



Nouvelles règles pour trustees et family offices

Andrea Dorjee-Good et Paula Custer

Key Take-aways

- 1.** Avec l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 de la loi sur les établissements financiers (LEFin), les trustees et les gérants de fortune indépendants seront soumis à une nouvelle obligation d'autorisation et de surveillance.
- 2.** Sont soumis tous les trustees et les gérants de fortune, qui exercent leur activité de manière professionnelle, en Suisse ou à partir de la Suisse, et pour des personnes avec lesquelles ils n'ont pas de liens économiques ou familiaux.
- 3.** Les trustees et les gérants de fortune existants doivent se déclarer auprès de la FINMA avant le 30 juin 2020 et satisfaire aux exigences légales au plus tard le 31 décembre 2022.

1 Synoptique

À la différence des autres places financières, les trustees et les gérants de fortune dits indépendants ou externes en Suisse n'étaient soumis jusqu'à présent ni à une obligation d'autorisation ni à une surveillance spécifique, sous réserve des dispositions de la loi sur la lutte contre le blanchiment d'argent (**LBA**). Avec l'entrée en vigueur de la loi sur les établissements financiers (**LEFin**) et de son ordonnance (**OEFin**) au 1^{er} janvier 2020, ceci a largement évolué. Désireux de stimuler la compétitivité de la place financière suisse par une adaptation à la législation européenne (en particulier au paquet MiFID II) et d'améliorer la protection des clients, le Parlement a formulé **de nouvelles exigences réglementaires**, auxquelles les gérants de fortune et les trustees devront satisfaire à l'avenir. Les dispositions de la LBA continuent par ailleurs de s'appliquer. La présente newsletter donne un aperçu des nouvelles obligations introduites par la LEFin et l'OEFin pour les trustees et gérants de fortune soumis à cette réglementation.

La loi sur les services financiers (**LSFin**), qui est également entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020, contient les obligations de comportement et d'organisation des prestataires de services financiers et ne sera pas abordée ici. Nous renvoyons à ce sujet aux newsletters de Schellenberg Wittmer de janvier et février 2019. La **LSFin** s'applique aux gérants de fortune, mais non aux trustees.

2 Nouvelle obligation d'autorisation et de surveillance

Pour exercer leur activité en Suisse, les trustees et les gérants indépendants de fortune ont besoin d'une nouvelle **autorisation de la FINMA**. Pour obtenir cette autorisation, les trustees et les gérants de fortune doivent satisfaire à différentes **exigences personnelles, financières et organisationnelles** (cf. chiffre 4 à ce sujet).

Le respect des exigences réglementaires après délivrance de l'autorisation sera contrôlé à l'avenir par des **organismes de surveillance (OS)**, qui seront mis en place par les secteurs respectifs et mandatés par la FINMA. En plus du respect des conditions réglementaires de la LEFin, les OS surveilleront également le respect des obligations de diligence selon la LBA. Les OS ne sont pas des autorités étatiques et elles ne disposent pas d'une compétence de décision; celle-ci reste exclusivement à la FINMA.

3 Trustees et gérants de fortune concernés

La LEFin et l'OEFin régulent l'activité des trustees et des gérants de fortune qui exercent leur activité (1) **de manière professionnelle**, (2) **en Suisse ou à partir de la Suisse** et (3) pour des personnes avec lesquelles ils n'ont pas de **liens économiques ou familiaux**.

3.1 Activité professionnelle

L'activité des trustees et des gérants de fortune est considérée comme professionnelle si ceux-ci :

- i. réalisent un revenu brut annuel **supérieur à 50'000 CHF**, ou
- ii. établissent ou entretiennent des relations d'affaires avec **plus de 20 cocontractants** par an, ou
- iii. ont un pouvoir de disposition de durée indéterminée sur des valeurs patrimoniales de tiers dont le montant dépasse **5 millions CHF** à un moment donné.

Pour les trustees et les gérants de fortune, il est important de noter que:

- **l'activité exercée pour des personnes avec des liens économiques ou familiaux** (cf. ci-dessous) n'est **pas prise en compte** pour la détermination de ces seuils ;
- le projet d'ordonnance contenait une condition alternative supplémentaire (montant de transactions annuel supérieur à 2 millions CHF), mais celle-ci a été purement et simplement supprimée du texte final.

Des trustees étrangers peuvent aussi tomber sous le coup de la réglementation.

3.2 L'activité est exercée en Suisse ou à partir de la Suisse

La LEFin et l'OEFin sont applicables aux trustees et aux gérants de fortune qui exercent leur activité en Suisse ou à partir de la Suisse. Ainsi, le **siège** ou le **lieu de résidence** du prestataire de services ou encore l'emplacement des actifs qu'il gère, n'est donc **pas décisif** de façon absolue. Un prestataire de services ayant son siège (formel) à l'étranger peut également être considéré comme un trustee ou un gérant de fortune helvétique du point de vue réglementaire s'il s'avère, sur la base de toutes les circonstances, qu'il **gère ou dirige en réalité à partir de la Suisse**. En tant que prestataire de services financiers, il doit alors remplir toutes les exigences de la LEFin.

Même les trustees et les gérants de fortune qui n'exercent pas leur activité en Suisse ou à partir de la Suisse au sens de l'OEFin, et qui sont donc des **prestataires de services financiers étrangers** (non helvétiques), sont **soumis à une autorisation** si

- ils ont une **succursale** en Suisse dans laquelle ils emploient des personnes qui gèrent des actifs de manière durable et professionnelle ou qui exercent une activité de trustee en leur nom;
- des personnes travaillent en Suisse pour eux d'une autre manière, de façon durable et professionnelle et leur transmettent par exemple des mandats, de sorte que ces personnes sont des **représentants** au sens de la loi.

Les **conditions réglementaires d'autorisation pour les trustees et les gérants de fortune étrangers** qui ont des succursales ou des représentants en Suisse sont cependant **moins étendues** que celles pour les trustees et gérants de fortune helvétiques.

Si l'activité du prestataire de services financiers consiste uniquement à proposer ses prestations depuis l'étranger à travers la frontière, aucune autorisation suisse n'est nécessaire (activité dite "cross-border").

Le fait qu'une personne domiciliée en Suisse jouisse du pouvoir de remplacer le trustee ou d'exercer un droit de veto contre ses décisions de placement ou de distribution (p.ex. protector) ne la soumet pas à la LEFin.

3.3 Exemption en cas de liens économiques ou familiaux

Les trustees et gérants de fortune qui gèrent exclusivement les actifs de **personnes avec lesquelles ils ont des liens économiques ou familiaux** sont exemptés de l'obligation de surveillance et d'autorisation selon la LEFin.

Sont considérées comme **économiquement liées** les sociétés ou entités d'un groupe, dans la mesure où elles fournissent des services financiers ou des prestations de trustee à d'autres sociétés ou entités au sein du même **groupe**, donc en particulier en cas de services fournis entre une société-mère, ses filiales et ses sociétés affiliées.

Le lien familial existe en particulier si le trustee ou le gérant de fortune gère des avoirs au profit de parents ou de personnes alliées, qui lui sont apparentées directement ou en ligne collatérale jusqu'au **quatrième degré**. Ceci inclut entre autres les conjoints, les partenaires enregistrés, les concubins et les cousins. Une personne morale peut également avoir un lien de parenté au sens de la LEFin et de l'OEFin. C'est le cas si elle gère exclusivement les avoirs de personnes liées entre elles par un lien familial et si elle est contrôlée directement ou indirectement par des tiers ayant des liens familiaux avec ces personnes, ou par un trust, une fondation ou une structure juridique similaire qui fut créée par une personne ayant un lien familial avec ces personnes.

L'intérêt pratique est que le lien familial subsiste même si, en plus des personnes liées sur le plan familial, des institutions poursuivant un but de service public ou d'utilité publique sont également bénéficiaires.

Dans ce cadre, de nombreuses **Private Trust Companies et Family Offices** devraient être exemptées de l'obligation d'autorisation selon la LEFin et l'OEFin en raison du lien familial :

- Une **Private Trust Company (PTC)**, qui gère le patrimoine d'une famille en tant que trustee, est réputée avoir des liens familiaux si elle est contrôlée directement ou indirectement, soit par des membres de cette famille, soit par une structure juridique (de manière classique par un trust) qui fut créée par une telle personne.
- L'activité d'un membre de la famille pour le **Family Office** ainsi que la gestion d'un Family Office par un employé sont considérés avoir des liens familiaux, dans la mesure où ce Family Office est contrôlé par les membres de cette famille. Alors que les Single Family Offices devraient ainsi être exemptés de la LEFin et de l'OEFin, les Multi Family Offices tombent dans le champ d'application de la LEFin (et de la LSFIn).

Enfin il faut mentionner qu'un trustee peut être libéré de l'obligation d'autorisation s'il (i) est géré et surveillé par un trustee qui dispose d'une telle autorisation et (ii) agit exclusivement pour des trusts mis en place par la même personne ou en faveur de la même famille (par ex. Managed ou Dedicated Trust Companies).

4 Conditions d'autorisation

Pour recevoir une autorisation, les gérants de fortune et les trustees exerçant à partir de ou en Suisse doivent remplir plusieurs conditions. Ils doivent en particulier :

- prévoir une **organisation** adaptée qui comporte une **gestion des risques**, en particulier des risques juridiques et réputationnels, et offrir la garantie d'une activité irréprochable, les tâches de *compliance* pouvant être confiées à un dirigeant qualifié ou un collaborateur qualifié, ou déléguées à un bureau externe qualifié ; attester qu'ils sont surveillés par une **OS** ;
- être **enregistrés au Registre du Commerce** comme entreprise individuelle, société commerciale ou société coopérative ;
- avoir une direction composée d'au moins **deux dirigeants qualifiés** avec droit de signature collectif à deux ; **cinq années d'expérience professionnelle** ainsi qu'une **formation de 40 heures** dans le domaine des trusts ou de la gestion de fortune sont requises ;
- pouvoir être représentés par une personne **domiciliée en Suisse** ;
- apporter un **capital minimum** de 100'000 CHF ainsi que des **fonds propres** d'au moins un quart des frais fixes du dernier rapport financier annuel, cependant avec un maximum de 10 millions CHF ;
- Disposer enfin de **garanties** adaptées ou d'une **assurance responsabilité civile professionnelle**.

5 Points d'action pour les trustees et gérants de fortune

Les trustees et gérants de fortune existants soumis à la nouvelle obligation d'autorisation doivent s'annoncer à la FINMA avant le **30 juin 2020**. Ensuite, ils ont **jusqu'au 31 décembre 2022** pour satisfaire aux exigences légales et déposer auprès de la FINMA une demande formelle d'autorisation, qui doit en particulier contenir les informations et documents cités à l'art. 9 OEFin. L'activité de trustee ou de gérant de fortune peut être poursuivie jusqu'à ce que la FINMA statue sur l'autorisation, dans la mesure où le trustee ou le gérant de fortune reste affilié à un organisme d'autorégulation pour la LBA.

Les trustees et les gérants de fortune qui **débutent** leur activité doivent **immédiatement** s'annoncer à la FINMA et remplir les conditions d'autorisation dès le début de leurs activités, mais ils sont exemptés de l'affiliation à un OS tant que la FINMA n'a pas encore autorisé d'OS.



Andrea Dorjee-Good
Associée, Trust and Estate
Practitioner (TEP), Avocate
spécialiste FSA en droit des
successions Zurich
andrea.dorjee@swlegal.ch



David Wallace Wilson M.C.J.
Associé, Trust and Estate
Practitioner (TEP) Genève
david.wilson@swlegal.ch



Grégoire Wuest, LL.M.
Associé Genève
gregoire.wuest@swlegal.ch



Paula Custer
Associate Zurich
paula.custer@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



Schellenberg Wittmer SA
Avocats

Zurich
Löwenstrasse 19
Case postale 2201
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genève
15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1 / Suisse
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapour
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapour 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg