CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

LEFin/LSFin

Quels impacts pour les gestionnaires de fortune et les trustees : suite et fin ?

Par Stéphanie Hodara El Bez le 4 décembre 2019

La présente contribution vise principalement à mettre en exergue les adaptations apportées aux conditions d'autorisation des gestionnaires de fortune et des trustees, telles qu'elles ressortent de la version finale de l'Ordonnance sur les établissements financiers (OEFin), ce en complément d'un précédant commentaire du CDBF (Hodara El Bez, cdbf.ch/1032) .

Définition de la notion de gestionnaires de fortune

À titre liminaire, il est intéressant de relever que dans son commentaire relatif aux ordonnances d'exécution (en référence à l'art. 24. al. 1 et 2 OEFin), le Conseil fédéral précise les activités du gestionnaire de fortune qui sont soumises à la LEFin. Ainsi, est considérée comme une activité de gestion de fortune selon l'art. 17 al. 2 LEFin : (i) la gestion de fortune discrétionnaire, (ii) le conseil en placement avec transmission à la banque par le gestionnaire de fortune des ordres de son client et enfin (iii) la réception et la transmission d'ordres du client portant sur des instruments financiers, sans mandat de conseil, sur la base d'une procuration donnée au gestionnaire de fortune ou « *dans le cadre de la détention à titre fiduciaire des valeurs patrimoniales du client*« .

Exemption et dispense pour les trustees

En ce qui concerne les trustees, il a été tenu compte des remarques faites lors de la consultation, puisque l'exemption de l'art. 2 al 2 let. a LEFin couvre désormais les *Private Trust Companies*. En effet, conformément à l'art. 4 al. 2 OEFin, une société qui a été constituée dans le seul but d'agir en qualité de trustee pour un seul trust ou un groupe de trusts du même *settlor* ou un cercle défini de bénéficiaire(s) (en principe une famille particulière) ne sera pas soumise à la LEFin, si elle est contrôlée directement ou indirectement par ledit *settlor* ou membre de ladite famille. Par ailleurs, l'art. 9 al. 3 de l'OEFin prévoit que la FINMA peut dispenser de l'obligation d'obtenir une autorisation, les sociétés à but spécial fondées en vue d'exercer l'activité de trustee exclusivement en faveur de trusts constitués par et au bénéfice de la même famille (*dedicated trust companies*), si elles sont détenues et surveillées par un trustee bénéficiant d'une autorisation FINMA.

Modifications apportées aux conditions d'autorisation pour les gestionnaires de fortune et les trustees

Les modifications de l'OEFin touchent principalement aux exigences organisationnelles, lesquelles dépendent de la taille (nombre de postes et produit annuel brut) du gestionnaire de fortune et du trustee et des risques générés par leurs activités. La version finale de l'OEFin a relevé certains seuils, de façon à alléger les conditions d'organisation pour les plus petites structures.

Ainsi, les gestionnaires de fortune et les trustees devront désormais mettre en place un conseil d'administration majoritairement indépendant, s'ils comptent au moins dix postes à plein temps (nouvelle condition selon la version finale de l'OEFin) ou réalisent un produit annuel brut de plus de CHF 5 millions (art. 23 al. 3 OEFin).

En ce qui concerne la gestion des risques et le contrôle interne, la version finale de l'OEFin a rehaussé les seuils à partir desquels ces tâches doivent être indépendantes des activités génératrices de revenus, soit plus de 5 postes à plein temps ou un produit annuel brut de CHF 2 millions ou plus (art. 26 al.2 OEFin). Le Conseil fédéral précise dans son commentaire que si ces seuils ne sont pas atteints, ces tâches pourraient être réparties entre deux dirigeants, soit l'un qui aurait la tâche du suivi de la clientèle, surveillerait les risques et effectuerait les contrôles et l'autre qui serait chargé de surveiller le portefeuille et remplirait les tâches relevant de la *compliance* dans le domaine du blanchiment d'argent et des affaires transfrontalières.

Ces allègements apportés par la dernière version de l'OEFin sont à saluer car ils prennent mieux en compte la réalité de certains gestionnaires de fortune et trustees qui disposent parfois d'une organisation relativement restreinte.

S'agissant des obligations de formation des dirigeants qualifiés d'un gestionnaire de fortune ou d'un trustee, les exigences ont été précisées et allégées. En effet, pour remplacer une formulation peu explicite (« *formation équivalente à l'expérience nécessaire pour effectuer un audit* » [art. 18 al. 1 let. b P-OEFin]), la version finale de l'OEFin indique que la formation d'un dirigeant qualifié doit avoir duré 40 heures au minimum dans le domaine de la gestion de fortune, respectivement dans le cadre de trust (art. 25 al. 1 let. b OEFin). La formation peut avoir été suivie avant ou pendant l'acquisition de l'expérience professionnelle. Si les circonstances le justifient, la FINMA pourra accorder des dérogations et privilégier une expérience professionnelle de plus de 5 ans à la formation (art. 25 al. 2 OEFin).

En sus, les gestionnaires de fortune et trustees devront suivre une formation continue, dont les détails n'ont pas été précisés dans la version finale de l'OEFin.

Procédure d'autorisation et délais transitoires

S'agissant de la procédure d'autorisation, la dernière version de l'OEFin n'a pas apporté de modifications significatives. On peut noter la compétence qui est donnée à la FINMA de régler la forme de la demande en autorisation. La FINMA pourrait ainsi exiger la transmission électronique des demandes d'autorisation des gestionnaires de fortune et trustees via une plateforme dédiée.

En ce qui concerne les délais transitoires, pour rappel, la LEFin prévoit que les gestionnaires de fortune et trustees ayant débuté leurs activités avant le 31 décembre 2019 doivent s'annoncer à la FINMA d'ici au 30 juin 2020 et déposer leur demande en autorisation d'ici au 31 décembre 2022, étant précisé que les gestionnaires de fortune et trustees auront au préalable obtenu leur

assujettissement à un organisme de surveillance, lequel aura vérifié si leurs prescriptions internes et leur organisation sont conformes à la LEFin, la LSFin (si applicable) et la LBA.

À noter que les gestionnaires de fortune pourront décider de mettre en œuvre les règles de comportement et d'organisation de la LSFin avant l'échéance du délai transitoire prévue au 31 décembre 2021. Pour ce faire, ils devront communiquer cette information par écrit à leur auditeur, sachant que ce choix est irrévocable. En ce qui concerne ceux qui ne feront pas ce choix, ils resteront soumis au code de conduite en matière de gestion de fortune de leur organisme d'autorégulation, reconnu comme standard minimal par la FINMA (art. 105 et 106 OSFin).

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Stéphanie Hodara El Bez, Quels impacts pour les gestionnaires de fortune et les trustees : suite et fin ?, publié le 4 décembre 2019 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/1095/