

LSFin-LEFin : points de rattachement pour les membres de l'OAR FSA FSN

Cet article n'a pas pour but d'expliquer de manière générale les dispositions de la loi sur les services financiers (« [LSFin](#) ») et de la loi sur les établissements financiers (« [LEFin](#) »), entrées en vigueur ensemble au 1^{er} janvier 2020, mais de montrer plus spécifiquement aux membres de l'Organisme d'autoréglementation de la Fédération Suisse des Avocats et de la Fédération Suisse des Notaires OAR FSA FSN, grâce à l'aperçu qui suit, où leur activité hors monopole pourrait présenter des points de rattachement avec la LSFin et de la LEFin et impliquer des obligations en raison de ces dispositions légales.

1. Objets de la réglementation

a. LSFin

La LSFin a pour but de protéger les clients des prestataires de services financiers ainsi que de fixer des conditions comparables pour la fourniture des services financiers offerts par les différents prestataires. Il s'agit notamment de consolider certaines lois, en particulier la loi sur les placements collectifs de capitaux (« [LPCC](#) »), mais aussi d'inscrire des obligations de comportement pour les prestataires de services financiers.

En outre, la LSFin introduit une surveillance minimale du marché au niveau des conseillers en placement qui fournissent des conseils sur des instruments financiers sans relation de mandat.

De même, la LSFin fixe des obligations pour la création et l'offre d'instruments financiers. Cette dernière, en particulier, figure déjà dans le champ d'application de la LPCC et s'applique désormais à tous les instruments financiers.

b. LEFin

La LEFin a pour but de protéger les investisseurs et les clients des établissements financiers et d'assurer le bon fonctionnement du marché financier. Elle reprend en partie les réglementations relatives aux établissements financiers déjà autorisés par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (« **FINMA** »), comme les gestionnaires de fortune collective. Nouveauté importante pour les membres de l'OAR FSA FSN, les gestionnaires de fortune et les trustees entrent désormais dans le champ d'application de la LEFin et sont donc soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation et à la surveillance prudentielle de la FINMA.

c. Délais transitoires

Tant la LSFin que la LEFin prévoient des délais transitoires¹. Ceux-ci dépendent largement de l'activité en question, tant au niveau du contenu que dans le temps. Même si un membre de l'OAR n'a entrepris aucune démarche jusqu'à présent concernant la LSFin ou la LEFin, certains délais transitoires restent applicables ; il peut aussi tenter de faire rétablir des délais échus.

2. Points de rattachement au niveau de l'activité

a. LEFin

Comme la réglementation de la LEFin est plus invasive, il est judicieux, dans un premier temps, d'en examiner l'applicabilité. Du point de vue des membres de l'OAR FSA FSN, il faut partir du principe que les éventuels points de rattachement introduits par la LEFin concernent avant tout la gestion de fortune ou l'exercice d'une fonction de trustee.

Depuis le 1^{er} janvier 2020, tant la gestion de fortune que l'exercice d'une fonction de trustee sont considérés comme des activités d'un établissement financier assujéti à l'autorisation de la FINMA. Il est également important de noter que la promotion de ces services, par exemple sur le site Internet de l'Étude, n'est autorisée qu'avec une autorisation correspondante.

Selon la définition légale, on entend par **gestionnaire de fortune** toute personne qui peut, sur la base d'un mandat, disposer au nom et pour le compte de clients de leurs valeurs patrimoniales au sens de l'art. 3, let. c, ch. 1 à 4 LSFin² (**services financiers**) en lien avec des **instruments financiers**³. En résumé, le renvoi à la LSFin fait référence à toute activité au niveau de la fortune de clients en vertu d'une procuration et en relation avec des instruments financiers. Tel est par exemple le cas lorsqu'un avocat investit des valeurs patrimoniales du

¹ Le délai transitoire permettant aux membres de l'OAR de déposer une demande d'autorisation en tant que gestionnaire de fortune et trustee court jusqu'au 31 décembre 2022 (art. 74 al. 2 [LEFin](#)). Le délai transitoire pour que toutes les établissements financiers se conforment aux règles de comportement pertinentes en vertu de [LSFin](#) court jusqu'au 31 décembre 2021 (art. 95 al. 4 [LSFin](#)).

² Art. 3 let. c [LSFin](#): « [Au sens de la présente loi, on entend par] *services financiers* : les prestations suivantes fournies aux clients :

1. l'acquisition ou l'aliénation d'instruments financiers,
2. la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers,
3. la gestion d'instruments financiers (gestion de fortune),
4. l'émission de recommandations personnalisées concernant des opérations sur instruments financiers (conseil en placement),
5. l'octroi de crédits pour exécuter des opérations sur instruments financiers ; ».

³ Art. 3 let. a [LSFin](#) : « [Au sens de la présente loi, on entend par] *instruments financiers* :

1. les titres de participation, à savoir :
 - les valeurs mobilières sous forme d'actions, y compris les valeurs mobilières assimilables à des actions qui confèrent des droits de participation ou de vote, tels que les bons de participation ou les bons de jouissance
 - les valeurs mobilières qui permettent, lors de la conversion ou de l'exercice du droit titrisé sous-jacent, d'acquérir des titres de participation visés au tiret 1, dès qu'elles ont été annoncées à la conversion,
2. les titres de créance : les valeurs mobilières qui ne sont pas des titres de participation,
3. les parts de placements collectifs de capitaux au sens des art. 7 et 119 de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC),
4. les produits structurés, tels que les produits à capital garanti, les produits à rendement maximal et les certificats,
5. les dérivés au sens de l'art. 2, let. c, de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers,
6. les dépôts dont la valeur de remboursement ou le taux d'intérêt dépend d'un risque ou d'un cours, excepté ceux dont le taux d'intérêt est lié à un indice de taux d'intérêt,
7. les obligations : les parts de la totalité d'un emprunt qui sont soumises à des conditions identiques ; ».

client qui sont consignées (*escrow*) pendant la période de l'immobilisation jusqu'à l'affectation proprement dite, et ce même si ce but est lié au monopole de l'avocat.

Est réputé **trustee**⁴, au sens de la définition légale, quiconque, à titre professionnel, gère un patrimoine distinct ou en dispose en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sur la base de l'acte constitutif d'un trust au sens de la Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Dans ce cas, l'application de la LEFin dépend effectivement de la désignation de la personne concernée (ou d'un trustee organisé selon le droit des sociétés) comme trustee. D'autre part, une activité comme protector peut à son tour être considérée, sur le fond, comme une activité de gestion de fortune si le protector peut exécuter lui-même des décisions ayant une incidence sur la fortune du trust.

Dans les deux cas, l'activité doit être exercée à titre professionnel⁵. Les seuils s'inspirent de ceux de la loi sur le blanchiment d'argent (« [LBA](#) ») applicables aux intermédiaires financiers soumis à la surveillance de l'OAR.

Des exceptions au champ d'application peuvent être envisagées dans certains cas. Cela devrait avant tout concerner les membres de l'OAR FSA FSN qui agissent comme Single Family Offices, dont l'activité relève certes de la LBA, mais qui n'ont pas besoin d'une autorisation en tant que gestionnaire de fortune.

Les conditions pour l'obtention de l'autorisation sont toutefois nettement plus strictes que celles applicables aux intermédiaires financiers soumis à la surveillance de l'OAR selon la LBA. En plus des exigences en matière de formation et d'expérience professionnelle, la loi impose le respect de conditions personnelles pour la gestion et de conditions organisationnelles pour l'exploitation opérationnelle et, le cas échéant, pour l'organe responsable de la direction supérieure⁶. Des critères d'indépendance⁷ doivent être respectés en fonction de la taille de l'entreprise ou de l'étendue de l'activité. En outre, la LEFin fixe des prescriptions en matière de capitalisation et de liquidités ou impose des garanties équivalentes⁸.

En raison du manque de pratique judiciaire et administrative, cette nouvelle législation s'accompagne malheureusement de nombreuses incertitudes, notamment en ce qui concerne la détention à titre fiduciaire d'instruments financiers pour les clients. En cas de doute, il vaut la peine de demander des éclaircissements à la FINMA ou un conseil juridique spécialisé pour mieux cerner son activité. Une violation de la législation sur les marchés financiers, dont fait partie la LEFin, est lourdement sanctionnée par la FINMA et le Département fédéral des finances.

Une autorisation selon la LEFin ne peut pas être accordée en vue d'une éventuelle activité, contrairement à l'autorisation OAR. La FINMA exige en effet que la demande d'autorisation

⁴ Cf. art. 2 al. 1 lit. b en lien avec l'art. 17 al. 2 [LEFin](#).

⁵ Cf. art. 3 lit. d [LSFin](#) et art. 3 [LEFin](#) en lien avec l'art. 19 [OEFin](#).

⁶ Cf. art. 7 [LEFin](#).

⁷ Cf. art. 33 al. 3 [LEFin](#) en lien avec l'art. 53 [OEFin](#).

⁸ Cf. art. 22 et 23 [LEFin](#).

soit accompagnée d'un plan d'affaires détaillé qui indique clairement l'activité pour laquelle l'autorisation est demandée.

Avant de demander une autorisation, il faut également examiner la question des coûts. Dans le cadre de la procédure d'autorisation, ceux-ci comprennent, en plus des propres dépenses, les frais de conseils et ceux liés à l'examen préalable par l'organisme de surveillance. D'autres frais sont liés à la FINMA. S'agissant du maintien de l'autorisation, les coûts engagés sont surtout liés à la mise en place des conditions visant à garantir l'indépendance de certaines unités organisationnelles, que ce soit par une externalisation ou par une structure interne. En outre, les coûts d'audit par une société d'audit agréée seront plus élevés que ceux dans le cadre d'une affiliation à un OAR. Par ailleurs, l'organisation de la surveillance et la FINMA induisent également des coûts sur la durée.

b. LSFin

La LSFin s'adresse aux prestataires de services financiers, aux conseillers à la clientèle ainsi qu'aux producteurs et aux fournisseurs d'instruments financiers. Pour les membres de l'OAR FSA FSN, la catégorie des **prestataires de services financiers**⁹ est celle qui correspond le mieux à leur activité. Sont des prestataires de services financiers les personnes qui exercent pour le compte de clients les activités suivantes : l'acquisition ou l'aliénation d'instruments financiers, la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers, la gestion de fortune ainsi que l'émission de recommandations personnalisées concernant des opérations sur instruments financiers (conseil en placement). Un **instrument financier**¹⁰ est une notion large qui comprend les titres de participation, les titres de créance, les placements collectifs de capitaux, les produits structurés, les dérivés et autres. La définition légale couvre également l'octroi de crédits pour exécuter des opérations sur instruments financiers, bien que cette activité soit probablement moins pertinente en l'espèce. Pour les prestataires de services financiers, la LSFin fixe pour l'essentiel des **règles de comportement**¹¹ qu'ils doivent respecter vis-à-vis des clients. Celles-ci sont plus ou moins sévères ou étendues, selon que le client est considéré comme un client privé, professionnel ou institutionnel.

Les trustees sont exemptés de ces obligations, même s'ils sont soumis à autorisation en tant qu'établissements financiers. En revanche, elles s'appliquent aux gestionnaires de fortune.

En plus des conditions d'autorisation selon la LEFin, la gestion de fortune en vertu d'une procuration doit respecter les prescriptions de la LSFin. Pour les membres de l'OAR FSA FSN, dont l'activité qui relève du droit des marchés financiers n'est pas soumise à autorisation selon la LEFin, il existe néanmoins le risque que leur activité, même si elle n'est pas exercée sur la base d'un mandat, soit qualifiée de service financier et soit dès lors soumise à la LSFin. Ce risque existe principalement pour le **conseil en placement**, qui fait partie des services financiers réglementés par la LSFin. En simplifiant, on peut dire que tel est le cas lorsque des conseils sur des instruments financiers sont donnés à un client à titre professionnel. Le

⁹ Cf. art. 3 lit. d [LSFin](#).

¹⁰ Cf. art. 3 lit. a [LSFin](#).

¹¹ Cf. art. 7 ss. [LSFin](#).

caractère professionnel de l'activité¹² est défini différemment de la LEFin et doit être retenu même si les revenus obtenus grâce au conseil sont faibles. Quand bien même il n'est pas nécessaire d'obtenir une autorisation de la FINMA, la LSFin pose des exigences en matière de formation et de connaissances en ce qui concerne l'activité exercée et les obligations de la LSFin. En outre, une inscription au **registre des conseillers est obligatoire**. Celle-ci impose à son tour la conclusion d'une assurance responsabilité civile professionnelle pour cette activité et des structures organisationnelles, même si elles sont simples.

3. Conclusion

En tant qu'intermédiaire financier, il se peut qu'une activité qui était jusqu'à présent légalement exercée en vertu de l'affiliation à l'OAR nécessite désormais une autorisation au sens de la LEFin. L'émission de propositions de placement, qui n'était pas soumise à autorisation jusqu'à présent, peut désormais entraîner une obligation d'enregistrement au sens de la LSFin. Cette activité doit cependant être exercée à titre professionnel pour tomber sous le coup des nouvelles réglementations. Il vaut donc la peine de **vérifier la conformité de son activité avec la législation sur les marchés financiers**. Même si des dispositions transitoires peuvent s'appliquer, les prestataires de services financiers et/ou les établissements financiers doivent déjà respecter certaines obligations depuis l'entrée en vigueur de la LSFin et la LEFin.

Contact FINMA

FIDLEG-FINIG@finma.ch ou +41 31 327 98 88 (du lundi au vendredi, de 8h00 à 12h00).

Liste des organismes de surveillance autorisés par la FINMA avec coordonnées :

<https://www.finma.ch/fr/autorisation/aufsichtsorganisationen/>

OAR FSA/FSN

Secrétariat général

Spitalgasse 40

3011 Berne

031 533 70 00

info@swisslawyers.com

www.sro-sav-snv.ch

¹² Art. 3 lit. d [LSFin](#).