

LEFin – LSFin: L'AVOCAT DANS LE VISEUR

SHELBY DU PASQUIER

Avocat, Lenz & Staehelin, Genève

ISY ISAAC SAKKAL

Avocat, Lenz & Staehelin, Genève

Mots-clés: activités typiques, activités atypiques, réglementaire, LSFin, LEFin

La loi sur les établissements financiers (LEFin) et la loi sur les services financiers (LSFin) entraînent un changement de paradigme pour certains acteurs du secteur financier. Les auteurs s'interrogent sur l'impact de ces législations sur la profession d'avocat et, en particulier, sur l'avocat d'affaires exerçant une activité atypique en marge de son activité couverte par le secret professionnel. Le présent éclairage porte également sur l'articulation de ces lois avec la législation anti-blanchiment d'argent.

I. Introduction

La LEFin et la LSFin sont entrées en vigueur le 1.1.2020. Ces lois apportent des nouveautés fondamentales dans leurs domaines respectifs. La première régit l'activité de certains établissements financiers, tandis que la seconde réglemente la fourniture de services financiers à des clients en Suisse ou depuis la Suisse. Tous les acteurs actifs sur le territoire suisse sont concernés par ces changements. Même si les délais transitoires permettent une adaptation progressive au nouveau régime, il est temps pour l'avocat d'analyser son activité au regard de ces nouvelles lois. Comme nous le verrons, selon la nature de son activité, la question d'une application de la LEFin et/ou de la LSFin à l'avocat se pose.

Après un rappel des notions topiques définissant l'activité de l'avocat (II) et des champs d'application respectifs des LEFin et LSFin (III), nous analyserons l'application de la LEFin et de la LSFin aux activités typiques et aux mandats réglementés de l'avocat (IV), ainsi qu'à certaines activités atypiques exercées fréquemment par l'avocat (V).

II. Activités de l'avocat

L'avocat est le mandataire de son client. Au bénéfice de connaissances juridiques, l'avocat fournit des services juridiques à son client. La variété des mandats qui peuvent lui être confiés est illimitée¹.

De jurisprudence constante, il convient de distinguer entre les activités dites typiques de l'avocat, soit la représentation en justice et le conseil juridique, et les activités qualifiées d'atypiques². Seules les activités typiques bénéficient de la protection du secret professionnel. Le Tribunal fédéral précise que les activités suivantes entrent dans la notion d'activité typique de l'avocat: «la rédaction

de projets d'actes juridiques, l'assistance et la représentation d'une personne devant des autorités administratives ou judiciaires, ainsi que les conseils juridiques»³. Toutes les autres activités sont atypiques et ne sont en principe pas couvertes par le secret professionnel. Il s'agit en particulier des activités de conseiller en placement, de gestionnaire de fortune (et signataire sur des comptes bancaires), d'administrateur de sociétés, de *trustee* et de *protector*, sur lesquels nous reviendrons dans cette contribution.

En marge des activités typiques et atypiques, s'ajoutent également les mandats réglementés par la loi, comme les activités de curateur, exécuteur testamentaire ou liquidateur, dont les cadres applicables sont définis dans la loi.

III. Champ d'application et conséquences

1. LEFin

Le champ d'application de la LEFin est circonscrit aux établissements financiers, soit aux gestionnaires de fortune, *trustees*, gestionnaires de fortune collective, directions de fonds et maisons de titres (art. 2 LEFin). La grande nouveauté introduite par la LEFin est l'assujettissement à surveillance prudentielle des gestionnaires de fortune et des *trustees*. L'activité de gestionnaire de fortune se définit

1 F. BOHNET/V. MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 15.

2 ATF 112 Ib 606, JdT 1987 IV 150, c. 2c; ATF 114 III 105, JdT 1990 II 98, c. 3.

3 TF, 1B_486/2017 du 10. 4. 2018, c. 3.2.

comme la capacité, sur la base d'un mandat, de disposer à titre professionnel, au nom et pour le compte de clients, de leurs valeurs patrimoniales (art. 17 al. 1 LEFin). Par ailleurs, le *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*.

Ces deux activités sont qualifiées dans la LEFin par une *exigence de professionnalité*, soit une activité économique indépendante exercée en vue d'obtenir un revenu régulier (art. 3 LEFin). Les seuils de professionnalité sont définis dans l'ordonnance sur les établissements financiers (OEFin). À cet égard, une activité est exercée à titre professionnel lorsque le gestionnaire de fortune ou le *trustee* (i) en tire un produit brut de plus de CHF 50 000.- par année civile, (ii) établit ou entretient des relations d'affaires avec plus de 20 cocontractants par année civile, ou (iii) a un pouvoir de disposition de durée indéterminée sur des valeurs patrimoniales de tiers dont le montant dépasse CHF 5 millions à un moment donné (art. 19 al. 1 OEFin). À quelques différences près⁴, ces seuils sont ceux applicables à l'assujettissement à LBA.

L'application de la LEFin implique l'obligation d'obtenir une *autorisation de la FINMA* (art. 5 LEFin) ainsi qu'un assujettissement à la surveillance de la FINMA par le biais d'un organisme de surveillance exerçant la surveillance courante (art. 61 al. 1 et 2 LEFin)⁵. Les conditions d'autorisation impliquent la conformité avec un certain nombre d'exigences notamment en matière d'organisation interne, de gestion des risques et contrôle interne, de capital minimal, d'assurance responsabilité civile et de fonds propres⁶.

2. LSFIn

Le champ d'application de la LSFIn est plus large que celui de la LEFin; ses contours exacts sont par ailleurs plus difficiles à appréhender. La LSFIn s'applique aux *prestataires de services financiers*, soit à toutes les personnes qui fournissent à titre professionnel des services financiers en Suisse ou à des clients en Suisse (art. 3 lit. d LSFIn). Les services financiers comprennent notamment l'acquisition ou l'aliénation d'instruments financiers (soit toute activité destinée directement à un client déterminé aux fins spécifiques d'un achat ou d'une vente d'un instrument financier), la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers, la gestion de fortune et le conseil en placement (art. 3 lit. c LSFIn et art. 3 al. 2 et 3 de l'ordonnance sur les services financiers, OSFin). Les instruments financiers incluent les actions, les obligations, les parts de placements collectifs, les produits structurés, soit généralement toutes les valeurs patrimoniales à l'exception des avoirs de clients en espèces et métaux précieux en compte courant ou en dépôt sur lesquels le client dispose d'un droit au paiement ou à la livraison physique (art. 2 lit. a LSFIn, art. 3 al. 1 OSFin)⁷.

La LSFIn prévoit également une *exigence de professionnalité* comme condition d'application de la loi. Contrairement au régime LEFin, la LSFIn et son ordonnance ne fixent pas de seuil de professionnalité, mais précisent qu'une activité économique indépendante exercée en vue

d'obtenir un revenu régulier est exercée à titre professionnel (art. 3 lit. d LSFIn). Le Conseil fédéral précise que l'exigence de professionnalité est à comprendre au sens de l'art. 2 lit. b de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC), tout en se référant également à l'ordonnance sur les banques (OB) qui prévoit un seuil de 20 dépôts du public ou un appel au public pour obtenir des dépôts pour qualifier l'activité de professionnelle⁸. De notre point de vue, le dépassement des seuils de professionnalité applicables selon la LEFin, la LBA ou l'OB, doivent à tout le moins conduire à admettre une activité à titre professionnel selon la LSFIn⁹. Cette interprétation se justifie pour les seuils de la LEFin en raison de la formulation identique des art. 3 LEFin et art. 2 lit. d LSFIn. En-deçà desdits seuils, il conviendra d'examiner concrètement l'activité exercée qui pourrait néanmoins être considérée comme étant exercée à titre professionnel selon la LSFIn en raison de l'obtention d'un revenu régulier par ce biais.

L'application de la LEFin implique cinq *conséquences principales*, soit (i) l'obligation de classer ses clients (art. 4 et 5 LSFIn), (ii) la conformité avec les règles de comportement (art. 7 à 20 LSFIn), (iii) le respect des exigences d'organisation (art. 21 à 27 LSFIn), (iv) l'inscription des conseillers à la clientèle dans un registre des conseillers (art. 28 et 29 LSFIn)¹⁰, et (v) l'affiliation à un organe de médiation (art. 74 LSFIn).

IV. Activités typiques et mandats réglementés

1. LEFin

La LEFin prévoit une série d'exclusions à son application (art. 2 al. 2 LEFin). En particulier, ne sont pas soumis à la LEFin, «*les avocats, les notaires et leurs auxiliaires, dans la mesure où l'activité est soumise au secret professionnel en vertu de l'art. 321 du code pénal, ou de l'art. 13 de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats, ainsi que la personne morale*

⁴ L'art. 7 de l'Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) prévoit un seuil de professionnalité additionnel pour l'intermédiaire financier qui effectue des transactions dont le volume total dépasse CHF 2 millions durant une année civile.

⁵ Un organisme de surveillance peut poser comme condition d'assujettissement le fait que les gestionnaires de fortune et les *trustees* soient soumis à un secret professionnel légal particulier (art. 21 al. 2 OEFin, art. 14 al. 4 OSS).

⁶ Cf. art. 18 à 23 LEFin; art. 23 à 33 OEFin.

⁷ Commentaires du DFF du 6. 11. 2019 concernant l'ordonnance sur les services financiers (OSFin), l'ordonnance sur les établissements financiers (OEFin) et l'ordonnance sur les organismes de surveillance (OSS), p. 19.

⁸ Message du Conseil fédéral du 4. 11. 2015 concernant la LSFIn et la LEFin (FF 2015 8101), p. 8147.

⁹ Dans le même sens, M. LIEBL, Loi sur les services financiers (LSFin) et loi sur les établissements financiers (LEFin): Les conséquences pour les agents fiduciaires, Der Treuhandexperte (TREX), 2019 296 ss, 297.

¹⁰ Certaines exceptions s'appliquent, notamment pour les conseillers à la clientèle de prestataires de services financiers suisses assujettis à surveillance en vertu de l'art. 3 LFINMA, soit par exemple en tant que gestionnaires de fortune soumis à la LEFin (art. 28 al. 1 LSFIn).

sous la forme de laquelle ces personnes sont organisées» (art. 2 al. 2 lit. c LFin). La distinction entre les *activités typiques*, soumises au secret professionnel, et les activités atypiques – qui ne le sont pas – est ainsi centrale. Le Message du Conseil fédéral cite comme exemple d'activité typique, l'avocat qui administre les valeurs patrimoniales d'une succession dans le cadre d'un mandat de droit successoral¹¹. Cette activité, tout comme les autres activités typiques de l'avocat, n'est pas soumise à la LFin.

La LFin prévoit une seconde exception pour les personnes qui gèrent un patrimoine dans le cadre d'un *mandat réglementé par la loi* (art. 2 al. 2 lit. d LFin). Il s'agit notamment des mandats de curateur, ainsi que différents mandats de droit des successions (exécuteur testamentaire, administrateur d'office de la succession, représentant de la communauté héréditaire), droit des poursuites et de la faillite (administrateur de la faillite, de commissaire au concordat, liquidateur) et droit des marchés financiers (art. 6 OEFin)¹².

2. LFin

L'application de la LFin aux avocats exerçant une *activité typique* n'est pas précisée. Il convient donc de revenir au champ d'application général de cette loi. De manière générale, il peut être constaté qu'une activité de représentation en justice et de conseil juridique ne constitue pas un service financier au sens de la LFin. Il arrive toutefois qu'un avocat fournisse un service financier ponctuel en marge de son activité typique, par exemple lorsqu'il instruit la banque de son client de transférer des titres suite au règlement d'un litige ou en agissant en tant que consignataire (*escrow agent*) en lien avec des titres¹³. Dans un tel cas, l'exigence de professionnalité, à apprécier en relation avec les services financiers fournis, permettra généralement d'éviter une application de la LFin.

Par ailleurs, dans le cadre de *mandats réglementés*, l'exclusion de l'application de la LFin proviendra généralement, à notre sens, de l'absence de «clients». Seule la fourniture de services financiers à des clients est soumise à la LFin dont l'objectif premier est la protection (art. 1 al. 1 LFin). Dans le cadre de mandats réglementés, l'avocat agit sur la base d'une obligation légale et dans l'intérêt public. Il n'agit pas sur mandat, pour le compte ou en nom de clients. Ses activités ne relèvent ainsi pas des activités d'un prestataire professionnel de services financiers¹⁴.

V. Activités atypiques

L'ensemble des activités qui suivent ne seront soumises à la LFin, respectivement à la LFin que dans la mesure où elles sont exercées à titre professionnel¹⁵. Par ailleurs, aussi bien la LFin que la LFin prévoient un certain nombre d'exceptions particulières qu'il conviendra d'examiner séparément. À titre d'exemple, l'activité exercée pour les personnes qui gèrent exclusivement les valeurs patrimoniales de personnes avec lesquelles elles ont des liens économiques ou familiaux n'est pas soumise à la LFin (art. 2 al. 2 lit. a LFin et art. 3 et 4 OEFin), tandis que

la LFin prévoit une exemption pour la fourniture intra-groupe de services financiers (art. 4 al. 6 LFin et art. 3 al. 4 OSFin).

À noter que la question de l'application de la LFin ou de la LFin s'analyse *indépendamment d'un assujettissement à la LBA*. Même si en pratique, l'un impliquera souvent l'autre dans la mesure où les seuils de professionnalité sont (généralement) alignés¹⁶, leurs champs d'application respectifs doivent s'analyser séparément. Le schéma récapitulatif ci-dessous illustre les interactions entre les différentes législations (voir l'illustration à la page suivante).

1. Conseiller en placement

Il arrive qu'en marge de son mandat traditionnel consistant à fournir des conseils juridiques, l'avocat puisse fournir des conseils en placement en lien avec les avoirs de ses clients. Pour autant qu'une telle activité ne s'accompagne pas d'un pouvoir de disposition sur les valeurs patrimoniales de ses clients, en vertu d'une procuration ou d'un rapport fiduciaire, cette activité ne sera pas qualifiée de gestion de fortune et sera exclue du champ d'application de la LFin¹⁷. À cet égard, le même raisonnement qu'en matière de LBA s'applique.

L'activité de conseiller en placement, soit l'émission de recommandations personnalisées¹⁸, sera en revanche typiquement soumise à la LFin dans la mesure où elle porte sur des instruments financiers et est exercée à titre professionnel¹⁹. Contrairement à certaines autres juridictions, il n'est pas prévu d'exception pour la fourniture de conseils financiers ponctuels en marge d'une activité professionnelle d'avocat²⁰.

¹¹ Message du Conseil fédéral (n. 8), p. 8216.

¹² Ces différents mandats réglementés ne sont généralement pas soumis à la LBA, cf. Circulaire de la FINMA 2011/1, «Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA», Cm 141; sur la question de l'exécuteur testamentaire en particulier, cf. B. CHAPPUIS, La profession d'avocat, tome I, 2^e éd. 2016–2017, pp. 187 ss.

¹³ Réception et transmission d'ordres portant sur des instruments financiers (art. 3 lit. c ch. 2 LFin).

¹⁴ Le raisonnement du Conseil fédéral relatif à l'exclusion du champ d'application de la LFin de la Banque nationale suisse peut être appliqué par analogie ici (Message du Conseil fédéral (n. 8), p. 8142).

¹⁵ Cf. § III. ci-dessus.

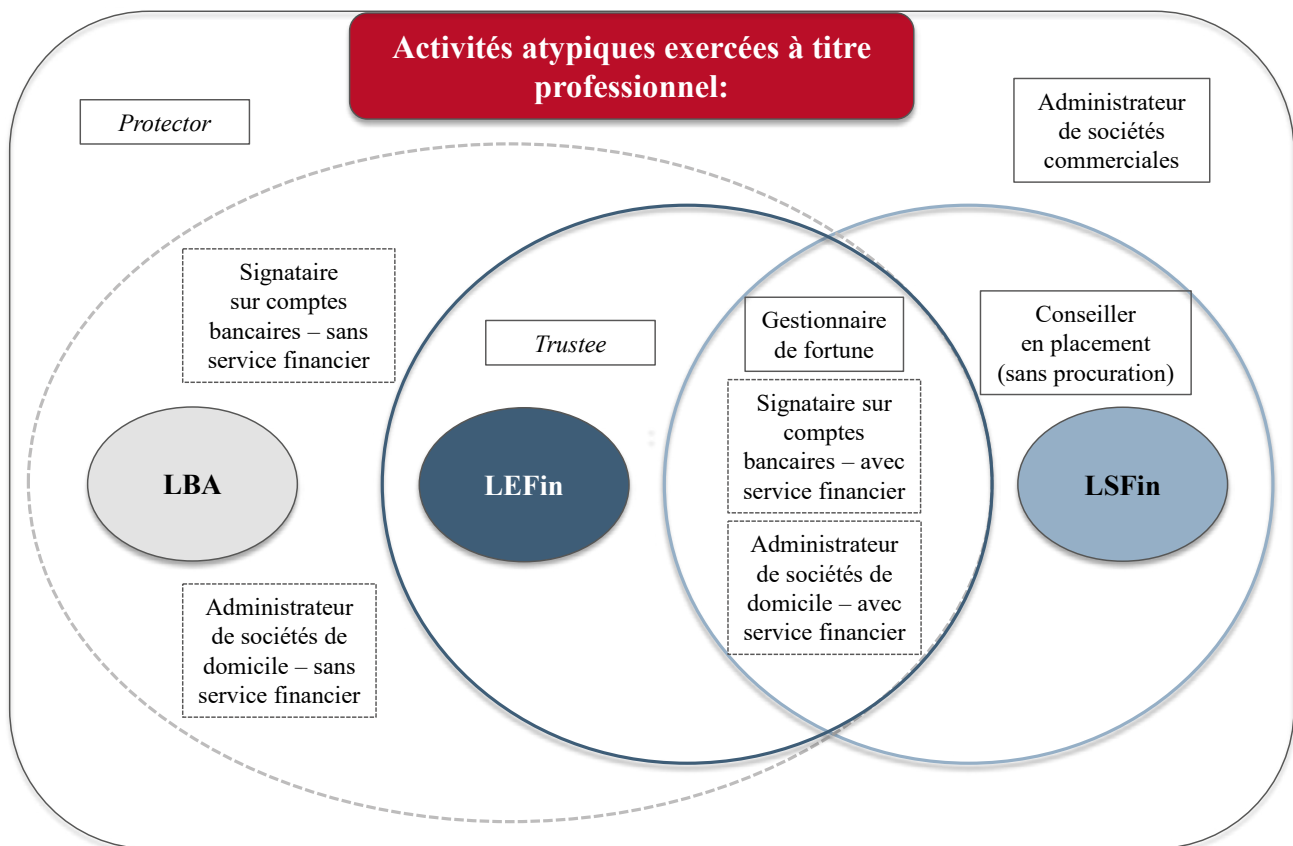
¹⁶ Art. 7 OBA et art. 19 OEFin. Comme indiqué *supra* (n. 4), les seuils de professionnalité des deux lois ne sont pas tout à fait identiques.

¹⁷ Commentaires du DFF (n. 7), p. 92.

¹⁸ La communication des attentes générales du marché quant à l'évolution d'un type d'instrument financier sans référence aux instruments financiers du portefeuille du client, n'est pas un conseil en placement au sens de la LFin (Message du Conseil fédéral [n. 8], p. 8147).

¹⁹ Cf. § III.2 ci-dessus. De même, la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers est également un service financier soumis à la LFin (art. 3 lit. c ch. 2 LFin).

²⁰ Par comparaison, aux Etats-Unis, une telle exception à la qualification comme *Investment Adviser* est prévue pour les avocats fournissant des services à titre accessoire dans l'exercice de leur profession (*US Advisers Act*, section 202 [a] [1] [B]).



2. Gestionnaire de fortune et signataire sur un compte bancaire

L'activité de gestion de fortune ne fait pas partie des activités typiques de l'avocat²¹. Dans la mesure où elle serait exercée à titre professionnel, cette activité pourrait typiquement entrer à la fois dans le champ d'application de la LEFin et dans celui de la LSFin²².

La LEFin définit la gestion de fortune comme la capacité, sur la base d'un mandat, de disposer à titre professionnel, au nom et pour le compte de clients, de leurs valeurs patrimoniales au sens de l'art. 3 lit. c ch. 1 à 4 LSFin (art. 17 al. 1 LEFin). Cette disposition a été reformulée dans le cadre des débats parlementaires afin d'opérer un lien avec les services financiers de la LSFin. Cette reformulation avait précisément pour but de s'assurer que les avocats, fiduciaires et autres intermédiaires financiers qui peuvent disposer des avoirs de leurs clients en marge de leurs activités ne soient pas assujettis à la LEFin²³. Un tel assujettissement ne pourrait entrer en ligne de compte que s'ils disposaient de ces avoirs dans le cadre de la fourniture d'un service financier selon la LSFin²⁴.

À notre sens, une distinction doit être faite entre l'activité de gestionnaire de fortune au sens de la LEFin et la gestion de fortune selon la LSFin. Dans le cadre de la LEFin, il s'agit de tout acte de gestion de valeurs patrimoniales de clients en lien avec la fourniture de services financiers, tel que la réception et la transmission d'ordres sur la base d'une procuration²⁵. Incidemment, ceci revient à assujettir à la LEFin les conseillers en placement qui dé-

tiennent un pouvoir de disposition sur les avoirs de leurs clients pour transmettre des ordres. En revanche, le simple fait de disposer d'une procuration sur le compte d'un client n'implique pas un assujettissement à la LEFin en l'absence d'un service financier, quand bien même une telle activité est soumise à la LBA indépendamment de l'usage qui est fait de la procuration. Par contraste, malgré les termes du Message du Conseil fédéral définissant la gestion de fortune au sens de la LSFin de façon très large²⁶, celle-ci devrait à notre sens être comprise comme l'administration des avoirs de clients avec une certaine autonomie²⁷.

²¹ ATF 112 Ib 606, SJ 1987 539, c. 2c.

²² Comme indiqué précédemment (cf. § III.2 ci-dessus), l'application de la LSFin est soumise à la condition que la gestion de fortune porte sur des instruments financiers au sens de l'art. 3 lit. a LSFin.

²³ BO CE 2016, 1176, 14. 12. 2016.

²⁴ BO CE 2016, 1176, 14. 12. 2016.

²⁵ Commentaires du DFF (n. 7), p. 92.

²⁶ Message du Conseil fédéral (n. 8), pp. 8146 s.; le lien entre l'art. 17 al. 1 LEFin et l'art. 3 lit. c ch. 3 LSFin a été introduit postérieurement au Message du Conseil fédéral.

²⁷ Cf. commentaires du DFF (n. 7), p. 92 qui se réfère à l'art. 3 lit. c ch. 3 pour définir les gestionnaires de fortune qui effectuent des «placements individuels dans des instruments financiers de manière autonome et avec une certaine marge de manœuvre»; cette interprétation respecte la systématique de loi, notamment l'application des règles de conduite et le lien entre l'art. 17 al. 1 LEFin et l'art. 3 lit. c ch. 3 LSFin.

L'avocat devra se montrer particulièrement prudent dans la mesure où il dispose d'une procuration sur le compte bancaire de son client. Malgré l'absence de gestion active ou passive des avoirs de son client ou de conseil en placement lié à ceux-ci, la transmission d'ordres à la banque portant sur des instruments financiers pourrait conduire à l'application de la LSEFin et, par ricochet, son assujettissement à la LEFin en tant que gestionnaire de fortune. Les seuils de professionnalité auront une importance particulière dans ce contexte.

3. Administrateur de sociétés

Toute activité d'administrateur de sociétés, suisses ou étrangères, commerciales ou de domicile, est atypique et non soumise au secret professionnel²⁸. En matière de LBA, seule l'activité d'organe de sociétés de domicile effectuée de manière fiduciaire, sur instruction de l'ayant droit économique, est une activité d'intermédiaire financier²⁹. Dans un tel cas, l'organe est réputé gérer le patrimoine d'un tiers, à savoir celui de l'ayant droit économique (et non celui de la société)³⁰.

Le même raisonnement s'applique pour la LEFin et la LSEFin, qui n'ont pas vocation à s'appliquer à l'activité d'organe de sociétés commerciales. Les services fournis à la société elle-même dans ce cadre ne tomberont pas dans le champ d'application du nouveau régime dans la mesure où ils portent sur le propre patrimoine de la personne morale et non sur le patrimoine de «clients»³¹.

Cela étant, la combinaison (i) d'une activité d'organe de société de domicile effectuée de manière fiduciaire pour l'ayant droit économique et (ii) d'un service financier fourni à titre professionnel dans ce cadre, tel que la transmission d'ordres à la banque, pourrait déclencher l'application du nouveau régime réglementaire³².

4. Trustee

Le mandat de *trustee* n'est pas considéré comme relevant des activités typiques de l'avocat et n'est pas soumis au secret professionnel de l'avocat³³. Cette activité entre typiquement dans le champ d'application de la LBA, dans la mesure où les *trusts* sont réputés être des sociétés de domicile au sens de la législation anti-blanchiment³⁴.

Le *trustee* n'est en revanche pas soumis à la LSEFin. Les *trustees* ne sont en effet pas des prestataires de services financiers dans la mesure où leur activité se limite à la gestion de *trusts*. Les *trustees* sont en effet propriétaires des valeurs patrimoniales qu'ils gèrent³⁵ et, de ce fait, n'ont pas de clients³⁶.

Cela étant, la soumission à surveillance prudentielle des *trustees* selon la LEFin est l'un des changements majeurs du nouveau régime réglementaire. L'avocat exerçant une activité de *trustee* sera soumis à autorisation de la FINMA et à surveillance prudentielle pour autant qu'il exerce cette activité à titre professionnel. Eu égard aux seuils de professionnalité figurant à l'art. 19 OEFin³⁷, l'avocat obtenant un produit brut de son activité de *trustee* de plus de CHF 50 000.- par année civile ou agissant comme *trustee* pour plus de 20 *trusts* par année civile, tombera

dans le champ d'application de la LEFin. Le troisième seuil de professionnalité relatif au «*pouvoir de disposition de durée indéterminée sur des valeurs patrimoniales de tiers dont le montant dépasse 5 millions de francs à un moment donné*» (art. 19 al. 1 lit. c OEFin) ne devrait en revanche pas s'appliquer aux *trustees* dans la mesure où il ne s'agit pas de valeurs patrimoniales de tiers, le *trustee* étant propriétaire des valeurs patrimoniales du *trust*³⁸. En conséquence, selon l'interprétation soutenue ici, l'avocat pourra agir comme *trustee* sans être soumis à la LEFin pour un nombre limité de *trusts* (moins de 20) en obtenant par ce biais un revenu limité (moins de CHF 50 000.- par année civile), indépendamment de la valeur des avoirs détenus par les *trusts*.

5. Protector de trusts

L'activité de *protector* est fréquemment exercée par des avocats. Le *protector* exerce une fonction de contrôle vis-à-vis du *trustee* et peut être doté de droits d'instruction ou de veto³⁹. En matière de LBA, la qualification du *protector* comme intermédiaire financier dépendra des pouvoirs qui lui sont conférés. Le fait que le *protector* puisse exercer un droit de veto par rapport à des décisions d'investissement ou de distribution ne suffit pas à le considérer comme un intermédiaire financier⁴⁰.

Le même raisonnement s'applique en matière de LEFin et de LSEFin⁴¹. Une qualification comme gestionnaire de fortune ou prestataire de services financiers dépendra de l'étendue des pouvoirs accordés au *protector*⁴². Le *protector* n'est pas considéré comme un *trustee* au sens de la LEFin. Ce n'est que si les documents constitutifs du *trust* accordent au *protector* un pouvoir de disposition sur les avoirs du *trust* qu'une activité de gestion de fortune au sens de la LEFin pourrait être retenue. Par ailleurs, la LSEFin pourrait alors également trouver application au *protector* en présence d'instruments financiers.

²⁸ CHAPPUIS (n. 12), pp. 185 s. et références citées.

²⁹ Cf. art. 6 al. 1 lit. d OBA; Circulaire FINMA 2011/1 (n. 12), Cm 100 ss.

³⁰ Circulaire FINMA 2011/1 (n. 12), Cm 100.

³¹ Cf. commentaires du DFF (n. 7), pp. 92, 93.

³² Cf. § V.2. ci-dessus.

³³ CHAPPUIS (n. 12), p. 189.

³⁴ Circulaire FINMA 2011/1 (n. 12), Cm 106: «*est soumis à la LBA le trustee qui gère des trusts en Suisse ou à partir de la Suisse, où que se situe le patrimoine du trust et indépendamment du droit sous l'empire duquel le trust a été constitué.*»

³⁵ Les biens d'un *trust* sont inscrits au nom du *trustee* dans le registre foncier (cf. art. 149d al. 1 LDIP); TF, 2C_409/2009 du 15.1.2010, c. 3.2; art. 2 lit. b de la Convention du 7.7.1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (RS 0.221.371); sur ces questions, cf. A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, 2011, pp. 22, 24.

³⁶ Commentaires du DFF (n. 7), p. 9.

³⁷ Cf. § III.1 ci-dessus.

³⁸ Commentaires du DFF (n. 7), p. 90.

³⁹ TPF, BB.2017.206 du 30.5.2018, c. 3.3.6.

⁴⁰ Circulaire FINMA 2011/1 (n. 12), Cm 106.

⁴¹ Cf. commentaires du DFF (n. 7), p. 84.

⁴² Cf. BOHNET/MARTENET (n. 1), N 3546 en lien avec l'assujettissement LBA du *protector*.

VI. Conclusion

L'impact du nouveau cadre réglementaire applicable aux établissements financiers et à la fourniture de services financiers s'étend au-delà de la place financière. Les avocats exerçant des activités atypiques sont directement concernés et devraient soigneusement revoir leurs mandats – y compris les mandats juridiques ayant une composante financière – au regard de la LSFIn et de la LEFin, notamment afin de déterminer si les seuils de professionnalité sont atteints.

Cette analyse est à distinguer de l'assujettissement à la LBA. Quand bien même les gestionnaires de fortune et *trustees* selon la LEFin sont réputés intermédiaires financiers au sens de la LBA⁴³, l'inverse n'est pas vrai. De même,

le champ d'application de la LSFIn, dont les contours exacts restent encore à déterminer, s'analyse indépendamment d'un assujettissement à la LEFin et/ou à la LBA.

Ce nouveau régime pourrait, sinon devrait, amener l'avocat à repenser son activité et son organisation afin de satisfaire à la fois aux exigences prudentielles et organisationnelles en matière de fourniture de services financiers tout en respectant les exigences applicables à la profession d'avocat.

⁴³ Cf. art. 2 al. 2 lit. a^{bis} LBA.

Daniel Girsberger, Christoph Müller (Hrsg.)

Selected Papers on International Arbitration

Volume 5



› **Aktuelle Beiträge
zu wichtigen Aspekten
der internationalen
Schiedsgerichtsbarkeit**

Series on International Arbitration SAA, 205 Seiten, broschiert, März 2020, CHF 78.–

978-3-7272-1960-3

Auch als **E-Book** erhältlich

Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten



Bestellen Sie direkt online:
www.staempflishop.com

Stämpfli
Verlag