

# REGULATION

## Les trustees entrent dans l'univers de la réglementation prudentielle

### Entry of Trustees into the World of Prudential Regulation

La nouvelle loi sur les établissements financiers (LEFin), dont l'entrée en vigueur est attendue le 1<sup>er</sup> janvier 2020, va assujettir à autorisation et à surveillance prudentielle près de 4'000 acteurs supplémentaires de la place financière suisse. Les trois quarts de ces acteurs sont des gérants de fortune indépendants. La LEFin introduit une obligation d'assujettissement nouvelle pour les *trustees* également. Ces derniers, généralement soumis à la loi sur le blanchiment d'argent - à l'instar des gérants de fortune indépendants - ne sont que rarement mentionnés dans la législation et la jurisprudence suisses. Ils font l'objet d'un dispositif spécifique dans la LFin et son ordonnance d'application, soit l'Ordonnance sur les établissements financiers, et seront désormais tenus d'obtenir une autorisation de la FINMA pour pouvoir exercer ou continuer à exercer leur activité à titre professionnel. Une fois autorisés, les *trustees* seront soumis à des obligations et à une surveillance prudentielles. Si les banques et les maisons de titres (actuels négociants en valeurs mobilières) seront dispensées de l'obligation d'obtenir une autorisation spécifique de *trustee*, tous les autres acteurs, y compris les gérants de fortune indépendants et les *multi-family offices*, sont visés par ce nouveau dispositif.

La LEFin définit le *trustee* comme celui qui gère ou dispose d'un patrimoine distinct 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 de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Tous les *trustees* professionnels suisses, soit ceux répondant aux critères d'assujettissement à la loi sur le blanchiment d'argent, sont concernés par la nouvelle réglementation.

Le terme de «trustee» devient un nom protégé si bien que seuls les *trustees* autorisés pourront faire figurer la mention de «trustee» dans leur raison sociale, leur but social ou dans leur documentation professionnelle.

The new legislation on financial institutions (FinIA), expected to enter into force on 1st January 2020, will subject nearly 4,000 additional actors of the Swiss financial marketplace to authorisation and to prudential supervision. Three quarters of these actors are independent asset managers. The FinIA introduces a prudential oversight of trustees as well. The latter, being generally subject to the Anti-Money Laundering Act - like independent asset managers - are only rarely mentioned in Swiss legislation and case law. They are subject to a specific consideration in the FinIA and its ordinance, the Financial Institutions Ordinance (FinIO), and will have to seek authorisation from the FINMA in order to carry out or continue to carry out their activities on a professional basis. Once they receive authorisation, trustees will be subject to prudential obligations and supervision. While banks and securities houses (the new designation for securities dealers) are exempted from the obligation to obtain a specific trustee authorisation, all other actors, including independent asset managers and multi-family offices, will fall within the guidelines of this new scheme.

The FinIA defines a trustee as "a person who, on a professional basis, manages or disposes of a separate fund for the benefit of a beneficiary or for a specific purpose, based on the instrument creating a trust within the meaning of the Hague Convention of 1st July 1985 on the Law applicable to Trusts and their Recognition". All Swiss professional trustees, i.e. those meeting the criteria for being subject to the Anti-Money Laundering Act, will be affected by this new regulation.

The term "trustee" becomes a protected name, and only authorised trustees will be permitted to use this term in their corporate name, in the description of their business purpose or professional documentation.

A côté de l'activité traditionnelle de *trustee*, la loi permet par ailleurs au *trustee* de fournir des services de conseil en placement, d'analyse de portefeuille et d'offre d'instruments financiers, ainsi que d'autres services non réglementés comme des opérations fiduciaires, du conseil en gestion d'entreprise ou du conseil fiscal. Certaines de ces activités sont par ailleurs régies par la nouvelle loi sur les services financiers (LSFin) qui entrera en vigueur en même temps que la LEFin.

Les *trustees* pourront exercer leur activité sous forme d'entreprise individuelle, de société commerciale (comme une société anonyme ou une Sàrl) ou de société coopérative, lesquelles devront être inscrites au registre du commerce. La LEFin requiert un capital minimal de CHF 100'000 et des fonds propres s'élevant à au moins un quart des coûts annuels fixes du *trustee*. L'assurance responsabilité civile professionnelle n'est pas obligatoire, mais peut permettre de réduire les exigences en matière de fonds propres.

La direction du *trustee* doit être composée d'au moins deux personnes qualifiées, à moins que le *trustee* ne puisse apporter la garantie de la poursuite de son activité. Par ailleurs, les *trustees* doivent disposer de fonctions de gestion des risques, *compliance* et contrôle interne aux fins de garantir, notamment, le respect des prescriptions légales. Les acteurs d'une certaine taille devront employer à la fonction de gestion des risques et de contrôle interne des personnes qui ne sont pas impliquées dans les activités qu'elles surveillent. La LEFin offre néanmoins des possibilités d'externalisation.

La réglementation apporte son lot d'obligations prudentielles, comme l'obligation de communiquer à la FINMA le nom de tous les actionnaires détenant au moins 10% du capital social ou des droits de vote du *trustee*, ainsi que le nom de leurs ayant droits économiques. Ces actionnaires qualifiés devront

Apart from traditional "trustee" activity, trustees will be allowed under the law to provide investment advisory services and portfolio analysis, as well as offer financial instruments and other non-regulated services such as fiduciary operations, consultancy or tax advice. Some of these activities are governed by the new Financial Services Act (FinSA), which enters into force at the same time as the FinIA.

Trustees will be able to carry out their activities in the following legal forms: as a sole proprietorship, as a commercial enterprise (as a corporation or a limited liability company) or as a cooperative, which will be required to be listed in the commercial register. A minimum capital of CHF 100,000 and equity amounting to at least one quarter of the annual fixed costs of the trustee are required by the FinIA. Taking out professional liability insurance is not compulsory but may help to reduce capital requirements.

The management body of a trustee must consist of at least two qualified persons, unless the trustee can provide the guarantee of business continuity. Moreover, trustees must have adequate risk management, compliance and internal control functions, in order to ensure compliance with legal requirements. For risk management and internal control functions, significant actors must employ persons who are not involved in the activities they are monitoring. However, the FinIA offers options of outsourcing.

This regulation generates its share of prudential requirements, such as the obligation to declare to the FINMA the names of all shareholders holding at least 10% of the share capital or of the voting rights of the trustee as well as the names of their beneficial owners. These qualified shareholders must be of good reputation. In addition, members of the board of directors and the trustee management must give every guar-



Frédérique Bensahel

antee of proper business conduct as well as having the necessary skills and qualifications, requirements which have not yet been defined. The corollary of these obligations is the duty to inform the FINMA of any changes in these functions. The trustees' compliance with their prudential requirements will be audited at least once every four years, or more frequently depending on the risks associated with the trustee's activities.

One of the provisions of the new regulation pertains, in some cases, to trustees whose effective place of management is not in Switzerland but abroad, i.e. trustees designated as "foreign trustees" under the FinIA. Foreign trustees are subject to the new legislation insofar as they carry out their activities in Switzerland either in the form of a branch or a representation office, even if they are not listed in the cantonal commercial register. Connection to the Swiss regulation occurs when, notably, the foreign trustee employs, in Switzerland and on an ongoing basis, a person acting as trustee. The FinIA is also applicable when the foreign trustee employs, in Switzerland, a person who forwards clients' orders to it or who acts on its behalf for promotional or other purposes. It is to be noted in this respect that the foreign trustee who runs a branch or a representation office



in Switzerland may not rely on an authorisation obtained abroad - if such a one exists. Rather, the FinIA requires the foreign trustee to obtain an authorisation from the FINMA. Moreover, the foreign trustee may not benefit from the authorisation of a Swiss trustee belonging to the same group of companies. On the other hand, author-

isation from the FINMA is possible only if the foreign trustee is subject to appropriate supervision abroad covering the Swiss branch or representation office. The new scheme is based on the same model as for banks and foreign securities dealers present in Switzerland in the form of a branch or a representation office.

jouir d'une bonne réputation. Les membres du conseil d'administration et de la direction du *trustee* devront en outre présenter la garantie de l'activité irréprochable et disposer des qualifications professionnelles requises, dont les exigences ne sont pas encore arrêtées. Le corollaire de ces obligations est le devoir d'annonce à l'autorité de tout changement dans ces fonctions. La conformité par les *trustees* à leurs obligations prudentielles fera l'objet d'un audit au moins tous les quatre ans, voire plus fréquemment en fonction des risques que présente l'activité du *trustee*.

L'une des difficultés de la nouvelle réglementation réside dans l'assujettissement dans certains cas des *trustees* dont la direction effective n'est pas en Suisse mais à l'étranger, soit les *trustees* étrangers aux termes de la LEFin. Les *trustees* étrangers sont visés par la nouvelle réglementation dans la mesure où ils déploient leur activité en Suisse sous la forme d'une succursale ou d'une représentation, même non inscrite auprès d'un registre du commerce cantonal. Le rattachement à la réglementation suisse est donné notam-

ment lorsque le *trustee* étranger emploie en Suisse de manière permanente une personne exerçant l'activité de *trustee*. La LEFin s'applique également lorsque le *trustee* étranger emploie en Suisse une personne qui lui transmet des mandats ou qui le représente à des fins publicitaires ou même dans d'autres buts. Il faut noter à cet égard que le *trustee* étranger qui maintient une succursale ou une représentation en Suisse ne peut se prévaloir de son autorisation - si elle existe - à l'étranger. La LEFin lui impose en effet de bénéficier d'une autorisation de la FINMA. Le *trustee* étranger n'a pas la possibilité de bénéficier de l'autorisation d'un *trustee* suisse appartenant au même groupe de sociétés. Par contre, l'autorisation de la FINMA ne sera envisageable que si le *trustee* étranger est soumis à l'étranger à une surveillance appropriée qui englobe la succursale ou la représentation suisse. Le nouveau dispositif est construit sur le même modèle que celui des banques et des négociants en valeurs mobilières étrangers qui maintiennent une présence en Suisse sous la forme d'une succursale ou d'une représentation.

Swiss or foreign trustees, already active at the time of entry into force of the FinIA must report to the FINMA no later than 30 June 2020 and submit an application for authorisation before 31 December 2022. They will be able to carry on their activity while the authorisation is pending as long as these two conditions are met.

These new regulatory requirements for trustees will have to be met at the latest at the time the application for authorisation is filed with the FINMA. The size, the level of organization and the volume of business of the trustees will determine the viability of some of them. An assessment of their organization in the light of the new requirements will determine the need to reinforce it, or even, for some, to join forces with other actors. While Swiss trustees are starting to take note of their new obligations, foreign trustees are less aware of the forthcoming changes, and many of them will have to review the business model they have been using for decades. ■

Les *trustees* - suisses ou étrangers - déjà en exercice au moment de l'entrée en vigueur de la LEFin devront s'annoncer à la FINMA le 30 juin 2020 au plus tard et déposer une demande d'autorisation avant le 31 décembre 2022. Pour autant que ces deux conditions soient remplies, ils pourront continuer à exercer leur activité dans l'attente d'une autorisation.

La mise en œuvre des nouvelles exigences réglementaires imposées aux *trustees* devra être implémentée au plus tard au moment du dépôt de la requête d'autorisation auprès de la FINMA. La taille, le degré d'organisation et le volume d'affaires des *trustees* vont déterminer la viabilité de certains d'entre eux. L'évaluation de leur organisation au regard des nouvelles exigences pourra dicter la nécessité de l'étoffer, voire pour certains de joindre leurs forces à celles d'autres acteurs. Les *trustees* suisses commencent à être sensibilisés à leurs nouvelles obligations. Les *trustees* étrangers sont moins au fait des changements à venir alors que nombre d'entre eux doivent revoir un modèle d'affaires qu'ils pratiquent depuis des décennies. ■