

Des nouvelles obligations pour les établissements financiers étrangers d'obtenir une autorisation de la FINMA pour leurs activités en Suisse

New requirements for foreign financial institutions to seek an authorization from the FINMA for their Swiss operations



Frédérique Bensahel



La loi sur les établissements financiers, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020, a entraîné avec elle un nombre important de changements dans l'industrie de la gestion de fortune au sens large. L'un des changements notables est l'assujettissement à l'autorisation et à la surveillance prudentielle de la FINMA des gérants de fortune indépendants et des trustees. Si l'industrie financière appelait de ses vœux la surveillance des gérants de fortune indépendants, celle des trustees n'intéressait finalement que le milieu lui-même, néanmoins très divisé sur la nécessité d'une surveillance prudentielle d'une activité en somme très éloignée de celle de la finance. Le choix d'intégrer les gérants de fortune indépendants et les trustees à une réglementation qui s'applique par ailleurs à toutes les institutions financières - à l'exception des banques qui demeurent soumises à la loi sur les banques - comporte certaines conséquences que le marché est loin d'avoir appréhendées.

A l'instar de la loi sur les banques et des dispositions figurant dans d'autres textes régissant l'activité de maison de titres et de gérant de fonds, la loi sur les établissements financiers comporte des dispositions

The Financial Institutions Act, which entered into force on 1 January 2020, has resulted in a significant number of changes in the wealth management sector, broadly speaking. One of the most noteworthy is that independent asset managers and trustees will be subject to authorization and prudential oversight by the FINMA. While the financial sector long supported oversight of independent asset managers, oversight of trustees was primarily a matter for the milieu itself, which was nonetheless very divided over the necessity of prudential oversight of an activity that was actually very distant from finance in the strict sense. The decision to subject independent asset managers and trustees to regulations applicable to all financial institutions - with the exception of the banks, which remain subject to banking law - results in consequences that the market is far from having grasped.

As is the case of both the law on banks and the provisions in other texts regulating the activity of securities firms and fund managers, the Financial Institutions Act comports provisions requiring

sur l'obligation pour certains établissements étrangers d'obtenir une autorisation de la FINMA alors même qu'ils disposent déjà d'une licence dans le pays de leur siège. Une telle situation se présente lorsque l'établissement financier étranger maintient une présence permanente en Suisse. En d'autres termes, un établissement financier étranger peut être assujéti à la loi sur les établissements financiers s'il occupe en Suisse, de manière permanente, une/des personne(s) qui pratique(nt) une activité nécessitant une autorisation selon la loi sur les services financiers. Cette réalité est capturée dans la législation par la qualification de succursale ou de représentation.

Le principe est le suivant: tout établissement financier étranger qui déploie son activité en Suisse, non pas sur une base *cross border* depuis l'étranger vers la Suisse, mais par l'intermédiaire des personnes se trouvant en Suisse de manière permanente, doit se poser la question de son assujettissement à la loi sur les établissements financiers. Les personnes en Suisse peuvent être des personnes physiques ou morales. Lorsqu'il s'agit de personnes physiques, il n'est pas nécessaire qu'elles soient salariées de l'établissement financier étranger pour lequel elles travaillent. Elles peuvent être liées à ce dernier par un mandat ou par un engagement similaire.

La nécessité pour l'établissement étranger de requérir une autorisation pour l'activité de sa succursale ou de sa représentation dépend de la nature et de l'importance de l'activité effectuée en Suisse.

L'autorisation de succursale est nécessaire lorsque les personnes en Suisse déploient l'une des activités assujétiées à la loi. C'est le cas si l'activité déployée en Suisse est celle de gestionnaire de fortune, de trustee, de gérant de fonds, de maisons de titres, ou encore si les personnes agissant pour le compte des établissements financiers étrangers pratiquant ces activités ont le pouvoir de conclure des affaires pour eux ou tiennent des comptes pour des clients.

A l'inverse, si l'intervention des personnes en Suisse se limite à une activité de représentation et de marketing, seule l'autorisation de représentation sera nécessaire. Les activités déployées pour l'établissement financier étranger qui nécessitent une telle autorisation sont la transmission de mandats de clients ou la représentation en Suisse de l'établissement financier étranger à des fins publicitaires notamment.



La FINMA ne peut autoriser la succursale d'un établissement étranger que dans la mesure où ce dernier dispose, à l'étranger, d'une organisation, de ressources et d'un personnel adéquat lui permettant d'exploiter la succursale en Suisse. La loi exige par ailleurs une surveillance consolidée de l'autorité prudentielle étrangère, ainsi que l'engagement de cette dernière d'informer immédiatement la FINMA dans l'hypothèse de la survenance de faits de nature importante d'un point de vue de la surveillance. Plus généralement, l'autorité étrangère doit accorder l'assistance administrative à la Suisse. Au cas par cas, la FINMA peut soumettre l'octroi de l'autorisation à des exigences supplémentaires.

Les conditions d'autorisation pour la représentation sont plus légères, dans la mesure où les personnes qui agissent dans ce cadre ne pratiquent pas elles-mêmes l'activité soumise à autorisation selon la loi sur les établissements financiers.

En dernier lieu, la loi prévoit un seuil à l'obligation d'obtenir une autorisation. L'activité exercée en Suisse doit l'être «à titre professionnel», soit de manière économiquement indépendante en vue d'obtenir un revenu régulier.

certain foreign establishments to obtain a FINMA authorization even if they already have a license in their home country. Such a situation is the case when the financial institution maintains a permanent presence in Switzerland. In other words, a foreign financial institution can be subject to the Financial Institutions Act if it permanently employs one or more persons who exercise an activity requiring an authorization under the Financial Institutions Act. This is explicitly stated in the legislation through the definition of branch or representation.

The principle is as follows: any foreign financial establishment carrying on its activity in Switzerland - not on a cross-border basis from outside the country into Switzerland but through persons working permanently in Switzerland - must review its situation under the Financial Institutions Act. These persons in Switzerland can be physical or legal persons. When they are physical persons, they need not be employees of the foreign institution for which they are working. They can be linked to such an institution through a mandate or a similar engagement.

The requirement that the foreign establishment request an authorization for the activ-



ity, as well as the commitment of said authority to immediately inform the FINMA should there occur facts of a significant nature from an oversight point of view. More generally, the foreign authority must grant administrative assistance to Switzerland. On a case-by-case basis, the FINMA may subject the grant of the authorization to additional requirements.

Authorization conditions for a representation are less onerous, in that the persons acting within this framework are not themselves carrying on the activity subject to the authorization under the Financial Institutions Act.

Finally, the Financial Institutions Act provides a threshold to the obligation to obtain an authorization. The activity exercised in Switzerland must be "professional", in other words, economically independent in pursuit of earning a regular income.

While years of regulation of banks, securities firms and fund managers have made it possible for the sector in Switzerland and abroad to develop reflexes, the actors newly subject to the new law seem to have difficulty grasping that a permanent presence in Switzerland can bring them under Swiss legislation, imposing a duty to obtain authorization from the regulatory authorities when the financial institution's foreign activity involves asset management or trusteeship.

In fact, many foreign financial institutions recur, in Switzerland, to persons who carry on marketing activities for them or who refer clients to them. Further, it is not unusual for persons domiciled in Switzerland to be employed by foreign financial institutions as employees per se or as agents. If, until now, the activities of these persons did not come under any regulation, the situation has fundamentally changed in this regard with the entry into force of the Financial Institutions Act. It is thus imperative for all foreign asset managers or trustees to ascertain whether or not their activities come under the new law, in order to avoid being subject to an intervention by the FINMA, which could seriously impair the possibility of obtaining the required authorization. ■

Si des années de réglementation sur les banques, les maisons de titres et les gérants de fonds ont permis à l'industrie suisse et étrangère de développer des réflexes, les nouveaux acteurs assujettis ont encore du mal appréhender qu'une présence permanente en Suisse peut fonder un assujettissement à la législation suisse et une obligation d'obtenir une autorisation du régulateur lorsque l'activité de l'établissement financier à l'étranger est celle de gestionnaire de fortune ou de trustee.

Or, nombre d'établissements financiers étrangers ont recours, en Suisse, à des personnes qui effectuent pour eux des démarches de marketing ou qui leur adressent des clients. Par ailleurs, il n'est pas rare que des personnes domiciliées en Suisse soient employées par des établissements financiers étrangers en tant que salariés ou mandataires. Si, jusqu'à présent, l'activité de ces personnes n'avait pas d'incidence réglementaire pour les gérants de fortune et les trustees étrangers, la situation a fondamentalement changé à cet égard avec l'entrée en vigueur de la loi sur les établissements financiers. Il est donc impératif pour tout gérant de fortune ou trustee étranger de se poser la question de l'assujettissement de ses activités en Suisse pour éviter toute intervention de la FINMA, laquelle compromettrait sérieusement la possibilité d'obtenir l'autorisation requise. ■

ity of its branch or representation depends on the nature and the size of the activity carried out in Switzerland.

The authorization for a branch is required when the persons in Switzerland engage in activities subject to the law. This is the case if the activity in Switzerland is that of asset manager, trustee, fund manager, securities dealer, or if those acting on behalf of the foreign financial establishments carrying on these activities are authorized to conclude contracts on their behalf or to maintain accounts for clients.

In contrast, if the intervention of the persons in Switzerland is limited to representation and marketing, the only requirement is a representation authorization. The activities carried out for the foreign financial institution that require such an authorization are the transfer of client mandates and representation in Switzerland of the foreign financial institution, especially for marketing purposes.

The FINMA can authorize the branch of a foreign institution only insofar as the latter maintains, abroad, an organization, resources and personnel adequate to the functioning of the branch in Switzerland. Moreover, the law requires consolidated oversight by the foreign prudential author-