dennoch scheint uns das vorgeschlagene Konzept stark verbesserungsfähig.

Der im Rahmen der vorliegenden Vernehmlassung vorgebrachte Vorschlag für einen bewilligungsfreien Innovationsraum versucht über die Definition der Gewerbmässigkeit zwei Probleme gleichzeitig zu lösen:

Einerseits soll damit verhindert werden, dass natürliche und juristische Personen sofort als Bank gelten, wenn sie ein Darlehen von mehr als 20 Darlehensgebern aufnehmen. Andererseits soll damit ein bewilligungsfreier Innovationsraum geschaffen werden, der es Finanzdienstleistern ermöglicht, neue Geschäftsmodelle, Produkte und Dienstleistungen anzubieten, ohne dafür eine Bewilligung ersuchen zu müssen und folglich der Aufsicht der FINMA zu unterstehen.

Für das Geschäftsmodell des Crowdlending besteht die momentan höchste Hürde bei der Anwendung des Einlagebegriffs gemäss BankV auf den Schuldner des Crowdlending Verhältnisses. Dies führt dazu, dass natürliche und juristische Personen, die über eine Crowdlending Plattform einen Kredit aufnehmen, diesen von nicht mehr als 20 verschiedenen Investoren finanzieren lassen dürfen, um nicht als Bank qualifiziert zu werden. Dies beschränkt einerseits die Refinanzierungsmöglichkeiten von Kreditnehmern mit hohem Finanzierungsbedarf wie namentlich KMU und andererseits die Diversifizierungsmöglichkeiten der Darlehensgeber, was den Gedanken des Anlegerschutzes untergräbt. Der Kerngedanke von crowdfunding besteht jedoch gerade darin, das Finanzierungsbedürfnis Einzelner zwecks Diversifikation auf möglichst viele Personen zu verteilen. Die aktuelle Anwendung des Einlagebegriffs schränkt daher dieses Geschäftsmodell auch unter dem aktuellen Vorschlag nachgerade existenziell ein. Dieser bewirkt nämlich, dass natürliche und juristische Personen, die ein Darlehen von über CHF 1 Mio. aufnehmen, sich dieses entweder nur von höchstens 20 Personen gewähren lassen dürfen oder alternativ eine Bankbewilligung benötigen. Darlehen in der Höhe von über CHF 1 Mio. sind im KMU-Bereich nicht aussergewöhnlich. Durch die vorgeschlagene Regelung können sie aber nicht oder nur erschwert einer Finanzierung über Crowdfunding Plattformen zugeführt werden. Wird dennoch eine Finanzierung von über CHF 1 Mio. über eine Crowdfunding Plattform gewählt, muss jeder Investor mehr als CHF 50'000.- investieren, was nur ein sehr kleines Investorensegment anspricht. Auch wenn es sich dabei um vermögende Anleger handelt, untergräbt dies ihre Möglichkeiten zur Risikodiversifikation erheblich.

Insgesamt scheint uns die Festlegung eines Schwellenwertes nicht sachgerecht, sondern Folge einer schlechten regulatorischen Lösung des oben geschilderten Problems. Ausserdem verkennt die aktuelle Lösung, dass es sich bei der über die Crowdfunding Plattform angebahnten Finanzierung um ein Darlehen nach Art. 312 ff. OR zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer handelt. Ein wesentlicher Unterschied zwischen einem Darlehen nach Art. 312 ff. OR und einer Bankeinlage nach Art. 5 BankV besteht in der Rangordnung der Gläubiger gemäss SchKG: Gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG rangieren Darlehen in der dritten Klasse, während Publikumseinlagen nach Bankgesetz privilegiert der zweiten Klasse zugewiesen sind. Darlehensgeber, die über eine Crowdlending Plattform einem Unternehmen ein Darlehen geben, erwarten in aller Regel nicht den gleichen privilegierten Gläubigerschutz wie bei einer Bankeinlage.

Als international bestens vernetzte Vereinigung verfügen wir über eine globale Perspektive auf andere Jurisdiktionen und ihre Modelle. Wir können daher auf die analogen Regulierungen in Grossbritannien und Frankreich verweisen, welche Crowdlending-Verhältnisse als Darlehensverhältnisse und nicht als Bankeinlagen behandeln. Gerade in Grossbritannien hat dieses Geschäftsmodell innert kurzer Zeit grosse Erfolge erzielen können.

Aus diesem Grunde regen wir an, dass crowdlending Verhältnisse inskünftig als Darlehensverhältnisse nach Art. 312 ff. OR behandelt werden sollten. Entsprechend müsste die Definition von Publikumseinlagen gemäss Art. 5 BankV dahingehend geschärft werden, dass eine klare Abgrenzung zwischen konkursprivilegierten und besonderem Einlegerschutz unterliegenden Bankeinlagen einerseits und konkursrechtlich nachrangigen Darlehen andererseits möglich ist. Besonders geeignet scheint prima vista Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV, dem zufolge „Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums {...}“ nicht als Einlage gelten, was dem Wortlaut nach nahe bei der Definition eines Darlehens gemäss Art. 312 OR liegt, welches die „Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes {...}“ zum Gegenstand hat.

Soweit sich die Vorschläge für den bewilligungsfreien Innovationsraum auf den Praxistest von innovativen neuen Geschäftsmodellen im Bereich der Finanzdienstleistungen und somit

insbesondere auf Einlagen bei Fintech Unternehmen selbst beziehen, erachten wir diesen grundsätzlich als konzeptionell sinnvoll. Jedoch vermissen wir zwei grundlegende Elemente, welche einen bewilligungsfreien Innovationsraum erst zu einem nachhaltigen Innovationstreiber für den Finanzplatz machen. Zum einen ist dies die Mitwirkung der FINMA und zum anderen ein reibungsloser Übergang von der bewilligungsfreien in die bewilligungspflichtige und insbesondere bewilligte und beaufsichtigte Tätigkeit. Wir regen deshalb an, dass Finanzinnovatoren nur dann in den Genuss eines bewilligungs- und aufsichtsfreien Geschäftsbetriebs kommen, wenn sie sich vorgängig bei der FINMA melden. Dies hätte zum einen den Vorteil, dass sich die FINMA mit dem Geschäftsmodell und dessen Risiken auseinandersetzen kann, bevor ein Bewilligungsgesuch für Finanzinnovatoren eingereicht wird, und dieses gegebenenfalls speditiv behandeln kann. Zusätzlich hätte eine vorgängige Anmeldung bei der FINMA in gewissem Masse eine abschreckende Wirkung auf unseriöse Anbieter und Praktiken und würde der FINMA zudem die Unterscheidung zwischen bewilligungspflichtigen, jedoch unbewilligten Anbietern und solchen unterhalb der Bewilligungsschwelle erleichtern. Bei Erreichen der Bewilligungsschwelle ist das FinTech-Unternehmen auf eine rasche Bewilligungserteilung angewiesen, um sein Geschäftsmodell fortführen zu können. Dies erfordert eine schnelle Bewilligungserteilung durch die FINMA bzw. dessen uneingeschränkte Weiterführung während des Bewilligungsprozesses. Im Interesse der Rechtssicherheit müssen die Rahmenbedingungen dafür jedoch klar geregelt sein, was der aktuelle Entwurf vermissen lässt. Ferner sieht der aktuelle Entwurf keine Verfallsfrist für die bewilligungsfreie Geschäftstätigkeit vor. Da diese insbesondere das Testen von neuen Geschäftsmodellen vorsieht, sollte die Verordnung auch den Verfall dieses Status nach einer bestimmten Zeit vorsehen.

Zusammenfassend empfehlen wir deshalb in Zusammenhang mit dem bewilligungsfreien Innovationsraum folgende Änderungen an der Vorlage:

- 1. Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV → Formulierungsvorschlag*
- 2. Formulierungsvorschlag für Begleitung von FINMA, bspw. In Art. 6 Abs. 3 BankV*
- 3. Formulierungsvorschlag für Regelung von Übergangsfristen bei Wechsel von einer Bewilligungskategorie in die nächste (bewilligungsfreier Innovationsraum → Bewilligung Light → Bewilligung als Bank, Effekthändler, kollektive Kapitalanlage oder Versicherung), bspw. Art. 1b Abs. 5*

Bei einer vollständigen Berücksichtigung der oben erwähnten Stellungnahme des SFTA, würden die bestehenden Probleme und Unsicherheiten aus der Praxis vollumfänglich geregelt. Sollte dennoch an einem Schwellenwert von z.B. über CHF 1 Mio. festgehalten werden, regen wir ergänzend die nachfolgende Alternative an:

- Bei einer Finanzierungsanfrage von über CHF 1 Mio. sind gestaffelte Schwellenwerte zu definieren, die die maximale Anzahl an Darlehensgeber regelt und noch einen gewissen Spielraum ermöglicht.
- Im Minimum sollte aber die Grenze der Anzahl Darlehensgeber bis zu CHF 1 Mio. weiterhin frei bleiben und nur der darüber liegende Betrag einer Einschränkung unterworfen sein. Dies würde ein praktisches Problem lösen, dass aus der Regulierung mittels Schwellenwert zwangsweise erfolgen müsste. Wenn beispielsweise ein laufendes KMU-Darlehen von CHF 1 Mio. mit einer unbeschränkten Anzahl an Darlehensgebern vorhanden wäre, kann bei einer erneuten Finanzierung nach 2 Jahren für den Kreditnehmer nun plötzlich die maximale Anzahl von 20 Darlehensgebern greifen. Nach der aktuellen Vorlage wäre nun unklar, ob überhaupt eine weitere Finanzierung aufgenommen werden könnte, die für das weitere geschäftliche Fortbestehen und/oder Wachstum benötigt würde ohne mit dem Gesetz in

Konflikt zu geraten. Auch ist unklar, ob eine allfällig bereits erfolgte Amortisation des Darlehens berücksichtigt würde beim Schwellenwert. Aus unserer Sicht sind Amortisationszahlungen vom Schwellenwert wieder abzuziehen, da diese Darlehen nicht mehr ausstehend sind und somit bis zum Betrag von CHF 1 Mio. erneut ohne Beschränkung Darlehensgeber zugelassen werden. Sollte das zweite Darlehen den Schwellenwert übersteigen, so dürfte nur dieser Teil einer Beschränkung unterzogen werden. Dadurch wird verhindert, dass der Kreditnehmer mit einer höheren Anzahl an (früheren) Darlehensgebern in Konflikt mit der Regulierung gerät resp. keine Finanzierungsalternative mehr zur Verfügung hat.

- Zusammenfassend: Wir empfehlen bei einer allfälligen Ansetzung von Schwellenwerten über CHF 1 Mio. eine Staffelung vorzunehmen und bei einer Folgefinanzierung bereits getätigte Amortisationen in Abzug zu bringen. Weiter sind bei einem Schwellenwert von CHF 1 Mio. nur die darüber liegenden Beträge einer Restriktion von Anzahl Darlehensgebern zu unterwerfen, während der Teil unter CHF 1 Mio. weiterhin frei bleibt beim gleichen Kreditnehmer.

Wir hoffen, dass wir Ihnen mit unseren Erläuterungen die Praxissicht näher gebracht haben. Wir bitten Sie, unsere Anmerkungen bei der Regulierung entsprechend zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse

Michael Borter

Roger Müller

Confédération suisse
Monsieur Ueli Maurer
Chef du Département fédéral
des finances DFF
Bundesgasse 3
3003 Berne

Paudex, le 11 avril 2017
JHB/dv

**Modification de la loi sur les banques et de l'ordonnance sur les banques
(FinTech) : ouverture de la procédure de consultation**

Monsieur le Conseiller fédéral,

Votre récent courrier a retenu notre meilleure attention et, après avoir pris connaissance des documents relatifs à la consultation fédérale citée sous rubrique, nous pouvons prendre position comme suit.

1. Considérations générales

Le domaine des technologies financières a subi de profondes évolutions ces dernières années et se révèle en constante mutation, tant il est vrai que de nouvelles formes de services de paiement mobile, l'arrivée de monnaies cryptographiques ou le financement participatif sont des opérations qui étaient inconnues il y a encore une décennie. Il nous paraît dès lors tout à fait justifié que le cadre légal soit adapté à ces nouvelles activités.

L'intérêt du projet présenté est qu'il a pour objectif de réduire les contraintes excessives que le cadre légal actuel fait peser sur de telles activités, sans pour autant s'abstraire complètement des dispositions de type prudentielles ou destinées à limiter les risques, notamment celui lié au blanchiment. Dans ce sens, les allègements proposés nous paraissent bienvenus et de nature à permettre à ces activités de se développer dans notre pays. Sous l'angle du caractère concurrentiel de la place économique suisse, auquel nous sommes attachés, cet élément n'est pas des moindres.

Il est également positivement apprécié que les dispositions proposées ne se limitent pas à une casuistique qui, fatalement, serait prochainement dépassée par l'évolution de ce type d'activités, mais visent à donner un cadre général, apte à s'appliquer à d'autres technologies financières peut-être inconnues à ce jour.

Il importe cependant que tous les acteurs soient mis sur un pied d'égalité et que les adaptations proposées ne soient pas uniquement applicables à de nouveaux intervenants sur le marché. En ce sens, si des établissements financiers soumis pour le reste de leurs activités aux dispositions du droit bancaire se lancent dans des activités de technologie financière (FinTech), il nous paraît logique qu'ils ne soient pas astreints à d'autres dispositions plus restrictives que celles qui sont proposées dans le projet mis en consultation.

2. Dispositions particulières

2.1 Loi sur les banques (LB)

Les dispositions prévues aux articles 1a et 1b nous paraissent suffisamment larges pour permettre de couvrir les évolutions de la technologie financière, ce d'autant plus que le Conseil fédéral pourra adapter le montant de 100 millions de francs en tenant compte de la compétitivité et de la capacité d'innovation de la place financière suisse. Cette disposition est donc évolutive et doit permettre de maintenir, sinon renforcer la capacité concurrentielle de notre place financière.

Les personnes visées à l'article 1b ne seront pas exemptées des obligations liées à la lutte contre le blanchiment d'argent, puisqu'elles seront considérées comme intermédiaires financiers au sens de cette dernière loi. Cela nous paraît aller dans le bon sens, tant pour la lutte contre les activités illicites que pour la réputation de notre place financière.

2.2 Ordonnance sur les banques (OB)

La fixation (art. 5 al.3 let. c) d'un délai de 60 jours pour les comptes d'exécution – sans rémunération de ceux-ci – doit permettre aux plateformes de financement participatif d'agir dans des conditions plus adéquates, le délai de 7 jours actuellement prévu par la FINMA se révélant délicat à respecter. Cette prolongation de délai ne suscite pas d'opposition et constitue un allègement bienvenu.

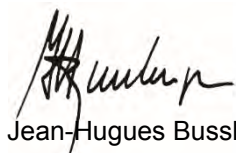
Les dispositions concernant l'exercice d'une activité à titre professionnel (art. 6 OB) représentent aussi un allègement qui doit être favorablement accueilli. Vu les obligations d'information imposées, les déposants sont à notre sens suffisamment mis en garde sur le caractère non garanti de leurs dépôts.

3. Conclusions

Au vu de ce qui précède, nous soutenons les modifications proposées dans le cadre du projet d'adaptation de la loi et de l'ordonnance sur les banques.

Nous vous remercions de l'attention que vous prêterez à notre prise de position et vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre très haute considération.

Centre Patronal



Jean-Hugues Busslinger

Per Email an

rechtsdienst@sif.admin.ch

Zug, den 8. Mai 2017

VERNEHMLASSUNG ZUR ÄNDERUNG DES BANKG UND DER BANKV (FINTECH)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir nehmen Bezug auf die Anhörung zum Rundschreiben „Vernehmlassung zur Änderung des BankG und der BankV“. Im Namen der CFA Society Switzerland (im folgenden CFA Switzerland) folgen wir gerne Ihrer Einladung, zum Revisionsentwurf des erwähnten Rundschreibens Stellung zu nehmen. Diese Stellungnahme wurde in einer gemeinsamen Arbeitsgruppe, bestehend aus Mitgliedern von CFA Switzerland und der Swiss Finance + Technology Association erarbeitet.

1 Allgemeine Bemerkungen:

Wir begrüssen, dass der Gesetzgeber den Handlungsbedarf in der Finanzmarktregulierung erkennt. In der Regulierungsfolgenabschätzung wird korrekt festgestellt, dass Finanzdienstleister ausserhalb des Bankenwesens durch den technologischen Wandel immer öfter von der Bankregulierung betroffen werden, obwohl das aus Risikoperspektive nicht gerechtfertigt ist. Die derzeitige Ausgestaltung des regulatorischen Rahmens um das Finanzsystem zementiert bestehende Strukturen und hemmt die Innovationskraft der schweizerischen Finanzindustrie.

Die vorgeschlagenen Gesetzes- und Verordnungsänderungen im Rahmen dieser Fintech Vernehmlassung sind jedoch nicht geeignet, um dieses Problem zu adressieren. Während wir auf die konkreten Vorschläge detailliert eingehen werden, sind zuerst allgemeine Bemerkungen angebracht.

Geschäftsbanken nehmen eine zentrale Stellung im Zahlungsverkehr, im Kreditwesen, und in der Geldpolitik ein. Historisch erfüllten Banken wichtige Funktionen, um die Schweizerische Wirtschaft mit Kapital zu versorgen, aber ebendiese Funktionen (vor allem die Fristentransformation und die Geldschöpfung) machen sich auch gleichzeitig anfällig für Bankenstürme, mit schwerwiegenden Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft.

Neue Lizenzgefässe, welche moderne Finanzdienstleister risikogerecht und ausgewogen regulieren, und das Setzen technischer Schnittstellen und Standards könnten die Schweizerische Regulierung ergebnisoffener machen und den Wettbewerb fördern. Auf der einen Seite müssen die Vorschriften sicherstellen, dass diese modernen Finanzdienstleister nicht zur Quelle von Liquiditäts- und anderen Risiken werden, welche die Stabilität des Schweizerischen Finanzsystems gefährden könnten. Auf der anderen Seite sollten sie dann auch nicht unter das Bankgesetz fallen.

Wir können diese Denkweise im Ansatz in dieser Vernehmlassung erkennen. Es wird jedoch verpasst, eine klare Abgrenzung zu treffen zwischen dem Bankensystem, welches anfällig für Liquiditätsrisiken ist und einen engen Regulierungsrahmen benötigt, und anderen Finanzdienstleistern, die nicht durch weitere Spezialgesetzen (KAG, VAG etc) reguliert sind.

Unseres Erachtens wäre es angebracht, eine präzisere Bankendefinition vorzunehmen, welche als entscheidendes Merkmal auf die Kombination von Einlegergeschäft und Kreditvergabe mit gleichzeitigem Eingehen von Kredit- und Liquiditätsrisiken abstützt.¹ Nur Banken sollten dem Bankgesetz unterstehen. Finanzdienstleister welche nicht im Bankenmodell operieren, sollten einem anderen Regulierungsmodell, unterstützt durch eine Reihe von funktionalen Lizenzen, die wesentlich entschlackt werden könnten, unterstellt werden. Deren Voraussetzungen zur Erteilung müssten sich primär an den jeweilig spezifischen Risikoprofilen und Schutzzielen (Gläubigerschutz, Anlegerschutz, Geldwäscherei, etc) ausrichten.

Weitere Fragen, die der technologische Wandel im Zusammenhang mit der Finanzmarktregulierung aufwirft, sind zwar von zentraler Bedeutung für eine zukunftsfähige und ergebnisoffene Finanzmarktregulierung, werden aber in dieser Vernehmlassung nicht aufgenommen. Wir werden kurz auf diese Lücken eingehen, bevor wir die konkreten Vorschläge der Vernehmlassung diskutieren.

¹ Eine präzise Abgrenzung um eine Bank zu definieren ist beispielsweise das Konzept der systemischen Solvenz gemäss McMillan (2014)

2 Lücken der Vorlage

2.1 Setzen technischer Schnittstellen und Standards

Durch die steigende Digitalisierung wächst die Bedeutung technischer Schnittstellen und Standards wie zB XBRL exponentiell. In den meisten Jurisdiktionen werden solche Standards (nach Konsultation mit der Industrie) durch den Regulator gesetzt und weiter entwickelt. Der traditionelle Ansatz, solche Initiativen ausschliesslich der Industrie zu überlassen, scheint dem erhöhten Innovationstempo nicht mehr gewachsen zu sein und birgt die Gefahr von Ineffizienzen, weil sich anstelle eines branchenweiten Standards mehrere konkurrierende Konzepte entwickeln. Es erscheint daher sinnvoll, der Aufsichtsbehörde den Auftrag zu erteilen, hier katalytisch aktiv zu werden.

2.2 Die Position digitaler Güter im Sachenrecht

In jüngster Zeit zeigt sich zunehmend, dass die sachenrechtliche Positionierung digitaler Güter nicht geklärt ist. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Distributed Ledger Technology, mit deren Hilfe Werte in verteilten Hauptbüchern geführt und umgesetzt werden können, ohne dass wie zB im Bucheffektengesetz eine Person bzw. zentrale Gegenpartei als Intermediär dazwischen steht. Der Finanzplatz Schweiz könnte seine aktuell bestehende, aber prekäre Vorreiterrolle ausbauen, wenn in dieser Thematik Rechtssicherheit geschaffen würde.

2.3 Anknüpfungspunkt der Aufsicht

Dienstleistungen, die online erbracht werden, sind naturgemäss nicht ortsgebunden und somit nicht auf ein physisches Filialnetz in physischer Nähe zum Kunden angewiesen. Fintech-Unternehmen können Dienstleistungen ortsunabhängig, an Kunden an jedem beliebigen Ort auf der Welt anbieten. Wir beobachten deshalb mit einer gewissen Sorge, dass ausländische Fintech-Unternehmen zusehends auf den Schweizer Markt drängen, ohne dafür einer Schweizer Zulassung zu bedürfen oder der Schweizer Aufsicht zu unterstehen. Wohingegen Schweizer Fintech-Anbieter ausländischem Aufsichtsrecht unterworfen sind, sobald sie Kunden in der jeweiligen Jurisdiktion ansprechen. Dies scheint uns in vierfacher Hinsicht falsch:

- Erstens sind ausländische Fintech-Unternehmen dadurch besser gestellt als ausländische (und inländische!) Erbringer von traditionellen Finanzdienstleistungen, die dem Schweizer Aufsichtsregime unterworfen werden, sobald sie eine physische Präsenz in der Schweiz einrichten.
- Zweitens ist nicht sichergestellt, dass ausländische Erbringer von Fintech-Dienstleistungen einer gleichwertigen oder auch nur einer angemessenen Aufsicht unterworfen sind. Sollten in der Schweiz domizilierte Kunden durch

ausländische, nicht angemessen organisierte Fintech-Unternehmen zu Schaden kommen, wird dadurch der Ruf der gesamten Branche in Mitleidenschaft gezogen.

- Drittens kann die FINMA dadurch ihrem Auftrag zum Gläubiger-, Anleger- und Funktionsschutz nach Art 5 FINMAG nicht nachkommen.
- Und viertens werden in der Schweiz domizilierte und beaufsichtigte Anbieter von Fintech-Dienstleistungen durch die demgemäß entstehende Wettbewerbsverzerrung benachteiligt.

Wir regen daher an, die anstehenden Revisionsarbeiten an den Finanzmarktregulatorien dazu zu nutzen, nicht mehr den Inkorporationsort, sondern das Kundendomizil als Anknüpfungspunkt der Aufsichtsunterstellung und des anwendbaren Rechts zu definieren. Dadurch würde die Architektur des Kundenschutzes in der Schweiz mit internationalen Standards kompatibel.

2.4 Direkter Zugang zu Zentralbankgeld für Nichtbanken

Neben der Bankenbewilligung ist der Vorrang von Banken in der Geld- und Währungspolitik die zweite grosse Markteintrittshürde für neue Fintech Geschäftsmodelle. Die engen Beziehungen zwischen der öffentlich organisierten SNB und den privatrechtlich organisierten Geschäftsbanken ist historisch im Zuge der Industrialisierung gewachsen. Bis heute sind Banken de facto die einzigen privaten Unternehmen welche direkt Zentralbankreserven der Schweizerischen Nationalbank (SNB) halten dürfen. Es sind jedoch alle Finanzdienstleister auf die Dienstleistungen der SNB angewiesen. Als Konsequenz müssen alle übrigen Finanzdienstleister mit Banken kooperieren, um am zentralen Zahlungsverkehr angeschlossen zu sein.

Diese Vorrangstellung ist heute nicht mehr gerechtfertigt. Sie zementiert jedoch die historisch gewachsenen Strukturen des Finanzsystems und unterminiert das Ziel dieser Gesetzesrevision, eine ergebnisoffene und zukunftsfähige Finanzmarktregulierung zu schaffen. Insbesondere eine "Banklizenz light" kann so nicht funktionieren, wie wir weiter unten detailliert ausführen.

Diese Problematik wird in anderen Jurisdiktionen erkannt. Die Bank von England arbeitet daran, den Zugang zu ihrem Zahlungssystem RTGS von bisher 52 Banken auf hunderte von Nicht-Banken zu erweitern.² Zentralbanken im asiatischen Raum diskutieren bereits rege über die Erweiterung des Zugangs zum zentralen Zahlungsverkehr.

Die Schweizerische Nationalbank (SNB) hat noch keinen Schritt in diese Richtung gemacht. Durch Abseitsstehen könnte die Schweiz jedoch den Anschluss im Wettbewerb um innovative Lösungen im Zahlungsverkehr verpassen.

² Mark Carney (12 April 2017) - "Building the infrastructure to realise fintech's promise"

Wir empfehlen dringend, diese Gesetzesrevision mit der Schweizerischen Nationalbank zu koordinieren. Neue Lizenzgefässe für Finanzdienstleister abseits der traditionellen Banklizenz können nur erfolgreich sein, wenn die SNB diesen auch einen gleichberechtigten Zugang zum zentralen Zahlungsverkehr ermöglicht. Das Nationalbankgesetz (NBG) gibt der SNB in dieser Frage einen weiten Spielraum, den es hier effektiv zu nutzen gilt:

Art 9. des Nationalbankgesetz erlaubt es der SNB, auch für andere Finanzmarktteilnehmer verzinsliche und unverzinsliche Konten zu führen und Vermögenswerte zu verwahren. Eine erfolgreiche Umsetzung von Art 1b BankG erfordert unserer Meinung nach die Mitwirkung der SNB. Unter Wahrung ihrer geld- und währungspolitischen Unabhängigkeit könnte die SNB die Attraktivität einer Lizenz nach Art 1b BankG entscheidend steigern, indem mit dieser Lizenz auch einen Zugang zur direkten Kontoführung garantiert wird.

2.5 Eine “passive” Industriepolitik für den Finanzplatz

Das Beispiel London (und zB Basel oder Boston für Biotechnologie) zeigt, dass ein Cluster innovativer Fintech-Unternehmungen innert kurzer Zeit eine überproportionale volkswirtschaftliche Bedeutung erlangen können. Solche regionale Cluster entwickeln sich aus der Konfluenz mehrerer günstiger Standortfaktoren wie zB Netzwerke etablierter “Vorläufer”-Industrien, die ihrerseits eine kritische Masse kompetenter Mitarbeiter angezogen haben, Vorhandensein von Risikokapital, Unternehmer-Freundlichkeit, effiziente öffentliche Dienstleistungen, aber auch innovationsfreundliche Regulierung. In solchen Netzwerken bzw - gemäss unserer Terminologie - Ökosystemen aus sehr unterschiedlichen, aber kooperierenden Akteuren können Unternehmen entstehen, die durch kreativen Einsatz neuer Technologien und Verfahren in etablierten Geschäftsfeldern massive Umwälzungen auslösen können.

Aus der Sicht des Finanzplatzes Schweiz greift daher auch eine Perspektive zu kurz, die sich ausschliesslich am inkrementellen Geschäft etablierter Akteure orientiert. Denn wenn deren Basisgeschäft wegbricht (man denke an Nokia / Finnland), so ist es für eine Umorientierung der Standortstrategie erfahrungsgemäss bereits zu spät.

Damit soll nicht einer Abkehr vom in der Schweiz wohl etablierten Prinzip des Verzichtes auf aktive Industriepolitik das Wort geredet werden. Eine solche dürfte im kleinräumigen und auf Neutralität in jeder Hinsicht bedachte politischen Umfeld der Schweiz ohnehin wenig Erfolg versprechend sein. Das politische Ziel muss aber sein, dass die Finanzmarktregulierung im Bewusstsein ihrer Auswirkung auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes gestaltet wird - dies könnte man als passive Industriepolitik bezeichnen. Jede regulatorische Massnahme wirkt auf die Wettbewerbsfähigkeit der ihr ausgesetzten Akteure. Wenn sich diese Auswirkung

ausserhalb des Zielsystems des Regulators befindet, ist zu vermuten, dass sie negativ ausfallen wird.

Aus dieser Sicht muss daher **Art. 5 FINMAG** dahingehend angepasst werden, dass Wettbewerbsfähigkeit und Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes gleichberechtigt in das unmittelbare Zielsystem der Finanzmarktaufsicht eingebaut werden. Der Hinweis im Erläuterungsbericht (S. 38) auf “unlösbare Interessenkonflikte” der FINMA ist unpräzise und irreführend: Durch die Einführung eines neuen Ziels wird kein Interessenkonflikt geschaffen, sondern ein Zielkonflikt, der wie in vielen anderen Situationen auch durch Güterabwägung ohne weiteres gelöst werden kann.

3 Änderung der Bankenverordnung - Abwicklungskonti

Wir sind der Auffassung, dass die Abwicklungsfrist von 60 Tagen nach Art. 5 Abs. 3 lit c zu kurz gefasst ist. Erfahrungsgemäss dauern Transaktionen wie zB Kapitalerhöhungen von privat gehaltenen Gesellschaften im Rahmen von crowdfunding bis zu 3 Monaten. Entsprechend sollte die Frist auf 90 Tage erhöht werden.

4 Innovationsraum

Wir teilen die Auffassung, dass es für die Förderung von Innovation und damit einhergehend für die Gestaltung eines zukunftsorientierten, international bedeutsamen Finanzplatzes unerlässlich ist, dass neue Geschäftsmodelle, Produkte und Dienstleistungen einem Praxistest ohne kosten-, zeit- und arbeitsintensive Bewilligungsaufgaben unterzogen werden können. Wir begrüssen deshalb die Schaffung eines bewilligungsfreien Innovationsraums innerhalb klar definierten Grenzen. Dennoch scheint uns das vorgeschlagene Konzept stark verbesserungsfähig.

Der im Rahmen der vorliegenden Vernehmlassung vorgebrachte Vorschlag für einen bewilligungsfreien Innovationsraum versucht über die Definition der Gewerbmässigkeit zwei Probleme gleichzeitig zu lösen:

- Einerseits soll damit verhindert werden, dass natürliche und juristische Personen sofort als Bank gelten, wenn sie ein Darlehen von mehr als 20 Darlehensgebern aufnehmen.
- Andererseits soll damit ein bewilligungsfreier Innovationsraum geschaffen werden, der es Finanzdienstleistern ermöglicht, neue Geschäftsmodelle, Produkte und Dienstleistungen anzubieten, ohne dafür eine Bewilligung ersuchen zu müssen und folglich der Aufsicht der FINMA zu unterstehen.

Für das Geschäftsmodell des Crowdlending besteht die momentan höchste Hürde bei der Anwendung des Einlagebegriffs gemäss BankV auf den Schuldner des Crowdlending

Verhältnisses. Dies führt dazu, dass Darlehensnehmer, die über eine Crowdlending Plattform einen Kredit aufnehmen, diesen von höchstens 20 verschiedenen Investoren finanzieren lassen dürfen, um nicht als Bank zu gelten. Dies beschränkt einerseits die Refinanzierungsmöglichkeiten von Kreditnehmern mit hohem Finanzierungsbedarf wie namentlich KMU und andererseits die Diversifizierungsmöglichkeiten der Darlehensgeber, was den Gedanken des Anlegerschutzes untergräbt.

Der Kerngedanke von crowdfunding besteht jedoch darin, das Finanzierungsbedürfnis Einzelner zwecks Diversifikation auf möglichst viele Personen zu verteilen. Die aktuelle Anwendung des Einlagebegriffs schränkt daher dieses Geschäftsmodell auch unter dem aktuellen Vorschlag nachgerade existenziell ein. Dieser bewirkt nämlich, dass natürliche und juristische Personen, die ein Darlehen von über CHF 1 Mio. aufnehmen, sich dieses entweder nur von höchstens 20 Personen gewähren lassen dürfen oder alternativ eine Bankbewilligung benötigen. Darlehen in der Höhe von über CHF 1 Mio. sind im KMU-Bereich nicht aussergewöhnlich. Durch die vorgeschlagene Regelung können sie aber nicht oder nur erschwert einer Finanzierung über Crowdfunding Plattformen zugeführt werden. Wird dennoch eine Finanzierung von über CHF 1 Mio. über eine Crowdfunding Plattform gewählt, muss jeder Investor mehr als CHF 50'000.- investieren, was nur ein kleines Investorenssegment anspricht. Auch wenn es sich dabei um vermögende Anleger handelt, untergräbt dies ihre Möglichkeiten zur Risikodiversifikation erheblich. Insgesamt scheint uns die Festlegung eines Schwellenwertes nicht sachgerecht.

Ausserdem verkennt die Vorlage, dass es sich bei der über die Crowdfunding Plattform angebahnten Finanzierung um ein Darlehen nach Art. 312 ff. OR zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer handelt. Ein wesentlicher Unterschied zwischen einem Darlehen nach Art. 312 ff. OR und einer Bankeinlage nach Art. 5 BankV besteht in der Rangordnung der Gläubiger gemäss SchKG: Gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG rangieren Darlehen in der dritten Klasse, während Publikumseinlagen nach Bankgesetz privilegiert der zweiten Klasse zugewiesen sind. Darlehensgeber, die über eine Crowdlending Plattform einem Unternehmen ein Darlehen geben, erwarten in aller Regel nicht den gleichen privilegierten Gläubigerschutz wie bei einer Bankeinlage.

Als international vernetzte Vereinigung verfügen wir über eine globale Perspektive auf andere Jurisdiktionen und ihre Modelle. Wir können daher auf die analogen Regulierungen in Grossbritannien und Frankreich verweisen, welche Crowdlending-Verhältnisse als Darlehensverhältnisse und nicht als Bankeinlagen behandeln. Gerade in Grossbritannien hat dieses Geschäftsmodell innert kurzer Zeit grosse Erfolge erzielen können.

Aus diesem Grunde regen wir an, dass crowdlending Verhältnisse inskünftig als Darlehensverhältnisse nach Art. 312 ff. OR behandelt werden sollten. Entsprechend müsste die Definition von Publikumseinlagen gemäss Art. 5 BankV dahingehend geschärft werden,

dass eine klare Abgrenzung zwischen konkursprivilegierten und besonderem Einlegerschutz unterliegenden Bankeinlagen einerseits und konkursrechtlich nachrangigen Darlehen andererseits möglich ist. Besonders geeignet scheint prima vista Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV, demzufolge „Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums {...}“ nicht als Einlage gelten, was dem Wortlaut nach nahe bei der Definition eines Darlehens gemäss Art. 312 OR liegt, welches die „Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes {...}“ zum Gegenstand hat.

Soweit sich die Vorschläge für den bewilligungsfreien Innovationsraum auf den Praxistest von innovativen neuen Geschäftsmodellen im Bereich der Finanzdienstleistungen und somit insbesondere auf Einlagen bei Fintech Unternehmen selbst beziehen, erachten wir diesen grundsätzlich als konzeptionell sinnvoll. Jedoch vermissen wir zwei grundlegende Elemente, welche einen bewilligungsfreien Innovationsraum erst zu einem nachhaltigen Innovationstreiber für den Finanzplatz machen. Zum einen ist dies die Mitwirkung der FINMA und zum anderen ein reibungsloser Übergang von der bewilligungsfreien in die bewilligungspflichtige und insbesondere bewilligte und beaufsichtigte Tätigkeit.

Wir regen deshalb an, dass Finanzinnovatoren nur dann in den Genuss eines bewilligungs- und aufsichtsfreien Geschäftsbetriebs kommen, wenn sie sich vorgängig bei der FINMA melden. Dies hätte zum einen den Vorteil, dass sich die FINMA mit dem Geschäftsmodell und dessen Risiken auseinandersetzen kann, bevor ein Bewilligungsgesuch für Finanzinnovatoren eingereicht wird, und dieses gegebenenfalls speditiv behandeln kann. Zusätzlich hätte eine vorgängige Anmeldung bei der FINMA in gewissem Masse eine abschreckende Wirkung auf unseriöse Anbieter und Praktiken und würde der FINMA zudem die Unterscheidung zwischen bewilligungspflichtigen, jedoch unbewilligten Anbietern und solchen unterhalb der Bewilligungsschwelle erleichtern.

Bei Erreichen der Bewilligungsschwelle ist das FinTech-Unternehmen auf eine rasche Bewilligungserteilung angewiesen, um sein Geschäftsmodell fortführen zu können. Dies erfordert eine schnelle Bewilligungserteilung durch die FINMA bzw. dessen uneingeschränkte Weiterführung während des Bewilligungsprozesses. Im Interesse der Rechtssicherheit müssen die Rahmenbedingungen dafür jedoch klar geregelt sein, was der aktuelle Entwurf vermissen lässt. Ferner sieht der aktuelle Entwurf keine Verfallsfrist für die bewilligungsfreie Geschäftstätigkeit vor. Da diese insbesondere das Testen von neuen Geschäftsmodellen vorsieht, sollte die Verordnung auch den Verfall dieses Status nach einer bestimmten Zeit vorsehen.

Zusammenfassend empfehlen wir deshalb in Zusammenhang mit dem bewilligungsfreien Innovationsraum folgende Änderungen an der Vorlage:

1. Darlehensnehmer, die von mehr als 20 Darlehensgeber ein Darlehen von gesamthaft mehr als CHF 1 Mio. aufnehmen, bedürfen auch nach Umsetzung des vorliegenden Regulierungsvorschlags nach wie vor eine Bewilligung als Bank. Um diesen Fehler zu korrigieren, schlagen wir die folgende Formulierung von Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV vor:

³ Nicht als Einlagen gelten:

- a. Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums, insbesondere auf Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes nach Art. 312ff. OR, oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden;

2. Um sicherzustellen, dass die FINMA die mit neuen Geschäftsmodellen verbundenen Risiken verlässlich und zeitnah einschätzen kann, sollte sie sich bereits in einer frühen Phase von deren Erprobung in der Sandbox mit diesen auseinandersetzen. Dazu schlagen wir den folgenden Wortlaut vor:

Art. 6 Gewerbsmässigkeit

¹ ...

² Nicht gewerbsmässig im Sinne des BankG handelt, wer ~~dauernd~~ während einer Dauer von höchstens drei Jahren mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich hierfür empfiehlt, wenn er:

a...

b...

c...

³ Wer eine Tätigkeit nach Abs. 2 anstrebt, setzt vor deren Aufnahme die FINMA darüber in Kenntnis. Die FINMA beurteilt aufgrund der bestehenden Unterlagen wie Geschäftsplänen, Kundeninformationen, allgemeinen Geschäftsbedingungen und ähnlichem die mit diesem Geschäftsmodell verbundenen Risiken.

⁴ Die FINMA regelt den Übergang von der bewilligungsfreien Tätigkeit nach Abs. 2 zur bewilligten Tätigkeit einerseits sowie von einer Bewilligungsform zur anderen andererseits.

3. Ferner gehen wir davon aus, dass die Voraussetzungen von Abs. 2 lit a-c kumulativ zu verstehen sind, obwohl ein "und" nach lit a fehlt.

5 Vereinfachtes Zulassungsverfahren

Grundsätzlich begrüssen wir die Vorlage in ihrer Zielsetzung zwar, sehen aber beträchtlichen rechtssystematischen Nachbesserungsbedarf. Bereits der Titel von Art. 1b BankG “Innovationsförderung” in Abgrenzung von 1a ist höchst fragwürdig, soll doch unter diesem Titel ein Lizenzgefäss ohne Verfallsdatum geschaffen werden. Es liegt jedoch in der Natur der Sache, dass Innovation nach kurzer Zeit zum Allgemeingut wird und nicht mehr als Innovation gelten kann. Es ist bezeichnend für seine arbiträre Natur, dass der Schwellenwert von CHF 100 Mio gemäss Art. 1b.2 BankG mittels Ausführungsbestimmung verändert werden kann. Ferner sehen wir grosse systematische und praktische Probleme bei der “sinngemässen Anwendung” der Bestimmungen des neuen BankG auf Unternehmungen gemäss Art. 1b BankG. Allgemein gilt: “Just because something is new doesn’t mean it should be treated differently. Similarly, just because it is outside the regulatory perimeter doesn’t mean it needs to be brought inside. We apply consistent approaches to activities that give rise to the same risks regardless of whether those are undertaken by old regulated or new FinTech firms.”³

Die Bestimmung von **Art. 1b Abs. 3 BankG**, wonach sich die **Rechnungslegung ausschliesslich nach den Vorschriften des Obligationenrechts** zu richten hat, wäre missverständlich, soweit sie bedeutete, dass die Rechnungslegung nach internationalen Rechnungslegungsnormen (insbesondere IFRS) ausgeschlossen wäre. Viele Risikokapitalgeber verlangen heute eine Rechnungslegung gemäss internationalen Standards.

Positiv erachten wir, dass Anleger darüber zu informieren sind, dass die Einlagen nicht als privilegierte Einlagen im Sinne des Bankengesetzes gelten. Diesen auf einer Offenlegung basierenden Ansatz halten wir für zweckmässig, insbesondere weil Finanzdienstleister gemäss Art. 1b BankG keine Liquiditäts-, Markt-, und Kreditrisiken auf ihrer Aktivseite eingehen dürfen. Der öffentliche Hinweis auf die verbleibenden operationellen Risiken fördert den Wettbewerb. Ein Vertrauen erweckendes Risikomanagement und ausreichende Kapitalausstattung wird so zu einem Wettbewerbsfaktor für Finanzdienstleister gemäss Art. 1b BankG.

Die erleichterte Lizenz nach Art 1b BankG scheint uns jedoch noch nicht durchgehend die nötige Granularität aufzuweisen. Beispielsweise wird nur vage auf die erleichternden Bewilligungs- und Betriebsvoraussetzungen eingegangen. Stattdessen wird auf Ausführungsvorschriften verwiesen. Die strikte Beschränkung des Aktivgeschäfts hat jedoch gerade zum Zweck, das Entstehen von systemischen Finanzrisiken in diesem Bereich zu unterbinden. Deshalb wäre es nur folgerichtig, konsequent auf einschlägige Regulierungen

³ Carney, a.a.O.

zu verzichten, welche bezwecken, diese systemischen Risiken und die Anreizverzerrungen durch Einlagesicherungen und «too-big-to-fail» zu vermindern. Dazu gehören insbesondere Vorschriften zu eigenen Mitteln und Liquidität.

Die Beschränkung des Aktivgeschäfts ist nicht hinreichend präzise definiert. Es ist einer bilanzierenden Unternehmung definitorisch unmöglich, kein Aktivgeschäft zu betreiben. Wer Einlagen entgegennimmt, muss diese zwingend auf der Aktivseite verbuchen. In der Regulierungsfolgenabschätzung wird impliziert, dass die Einlagen von Finanzdienstleistern gemäss Art. 1b auf einem Bankkonto gehalten werden müssen (vgl. S.8):

Zitat: "Zudem dürfen die entgegengenommenen Einlagen weder verzinst noch angelegt werden, d.h. sie müssen faktisch auf einem Konto gehalten werden."

Eine Pflicht von Finanzdienstleistern nach Art 1b, ihre Aktiven vollumfänglich auf Bankkonten zu deponieren, würde schwerwiegende Probleme verursachen. Erstens würden solche Finanzdienstleister gezwungen werden, mit Banken zusammenzuarbeiten. Das würde das Ziel einer flexiblen und zukunftsffenen Revision des BankG und der BankV entscheidend unterminieren.

Es wird auch eine Chance verpasst, die Finanzmarktstabilität der Schweiz zu verbessern. Finanzdienstleister nach Art. 1b werden ebenso gezwungen, sich dem Gegenparteierrisiken des systemisch relevanten Bankensystems auszusetzen. Im Falle einer Finanzkrise könnten sie deshalb den Turbulenzen nicht entgehen. Die Finanzdienstleister würden dadurch der Möglichkeit beraubt, eine echte Alternative aus Risikoperspektive zu bankbasierten Finanzdienstleistungen anzubieten.

Weitere Probleme ergeben sich durch die beschränkte Einlagesicherung der aktivseitig verbuchten Einlagen des Finanzdienstleisters nach Art 1b BankG bei ihrer kontoführenden Bank bis zum Maximalsatz von CHF 100'000, welcher im Liquidationsfall der Bank unter allen Endkunden des Finanzdienstleisters nach Art. 1b BankG aufgeteilt wird. Hat also ein Finanzdienstleister nach Art 1b 100'000 Kunden, ist nur ein Franken pro Kunde durch die Einlagesicherung geschützt, während Bankkunden den vollen Schutz von CHF 100'000 geniessen..

Zweitens entstehen grosse Nachteile für Finanzdienstleister nach Art 1b BankG durch die Liquiditätsverordnung (LiqV), obwohl sie nicht direkt betroffen sind. Die LiqV definiert Abflussraten für Einlagen, welche Banken dann mit liquiden Reserven unterlegen müssen. Finanzdienstleister nach Art 1b BankG fallen in die Kategorie Finanzinstitut gemäss Anhang 1 LiqV. Für diese wird gemäss Anhang 2 eine Abflussrate von 100% zur Berechnung der Liquiditätsreserven angenommen,. Banken werden diese erhöhten Reservevorschriften auf die Finanzdienstleister abwälzen, wie sie es schon heute mit Firmenkunden praktizieren.

Den Finanzdienstleistern nach Art 1b wird nichts anderes übrigbleiben, als sie dem Endkunden zu belasten.

Für die direkten Einlagen von Privat- und Geschäftskunden aus der Realwirtschaft benötigen Banken hingegen wesentlich weniger liquide Reserven (zwischen 5% und 40%). Dadurch können sie einen grossen Teil dieser Einlagen in langfristige und höher verzinsten Aktiven anlegen und den Kunden bessere Konditionen bieten als Finanzdienstleister nach Art 1b.

Die groteske Ungleichbehandlung im Zusammenhang mit der LiqV und der Einlagensicherung ist stossend. Die CHF 100'000 Einlage eines Privatkunden von einem Finanzdienstleister nach Art 1b BankG muss zwar 100% mit liquiden Reserven gedeckt werden. Im Falle einer systemischen Finanzkrise wird dieser Privatkunde jedoch nicht auf die Einlagensicherung zählen können und um seine Ersparnisse bangen müssen. Sollte derselbe Privatkunde jedoch seine Einlagen direkt zu einer Bank bringen, muss diese Einlage gemäss Anhang 2 LiqV nur noch mit 5% liquiden Reserven gedeckt werden, wird jedoch vollumfänglich durch die Einlagensicherung geschützt.

Der Zwang zur Kooperation mit Banken, die fehlende Einlagensicherungen und die LiqV werden die Lizenz nach Art. 1b BankG demzufolge unattraktiv machen. Sollte die Vorlage so umgesetzt werden, wären Finanzdienstleister auf jeden Fall besser beraten, in Kooperation mit Banken vollumfänglich auf die Bankbilanz abzustützen, um Ihren Kunden besseren Schutz und bessere Konditionen zu ermöglichen. Es ist kein Geschäftsmodell vorstellbar, welches auf einer Bilanz eines Finanzdienstleisters gemäss Art 1b BankG besser aufgehoben wäre.

Diese Probleme könnten durch zwei entscheidende Änderungen adressiert werden. Erstens müssen Finanzdienstleister die Möglichkeit haben, direkt Girokonten mit der Schweizerischen Nationalbank (SNB) zu führen. Dadurch würde der Kooperationszwang mit Banken aufgehoben, und die oben genannten Probleme wären adressiert.

Zweitens ist das komplette Verbot des Aktivgeschäfts zu restriktiv. Ziel ist, dass Finanzdienstleister nach Art 1b BankG keine systemischen Risiken erzeugen und im Ernstfall nicht durch öffentliche Mittel unterstützt werden müssen. Dieses Ziel kann durch eine systemische Solvenzregel⁴ in einer flexibleren und ergebnisoffenen Weise erreicht werden, da diese Regel es Finanzdienstleistern nach Art 1b verunmöglichen würde, Fristentransformations- und Zinsdifferenzgeschäfte einzugehen. So hätten diese Finanzdienstleister mehr Flexibilität, ohne Risiken für die Finanzstabilität darzustellen.

Eine attraktivere Ausgestaltung der Lizenz nach Art 1b BankG würde nicht nur Wettbewerbsverzerrungen effektiver beseitigen, sondern auch einen positiven Beitrag zur

⁴ McMillan (2014)

Finanzstabilität leisten. Statt Fristentransformation könnten moderne Finanzdienstleister auf marktbasierter Liquidität setzen. Für Losgrößen- und Risikotransformation braucht es keine bilanzaktive Finanzintermediation mehr, wie die crowdlending und crowdfunding Geschäftsmodelle belegen. Finanzdienstleister könnten mit modernen Technologien die Aufgabe einer effizienten Allokation von Risiko und Kapital auch ohne Anfälligkeit auf Bankenstürme effektiv erfüllen.

Unserer Meinung nach ist auch nicht klar genug geregelt, für wen die erleichterten Bewilligungs- und Betriebsvorschriften gelten. In der Regulierungsfolgenabschätzung wird unter Pt. 1.2.3 argumentiert, dass es vielen Fintech-Geschäftsmodellen an der für Banken typischen Fristentransformation und den damit einhergehenden Risiken (insbesondere Liquiditäts- und Zinsrisiken) fehlt. Daher sollten die niedrigeren Bewilligungsvoraussetzungen für Geschäftsmodelle, welche sich auf das Passivgeschäft beschränken, gelten. Daraus sollte folgerichtig auch geschlossen werden können, dass die erleichterten Bewilligungsvoraussetzungen nicht für Unternehmen gelten, die das Aktivgeschäft im Sinne des Kreditgeschäfts betreiben. Im Schreiben an die Kantonsregierungen wird verwiesen, dass die Vorschriften für Unternehmen gelten, die kein Aktivgeschäft betreiben. Gemäss Änderungsvorschlag für das Bundesgesetz über Banken und Sparkassen Art. 1b darf ein Unternehmen jedoch Publikumseinlagen weder anlegen noch verzinsen. Diese Formulierung geht über das klassische Kreditgeschäft der Banken hinaus.

Das Verzinsungsverbot erachten wir ebenfalls als problematisch. Es könnte insbesondere bei weiter sinkenden Negativzinsen zur Umgehung genutzt werden und die entsprechenden Unternehmen vor grosse Herausforderungen stellen. Kritisch wären auch stark steigende Inflationsraten. Zudem unterbindet dieses Verbot eine risikogerechte Preisgestaltung, resp. Entschädigung der Investoren.

In der Änderung der BankV wird auch auf die Auswirkung auf andere Gesetze hingewiesen, z.B. auf das Revisionsgesetz, das Geldwäschereigesetz oder das Finanzmarktaufsichtsgesetz. Wir gehen davon aus, dass **sowohl Unternehmungen gemäss Art. 1b BankG wie auch gemäss Art. 6 BankV unter die Definition des Finanzdienstleisters gemäss Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG)** fallen und dessen Bestimmungen somit auf diese anwendbar sind. Dabei denken wir insbesondere an Punkte wie Risikohinweise, Eignungs- und Angemessenheitsprüfung und Kostentransparenz.

In der Vernehmlassung wird teilweise auf Markt- und Kreditrisiken eingegangen. Die zunehmend an Bedeutung gewinnenden operationellen Risiken werden kaum besprochen. Sinkende Regulierungs- und Eigenkapitalanforderungen könnten beispielsweise auch potentielle Betrugsversuche erleichtern. Zudem steigt das Solvenzrisiko (resp. Kreditrisiko) der Unternehmen. Untersuchenswert wären z.B. auch die steigende Gefahr von Cyberrisk

oder Datenlecks und die daraus resultierende Gefahr von Kundenschädigungen und von Reputationsrisiken für den Schweizer Finanzplatz. Auf diese Risiken könnten potentielle Investoren auch durch zwingenden Hinweis aufmerksam gemacht werden. Wir erachten erhöhte Transparenzvorschriften als ein geeignetes Mittel, da viele Stakeholders mit den Besonderheiten der noch jungen Fintechbranche noch nicht vollumfänglich betraut sind und durch einen Disclosure auf potentielle Risiken aufmerksam gemacht werden können und somit besser informiert Entscheide treffen können.

Die Anwendung der Strafbestimmungen des Bankkündengeheimnisses gemäss Art. 47 Abs. 1a auf Unternehmen gemäss Art. 1b BankG betrachten wir als problematisch, weil dadurch eine weiterer Unschärfereich der Abgrenzung zwischen Art. 1a und 1b geschaffen wird. Die Anwendung der Bestimmung als Marketing-Argument dürfte zudem schwierig werden, sofern Bezug auf das **Bankkündengeheimnis** genommen wird, dürfen sich doch Unternehmen unter dem Titel von Art. 1b nicht als Banken bezeichnen.

6 Schlussbemerkung und Rückmeldung

Für das Interesse, das Sie unseren Anliegen und Überlegungen entgegenbringen, danken wir Ihnen sehr. Selbstverständlich steht Ihnen Christian Dreyer bei Rückfragen gerne zur Verfügung.

Die CFA Society Switzerland ist eine von über 140 lokalen Gesellschaften des CFA Institute, welches weltweit mehr als 120'000 Mitglieder zählt. Die CFA Society Switzerland ist eine non-profit - Organisation mit rund 3000 Mitgliedern. Sie ist bestrebt, fundiertes Fachwissen, Professionalität und Integrität in der Vermögensverwaltung zu fördern. Unsere Organisation vertritt die Interessen ihrer Mitglieder, der Investoren und der allgemeinen Öffentlichkeit zum Wohle der Gesellschaft.

Alle unsere Mitglieder sind an den Code of Ethics und die Standards of Professional Conduct des CFA Institute gebunden und müssen jedes Jahr bestätigen, dass sie sich daran halten.

Freundliche Grüsse

CFA Society Switzerland

Sig. Henrik Grethe CFA

sig. Christian Dreyer CFA

Chair Advocacy Committee

CEO

E-Mail: rechtsdienst@sif.admin.ch
Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Rechtsdienst SIF
Bernerhof
3003 Bern

Zürich, 8. Mai 2017

**Betreff: Vernehmlassung Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung
(Fintech)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Zustellung der Unterlagen im Zusammenhang mit der eingangs erwähnten Vernehmlassung danken wir Ihnen bestens. Die Kommissionen für Bankenprüfung und Rechtsfragen von EXPERTsuisse haben die Vernehmlassungsvorlage eingehend studiert. Unsere Hinweise und Bemerkungen haben wir in der Beilage zusammengefasst.

Für Fragen stehen Ihnen die Unterzeichnenden gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
EXPERTsuisse

Dr. Thorsten Kleibold
Mitglieder der Geschäftsleitung

Rolf Walker
Präsident der Kommission
für Bankenprüfung

Änderung BankG:

Art.	Text gemäss Vernehmlassungsvorlage	Änderungsvorschläge	Bemerkungen / Hinweise
Allg. Hinweis		Wir schlagen die Schaffung eines eigenen, neuen Bewilligungsstatus für die Innovationsförderung im Rahmen des Bankengesetzes vor, welches nicht an den Bewilligungsstatus der Bank anknüpft.	Die Regulierung knüpft unseres Erachtens unglücklicherweise an den Bewilligungsstatus der Bank an. Während der Gesetzgeber ein Vehikel für die Ermöglichung erleichterter Marktzugangsmöglichkeiten für innovative Geschäftsaktivitäten aus dem breiten Finanzbereich anstrebt, wird auf dem höchstregulierten Bewilligungsstatus als entsprechendes Vehikel basiert. Wir vertreten die Auffassung, dass die gewünschten Vorteile und Marktopportunitäten effektiver geschaffen werden können, wenn ein eigener Bewilligungsstatus geschaffen wird, welche nicht an das Zinsdifferenz- und Fristentransformationsgeschäft anknüpft. In Bezug auf FinTech Unternehmen, welche Publikumseinlagen bis CHF 100 Mio. entgegennehmen, jedoch kein Aktivgeschäft betreiben, ist es aufgrund der vorliegenden Entwürfe unklar, wie weit die Erleichterungen bei der Einhaltung der für Banken geltenden aufsichtsrechtlichen Bestimmungen ausgestaltet werden, was für den Erfolg der Erleichterungen von entscheidender Bedeutung sein dürfte. Da auf dem Bewilligungsstatus der Bank basiert wird, besteht die Gefahr, dass ein grosser Teil deren Regulierung auch durch die künftig regulierten FinTech Unternehmen anzuwenden ist, obwohl sich die Risiken stark von einer klassischen Bank unterscheiden. Die in Art. 1b Abs. 3 E-BankG erwähnten Erleichterungen decken diesen Aspekt nur ungenügend ab.
1a	Banken		
	Als Bank gilt, wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und: a. gewerbsmässig Publikumseinlagen von mehr als 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt; b. gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt und diese Publikumseinlagen anlegt oder verzinst; oder c. sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihm beteiligten Banken refinanziert, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen er keine wirtschaftliche Einheit bildet, auf irgendeine Art zu finanzieren. b. gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt und diese Publikumseinlagen anlegt für die Finanzierung des Kreditgeschäfts benützt oder verzinst; oder	Das Anlegen von Publikumseinlagen ist, auch gemäss Erläuterungsbericht, nur auf die Kreditvergabe limitiert. Die Tatsache dass die Einlagen in andere Vermögen angelegt werden (z.B. Effekten, Edelmetalle oder Cryptowährungen) soll nicht dazu führen, dass die Einlagen als Publikumseinlagen qualifiziert werden. Sonst ist der Zweck der Vorlage nicht erfüllt. Wir gehen davon aus, dass als Effekten ausgestaltete Anleihen und strukturierte Produkte, welche über ein Handels- oder Clearingsystem handelbar sind und somit als Bucheffekten ausgestaltet sind, keine Einlagen darstellen. Bei solchen Anleihen steht im Verhältnis zwischen Emittentin und Anleger primär der Anlagecharakter im Vordergrund und nicht der Darlehenscharakter oder derjenige der sicheren Verwahrung. Wir regen an, dies im Erläuterungsbericht entsprechend auszuführen.
1b	Innovationsförderung		
Abs. 1	1 Die Bestimmungen dieses Gesetzes finden sinngemässe Anwendung auf Personen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und: a. gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken entgegennehmen oder sich öffentlich dafür empfehlen; und b. diese Publikumseinlagen weder anlegen noch verzinsen.	b. diese Publikumseinlagen weder anlegen für die Finanzierung des Kreditgeschäfts benützen noch verzinsen.	Vgl. Bemerkungen zu Art. 1a Wir gehen davon aus, dass alle nicht als Effekten ausgestalteten Darlehensformen keine Einlagen darstellen, sofern sie entweder nicht an mehr als 20 Gläubiger ausgegeben werden oder nachweislich zur Finanzierung privater Bedürfnisse oder Projekte dienen und über eine Crowdfunding-Plattform aufgenommen werden. Die aktuellen Entwicklungen im Startup Bereich zeigen, dass solche Crowdfunding Plattformen ein Bedürfnis darstellen und mit der entsprechenden Regelung in der Verordnung entsprechend ausgestaltet werden können. Wir regen an, dies im Erläuterungsbericht entsprechend auszuführen. Ferner regen wir an gegebenenfalls diesen Artikel um eine Bestimmung zu ergänzen, wonach der Bundesrat die Anforderungen an den Nachweis und die Mindestanforderungen für Crowdfunding Plattformen regelt.

Art.	Text gemäss Vernehmlassungsvorlage	Änderungsvorschläge	Bemerkungen / Hinweise
Abs. 2	2 Der Bundesrat kann den Betrag nach Absatz 1 unter Berücksichtigung der Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz anpassen.	2 Der Bundesrat kann den Betrag nach Absatz 1 unter Berücksichtigung internationaler Entwicklungen und der Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz anpassen.	Internationale Entwicklungen spielen im Fintech Bereich eine grosse Rolle, weshalb dies entsprechend ergänzt werden sollte.
Abs. 3	3 Vorbehalten bleiben die folgenden Bestimmungen: a. Die Rechnungslegung für Personen nach Absatz 1 richtet sich ausschliesslich nach den Vorschriften des Obligationenrechts. b. Personen nach Absatz 1 müssen ihre Jahresrechnung und gegebenenfalls ihre Konzernrechnung nach den Vorschriften des Obligationenrechts prüfen lassen. c. Personen nach Absatz 1 beauftragen eine von der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde nach Artikel 9a Absatz 1 oder Artikel 9a Absatz 4 des Revisionsaufsichtsgesetzes vom 16. Dezember 2005 zugelassene Prüfgesellschaft mit einer Prüfung nach Artikel 24 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 (FINMAG). d. Auf Einlagen bei Personen nach Absatz 1 finden die Artikel 37a (privilegierte Einlagen) und 37b (sofortige Auszahlung) keine Anwendung. Die Einlegerinnen und Einleger sind über diesen Umstand zu informieren, bevor sie die Einlage tätigen.	b. Personen nach Absatz 1 müssen ihre Jahresrechnung und gegebenenfalls ihre Konzernrechnung nach den Vorschriften des Obligationenrechts prüfen lassen. Art. 727a Abs. 2-5 des Obligationenrechts ist nicht anwendbar.	Die Möglichkeit des Verzichts auf eine eingeschränkte Revision sollte ausgeschlossen werden. Die Ausnahmeregelung von Art. 1b Abs. 3 E-BankG sollte auch für Wandelanleihen jeglicher Art Geltung beanspruchen. Es ist zu klären, ob eine als Effekte ausgegebene Wandelanleihe per se eine Einlage sein kann, weil sie zivilrechtlich ein Darlehen darstellt, aber gemäss gegenwärtigem Stand für die Zwecke des FIDLEG nicht als Forderungspapier gilt. Alle nicht als Effekten ausgestalteten Darlehensformen stellen weiter dann keine Einlagen dar, wenn i) das vom Darlehensnehmer ausgehende Gegenparteirisiko zwar nicht in einem Prospekt oder Basisinformationsblatt offengelegt wurde, die Darlehensgeber jedoch diese Risiken im Rahmen einer Due-Diligence Prüfung klären konnten, (ii) die Darlehen individuell ausgestaltet und in Abhängigkeit zum vom Darlehensnehmer ausgehenden Gegenparteirisiko verzinst und mit Auflagen (Covenant) versehen, garantiert oder besichert sind, (iii) verschiedene Darlehensnehmer von einem gemeinsamen Agenten vertreten sind, oder (iv) die Risikokapitalnatur der Darlehensfinanzierung gegenüber einem Interesse des Darlehensgebers an der sicheren Verwahrung des gewährten Darlehensbetrags überwiegt. Wie einleitend erwähnt, sollten in diesem Absatz für FinTech Unternehmen, welche Publikumseinlagen bis CHF 100 Mio. entgegennehmen, jedoch kein Aktivgeschäft betreiben, weitere wesentliche Erleichterungen von aufsichtsrechtlichen Vorschriften für Banken aufgelistet werden, die aufgrund der unterschiedlichen Risikostruktur nicht erforderlich sind, jedoch aufgrund des finanziellen und personellen Aufwands eine hohe wirtschaftliche Hürde darstellen. Dies kann z.B. die Erleichterung von Liquiditäts-, Mindestkapital- oder organisatorischen Vorgaben umfassen.
Abs. 4	4 Die FINMA kann in besonderen Fällen die Absätze 1–3 auch für Personen anwendbar erklären, die: a. gewerbsmässig Publikumseinlagen von mehr als 100 Millionen Franken entgegennehmen oder sich öffentlich dafür empfehlen, diese weder anlegen noch verzinsen und den Schutz der Kundinnen und Kunden durch besondere Vorkehrungen gewährleisten; oder b. hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind, keine Publikumseinlagen entgegennehmen und um eine Bewilligung ersuchen.		Ohne die Möglichkeit einer limitierten Verzinsung und Anlage besteht die Gefahr, dass dieser Absatz in der Praxis keine Anwendung findet. Wir empfehlen die Aufnahme einer Bestimmung, wonach der Bundesrat Ausnahmen vorsehen kann.

Revisionsaufsichtsgesetz:

Art.	Vernehmlassungsvorlage	Änderungsvorschläge	Bemerkungen / Hinweise
9a			
Abs. 4	4 Der Bundesrat kann erleichterte Voraussetzungen vorsehen für die Zulassung von Prüfgesellschaften sowie von leitenden Prüferinnen und Prüfern zur Prüfung von: a. der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) direkt unterstellten Finanzintermediären nach Artikel 2 Absatz 3 des Geldwäschereigesetzes vom 10. Oktober 1997 (GwG); b. Personen nach Artikel 1b des Bankengesetzes vom 8. November 1934. Die Zulassung als Prüfgesellschaft resp. leitende Prüferin oder leitender Prüfer berücksichtigt die Erfahrung der Prüfung bei Banken und Effektenhändlern sowie weiteren Finanzintermediären.	Es ist aktuell nicht absehbar, wie viele und wann entsprechende innovative Gesellschaften entstehen werden. Würde die Zulassung der Prüfer lediglich an diesen Status geknüpft besteht die Gefahr, dass nicht genügend Erfahrung (Stunden) sichergestellt werden kann. Zudem ist die Erfahrung aus der Prüfung anderer prudentiell beaufsichtigter Institute geeignet um sich die erforderlichen Kenntnisse anzueignen.

Geldwäschereigesetz:

Art.	Vernehmlassungsvorlage	Änderungsvorschläge	Bemerkungen / Hinweise
2			
Abs. 3 Bst. c und g	(nicht erwähnt)	³ Finanzintermediäre sind auch Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen; insbesondere Personen, die: ... c. für eigene oder fremde Rechnung mit Banknoten und Münzen, auf der Distributed Ledger Technologie basierende Cryptowerte , Gelmarktinstrumente, Devisen, Edelmetallen, Rohwaren und Effekten (Wertpapiere und Wertrechte) sowie deren Derivate handeln; g. Effekten oder auf der Distributed Ledger Technologie basierende Cryptowerte aufbewahren oder veralten.	Wer berufsmässig mit Cryptowährungen oder Cryptowerten für Rechnung von Dritten handelt, sollte dem GwG unterstellt werden.

Finanzmarktaufsichtsgesetz: keine Bemerkungen

KAG:

Art.	Vernehmlassungsvorlage	Änderungsvorschläge	Bemerkungen / Hinweise
2			
Abs. 2 Bst. i	(nicht erwähnt)	Diesem Gesetz nicht unterstellt sind insbesondere: ... i. auf der Distributed Ledger Technologie basierende Cryptowerte bis zu einer Kapitalisation von (Betrag festzulegen) Millionen Franken.	Cryptowerte können in gewissen Fälle als kollektive Kapitalanlagen qualifiziert werden. Um die Evolution solche neuer Anlagevehikel nicht von Anfang an zu blockieren, sollte eine begrenzte Benutzung möglich sein. Deswegen wird vorgeschlagen, dass Cryptowerte nicht als Anlagefonds qualifizieren, falls ihre Kapitalisation einen zu bestimmenden Betrag (z.B. CHF 10 Mio.) nicht übersteigt.

FinfraG:

Art.	Vernehmlassungsvorlage	Änderungsvorschläge	Bemerkungen / Hinweise
47b	(nicht erwähnt)	<u>Der Bundesrat kann für Börsen, die dem Handel mit auf der Distributed Ledger Technologie basierenden Cryptowerten dienen, Vorschriften erlassen, die von diesem Gesetz abweichen, um den Handel mit Cryptowerten zu ermöglichen und insbesondere um das öffentliche Interesse an einem vereinfachten Zugang zu Kapital zu wahren.</u>	Cryptowerte werden auf Plattformen (Exchanger) in P2P oder B2B Modus gehandelt. Obwohl einige Cryptowerte als Effekten qualifiziert werden könnten (siehe Bemerkung zu Art. 2 BEHV), ist eine vollständige Unterstellung der Exchanger unter das FinfraG analog einer Börse nicht gerechtfertigt. Wir regen an, dass der Bundesrat, analog der Strombörse, einen Ausnahmetatbestand vorsieht resp. vorsehen kann.

BankV:

Art.	Vernehmlassungsvorlage	Änderungsvorschläge	Bemerkungen / Hinweise
5			
Abs. 3 Bst. c	3 Nicht als Einlagen gelten: c. Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, die einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn: 1. dafür kein Zins bezahlt wird, und 2. die Abwicklung innert 60 Tagen erfolgt, sofern es sich nicht um Kundenkonti von Effektenhändlern handelt.		Wir gehen davon aus, dass als Effekten ausgestaltete Anleihen und strukturierte Produkte, welche über ein Handels- oder Clearingsystem handelbar sind und somit als Bucheffekten ausgestaltet sind, keine Einlagen darstellen. Bei solchen Anleihen steht im Verhältnis zwischen Emittentin und Anleger primär der Anlagecharakter im Vordergrund und nicht der Darlehenscharakter oder derjenige der sicheren Verwahrung. Wir regen an, dies im Erläuterungsbericht entsprechend auszuführen.
Abs. 3 Bst. c ^{bis}	(nicht erwähnt)	<u>c^{bis}. Edelmetalle, auf der Distributed Ledger Technologie basierende Cryptowerte auf Kundenkonti von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen wenn dafür kein Zins bezahlt wird.</u>	Das Aufbewahren anderer Werte (Edelmetalle, Effekten, oder auf der Distributed Ledger Technologie basierende Cryptowerte) soll nicht dazu führen, dass eine Bankbewilligung notwendig ist. Das wäre gegen den Zweck der Vorlage.
6			
Abs. 2	2 Nicht gewerbsmässig im Sinne des BankG handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich hierfür empfiehlt, wenn er: a. Publikumseinlagen von gesamthaft höchstens 1 Million Franken entgegennimmt; b. die Publikumseinlagen weder anlegt noch verzinst, sofern er hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist; und c. die Einlegerinnen und Einleger bevor sie die Einlage tätigen darüber informiert, dass: 1. er von der FINMA nicht beaufsichtigt wird, und 2. die Einlage nicht von der Einlagensicherung erfasst wird.	b. die Publikumseinlagen weder anlegt für die Finanzierung des Kreditgeschäfts benützt noch verzinst, sofern er hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist; und c. die Einlegerinnen und Einleger bevor sie die Einlage tätigen darüber informiert, dass: 1. er von der FINMA nicht beaufsichtigt wird, und 2. die Einlage weder angelegt noch verzinst und auch nicht von der Einlagensicherung erfasst wird.	Das Anlegen der Publikumseinlagen ist, auch gemäss Bericht, nur auf die Kreditvergabe limitiert. Die Tatsache dass die Einlagen in andere Vermögen angelegt werden (z.B. Effekten, Edelmetalle oder Cryptowährungen) soll nicht dazu führen, dass die Einlagen als Publikumseinlagen qualifiziert werden. Sonst ist der Zweck der Vorlage nicht erfüllt. Präzisierung Die Bestimmung unter Abs. 2 lit. a bezweckt im Kern, neue Finanzierungsformen (z.B. Crowdfunding) bis zu einer CHF 1 Mio. (Passivgeschäft) von der Banklizenzpflicht auszunehmen. Die Tätigkeit soll lizenzfrei möglich sein. Weiter erlaubt Abs. 2 lit. b. im Umkehrschluss jedoch jedem Unternehmen ausserhalb des Finanzbereichs auch, bis zu CHF 1 Mio. quasi „im Nebenamt“ eine lizenzfreie „Mini-Bank“ zu betreiben (Aktivgeschäft). Gerade im Bereich des Aktivgeschäfts besteht jedoch ein Risiko dahingehend, dass sich KMUs mangels Know-Hows in der Kreditvergabe schlicht „übernehmen“. Ob sich dieses Risiko tatsächlich materialisieren wird, bleibt abzuwarten.

Art.	Vernehmlassungsvorlage	Änderungsvorschläge	Bemerkungen / Hinweise
			<p>Weiter ist die Begründung der branchenabhängigen Ungleichbehandlung - mit Ausnahme der möglicherweise ins Feld geführten Verwechslungsgefahr mit einer „richtigen“ Bank – nicht zwingend. Insbesondere auch deshalb, weil vorliegend die Pflicht besteht, die Anleger über die fehlende Banklizenz zu informieren.</p> <p>Der erläuternde Bericht begründet die Ungleichbehandlung mit der Ausnahme der Einlagen vom System der Einlagenrückgewähr (S. 19). Die Regulierungsfolgenabschätzung deutet auf eine ähnliche Motivation zum Schutz der Anleger hin (S. 8). Diese Bedenken treffen aber sowohl auf Unternehmen innerhalb wie ausserhalb des Finanzbereichs zu.</p> <p>In jedem Fall werden sich die Abgrenzungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Kriterium „hauptsächlich im Finanzbereich tätig“ gemäss Art. 4 BankV akzentuieren.</p> <p>Eine Klärung der obigen Fragen und allfällige Präzisierung wäre im Verlaufe des weiteren Gesetzgebungsprozesses wünschenswert.</p> <p>Für den Fall einer Bestätigung des aktuellen Vernehmlassungstextes haben wir zur Einschränkung des oben erwähnten Risikos über weitere flankierende Massnahmen nachgedacht. Selbstredend wären bei solchen Massnahmen ebenfalls eine Kosten- Nutzenabwägung vorzunehmen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • U.a. könnte mit einer Meldepflicht gegenüber der FINMA sowie einer entsprechenden Publikation der Namen der im Bereich der Sandbox tätigen Unternehmen die Transparenz und damit der Anlegerschutz gestärkt werden (zumindest solange, bis man klare Anzeichen dafür hat, dass die Sandbox mitunter nicht zu verschärften Anlegerschutzproblemen führt). • Auch ist über Mindestanforderungen bezüglich der Eignung der verantwortlichen natürlichen Personen nachzudenken. • Schlussendlich könnte ein „Regulatory Audit light“ vorgesehen werden, allenfalls mit zeitlicher Verzögerung (erstmalig z.B. 1 Jahr nach Geschäftsaufnahme), um ein passendes Gleichgewicht zu finden.
Abs. 3	(nicht erwähnt)	<u>Überschreitet ein Effekten- oder Edelmetallhändler, Vermögensverwalter oder ein ähnliches Unternehmen die Schwellenwerte gemäss Absatz 2 dieses Artikels, so muss er dies innerhalb von 10 Tagen der FINMA melden und ihr innerhalb von 90 Tagen ein Bewilligungsgesuch gemäss Artikel 1b des Gesetzes einreichen.</u>	Eine Gesellschaft soll nicht seine Tätigkeit unterbrechen müssen, bloss weil sie die Schwellenwerte überschreitet. Es soll eine Regelung wie bei Art. 1b Abs. 3 KAV geben, die es einer Gesellschaft, welche den Schwellenwert überschreitet, erlaubt, die Tätigkeit fortzuführen falls die FINMA informiert und ein formelles Bewilligungsgesuch eingereicht worden ist.

FinfraV:

Art.	Vernehmlassungsvorlage	Änderungsvorschläge	Bemerkungen / Hinweise
1			
Abs. 1 ^{bis}	(nicht erwähnt)	<u>Nicht als Effekten gelten auf der Distributed Ledger Technologie basierende Cryptowerte bis zu einer Kapitalisation von (Betrag noch festzulegen) Millionen Franken.</u>	Obwohl der Zweck der Änderung des BankG und der BankV als Erleichterung der Aktivitäten im Bereich der FinTech zu qualifizieren ist, wurde die Frage nach der rechtlichen Qualifizierung von Cryptowährungen nicht behandelt. Eine Qualifikation von Cryptowerten als Effekten könnte die Entwicklung dieser Technologie gefährden. Heute ist sehr schwierig zu sagen, ob Blockchain basierte Werte als Effekten qualifizieren. Um eine gewisse Sicherheit zu geben sollte man feststellen, dass auf jeden Fall Cryptowerte nicht als Effekten zu qualifizieren sind, sofern sie eine Kapitalisation von einem noch zu bestimmenden Betrag (z.B. CHF 1 Mio.) nicht übersteigen.

AIAV:

Art.	Vernehmlassungsvorlage	Änderungsvorschläge	Bemerkungen / Hinweise
16 ^{bis}			
	(nicht erwähnt)	<u>Meldende Finanzinstitute können auf der Distributed Ledger Technologie basierende Cryptowährungen und/oder Cryptowerte bis zu einen Wert von CHF (Betrag noch festzulegen) als ausgenommene Konten nach Artikel 4 Absatz 3 AIAG behandeln.</u>	Cryptowerte auf der Blockchain sind finanzielle Werte die dem automatischen Informationsaustausch unterliegen sollen. Diese Meldung kann aber viele Unternehmen aufgrund der hohen Kosten abschrecken. Eine Meldung sollte deswegen nur stattfinden, wo notwendig. Die AIAV sieht schon heute verschiedene Ausnahmen vor, wo eine Meldung nur ab einem gewissen Betrag stattfinden muss (z.B. bei Kreditkarten-Guthaben oder auch bei e-money). Entsprechend sollten auch Cryptowerte ab einen bestimmten Betrag (z.B. CHF 50'000 analog der Kreditkarten) beschränkt meldepflichtig sein. FATCA sieht eine ähnliche Ausnahme vor.

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF
Bundesgasse 3
3003 Bern

Zürich, 8. Mai 2017

Elektronischer Versand: rechtsdienst@sif.admin.ch

Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech): Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen Kanton Zürich

Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung zur Vernehmlassung der oben genannten Vorlage danken wir Ihnen. Die FDP Kanton Zürich beteiligt sich an dieser Vernehmlassung, da der Finanzsektor für Zürich von grosser Bedeutung ist. Gerne geben wir Ihnen im Folgenden unsere Position zur Kenntnis.

FDP.Die Liberalen stimmt der Vorlage zur Fintech Regulierung grundsätzlich zu. Wir begrüssen ausdrücklich, dass der Bundesrat handelt und Raum schaffen will für Innovation im Finanzbereich. Gerne bringen wir aber im Weiteren auch kritische Punkte ein, welche aus unserer Sicht entscheidend für den Erfolg in der Praxis sein werden.

1. Begrüssenswerter Ansatz

Die Digitalisierung schreitet rasch voran und fordert bestehende Regulierung heraus. Regulierung muss daher innovative Ideen zulassen indem weniger technische Umsetzungsdetails gesetzlich festgeschrieben werden, sondern vermehrt Grundsätze, wie beispielsweise das Ziel der Regulierung. Dies hat die FDP bereits in ihrem Positionspapier vom November 2016 gefordert („[Chancen der Digitalisierung](#)“).

Im vorliegenden Entwurf begrüssen wir daher explizit, dass die Fintech Regulierung offen für alle Geschäftsmodelle ausgestaltet wird. Keiner weiss wie die Fintech-Innovationen der Zukunft aussehen werden, daher würde eine zu enge Definition den Fortschritt verhindern.

2. Jedoch: Erst ein erster Schritt Richtung Innovation

Grundsätzlich kritisieren wir jedoch, dass sich der Entwurf noch zu fest in bestehenden juristischen Strukturen und Denkmustern bewegt. Dies könnte in der praktischen Umsetzung der geplanten Zielsetzung – Raum für Innovation schaffen – im Wege stehen. So befindet sich die Fintech Regulierung im Bankengesetz, obwohl diese Unternehmen eben keine Banken darstellen. Mit vorliegendem Entwurf sieht es dann auch so aus als würden die Firmen, sobald sie die gesetzlich definierten Schwellen der Sandbox oder der Fintech Lizenz überschreiten automatisch wieder unter die Bankenregulierung fallen. Eine Ausweitung der betroffenen Gesellschaften, welche unter die Bankenregulierung fallen, auch wenn damit die Schaffung eines „level playing field“ für alle Akteure angestrebt wird, ist abzulehnen. Die Erreichung des „level playing field“ kann viel eher über risikobasierte Deregulierung erfolgen.

Es wird zudem nicht effektiv Regulierung abgeschafft, sondern im bestehenden juristischen Rahmen neue Regulierung geschaffen. Zukunftsgerichtet müsste die Finanzmarktregulierung insgesamt risikobasierter ausgestaltet werden, damit für alle Dienstleistungen mit geringem Risikoprofil die Regulierung abgebaut wird. Dies würde auch für gleich lange Spiesse gegenüber etablierten Finanzinstituten sorgen, welche ebenfalls Innovation betreiben.

Diese Unzulänglichkeiten werden spätestens bei einem späteren Einbezug neuer Technologien wie Blockchain zu Tage treten. Nicht jede neue Innovation im Bereich des Finanzmarktes wird sich in die vorgeschlagenen Ausnahmeregelungen mit restriktiven Schwellenwerten quetschen lassen. Daher ist über kurz oder lang eine umfassende Neuausrichtung der Finanzmarktregulierung notwendig. Ohne eine kohärente Neuausrichtung laufen wir Gefahr unabsichtlich gesetzliche Lücken und ungleiche Spiesse zu schaffen oder allenfalls auch eine wirkungslose Regulierung zu beschliessen.

Zudem hängt die Innovation im Bereich Fintech auch mit anderen regulatorischen Entwicklungen zusammen als nur der Finanzmarktregulierung. Der Bundesrat tut daher gut daran, die geplante Vorlage für eine e-ID mit der Fintech Regulierung zu koordinieren, die vollständige elektronische Abwicklung von Geschäften zu ermöglichen und offene Fragen im Bereich des Datenschutzes zu klären.

Wir fordern ebenfalls grundsätzlich, dass etablierte Geschäftsmodelle – sei es im Banken, Versicherungs- oder Kreditgeschäft – nicht benachteiligt werden dürfen. Risikobasiert ist eine Deregulierung an die Hand zu nehmen, welche jegliche Innovation fördert.

Im Folgenden nehmen wir zu den konkret vorgeschlagenen drei Massnahmen Stellung:

3. Ausweitung der Frist für Abwicklungskonten

Diese Massnahme zugunsten von Crowdfunding-Plattformen war überfällig. Allerdings stellt die vorgeschlagene Fristverlängerung für die Abwicklung ein zu zaghafter Schritt dar. Wir fordern daher eine Fristverlängerung auf 90 Tage.

4. Schaffung eines Innovationsraums

Die Sandbox stellt ein Instrument dar, welches Firmen den Einstieg in den Markt erleichtern könnte. Wir begrüssen ausdrücklich, dass ein solcher Innovationsraum geschaffen wird. Es muss allerdings geklärt werden, wie bei Überschreiten des Schwellenwertes von 1 Million Publikumseinlagen der Übergang von der Sandbox Probephase zur Bewilligung vonstattengehen wird.

5. Neue Bewilligungskategorie

Wie bereits obenstehend erläutert, leidet diese „Fintech-Lizenz“ darunter, dass nicht abschliessend klar ist, inwiefern sich die Unternehmen mit dieser Lizenz von Banken unterscheiden. Es muss unter anderem abschliessend geklärt werden, was unter „Aktivgeschäft“ gemeint wird, wie die Risiken für die Einlagen aussehen und welche Aufsicht angebracht ist. Es ist mit vorliegenden Informationen schwierig einzuschätzen, ob diese neue Bewilligungskategorie wirksam Innovation fördern kann. Zusätzliche Informationen zur Umsetzung müssten genauer aufzeigen, wie verhindert werden kann, dass diese neue Bewilligungskategorie entweder für Umgehungsgeschäfte genutzt wird oder toter Buchstaben bleibt.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Argumente.

Freundliche Grüsse

FDP Kanton Zürich



Hans-Jakob Boesch
Parteipräsident



Secrétariat général

rechtsdienst@sif.admin.ch

Département fédéral des finances
DFF
Bundesgasse 3
3003 BERNE

Genève, le 7 avril 2017
FER No 08-2017

Modification de la loi sur les banques et de l'ordonnance sur les banques (FinTech)

Madame, Monsieur,

C'est avec intérêt que nous avons pris connaissance de la procédure susmentionnée. Bien que non directement concernée par la modification, la FER s'engage pour des conditions cadre favorables à l'économie et pour un accès au marché le meilleur et le plus ouvert possible. Pour rappel, notre Fédération est une association patronale faitière romande, qui groupe six membres: la Fédération des Entreprises Romandes Genève, la Fédération patronale et économique, l'Union patronale du Canton de Fribourg, la Fédération des Entreprises Romandes Arc jurassien, la Fédération des Entreprises Romandes Neuchâtel et la Fédération des Entreprises Romandes du Valais. Elle concerne plus de 40'000 entreprises en Suisse romande.

Les progrès technologiques impactent l'ensemble de l'économie et le secteur de la finance n'est évidemment pas épargné. Des entreprises innovantes ont développé des produits dans le domaine des technologies financières et offrent des services de paiement mobile, dans le domaine des monnaies cryptographiques ou encore de paiement participatif (crowdfunding). Or, ces entreprises, appelées FinTech, sont soumises à la législation bancaire bien que les activités exercées sortent du champ traditionnel des banques. Il convient donc d'adapter les dispositions existantes à ces nouvelles prestations, en revoyant les exigences attendues pour ces nouvelles activités, dont le degré de risque diffère, et en assouplissant le cadre réglementaire, par définition stricte, pour ce qui concerne les activités purement bancaires.

Notre Fédération soutient la révision proposée, qui entend notamment créer de nouvelles catégories de réglementation, adaptées au développement en cours dans le secteur de la finance.

En premier lieu, la fixation d'un délai suffisant de 60 jours pour les comptes d'exécution (non rémunérés) permettra de faciliter la récolte de fonds via les plateformes de financement participatif. La pratique a en effet démontré que le délai de 7 jours prévu par la FINMA n'était pas réaliste et qu'il convenait de prévoir une période plus longue. Il s'agit ensuite de permettre aux start-up de tester leurs modèles d'affaires, hors des contingences traditionnelles attendues de la FINMA, tout en respectant la réglementation concernant le blanchiment d'argent.

A nouveau, la législation actuelle n'est pas adaptée aux nouvelles formes de financement des entreprises ; il convient donc de l'assouplir, en permettant d'accepter plus de sources de financement différentes, sans pour autant avoir besoin d'une autorisation bancaire.

Enfin, la nouvelle licence destinée aux innovateurs du secteur de la finance est adaptée à leur profil, moins risqué que celui des acteurs bancaires traditionnels.

Ces différentes propositions, loin d'alourdir le système, permettent au contraire d'alléger la réglementation en vigueur et de l'adaptation à l'évolution technologique du secteur.

Dans ce sens, la proposition qui nous est soumise doit être soutenue.

Notre Fédération soutient également les buts poursuivis par la réforme, à savoir diminuer les obstacles à l'accès au marché des FinTech et renforcer la capacité concurrentielle de la place économique suisse. Elle souligne néanmoins qu'il conviendra d'être attentif au respect de l'égalité de traitement entre les acteurs concernés. Cela implique que les banques traditionnelles qui souhaiteraient se lancer dans les FinTech ne soient pas soumises pour ces activités à des exigences plus strictes et subissent de facto une inégalité de traitement.

Commentaire des articles

Ordonnance sur les banques

Art. 5, al. 3, let. c : la FER soutient la proposition, plus conforme à la réalité des besoins de financement que la pratique actuelle.

Art. 6 : dans ce cas également, l'ajout du second alinéa permet également de s'adapter à l'évolution des pratiques pour ce qui concerne le financement d'entreprises, tout en respectant la légitime information des clients sur le cadre réglementaire qui s'applique à leurs dépôts.

Loi sur les banques

Art. 1a : pas de commentaire.

Art. 1b : cet article permet d'introduire une souplesse nécessaire à ce type d'activités, qui sortent du cadre strictement bancaire et qui par conséquent doivent pouvoir bénéficier d'un régime d'autorisation moins strict.

En vous remerciant de l'attention accordée à ces quelques lignes, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de notre parfaite considération.



Blaise Matthey
Secrétaire général



Stéphanie Rueggsegger
Directrice à la FER Genève

Eidgenössisches Finanzdepartement

Via Email an: rechtsdienst@sif.admin.ch

Opfikon-Glattbrugg, 26. April 2017

Stellungnahme FINDLING GREY AG
zur Vernehmlassung zu
Änderungen des Bankengesetzes und der Bankenverordnung im Bereich Fintech

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die FINDLING GREY AG ist ein Unternehmen, das insbesondere in den Bereichen Rechts- und Complianceberatung für Finanzintermediäre tätig ist. Als Geschäftsführer der Gesellschaft nehme ich nachfolgend gerne die Möglichkeit wahr, mich zur Vernehmlassung des Bundesrats zu Änderungen des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech) zu äussern.

Grundsätzliches: Zunächst ist die Initiative des Bundesrats, Fintech-Aktivitäten zu regulieren bzw. regulatorisch zu privilegieren grundsätzlich zu begrüssen. Ein Blick ins Ausland zeigt, dass auch schon andere Länder (wie beispielsweise UK oder Singapur) einen beträchtlichen regulatorischen Aufwand betreiben, um Fintech-Innovationen anzuziehen bzw. zu fördern. Neue Finanztechnologien werden die Finanzbranche in den nächsten Jahren und Jahrzehnten zweifelslos in einer fundamentalen bzw. „disruptiven“ Weise verändern, sodass sich auch der Schweizer Finanzplatz hier richtigerweise bereits jetzt in Position bringt. In diesem Sinne ist im Übrigen auch schon das FINMA Rundschreiben 2016/07 «Video- und Online-Identifizierung» als ein Schritt in Richtung Digitalisierung der Finanzbranche zu begrüssen.

Die Frage, die sich vorliegend stellt, ist damit weniger, ob die Schweiz mit ihrem Vorstoss das Richtige tut, sondern vielmehr, ob sie hierbei die Prioritäten thematisch und zeitlich richtig setzt und ob die vorgeschlagenen regulatorischen Massnahmen auch die hiermit verbundenen Risiken für den Finanzplatz und das Publikum angemessen berücksichtigen.

Im Einzelnen: Mit Verweis auf die obigen grundsätzlichen Gedanken möchte ich mich zur Vernehmlassungsvorlage wie folgt äussern:

I. Der Fokus der regulatorischen Vorstösse liegt klar auf crowd-basierten Technologien. Andere womöglich sogar wichtigere Finanz-Technologien werden (noch) nicht erfasst.

Die Schweiz tut wie erwähnt gut daran, tatsächlich und potentiell wirtschaftlich bedeutende FinTech-Innovationen regulatorisch zu fördern. Je früher die Schweizer Wirtschaft mit diesen neuen Technologien Berührung aufnimmt, desto mehr profitieren hiervon v.a. aufgrund von Effizienz- und Effektivitätsgewinnen letztendlich Land und Leute.

Im Bericht zur Vernehmlassung werden diese neuen Finanz-Technologien bzw. FinTech-Trends allesamt richtig erkannt und beschrieben. Gleichwohl fällt auf, dass der Schwerpunkt der Regelung klar auf crowd-basierten Technologien liegt. Andere vielversprechende Technologien wie insbesondere die „Block-Chain-Technologie“ (die die Welt in grundlegendster Weise verändern dürfte) aber auch bereits schon heute immer wichtiger werdende, neue Technologien im Bereich von Zahlungsverkehr und Bezahlssystemen und auch Virtuelle Währungen werden demgegenüber (noch) nicht von der regulatorischen Initiative erfasst. Ein allzu langes Zuwarten ist hier möglicherweise nachteilig, denn die „Silicon Valleys“ dieser Welt entstehen dort, wo ihnen der Regulator hoheitlich-wohlwollend entgegenkommt, selbst wenn noch keine klaren und gefestigten gesetzlichen Definitionen bestehen.

II. Die Idee einer „sandbox“ wird in der Vernehmlassung zu zögerlich angegangen.

Gleichwohl, der Vorschlag des Bundesrats ist (auch wenn er sich vorläufig bloss mit crowd-basierten Finanztechnologien befasst), zu begrüßen. Gemäss der Vernehmlassung bestehen die vorgeschlagenen Massnahmen hierbei jedoch im Wesentlichen bloss darin, Privilegierungen gegenüber dem Banken-Regulatorium zu schaffen indem Ausnahmetatbestände (zeitliche bzw. finanzielle Limiten) ausgeweitet werden. Die Idee hinter diesen Privilegierungen soll sein, den Innovationsträgern einen Experimentier- oder Innovationsraum (bzw. einen technologischen Sandkasten; „sandbox“) zu schaffen, wo neue Technologien am Markt getestet werden können, ohne gleich die restriktiven Regeln für Banken und andere Finanzinstitute befolgen zu müssen. Dem wäre eigentlich nichts entgegen zu setzen, allerdings ist anzumerken, dass die Idee der „sandbox“ im Ausland (wie beispielsweise in UK oder Singapur) vielfach umfassender verstanden wird als in der Schweiz und sich insbesondere nicht auf die Gewährung von regulatorischen Privilegien beschränkt. Vielmehr wird der Innovator auf seinem Projekt relativ eng von Regulator begleitet und auch rechtlich unterstützt. Dies schafft nicht nur Vertrauen unter den Innovatoren und Investoren sondern hat auch den willkommenen Nebeneffekt, dass sich Missbräuche durch „Fake-Tech-Unternehmen“ (sich unten) einschränken lassen. Es versteht sich auch von selbst, dass eine so verstandene „sandbox“ eine grössere Publikumswirkung bzw. Aufmerksamkeit unter den weltweiten FinTech-Innovatoren und FinTech-Investoren erfahren dürfte als bloss die Anpassung von eher wenig bekannten bankengesetzlichen Limiten.

III. Die Risiken der vorgeschlagenen Privilegierungen werden unterschätzt. Insbesondere „FakeTech-Unternehmen“ stellen eine Gefahr dar für den Ruf des Finanzplatzes als auch für das Publikum.

Gemäss dem Bericht zur Vernehmlassung sollen die Risiken der vorgeschlagenen, neuen Vorschriften gegenüber dem jetzigen Zustand nicht ins Gewicht fallen. Auch wenn die Innovationsfreude des Bundesrates wie erwähnt positiv zu werten ist, so ist in Bezug auf diese Aussage doch eine gewisse Vorsicht angebracht. Meines Erachtens können die vorgeschlagenen Massnahmen bzw. Privilegierungen das Risiko für den Finanzplatz Schweiz und insbesondere für das Publikum sehr wohl erhöhen.

Insbesondere ist hierbei zu bedenken, dass nicht nur „echte“ FinTech-Unternehmen von diesen Privilegien zu profitieren vermögen sondern auch „unechte“ bzw. „Fake-Tech-Unternehmen“, die im Gegensatz zur ersten Kategorie Innovation nur vortäuschen. Das auf diese Weise im Publikum eingesammelte Kapital wird hier nicht oder nur scheinbar in Zukunftstechnologien investiert, sondern dient lediglich dazu, in Form von Boni und Honoraren oder auch Darlehen an die Gründer (bzw. Betrüger) und deren Partner ausbezahlt zu werden. Wenn die Gesellschaft auf die Weise dann finanziell geplündert wurde, wird sie in der Regel liquidiert und gelöscht oder wartet in Form einer Mantelgesellschaft auf ihren nächsten illegalen Einsatz. Nach wie vor werden solche Machenschaften in der Schweiz nur selten als Betrug (gem. StGB) geahndet, was auch damit zusammenhängt, dass es schwierig ist, echtes unternehmerisches Handeln von vorsätzlich vorgetäuschten Scheinhandlungen zu unterscheiden. Und so verlieren nach wie vor jedes Jahr immer wieder vor allem Kleinsparer und Kleinanleger Teile ihres Ersparnen oder ihrer Vorsorge. Besorgniserregend ist diesbezüglich auch, dass hiergegen bislang weder das GwG noch das KAG eine wirksame Handhabe boten. Wenn das Einsammeln von Publikumsgeldern neuerdings nun auch noch bis zu einem Betrag von CHF 1 Mio. als „nicht gewerbsmässig“ gelten und damit bewilligungsfrei erfolgen soll, so gibt es allen Grund, zu befürchten, dass dies auch Betrüger wie beschrieben anlocken wird. Die vorgeschlagenen Privilegien sollten vom schweizerischen Regulator daher also nicht bedingungslos gewährt werden, sondern erst, wenn es wenigstens glaubhaft erscheint, dass echtes Unternehmertum vorliegt.

Fazit: Die Initiative des Bundesrats im Bereich FinTech-Regulierung ist grundsätzlich gutzuheissen, allerdings mit Einschränkungen. Insbesondere fällt auf, dass der Schwerpunkt der Anpassungen gänzlich auf crowd-basierten Finanzinnovationen liegt und (noch) nicht auch auf den womöglich wichtigeren FinTech-Technologien Block-Chain, Virtuelle Währungen und neue Zahlungsverkehrs- und Bezahlsysteme. Kritisch zu hinterfragen ist sodann, ob die vorgeschlagenen Massnahmen tatsächlich Innovationsräume („sandbox“) fördern, solange sie sich bloss auf die Gewährung von Privilegien beschränken und der Regulator den Innovator nicht gleichzeitig regulatorisch unterstützt und begleitet.

Eine solche Begleitung hätte auch den Vorteil, dass diejenigen Firmen, die von den Privilegien profitieren wollen, im Nebeneffekt auch überwacht werden könnten. Dies scheint deshalb wichtig zu sein, weil ansonsten davon ausgegangen werden muss, dass die regulatorischen Privilegien nicht nur echte Fin-Tech Unternehmen beanspruchen werden sondern auch in betrügerischer Absicht handelnde Scheinunternehmen („FakeTech-Unternehmen“). Alternativ hierzu wäre auch denkbar, dass FinTech-Unternehmen, die behaupten solche zu sein, dies gegenüber dem Regulator in einer plausiblen Weise erklären müssten.

Thomas Burkhard

Geschäftsführer FINDLING GREY AG

Per E-Mail

rechtsdienst@sif.admin.ch

Kontakt:

Kaspar Ulmann
kaspar.ulmann@finma.ch
+41 (0)31 327 91 53

Bern, 8. Mai 2017

Vernehmlassung zur neuen Fintech-Regulierung

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns, zum Vernehmlassungsentwurf des Bundesrates zur neuen Fintech-Regulierung Stellung nehmen zu können.

Die FINMA unterstützt den Antrag an den Bundesrat zur Verringerung von Markteintrittshürden für Fintech-Unternehmen. Die FINMA betrachtet innovationsfreundliche Rahmenbedingungen als wichtigen Beitrag zur Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes. Aus diesem Grund hat sie bereits im Herbst 2015 erste Vorschläge unterbreitet, wie ungerechtfertigte Marktzutrittsbarrieren für Fintech-Unternehmen gesenkt und damit die Entwicklung innovativer Finanzdienstleistungen gefördert werden können. Die nun auf dieser Basis erarbeitete Vernehmlassungsvorlage scheint diesen Bestrebungen über weite Teile gerecht zu werden. Zu einzelnen Punkten haben wir allerdings Bedenken und regen im unten Stehenden aus unserer Sicht wichtige Anpassungen an.

Mit einer raschen Umsetzung der Vorlage bietet sich nun eine Chance, dem Schweizer Finanzplatz im starken internationalen Wettbewerb mit andern Finanzplätzen einen entscheidenden Vorteil zu verschaffen.

Sandbox-Bestimmung (Art. 6 E-BankV)

Schwellenwert und Unterstellungspflicht gemäss GwG

Die ursprüngliche Idee eines Innovationsraumes (Sandbox) gründet auf den Erfahrungen der FINMA aus dem unmittelbaren Austausch mit Marktteilnehmern und den praktischen Bedürfnissen insbesondere von Start-up-Unternehmen. Potentiellen Markteinsteigern soll mit der Sandbox ermöglicht werden, ihr Geschäftsmodell in einer ersten Phase in einem begrenzten, vollständig regulierungs- und aufsichtsfreien Umfeld zu testen. Die aufsichtsrechtlichen Anforderungen und die damit verbundenen Kosten sollen in dieser ersten Testphase auf ein Minimum beschränkt bleiben. Nach dem Vorschlag der FINMA wäre demnach die Entgegennahme von Einlagen bis zu einer Schwelle von CHF 200'000 frei von aufsichtsrechtlichen Anforderun-



gen, inklusive jener nach der Geldwäschereigesetzgebung, zulässig gewesen. Dies unter der Voraussetzung, dass kein Aktivgeschäft (insb. keine Kreditvergabe) betrieben wird. Idee der Sandbox war es nicht, bereits eine langfristige kommerzielle Tätigkeit mit der Entgegennahme von Einlagen zu ermöglichen. Dafür sollte die neu zu schaffende Bewilligungskategorie für Fintech-Unternehmen dienen.

Der Vernehmlassungsentwurf sieht nun einen deutlich höheren Schwellenwert von CHF 1 Million vor, dafür aber eine Unterstellungspflicht nach GwG. Sollte am nun erhöhten Schwellenwert von CHF 1 Million festgehalten werden, regen wir an, den Entwurf um einen bis zu einem Schwellenwert von CHF 200'000 (oder jedenfalls CHF 100'000) zu ergänzen, in dem auch eine Unterstellung unter die Sorgfaltspflichten nach GwG entfällt. Aufgrund des tiefen Schwellenwerts ist dies sowohl aus Aufsichtsperspektive unter Geldwäschereirisiken wie auch mit Blick auf einschlägige internationale Standards der FATF vertretbar. Damit würde vermieden, dass Start-up-Unternehmen zunächst einen Anschluss an eine GwG-SRO bzw. eine Direktunterstellung bei der FINMA beantragen und die damit verbundenen Kostenfolgen auf sich nehmen müssen. Stattdessen könnten sie innovative Geschäftsideen unbürokratisch, kostengünstig und rasch in einem realen Umfeld testen.

Teilweise Zulässigkeit des Aktivgeschäfts

Wie dargelegt, ist die Sandbox als Testfeld im Hinblick auf eine allfällige künftige Fintech-Bewilligung konzipiert. Im Rahmen dieser Fintech-Bewilligung ist der Betrieb eines Aktivgeschäfts untersagt (Art. 1b Abs. 1 Bst. b E-BankG). Entsprechend ist auch für die Sandbox das Aktivgeschäft auszuschliessen. Der Entwurf sieht einen solchen Ausschluss vor, allerdings nur für Personen, die "hauptsächlich im Finanzbereich tätig" sind (Art. 6 Abs. 2 E-BankV). Auf diese Ausnahme ist zu verzichten.

Aus Aufsichtsperspektive ist problematisch, dass Personen, die nicht im Finanzbereich tätig sind, in der Sandbox auch das Aktivgeschäft betreiben dürfen. Zweck der Finanzmarktgesetzgebung ist der Schutz der Anleger sowie die Stabilität des Finanzsystems. Aus Sicht des Anlegerschutzes macht es keinen Unterschied, ob Einlagen von einem Industrieunternehmen oder von einem vorwiegend im Finanzbereich tätigen Unternehmen entgegengenommen werden. In beiden Fällen muss die Anlage und Verzinsung von Publikumseinlagen ohne Bankbewilligung untersagt bleiben, um die Kunden vor den damit verbundenen Ausfallrisiken zu schützen. Hinzu kommt, dass Personen, die nicht im Finanzbereich tätig sind, in aller Regel nicht über die Expertise verfügen werden, das Bankgeschäft (Aktiv- und Passivgeschäft) erfolgreich zu betreiben. Jüngste Fälle aus der Aufsichtspraxis zeigen, dass unseriöse Unternehmen, die nicht vorwiegend im Finanzbereich tätig sind, Anleger mit Renditeversprechen anlocken. Konkret besteht die Problematik in der Peripherie des Finanzmarktes. Hier sind bereits heute erhöhte Risiken

für das Publikum zu beobachten. Darunter fallen unseriöse Investitionsmöglichkeiten in vermeintlich lukrative Sachwerte wie Rohstoffe oder Verbrauchsgüter. Es ist davon auszugehen, dass solche Anbieter von der Möglichkeit der Sandbox-Ausnahme besonders profitieren würden. Trotz des Schädigungspotentials für die Einleger könnten solche Anbieter beim nun vorgesehenen Vorschlag finanzmarktrechtlich nicht mehr sanktioniert werden. Häufig sind diese Unternehmen wegen der hohen Arglisthürde beim Betrugstatbestand auch strafrechtlich kaum zu sanktionieren.

Im erläuternden Bericht (s. 40) wird ausgeführt, mit der Ausnahme ermögliche es die Sandbox "Unternehmen ausserhalb des Finanzbereichs", Kredite von beliebig vielen Kreditgebern entgegenzunehmen, wodurch sich Startups und KMU eine neue Finanzierungsquelle erschliessen könnten. Mit dem Zweck der Sandbox, nämlich der Förderung innovativer Finanzdienstleistungen, hat dies nichts zu tun. Bereits nach geltendem Recht qualifiziert die Unternehmensfinanzierung mittels Anleihen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. b BankV nicht als Einlage, was insbesondere auch für die Darlehensaufnahme via Crowdfunding gilt. Zwar setzt dies derzeit noch die Auflage eines Prospekts nach Obligationenrecht voraus, doch ist absehbar, dass dazu unter dem FIDLEG ein einfaches Basisinformationsblatt ausreichen wird (vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, BBl. 2015 8901, 8645 f.). Der damit verbundene Aufwand ist kein Innovationshemmnis und stellt vor dem Hintergrund seines Zwecks, des Anlegerschutzes, keine tatsächliche Hürde dar.

Wir beantragen, das Aktivgeschäft für die gesamte Tätigkeit in der Sandbox auszuschliessen und den zweiten Halbsatz von Art. 6 Abs. 2 Bst. b E-BankV zu streichen.

Anforderung punkto Informationspflicht gegenüber Einlegern

Wer im Rahmen der Sandbox Einlagen entgegennimmt, muss Einleger vor der Entgegennahme darüber informieren, dass er nicht von der FINMA beaufsichtigt wird und dass die Einlagen nicht von der Einlagensicherung geschützt sind (Art. 6 Abs. 2 Bst. c E-BankV). Auf letzteres sind auch die Einleger bei Instituten mit einer Fintech-Bewilligung hinzuweisen (Art. 1b Abs. 3 Bst. d E-BankG). Diese Informationspflicht ist zu begrüssen. Sie bildet die Voraussetzung für einen eigenverantwortlichen Entscheid des Einlegers darüber, wo und zu welchen Bedingungen er seine Gelder deponiert. Gleichzeitig kann das Erfüllen der Informationspflicht in der Praxis bedeutend sein für die Frage, ob Einlagen befugt oder unbefugt entgegengenommen wurden. Eine unbefugte Entgegennahme wird nicht nur aufsichtsrechtlich sanktioniert, sondern ist auch strafbar (Art. 46 Abs. 1 Bst. a BankG). Aus Gründen der Rechtssicherheit sollten die Anforderungen an die Information daher auf Verordnungsstufe näher konkretisiert werden. Wir schlagen vor zu verlangen, dass die Information *explizit* (d.h. nicht nur in AGB oder auf der Website des Unternehmens auffindbar) und *schriftliche oder in einer anderen durch Text nachweisbare Form* erfolgen muss.

Möglichkeit einer "freiwilligen" Bewilligung (Art. 1b Abs. 4 Bst. b E-BankG und Art. 3 Abs. 1 Bst. a E-FINMAG)

Der Entwurf sieht vor, dass auch eine Bewilligung beantragen kann, wer keine Einlagen entgegennimmt, sofern er hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und die FINMA um eine Bewilligung ersucht. Griffige Kriterien, die für eine Bewilligungserteilung erfüllt sein müssen, fehlen in der Vorlage. Die so geschaffene Möglichkeit einer "freiwilligen Bewilligung" (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. a E-FINMAG), also einer Bewilligung für Tätigkeiten oder Sachverhalte, die als solche gar nicht bewilligungspflichtig sind, würde ein Paradigmenwechsel in der schweizerischen Rechtstradition darstellen. Auch im internationalen Vergleich dürfte dies ein Novum darstellen, mit schwer absehbaren Folgen. Ohne griffige Leitplanken läuft die FINMA Gefahr, Fintech-Unternehmen beaufsichtigen zu müssen, mit deren Geschäftsmodell sie nicht vertraut ist, wie z.B. reine IT- oder Beratungsunternehmen, deren Tätigkeit einen Bezug zum Finanzmarkt hat, die in den Finanzmarktgesetzen aber nicht reguliert werden. Es wären Bewilligungen für Unternehmen zu prüfen, deren Tätigkeit weder der Schutz der Kunden noch des Finanzsystems regulierungsbedürftig ist. Die FINMA wehrt sich dagegen, Bewilligungen als leere Hüllen auszustellen.

Die Möglichkeit der freiwilligen Bewilligung ist vor dem Hintergrund des Mandats der FINMA und des fehlenden Schutzzwecks abzulehnen. Eine freiwillige Bewilligung würde zudem mit erheblichen Schwierigkeiten in der Ausgestaltung der Aufsicht und signifikanten Kosten bei der FINMA verbunden sein. Die FINMA wäre gezwungen, dafür speziell qualifiziertes Personal zu rekrutieren und aufwändige Aufbauarbeit für die entsprechende Aufsichtstätigkeit zu leisten.

Berechnung des Schwellenwertes der Fintech-Bewilligung

Der erläuternde Bericht (S. 34) hält fest, dass die Berechnung des Schwellenwerts von CHF 100 Millionen, die mit einer Fintech-Lizenz gewerbsmässig entgegengenommen werden dürfen, für Finanzgruppen und Finanzkonglomerate auf konsolidierter Basis zu erfolgen habe. Das Konzept der konsolidierten Betrachtung ist zu begrüßen, doch sollte es auf Verordnungsstufe verankert werden und allgemein gelten, d.h. nicht nur für Bewilligungsträger, die Teil einer Finanzgruppe oder eines Finanzkonglomerats sind. Eine konsolidierte Betrachtung ist generell erforderlich um zu vermeiden, dass ein und dieselbe Person oder Gruppe von Personen durch die Gründung mehrerer, jeweils mit einer Fintech-Lizenz ausgestatteter Unternehmen faktisch Einlagen eines Vielfachen des Schwellenwerts entgegennehmen können. Mit einer konsolidierten Betrachtungsweise kann verhindert werden, dass die Fintech-Lizenz zur regulatorischen Arbitrage im Bereich der Entgegennahme von Einlagen genutzt wird. Andernfalls würde das zu einer Aushöhlung des Systems der Einlagensicherung führen. Mit Art. 1b Abs. 4 Bst. a

E-BankG besteht zudem bereits die Möglichkeit, dass die FINMA beim Vorliegen besonderer Vorkehren des Bewilligungsträgers den Schwellenwert von CHF 100 Millionen erhöhen kann.

Ausdehnung der Frist für Abwicklungskonti (Art. 5 Abs. 3 Bst. c E-BankV)

Die Abwicklungskonto-Ausnahme wird von der FINMA bereits heute weit ausgelegt und differenziert auf ein breites Feld von Geschäftsmodellen angewandt. Die FINMA hat dabei mit Blick auf den Anlegerschutz und unter Berücksichtigung der relevanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Abwicklungsfrist von i.d.R. max. 7 Tagen festgelegt. Wir erachten diese Frist nach wie vor als sachgerecht. Eine pauschale Ausdehnung, welche die Risiken für Kunden erhöht, erscheint nicht notwendig.

Die Ausnahmemöglichkeit von Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV wurde ursprünglich mit Blick auf die Abwicklungskonti von Effekten- und Edelmetallhändlern eingeführt. Insbesondere haben die entgegengenommenen Gelder der Abwicklung von Kundengeschäften zu dienen. Solche bestehen bei den meisten Fintech-Geschäftsmodellen gerade nicht. Sollte an der Ausdehnung der Frist für Abwicklungskonti festgehalten werden, beantragen wir, für Weiterleitungstatbestände eine separate Ausnahmebestimmung zu schaffen und Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV unangetastet zu lassen. Einerseits, um den beiden tatsächlich unterschiedlichen Sachverhalten Rechnung zu tragen. Andererseits, um unerwünschte Auswirkungen zu Lasten etablierter Geschäftsmodelle, insbesondere jenes der Effekthändler, zu vermeiden.

Freundliche Grüsse

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA



Mark Branson
Direktor



Rupert Schaefer
Geschäftsbereich Strategische
Grundlagen

Monsieur le Conseiller fédéral Ueli Maurer

Par email: rechtsdienst@sif.admin.ch

Genève et Lausanne, le 5 mai 2017

Prise de position concernant le projet de modification de la loi sur les banques et de l'ordonnance sur les banques (FinTech)

Monsieur le Conseiller fédéral,
Mesdames, Messieurs,

Fintech Fusion salue l'initiative du Conseil fédéral d'ouvrir la consultation concernant les modifications de la loi et de l'ordonnance sur les banques dans le domaine des technologies financières (FinTech), avec pour objectif annoncé de réduire les obstacles à l'accès au marché pour les entreprises FinTech et de renforcer la compétitivité de la place financière suisse.

Fintech Fusion est d'avis que la place suisse mérite en effet une approche bien plus souple, mais également plus accompagnée par les autorités, que celle actuellement en place.

Contexte

La Suisse est reconnue à la fois comme un centre financier, et un centre d'innovation d'importance mondiale. Les deux composantes de la FinTech sont donc présentes en abondance, et devraient propulser la Suisse à l'avant de la scène en ce qui concerne l'innovation dans le domaine des technologies appliquées au domaine financier.

Malgré cela, dans son rapport 2016 sur la FinTech en Suisse,¹ Ernst & Young (EY) classe la place suisse quatrième derrière Londres, Singapour et New York. Les deux critères dans lesquels la Suisse se trouve moins bien classée que ses concurrents sont (i) le soutien des autorités et (ii) le financement. Les efforts de la Suisse à ce jour semblent tellement lacunaires que le rapport 2016 de EY sur la FinTech au niveau mondial ne trouve rien à citer concernant notre pays, faisant la part belle au Royaume-Uni, l'Australie, Singapour, et les Etats Unis – et

¹ http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY_Swiss_FinTech_2016_English/%24FILE/EY-Swiss-FinTech-2016-English.pdf

ce en dépit du fait que le département *Strategic Investments and FinTech Innovation* de l'UBS ait fait partie des entités consultées lors de la préparation du rapport.²

Il est donc très encourageant que le Conseil Fédéral ait ouvert la consultation concernant les modifications de la loi et de l'ordonnance sur les banques dans le domaine des technologies financières, et proposé dans ce cadre une approche en trois axes: (i) en facilitant les activités de financement participatif, (ii) en prévoyant un *sandbox* pour les activités impliquant des dépôts du public de moins de 1 million de francs, et (iii) en créant une licence bancaire *light* pour des activités de type bancaire en dessous de certains seuils.

Alors que ces efforts sont de nature à rassurer les entrepreneurs FinTech et créer des nouvelles opportunités, il nous paraît qu'ils restent en deçà de ce qui serait nécessaire pour promouvoir la Suisse comme pays et marché de premier rang au niveau mondial.

Le premier axe, soit la facilitation des activités de financement participatif, n'appelle pas de commentaire particulier. L'approche proposée par le Conseil Fédéral permet effectivement la mise en place de systèmes comme Kickstarter (plateforme prévoyant un délai allant jusqu'à 60 jours pour le financement de projets). Le modèle d'affaires sur lequel la modification est basée est déjà éprouvé. Il s'agit bien de l'alignement de la loi et du marché suisses sur un standard déjà établi dans la pratique dans le domaine du financement participatif.

Le *sandbox* (ci-dessous 1.) et la licence bancaire *light* (ci-dessous 2.) méritent toutefois un examen plus approfondi.

1. Sandbox

Aujourd'hui, le Royaume-Uni est reconnu comme étant la juridiction la plus favorable à l'implantation des entreprises FinTech, principalement grâce aux efforts du Financial Conduct Authority (FCA). Les efforts du FCA ont attiré l'approbation de majors de l'industrie,³ ont été loués par les associations faïtières britanniques des FinTech.⁴ Ces derniers ont relevé en particulier, et à juste titre, que les autorités de surveillance devraient innover autant que les innovateurs si le secteur doit avoir du succès.⁵

Il est donc particulièrement important d'examiner les raisons du succès de l'intervention du FCA afin de jauger l'adéquation des mesures proposées par le Conseil Fédéral, et en particulier en ce qui concerne le *sandbox* directement inspiré du modèle britannique (ci-

² <http://www.ey.com/Publication/vwLUAssetsPI/EY-capital-markets-innovation-and-the-finTech-landscape/%24FILE/EY-capital-markets-innovation-and-the-finTech-landscape.pdf>

³ Les efforts ont par exemple été cités comme modèle à suivre par Microsoft dans une prise de position communiquée à l'Office of the Comptroller of the Currency aux Etats-Unis en réaction à la publication "Supporting Responsible Innovation in the Federal Banking System: An OCC Perspective", <https://www.ots.treas.gov/topics/bank-operations/innovation/comments/microsoft-response-occ-innovation.pdf>; cf. <https://www.occ.treas.gov/publications/publications-by-type/other-publications-reports/pub-responsible-innovation-banking-system-occ-perspective.pdf> pour la publication de l'OCC à l'origine de la prise de position.

⁴ cf. article du Financial Times du 9 mai 2016, "An innovative yet double-edged approach to financial regulation" (<https://www.ft.com/content/577944d8-15b5-11e6-b197-a4af20d5575e>).

⁵ cf. l'article précité, qui rapporte ce qui suit: "*Alastair Lukies, chairman of Innovate Finance, hailed "right touch" regulation as one of the reasons why London had emerged as a leading fintech centre. "Regulators have to innovate just as much as innovators," he said.*"

dessous 1). Les autres mesures proposées par le Conseil Fédéral sont moins directement inspirées par l'approche du FCA, et peuvent être examinées séparément

Le *sandbox* du FCA a été mis en place avec le "*Project Innovate*" lancé en 2014, et fait partie d'une approche qui se décline sur trois axes:

- (i) *Innovation Hub*;
- (ii) *Advice Unit*; et
- (iii) *Regulatory Sandbox*.⁶

Le premier axe, *Innovation Hub*, est construit autour de la notion qu'il faut accompagner et soutenir activement les efforts des entreprises innovantes dans le domaine des FinTech. Le FCA met à disposition une équipe dédiée pour les entreprises innovantes, et leur fournit une assistance pour les aider à comprendre de quelle manière les règles prudentielles et de surveillance s'appliquent à leurs modèles d'affaires. Les entreprises bénéficient également d'un contact dédié pendant une période d'une année suivant l'autorisation de leur activité.

Le soutien de l'*Innovation Hub* est également sectoriel et comprend un volet de coopération internationale, afin de promouvoir l'entrée des sociétés britanniques sur d'autres marchés financiers. Le FCA a ainsi conclu des accords de coopération avec les autorités de régulation australiennes⁷ et singapouriennes⁸ fournissant un cadre dans lequel les entreprises ayant fait leurs preuves dans un système sont plus facilement exportables vers d'autres.

Cet axe de développement est absent du projet FinTech présenté par le Conseil Fédéral, avec des conséquences évidentes pour le *scaling-up* des entreprises FinTech suisses. On relève par contre que la FINMA a déjà lancé des initiatives dans ce sens, et conclu un accord avec les autorités singapouriennes bien qu'allant moins loin que celui conclu par les mêmes autorités avec le FCA.⁹

Le second axe, *Advice Unit*, met en place une unité spéciale qui assiste les entreprises désireuses de développer des systèmes de conseil en gestion automatisés, ou des systèmes automatisés de gestion discrétionnaire. L'idée est de promouvoir l'activité sans baisser le niveau de protection accordé aux consommateurs dans ce domaine.

Cet axe de développement est également absent du projet FinTech présenté, en dépit du fait que la place financière suisse fait partie des places de première importance au niveau mondial en ce qui concerne le conseil et la gestion financières.

Le troisième axe, *Regulatory Sandbox*, est un environnement contrôlé par le FCA dans lequel les entreprises peuvent développer leur activité. Il s'agit de la source d'inspiration principale du *sandbox* dans le système proposé par le Conseil Fédéral, qui se démarque toutefois du FCA avec l'explication suivante:

⁶ <https://www.fca.org.uk/firms/fintech-and-innovative-businesses>

⁷ <https://www.fca.org.uk/publication/mou/fca-asic-cooperation-agreement.pdf>

⁸ <https://www.fca.org.uk/publication/mou/fca-monetary-authority-of-singapore-co-operation-agreement.pdf>

⁹ https://www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/20160912_mou_mas_singapore.pdf

*L'espace favorisant l'innovation créé en Suisse se différencie également des initiatives prises à l'étranger, et plus particulièrement au Royaume-Uni. En effet, alors que la sandbox helvétique est d'accès libre pour les participants au marché, **ne prévoit aucun accompagnement par la FINMA** et n'est pas limitée dans le temps, seul un nombre restreint d'entreprises sélectionnées peut bénéficier de la sandbox britannique, et ce pour une durée déterminée et sous le contrôle étroit de l'autorité de surveillance. **Le modèle ici proposé prévoit quant à lui une égalité de traitement pour tous les participants, car la réglementation des marchés financiers doit permettre une concurrence loyale entre tous les acteurs du secteur.***¹⁰

A titre de comparaison, le FCA explique sa propre approche d'une *sandbox* régulée comme suit:

*We did analyse the feasibility of removing authorisation requirements for sandbox firms altogether. Legally, there are some restrictions that limit our ability to do this. But more importantly, we concluded that sandbox firms undertaking regulated activities should sit within our regulatory perimeter so we can ensure that consumers are protected. **Moreover for the firms in the sandbox, our approach also means they should be ready to operate in the regulatory framework after the sandbox. And as we have seen with many markets, consumers are more likely to have confidence in a new product if it is within the regulatory framework.***¹¹

Alors que le Conseil Fédéral privilégie un système souple type "carte blanche" en dessous du seuil de 1 million de francs de dépôts, le FCA met l'accent sur l'accompagnement. L'argument du FCA est fondé sur la préparation des intervenants à un environnement plus contraignant à terme; celui du Conseil Fédéral sur l'égalité de traitement des participants acceptés sans limitation de nombre.

Or, s'il est certain que les participants seront traités de manière égale sur le marché suisse car non régulés, la concurrence, à terme, a lieu au niveau des marchés internationaux et n'est pas limitée au seul marché suisse.

En ne prenant pas une approche proactive, le Conseil Fédéral ne fait rien pour favoriser le développement à long terme des entreprises FinTech en Suisse. Une fois le modèle d'affaires établi et s'approchant des limites fixées pour le *sandbox*, ces entreprises seront à nouveau confrontés à un environnement qui ne les soutient pas activement, contrairement à d'autres juridictions qui font des efforts d'accompagnement reconnus au niveau international.

L'intention sous-jacente à la mise en place du *sandbox* est louable, mais doit impérativement s'accompagner de la mise en place de structures au sein des autorités de surveillance à même de soutenir activement le développement et le *scaling-up* des entreprises actives dans la FinTech. Il est également nécessaire de créer des liens entre autorités de surveillance, à

¹⁰ Modification de la loi sur les banques et de l'ordonnance sur les banques (FinTech), Rapport explicatif relatif au projet mis en consultation, 1^{er} février 2017, p. 32, nous soulignons.

¹¹ Discours de Christopher Woolard, FCA Director of Strategy and Competition, au Innovate Finance Global Summit le 11 April 2016, disponible sur <https://www.fca.org.uk/news/speeches/innovate-finance-global-summit>, nous soulignons.

l'instar du FCA avec les autorités australiennes et singapouriennes, afin de promouvoir le développement des entreprises FinTech à l'international.

Sans cela, il est à craindre que les entreprises qui se développeraient en Suisse ne trouvent pas le moyen d'exporter leur activité à l'étranger sans déplacer à terme leur centre d'affaires dans des juridictions plus soutenues, comme le Royaume-Uni.

2. Licence bancaire light

Il s'agit d'un modèle d'autorisation intermédiaire, avec des allègements en termes de capital et des exigences plus faibles que pour une licence bancaire classique.

L'approche est cohérente avec une vision basée sur la surveillance et la prudence, mais force l'adoption d'une structure de capital et d'un modèle d'affaires déterminés, en établissant des seuils sous forme de "murs" dont le franchissement mène à un changement radical de statut.

Plutôt que d'attacher une conséquence progressivement plus onéreuse à l'évolution du modèle d'affaires de l'entreprise, le franchissement du seuil de CHF 100 millions devient intrinsèquement impossible sans changement fondamental dudit modèle d'affaires et de la structure de capital de la société.

Avec un tel système, il est à craindre que les entreprises FinTech en phase de forte croissance et ayant un succès mesurable à l'échelle européenne ou mondiale seront forcées de chercher d'autres juridictions que la Suisse.

Cette solution devrait être complétée par un accompagnement dédié de la part de la FINMA, visant à aider la transition d'abord du modèle sans autorisation au modèle d'autorisation intermédiaire, puis du modèle d'autorisation intermédiaire à un modèle d'autorisation complète de type bancaire.

Conclusions

Les efforts consentis par le Conseil Fédéral sont notables, mais restent légèrement en deçà des besoins de l'industrie en particulier en ce qui concerne l'accompagnement. Les entreprises FinTech dans les juridictions concurrentes de la Suisse se développent de plus en plus avec l'appui et le soutien actifs de la part des autorités de surveillance.

Un premier pas encourageant est fait dans la bonne direction en termes de régulation. Celui-ci doit être complété par la mise en place de structures adéquates au niveau des autorités, permettant de promouvoir le développement des entreprises FinTech suisses, en particulier dans un contexte international.

Le risque est sinon que la Suisse reste un havre de développement initial des activités FinTech, avec une fuite des entreprises à l'étranger après leur succès initial et au moment de leur *scaling-up*.

Recommandations concrètes

1. Accompagnement

La FINMA doit se doter d'une division *ad hoc* pour la FinTech au vu des spécificités du domaine et au vu de l'importance que cette activité est vouée à acquérir relativement aux activités plus "classiques". La FINMA dispose déjà de l'autonomie nécessaire pour prendre les mesures nécessaires dans le cadre de son règlement d'organisation.

2. Souplesse:

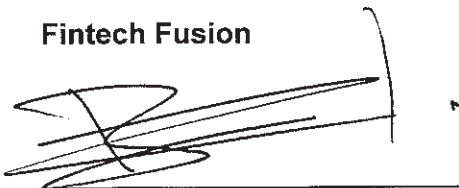
L'art. 1b al. 2 du projet de modification de la LB pourrait être complétée comme suit afin d'assurer une plus grande souplesse en matière d'application par analogie des dispositions aux entités en dessous des seuils indiqués à l'art 1b al. 1 (suggestions d'ajout en bleu et soulignés):

Art. 1b al. 2:

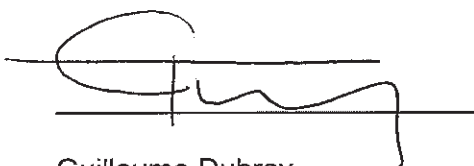
Le Conseil fédéral peut adapter le montant fixé à l'al. 1 et déterminer par voie d'ordonnance les éventuelles adaptations à apporter aux dispositions de la présente loi à appliquer par analogie selon l'al. 1 en tenant compte de la compétitivité et de la capacité d'innovation de la place financière suisse.

En vous remerciant de prendre en compte ces remarques, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, Mesdames, Messieurs, l'expression de notre haute considération.

Fintech Fusion



Laurent Bischof



Guillaume Dubray

id est avocats



Michel Jaccard



Juliette Ancelle



Einschreiben / vorab per E-Mail

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Herr Bundesrat Ueli Maurer
Rechtsdienst Generalsekretariat
Bernerhof
3003 Bern

Zug, 1. Mai 2017

Stellungnahme zu den Änderungen des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 1. Februar 2017, mit welchem Sie uns zur Einreichung einer Stellungnahme in oben genannter Angelegenheit eingeladen haben.

Das Forum SRO ist ein im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragener Verein. Seine Mitglieder sind derzeit 10 Selbstregulierungsorganisationen (SRO) gemäss Geldwäschereigesetz, deren 9 ordentliche Mitglieder von der FINMA und ein assoziiertes Mitglied von der Eidgenössischen Spielbankenkommission beaufsichtigt werden. Zweck des Vereins ist es unter anderem, sich im Rahmen von Vernehmlassungen für die Belange der Mitglieder im Rahmen ihrer Tätigkeit als SRO einzusetzen. Für weitere Informationen steht Ihnen unsere Homepage www.forum-sro.ch zur Verfügung.

Gerne nehmen wir fristgerecht zu der oben genannten Vorlage wie folgt Stellung:

1. Allgemeines

Der Bundesrat hat die Vernehmlassung zur Änderung des Bankengesetzes (BankG) und der Bankenverordnung (BankV) im Bereich Finanztechnologie („Fintech“) eröffnet mit dem Ziel, Fintech-Geschäftsmodelle zu fördern und Fintech-Unternehmen ihrem Risikopotential entsprechend zu regulieren. Dieses Vorhaben, insbesondere die angestrebte Senkung der Markteintrittshürden für Fintech-Unternehmen, und die damit verbundene Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes begrüssen wir selbstverständlich.

Es ist ein wichtiges Signal an ausländische Unternehmer und Investoren, dass die Schweiz spezifische Regeln schafft, um in diesem Segment Rechtssicherheit herzustellen und zeitnah auf einen sich rasch entwickelnden Markt reagiert. Vor diesem Hintergrund sehen wir denn die neuen Regeln auch als preliminäre Rahmenbedingungen im Sinne einer Sofortmassnahme, welche zu einem späteren Zeitpunkt, sofern sich dieses Marktsegment behauptet, mit den nun zu sammelnden Erfahrungen in ein eigenständiges Gesetz überführt werden müssen. Ebenso wird die Thematik über die verschiedenen betroffenen Gesetze, wie etwa dem Konsumkreditgesetz im Bereich Crowdfunding, hinweg konsolidiert werden müssen.

Vor diesem Hintergrund erachten wir es auch als wichtig, dass dem Bundesrat eine weitgehende Handlungsfreiheit eingeräumt wird, um rasch auf sich verändernde Regulierungsinteressen reagieren und Erfahrungen für die Weiterentwicklung der Regulierung sammeln zu können. Dabei muss dieser Ermessensspielraum vom Bundesrat selbst ausgeübt werden. Einen solchen der Aufsichtsbehörde einzuräumen besteht kein Anlass, zumal dies einer schädlichen Regulierungskonkurrenz Vorschub leisten würde.

2. Formell

Die Bankentätigkeit besteht typischerweise aus dem Aktiv- und Passivgeschäft eines Instituts, mit dem Grundgedanken, dass Sparer über das Passivgeschäft der Bank Kapital zur Verfügung stellen, welches von der Bank unter Anwendung von Fristentransformationsmodellen als Kredite der Wirtschaft zur Verfügung gestellt wird. Aufgrund dieser Kombination der Geschäftstätigkeiten erachtete der Gesetzgeber auch ein besonderes Schutzbedürfnis des Sparers bzw. Einlegers als gegeben. Unzweifelhaft ist der in der Schweiz gewährte Schutz angemessen. Grosse Banken, welchen eine Systemrelevanz zuerkannt wird, haben zusätzliche Auflagen, um für die Risiken einer allfälligen Insolvenz vorzusorgen. Das Geschäft einer Bank ist daher klar definiert und zu Recht in einem eigenständigen Gesetz geregelt.

Der Entwurf sieht nun vor, die Bestimmungen des BankG auf bestimmte Geschäftsmodelle, welche Gelder im Sinne von Publikumseinlagen umfassen, sinngemäss anzuwenden, unter Gewährung der in Art. 1b Abs. 3 E-BankG vorgesehenen Ausnahmen. Wie erwähnt, ist diese Ausgestaltung als Sofortmassnahme geeignet, um rasch eine Position zu beziehen und die Thematik auf Gesetzesstufe in der Schweiz zu regeln. Die adressierten Geschäftsmodelle, welche von dieser Erleichterung profitieren sollen, müssen jedoch in einem zweiten Schritt in einer eigenen gesetzlichen Grundlage geregelt werden, in welche die Erfahrungen aus dem Übergangsregime der Sofortmassnahmenregelung einfließen. Auch wenn in diesem Rahmen viele Bestimmungen ähnlich ausgestaltet werden dürften, wie dies bei einer klassischen Bankentätigkeit der Fall ist, trägt ein anderes Vorgehen der Eigenständigkeit des adressierten Sektors zu wenig Beachtung. Eventualiter sind die adressierten Geschäftsmodelle in einem eigenen Abschnitt des BankG zu regeln, allerdings unter Anpassung des Gesetzstitels.

Der Entwurf sieht einen mehrstufigen Markteintritt vor. Nebst dem, bis auf die Bestimmungen des GWG, regulierungsfreien Raum der Sandbox sieht die Vorlage einen erleichterten Eintritt vor. Jedoch wird ein unter Art. 1b Abs. 1 E-BankG pri-

vilegiertes Unternehmen bei Überschreiten des Schwellenwertes gezwungenermassen zu einer Bank, wodurch das Unternehmen zu Tätigkeiten zugelassen wird, welche es nicht auszuüben beabsichtigt. Der Regulierungsregimewechsel würde also nicht an das Kriterium der Tätigkeit gekoppelt sein, wie dies sonst in der Finanzmarktregulierung der Fall ist, sondern von einer bestimmten Höhe der entgegengenommenen Gelder abhängen. Damit wird ein Schutzgedanke auf ein Unternehmen appliziert, wobei sich die Schutzbedürftigkeit der Kunden des Unternehmens durch die Überschreitung des festgelegten Schwellenwertes keineswegs ändert. Auch lässt sich ein solches Vorgehen nicht mit einer zunehmenden Systemrelevanz, dem weiteren Schutzgedanken des BankG, begründen. Umgekehrt ist es auch falsch, ein unter dieser Erleichterung operierendes Unternehmen, welches zwar keinen Zins bezahlt, sich jedoch an Sparer richtet, nicht den Anlegerschutzbestimmungen einer Bank zu unterwerfen. Das Vertrauen auf den Einlegerschutz, ein zentrales Element für Schweizer Banken, würde in einem solchen Fall arg sabotiert, da es urplötzlich und ohne sachliche Begründung ausgehöhlt wird: Wo man bislang darauf vertrauen konnte, dass Einlagen ab CHF 3,000 in der Regel geschützt sind und nur von Banken entgegengenommen werden dürfen, ist dies nun, als Kehrseite der Medaille, auch bei unverzinslichen Sparanlagen bis CHF 100 Mio. nicht mehr gegeben.

Daher erachten wir den Schwellenwert nicht als geeignetes Kriterium, um konkrete Bewilligungsstufen voneinander abzugrenzen. Sofern dies jedoch im Sinne der Übergangsregulierung bis zur Umsetzung einer selbständigen Vorlage notwendig ist, sollte kein Schwellenwert auf Gesetzesstufe festgeschrieben werden. Vielmehr ist dem Bundesrat eine entsprechende Kompetenz im Sinne einer Kann-Vorschrift für angemessene Schwellenwerte einzuräumen.

Auch die politisch unzweifelhaft beabsichtigte Signalwirkung der neuen Regulierung verwässert, da die Umsetzung der erleichterten Zulassung von Fintech-Unternehmen, welche trotz angestrebter Technologieneutralität Hintergrund der Vorlage ist, halbherzig erfolgt.

Eine Regelung der Thematik in einem eigenen Gesetz bzw. eigenen Abschnitt des BankG (unter Anpassung des Gesetzstitels) stärkt zudem den Stand von Banken als Institute mit den weitgehendsten Möglichkeiten betreffend Entgegennahme von Publikumseinlagen bei der gleichzeitig strengsten Regulierung im Sektor. Fintech-Institute hingegen würden so zusätzlich von den Banken abgegrenzt werden, was der intuitiven Unterscheidung der verschiedenen Bewilligungskategorien in der Bevölkerung stärkt.

3. Materiell

Sandbox

Das Forum SRO begrüsst die Schaffung eines Innovationsraums, bei welchem die Entgegennahme von Publikumseinlagen bis zu einem Betrag von CHF 1 Mio. nicht als gewerbsmässig gelten und damit bewilligungsfrei bleiben sollte („Sandbox“). Dabei erachtet das Forum SRO als systemrichtig und angemessen, dass Betreiber solcher neuartiger Zahlungsdienstleistungen in den Anwendungsbereich des GwG fallen, damit die Sorgfaltspflichten gemäss Art. 3 ff. GwG beachten und sich einer SRO anschliessen oder von der FINMA direkt beaufsichtigen

lassen müssen. Dieses bewilligungsfreie Entwicklungsfeld mit tiefen regulatorischen Rahmenbedingungen stellt einen geeigneten Brutkasten für Startups dar, nicht zuletzt mit Blick auf die Standortförderung des Schweizer Finanzplatzes im internationalen Wettbewerb. Allerdings wurde der Schwellenwert zu tief angesetzt: Mit Publikumseinlagen in Höhe von CHF 1 Mio. verfügt ein Fintech-Unternehmen noch nicht über die zum Übertritt in die nächsthöhere Regulierungsstufe notwendige Schwungmasse. Aus Sicht des Forum SRO müsste der Schwellenwert deshalb auf mindestens CHF 5 bis 10 Mio. angehoben werden. Zudem sollte der Betrag nicht festgesetzt werden, sondern wiederum im Ermessen des Bundesrats liegen.

Schwellenwert von CHF 100 Mio.

Die Abgrenzung der unterhalb des Erfordernisses einer Banklizenz zulässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen erfolgt über den Schwellenwert von CHF 100 Mio. an insgesamt gewerbsmässig entgegengenommenen Publikumseinlagen. Dies trägt dem Schutzgedanken des Einlegers keine Rechnung, da für diesen die Summe entgegengenommener Gelder keinen Einfluss auf das individuelle Schadenspotential eines (Total-) Verlustes hat. Daher ist, nebst der unter Pt. 2 angeregten Regelung in einer eigenständigen Grundlage, auch das Kriterium der Summe an entgegengenommenen Publikumsgeldern zu ersetzen. Fraglich bleibt indessen, ob es überhaupt eine Obergrenze braucht: Der Bundesrat schlägt ja vor, dass Anleger zwingend zu informieren sind. Dies sorgt für eine scharfe Abgrenzung zwischen privilegierten und nicht privilegierten Gläubigern, also Einlegern eines Instituts, wodurch jeder Anleger, welcher schlussendlich bei der unverzinslichen Einlage mehrheitlich einen Anlegergedanken verfolgen wird, sich der Risiken bewusst sein muss. Zumindest aber sollte generell die Festsetzung der Grenze an den Bundesrat delegiert werden, und ihm nicht nur eine Kompetenz zur nachträglichen Erhöhung, und damit einer Abweichung vom gesetzlich festgelegten Wert eingeräumt werden. Die Kompetenz der FINMA zur Einzelfallerhöhung ist verfehlt und dient weder der Rechtssicherheit noch der international angestrebten Signalwirkung im Markt.

Zudem sorgt ein durch einen Schwellenwert ausgelösten Systemwechsel für weitere Unklarheiten, da die Einleger, welche ihre Einlage in das unterhalb des Schwellenwerts tätige Unternehmen durch den Disclaimer wissentlich auf den Einlegerschutz verzichtet haben: Im Falle einer Konkursabwicklung eines Instituts, welches den Schwellenwert im Lauf der Geschäftstätigkeit überschritten hat, könnte dies einem Rangrücktritt gleichgesetzt werden. Bei einem parallelen System von BankG und Gesetz zu Finanzdienstleistungen unter Entgegennahme von Publikumsgeldern ohne Bankentätigkeit ist hingegen ein solcher Disclaimer ein weiteres, zweckmässiges Abgrenzungskriterium mit Signalwirkung an jeden mündigen Konsumenten.

4. Fazit

Zusammenfassend halten wir fest, dass wir das Bestreben des Bundesrates, die Thematik der Entgegennahme von Geldern nicht pauschal mit dem Spargedanken der Bevölkerung gleichzusetzen, sehr begrüßen. Die Umsetzung erfolgt jedoch halbherzig und zuweilen nicht stichhaltig. Wir regen daher stark an, die Thematik in einem zweiten Schritt in einem separaten Gesetz bzw. eigenen Ab-

schnitt des BankG zu regeln, um dem Stellenwert des sich rasant entwickelnden Zweigs des Finanzmarktes Rechnung zu tragen.

Zudem ist ein an der Gesamthöhe an entgegengenommenen Geldern gemessener Schwellenwert zur Intensivierung der Aufsichtsvorschriften nicht geeignet. Grundsätzlich halten wir dafür, dass ein Schwellenwert nicht notwendig ist, wenn das Geschäft klar genug abgegrenzt und mit einer zwingenden Konsumenteninformation betreffend fehlendem Einlegerprivileg verbunden ist.

Die Möglichkeit einer „Sandbox“ für Fintech-Geschäftsmodelle, in welcher Innovationen risikoadäquat reguliert, also mit lediglich einer GWG-Aufsicht getestet werden können, begrüßen wir sehr, halten jedoch einen höheren Schwellenwert für angezeigt.

Schliesslich begrüßen wir den technologieneutralen Ansatz dieser Vorlage.

Wir danken Ihnen im Voraus für eine wohlwollende Prüfung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Dr. Martin Neese
Präsident



Caroline Kindler
Geschäftsführerin

Département fédéral des finances DFF
Bundesgasse 3
3003 Berne

Envoi sous forme électronique
rechtsdienst@sif.admin.ch

Genève, le 8 mai 2017

Re : **Prise de position sur le projet de modifications relatives à la nouvelle réglementation des entreprises FinTech**

Antoine Amiguet
aamiguet@obersonabels.com

Philipp Fischer
pfischer@obersonabels.com

OBERSON ABELS SA
www.obersonabels.com

Avocats · Attorneys-at-law

Rue De-Candolle 20
CP 225 · 1211 Genève 12
T +41 58 258 88 88
F +41 58 258 88 89

Avenue de la Gare 12a
CP 1164 · 1001 Lausanne
T +41 58 258 86 00
F +41 58 258 86 01

Place du Midi 29
CP 1012 · 1951 Sion
T +41 58 258 86 80
F +41 58 258 86 89

Place Pury 3
2000 Neuchâtel
T +41 58 258 86 22
F +41 58 258 86 24

Mesdames, Messieurs,

Le 1^{er} février 2017, le Conseil fédéral a ouvert la consultation concernant les modifications de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne ("LB"), ainsi que de son ordonnance d'application (Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne, "OB") dans le domaine des nouvelles technologies financières ("FinTech").

Nous vous communiquons ci-après nos commentaires. La présente prise de position se concentre essentiellement sur les dispositions applicables aux entreprises Fintech actives dans les activités de financement participatif au sens large.

1. Généralités

A titre liminaire, nous saluons le projet de révision de la LB et de l'OB visant à alléger la réglementation bancaire actuelle s'agissant des entreprises FinTech selon l'approche unique ("*one-size-fits-all*").

Cela étant dit, au vu de l'hétérogénéité des innovations technologiques actuelles et futures dans le secteur financier, nous sommes d'avis qu'il est nécessaire de définir des règles différenciées selon les modèles d'affaires appréhendés (par exemple, en matière d'organisation interne et de gestion des risques).

Afin de ne pas surcharger la LB ou l'OB avec des dispositions de détail, nous suggérons que le projet de révision de la LB soit complété par un article autorisant la délégation au Conseil fédéral, voire à la FINMA, de la compétence d'édicter les dispositions de détail dans une ordonnance FinTech.

2. Article 1a nLB

2.1 Conditions d'assujettissement

Le but principal de la révision de la LB est de créer une nouvelle catégorie d'autorisation allégée au sein de la LB¹, pour les modèles d'affaires FinTech qui acceptent, à titre professionnel, un volume de dépôts limité à CHF 100 millions.

Sont qualifiées de banques et, partant, soumises à autorisation (sans allègements), notamment les personnes qui, à titre professionnel, acceptent des dépôts pour un montant supérieur à CHF 100 millions à teneur de l'article 1a let. a nLB.

L'article 1a let. b nLB introduit une catégorie "intermédiaire" qui vise les personnes qui, sans franchir le seuil de CHF 100 millions de dépôts du public (limite quantitative), sont néanmoins qualifiées de banques car elles investissent ou rémunèrent les dépôts (notion d'opérations actives¹).

Selon nous, l'assujettissement à autorisation bancaire, sans allègements, des entreprises FinTech qui effectueront des opérations actives, malgré un volume de dépôts limité, repose sur une condition qui n'est, à teneur du projet de loi, pas claire et qui, en tout état, nous semble aller à l'encontre de l'objectif poursuivi par la présente révision.

A la lecture du Rapport explicatif, nous comprenons que l'investissement et la rémunération des dépôts sont qualifiés d'opérations actives, par opposition aux opérations passives (article 1b let. b nLB "*ni n'investissement ni ne rémunèrent ces dépôts*")². Dans ce contexte, nous relevons que ni l'ordonnance ni le Rapport explicatif ne donnent de définition de la notion d'opération active, pas plus qu'ils ne précisent les contours de ce qu'il faut entendre par activités d'investissement ou de rémunération des dépôts.

S'agissant de l'activité de *crowdfunding* en particulier, la circulation de flux financiers entre le(s) prêteur(s), la plateforme et le porteur de projet – en particulier le transfert des fonds de la plateforme au porteur de projet – sera-t-il constitutif d'un investissement? En outre, si l'on devait considérer que toute rémunération des prêteurs est exclue, le *crowdfunding* perdrait tout intérêt, en tous les cas comme moyen de financement alternatif au financement bancaire, ce qui, ici encore, irait à l'encontre du but de la révision de la loi.

¹ Modification de la loi sur les banques et de l'ordonnance sur les banques (FinTech), Rapport explicatif relatif au projet mis en consultation, 01.02.2017, p. 18 (le "Rapport explicatif").

² Rapport explicatif, *op. cit.*, p. 33, ad article 1a let. b nLB ("*(...) Dans ce cas, et à la différence de la nouvelle catégorie d'autorisation, des opérations d'intérêts caractéristiques des banques sont effectuées, avec les risques qui en découlent (...). Cela justifie la qualification de banque.*").

Nous relevons enfin que l'insécurité juridique qui prévaudrait en maintenant l'article 1a let. b nLB dans sa teneur actuelle se verrait encore renforcée par le fait que les opérations qui seront effectuées par les plateformes de *crowdfunding* ou les participants (*i.e.*, les prêteur(s) et le porteur de projet) varieront vraisemblablement d'un modèle d'affaires à l'autre.

En conséquence, le maintien de l'article 1a let. b nLB reviendrait probablement à qualifier systématiquement comme banques les plateformes de *crowdlending* en particulier qui n'agissent pas uniquement en qualité d'intermédiaires entre les bailleurs de fonds et les emprunteurs³ et, partant, à les priver de la possibilité de bénéficier d'une autorisation alléguée, dès lors que les opérations actives en faveur des prêteurs (*i.e.*, le paiement d'intérêts) sont en principe intrinsèques à l'activité d'une plateforme de *crowdlending*.

En vue de satisfaire à l'objectif de la présente révision et de favoriser une systématique légale claire, nous proposons de modifier l'article 1a nLB en supprimant la lettre b afin d'avoir un système binaire basé uniquement sur un critère quantitatif (*i.e.*, le seuil de CHF 100 millions) en définissant deux catégories d'assujettis (*i.e.*, les banques et les sociétés innovantes) à des conditions d'autorisation différenciées.

2.2 Calcul de la limite des CHF 100 millions de dépôts du public

A notre sens, le calcul du seuil de CHF 100 millions n'est, en l'état, pas clair et doit être défini dans les dispositions d'exécution. Ne sont pas non plus définies, l'éventuelle obligation d'annonce à la FINMA en cas de franchissement de seuil et le délai y relatif. A cet égard, se pose en particulier la question de savoir comment l'obligation de demander une autorisation doit être mise en œuvre en cas de franchissement du seuil de CHF 100 millions.

OBERSON ABELS SA
www.obersonabels.com

Selon nous, les éléments soulevés ci-dessus doivent faire l'objet de clarifications dans l'OB. A cette fin, le Conseil fédéral pourra prendre comme modèle l'article 1b alinéa 3 de l'Ordonnance sur les placements collectifs de capitaux.

3. Article 1b nLB

3.1 Principe d'une autorisation alléguée

L'octroi d'une autorisation alléguée aux seules entreprises FinTech dont l'activité se limite à des opérations passives est également problématique dès lors que, selon nous, cette limitation va à l'encontre du but poursuivi par cette révision et que, par ailleurs, une telle limitation crée une insécurité juridique au vu de l'absence de définition de la notion d'opération passive. Nous renvoyons sur ce point à notre développement sous chiffre 2.1 ci-dessus.

Par conséquent, nous suggérons que l'alinéa 2 de l'article 1b soit supprimé.

³ Rapport explicatif, *op. cit.*, p. 14.



3.2 Application par analogie des dispositions de la LB et de l'OB

Selon nous, une application *par analogie* des dispositions de la LB et de l'OB aux entreprises qui pourront demander à bénéficier d'une autorisation allégée n'est pas satisfaisante, dès lors qu'elle est une source d'insécurité juridique. Nous suggérons de modifier l'article 1b alinéa 1 LB comme suit :

"Quiconque est principalement actif dans le secteur financier et accepte à titre professionnel des dépôts du public jusqu'à concurrence de 100 millions de francs ou fait appel au public pour les obtenir, est soumis à une autorisation bancaire à des conditions allégées".

Dans un souci de prévisibilité et de sécurité du droit, il nous paraît important que les conditions auxquelles la licence allégée pourra être obtenue, soient explicitement définies dans un article, sur le modèle de l'article 3 LB. En particulier, il est souhaitable que soient clarifiées les exigences en matière d'organisation interne, dès lors que cela représente un coût important pour les assujettis.

A cet égard, nous relevons qu'en l'état actuel du projet de révision de la loi, les allègements prévus se limitent à la présentation et à l'audit des comptes (article 1b al. 3 let. a à d nLB). Si les allègements applicables devaient se limiter à ceux énumérés ci-dessus, nous les considérerions comme insuffisants à favoriser une promotion de l'innovation.

Il s'ensuit que, comme mentionné ci-dessus, l'article 1b alinéa 1 nLB doit être modifié de telle manière à ce qu'il soit défini dans la loi que l'autorisation sera soumise à des conditions allégées. Selon nous, cette modification est une condition nécessaire à la création d'une base légale suffisante pour que le Conseil fédéral puisse édicter les dispositions d'exécution requises, notamment en matière d'exigences de fonds propres et de liquidités.

Dans sa teneur actuelle, l'article 1b alinéa 2 nLB limite le pouvoir du Conseil fédéral à la fixation du seuil de CHF 100 millions. Cette disposition doit dès lors être modifiée afin d'élargir la compétence du Conseil fédéral en lui permettant d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires et, en particulier, les conditions auxquelles sera soumise l'autorisation allégée.

Au vu de ce qui précède, nous suggérons que les lettres a à c de l'article 1b nLB soient supprimées de la LB et transposées dans l'OB.

A noter enfin qu'une délégation de la compétence au pouvoir exécutif s'agissant des conditions d'autorisation permettrait de garantir une certaine flexibilité pour modifier ces conditions en cas de besoin (comme cela est d'ailleurs prévu s'agissant de la fixation du seuil de CHF 100 millions).

3.3 Modifications rédactionnelles

- A notre sens, le titre "Promotion de l'innovation" pourrait porter à confusion dès lors que la notion d'innovation est également utilisée s'agissant de l'exemption à l'obligation d'obtenir une autorisation pour l'acceptation de



dépôts du public jusqu'à concurrence de CHF 1 million ("l'espace d'innovation") (article 6 al. 2 nOB).

Par ailleurs, la terminologie proposée nous apparaît trop restrictive dès lors qu'elle semble restreindre son application aux seuls modèles d'affaires FinTech, à l'exclusion des modèles d'affaires dits traditionnels.

- Dans un souci de clarté, il nous paraît souhaitable de modifier l'article 1b alinéa 1 nLB afin que ressorte expressément de la loi que les personnes au bénéfice d'une autorisation allégée ne seront pas des banques et que, partant, elles ne pourront pas se prévaloir du terme de banque à des fins de publicité notamment.
- Enfin, sur le modèle de l'article 1b nLB, et dans un souci de cohérence rédactionnelle, nous suggérons (comme mentionné sous chiffre 2.2 ci-dessus), que le sujet "quiconque" remplace "les personnes" et que l'article 1b nLB soit ainsi rédigé à la troisième personne du singulier.

4. Article 5 alinéa 3 let. b OB

A teneur actuelle de l'article 38 alinéa 1 let. b du projet de Loi sur les services financiers ("P-LSFin"), seront notamment exemptés de l'obligation de préparer un prospectus, les émetteurs qui offriront des titres à moins de 150 investisseurs. Nous saluons cette modification qui aura le mérite de codifier un seuil quantitatif pour le *private placement*. Pour rappel, sous le droit actuel, il n'existe pas de seuil quantitatif pour distinguer (i) une offre au public (exigence de prospectus) (ii) d'un *private placement*. Selon la jurisprudence actuelle, la distinction doit être qualitative ("cercle limité de personnes"). En pratique, ce critère donne lieu à une grande insécurité juridique.

Dans ce contexte, nous relevons que l'introduction d'un seuil quantitatif à 150 clients, en dessous duquel il sera possible d'offrir des titres sans devoir préparer un prospectus (régime du *private placement*), soulèvera, à notre sens, une incohérence avec la définition réglementaire d'une activité bancaire. En effet, une entreprise qui émettra des titres de dette pour plus de 20 investisseurs mais moins de 150, et qui pourra donc bénéficier du régime de *private placement*, pourrait dans le même temps être réputée offrir des "dépôts du public" et, par conséquent, se voir qualifier de banque en vertu de l'article 6 OB.

A noter que selon le communiqué de presse de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) du 5 avril 2017, la position de la CER-N concernant l'article 38 alinéa 1 let. b P-LSFin diverge de la décision prise par le Conseil des Etats, la majorité de la CER-N souhaitant encore assouplir les conditions régissant l'obligation d'établir un prospectus en relevant le nombre d'investisseurs de 150 à 500.

Selon nous, il existe donc un risque que l'exception du *private placement* (entre 20 et 150, voire 500 investisseurs approchés) soit en réalité illusoire, car son utilisation risque de qualifier l'émetteur de banque.



Dans ce contexte, nous suggérons de saisir la présente révision de l'OB pour compléter l'article 5 al. 3 OB comme suit :

³ "Ne sont pas considérés comme des dépôts :

- b. *les emprunts par obligations, les autres obligations émises sous une forme standardisée en grand nombre ou les droits ayant la même fonction (droits-valeurs), lorsque les créanciers sont informés de manière équivalente aux prescriptions prévues par l'art. 1156 du code des obligations (CO), et les titres de dette pour lesquels l'obligation de publier un prospectus n'est pas requise au sens de l'art. [38 al. 1 let.b] de la Loi sur les services financiers (LSFin)."*

5. Article 6 nOB

5.1 Espace d'innovation

L'élargissement de l'espace d'innovation, non soumis à autorisation, a pour but de donner aux jeunes entreprises la possibilité d'expérimenter des idées commerciales innovantes dans un cadre limité, sans devoir respecter des exigences réglementaires complexes et présentant des coûts non négligeables.

Or, selon nous, une limitation des activités des entreprises FinTech, en particulier des plateformes de *crowdfunding*, aux seules opérations passives (article 6 al. 2 let. b nOB), ne permettra pas à celles-ci d'expérimenter un modèle commercial si elles se voient notamment priver de la possibilité de rémunérer les prêteurs. Pour le surplus, nous vous renvoyons à notre analyse sous chiffre 2.1. ci-dessus.

Dans un souci de cohérence, nous suggérons, comme pour les articles 1a et 1b nLB, de modifier l'article 6 alinéa 2 nOB en supprimant la lettre b et, ainsi, de ne maintenir que la condition du respect du seuil des dépôts à CHF 1 million (critère quantitatif), en sus du devoir d'information défini sous lettre c.

Pour davantage de clarté, les alinéas 1 et 2 de l'article 6 nOB devraient être "fusionnés".

Au vu de ce qui précède, nous suggérons de modifier l'article 6 nOB comme suit:

"Celui qui, sur une longue période, accepte plus de 20 dépôts du public ou fait appel au public pour obtenir des dépôts, même si le nombre de dépôts obtenus est inférieur à 20, agit à titre professionnel au sens de la LB, à moins que les conditions suivantes ne soient remplies:

- a. *il accepte des dépôts du public d'un montant total de 1 million de francs au maximum;*
- b. *il informe les déposants, avant que ceux-ci n'effectuent le dépôt:*
 1. *qu'il n'est pas surveillé par la FINMA et*
 2. *que le dépôt n'est pas couvert par la garantie des dépôts."*



6 Autres actes législatifs

6.1 Loi fédérale sur le blanchiment d'argent ("LBA")

A teneur des modifications législatives proposées et du Rapport explicatif, trois régimes distincts en matière de réglementation LBA seront potentiellement applicables aux entreprises FinTech:

- (i) soumission automatique en tant qu'intermédiaire financier au sens de l'article 2 alinéa 2, let. a LBA;
- (ii) soumission en tant qu'intermédiaire financier au sens de l'article 2 alinéa 3 LBA;
- (iii) non soumission à la réglementation LBA, en fonction des activités déployées par l'entreprise FinTech.

Les entreprises FinTech remplissant les conditions de l'article 1a, let. b nLB⁴ (entités soumises à autorisation) ou de l'article 1b nLB (entités soumises à des conditions d'autorisation allégées) seront réputées être des intermédiaires financiers au même titre qu'une banque. Le projet de révision propose de modifier l'article 2 alinéa 2, let. a LBA en conséquence.

Il s'ensuit qu'aussi bien les entités visées à l'article 1a, let. b nLB, que celles visées à l'article 1b nLB, seront automatiquement soumises à la surveillance de la FINMA en matière de LBA et, partant, aux dispositions de l'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent ("OBA-FINMA"). En particulier, conformément à l'article 35 OBA-FINMA, la Convention du 1^{er} juin 2015 relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16) serait applicable aux entreprises FinTech soumises à une surveillance prudentielle.

Toutefois, à notre sens, les exigences en matière LBA devraient être distinguées selon le type d'autorisation dont dispose l'entreprise FinTech:

- Les entreprises FinTech remplissant les conditions de l'article 1a, let. b nLB seront qualifiées de banques et soumises aux mêmes exigences réglementaires qu'une banque issue d'un modèle traditionnel. Par conséquent, il semble opportun de ne pas créer un régime différencié en matière de LBA pour les entreprises FinTech exerçant une activité bancaire.⁵
- En revanche, selon le modèle retenu en matière de réglementation bancaire, nous proposons de prévoir également un régime "allégé" en matière de LBA pour les entités surveillées en vertu de l'article 1b nLB. Ce régime pourrait consister à soumettre ces entités à la réglementation applicable aux intermédiaires financiers directement soumis à la surveillance de la FINMA ("IFDS").

⁴ Comme indiqué au chiffre 2.1 ci-dessus, nous préconisons d'abandonner le critère distinguant opérations actives et opérations passives. Il s'ensuit que la lettre b de l'article 1a nLB devrait être supprimée. Toutefois, aux fins d'une analyse qui soit la plus complète possible, nos commentaires relatifs aux implications en matière LBA de la nouvelle réglementation proposée tient également compte de la catégorie prévue à l'article 1a, let. b nLB.

⁵ La même conclusion s'appliquerait en cas de suppression du critère distinguant opérations actives (art. 1a, let. b nLB) et opérations passives (art. 1b nLB), selon nos proposition figurant sous chiffre 2.1 ci-dessus.

Par conséquent, les entités autorisées en vertu de l'article 1b nLB seront soumises aux obligations en matière de LBA – conformément à la volonté exprimée dans le Rapport explicatif – en pouvant toutefois se prévaloir des allègements prévus aux articles 72, 75 et 76 OBA-FINMA. Ces allègements permettront notamment aux entreprises FinTech de réduire les charges administratives et opérationnelles associées aux dispositifs LBA. Par ailleurs, en les qualifiant automatiquement d'IFDS, ces entités seront soumises à la surveillance de la FINMA aussi bien au regard de leurs obligations en matière bancaire que LBA. Nous proposons dès lors de ne pas introduire de référence à l'article 1b nLB dans l'article 2 alinéa 2, let. a LBA, et d'adapter l'OBA-FINMA conformément à ce qui précède.

Pour leur part, les entreprises FinTech ne remplissant ni les conditions des articles 1a, let. b ni celles de l'article 1b nLB seront potentiellement – en fonction de leurs activités concrètes – soumises à la réglementation LBA en tant qu'intermédiaires financiers au sens de l'article 2 alinéa 3 LBA. A ce titre, elles pourront choisir entre une affiliation à un organisme d'autorégulation ou une affiliation en tant qu'IFDS.

6.2 Projet de Loi sur les services financiers ("P-LSFin")

A noter que, à teneur de l'article 4 alinéa 3 let. a P-LSFin, les entreprises FinTech qui, sans être des banques, bénéficieront d'une autorisation allégée au sens de l'article 1b nLB, seront considérées comme des investisseurs professionnels.

* * *

Nous vous remercions d'avance de l'attention que vous aurez bien voulu porter à ces lignes. Nous restons bien évidemment à votre entière disposition pour toute information complémentaire que vous pourriez souhaiter.

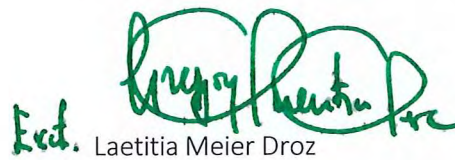


Nous vous prions d'agréer, Mesdames, Messieurs, l'expression de nos sentiments distingués.


Antoine Amiguet


Philipp Fischer


Sonia De la Fuente


Exct. Laetitia Meier Droz

OBERSON ABELS SA
www.obersonabels.com

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Staatssekretariat für international Finanzfragen SIF
Frau Sarah Jungo
Frau Anne-Hélène Würth
Bundesgasse 3
3003 Bern

CH-6039 Root D4, 05. Mai 2017

Vernehmlassung zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung
(Fintech): Stellungnahme paysafecard.com Schweiz GmbH

Sehr geehrte Frau Jungo
Sehr geehrte Frau Würth
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf das am 1. Februar 2017 eröffnete Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech) und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

paysafecard.com Schweiz GmbH (PSC-CH) ist als Finanzintermediär in der Schweiz seit 2007 lizenziert und der FINMA direkt unterstellt (DUFI). PSC-CH ist ebenfalls dem Nationalbankengesetz unterstellt und in der Online-Zahlungsabwicklung (Herausgeber von E-Geld) national und international tätig.

Management Summary

Die zentralen Anliegen von PSC-CH sind:

- die Klärung der Situation in Bezug auf die Beanspruchung der Ausnahme für Abwicklungskonti für E-Geld Herausgeber;
- Ausdehnung des räumlichen Geltungsbereiches des Schweizer Finanzmarktrechts am Ort der Erbringung; gemäss Wortlaut in der GwV Bundesrat.

Ausführungen zu den einzelnen Themen

Nachstehend finden Sie zu ausgewählten Themenkreisen die Überlegungen und Anträge von PSC-CH:

Abwicklungskonti

Der neue Art. 5 Abs. 3 Bst. c Bankverordnung sieht vor, die Abwicklungsdauer für Abwicklungskonten auf 60 Tage zu verlängern. Gemäss Vernehmlassungsunterlagen können von dieser Regelung Crowdfunding-Plattformen profitieren.

Herausgeber von elektronischem Geld (E-Geld) können gemäss Urteil des Bundesgerichts 2C_345/2015 vom 24. November 2015 die Ausnahme für Abwicklungskonten bisher nicht beanspruchen (E. 8.1.).

Aus dem Urteil des Bundesgerichts geht nicht klar hervor, ob sich diese Haltung nur auf Geschäftsmodelle bezieht, welche auch Peer-to-Peer (P2P)-Zahlung zulassen oder ob das Bundesgericht die Vornahme von Bezahlungen für Kunden mit elektronischem Geld generell nicht als Abwicklung eines Hauptgeschäftes im Sinne der Ausnahme für Abwicklungskonten versteht.

Zumindest die Vornahme von Bezahlungen für Kunden beim Kauf von Waren oder Dienstleistungen sollte als Abwicklung eines Hauptgeschäftes anerkannt werden.

Grundsätzlich müsste das auch auf P2P-Zahlungen zutreffen, stellen diese auch für sich alleine eine Finanzdienstleistung dar.

Indem die Vornahme von P2P-Zahlungen bankenrechtlich immer als Entgegennahme von Publikumseinlagen qualifiziert werden, wird diese Dienstleistung gegenüber Money Transmittern, welche ebenfalls P2P-Zahlungen vornehmen, aber gemäss Vernehmlassungsunterlagen trotzdem von der Ausnahme von Abwicklungskonten profitieren können, diskriminiert.

Antrag:

Der Bundesrat sollte im Bericht zur definitiven Regelung ausdrücklich erwähnen, ob Herausgeber von E-Geld ebenfalls von der **Ausnahme für Abwicklungskonten** profitieren dürfen und wenn ja, für welche Geschäftsmodelle und unter welchen – allenfalls zusätzlichen – Voraussetzungen.

Bei Bedarf ist die bisherige Ausnahmeregelung für E-Geld in Art. 5 Abs. 3 Bst. e BankV an eine neue Regelung anzupassen und das Verbot von P2P-Zahlungen zu streichen.

Ausdehnung des räumlichen Geltungsbereichs des Schweizer Finanzmarktrechts

Dank dem Wortlaut der Geldwäschereiverordnung, GwV (vormals VBF), welche seit 01.01.2016 in Kraft ist, kann auf Grundlage der Verordnung gemäss Art. 2 GwV die Einführung der Bewilligungspflicht und von Verhaltenspflichten bei bisher nicht beaufsichtigten ausländischen Finanzdienstleistern initiiert und in der Folge kontrolliert werden. Dies stellt die angestrebte und legitime Gleichstellung der Mitbewerber dar, so dass alle in- & ausländischen Anbieter, die mit in der Schweiz wohnhaften Kunden eine dauerhafte Kundenbeziehung führen, künftig auch vergleichbare Aufwände leisten

müssten, entsprechende Kosten für die Einhaltung der Pflichten zu tragen hätten und somit in Summe gleiche Wettbewerbsbedingungen unter den Finanzdienstleistern herrschten, ungeachtet der Frage, in welchem Land diese Anbieter ihren Firmensitz halten.

Die FINMA hat demgegenüber in ihrem Rundschreiben zum GwV (FINMA RS 2011/1 "Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG") diesen klärenden Aspekt bezüglich des Geltungsbereichs des Schweizer Finanzmarktrechts wieder relativiert und sog. faktische Angebote von nicht in der Schweiz *physisch* präsenten Unternehmen, welche sich mit Ihrem Internetauftritt bzw. ihrem Online-Angebot auch an Personen mit Wohnsitz in Schweiz richten, von der Unterstellungspflicht nach Geldwäschereigesetz wieder ausgenommen.

Die bisherige Praxis der FINMA im Bankenbereich, welche die FINMA als Grundlage für ihr Rundschreiben zur GwV heranzieht, bietet hierfür gar keine Grundlage. Der FINMA fehlt gestützt auf Art. 2 Abs. 2 BankG überhaupt die Kompetenz für die Gestaltung von reinen Cross-Boarder Sachverhalte im Bankenrecht. Art. 2 Abs. 1 BankG ermächtigt sie einzig zur Konkretisierung der Regeln für die *physische* Niederlassung von ausländischen Banken in der Schweiz, für welche Art. 2 Abs. 1 BankG grundsätzlich die sinngemässe Anwendung des Bankengesetzes vorsieht. Eine Klarstellung hierfür wäre angebracht und hilfreich.

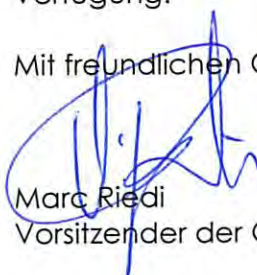
Die ausländischen Fintech-Anbieter von der Anwendbarkeit des Schweizer Finanzmarktrechts auszuklammern, gefährdet nicht nur den Schutz öffentlicher Interessen (Konsumentenschutz, Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung und die Reputation des Schweizer Finanzplatzes), sondern leistet zudem Vorschub zu Wettbewerbsverzerrungen zulasten von Unternehmen, welche dem Schweizer Finanzmarktrecht unterstehen. Eine entsprechende Anpassung im Bankengesetz und/oder in der Bankenverordnung wäre unserer Einschätzung hierfür notwendig und angebracht.

Antrag:

Die Anknüpfung des Geltungsbereiches des Schweizer Finanzmarktrechts soll künftig auch bei reinen Cross-Border Sachverhalten am **Ort der Erbringung** erfolgen, um eine anzustrebende Situation des *Level Playing Field* und der regulatorischen Zielsetzungen zu erreichen.

Wir danken Ihnen für die Prüfung unserer Ausführungen sowie für die Berücksichtigung unserer Überlegungen und Anträge. Bei allfälligen Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen Ihr

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Marc Riedi".

Marc Riedi
Vorsitzender der Geschäftsführung

Per eMail: rechtsdienst@sif.admin.ch

Eidgenössisches Finanzdepartement
Staatssekretariat für Internationale Finanzfragen

Zürich, 5. Mai 2017
B5178408.doc

Stellungnahme des SLV zur FINTECH-Vorlage

Sehr geehrter Herr Bundesrat Maurer
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Einladung, zur Vorlage des Bundesrates betreffend Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung vom 1. Februar 2017 („Fintech-Vorlage“) Stellung zu nehmen.

Unsere Stellungnahme lässt sich wie folgt zusammenfassen:

1. Der SLV unterstützt das Ziel der Förderung innovativer Finanztechnologien bzw. digitaler Finanzdienstleistungen, ist jedoch von den nun zur Unterstützung dieses Ziels ausgearbeiteten Vorschlägen nur bedingt überzeugt.
2. Gesetze und Regulierungen im Fintech-Bereich dürfen keine Wettbewerbsverzerrungen verursachen, sondern es muss ein **Level Playing Field** für alle Anbieter von neuen Technologien geschaffen werden.
3. Förderung von Innovation im Finanzbereich soll nicht (oder zumindest nicht nur) über die Senkung von regulatorischen Anforderungen im Bereich der Finanzmarktgesetze erreicht werden, sondern durch **(staatliche) Akzeptanz neuer Technologien**, welche die Einhaltung gesetzlicher Anforderungen erleichtern (wie z.B. **eID**, **elektronische Unterschrift** oder **Abbau von Formvorschriften**) oder solche gar überflüssig machen (wie z.B. Blockchain, DLT).
4. Regulierungen sollten **rollenbasiert** erfolgen; es müssen klare Begriffsbestimmungen und Zuständigkeiten eingeführt werden.

1 Förderung innovativer Finanztechnologien und Finanzdienstleistungen

Der SLV unterstützt das Ziel der Förderung innovativer Finanztechnologien bzw. digitaler Finanzdienstleistungen. Die nun zur Unterstützung dieses Ziels ausgearbeiteten Vorschläge vermögen allerdings nur bedingt zu überzeugen. Dies aus folgenden Gründen:

- So liegt Fokus der Vorlage klar auf einem einzigen Thema, nämlich der Regulation von Crowdfunding, auch wenn die Erläuterungen andere Bereiche der Fintech-Branche ebenfalls erwähnen. *Mitbetroffen* von der Vorlage ist dagegen aber die gesamte Finanzbranche, weil mit dem Bankengesetz (BankG) und der dazugehörigen Verordnung (BankV) zwei der grundlegendsten Finanzmarktgesetze in zentralen Punkten geändert werden sollen.
- Ausserdem stellt die Vorlage kein Level Playing Field in der Finanzbranche sicher – eine Grundvoraussetzung dafür, dass tatsächlich Innovation im Sinne schnellerer, kostengünstiger und sicherer Finanzdienstleistungen gefördert und nicht bloss Industriepolitik betrieben wird (vgl. dazu unten Punkt 2).
- Weiter ist der SLV der Ansicht, dass die Förderung von Innovation im Finanzbereich nicht (oder zumindest nicht nur) über die Senkung von regulatorischen Anforderungen im Bereich der Finanzmarktgesetze erfolgen kann, sondern vielmehr durch (staatliche) Akzeptanz neuer Technologien, welche die Einhaltung gesetzlicher Anforderungen erleichtern (wie z.B. eID, elektronische Unterschrift oder Abbau von Formvorschriften) oder solche gar überflüssig machen (wie z.B. Blockchain, DLT) (vgl. dazu unten Punkt 3).
- Schliesslich wird mit dieser – im Eilzugtempo in den Gesetzgebungsprozess eingeschleusten (vgl. dazu Punkt **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**) – Vorlage die Chance verpasst, sich grundlegend Gedanken zur Regulierung des Finanzmarktes zu machen und zu prüfen, ob der heutige Ansatz der Differenzierung nach Grössen nicht allenfalls durch eine rollenbasierte Regulierung abgelöst werden sollte (vgl. dazu unten Punkt 4).

2 Level Playing Field

Liberalisierungen im Finanzmarktrecht sind grundsätzlich mit Wirkung für alle Marktteilnehmer vorzunehmen. Gesetze und Regulierungen im „Fintech-Bereich“ dürfen keine Wettbewerbsverzerrungen verursachen. Schliesslich ist nicht Industriepolitik das Ziel, sondern die Förderung der Digitalisierung im Finanzsektor.

Der SLV verweist diesbezüglich auf die Stellungnahme der Bankiervereinigung (dort Punkt A 1), welche die Problematik mit Blick auf die Anwendbarkeit des Geldwäschereigesetzes und die Berechnung der Schwellenwerte, die auf konsolidierter Basis erfolgen soll, aufnimmt sowie die Stellungnahme des Verbandes Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute VSKF (dort Punkt 3), welcher zu Recht auf die fehlenden Pflichten von Crowdlending-Plattformen zu Kreditfähigkeitsprüfungen und Meldungen der Kredite an Konsumenten gemäss Konsumkreditgesetz hinweist (ein Anliegen, das auch von der Bankiervereinigung unterstützt wird; vgl. die Anregungen in der Beilage zur Vernehmlassungsantwort der Bankiervereinigung).

3 Akzeptanz neuer Technologien

Der SLV vertritt klar die Ansicht, dass Förderung von Innovation im Finanzbereich nicht (oder zumindest nicht nur) über Senkung von regulatorischen Anforderungen im Bereich der Finanzmarktgesetze geschehen kann und soll.

Dies, weil jede Form von Regulation entweder sinnvoll sein sollte, weil sie bestimmte Risiken begrenzt. Oder aber, eine Regulation ist gemessen an den Risiken, welche mit ihr begrenzt werden sollen, überbordend. Im ersten Fall könnte sie nicht ohne weiteres, auch nicht zugunsten von Innovation, aufgehoben oder abgebaut werden. Im zweiten Fall aber, müsste sie ohnehin aufgehoben werden, unabhängig von einem möglichen Effekt auf die Innovation des Marktes.

Bei Innovation im Finanzsektor geht es vor allem darum, Prozesse und Abläufe zu digitalisieren oder – mittels neuer Technologien – gänzlich neu zu erfinden. Dazu braucht es vor allem (staatliche) Regeln für die Akzeptanz neuer Technologien, wie z.B. eID und elektronische Unterschrift, welche die Einhaltung gesetzlicher Anforderungen erleichtern. Aber (wohl) auch Regeln in Zusammenhang mit neuen Technologien wie Blockchain, Internet of Things etc..

Ein wichtiges Element zur Förderung der Digitalisierung wäre zudem der Abbau von Formvorschriften in diversen Gesetzen, z.B. im Konsumkreditgesetz.

4 Rollenbasierte Regulierung

Die vorgeschlagene Regelung fokussiert für die Frage der anwendbaren Regulierung (Sandbox, Fintech-Lizenz oder Bank-Lizenz) auf die involvierten Publikumseinlagen und differenziert dann einzig über Schwellenwerte derer Volumen.

Betragsmässige Schwellen sind jedoch immer – mehr oder weniger– willkürlich und entbehren einer Sachlogik, weil die Risiken dieselben bleiben. Konkret bleibt das Risiko für den einzelnen Anleger unverändert dasselbe, ob das Unternehmen, in welches er investiert, nun Publikumseinlagen in der Höhe von CHF 100 Mio. oder mehr entgegengenommen hat.

Differenzierungen für verschiedene Regulierungen bzw. Lizenzen sollten vielmehr die Komplexität, Struktur und das Risikoprofil des Anbieters und seiner Dienstleistung beurteilen, wie dies auch bewährte Praxis der FINMA ist (vgl. z.B.: FINMA-RS 2008/24, Rz 9, 101 u. 114). Dies wäre allerdings nur dann möglich, wenn eine rollen- oder tätigkeitsbasierte Regulierung eingeführt würde.

5 Ordentlicher Gesetzgebungsprozesse

Bereits in der Dezembersession 2016 wurden Vorschläge des Bundesrates zur Änderung des BankG in die ständerätliche Debatte zur FIDLEG/FINIG-Vorlage eingeschleust. Die vorliegende Vernehmlassungsvorlage basiert auf den entsprechenden ständerätlichen Beschlüssen.

Der Nationalrat will die FIDLEG/FINIG-Vorlage in der Herbstsession 2017 behandeln. Seine vorberatende Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK N) hat die entsprechende Beratung bereits aufgenommen (vgl. Medienmitteilung der WAK N vom 5. April 2017). Damit dürften einerseits die Stellungnahmen der Vernehmlassungsadressaten zu spät kommen, um tatsächlich noch Einfluss auf die vorgeschlagenen Änderungen des BankG zu nehmen, womit eine vertiefte Auseinanderset-

zung dazu verunmöglicht wird. Andererseits führt die – absolut nicht zwingende – Verknüpfung mit der FIDLEG/FINIG-Vorlage zu einer weiteren Hemmschwelle für Diskussionen, weil der Erfolg des Hauptteils (eben der FIDLEG/FINIG-Vorlage) nicht gefährdet werden soll.

Die Wichtigkeit der Fintech-Vorlage erfordert unserer Ansicht nach eine Abspaltung von der FIDLEG/FINIG-Vorlage und ein ordentliches Durchlaufen des Gesetzgebungsprozesses.

Aus diesen Gründen bitten wir Sie um Berücksichtigung unserer eingangs formulierten Anliegen. Gerne stehen wir Ihnen zur Diskussion und für die weitere Zusammenarbeit jederzeit zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Sig. Dr. Markus Hess
Geschäftsführer

Sig. Dr. Cornelia Stengel
Stv. Geschäftsführerin



Vorab per E-Mail
Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF
Frau Rechtsanwältin Sara Jungo
Frau Rechtsanwältin Anne-Hélène Würth
Bundesgasse 3
3003 Bern

Börsenstrasse 15
Postfach, CH-8022 Zürich
Telefon +41 44 631 31 11
Fax +41 44 631 39 11
www.snb.ch

Zürich, 3. Mai 2017

Recht

**Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech):
Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens**

Sehr geehrte Frau Jungo
Sehr geehrte Frau Würth

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme in obiger Sache und teilen Ihnen mit, dass wir keine Bemerkungen dazu haben.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Nationalbank

Sébastien Kraenzlin
Leiter Operatives Bankgeschäft

Tanja Gustinetti
Senior Legal Counsel



Eidgenössisches Finanzdepartement
zHv. Frau Sarah Jungo und Frau Anne-Hélène Würth
Bernerhof
3003 Bern

Versand per Email an rechtsdienst@sif.admin

Stellungnahme des Schweizer Verbands Unabhängiger Effekthändler (SVUE) zum Vernehmlassungsverfahren „Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech)“ vom 1. Februar 2017

Sehr geehrte Frau Jungo und Frau Würth

Der SVUE begrüsst die Initiative des Bundesrates, Fintech-Unternehmen den Markteintritt zu erleichtern und befürwortet die vorgeschlagenen Änderungen im Bankengesetz und der Bankenverordnung.

Die vorgeschlagenen Massnahmen fördern die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz. Der SVUE ist sich bewusst, dass die betroffenen Fintech-Unternehmen gegenüber den Verbandsmitgliedern zeitweilig bevorteilt werden. Er qualifiziert die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz als ein wichtigeres Gut als die zeitlich und inhaltlich begrenzte Benachteiligung seiner Mitglieder.

31. März 2017

Schweizer Verband Unabhängiger Vermögensverwalter



Dr. Pius Fisch
Mitglied des Vorstands

Swiss Payment Association

Ohmstrasse 11, 8050 Zürich
office@swiss-p-a.ch, +41 (0)58 426 25 55

Staatssekretariat für internationale
Finanzfragen SIF
Frau RA Sarah Jungo
Frau RA Anne-Hélène Würth
Bundesgasse 3
3003 Bern

Per Mail: rechtsdienst@sif.admin.ch

Zürich, 5. Mai 2017

Vernehmlassung zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech-Vorlage): Stellungnahme der Swiss Payment Association

Sehr geehrte Frau Rechtsanwältin Jungo
Sehr geehrte Frau Rechtsanwältin Würth
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf das am 1. Februar 2017 eröffnete Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech-Vorlage) und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Vorab gestatten wir uns den Hinweis, dass der Swiss Payment Association (SPA) alle Schweizer Herausgeber¹ von Kreditkarten der internationalen Kartenorganisationen angehören. Als Branchenorganisation vertritt die SPA die Positionen ihrer Mitglieder im Dialog mit all deren Anspruchsgruppen.

Management Summary

Die zentralen Anliegen der SPA bezüglich der Fintech-Vorlage sind:

- **Level Playing Field sicherstellen (1):** Die regulatorischen Erleichterungen in den Bereichen „Innovationsförderung“ und „Innovationsraum“ müssen auch den etablierten Finanzintermediären mit bereits bestehenden Publikumseinlagen zugänglich sein. Deshalb ist auf die Konsolidierung der Einlagen auf Ebene Finanzgruppe/Finanzkonglomerat zu verzichten und stattdessen eine **Konsolidierung pro Geschäftsmodell** vorzunehmen.
- **Level Playing Field sicherstellen (2):** Personen/Unternehmen nach Art. 1b BankG (Innovationsförderung) bzw. nach Art. 6 BankV (Innovationsraum) müssen – abgesehen von

¹ Mitglieder der Swiss Payment Association sind die Schweizer Kreditkarten-Herausgeber BonusCard.ch AG, Cembra Money Bank AG, Cornèr Bank AG, PostFinance AG, Swisscard AECS GmbH, UBS Switzerland AG und Visa Card Services SA.

den vorgesehenen Erleichterungen im bankenrechtlichen Bereich – **alle anderen für finanzintermediäre Tätigkeiten geltenden Vorschriften erfüllen**. Das muss ganz besonders für das Geldwäscherei-/Terrorismusfinanzierung-Regelwerk gelten.

- **Level Playing Field sicherstellen (3):** Der Geltungsbereich des Schweizer Finanzmarktrechts soll nicht mehr ausschliesslich an eine physische Präsenz des Finanzintermediärs in der Schweiz anknüpfen, sondern generell an den **Ort der Dienstleistungserbringung**. Gerade Fintech-Unternehmen erbringen ihre Dienstleistungen (in der Schweiz) oft ausschliesslich über das Internet und weisen keine physische Präsenz in der Schweiz auf. Sie von der Anwendbarkeit des Schweizer Finanzmarktrechts auszuklammern, beinhaltet die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen und stellt die Erreichung der regulatorischen Zielsetzungen in Frage.
- **Level Playing Field sicherstellen (4):** Im Bereich der Konsumkredite für Private führt die Deregulierung der Crowdlending-Plattformen gegenüber den hochregulierten klassischen Konsumkreditgebern zu einem kaum beabsichtigten Abbau bzw. zu einer Nichtanwendung von Konsumentenschutzbestimmungen und damit auch zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Fintech-Unternehmen und den klassischen Konsumkreditgebern. Um einer potenziellen Überschuldung von privaten Kreditsuchenden bei der Crowd-Finanzierung begegnen zu können und zur Gewährleistung des Level Playing Fields, ist im Bereich der Konsumkredite im Gleichschritt mit der finanzmarktrechtlichen Deregulierung der Fintech-Unternehmen eine angemessene Regulierung bezüglich der marktüblichen Konsumentenschutzbestimmungen sicherzustellen.
- **„Bank“ zweckmässig definieren:** Bei Art. 1a lit. a BankG ist nicht ersichtlich, welche Bedeutung dem Merkmal "oder sich öffentlich dafür empfiehlt" zukommt bzw. die Verwendung des Merkmals führt zu nicht sachgerechten Resultaten. Der Zusatz "oder sich öffentlich dafür empfiehlt" ist zu streichen.
- **Rechtssicherheit schaffen:** Auf den in Art. 1b BankG verwendeten unbestimmten Begriff „sinngemässe Anwendung“ ist zu verzichten. An dessen Stelle soll eine verbindliche und **dem Risiko der neuen Bewilligungskategorie entsprechende Nennung der anwendbaren Bestimmungen des BankG** treten.

1. Grundsätzliche Ausführungen

1.1 Zweckmässige Deregulierung im Bereich des Bankenrechts

Die Swiss Payment Association begrüsst die Absicht des Bundesrats, unverhältnismässige Markteintrittshürden für Fintech-Unternehmen abzubauen und so zeitgemässe Rahmenbedingungen für eine hohe Innovations-, Strukturveränderungs- und Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes zu schaffen. Mittels adäquater regulatorischer Anforderungen einen guten Nährboden für die Digitalisierung von Finanzdienstleistungen durch in der Schweiz ansässige Unternehmen zu legen, ist unseres Erachtens der richtige Weg. Um weiterhin attraktiv und zukunftsfähig zu sein, bedarf der Schweizer Finanzplatz innovativer Finanzdienstleistungsunternehmen, die neue Arten und Formen von Finanzdienstleistungen anbieten. Es ist daher zweckmässig, dort, wo Fintech- oder andere Unternehmen Finanzdienstleistungen ausserhalb des typischen Bankgeschäfts erbringen (d.h. gewerbsmässige Entgegennahme fremder Gelder [als Publikumsanlagen] ohne Wiederanlage/Verzinsung und damit ohne Fristentransformation und ohne damit einhergehender Liquiditäts- und Zinsrisiken), eine Deregulierung im Bereich des Bankenrechts vorzunehmen (entweder vollständige Aus-

nahme von der Bankengesetzgebung oder angepasste, verhältnismässige Bewilligungsanforderungen).

1.2 Level Playing Field sicherstellen / Erleichterungen müssen auch etablierten Finanzintermediären zugänglich sein

Wichtige Innovationen und Strukturveränderungen im Finanzdienstleistungsmarkt werden nicht nur von aufstrebenden Fintech-Unternehmen getragen, welche neu in den Markt eintreten, sondern ebenso von etablierten Finanzintermediären bzw. im Zusammenwirken zwischen etablierten Marktteilnehmern und neuen. Dies missachtet die unterbreitete Deregulierungsvorlage, wenn sie für Finanzgruppen und Finanzkonglomerate vorschreibt, dass die Berechnung der Schwellenwerte (von 1 Million bzw. 100 Millionen Franken) konsolidiert auf Gruppenebene zu erfolgen hat. Damit wird es beispielsweise Banken verunmöglicht, mit eigens gegründeten Fintech-Tochtergesellschaften oder mit solchen, an denen sie sich beteiligen, an den in Aussicht genommenen regulatorischen Erleichterungen zu partizipieren. **Die SPA beantragt daher, diese Ungleichbehandlung zu beseitigen.**

1.3 Unterstellung der Fintech-Unternehmen unter das übrige Finanzmarktrecht

Wir verstehen die Vernehmlassungs-Vorlage so, dass für die erfassten Fintech- und anderen Unternehmen allein eine Deregulierung im Bereich des Bankenrechts vorgesehen ist, jedoch keine im Bereich der anderen für finanzintermediäre Tätigkeiten geltenden Vorschriften, insbesondere keine Erleichterungen im Bereich des Geldwäscherei-/Terrorismusfinanzierungs-Regelwerks. Wir schliessen dies insbesondere aus den Ausführungen im Erläuternden Bericht, wonach die Geldwäscherei-Anforderungen keine Fintech-spezifische Markteintrittshürde darstellen würden, die abgebaut werden müsste, und wonach keine Umstände erkennbar seien, die für Fintech-Unternehmen auf ein vermindertes Geldwäschereirisiko schliessen liessen, das im Vergleich zu anderen Finanzintermediären tiefere GwG-Anforderungen rechtfertigen würde. Zudem wird im Erläuternden Bericht auch ausgeführt, dass bezüglich der Anwendung der übrigen Finanzmarktgesetze keine Fintech-spezifischen Markteintrittshürden auszumachen seien.

Die SPA ist – u.a. aus Risiko-Überlegungen und mit Blick auf gleich lange Spiesse – der klaren Auffassung, dass Fintech-Unternehmen – abgesehen von den vorgesehenen Erleichterungen im bankenrechtlichen Bereich – alle anderen für finanzintermediäre Tätigkeiten geltenden Vorschriften ihrem Risikoprofil entsprechend erfüllen müssen; so wie dies sämtliche anderen Marktteilnehmer auch zu tun haben. **Die SPA beantragt, dies in der künftigen Botschaft zur Vorlage klarer hervorzuheben bzw. ausdrücklich festzuhalten.** Was die Anwendbarkeit von FINMA-Rundschreiben betrifft, sollte die FINMA dabei sinnvollerweise die neue Bewilligungskategorie nach Art. 1b BankG in ihre auf den Rundschreiben jeweils aufgeführte Adressaten-Übersicht aufnehmen. Damit kann abschliessend Klarheit geschaffen werden, ob ein Rundschreiben für Personen nach Art. 1b BankG Anwendung findet oder ob – entsprechend deren Risikoprofil – davon abgesehen wird.

1.4 Ausdehnung des räumlichen Geltungsbereichs des Schweizer Finanzmarktrechts

Unter anderem vor dem Hintergrund einer einheitlichen, flächendeckenden und wirksamen Prävention betreffend Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung – aber auch aus Gründen des Level Playing Fields – ist es ganz besonders bei Fintech-Geschäftsmodellen angezeigt, den Anwendungsbereich der einschlägigen finanzmarktrechtlichen Vorgaben nicht ausschliesslich an einer physischen Präsenz des Finanzintermediärs in der Schweiz festzuma-

chen, sondern auch an einem faktischen Angebot in der Schweiz. Ein faktisches Angebot liegt beispielsweise dann vor, wenn sich ein in der Schweiz physisch nicht präsent Unternehmen mit seinem Internetauftritt auch an Personen in der Schweiz richtet bzw. wenn es seine Leistungen auch an Personen in der Schweiz vertreibt. Gerade Fintech-Unternehmen erbringen ihre Dienstleistungen oft ausschliesslich über das Internet (beispielsweise im Bereich von E-Geld). Sie von der Anwendbarkeit des Schweizer Finanzmarktrechts ausklammert zu lassen, gefährdet nicht nur die Verfolgung öffentlicher Interessen (z.B. Konsumentenschutz oder Bekämpfung Geldwäscherei), sondern leistet auch Wettbewerbsverzerrungen zulasten derjenigen Unternehmen Vorschub, welche dem Schweizer Finanzmarktrecht unterstehen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass ausländische Rechtsordnungen in der Regel eine Marktbearbeitung auf deren Territorium durch Schweizer Unternehmen aus der Schweiz heraus nicht zulassen. **Der Geltungsbereich des Schweizer Finanzmarktrechts soll daher nicht mehr ausschliesslich an der physischen Präsenz des Finanzintermediärs in der Schweiz anknüpfen, sondern generell am Ort der Dienstleistungserbringung.**

1.5 Exkurs betreffend Qualifizierung von Guthaben von Händlern bei Acquirern

Betreffend des Begriffs der Publikumseinlagen ist es uns wichtig, für das aus mehreren Parteien bestehende Kreditkartensystem festzuhalten, dass die "Guthaben", welche Händler bei den Acquirern (Kreditkartenakzeptanz-Dienstleister) haben, keine Einlagen darstellen. Bezahlte ein Kunde die Ware oder Dienstleistung beim Händler mit seiner Zahlkarte (oder irgend einem Zahlungsinstrument, mit welchem E-Geld des zahlenden Kunden direkt auf einem Konto des Acquirers zu Gunsten des Merchants gespeichert wird), so entsteht dadurch eine Schuld des Acquirers gegenüber dem Händler auf Überweisung der entsprechenden Geldsumme oder im Falle von E-Geld auf Rückzahlung des entsprechenden Guthabens (nach Abzug von Gebühren etc.). Gleichzeitig entsteht eine Forderung des Acquirers gegenüber dem Issuer (Herausgeber) der Zahlkarte auf Überweisung der entsprechenden Geldsumme (nach Abzug von Gebühren etc.). Der Acquirer weist die Schuld gegenüber dem Händler als eigene Schuld und die Forderung gegenüber dem Issuer als eigene Forderung in seiner Bilanz aus. Damit hat der Händler im klassischen Zahlkartengeschäft eine Forderung auf Geldüberweisung aus einem Kaufvorgang (Kauf von Gütern/Dienstleistungen) und nicht aus einer Einzahlung/Überweisung von Geldern. Die Forderung hat somit keinen Einlagencharakter.

2. Ausführungen zu einzelnen Themen / Kritikpunkte und Anträge der Swiss Payment Association

Nachstehend finden sich zu ausgewählten Themenkreisen bzw. den zugehörigen konkreten Bestimmungen der Fintech-Vorlage die Überlegungen und Anträge der SPA:

2.1 Definition Bank (Art. 1a lit. a BankG)

- Antrag: Verzicht auf das Kriterium „oder sich öffentlich dafür empfiehlt“

Es ist grundsätzlich sinnvoll, dass bei der begrifflichen Unterscheidung zwischen Banken einerseits und Personen aus dem Bereich der „Innovationsförderung“ andererseits und der damit verbundenen Einführung von finanziellen Schwellenwerten das bisherige Kriterium "sich öffentlich empfehlen" beibehalten werden soll. Bei Art. 1a lit. a BankG ist allerdings nicht ersichtlich, welche Bedeutung dem Merkmal "oder sich öffentlich dafür empfiehlt" zukommen soll bzw. die Verwendung des Merkmals führt zu ungewollten Re-

sultaten. Sich öffentlich zu empfehlen kann in dieser Bestimmung kein eigenständiges Kriterium sein, obwohl dies die Konjunktion "oder" impliziert. Ansonsten würde jeder, der noch keine Publikumseinlagen entgegengenommen hat, sich aber dafür empfiehlt (unabhängig davon ob er die Einlagen verzinst und anlegt) unter Art. 1a lit. a BankG fallen, was nicht gewollt sein kann. Wir beantragen daher, die Formulierung "oder sich öffentlich dafür empfiehlt" zu streichen:

„Als Bank gilt, wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und:
a. gewerbsmässig Publikumseinlagen von mehr als 100 Millionen Franken entgegennimmt ~~oder sich öffentlich dafür empfiehlt~~;
b. [...]“

2.2 Innovationsförderung (Art. 1b BankG)

- Antrag: Explizite Nennung, welche Bestimmungen des BankG wie auf die neue Bewilligungskategorie von Personen aus dem Bereich der „Innovationsförderung“ Anwendung finden

Unter dem Titel der „Innovationsförderung“ soll es (juristischen und natürlichen) Personen bei gegebenen Voraussetzungen zukünftig möglich sein, gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu CHF 100 Mio. entgegenzunehmen, ohne dass sämtliche von Banken üblicherweise zu befolgenden Vorschriften eins zu eins zur Anwendung kommen. Hierzu wird eine eigene Bewilligungskategorie gebildet.

Wir stimmen der Schaffung dieser neuen Kategorie von (Finanz-)Instituten und den damit einhergehenden weniger strengen Bewilligungsvoraussetzungen als sie an Banken gestellt werden zu. Zur Herstellung der nötigen Rechtssicherheit und zur Vorbeugung von Anwendungsproblemen schlagen wir allerdings vor, die Bestimmung präziser zu fassen.

Problematisch ist der unbestimmte Begriff der „sinngemässen Anwendung“ der Bestimmungen des BankG. Im Erläuternden Bericht wird dazu auf Seite 34 ausgeführt, dass sinngemäss „insbesondere die bankengesetzlichen Voraussetzungen für die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb (Art. 3 BankG)“ zur Anwendung kommen sollen. Zudem lässt sich e contrario aus Art. 1b Abs. 3 herauslesen, dass Personen, welche unter die neue Bewilligungskategorie von Art. 1b BankG fallen von den bankengesetzlichen Vorschriften der Art. 6 bis 6b, Art. 18 Abs. 1, Art. 37a und Art. 37b ausgenommen sind. Weiter wird mit der vorgeschlagenen Ergänzung von Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG zum Ausdruck gebracht, dass Personen nach Art. 1b BankG der bankengesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterstehen. Schliesslich wird u.a. auf Seite 20 des Erläuternden Berichts angesprochen, dass im Rahmen der Ausführungsvorschriften in einem zweiten Schritt geringere Anforderungen insbesondere in den Bereichen Organisation, Mindestkapital, Eigenmittel und Liquidität festzusetzen seien. Insgesamt aber bleibt unklar, welche Bestimmungen des BankG auf die neue Bewilligungskategorie zur Anwendung kommen und was deren sinngemässe Anwendung beinhaltet.

Wir beantragen daher den unbestimmten und unüblichen Begriff der „sinngemässen Anwendung“ aus dem Gesetzestext zu streichen. An dessen Stelle soll eine verbindliche und dem Risiko der neuen Bewilligungskategorie entsprechende Nennung der anwendbaren Bestimmungen des BankG treten.

Verzicht auf den Begriff „sinngemässe Anwendung“ und stattdessen verbindliche Nennung der auf die neue Bewilligungskategorie anwendbaren Bestimmungen.

- Antrag: Den Personen der neuen Bewilligungskategorie eine spezifische Bezeichnung zuweisen

Wir begrüssen es, dass sich die unter die neue Bewilligungskategorie von Art. 1b BankG fallenden Institute nicht als Banken bezeichnen dürfen (Umkehrschluss aus Art. 1a BankG). Gleichzeitig erachten wir es als wenig praktikabel und als regulatorisch umständlich, wenn den Personen gemäss Art. 1b BankG keine eindeutige Bezeichnung zugeordnet wird, welche in den verschiedenen Erlassen des Finanzmarktrechts verwendet werden kann. Ein möglicher Begriff könnte aus unserer Warte „Finanzinnovator“ sein.

Wir beantragen daher, denjenigen Personen, welche unter die neue Bewilligungskategorie von Art. 1b BankG fallen, eine eindeutige Bezeichnung zuzuordnen.

Anstelle der Überschrift „Innovationsförderung“ soll den Personen, welche unter die neue Bewilligungskategorie von Art. 1b BankG fallen, eine eindeutige Bezeichnung zugewiesen werden – ein möglicher Begriff könnte sein: Finanzinnovator.

- Antrag: Meccano für das Vorgehen bei kurzfristiger Überschreitung des Schwellenwerts von CHF 100 Mio. (Innovationsförderung) respektive CHF 1 Mio. (Innovationsraum)

Es ist sicherzustellen, dass eine kurzfristige Überschreitung der Einlagengrenze von CHF 100 Mio. bei Personen nach Art. 1b Bank bzw. von CHF 1 Mio. bei Personen nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c. BankV nicht zu einem automatischen Upgrade zur Bank führt. Dies wäre unpraktikabel, da eine solche (unbeabsichtigte) Überschreitung unter Umständen nicht rechtzeitig erkannt und damit nicht verhindert werden kann (z.B. bei ungewöhnlich hohen Überweisungen innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums). Wir beantragen daher, einen Meccano festzulegen, nach welchem Personen nach Art. 1b BankG bzw. nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c. BankV bei Überschreitung des Schwellenwerts von CHF 100 Mio. bzw. von CHF 1 Mio. vorzugehen haben, um den Wert wieder zu unterschreiten und in der Bewilligungskategorie nach Art. 1b BankG bzw. ohne Bewilligung zu verbleiben.

Festlegung eines Meccanos, wie bei (unbeabsichtigter) Überschreitung des Schwellenwerts von CHF 100 Mio. bzw. von CHF 1 Mio. vorzugehen ist, um den Wert wieder zu unterschreiten und in der Bewilligungskategorie nach Art. 1b BankG bzw. ohne Bewilligung zu verbleiben.

- Antrag: Weiternutzung der Bewilligungskategorie nach Art. 1b BankG bei Überschreitung des Schwellenwerts von CHF 100 Mio. durch Beibringung einer Bankgarantie

Gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. f BankV gelten Gelder, deren Rückzahlung und Verzinsung durch eine Bank garantiert werden (Ausfallgarantie) nicht als Einlagen. Entsprechend gehen wir davon aus, dass eine Weiternutzung der neuen Bewilligungskategorie nach Art. 1b BankG bzw. eine Weiterführung des Geschäfts ohne Bewilligung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c. BankV auch dann möglich ist, wenn die Schwellenwerte von CHF 100 Mio. bzw. CHF 1 Mio. zwar überschritten werden, der überschüssende Teil der Gelder aber mit einer Bankgarantie abgesichert wird. Dies muss bezüglich der neuen Bewilligungskategorie umso mehr gelten, als einerseits der Schwellenwert von CHF 100 Mio. nicht absolut ist, indem die FINMA unter den Voraussetzungen von Art. 1b Abs. 4 BankG im Einzelfall Ausnahmen gewähren kann, und andererseits Art. 1b Abs. 2 dem Bundesrat die Kompetenz einräumt, den Schwellenwert den Entwicklungen auf den Finanzmärkten anzupassen.

Wir beantragen, dies in der künftigen Botschaft zur Fintech-Vorlage so festzuhalten.

Vermerk in der Botschaft zur Fintech-Vorlage, dass die Bewilligungskategorie von Art. 1b BankG auch dann weitergenutzt werden kann, wenn der Schwellenwert von CHF 100 Mio. überschritten wird, sofern der überschüssende Teil der Gelder mit einer Bankgarantie abgesichert wird. Dasselbe soll für die Weiterführung des Geschäfts ohne Bewilligung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c. BankV gelten.

2.3 Konsolidierung

- Antrag: Konsolidierung der Einlagen pro Geschäftsmodell und nicht auf Ebene Finanzgruppe/Finanzkonglomerat

Im Rahmen der Ausführungen zu Art. 1b BankG wird auf Seite 34 des Erläuternden Berichts ausgesagt, dass die Berechnung des Schwellenwerts für Finanzgruppen und Finanzkonglomerate auf konsolidierter Basis zu erfolgen hat. Unbestritten ist, dass es Sinn und Zweck der neuen Regelungen widersprechen würde, wenn beispielsweise durch Gründung mehrerer Gesellschaften innerhalb eines Konzerns die vorgesehenen Schwellenwerte umgangen werden könnten. Gleichzeitig darf es aber nicht dazu kommen, dass etablierte Finanzunternehmen mit bereits bestehenden Publikumseinlagen an den in Aussicht genommenen regulatorischen Erleichterungen nicht teilhaben bzw. diese für sich nicht nutzen können. Das wäre nicht nur unter Gleichbehandlungsgrundsätzen unzulässig, sondern würde insbesondere auch missachten, dass wichtige Innovationen und Strukturveränderungen im Finanzdienstleistungsbereich von etablierten Finanzintermediären bzw. im Zusammenwirken zwischen etablierten Marktteilnehmern und neuen vorangetrieben werden. Hätte die Berechnung der massgeblichen Schwellenwerte durch Konsolidierung aller Einlagen auf Ebene Finanzgruppen bzw. Finanzkonglomerate zu erfolgen, wäre es beispielsweise Banken regelmässig verunmöglicht, mit eigens gegründeten Fintech-Tochtergesellschaften oder mit solchen, an denen sie sich beteiligen, die regulatorischen Neuerungen von Art. 1b BankG (Innovationsförderung) oder von Art. 6 BankV (Innovationsraum) zu nutzen.

Zur Sicherstellung eines Level Playing Field beantragen wir deshalb, dass eine Konsolidierung der Einlagen unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Struktur pro Geschäftsmodell vorgenommen wird. Dies entspräche der Lösung, die im Erläuternden Bericht auf Seite 34 für Crowdfunding-Modelle vorgeschlagen wird. In diesem Sinne soll es einer Unternehmung dann erlaubt sein z.B. mehrere „Sandboxes“ (Innovationsraum) oder mehrere Tochtergesellschaften nach Art. 1b BankG zu betreiben, wenn sich diese bezüglich angebotenen Dienstleistungen und Risiken voneinander unterscheiden. Der Betrieb mehrerer Crowdlending-Plattformen auf der Basis von Art. 1b BankG unter einer Gruppenstruktur wäre damit beispielsweise nicht möglich (sofern die Einlagen der verschiedenen Plattformen zusammen CHF 100 Mio. übersteigen). Dagegen stünde es einem Unternehmen z.B. offen, parallel ein Zahlungssystem zu betreiben bzw. an einem solchen teilzunehmen sowie eine Crowdlending-Plattform zu betreiben und jeweils mit beiden unterschiedlichen Geschäftsmodellen an den vorgesehenen regulatorischen Erleichterungen teilzuhaben.

Für die Berechnung der massgebenden Schwellenwerte nach Art. 1b BankG und Art. 6 BankV hat die Konsolidierung der Einlagen pro Geschäftsmodell und nicht auf Ebene Finanzgruppe/Finanzkonglomerat zu erfolgen.

2.4 Partielle Unterstellung der Crowdlending-Plattformen unter das Konsumkreditgesetz

- Antrag: Crowdlending-Plattformen haben eine Kreditprüfung durchzuführen und von ihnen vermittelte Kredite sind der IKO zu melden

Eine Deregulierung der Bankgesetzgebung darf nicht dazu führen, dass das aktuelle Schutz-Niveau der Konsumenten zukünftig nicht mehr ausreichend gewährleistet ist. Anhand des im Erläuternden Bericht als Anwendungsfall der Deregulierung mehrfach zitierten Beispiels der Crowdfunding-Plattformen ist deutlich erkennbar, dass eine alleinige Änderung der Bankengesetzgebung den Schutz der Liquidität suchenden Konsumenten (vor einer Überschuldung), den Schutz der Liquidität gewährenden Crowd (vor einem erhöhten Anlagerisiko mangels ausreichender Kreditfähigkeitsprüfung) und den Schutz der Konsumkreditgeber (vor dem Eingehen erhöhter, bei der Kreditfähigkeitsprüfung nicht erkennbarer Gegenparteirisiken) nachhaltig schwächt. Dies soll nachfolgend detailliert aufgezeigt werden:

Insofern Crowdfunding-Plattformen das Crowdlending betreiben und Kreditgeber (bzw. Darlehensgeber) sowie Kreditnehmer (bzw. Darlehensnehmer) zusammenführen, erbringen sie Dienstleistungen, welche der Vergabe von Konsumkrediten in weiten Teilen entsprechen bzw. eine solche bezwecken: Werden seitens der Plattformen keine Kredite vergeben, sondern lediglich vermittelt und handelt es sich bei den Kreditgebern aus der „Crowd“ entweder nicht um gewerbsmässig handelnde Personen oder sind die einzelnen Kreditbeträge jeweils kleiner als CHF 500, so sind die Plattform und die Kreditgebenden selbst nicht dem Konsumkreditgesetz (KKG) unterstellt. Hierbei handelt es sich um eine folgenschwere Regulierungslücke, welche die in der Schweiz ausserordentlich strengen Konsumenten-Schutzbestimmungen bei Konsumkrediten (Prüfungspflichten bei der Kreditvergabe, formelle Anforderungen an die Kreditverträge, Sanktionen bei Zuwiderhandlungen, Höchstzinsregelungen) bereits heute gänzlich aushebelt. Sachlich lässt sich die aus dieser Lücke resultierende Ungleichbehandlung der Crowdfinanzierung mit der insbesondere bei Barkrediten hochregulierten Konsumkreditfinanzierung (inkl. der Gewährung von Überziehungskrediten auf Kreditkartenkonten mit Kreditoption) nicht begründen.

Mit der nun geplanten Deregulierung der Bankengesetzgebung erfährt der Markt für Crowdlending-Plattformen eine Öffnung und damit eine Attraktivitätssteigerung: Zukünftig wird es aufgrund niedrigerer regulatorischer und somit auch wirtschaftlicher Eintrittshürden für eine noch grössere Anzahl Crowdlending-Anbieter interessant sein, ihre Services anzubieten. Es darf folglich davon ausgegangen werden, dass es Kreditnehmern vermehrt möglich sein wird, ihren Liquiditätsbedarf mittels Abschluss von Darlehensverträgen in einem vergleichsweise schwach regulierten Umfeld wahrzunehmen. Mit der faktischen Abschaffung der 20er Regel können zudem zukünftig auch hohe Kreditbeträge mit einer grossen Anzahl von (kleinen) Einzeldarlehen aus der Crowd finanziert werden („Schwarm-Kreditfinanzierung“), ohne dass diese als Konsumkredite vom KKG erfasst würden.

Sodann besteht andererseits weder für die Plattformen noch für die (Crowd-)Kreditgeber eine Pflicht, die Kredite der IKO² zu melden. Das wird sich seinerseits negativ auf die

² Die Informationsstelle für Konsumkredit (IKO) ist die vom Gesetzgeber vorgeschriebene schweizerische Informationsstelle für Konsumkredit. Die IKO registriert im Sinne des Konsumkreditgesetzes (KKG) Daten von Kredit- (und Leasing)Geschäften zu privaten Zwecken.

Kreditnehmer auswirken, indem deren wahre Kreditwürdigkeit bei der Durchführung der gesetzlich geregelten Kreditfähigkeitsprüfung nicht erkannt wird und „echte Konsumkredite nach KKG“ von Konsumkreditgebern damit unerkant von einer allfällig bereits bestehenden Überschuldung des Kreditnehmers vergeben werden. Mit einer allfälligen Überschuldung des Kreditnehmers erhöhen sich überdies die finanziellen Gegenpartei-risiken für den Konsumkreditgeber, indem die Bonität des Kreditnehmers nicht korrekt berechnet wird und Kreditzusagen (und risikobasierte individuelle Zinsentscheidungen) auf einer falschen Grundlage erfolgen. Mit Blick auf den Gesamtmarkt ist zudem davon auszugehen, dass die Transparenz generell abnehmen wird, da ein stetig wachsender Anteil der (Konsumenten-)Verschuldung nicht mehr zentral erfasst sein wird.

Zeitgleich mit der umfassenden Deregulierung durch die Fintech-Vorlage ist daher eine nivellierende Regulierung von Crowdlending-Plattformen im Bereich der Vermittlung von konsumkredit-ähnlichen Darlehen an Private zwingend erforderlich. Wir beantragen daher, dass kreditvermittelnde Plattformen verpflichtet werden, bei den Kreditnehmern eine Kreditfähigkeitsprüfung entsprechend den Bestimmungen des KKG durchzuführen, und zwar immer dann, wenn der vermittelte (Gesamt)Kredit bei gewerbsmässiger Vergabe als Konsumkredit qualifizieren würde. Zur Bestimmung der Kredithöhe ist die Summe sämtlicher Kredite, welche durch die Plattform an **einen** Kreditnehmer vermittelt werden, massgebend. Dasselbe muss für die Meldung an die IKO gelten. Meldepflichtig sollen diejenigen Kredite sein, die bei Vergabe durch einen einzelnen, gewerbsmässig tätigen Kreditgeber meldepflichtig wären. Die Meldepflicht ist durch die Plattform sicherzustellen. Hiermit würde insbesondere eine Umgehung der KKG-Vorschriften durch Aufteilung des Kreditbetrages in viele Teilbeträge verhindert. Angemessene Sanktionen zumindest bei vorsätzlichen Zuwiderhandlungen gegen die Konsumentenschutz-Bestimmungen sollten zudem sicherstellen, dass das bestehende (Konsumenten-)Schutzniveau weiterhin ausreichend gewährleistet werden kann. Zudem sind die auf Konsumkredite anwendbaren Vorschriften des UWG für Plattformen verbindlich zu erklären.

Mit diesen Regelungen wird der geplanten Deregulierung eine massvolle flankierende neue Regulierung zur Seite gestellt, welche dem dargelegten Abbau des Konsumentenschutzes entgegenwirkt, ohne den Grundgedanken der Fintech-Regulierung zu unterlaufen. Sodann würde damit das Level Playing Field zwischen herkömmlichen Anbietern³ und den neuen Playern sichergestellt, und es würde ein fairer Wettbewerb gewährleistet.

Zusammenfassend beantragt die SPA, dass kreditvermittelnde Plattformen für konsumkredit-ähnliche Darlehen an Private verpflichtet werden, einerseits bei den Kreditnehmern eine Kreditfähigkeitsprüfung entsprechend den Bestimmungen des KKG durchzuführen und andererseits zu den vergebenen Krediten Meldung an die IKO zu machen. Zudem sind die auf Konsumkredite anwendbaren Vorschriften des UWG für Plattformen verbindlich zu erklären. Damit kann das bestehende Konsumentenschutz-Niveau weiterhin sichergestellt, der Überschuldungs-Gefahr durch Crowd-Finanzierungen angemessen begegnet und Wettbewerbsverzerrungen entgegengewirkt werden.

Kreditvermittelnde Plattformen sind für konsumkredit-ähnliche Darlehen an Private im Minimum einer Pflicht zur Kreditfähigkeitsprüfung und einer Meldepflicht zu unterstellen. Zudem sollen die Vorschriften des UWG für Konsumkredite für kreditvermittelnde Plattformen zur Anwendung gelangen.

³ Neben den Anbietern von Konsumkrediten sind dies auch die Zahlkartenanbieter, die ihren Kunden die Möglichkeit zur Teilzahlungsoption gewähren.

2.5 Verzicht auf das Schriftformerfordernis im KKG und SchKG

- Antrag: Konsumkreditverträge bedürfen nicht zwingend der Schriftlichkeit. Eine provisorische Rechtsöffnung durch den Gläubiger kann auch bei Vorliegen einer nicht durch Unterschrift bekräftigten Schuldanererkennung verlangt werden.

Die vorgeschlagenen Neuerungen im Bereich Fintech reihen sich ein in eine ganze Reihe entweder bereits vorgenommener (z.B. FINMA-Rundschreiben „Online Identifizierung“) oder geplanter (z.B. Gesetz über die Elektronischen Identifizierungseinheiten) regulatorischer Änderungen, die allesamt (auch) darauf hinwirken, die digitale Wirklichkeit im Geschäftsleben voranzutreiben. So führt z.B. der Erläuterungsbericht zum Gesetz über die Elektronischen Identifizierungseinheiten (E-ID) dazu aus: „Vertrauenswürdige E-ID sind damit ein Beitrag für die Implementation von elektronischen Geschäftsprozessen.“

Ein wesentliches Element der vollständigen Implementation elektronischer Geschäftsprozesse ist die Eliminierung von Medienbrüchen. Ein solcher Medienbruch ist regelmässig dann vorhanden, wenn eine Geschäftsanbahnung über digitale Kanäle möglich ist, aber entweder der Vertragsschluss nur dann getätigt werden kann oder gewisse wesentliche Elemente eines Produktes nur dann genutzt werden können, wenn dies mit eigenhändiger Unterschrift gemäss Art. 14 Abs. 1 OR bestätigt wird. Mit den Änderungen des totalrevidierten Bundesgesetzes über die elektronische Signatur (ZertES) wurden per 1. Januar 2017 zwar weitere Erleichterungen bei elektronischen Signaturen eingeführt. Auch mit dem neuen ZertES ändert sich aber nichts daran, dass nur die qualifizierte elektronische Signatur gemäss Art. 14 Abs. 2 OR der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist (und dies sogar dahingehend verschärft wurde, dass nur die mit einem qualifizierten Zeitstempel verbundene, qualifizierte elektronische Signatur der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt ist). Die qualifizierte elektronische Signatur hat sich bisher in keiner Weise durchgesetzt und wird, aufgrund der vergleichsweise hohen Kosten und der Komplexität der entsprechenden Prozesse, beim Online-Vertragsabschluss nicht oder kaum zur Anwendung kommen.

Neben der tatsächlichen Möglichkeit, eine eigenhändige Unterschrift digital zu leisten, sollte zur Erreichung des gewünschten Levels der Digitalisierung jeweils auch geprüft werden, ob das Erfordernis der Schriftlichkeit gemäss Art. 14 OR im Einzelfall überhaupt noch gerechtfertigt ist. Dies wurde so für die Vermögensverwaltung vorgenommen, bei welcher die FINMA bei der Überarbeitung des Rundschreibens 2009/1 - Eckwerte zur Vermögensverwaltung alternativ bereits andere Formen der Vertragsschliessung zugelassen hat. Dieser Ansatz ist begrüßenswert und sollte konsequenterweise auf andere Bereiche des Finanzmarktrechts Anwendung finden.

Crowd-Finanzierungen resp. der Abschluss von Darlehensverträgen unterliegen keinem gesetzlichen Formerfordernis, weshalb auf eine Schriftlichkeit im Sinne der Herstellung eines Dokumentes mit eigenhändiger Unterschrift gemäss Art. 14 Abs. 1 OR verzichtet werden kann. Dies ist im Sinne einer Digitalisierung des Finanzsektors richtig. Damit werden Crowdlending-Plattformen beim Abschluss resp. der Vermittlung entsprechender Darlehensverträge jedoch deutlich einfachere digitale Prozesse einführen können als dies beim Abschluss von dem KKG unterstellten Konsumkreditverträgen mit Schriftformerfordernis möglich ist.

Als sinnvolle Weiterführung der mit der Fintech-Regulierung verfolgten Liberalisierung der Crowdlending-Plattformen, welchen als faktischer Teilbereich des (Konsum-)Kreditmarktes in der Schweiz eine erheblich gesteigerte Rolle zukommen dürfte, beantra-

gen wir, das zwingende Schriffterfordernis konsequenterweise auch beim Abschluss von Konsumkreditverträgen aufzuheben und eine andere textliche Form des Nachweises des Vertragsabschlusses, analog den Vermögensverwaltungsverträgen, zuzulassen.

Das Schutzniveau des Konsumenten würde sich auch unter Berücksichtigung der erst kürzlich erfolgten Verlängerung der Widerrufsfrist im KKG von 7 auf 14 Tage nicht wesentlich verändern⁴. Selbstverständlich wäre es den jeweiligen Kreditgebern sodann freigestellt, ihrer Kundschaft gegenüber das Schriffterfordernis, z.B. aufgrund von Risikoüberlegungen, weiterhin durchzusetzen. Schliesslich würde mit einer Abkehr von der eigenhändigen Unterschrift der immer noch bestehende Medienbruch eliminiert. Dies wäre insbesondere für den Abschluss von Zahlkartenverträgen mit Teilzahlungsoption eine wesentliche Erleichterung und würde der bereits unter Ziffer 2.4 erwähnten Ungleichbehandlung zu den Crowdlending-Plattformen entgegenwirken, ohne diese in diesem Bereich (Schriftlichkeit) ihrerseits strenger zu regulieren.

Ein Verzicht auf das Schriffterfordernis ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn die Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Kreditnehmer im Falle ausbleibender Zahlungen im Vergleich zur heute geltenden Regelung nicht erschwert wird. In der Forderungsdurchsetzung der gewerbsmässigen (und somit dem KKG unterstellten) Konsumkreditgewährung – aber auch bei der Durchsetzung von Crowd-Kreditverträgen – entstehen andernfalls unverhältnismässig hohe Aufwände im Inkassoprozess. Es ist daher nur folgerichtig, dass im SchKG eine provisorische Rechtsöffnung durch den Gläubiger auch bei Vorliegen einer nicht durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung verlangt werden kann.

Eine diesbezügliche Erweiterung der provisorischen Rechtsöffnungstitel in Art. 82 SchKG rechtfertigt sich umso mehr, als der Schuldner im summarischen Rechtsöffnungsverfahren seine Einwände zur Abwehr der Beseitigung des Rechtsvorschlages lediglich glaubhaft zu machen hat. Zudem erhält der Konsument, wie oben erwähnt, im KKG-Bereich nunmehr ohnehin eine deutlich längere Überlegungsfrist zur Reduktion einer möglichen Überrumpelungsgefahr.

Mit dem Verzicht auf das Schriffterfordernis für Konsumkreditverträge sowie der Möglichkeit der provisorischen Rechtsöffnung auch mit nicht eigenhändig unterschriebenen Konsumkreditverträgen würde der Durchbruch hin zu effizienten und kostengünstigen vollständig digitalen Geschäftseröffnungen erzielt.

Bei Konsumkreditverträgen ist auf die zwingend erforderliche Schriftlichkeit zu verzichten. Zudem soll eine provisorische Rechtsöffnung durch den Gläubiger auch bei Vorliegen einer nicht durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung verlangt werden können.
--


⁴ Dieses Widerrufsrecht wäre ebenfalls nicht zwingend schriftlich auszuüben.

Wir danken Ihnen für die Prüfung unserer Ausführungen sowie für die Berücksichtigung unserer Überlegungen und Anträge. Bei allfälligen Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Swiss Payment Association


Stefan Bolt
Präsident


Dr. Thomas Hodel
Geschäftsführer

Per E-Mailrechtsdienst@sif.admin.ch

8. Mai 2017

Vernehmlassung zur neuen Fintech-Regulierung

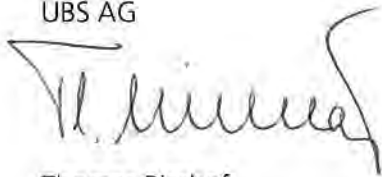
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf obenstehende Vernehmlassungsvorlage und unterbreiten Ihnen hiermit unsere Stellungnahme.

Für eine wohlwollende Prüfung unserer Anliegen danken wir Ihnen sehr und stehen für Fragen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

UBS AG

Thomas Bischof
Head Legislative & Regulatory
InitiativesJürg Schär
Legislative & Regulatory Initiatives

Beilage

Vernehmlassung zur neuen Fintech-Regulierung vom 1. Februar 2017

A. Allgemeine Bemerkungen

Vorweg möchten wir festhalten, dass wir die Stossrichtung des Bundesrates zur Senkung der Markteintrittsschwellen im FinTech Bereich grundsätzlich unterstützen. Das geltende Bewilligungssystem im Finanzmarktrecht wird zu Recht als undifferenziert betrachtet, was für die Umsetzung von innovativen Geschäftsideen den Markteintritt zuweilen erschweren kann.

Erleichterungen für den Markteintritt dürfen aber nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr müssen die öffentlichen Interessen, welche den entsprechenden aufsichtsrechtlichen Regeln zu Grunde liegen (z.B. der Kundenschutz), auch dabei beachtet werden. Dies gilt unseres Erachtens insbesondere für die Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei sowie des Kunden- und Anlegerschutzes (FIDLEG, KAG usw.). So definiert das FIDLEG beispielsweise seinen Anwendungsbereich über den Begriff der Finanzdienstleistung und das KAG über den Fondsbegriff. Ausnahmen aufgrund der Art der Anbieter (z.B. innovative Finanzdienstleister) sind nicht vorgesehen: die Regelungen gelten für jeden, der berufs- oder gewerbsmässig Finanzdienstleistungen anbietet.

Ebenfalls zu beachten ist die Datenschutzgesetzgebung, mit allgemeiner Gültigkeit für jede Datenbearbeitung in allen Wirtschaftszweigen und der Verwaltung, sowie der Schutz von Geschäftsgeheimnissen Dritter, zum Beispiel etablierter Finanzdienstleister. Der Schutz von Personendaten soll mit der gegenwärtigen Revision des Datenschutzgesetzes ja gerade noch erhöht werden. Diese Bestimmungen gelten aufgrund ihres Anwendungsbereichs selbstredend auch für FinTech Unternehmen.

Deshalb müssen sich unseres Erachtens und entgegen dem Vernehmlassungsentwurf auch Unternehmungen im Bereich der "Sandbox" an diese Regeln (insb. Geldwäschereibekämpfung, aber auch Datenschutz; Kunden- und Anlegerschutz) halten. Gerade auch kleine Dienstleister können bei Verfehlungen die Reputation des Finanzplatzes gefährden.

Sodann sollten die geplanten Erleichterungen für innovative Geschäftsmodelle allen, d.h. auch etablierten Finanzdienstleistern zugänglich sein. Diesbezüglich erachten wir den Ansatz, dass die Schwellenwerte in Finanzgruppen oder –konglomeraten konsolidiert berechnet werden sollen, als nicht angemessen. Vielmehr sollte der Schwellenwert im Grundsatz für das jeweilige innovative Geschäftsmodell separat gelten. Dies fordert im Übrigen auch der Ausschuss für Wirtschaft und Währung des EU Parlamentes in Bezug auf die in Entstehung begriffene Gesetzgebung der EU zu FINTECH.¹ Ausserdem ist dies auch in anderen Jurisdiktionen so gehandhabt.² Es besteht kein Grund, weshalb die Schweiz hier restriktiver sein soll. Eine solche Unterscheidung wäre unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftsfreiheit verfassungsmässig höchst fragwürdig.

Bei den einzelnen Massnahmen ist in Bezug auf die Sandbox fraglich, ob der gewählte Schwellenwert von CHF 1 Mio. tatsächlich genügend hoch ist oder ob dieser höher angesetzt werden sollte (z.B. auf CHF 5 Mio.), verbunden mit zusätzlichen Bedingungen (z.B. zeitliche Limitierung und Meldepflicht). Damit stünde den Marktteilnehmern einerseits mehr Flexibilität offen, auf der anderen Seite hätte die FINMA trotz bewilligungsfreiem Raum eine Übersicht über die im Finanzmarkt tätigen Unternehmungen.

Die Vorlage soll technologie-neutral ausgestaltet werden, was wir ebenfalls unterstützen. Für gleiche Dienstleistungen sollen die gleichen Anforderungen gelten (FIDLEG, GwG DSG etc.), unabhängig davon, wie sie technologisch erbracht werden, elektronisch oder konventionell.

Schliesslich sollte bedacht werden, dass die vorgeschlagene Lösung nur die wichtigsten Fragen adressiert. Sie wird wohl oder übel eine Art Übergangsregime darstellen. Dadurch bleiben vermutlich viele Fragen noch unbeantwortet. Zudem bleibt abzuwarten, ob sich die Regulierung in der Praxis nahtlos in den bestehenden Rechtsrahmen einfügen lässt. Mittel- bis langfristig müssen die Fragen rund um die digitale Erbringung von Dienstleistungen bzw.

¹ EP/Committee on economic and monetary affairs draft report on FinTech (27 January 2017) S. 5.

² z.B. UK: <<https://www.fca.org.uk/firms/innovate-innovation-hub/regulatory-sandbox>> - "The sandbox may be useful for authorised firms looking for clarity around applicable rules before testing an idea that does not easily fit into the existing regulatory framework."

digitale Dienstleistungen (insb. virtuelle Währungen, Blockchain, Regtech) möglicherweise umfassender angegangen werden.

Aufgrund der Entwicklungen in der parlamentarischen Diskussion zu FIDLEG/FINIG wurden die Gesetzesvorschläge zum BankG bereits im fortgeschrittenen Stadium in den Gesetzgebungsprozess eingebracht. Dennoch erlauben wir uns, auch zu diesen Gesetzesvorschlägen Stellung zu nehmen.

B. Zu den einzelnen Bestimmungen

Art. 1a BankG

Formulierungsvorschlag

Als Bank gilt, wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und:

- a. gewerbsmässig Publikumseinlagen von mehr als 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt;
- b. gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt und diese Publikumseinlagen anlegt oder verzinst; oder
- c. sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihm beteiligten Banken refinanziert, um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen er keine wirtschaftliche Einheit bildet, auf irgendeine Art zu finanzieren.

² Ausgenommen von den Anforderungen dieses Gesetzes ist, wer:

- a. Publikumseinlagen von gesamthaft höchstens 5 Million Franken entgegennimmt;
- b. Publikumseinlagen weder anlegt noch verzinst, sofern er hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist; und
- c. Einlegerinnen und Einleger bevor sie die Einlage tätigen, darüber ausdrücklich informiert, dass:
 1. er von der FINMA nicht beaufsichtigt wird,
 2. Art. 47 BankG nicht anwendbar ist und
 3. die Einlage nicht von der Einlagensicherung erfasst wird.
- d. sich bei der FINMA vor Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Unternehmen nach dieser Bestimmung meldet.

Die Ausnahme nach Abs. 2 gilt für 5 Jahre ab Meldung nach Abs. 2 lit d. In begründeten Fällen, namentlich zum Schutz der Einlegerinnen und Einleger, kann die FINMA die Fünfjahresfrist verlängern.

Begründung

Der neu vorgeschlagene Art. 1a BankG übernimmt und Art. 2 BankV und ergänzt diesen um den Schwellenwert von CHF 100 Millionen. Das Schicksal von Art. 2 BankV bleibt aber gemäss dem Entwurf offen. Absatz 1 von Art. 2 BankV müsste wohl gestrichen werden.

Zudem sind wir der Ansicht, dass auch die Sandbox ins Gesetz im formellen Sinne überführt werden sollte. Immerhin handelt es sich dabei um eine Ausnahmegestaltung zum Bankbegriff mit der Konsequenz, dass im Bereich der Ausnahme praktisch keine prudentiellen Anforderungen gelten bzw. das BankG keine Anwendung findet.

Wir schlagen ausserdem vor, die Sandbox unter gewissen Bedingungen für Einlagen bis zu fünf Millionen Franken zuzulassen. Dabei erscheint uns eine zeitliche Befristung des Sandbox Status gerechtfertigt. Die Sandbox soll nicht als eigentliches Geschäftsmodell dienen, sondern zum Austesten neuer Ideen und Innovationen. In diesem Sinne erachten wir eine Befristung von fünf Jahren als angemessen. Das belässt dem Betreiber genügend Zeit zu entscheiden, ob er die Innovation mit einer Bank- oder erleichterten Bewilligung weiterführen oder das Projekt abbrechen will. Die FINMA sollte die Möglichkeit haben, diese Frist zu erstrecken, namentlich wenn dies zum Schutz von Einlegern und Gläubigern erforderlich erscheint.

Als zusätzlicher Warnhinweis soll der Betreiber auch auf den fehlenden Bankkundenschutz (Art. 47 BankG) hinweisen. Diese Warnhinweise sollen ausdrücklich erfolgen, d.h. unter besonderer Hervorhebung. Dem potentiellen Anleger soll klar sein, dass er diesbezüglich keinen Schutz erwarten kann.

Schliesslich erachten wir es als notwendig, dass sich ein Sandbox Dienstleister bei FINMA melden muss. Damit würde die FINMA den Überblick über die im Finanzmarkt tätigen Akteure behalten und könnte auch die Einhaltung der Fünfjahresfrist prüfen. Weitere Anforderungen insbesondere aufsichtsrechtlicher Art wären mit dieser Meldepflicht nicht verbunden.

1b BankG

Formulierungsvorschlag

¹ Die Bestimmungen dieses Gesetzes finden sinngemässe Anwendung auf Personen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und:

- a. gewerbsmässig Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken entgegennehmen ~~oder sich öffentlich dafür empfehlen~~; und
- b. diese Publikumseinlagen weder anlegen noch verzinsen.

² Der Bundesrat kann den Betrag nach Absatz 1 unter Berücksichtigung der Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz, anpassen.

³ Vorbehalten bleiben die folgenden Bestimmungen:

- a. Die Rechnungslegung für Personen nach Absatz 1 richtet sich ausschliesslich nach den Vorschriften des Obligationenrechts.
- b. Personen nach Absatz 1 müssen ihre Jahresrechnung und gegebenenfalls ihre Konzernrechnung nach den Vorschriften des Obligationenrechts prüfen lassen.
- c. Personen nach Absatz 1 beauftragen eine von der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde nach Artikel 9a Absatz 1 oder Artikel 9a Absatz 4 des Revisionsaufsichtsgesetzes vom 16. Dezember 2005⁴ zugelassene Prüfgesellschaft mit einer Prüfung nach Artikel 24 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007⁵ (FINMAG).
- d. Auf Einlagen bei Personen nach Absatz 1 finden die Artikel 37a (privilegierte Einlagen) und 37b (sofortige Auszahlung) keine Anwendung. Die Einlegerinnen und Einleger sind über diesen Umstand zu informieren, bevor sie die Einlage tätigen.
- e. Personen nach Abs. 1 verfügen über genügend Eigenmittel oder eine ausreichende Deckung durch eine Haftpflichtversicherung.
- f. Personen nach Abs. 1 sorgen für angemessene Risikokontrollen, Compliance und ein adäquates Risikomanagement.

⁴ Die FINMA kann in besonderen Fällen die Absätze 1–3 auch für Personen anwendbar erklären, die:

- a. gewerbsmässig Publikumseinlagen von mehr als 100 Millionen Franken entgegennehmen oder sich öffentlich dafür empfehlen, diese weder anlegen noch verzinsen und den Schutz der Kundinnen und Kunden durch besondere Vorkehrungen gewährleisten; oder
- b. ~~hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind, keine Publikumseinlagen entgegennehmen und um eine Bewilligung ersuchen.~~

⁵ Die Personen nach Abs. 1 informieren ihre Einlegerinnen und Einleger zudem ausdrücklich über ihren beschränkten Bewilligungsstatus.

Begründung

Da Absatz 1 einen starren Schwellenwert vorsieht, erscheint der Einschub "oder sich öffentlich dafür empfehlen" einerseits entbehrlich, andererseits aber auch nicht praktikabel, da man sich schwer nur bis zu 100 Mio. Einlagen öffentlich empfehlen kann. Dies wäre im Widerspruch zum starren Grenzwert. Wir empfehlen daher diesen Satzteil zu streichen.

Die konkreten Anforderungen an einen innovativen Finanzdienstleister nach Absatz 1 sind unklar und bleiben damit grösstenteils dem Ermessen der FINMA überlassen. Wir glauben aber, dass einige wesentliche Bedingungen schon von Gesetzes wegen zwingend gegeben sein müssen. Dazu gehören einerseits Eigenmittelvorschriften, wobei analog der geplanten Regelung bei den unabhängigen Vermögensverwaltern im FINIG, je nach den Verhältnis-

sen, auch eine Haftpflichtversicherung genügen könnte. Unabdingbar erscheint uns ferner die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Risikokontrollen, das Risikomanagement und die Compliance. Die entsprechenden Anforderungen sind sodann entsprechen dem allgemeinen Verhältnismässigkeitsgrundsatz auf den spezifischen Einzelfall hin anzuwenden. Aus diesem Grund können auf genaue quantitative Voraussetzungen im Gesetz verzichtet werden. Wichtig erscheint uns aber eine explizite Nennung dieser Bedingungen, damit eine komplette Befreiung von diesen fundamentalen Anforderungen nicht möglich ist.

Zudem regen wir an, Absatz 4 lit. b zu streichen. Eine Polizeibewilligung hat üblicherweise die Rechtsfolge, dass eine bestimmte Tätigkeit nur dann erlaubt ist, wenn gewisse Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind. Eine Bewilligung für bewilligungsfreie Tätigkeiten, wie dies in Absatz 4 lit. b vorgesehen ist, braucht es daher gar nicht. Davon abgesehen würde dieses Konstrukt in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereiten, da die Durchsetzung der Bewilligungsvoraussetzungen oder ein Bewilligungsentzug schlichtweg nicht möglich wären. Eine Bewilligung, die es mangels rechtlicher Voraussetzung für ein bestimmtes Tätigwerden gar nicht braucht, würde praktisch wohl einzig Marketingzwecken dienen. Dies ist unseres Erachtens strikte abzulehnen. Sollte die Bewilligung den Marktzugang erleichtern, würden wir vorschlagen, einen obligatorischen Bewilligungstatbestand zu schaffen, der an konkrete Voraussetzungen geknüpft ist.

Wie bereits bei der Sandbox erachten wir es auch vorliegend als wichtig, dass die beschränkt Bewilligten im Geschäftsverkehr ausdrücklich auf ihren beschränkten Bewilligungsstatus hinweisen müssen. Transparenz ist insbesondere im Hinblick auf das Fehlen der Einlagensicherung geboten.

Art. 2 Abs. 2 Bst. a GwG

Formulierungsvorschlag

2 Finanzintermediäre sind:

- a. die Banken **und Personen** nach Artikel 1a **Abs. 1 und 2** des Bankengesetzes vom 8. November 1934 und die Personen nach Artikel 1b des Bankengesetzes;

Begründung

Unseres Erachtens müssen auch Sandbox-Unternehmungen dem GwG unterstehen. In verschiedenen Bereichen, insbesondere auch im Zahlungsverkehr, sind die Schwellen für eine GwG Unterstellung noch tiefer als dies bei der Sandbox der Fall ist. Entsprechend ist ein öffentliches Interesse an der GwG Unterstellung gegeben. Das Geldwäschereirisiko ist trotz des geringen Betrages, der als Einlage entgegengenommen werden kann, nicht von der Hand zu weisen. Damit besteht auch in Bezug auf die Reputation des Finanzplatzes ein Bedürfnis, diese Sandbox Strukturen dem GwG zu unterstellen. In anderen Ländern (z.B. UK) ist die Begleitung der Sandbox Unternehmungen durch die Aufsicht derart eng, dass Geldwäscherei praktisch kaum möglich ist. Mit dem vorliegenden Vorschlag wäre die Unternehmung aber praktisch ohne irgendwelche Aufsicht oder Begleitung durch die Aufsichtsbehörde, was zumindest angemessene Massnahmen zur Geldwäschereibekämpfung rechtfertigt. Auch wenn einige der mit der Sandbox anvisierten Tätigkeiten als solche schon dem GwG unterstehen werden (z.B. Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr) ist es bei einer derart offenen Form der Sandbox nicht ausgeschlossen, dass dennoch Lücken entstehen. Solche sind von vornherein zu verhindern.

Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV

Wir unterstützen den Vorschlag, die Haltefrist für Abwicklungskonten auf 60 Tage zu verlängern und dazu eine explizite rechtliche Grundlage zu schaffen. In der Botschaft sollte allerdings klargestellt werden, dass diese Ausnahme nur gilt, wenn das Konto auch tatsächlich als Abwicklungskonto geführt wird. Werden Konti für den Zahlungsverkehr oder als sog. E-Wallets oder Ähnliches geführt, müssen auch die entsprechenden Bewilligungsanforderungen für den Zahlungsverkehr (z.B. FINFRAG) oder nach Art. 1b (Erwerb von Waren oder Dienstleistungen) gelten.

Die 60-Tagefrist darf nicht dazu missbraucht werden, um permanente Kundenkonti zu führen, bei welchen der Kontostand immer positiv ist und nie auf null geht (sog. E-Wallet Systeme) bzw. permanent aufgefüllt wird. Das

Konto könnte dann praktisch als Zahlungsverkehrskonto dienen, was nicht der Zielsetzung der Norm entspricht und unseres Erachtens einen Missbrauch darstellen würde.

Die Ausnahme sollte ausschliesslich für Einlagen dienen, die zu einem bestimmten Zweck auf bestimmten Konti gesammelt und dann an den Endbegünstigten weitergeleitet werden. Demgegenüber sollen reine Zahlungsvorgänge (für Dienstleistungen und Güter) nicht über solche Abwicklungskonten abgewickelt werden können. Sonst könnten hohe Beträge über solche Konten ohne entsprechende Bewilligung umgesetzt werden. Die Botschaft muss daher klarstellen, dass dies Umgehungshandlungen sind und sich solche Zahlungsvorgänge nicht gestützt auf Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV vorgenommen werden können.

Art. 6 BankV

Formulierungsvorschlag

1 Gewerbsmässig im Sinne des BankG handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren.

~~2 Nicht gewerbsmässig im Sinne des BankG handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich hierfür empfiehlt, wenn er:~~

~~e. Publikumseinlagen von gesamthaft höchstens 1 Million Franken entgegennimmt;~~

~~f. die Publikumseinlagen weder anlegt noch verzinst, sofern er hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist; und~~

~~g. die Einlegerinnen und Einleger bevor sie die Einlage tätigen darüber informiert, dass:~~

~~4. er von der FINMA nicht beaufsichtigt wird, und~~

~~5. die Einlage nicht von der Einlagensicherung erfasst wird.~~

Begründung

Wie bereits zu Art. 1a BankG ausgeführt, ist unseres Erachtens auch die Sandbox auf Gesetzesebene zu regeln. Die Bestimmungen zu Schwellenwert, Befristung oder Meldepflicht können in der Verordnung - falls notwendig - weiter ausgeführt werden.

Art. x neu BankV

Formulierungsvorschlag

Die Schwellenwerte nach Art. 1a und 1b BankG werden für jeden Rechtsträger separat berechnet.

Begründung

Gemäss Erläuterungsbericht sollen die Schwellenwerte nach Art. 1a und 1b E-BankG und auch jene nach Art. 6 BankV bei Finanzgruppen auf konsolidierter Basis berechnet werden. Die Anwendung der Konsolidierungsregeln auch auf diese neuen Bewilligungsformen ist unseres Erachtens nicht sinnvoll, wäre unverhältnismässig und würde bestehende Banken und Finanzdienstleister diskriminieren. Das gleiche würde zutreffen, wenn bloss an den Bewilligungsträger angeknüpft würde.

Die neuen Bewilligungsformen wären für bereits etablierte Banken und für viele andere Finanzdienstleister praktisch nicht nutzbar. Selbst die Kooperation etablierter Banken und Finanzdienstleister mit Start-ups, welche meist in Form von Joint-Ventures erfolgen, wäre praktisch verunmöglicht, wenn die Regeln über die Konsolidierung Anwendung finden würden.

Neue, selbständige Unternehmen würden demgegenüber bevorzugt behandelt. Dies würde einen Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit bedeuten, wonach Konkurrenten grundsätzlich gleich zu behandeln sind (Art. 27 BV). Denn auch bestehende Banken und Finanzdienstleister können Finanzdienstleistungen innovativ erbringen und müssen

insoweit rechtsgleich wie neue Akteure behandelt werden. Insbesondere die sog. Sandbox sollte den bestehenden Unternehmungen zur Austestung innovativer Ideen zur Verfügung stehen. Die ungerechtfertigte Bevorzugung neuer Akteure würde unseres Erachtens eine wirtschaftspolitische Massnahme darstellen, die einer Verankerung in der Verfassung bedürfte.

Um ein Level Playing Field herzustellen, sollte nicht die konsolidierte Betrachtungsweise gelten und Bewilligungen sollten pro Rechtsträger erteilt werden, unabhängig davon, ob diese direkt oder indirekt von einer Bank oder einem anderen Finanzdienstleister beherrscht werden.

Per Email an:

rechtsdienst@sif.admin.ch
Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF
Frau Sarah Jungo
Frau Anne-Hélène Würth

Zürich, 8. Mai 2017

Anhörung zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech)

Sehr geehrte Frau Jungo
Sehr geehrte Frau Würth
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben an die interessierten Kreise vom 1. Februar 2017, mit dem Sie eine Anhörung zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech) eröffnet und interessierte Kreise zur Stellungnahme bis am 8. Mai 2017 eingeladen haben. Nachfolgend erlauben wir uns, zu den Änderungsvorschlägen Stellung zu nehmen. Wir beschränken uns dabei auf einige ausgewählte Punkte.

1. NEUE LIZENZKATEGORIE

Wir begrüssen es, dass mit den Änderungsvorschlägen die Regulierung für Fintech-Unternehmen und andere Unternehmen, die Dienstleistungen ausserhalb des typischen Bankgeschäfts erbringen, auf ein dem Risikopotential angemessenes Mass gesenkt werden soll. Unseres Erachtens bedingt dies, dass nicht nur die in Art. 1b Abs. 3 BankG aufgeführten Aspekte dereguliert werden, sondern dass z.B. auch im Bereich der Anforderungen an die Organisation dem niedrigeren Risikopotential Rechnung getragen wird. Wir regen daher an, Art. 1b BankG so zu formulieren, dass die Bestimmungen des Bankengesetzes nur insoweit "sinngemäss" Anwendung finden, als dies unter Berücksichtigung des Risikopotentials angemessen ist.

Dr. Jana Essebler
Rechtsanwältin
Tel +41 58 211 34 09
jana.essebler@vischer.com
www.vischer.com

Eingetragen im
Anwaltsregister des
Kantons Zürich

Dr. Stefan Grieder
Advokat
Tel. +41 211 39 94
sgrieder@vischer.com
www.vischer.com

Eingetragen im
Anwaltsregister des
Kantons Basel

VISCHER AG

Zürich
Schützengasse 1
Postfach 1230
CH-8021 Zürich
Tel +41 58 211 34 00
Fax +41 58 211 34 10

Basel
Aeschenvorstadt 4
Postfach 526
CH-4010 Basel
Tel +41 58 211 33 00
Fax +41 58 211 33 10

VISCHER

2. ABWICKLUNGSKONTEN

Wir begrüssen die Anhebung der Frist und die explizite Aufnahme der Frist in die Bankenverordnung. Damit wird die Rechtssicherheit erhöht. Der Entwurf führt aus, dass Abwicklungskonten nur bei Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder "ähnlichen Unternehmen" nicht als Einlagen gelten sollen. Im Erläuterungsbericht ist klar gestellt, dass damit insbesondere Crowdfundingplattformen von der Ausnahme erfasst sein sollen. Bei anderen Geschäftsmodellen wird jeweils zu prüfen sein, ob es sich um "ähnliche Unternehmen" handelt. Unseres Erachtens besteht das Risiko, dass bei verschiedenen Geschäftsmodellen eine abschliessende Antwort gestützt auf den Verordnungswortlaut nicht möglich sein wird. Wir regen daher an, die Ausnahme nicht auf "ähnliche Unternehmen" zu beschränken, sondern eine generelle Ausnahme für Abwicklungskonten einzuführen. Aus Sicht der Anleger bedarf es keines Schutzes, wenn er die Gelder ausschliesslich zum Zwecke der Weiterleitung an das Unternehmen überweist. Der Anleger geht gerade nicht davon aus, dass er eine "Einlage" tätigt. Jedenfalls ist für uns nicht erkennbar, warum hier zwischen verschiedenen Kategorien von Unternehmen differenziert werden soll (vorbehalten der Ausnahme für Effekthändler, zu der wir keine Stellung nehmen).

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Vernehmlassung und für die Berücksichtigung unserer Überlegungen. Für zusätzliche Erläuterungen und Diskussionen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



Dr. Jana Essebier



Dr. Stefan Grieder



Verband Schweizerischer Vermögensverwalter | VSV
Association Suisse des Gérants de Fortune | ASG
Associazione Svizzera di Gestori di Patrimoni | ASG
Swiss Association of Asset Managers | SAAM

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Staatssekretariat für internationale
Finanzfragen SIF
Bundesgasse 3
3003 Bern

Zürich, 8. Mai 2016

Per Email: rechtsdienst@sif.admin.ch

Vernehmlassung: Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech)

Sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihre Einladung vom 1. Februar 2017 zur Vernehmlassung zu einer Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech). Wir möchten uns für diese Gelegenheit bedanken.

Zur Vorlage nimmt der VSV als führender nationaler Branchenverband der unabhängigen Vermögensverwalter wie folgt Stellung:

I. Vorbemerkungen zum Gesetzgebungsprozess

Der Bundesrat hat das EFD am 20. April 2016 beauftragt, abzuklären ob zur Verringerung von Markteintrittshürden für Anbieter von innovativen Finanztechnologien im Finanzmarktrecht (Fintech-Unternehmen) regulatorischer Handlungsbedarf besteht. Eine Arbeitsgruppe hat in der Folge in kleinem Kreis diese Thematik bearbeitet und dem Bundesrat Empfehlungen unterbreitet. Dieser hat im Herbst 2016 über Eckwerte möglicher Regulierungsanpassungen beraten und die ersten Vorschläge des Bundesrates zur Änderung des Bankengesetzes haben bereits in der Dezembersession 2016 Eingang in die ständerätliche Debatte zur FIDLEG/FINIG-Vorlage gefunden und sind dort zu einem grossen Teil überarbeitet worden. Die Vernehmlassungsvorlage, zu welcher wir nun Stellung nehmen können, entspricht somit den ständerätlichen Beschlüssen. Zwischenzeitlich hat die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK N) ihre Beratungen zur FIDLEG/FINIG-Vorlage aufgenommen. Voraussichtlich werden diese bereits am 15. oder 16. Mai 2017 abgeschlossen sein, da die Vorlage in der Herbstsession 2017 beraten werden soll (vgl. Medienmitteilung der WAK N vom 5. April 2017). Die Stellungnahmen der Vernehmlassungsadressaten kommen deshalb zu spät, um noch Einfluss auf Änderungen des Bankengesetzes zu nehmen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der ganzen Thematik erscheint bei dieser Ausgangslage nicht mehr möglich, was zu bedauern ist.

Bahnhofstrasse 35
CH-8001 Zürich
Tel. 044 228 70 10
Fax 044 228 70 11
info@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Chantepoulet 12
CH-1201 Genève
Tél. 022 347 62 40
Fax 022 347 62 39
info@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Via Landriani 3
CH-6900 Lugano
Tel. 091 922 51 50
Fax 091 922 51 49
info@vsv-asg.ch
www.vsv-asg.ch

Die Vorlage ist in sich selbst aber vor allem auch im Kontext mit anderen Regulierungen nicht stimmig. Es ist unverständlich, dass in einem so wichtigen Bereich des Finanzmarktrechtes offensichtlich die Schnelligkeit gegenüber der Qualität bevorzugt wird. Es wäre von der Sache und Wichtigkeit der Vorlage her zwingend, dass der Nationalrat die Änderungen des Bankengesetzes von der FIDLEG/FINIG-Vorlage abspalten würde, mit welcher kein innerer Zusammenhang besteht.

II. Allgemeine Bemerkungen

Der VSV begrüsst grundsätzlich die Initiativen von Parlament und Verwaltung, mit einer Anpassung der regulatorischen Rahmenbedingungen den dynamischen Entwicklungen im Bereich der Finanzdienstleistungen Rechnung zu tragen. Der VSV teilt die weit verbreitete Begeisterung nicht, wonach technologische Entwicklung zu einer weitergehenden Globalisierung der Finanzdienstleistungswirtschaft beitragen soll. Es ist vielmehr festzustellen, dass auf internationalem Niveau zunehmende Marktabschottung, ja sogar Nationalisierung die Entwicklung der Finanzmarktregulierung beherrscht.

1. Regulierung hat technologie-neutral zu sein

Es ist einerseits zentral, digitale Geschäftsmodelle mit ihrer Innovationskraft in ihrer Entwicklung nicht zu behindern. Andererseits gilt es sicherzustellen, dass neue Risiken adäquat erfasst werden und der heute nicht mehr durchgängig gewährleistete, faire Wettbewerb unter den verschiedenen Marktteilnehmern gefördert wird. Regulierung hat grundsätzlich technologie-neutral zu sein. Technologische Effizienzgewinne, namentlich solche, welche sich aus (digitaler) Automatisierung und Optimierung von bestehenden Geschäftsprozessen ergeben, dürfen nicht mit Innovation gleichgesetzt werden. Technische Effizienzsteigerung darf *per se* keine besondere regulatorische Förderung erhalten. Das wäre verfassungswidrige Industriepolitik. Innovation ist nicht Staatsaufgabe. Solche Regulierung würde auch den Grundsatz der Technologieneutralität missachten. Entsprechend haben sich sämtliche staatliche Stellen in der Frage, ob eine Technologie oder ein Geschäftsmodell innovativ ist, neutral zu verhalten. Es darf nicht Behörden obliegen, darüber zu befinden, welcher Gedanke und welche Massnahme als Innovation und welche nicht als solche einzustufen ist. Dies würde auf ein von Willkür beherrschte, inkohärente Wirtschaftspolitik hinauslaufen. Der VSV lehnt deshalb technologie-spezifische Regulierungskonzepte strikt ab. Regulierungen sollen aufgrund eines risikobasierten Ansatzes tätigkeitsorientiert erfolgen.

2. Kundenschutz und Reputationsrisiken im Auge behalten

Regulierungen im Bereich der Prävention von Kriminalität (namentlich Geldwäscherei, ihre Vortaten und Terrorismusfinanzierung) und im Umgang mit Personendaten müssen für alle Anbieter gleichermaßen und uneingeschränkt gelten. Der VSV ist zwar grundsätzlich dafür, den bestehenden, heute sehr weit gefassten Begriff der Publikumseinlage zu hinterfragen und sinnvoll einzuengen. Das heutige Einlagenmonopol der Banken schafft zwar einen hohen Grad von Sicherheit für das Publikum, ist aber auf der anderen Seite sehr einengend für die Kapitalbeschaffung durch Unternehmen, namentlich neu in den Markt eintretende Klein- und Kleinstunternehmen. Das Modell der völlig unregulierten «Sandbox» für Publikumseinlagen bis zu CHF 1 Mio. lehnt der VSV

allerdings ab. Die Erfahrung des VSV aus 20 Jahren Tätigkeit als Selbstregulierungsträger zeigt, dass in mehr als 80% aller Fälle, in denen Kleinanleger zu Schaden kamen, unerlaubte Publikumseinlagen eine, wenn nicht die wesentliche Rolle spielten. Insbesondere Crowdfunding, Crowdlending und vergleichbare Modelle der Finanzierungsbeschaffung müssen nicht nur die allgemeinen Regeln (namentlich diejenigen der Prospektpflicht und –haftung) einhalten, sondern auch einer angemessenen regulatorischen Sicherung unterliegen, wenngleich nicht auf dem Niveau der Bankenregulierung. Die Vermittlungstätigkeit, welche die Kreditgewährung durch nicht gewerbsmässig tätige Kreditgeber an Private zu konsumtiven Zwecken zum Ziel hat, muss den gleichen Regeln folgen, wie die anderweitige Gewährung von Konsumkrediten.

3. Level Playing field für alle Anbieter

Fintech-Unternehmen, welche Dienstleistungen ausserhalb des typischen Bankgeschäfts erbringen, sollen ihrem Risikopotential entsprechend angemessen reguliert werden können. Dabei muss jedoch darauf geachtet werden, dass es nicht zu wettbewerbsverzerrenden Vorteilen zu Gunsten von neu gegründeten Fintech-Unternehmen kommt und etablierte Finanzdienstleister benachteiligt werden, welche vergleichbare Leistungen erbringen unter Einsatz traditioneller Methoden und Technologien erbringen. Mit anderen Worten sollte auch hier der Grundsatz "gleicher Service - gleiche Regeln" (level playing field) Beachtung finden. So dürfen namentlich die Pflichten im Rahmen der Geldwäschereigesetzgebung (GwG) nicht aufgeweicht werden. Bei neuen Marktteilnehmern ist das Geldwäschereirisiko tendenziell grösser als bei den traditionellen Finanzdienstleistern. Das Schadenpotential mag bei neuen Anbietern vielleicht (z.B. aufgrund kleinerer Geschäftsvolumina) auf den ersten Blick kleiner erscheinen, dafür ist in der Regel die Eintrittswahrscheinlichkeit von Schadenfällen oft höher. Ein Schaden für Reputation und Integrität des Finanzplatzes kann auch durch viele kleine fehlbare Marktteilnehmer entstehen – nicht zuletzt eines der Argumente, weshalb unabhängige Vermögensverwalter im Rahmen der FIDLEG/FINIG-Vorlage stärker beaufsichtigt werden sollen. Nach unserem Verständnis wären die Bereiche Crowdfunding (Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV) und Sandbox (Art. 6 BankV) den Bestimmungen des GwG gänzlich entzogen. Dies ist zu unbedingt korrigieren, weil dies anwendbaren internationalen Standards der OECD (deren absolute Verbindlichkeit nicht nur das EFD, sondern der Gesamtbundesrat sonst bei jeder Gelegenheit betonen) widerspricht. Der schweizerische Finanzplatz kann es sich aus Gründen seiner international weiterhin guten Reputation nicht leisten, dass Finanzintermediäre oder im Finanzbereich tätige Fintech-Unternehmungen selektiv vom Geldwäschereibekämpfungsdispositiv ausgeklammert werden. Im Gegenteil, gerade im Gebiet von neuartigen Dienstleistungsangeboten von Unternehmungen, die auf dem Markt noch nicht etabliert sind, dürfte das Risiko für Geldwäscherei noch grösser sein, als bei den konventionellen Anbietern, deren Geschäftsmodelle und Anfälligkeit für kriminelle Aktivitäten gut bekannt und ausgeleuchtet sind. Die internationale Tendenz ist denn auch entsprechend.

4. Keine Finanzmarktbevolligungen als blosse Wertsteigerungsmassnahme für Unternehmen

Abgelehnt wird vom VSV schliesslich der Einsatz nicht klar definierter Möglichkeiten zur Erlangung finanzmarktaufsichtlicher Bewilligungen, welche primär der Wertsteigerung von Unternehmen dienen, die sich selbst als innovativ darstellen, aber keiner nach den sonst geltenden Regeln der Finanzmarktaufsicht bewilligungs-

pflichtigen Tätigkeit nachgehen. Regulierung soll eben regulieren und soll nicht zu künstlichen Gewinnbeiträgen an Investoren beim Verkauf ihrer auf wenig klarer Grundlage regulierten Unternehmen führen. Finanzmarktbeurteilungen und Anträge an Selbstregulierungsorganisation sollen das bleiben, was sie sind, und nicht zu „Awards“ zur Wertsteigerung von Unternehmen verkommen. Finanzmarktaufsicht ist keine „Techie-Messe“ und nicht Hollywood. Für derartige Subventionsmassnahmen fehlt es in der schweizerischen Wirtschaftsordnung an verfassungsmässiger Grundlage.

5. Unklare Begriffe und Zuständigkeiten

Der Begriff „Innovation“, wie er im Titel von Art. 1b sowie in Abs. 2 VE-BankG verwendet wird, ist in keiner Weise definiert. Sowohl in Bezug auf das, was als „innovativ“ gelten soll, wie auch in zeitlicher Hinsicht: Die Vorlage sieht de facto eine „ewige“ Förderung vor. Es wird übersehen, dass – und schwergewichtig in technologischen Bereichen – das, was heute neu, morgen schon „von gestern“ und damit veraltet ist. Die zuständigen Behörden würden faktisch gezwungen einen Innovationsindex zu erarbeiten, zu pflegen und laufend zu veröffentlichen, der als Katalog dafür heranzuziehen ist, was denn gerade innovativ sein soll, und was schon zum Mainstream von gestern geworden ist. Dies ist keine Staatsaufgabe. Angebliche oder vermeintliche Innovation kann und soll nicht durch eine Regulierungsbehörde evident gehalten werden. Bereits aus diesem Grund ist der Begriff der Innovation als Voraussetzung für regulatorische Erleichterungen jedwelcher Art aus dem Vorentwurf zu streichen. Gleiches gilt auch für Begriffe wie Startup- oder FinTech-Unternehmen, welche zwar nicht im Gesetzestext, aber im Erläuterungsbegriff verwendet werden. Auch diese sind unklar, offen und können naturgemäss nicht griffig definiert werden. Dementsprechend haben sie blossen Beliebigkeitscharakter. Für die Finanzmarktaufsicht, die nur aufgrund klarer gesetzlicher Grundlagen ihre schweren Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit vollziehen dürfen, sind solche Begrifflichkeiten von vornherein ungeeignet. Sie gehören vor allem zur Marketing-Sprache.

Ebenfalls unklar ist, ob der Begriff „wirtschaftliche Einheit“ gemäss Art. 1a lit. c VE-BankG dem Begriff des „Finanzkonzerns“ i.S.v. Art. 3c BankG entspricht. Konzernstrukturen sollten nicht per se benachteiligt werden, denn diese sind nicht zwingend schlechter als stand-alone-Strukturen, und unter Umständen sogar ökonomisch effizienter als übergrosse schwerfällige Einzelgesellschaften. Andererseits sind SPV-Strukturen nur formal, nicht aber wirtschaftlich unabhängig von den Gründern, welche sie finanzieren.

Die Regelung „weder anlegen noch verzinsen“ gemäss Art. 1b Abs. 1 lit. b VE-BankG sowie Art. 6 Abs. 2 lit. b VE-BankV ist unklar. Dies wird auch im Erläuterungsbericht (S. 19) nicht verdeutlicht, welcher nicht deckungsgleich von einem „Verbot des Aktivgeschäfts“ spricht. Es wird offensichtlich übersehen, dass im Bankbereich das Anlagegeschäft für Kunden meist Ausserbilanz- und damit eben nicht Anlagegeschäft ist.

In Widerspruch dazu steht die Regelung, wonach neue Anbieter neben Finanzierung/Crowdfunding auch Anlagegeschäft anbieten können (vgl. Erläuterungsbericht, S. 11 f.). Hier sind die Abgrenzungen völlig unverständlich. Die Umschreibung „nicht hauptsächlich“ (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. b VE-BankV) ist von grösster Elastizität, so dass der Bestimmung jegliche Trennschärfe fehlt. Würde man sich – wie vom VSV gefordert – von Risikoüberle-

gungen leiten lassen, wäre eine Beschränkung auf das Crowdfunding-Geschäft zwingend. Alles andere ufert in Beliebigkeit aus.

6. Es gäbe mehr und wichtigeres zu tun im Fintech-Bereich

Die Vorlage vernachlässigt den rechtlichen Rahmen vollständig, welcher ergänzend zur Technik vollständig elektronische Abläufe zwischen Anbieter und Kunden ermöglichen und rechtssicher ausgestalten kann. Die Rechtssetzung in der Schweiz hinkt in vielen Bereichen den Anforderungen von Fintech hinterher; aber wohl am Wenigsten in Finanzmarktregulierung. Zu denken ist etwa an klare Regeln zur einheitlichen und einfachen Identifizierung mittels e-ID, zum rechtsgenügenden Zugang relevanter digitaler Dokumente („Briefkasten“) oder zur Beweiskraft in der elektronischen Welt (ZPO und StPO regelt derzeit nur „klassische“ Beweismittel der physischen Welt). Dabei ist auch den besonderen Bedürfnissen von Unternehmen in der elektronischen Welt gebührend Rechnung zu tragen (z.B. Thematik Doppelunterschrift), was derzeit die ZertES nur unvollständig tut.

Diese legislatorischen Aufgaben werden leider nur als Stückwerk angegangen und oft auch liegen gelassen. Dem Bundesrat scheint eine departementsübergreifende diesbezügliche Strategie nach wie vor zu fehlen.

Den Anfang bei der Finanzmarktregulierung zu machen, erachten wir nicht als sachgerecht.

III. Zu den vorgeschlagenen Massnahmen im Einzelnen

1. Art. 1a VE-BankG

In Art. 1a VE-BankG soll ein quantitatives (100 Millionen Franken) und ein qualitatives Element (Anlage oder Verzinsung von Publikumseinlagen) in die Definition des Begriffs „Bank“ verankert werden. FinTech-Förderung soll anbieter- und technologieutral ausgestaltet sein und allen Finanzdienstleistern, also auch den etablierten Akteuren, in gleichem Masse zugute kommen.

Begrüssenswert wäre eine innovationsfördernde Regulierungserleichterung, die sämtlichen – auch den etablierten Akteuren im Finanzmarkt – offen steht und so grösstmögliche Dienstleistungsinnovation gewährleistet. Es wäre deshalb sachgerechter, denjenigen Bereich der Aufsichtsnormen, die Innovationen erschweren, klarer einzugrenzen und diesen – unabhängig von Grösse und Art des Innovators – einem flexibleren Aufsichtsregime zugänglich zu machen. Der Fokus sollte deshalb auf der angebotenen Dienstleistung liegen und nicht auf die Person des Anbieters fokussieren. Dies würde auch dem aufsichtsrechtlichen Credo der FINMA entsprechen, Regeln so festzulegen und anzuwenden, dass sie von jedem Institut entsprechend Grösse, Komplexität, Struktur und Risikoprofil des individuellen Geschäftsmodells umzusetzen sind. Dieser Ansatz respektiert auch das wichtige Begriffspaar der Prinzipienbasiertheit und der Proportionalität. Die Finanzmarktaufsicht muss diese Prinzipien auf allen Stufen anwenden. Umso mehr müssen die Prinzipien auch im Verhältnis zwischen etablierten Vermö-

gensverwaltern, Versicherungen, Banken, Fondleitungen und neuen Anbietern zur Anwendung gelangen. Nur so ergibt sich mit Bezug auf die Finanzmarktregulierung ein in sich stimmiges Gesamtkonzept, welches überdies keine unsachlichen und unzulässigen Wettbewerbsverzerrungen beinhaltet.

2. Art. 1b VE-BankG

a) Nach dem Erläuterungsbericht soll die Berechnung des Schwellenwertes von CHF 100 Millionen, wie er in Art. 1b Abs. 1 lit. a VE-BankG vorgesehen ist, auf konsolidierter Basis erfolgen. Im Konzern organisierte Unternehmen in- und ausserhalb des Finanzsektors, welche Tochtergesellschaften für Finanzinnovationen gründen würden, wären dadurch benachteiligt. Art. 1b Abs. 1 lit. a BankG sollte folglich dahingehend eingeschränkt oder zumindest verbindlich ausgelegt werden, dass die Begriffe „Finanzgruppen“ und „Finanzkonglomerate“ auf Unternehmensgruppen beschränkt werden, welche exklusiv im Bereich FinTech aktiv sind. Damit würde diese unerwünschte Benachteiligung von Konzernstrukturen vermieden.

Die Problematik einer möglichen Wettbewerbsverzerrung zugunsten neuer Anbieter stellt sich insbesondere auch im Zusammenhang mit der konsolidierten Aufsicht - vorab im Banken- und Versicherungssektor. Im Sinne einer möglichst flexiblen Kooperation zwischen Start-Ups und etablierten Akteuren soll deshalb auch die konsolidierte Aufsicht überprüft und angepasst werden.

b) Die Ausübung des Behördenermessens ist nur für den Bundesrat vorgegeben: Gemäss Art. 1b Abs. 2 VE-BankG soll der Bundesrat die Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz berücksichtigen. Die FINMA dagegen soll ihr Ermessen „in besonderen Fällen“ betätigen können, womit ihr keine hinreichend klare Richtlinie gegeben wird (Art. 1b Abs. 4 VE-BankG).

Ziel der Vorlage ist aber die Innovation im Finanzsektor als Ganzes fördern. Ausnahmeregelungen und Ermessensspielräume der vorgenannten Art sind deshalb durch konkrete Zusatzkriterien einzugrenzen, damit das Verhältnis von Regeln und Ausnahmen nicht ins Beliebigere verwässert wird. Bundesrat und Finma müssen auf der Basis von sachlichen, vernünftigen und griffigen Vorgaben Verordnungsrecht schaffen bzw. Recht anwenden können. Richtigerweise müssen als solche Zusatzkriterien die Interessen des Anleger- und Systemschutzes sowie der Reputation des Finanzplatzes gelten. Ausnahmen sind gegen diese Interessen abzuwägen. Die Ermessensbetätigung muss in Anwendung des Legalitätsprinzips für beide Behörden (Bundesrat und FINMA) ausdrücklich im Gesetz festgelegt sein.

Ohne solche Präzisierungen droht angesichts der sehr offenen und unklar abgegrenzten Kompetenzordnung des VE-BankG eine bundesrätliche Kompetenz, quantitative Hürden generell heraufzusetzen (Art. 1b Abs. 2 VE-BankG), welche im Widerspruch zur Kompetenz der FINMA steht, Einzelfall Bewilligungen trotz Überschreitens der gesetzlich gesetzten quantitativen Hürde zu gewähren (Art. 1b Abs. 4 VE-BankG).

Das Ergebnis ist vollständige Unklarheit und Rechtsunsicherheit über die anwendbaren Regeln. Der Erläuterungsbericht (S. 20, 34 u. 35) scheint dies hinzunehmen, obwohl damit eine widersprüchliche, rechtsstaatlich fragwürdige Ermesseneinräumung an Bundesrat und FINMA entstehen würde.

c) Der VE-BankG will die Regeln für neue Anbieter nur „sinngemäss“ zur Anwendung bringen. Dies produziert grosse Rechtsunsicherheit mit Bezug auf den konkreten Umfang der anwendbaren Regeln. Es sollte, allenfalls auch erst bei der weiteren Konkretisierung, Klarheit geschaffen werden, welche der üblichen Aufsichts-, Kontroll- und Schutzelemente in welchem Umfang zur Anwendung kommen.

Jungen, kleinen Fintech-Unternehmen hilft ein solcher Regulierungssalat nicht. Sie haben die finanzielle Kraft nicht, mit teuren Beratern, in einem solch undurchsichtigen Regulierungsdschungel bestehen zu können. Solcherart gestaltete Gesetzgebungsprojekte mögen zwar gut gemeint sein, den gewünschten Effekt werden sie nicht erzielen können.

Vielmehr ist im Gesetz klar aufzuzählen, welche Bestimmungen aus dem BankG uneingeschränkt auch auf Anbieter der neu zu schaffenden Kategorie anwendbar sind

3. Art. 6 VE-BankV

Die Verordnungsvorlage will einen neuen, vollständig regulierungsfreien Bereich für das Poolen von Kundengeldern schaffen. Ein Bereich, in welchem Kundengelder gesammelt und weitergeleitet werden können, ohne dass die FINMA oder eine nach dem GwG zugelassene SRO irgendwelche Aufsichtsbefugnisse hat. Die daraus resultierenden Risiken sollen dadurch im Griff gehalten werden, dass die Summe der eingesammelten Kundengelder nie mehr als CHF 1 Mio. betragen soll.

Nur auf den ersten Blick sieht dies verlockend aus. Schon im Erläuterungsbericht (S. 11) wird deutlich zum Ausdruck, dass es beim Poolen von Kundengeldern nicht bei 1 Million Fr. bleiben wird. Der Grenzwert von CHF 1 Mio. gilt dabei für alle Einlagen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt auf einem Konto der Plattform gehalten werden. Einlagen, welche vor diesem Zeitpunkt gesammelt und bereits weitergeleitet wurden, zählen nicht dazu (Möglichkeit für aktives Window-Dressing). Somit können im bewilligungsfreien Raum Volumen weit über CHF 1 Mio. abgewickelt werden, wenn das Geschäft, was zu befürchten ist, als „Durchlauferhitze“ betrieben wird. Das einzige, was gefordert wird, ist ein Warnhinweis, dass die Einlagensicherung der Banken nicht greife.

Wenn wie vorgeschlagen Recht gesetzt wird, werden solche Unternehmen Kundengelder nicht über Schweizer Banken sammeln können. Das Recht wird toter Buchstabe bleiben. Die FINMA wird erfahrungsgemäss dafür sorgen, dass die Banken solchen Firmen, welche Konten für ihre Pools bei ihnen unterhalten (wollen), mit einer Dichte und Intensität auf die Finger schaut, dass es unattraktiv bleibt, nach Art. 6 VE-BankV zulässige Geschäfte über eine Schweizer Bank abzuwickeln. Das Geld dieser Pools wird also auf weniger regulierte Finanzplätze im nordamerikanischen oder asiatischen Raum ausweichen müssen.

Art. 6 VE-BankV widerspricht den Vorgaben der FATF zur Prävention und Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung.

Als anerkannte SRO nach dem GwG warnt der VSV ausdrücklich vor Regulierungsexperimenten, wie sie mit Art. 6 VE-BankV gemacht werden. Nicht ohne Grund untersagt der VSV in seinen, heute von den FINMA als Verhal-

tensregeln für die Vermögensverwaltung anerkannten Standesregeln seit bald 30 Jahren, Kundengelder - ungeachtet der Höhe und des Bestimmungszwecks – zu poolen. Die Schadensneigung und Risiken, dass solche Möglichkeiten zu Anlageschwindeln aller Art und zu Zwecken der Geldwäscherei missbraucht werden, ist sehr hoch. Praktisch jeder Fall von Anlagebetrug in der Schweiz in den vergangenen Jahren war auch ein Fall des unerlaubten Poolens von Kunden- oder Anlegergeldern.

Unternehmen, welche Kundengelder bis zu CHF 1 Mio. für nach Art. 6 VE-BankV beschränkten Zwecke poolen wollen, müssen auf jeden Fall der Regulierung nach dem GwG unterstehen und einer anerkannten SRO unterstehen bzw. mit Inkrafttreten des FINIG einer Aufsichtsorganisation unterstehen, welche nicht nur die Einhaltung der Geldwäschereiregeln, sondern auch die Einhaltung der Vorgaben von Art. 6 VE-BankV überwacht. Ohne solche regulatorischen Massnahmen kann dies zum Reputationsproblem für den Finanzplatz Schweiz werden.

Art. 6 VE-BankV ist entsprechend anzupassen.

Abschliessend bedanken wir uns für die Möglichkeit zur Vernehmlassung Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech). Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

**Verband Schweizerischer
Vermögensverwalter | VSV**


Alexander Rabian
Vorsitzender der Geschäftsleitung SRO


Andreas Brüggen
Corporate Services

Per E-Mail:
rechtsdienst@sif.admin.ch

Zürich, 8. Mai 2017
E-Mail direkt: cb@zhbanken.ch

Vernehmlassung zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (FinTech)
Vernehmlassung vom 1. Februar 2017

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Datum vom 1. Februar 2017 haben Sie zur Vernehmlassung zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (FinTech) eingeladen. Gerne nutzen wir diese Gelegenheit zur Stellungnahme.

Der Zürcher Bankenverband vertritt seit über hundert Jahren die Interessen des Finanzplatzes Zürich. Er vereinigt 50 Mitgliedsunternehmen, darunter alle bedeutenden Banken sowie die fünf grössten Versicherungen als assoziierte Mitglieder und die Schweizerische Nationalbank als zugewandtes Institut. Er setzt sich für politische und wirtschaftliche Rahmenbedingungen ein, die auch in Zukunft eine erfolgreiche Entwicklung des Finanzplatzes und der in Zürich ansässigen Banken und Versicherungen ermöglichen.

Wir begrüssen daher das Ziel, die regulatorischen Rahmenbedingungen der immer dynamischeren globalen und arbeitsteiligen Finanzwelt anzupassen und den für die Finanzbranche wichtigen Bereich FinTech aktiv zu gestalten. Wir erachten es als zentral, die digitalen Geschäftsmodelle mit ihrer Innovationskraft zu fördern und gleichzeitig sicherzustellen, dass neue Risiken adäquat reguliert sind und der faire Wettbewerb unter den verschiedenen Marktteilnehmern weiterhin erhalten bleibt.

Vor diesem Hintergrund sind gezielt innovative Dienstleistungen zu fördern und nicht einzelne Anbietersegmente. Bestehende Finanzdienstleistungsunternehmen müssen zu den gleichen regulatorischen Bedingungen am FinTech-Markt teilnehmen können wie neue Anbieter.

Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der etablierten und für die schweizerische Volkswirtschaft tragenden Akteure sind zu vermeiden.

Regulation im Bereich der Finanzmarktgesetze ist entweder sinnvoll, weil sie bestimmte Risiken begrenzt. In diesem Fall kann sie auch nicht ohne weiteres (auch nicht zugunsten von Innovation) aufgehoben oder reduziert werden. Oder aber eine Regulation ist gemessen an den Risiken, welche mit ihr begrenzt werden sollen, überbordend. In diesem Fall müsste sie ohnehin aufgehoben oder reduziert werden, unabhängig von ihrem Effekt auf die Innovationsfähigkeit des Marktes.

Insbesondere ist davon abzusehen, Finanzintermediäre oder im Finanzbereich tätige FinTech-Unternehmen selektiv vom Dispositiv zur Bekämpfung der Geldwäscherei auszunehmen, wie

dies für die Bereiche Crowdfunding (Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV) und Sandbox (Art. 6 BankV) vorgesehen ist. Dies läuft der aktuellen internationalen Entwicklung entgegen und würde erhebliche Risiken für Reputation und Integrität des schweizerischen Finanzplatzes nach sich ziehen.

Im Bereich der Innovationsförderung kommt unseres Erachtens zu wenig zum Ausdruck, dass die FinTech-Förderung allen Finanzdienstleistern – also auch den bestehenden, volkswirtschaftlich sehr bedeutenden Akteuren – in gleichem Mass zugutekommen soll. Insbesondere schlagen wir vor, Art. 1b Abs. 1 lit. a BankG so zu präzisieren, dass die Begriffe «Finanzgruppen» und «Finanzkonglomerate» auf Unternehmensgruppen beschränkt werden, die ausschliesslich im FinTech-Bereich tätig sind. Andernfalls würden in Konzernen organisierte Unternehmen bei der Gründung von Tochtergesellschaften für Finanzinnovationen in ungerechtfertigter Weise benachteiligt.

Im Sinn einer möglichst flexiblen Zusammenarbeit zwischen Start-Ups und etablierten Akteuren des Finanzmarkts ist sodann auch die konsolidierte Aufsicht zu überprüfen und gegebenenfalls zu flexibilisieren. Bereits bestehenden Finanzdienstleistern muss es genau wie neu auf den Markt tretenden Akteuren ohne Einschränkung durch bestehende Konsolidierungsvorschriften möglich sein, FinTech-Unternehmen selber zu gründen und zu betreiben oder sich an innovativen Firmen im FinTech-Bereich zu beteiligen.

Auf keinen Fall darf für verschiedene Anbieter gleicher Dienstleistungen eine «aufsichtsrechtliche Zweiklassengesellschaft» geschaffen werden. Namentlich kleinere Banken würden sonst regulatorischen Wettbewerbsnachteilen ausgesetzt, denen sie auf Dauer nicht standhalten könnten.

Im Übrigen verweisen wir auf die detaillierten Vorschläge und Eingaben, welche Ihnen die Schweizerische Bankiervereinigung im Rahmen ihrer Vernehmlassung unterbreitet.

Entscheidend ist es sodann, den Bedürfnissen der Branche nach Rechtssicherheit (auch) im digitalen Bereich Rechnung zu tragen. Dies verlangt unter anderem nach klaren Begriffsdefinitionen und Abläufen, einer rechtlich anerkannten e-ID zur Identifizierung, klaren Zugangs- und Beweiskraftregeln usw.

Noch vorhandene Unschärfen bezüglich Gültigkeit und Umfang der üblichen Aufsichts-, Kontroll- und Schutzelemente (z.B. Geldwäschereibestimmungen, Anlegerschutz etc.) sind zu beheben. Es muss Klarheit darüber bestehen, welche dieser Elemente für welche Anbieter in welchem Umfang zur Anwendung kommen. Auch hier verweisen wir im Einzelnen auf die Vernehmlassung und die «Anregungen für die weitere Konkretisierung und künftige Behördenpraxis» der Schweizerischen Bankiervereinigung, denen wir uns uneingeschränkt anschliessen.

Unter diesen Voraussetzungen wären unseres Erachtens über die vorgeschlagenen hinaus weitere Massnahmen zur Förderung innovativer Geschäftsmodelle wünschenswert, so zum Beispiel die Schaffung von Rechtssicherheit in Zusammenhang mit Blockchain-Technologien, die Sicherstellung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit und Kompatibilität der Regulierung, die Ermöglichung von BigData-Anwendungen und der Abbau von Formerfordernissen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme im Rahmen Ihrer weiteren Arbeiten. Für ergänzende Auskünfte stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Christian Bretscher
Geschäftsführer

Per E-Mail:
rechtsdienst@sif.admin.ch

Zürich, 8. Mai 2017

Vernehmlassung zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (FinTech); Stellungnahme der Zürcher Handelskammer

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit den am 1. Februar 2017 vorgestellten geplanten Änderungen des Bankengesetzes (BankG; SR 952) und der Bankenverordnung (BankV; SR 952.02) sollen Markteintrittshürden für FinTech-Unternehmen verringert und die Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes gestärkt werden. Die Zürcher Handelskammer (ZHK) vertritt die Zürcher Wirtschaft und setzt sich für eine grundsätzlich wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft mit attraktiven wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ein.

Zu den massgeblichen Faktoren für den Wohlstand der Schweiz und Zürichs gehört ein wirtschaftlich erfolgreicher Finanzsektor. Dieser braucht Rahmenbedingungen, die es ihm ermöglichen, auch in Zukunft wettbewerbsfähig zu sein und eine führende Rolle einzunehmen. Dazu gehören auch Regelungen, die den für die Finanzbranche wichtigen und für die Zukunft vielversprechenden Bereich FinTech befördern und nicht behindern. Die Zürcher Wirtschaft ist durch Änderungen des Bankenrechts erheblich betroffen, weshalb wir uns erlauben, zu den Anpassungen des Bankengesetzes und der Bankenverordnung Stellung zu nehmen:

Allgemeine Bemerkungen

Die ZHK unterstützt grundsätzlich das Vorhaben, mit einer Anpassung der regulatorischen Rahmenbedingungen der unter anderem durch die Digitalisierung immer dynamischer werdenden Finanzwelt Rechnung zu tragen. FinTech-Geschäftsmodelle beruhen regelmässig darauf, dass gewerbmässig fremde Gelder entgegengenommen werden, was unter geltendem Recht nur mit Bewilligung der FINMA erlaubt ist (Art. 1 Abs. 2 BankG). Den hohen Anforderungen einer solchen Bewilligung vermögen die häufig sich in einer Aufbauphase befindlichen jungen FinTech-

Unternehmen nicht zu genügen. Die heutige Regulierung, die in erster Linie auf die systemischen Risiken des Bankgeschäftes (insb. Fristentransformation mit Liquiditäts- und Zinsrisiken) ausgerichtet ist, wirkt daher als Marktzutrittschürde innovationshemmend und strukturerhaltend.

Aus diesem Grund ist die vorgeschlagene Deregulierung des Bankenrechts mit dem Ziel, ausserhalb des klassischen Bankgeschäftes Dienstleistungen erbringende FinTech-Unternehmen entsprechend ihrem (geringeren) Risikopotential weniger stark zu regulieren, ein Schritt in die richtige Richtung. Wir hätten uns indessen vorstellen können, noch weiter zu gehen und insbesondere auf die neue Bewilligungskategorie für FinTech-Dienstleister (Art. 1b VE-BankG) zu verzichten: Innerhalb des Finanzwesens ist sinnvollerweise eine klare Trennung vorzunehmen. Auf der einen Seite steht das klassische Bankwesen, das von (impliziten) Staatsgarantien profitiert und entsprechend strengen Regeln zu unterstellen ist. Auf der anderen Seite finden sich Nichtbanken, deren Geschäftsmodell nicht auf (risikobehafteter) Fristentransformation beruht und die entsprechend auch kein staatliches Gütesiegel in Form der geplanten „Banklizenz light“ (mit allfälligen Haftungsfolgen für die Steuerzahler) erhalten sollten. Für diese würden Vorschriften genügen, die sicherstellen, dass keine systemischen Risiken eingegangen werden.

In allen Fällen sind die regulatorischen Erleichterungen nicht auf einzelne Anbietersegmente zu konzentrieren, sondern auf die entsprechenden Dienstleistungen. Diesem Anliegen wird der Vorwurf nicht gerecht, da die geplanten regulatorischen Erleichterungen für innovative Geschäftsmodelle etablierten Finanzdienstleistern nicht zugänglich sind.

Bemerkungen zu einzelnen Änderungen

Wir verzichten auf eine Beurteilung des ganzen Vernehmlassungsentwurfes und beschränken uns auf Aspekte, die für uns von zentraler Bedeutung sind.

FinTech-Erleichterungen auch für etablierte Finanzdienstleister

Gemäss erläuterndem Bericht (S. 34) soll die Berechnung des Schwellenwertes für die neue Bewilligungskategorie (Art. 1b Abs. 1 lit. a VE-BankG) auf konsolidierter Basis erfolgen. Dies würde grosse Finanzdienstleister, die Tochtergesellschaften für Finanzinnovationen gründen, benachteiligen. Wir beantragen, den Schwellenwert für das jeweilige innovative Geschäftsmodell separat anzuwenden.

Schwellenwert für Innovationsraum erhöhen

Gemäss geltendem Recht (Art. 6 BankV) wird als gewerbmässig bezeichnet und der Bankenbewilligungspflicht unterstellt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt. Die meisten FinTech-Geschäftsmodelle richten sich jedoch an mehr als 20 Personen. Der bewilligungsfreie Raum soll deshalb im Sinne eines Innovationsraumes („Sandbox“) ausgedehnt werden. Neu soll demnach ebenfalls keine Bewilligung benötigen, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt, sofern die Publikumseinlagen gesamthaft höchstens Fr. 1 000 000 betragen (Art. 6 Abs. 2 VE-BankV). Wir befürchten, dass diese Schwelle zu tief angesetzt ist, da sie in der Praxis sehr schnell erreicht wird. Wir beantragen deshalb, den entsprechenden Wert auf

Fr. 5 000 000 anzusetzen. Zudem regen wir an zu prüfen, den Innovationsraum rechtlich nicht in der BankV, sondern im BankG zu verankern.

Geldwäschereigesetz auch bei FinTech-Dienstleistungen anwenden

Der Vernehmlassungsentwurf sieht implizit vor, bewilligungsfreie „Sandbox-Unternehmen“ sowie den Bereich „Crowdfunding“ (Art. 5 Abs. 3 lit. c VE-BankV) den Bestimmungen des Geldwäschereigesetzes (GwG; SR. 955) nicht zu unterstellen. Wir erachten dies in der gegenwärtigen Situation, in der es darum geht, die Entwicklung des FinTech-Sektors in der Schweiz zu ermöglichen, für gerechtfertigt. Sollte sich herausstellen, dass sich auch im FinTech-Bereich erhebliche Risiken ergeben, ist zu einem späteren Zeitpunkt die Unterstellung des FinTech-Sektors unter das GwG zu prüfen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Zürcher Handelskammer



Dr. Regine Sauter
Direktorin



Mario Senn
Leiter Politik und Projekte