



### Martin Liebi

D<sup>r</sup> en droit, LL.M. (Stanford), avocat (Suisse/  
New York)  
Head Capital Markets, Pricewaterhouse  
Coopers AG, Zurich  
Juge au tribunal de commerce de Zurich,  
chargé de cours à l'Université de Zurich  
martin.liebi@ch.pwc.com  
[www.pwc.ch/de/dienstleistungen/legal.html](http://www.pwc.ch/de/dienstleistungen/legal.html)

## LSFin/LEFin

# Loi sur les services financiers (LSFin) et loi sur les établissements financiers (LEFin): Les conséquences pour les agents fiduciaires

La nouvelle loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) entreront vraisemblablement en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020 et apporteront des nouveautés fondamentales. Cet article donne un aperçu des nouveautés à venir pour les agents fiduciaires. La première partie présentera le champ d'application de la LSFin et de la LEFin sur les activités typiques des agents fiduciaires. Les obligations importantes pour les agents fiduciaires dans le cadre de la loi sur les services financiers et de la loi sur les établissements financiers seront ensuite exposées.

## 1. L'applicabilité de la LSFin et de la LEFin aux activités typiques des agents fiduciaires

La loi sur les services financiers (ci-après «LSFin») et la loi sur les établissements financiers (ci-après «LEFin») règlent pour la première fois de manière complète les exigences prudentielles à l'égard de la fourniture de services financiers et des établissements financiers. Les agents fiduciaires peuvent également être couverts par le champ d'application de la LSFin et de la LEFin, notamment lorsqu'ils fournissent un service financier ou interviennent par exemple en qualité de trustee ou de gestionnaire de fortune indépendant. Les gestionnaires de fortune individuelle indépendants et les trustees sont désormais aussi soumis à autorisation. La surveillance prudentielle de ces deux établissements financiers est exercée par un ou plusieurs organismes de surveillance indépendants, mais autorisés par la FINMA.<sup>1</sup> La LSFin et la LEFin

entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020. Différentes dispositions transitoires d'une durée variable s'appliqueront cependant en ce qui concerne les différentes obligations applicables.

De nombreuses activités typiques pour les agents fiduciaires ne relèvent cependant pas de ce champ d'application. Elles incluent le conseil fiscal, le conseil juridique, la comptabilité, le décompte des salaires et le compte des investissements, les activités de corporate finance, la gestion immobilière, la révision, la gestion du personnel, l'intermédiation d'assurances ainsi qu'une grande partie du conseil économique et aux entreprises. Les activités en relation avec le conseil financier, les successions, les curatelles, la gestion de fortune, le conseil patrimonial, l'intermédiation de crédit, le conseil en matière de prévoyance personnelle ou de caisses de pension, l'activité de trustee et les activités de garde (custody) peuvent cependant représenter un service financier couvert par la LSFin, voire une activité d'établissement finan-

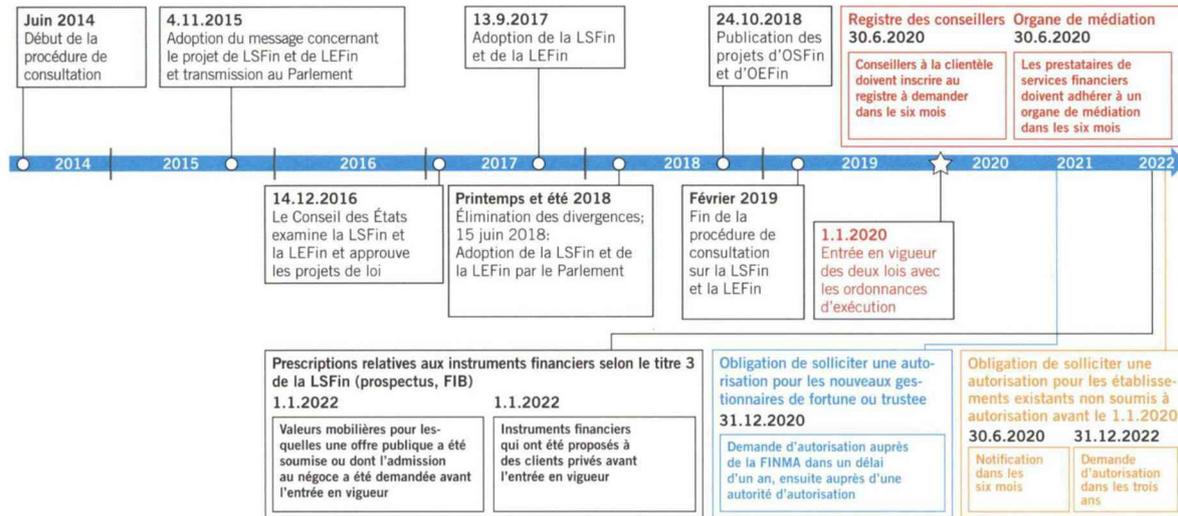
cier couverte par la LEFin. Les activités exercées par un agent fiduciaire, qui est en même temps organe de la société, peuvent également constituer un service financier. Cela suppose toutefois un contrat séparé. Les autres activités d'un organe pour la société ne constituent pas des services financiers, car elles ne sont pas réalisées pour le compte de tiers.

## 2. Obligations dans le cadre de la loi sur les services financiers

La LSFin a pour but de régler pour la première fois et de façon exhaustive, au plan prudentiel, la fourniture de services financiers en Suisse. L'objectif de la LSFin est avant tout d'améliorer la protection des clients de prestataires de services financiers. Des conditions comparables doivent en outre être créées pour la fourniture de services financiers par les prestataires de services financiers.<sup>2</sup> Paral-



Figure



lément, les conseillers à la clientèle et les producteurs d'instruments financiers sont également soumis à la LSFFin.<sup>3</sup> On entend par prestataire de services financiers toute personne qui fournit des services financiers à titre professionnel en Suisse ou pour des clients en Suisse. Il y a activité à titre professionnel lorsque le prestataire exerce une activité économique indépendante en vue d'un revenu régulier au sens de l'art. 2 let. b ORC.<sup>4</sup> Entrent notamment dans cette catégorie les agents fiduciaires qui fournissent des services financiers, parallèlement à d'autres activités non soumises à la LSFFin. L'obligation d'assujettissement suite à la fourniture de services financiers devrait être particulièrement importante pour les agents fiduciaires. Les services financiers sont les prestations suivantes fournies aux clients:

1. l'achat ou la vente d'instruments financiers<sup>5</sup>; on entend notamment par là la distribution d'instruments financiers, c.-à-d. toute activité directement adressée à certains clients qui vise spécifiquement l'acquisition ou l'aliénation d'un instrument financier. Les agents fiduciaires qui distribuent des instruments financiers à des clients sont concernés.
2. la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers, c.-à-d. la transmission d'ordres, par exemple en tant qu'«introducing broker», ce qui constitue une activité non soumise à autorisation dans le cas de l'exécution de l'ordre par un négociant en valeurs mobilières (ou une maison de titres) suisse.
3. la gestion de valeurs patrimoniales (gestion de fortune), c.-à-d. «toutes les activités pour lesquelles le prestataire de services financiers dispose d'une procuration l'autorisant à placer des valeurs patrimoniales pour le compte de ses clients». Elle comprend aussi

bien les situations dans lesquelles les transactions doivent être autorisées par le client en dépit de procurations externes que les procurations portant sur des opérations isolées.<sup>6</sup> Les agents fiduciaires qui gèrent des avoirs pour des clients fournissent un service financier.

4. l'émission de recommandations personnelles concernant des opérations sur instruments financiers (conseil en placement), c.-à-d. la fourniture de recommandations personnalisées et adaptées à la situation personnelle du client concernant des instruments financiers. Les agents fiduciaires qui fournissent des prestations de conseil patrimonial aux clients accomplissent un service financier.
5. l'octroi de crédits pour exécuter des opérations sur instruments financiers, c.-à-d. l'octroi de crédits qui servent directement à financer des transactions sur instruments financiers. Cela inclut par exemple les opérations de crédit lombard. Un service financier suppose que le prestataire de services financiers n'octroie pas seulement le crédit, mais participe aussi à l'exécution des opérations sur instruments financiers. Cela concerne les crédits qu'un agent fiduciaire accorde sur ses propres moyens, mais aussi les crédits dans lesquels il joue le rôle d'intermédiaire. Dans ce dernier cas, il agit en tant que conseiller à la clientèle pour un prestataire de services financiers tiers, qui doit être inscrit au registre des conseillers.<sup>7</sup>

Il est donc essentiel de déterminer dans un premier temps pour tout agent fiduciaire s'il fournit un service financier relatif à un instrument financier. Les critères d'une activité exercée à titre professionnel sont remplis plus

rapidement dans le cadre de la LSFFin que dans celui de la LEFin, qui se fonde sur des critères quantitatifs. Il est donc possible qu'un agent fiduciaire n'exerce pas d'activité à titre professionnel au sens de la LEFin, mais remplisse les critères correspondants selon la LSFFin. Si un agent fiduciaire conclut qu'il fournit des services financiers relatifs à des instruments financiers, il est soumis à toute une série d'obligations. Celles-ci ne s'appliquent pas à tous les services financiers. Nous présentons ci-après les principales obligations visées par la LSFFin.

### 2.1 Obligation de classification des clients

Les prestataires financiers sont en principe tenus de classer leurs clients en clients privés<sup>8</sup>, clients professionnels<sup>9</sup> ou clients institutionnels<sup>10</sup>.<sup>11</sup> Un client peut par exemple être un particulier, mais aussi une entreprise ou une caisse de pension. Bien que l'on se fonde en principe sur la qualification du client, les personnes fondées de pouvoirs d'un client peuvent demander en la forme écrite ou sous toute autre forme permettant d'en établir la preuve par un texte que leur classement soit fondé sur les connaissances et l'expérience de cette personne.<sup>12</sup> Le client peut déclarer vouloir changer de catégorie. C'est par exemple le cas des clients privés fortunés, c.-à-d. des clients ayant une fortune d'au moins 500 000 francs qui, en raison de leur formation personnelle et de leur expérience professionnelle ou d'une expérience comparable dans le secteur financier, possèdent des connaissances suffisantes pour comprendre les risques encourus ou qui possèdent une fortune d'au moins 2 millions de francs: Ces clients peuvent déclarer qu'ils

Auflage	5'059 Ex.	TREX - Der Treuhandexperte
Reichweite	12'140 Leser	9230 Flawil
Erscheint	6 x jähr	Martin Liebi
Fläche	293'800 mm <sup>2</sup>	
Wert	n. a.	

souhaitent être considérés comme des investisseurs professionnels et renoncer au niveau de protection d'un investisseur privé (opting-out). Les investisseurs professionnels peuvent en principe déclarer qu'ils souhaitent être considérés comme des clients privés et donc solliciter une protection (opting-in). Les clients institutionnels peuvent en outre demander à être considérés comme des clients professionnels (opting-in). Les déclarations doivent cependant être formulées en la forme écrite ou sous toute autre forme permettant d'en établir la preuve par un texte.<sup>13</sup> L'obligation de classer les clients doit être remplie dans le délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la LSFIn et de l'ordonnance sur les services financiers (OSFin), c.-à-d. jusqu'au 31 décembre 2021.<sup>14</sup>

## 2.2 Obligation d'information

Le prestataire de services financiers est soumis à une obligation d'information sur son activité générale, mais aussi sur des services financiers particuliers. L'information doit être communiquée avant la fourniture de la prestation ou avant la conclusion du contrat et le client doit disposer de suffisamment de temps pour comprendre les informations ou la transaction.<sup>15</sup> Une feuille d'information de base doit en outre être mise à la disposition du client privé, pour autant qu'elle ait été établie et qu'il y ait une recommandation personnelle d'instruments financiers. Si la relation est exclusivement fondée sur des opérations execution only (achat et vente d'instruments financiers) ou introducing brokerage (transmission d'ordres) ou si une feuille d'information de base a déjà été établie, cette obligation ne s'applique pas.<sup>16</sup> L'obligation d'information doit être remplie dans le délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la LSFIn et de l'OSFin, c.-à-d. sans doute jusqu'au 31 décembre 2021.<sup>17</sup>

## 2.3 Obligation de vérification du caractère approprié

Une vérification du caractère approprié est requise lorsque des prestataires de services financiers ne fournissent un conseil en placement que pour certaines transactions, sans tenir compte du portefeuille du client dans son intégralité.<sup>18</sup> Il incombe alors au prestataire de services financiers de se renseigner sur les connaissances et l'expérience du client concernant un certain type d'opération ou une transaction et d'en vérifier le caractère approprié avant de les recommander.<sup>19</sup> En cas de représentation, les connaissances et l'expérience de la personne représentée sont prises en considération.<sup>20</sup> L'obligation de vérification du caractère approprié doit également être remplie dans le délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la LSFIn et de l'OSFin, c.-à-d. jusqu'au 31 décembre 2021.<sup>21</sup>

## 2.4 Obligation de vérification de l'adéquation

Une vérification de l'adéquation doit être effectuée lors de la fourniture d'un conseil en placement, en tenant compte de la totalité du portefeuille du client ou lors de la gestion de fortune. Cela signifie concrètement que le prestataire de services financiers doit se renseigner sur la situation financière et les objectifs de placement ainsi que sur les connaissances et l'expérience du client concernant le service financier.<sup>22</sup> Le prestataire de services financiers établit un profil de risque pour chaque client sur cette base.<sup>23</sup> Lors de la vérification de l'adéquation, le prestataire de services financiers prend également en considération les connaissances de la personne représentée, en cas de représentation.<sup>24</sup> Comme pour la vérification du caractère approprié, l'obligation doit être remplie dans le délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la LSFIn et de l'OSFin, c.-à-d. jusqu'au 31 décembre 2021.<sup>25</sup>

## 2.5 Obligation de documentation

Les prestataires de services financiers sont soumis à d'importantes obligations de documentation. Elles se rapportent aux services financiers convenus avec les clients et les informations collectées sur ceux-ci, l'information sur l'absence ou l'échec d'une vérification du caractère approprié ou de l'adéquation ainsi que sur les services financiers fournis aux clients. En cas de conseil en placement, ils documentent en outre les besoins des clients et les motifs sous-jacents de chaque recommandation d'acquisition ou d'aliénation d'un instrument financier.<sup>26</sup> Là encore, le délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la LSFIn et de l'OSFin s'applique, c.-à-d. jusqu'au 31 décembre 2021.<sup>27</sup>

## 2.6 Obligation de rendre compte

Les prestataires de services financiers doivent informer les clients des accords passés et des résultats de la vérification du caractère approprié et de l'adéquation. Le prestataire doit leur adresser, sur demande, une copie des documents soumis à l'obligation de documentation ou la leur transmettre de toute autre manière appropriée (notamment par voie électronique). Sur demande, ils rendent également compte aux clients des aspects soumis à l'obligation de documentation, la composition, l'évaluation et l'évolution des portefeuilles ou les coûts liés aux services financiers.<sup>28</sup> L'obligation de rendre compte doit être remplie dans le délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la LSFIn et de l'OSFin, c.-à-d. jusqu'au 31 décembre 2021.<sup>29</sup>

## 2.7 Obligation de remise de documents

Les documents sur les clients établis par les prestataires de services financiers dans le cadre

de leur activité ont une grande importance. Le client a en tout temps le droit à la remise d'une copie de son dossier et de tous les documents le concernant. Compte tenu de la nature prudentielle de ce droit, le client ne peut pas y renoncer. La demande doit être formulée par écrit ou sous toute autre forme permettant d'en établir la preuve par un texte.<sup>30</sup>

## 2.8 Traitement des ordres des clients

Cette obligation vise au fond à préserver les intérêts des clients lors du traitement de leurs ordres. Le principe de l'égalité de traitement et les principes de la bonne foi sont déterminants lors de leur traitement. Les prestataires de services financiers doivent disposer de procédures et de systèmes qui sont adaptés à leur taille, à leur complexité et à leur activité, et propres à préserver les intérêts des clients.<sup>31</sup>

## 2.9 Meilleure exécution possible des ordres des clients

Le principe best execution s'applique avant tout aux prestataires de services financiers qui exécutent eux-mêmes les transactions ou qui transmettent des ordres à des tiers. Lors de l'exécution des ordres de leurs clients, ces prestataires de services financiers ont l'obligation de s'assurer du meilleur résultat possible en termes de coûts, de rapidité et de qualité. Ils doivent tenir compte de leurs propres coûts mais aussi des coûts de tiers. Les prestataires de services financiers doivent établir des instructions internes sur la manière d'exécuter les ordres de clients (Best Execution Policy). Ils tiennent compte du contenu et de l'étendue des opérations en jeu ainsi que de la catégorie de clients concernée.<sup>32</sup>

## 2.10 Utilisation des instruments financiers des clients

Lorsque des instruments financiers détenus dans les portefeuilles du client doivent être prêtés à des contreparties ou lorsque le prestataire de services financiers doit transmettre de telles opérations en qualité d'agent, le consentement du client doit être demandé par écrit (ou sous toute autre forme permettant d'en établir la preuve par un texte). Ce consentement doit être donné dans une convention distincte des conditions générales.<sup>33</sup>

## 2.11 Mesures organisationnelles visant à exclure les conflits d'intérêts

Lors de la fourniture de services financiers, le prestataire doit avant tout défendre les intérêts du client. Les conflits entre des intérêts divergents des clients doivent être évités. Les intérêts personnels des prestataires de services financiers, les intérêts de leurs collaborateurs et les intérêts de tiers ne doivent pas s'opposer aux intérêts des clients (art. 28 P-OSFin en relation avec l'art. 25 LSFIn). La

Auflage	5'059 Ex.	TREX - Der Treuhandexperte
Reichweite	12'140 Leser	9230 Flawil
Erscheint	6 x jährl.	Martin Liebi
Fläche	293'800 mm <sup>2</sup>	
Wert	n. a.	

politique en matière de conflits d'intérêts doit être communiquée de manière appropriée dans une instruction interne et doit être communiquée au client sur demande.

### 2.12 Rémunérations reçues de tiers (rétrocessions)

Des conflits d'intérêts peuvent notamment se manifester lors du versement d'avantages pécuniaires, par exemple sous forme de soft dollars, courtages, rabais ou commissions, octroyés au prestataire de services financiers en relation avec la distribution de tiers. On entend également par tiers, les sociétés du groupe dont le prestataire de services financiers fait partie (art. 29 al. 2 P-OSFin). Les rétrocessions doivent être en lien avec la fourniture d'un service financier et appartiennent en principe intégralement au client, pour autant que celui-ci n'y ait pas renoncé avant la fourniture de la prestation de distribution ou la conclusion du contrat, après en avoir été pleinement informé. Lorsque les rétrocessions ne peuvent pas être transférées au client, par exemple les soft dollars, elles doivent être communiquées au client en tant que conflit d'intérêts. Une information sur les critères de calcul et les ordres de grandeur suffit, pour autant que le montant ne puisse pas être déterminé à l'avance. Dans ce cas, le prestataire de services financiers doit spontanément informer le client des rétrocessions effectivement perçues. Même en cas de renonciation aux rétrocessions, le client conserve le droit pouvant être exercé en tout temps de demander la communication des sommes effectivement perçues (art. 26 LSFIn).

### 2.13 Opérations des collaborateurs

La LSFIn prévoit une réglementation expresse pour un deuxième type de conflits d'intérêts. Il s'agit des opérations «décrites» des collaborateurs. En font partie toutes les personnes physiques et morales qui agissent pour le prestataire de services financiers, ainsi que les membres de leurs familles et les autres proches (art. 30 P-OSFin). Les prestataires de services financiers doivent prévoir des mesures appropriées pour empêcher leurs collaborateurs d'utiliser de manière abusive, pour leur propre compte, les informations acquises dans le cadre de leur activité pour le prestataire de services financiers (art. 27 LSFIn). Lors de la fourniture de services financiers, le prestataire doit avant tout défendre les intérêts du client. Les conflits entre des intérêts divergents des clients doivent être évités. Les intérêts personnels des prestataires de services financiers, les intérêts de leurs collaborateurs et les intérêts de tiers ne doivent pas s'opposer aux intérêts des clients (art. 28 P-OSFin en relation avec l'art. 25 LSFIn). La politique en matière de conflits d'intérêts doit être communiquée de manière appropriée dans une ins-

truction interne et doit être communiquée au client sur demande.

### 2.14 Obligation d'enregistrement au registre des conseillers

Les conseillers à la clientèle, c.-à-d. les personnes physiques qui fournissent des services financiers au nom de prestataires de services financiers ou en tant que prestataires de services financiers,<sup>34</sup> doivent être enregistrés dans un registre des conseillers<sup>35</sup>. L'enregistrement peut être réalisé auprès du registre des conseillers de la Bourse de Berne ([www.regservices.ch](http://www.regservices.ch))<sup>36,37</sup>. Le conseiller tenu de s'enregistrer est toujours une personne physique, à savoir celle qui est au contact du client. Les activités uniquement subordonnées et les activités qui ne constituent pas un service financier ne sont pas concernées par l'obligation d'enregistrement. Notamment dans le domaine de la gestion de fortune et du conseil patrimonial, les obligations imparties aux conseillers à la clientèle sont importantes pour les agents fiduciaires ayant un faible volume d'affaires, par exemple quand ils ne sont pas soumis à une obligation de solliciter une autorisation en tant que gestionnaire de fortune indépendant ou trustee, en raison du recours à une exception. Dans ce cas, les agents fiduciaires doivent s'enregistrer dans le registre des conseillers nouvellement créé.<sup>38</sup>

Les conditions pour l'enregistrement dans le registre des conseillers sont des connaissances suffisantes des règles de comportement énoncées dans la LSFIn et des connaissances techniques requises par l'activité, la conclusion d'une assurance responsabilité civile professionnelle ou la fourniture des garanties financières équivalentes, l'affiliation à un organe de médiation, l'absence de condamnation pénale inscrite au casier judiciaire pour l'une des infractions contre le patrimoine visées au CP et l'absence d'une interdiction de pratiquer ou d'une interdiction d'exercer prononcée par la FINMA (art. 29 LSFIn). Le registre des conseillers a donc un pouvoir d'appréciation concernant la décision de savoir si un conseiller à la clientèle dispose de connaissances suffisantes des règles de comportement énoncées dans la LSFIn et des connaissances techniques requises par l'activité. Les conseillers à la clientèle doivent disposer des connaissances requises dans le délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la LSFIn et de l'OSFin, c.-à-d. jusqu'au 31 décembre 2021 (art. 104 P-OSFin).

Lors de l'enregistrement, le conseiller à la clientèle doit prouver à l'aide de documents et éventuellement aussi au moyen d'un entretien ou d'un test objectif qu'il possède les connaissances et capacités requises. Les modifications des informations devant être enregistrées doivent être déclarées au registre des conseillers dans un délai de 14 jours (art. 41 P-OSFin).

### 2.15 Obligation d'affiliation à un organe de médiation

Les agents fiduciaires et leurs entreprises qui sont des prestataires de services financiers doivent s'affilier à un organe de médiation, au plus tard jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2020 (art. 74 LSFIn). Dans ce cas, l'agent fiduciaire doit informer ses clients de la possibilité d'une procédure de médiation par un organe de médiation lors de l'établissement d'une relation d'affaires, en cas de refus d'un droit que fait valoir le client et en tout temps, à la demande du client. Lors de l'enregistrement au registre des conseillers, les conseillers à la clientèle doivent également indiquer l'organe de médiation du prestataire de services financiers.

## 3. Obligations des agents fiduciaires dans le cadre de la loi sur les établissements financiers

La LEFIn fixe les exigences régissant l'activité des établissements financiers dans le but d'établir une norme uniforme sur le marché financier suisse et donc d'en assurer le bon fonctionnement ainsi que la protection des investisseurs.<sup>39</sup> Elle se réfère aux établissements financiers, c.-à-d. aux gestionnaires de fortune, trustees, gestionnaires de fortunes collectives, directions de fonds et maisons de titres.<sup>40</sup> L'obligation d'autorisation des gestionnaires de fortune indépendants (GFI) et des trustees est particulièrement importante pour les agents fiduciaires. Est réputé gestionnaire de fortune au sens de l'art. 17 LEFIn «quiconque peut, sur la base d'un mandat, disposer à titre professionnel, au nom et pour le compte de clients, de leurs valeurs patrimoniales au sens de l'art. 3 let. c ch. 1 à 4 LSFIn».<sup>41</sup> Un trustee gère, à titre professionnel, 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.<sup>42</sup> Les agents fiduciaires qui gèrent des avoirs pour des tiers, de manière indépendante en vue d'un revenu régulier, courent ainsi le risque de devoir demander une autorisation en tant que gestionnaire de fortune indépendant ou trustee, pour autant qu'aucune exception ne s'applique.

### 3.1 Agents fiduciaires en tant que gestionnaires de fortune indépendants et trustee soumis à la LEFIn

Les agents fiduciaires qui agissent en tant que gestionnaires de fortune indépendants ou trustee en Suisse ou depuis la Suisse exclusivement pour des clients étrangers doivent en principe obtenir une autorisation de l'autorité de surveillance, pour autant qu'aucune exception ne s'applique.<sup>43</sup> Les gestionnaires de fortune administrent en principe des portefeuilles individuels et le trustee gère des patrimoines distincts et veille à leur préservation de valeur et à leur uti-

Auflage	5'059 Ex.	TREX - Der Treuhandexperte
Reichweite	12'140 Leser	9230 Flawil
Erscheint	6 x jähr	Martin Liebi
Fläche	293'800 mm <sup>2</sup>	
Wert	n. a.	

lisation affectée. Mais ils peuvent également proposer le conseil en placement, la distribution d'instruments financiers et l'analyse de portefeuille.<sup>44</sup> Ils exercent leur activité à titre professionnel dès lors qu'ils:<sup>45</sup>

- en tirent un produit brut de plus de 50 000 francs durant une année civile,
- établissent des relations d'affaires ne se limitant pas à une activité unique avec plus de 20 cocontractants durant une année civile ou entretiennent au moins 20 relations de ce type durant une année civile, c.-à-d. ont entretenu au cours de l'année civile une relation d'affaires avec au moins 20 personnes différentes, ou
- effectuent des transactions dont le volume total dépasse 2 millions de francs durant une année civile, à l'exclusion des remaniements de portefeuilles, ce qui signifie qu'ils effectuent des transactions d'un volume total d'au moins 2 millions de francs en une année civile.

Comme exposé ci-dessus, il peut arriver qu'un agent fiduciaire ne remplisse pas les conditions requises pour l'exercice d'une activité à titre professionnel selon la LFin, mais agisse à titre professionnel selon la LSFIn. Il doit par conséquent respecter les obligations selon la LSFIn et notamment s'enregistrer au registre des conseillers. Il existe toute une série d'exceptions à l'obligation de solliciter une autorisation qui s'appliquent typiquement aux activités des agents fiduciaires. Elles incluent par exemple la gestion de fortune dans le cadre de mandats régis par la loi. Cela concerne par exemple l'exécution testamentaire ou la curatelle de représentation ou la curatelle de portée générale,<sup>46</sup> les employeurs qui gèrent la fortune de leurs institutions de prévoyance ainsi que les fédérations d'employeurs et de salariés qui gèrent la fortune de leurs institutions. Une exception est également prévue pour les avocats et les notaires ainsi que leurs auxiliaires, pour autant qu'ils soient soumis au secret professionnel de l'art. 321 CP<sup>47</sup> ou à l'art. 13 LLCA<sup>48</sup>, ainsi que pour leurs personnes morales dans le cadre desquelles ils s'organisent. Il n'y a donc pas d'exception pour les agents fiduciaires qui ne sont pas en même temps avocats ou notaires ou leurs auxiliaires.<sup>49</sup> Les gestionnaires de fortune et les trustees ont le choix entre les formes juridiques de l'entreprise individuelle, des sociétés commerciales et de la coopérative selon le CO, qui conviennent à l'exercice de la gestion de fortune. Les personnes physiques peuvent également être gestionnaires de fortune, mais doivent toujours être inscrites au registre du commerce.<sup>50</sup>

### 3.2 Exigences concernant l'obligation de solliciter une autorisation et la procédure d'autorisation

L'agent fiduciaire qui a besoin d'une autorisation en tant que gestionnaire de fortune indé-

pendant ou trustee, doit remettre à la FINMA une demande d'autorisation avec les documents nécessaires à l'appréciation de la demande.<sup>51</sup> Des explications sur l'activité commerciale prévue, le capital, l'organisation, la composition personnelle, la situation en matière d'externalisation, l'organe de médiation et les fonctions de contrôle internes doivent notamment y être données. La demande d'autorisation doit également s'accompagner des instructions afférentes, confirmations, documents officiels et autres documents nécessaires. La surveillance des gestionnaires de fortune indépendants et des trustees est exercée par des organismes de surveillance (OS), qui sont actuellement en cours d'autorisation. Eu égard à la grande complexité de la procédure d'autorisation, il est conseillé de faire appel à un conseiller chevronné.

Les agents fiduciaires en tant que gestionnaires de fortune indépendants et trustees n'étaient pas encore soumis à une obligation d'autorisation, avant l'entrée en vigueur de la LFin. Ils doivent par conséquent s'annoncer à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA jusqu'au 30 juin 2020. Un délai de trois ans également à compter de l'entrée en vigueur de la LFin leur est alors accordé, pour satisfaire aux exigences légales et déposer une demande d'autorisation. Ils peuvent toutefois poursuivre leur activité jusqu'à la décision, pour autant qu'ils soient affiliés à un organisme d'autorégulation (OAR) selon l'art. 24 LBA<sup>52</sup> et surveillés par celui-ci en ce qui concerne le respect des obligations correspondantes.<sup>53</sup> Dans des cas particuliers, la FINMA peut accorder une prolongation du délai.<sup>54</sup> Cela signifie que les gestionnaires de fortune indépendants et les trustees pourraient poursuivre leur activité actuelle jusqu'à quatre ans suivant l'entrée en vigueur de la LFin, si l'on tient compte du délai de traitement de leur demande d'autorisation par la FINMA. Les obligations selon la LSFIn devront cependant être satisfaites plus tôt, au plus tard à l'expiration des délais de transition correspondants. Des raisons importantes plaident en faveur de la nécessité d'enregistrer les conseillers à la clientèle des gestionnaires de fortune indépendants et des trustees au registre des conseillers pendant ces délais de transition, car jusqu'à l'octroi de l'autorisation ils travaillent chez un intermédiaire financier qui ne fait pas l'objet d'une surveillance prudentielle selon l'art. 3 LFINMA. Après l'octroi de l'autorisation, ils peuvent être radiés du registre des conseillers. Le délai de transition dans la LFin ne s'applique en effet pas automatiquement à la LSFIn.<sup>55</sup> Nous pensons que l'obligation d'enregistrement au registre des conseillers devrait s'appliquer aux conseillers à la clientèle de prestataires de services financiers qui n'ont même pas l'intention de déposer une demande d'autorisation en tant

que gestionnaire de fortune indépendant ou trustee. En d'autres termes, le délai de transition ne doit être sollicité que par les prestataires de services financiers qui envisagent effectivement de déposer une demande d'autorisation. Nous pensons que les prestataires de services financiers qui ne le font pas doivent enregistrer leurs conseillers à la clientèle au registre des conseillers jusqu'au 30 juin 2020 et ne peuvent pas bénéficier de la disposition transitoire, car ils contournent la loi. La LSFIn ne prévoit pas de clause de grandfathering, contrairement au projet de LSFIn mis en consultation. Si les gestionnaires de fortune indépendants et trustees débute leur activité dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la LFin, ils doivent immédiatement s'annoncer à la FINMA et satisfaire aux conditions d'autorisation dès le début de leur activité, à l'exception de l'exigence d'affiliation à un organisme de surveillance (OS). Dès que l'organisme de surveillance dispose de l'autorisation de la FINMA, les gestionnaires de fortune et trustees doivent s'y affilier et déposer une demande d'autorisation. Dans ce cas aussi, ils peuvent exercer leur activité jusqu'à la décision sur l'autorisation, pour autant qu'ils soient affiliés à un organisme d'autorégulation selon l'art. 24 LBA et surveillés par celui-ci en ce qui concerne le respect des obligations correspondantes.

### 4. Sanctions en cas de non-respect des obligations visées à la LSFIn et à la LFin

La LSFIn prévoit expressément des dispositions pénales qui peuvent être infligées en cas de manquement à la LSFIn. Les sanctions générales selon la LFINMA peuvent s'ajouter à ces dispositions spécifiques. Il peut notamment y avoir des investigations préalables, pour autant que la division Enforcement de la FINMA ait des informations concernant de possibles irrégularités significatives au plan prudentiel ou des infractions à la loi.<sup>56</sup> Le non-enregistrement intentionnel au registre des conseillers ou la non-remise intentionnelle d'une demande d'autorisation en vue d'une autorisation en tant que gestionnaire de fortune indépendant ou trustee peut être puni d'une amende de 250 000 francs au plus par conseiller.<sup>57</sup> La violation des règles de comportement peut être punie d'une amende de 100 000 francs au plus selon la LSFIn (art. 89 LSFIn).

### 5. Conclusion

La LSFIn et la LFin peuvent avoir des répercussions sur les agents fiduciaires, pour autant



Auflage	5'059 Ex.	TREX - Der Treuhandexperte
Reichweite	12'140 Leser	9230 Flawil
Erscheint	6 x jähr	Martin Liebi
Fläche	293'800 mm <sup>2</sup>	
Wert	n. a.	

qu'ils fournissent des services financiers concernant des instruments financiers. En plus d'un grand nombre d'obligations, par exemple les obligations de classification des clients, d'information, de documentation, de comportement et d'organisation, l'obligation d'enregistrement dans le registre des conseillers pour les conseillers à la clientèle de l'agent fiduciaire ainsi que l'obligation d'affiliation à un organe de médiation sont particulièrement importants. Ces obligations entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, des délais de transition de six à 24 mois étant prévus pour la plupart des obligations. Les activités de gestion de fortune et de trustee exercées à titre professionnel peuvent également entraîner une obligation d'autorisation par un OS. Dans ce cas, une demande d'autorisation doit être remise le 31 décembre 2023 au plus tard. Les agents fiduciaires devraient analyser dès que possible s'ils relèvent du champ d'application de la LSFIn ou de la LEFin et, si c'est le cas, débiter l'implémentation des nouvelles obligations en temps utile. ■

1 Message du 4 novembre 2015 concernant la loi sur les services financiers (LSFIn) et la loi sur les établissements financiers (LEFin), FF 2015, p. 8103, 8115 ss [message].  
 2 FF 2015, p. 8115.  
 3 Art. 2 LSFIn.  
 4 Art. 3 let. d LSFIn et message, p. 8147. Selon la jurisprudence civile exprimée par l'ATF 80 I 383, 385, qui s'applique par analogie selon l'opinion défendue ici, on n'exige pas nécessaire qu'une activité économique indépendante en vue d'un revenu régulier vise l'obtention d'un bénéfice. L'exercice d'une activité économique organisée qui s'inscrit dans la durée et qui se traduit par un certain chiffre d'affaires et qui exige par ailleurs selon sa nature et son étendue une exploitation commerciale avec une comptabilité ordonnée suffit à cet égard. Les exigences concernant l'atteinte de ce seuil ne sont pas jugées élevées.  
 5 Par instruments financiers, l'art. 3 al. 1 let. a LSFIn entend les instruments suivants:  
 1. les titres de participation:  
 – les valeurs mobilières ou titres sous forme d'actions, y compris les valeurs mobilières ou titres 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 ou titres qui permettent, lors de la conversion ou de l'exercice du droit tirisé sous-jacent, d'acquérir des titres de participation visés au tiret 1 du même émetteur ou du même groupe d'entreprises,  
 2. les titres de créance: les valeurs mobilières ou titres 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 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 sur l'infrastructure des marchés financiers,  
 6. les dépôts dont la valeur de rachat 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.  
 6 FF 2015, p. 8146–8147.  
 7 Message, p. 8148. Le message interprète la notion de conseiller à la clientèle au sens large. C'est pour quoi les représentants indirects, tels que les intermédiaires qui agissent en leur nom propre pour le compte d'autrui, sont également couverts.

8 Est considéré comme un client privé quiconque n'est pas un client professionnel (art. 4 al. 2 LSFIn).  
 9 Par client professionnel, on entend selon l'art. 4 al. 3 LSFIn: a. les intermédiaires financiers au sens de la LB, la LEFin et la LPCC;  
 b. les entreprises d'assurance visées par la LSA;  
 c. les clients étrangers soumis à une surveillance prudentielle équivalente à celle des personnes énoncées aux let. a et b;  
 d. les banques centrales;  
 e. les établissements de droit public disposant d'une trésorerie professionnelle, c.-à-d. au moins une personne qui se charge à temps plein du placement de la fortune;  
 f. les institutions de prévoyance ou les institutions servant à la prévoyance professionnelle disposant d'une trésorerie professionnelle;  
 g. les entreprises disposant d'une trésorerie professionnelle;  
 h. les grandes entreprises, c.-à-d. toute entreprise qui dépasse deux des valeurs suivantes: a. total du bilan de 20 millions de francs; b. chiffre d'affaires de 40 millions de francs; c. capital propre de 2 millions de francs;  
 i. les structures d'investissement privées disposant d'une trésorerie professionnelle instituées pour les clients fortunés.  
 10 On entend par clients institutionnels, les clients professionnels selon l'art. 4 al. 3 let. a–d ainsi que les collectivités de droit public nationales et supranationales disposant d'une trésorerie professionnelle (art. 4 al. 4 LSFIn).  
 11 Guillaume Braidi, La classification des clients selon la loi sur les services financiers, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht SZW, Zürich 2018, p. 485.  
 12 Art. 4 al. 4 P-OSFin.  
 13 Art. 5 al. 3 à 8 LSFIn.  
 14 Art. 103 P-OSFin.  
 15 Art. 9 al. 1 LSFIn en rel. avec l'art. 13 P-OSFin.  
 16 Art. 8 al. 3 à 5 LSFIn.  
 17 Art. 105 P-OSFin.  
 18 Cf. à propos de la délimitation entre conseil en placement ponctuel et conseil en placement tenant compte de la totalité du portefeuille: Luc Thévoz, FIDLEG und das Vertragsrecht. Eine Einführung, in: Bankvertragsrecht, in: Susan Emmenegger (éd.), SBT Schweizerische Bankrechtstagung 2017, p. 249.  
 19 Art. 12 LSFIn.  
 20 Art. 16 P-OSFin.  
 21 Art. 105 P-OSFin.  
 22 Art. 12 LSFIn.  
 23 Message, FF 2015, p. 8101 ss, 8159.  
 24 Art. 16 P-OSFin.  
 25 Art. 105 P-OSFin.  
 26 Art. 15 LSFIn.  
 27 Art. 105 P-OSFin.  
 28 Message, FF 2015, p. 8101 ss, 8159, Art. 19 al. 2 P-OSFin.  
 29 Art. 105 P-OSFin.  
 30 FF 2015, p. 8124, 8160.  
 31 Art. 20 P-OSFin, message, FF 2015, p. 8160.  
 32 Art. 18 LSFIn, message, FF 2015, p. 8160.  
 33 Art. 19 al. 1 LSFIn.  
 34 Art. 3 al. 1 let. e LSFIn.  
 35 Cf. www.regservices.ch.  
 36 Cf. www.regservices.ch.  
 37 Le registre des conseillers de Regulatory Services AG traverse encore actuellement la procédure d'octroi de licence auprès de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA.  
 38 Art. 31 LSFIn.  
 39 Art. 1 LEFin.  
 40 Art. 2 LEFin.  
 41 Art. 17 al. 1 LEFin.  
 42 Art. 17 al. 2 LEFin.  
 43 Message, FF 2015, p. 8127.  
 44 Art. 19 al. 1 et 2 P-OSFin.  
 45 Cf. art. 11 P-OSFin.  
 46 Art. 2 al. 2 let. b LEFin en rel. avec l'art. 2 al. 5 P-OSFin.  
 47 Code pénal du 21 décembre 1937 (état au 1<sup>er</sup> juillet 2019) (RS 311.0).  
 48 Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (loi sur les avocats, LLCA) (état au 1<sup>er</sup> janvier 2017) (RS 935.61).  
 49 Art. 2 al. 2 let. c LEFin.  
 50 Art. 18 LEFin.  
 51 Cf. notamment l'art. 4 P-OSFin concernant son contenu et son organisation.

52 Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (loi sur le blanchiment d'argent, LBA) (état au 1<sup>er</sup> janvier 2019) (RS 955.0).  
 53 Art. 74 al. 2 LEFin.  
 54 Art. 74 al. 4 LEFin.  
 55 Ni la LEFin ni la LSFIn, ni les documents afférents ne se prononcent à ce sujet. Les raisons qui plaident en faveur d'une obligation d'enregistrement dans le registre des conseillers sont les différents domaines de réglementation, les services financiers soumis à la LSFIn et les établissements financiers soumis à la LEFin, mais aussi les différents destinataires des obligations. La LEFin réglemente les établissements financiers et la LSFIn les conseillers à la clientèle. La LSFIn vise notamment la création de «conditions comparables pour la fourniture des services financiers offerts par les différents prestataires» (art. 1 al. 1 LSFIn), dont découle le principe «same business, same risks, same rules». Les services financiers présentant des risques similaires devraient par conséquent être soumis aux mêmes règles du jeu. Il y a inégalité de traitement quand les conseillers à la clientèle de prestataires de services financiers (par exemple des conseillers patrimoniaux) non soumis à la LEFin doivent s'enregistrer au registre des conseillers jusqu'au 30 juin 2020, contrairement aux conseillers à la clientèle de gestionnaires de fortune indépendants, qui bénéficient du délai de transition.  
 56 Urs Zulauf entre autres, Finanzmarktenforcement, 2<sup>e</sup> éd. 2014, p. 85 ss.  
 57 Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA).