



# FBT

A V O C A T S

## FBT NEWSLEX

N° 14 - JUILLET 2017

### CONTACT

Marco Villa

[mvilla@fbt.ch](mailto:mvilla@fbt.ch)

T. +41 (0)22 849 60 40

[www.fbt.ch](http://www.fbt.ch)

### REVUE PÉRIODIQUE D'INFORMATIONS EN MATIÈRE JURIDIQUE ET FISCALE

#### TABLE DES MATIÈRES

- P02** Le quasi-usufruit : une technique très prisée de gestion d'actifs mobiliers démembrés et de stratégie transmissive du patrimoine en France
- P05** Piratage d'un compte « Hotmail » et ordres de virements frauduleux
- P06** Révision partielle de l'Ordonnance de la FINMA sur l'infrastructure des marchés financiers (OIMF-FINMA)
- P08** Impact de l'adoption par la FINMA de sa nouvelle Circulaire 2017/1 « Gouvernance d'entreprise – banques » sur les établissements visés
- P10** Le droit de timbre de négociation dû par le gérant de fortune
- P13** Demande d'assistance administrative internationale en matière fiscale adressée à la Suisse : contrôle et anticipation par la personne visée
- P14** Les pièges de la résidence fiscale dans un contexte international

## LE QUASI-USUFRUIT : UNE TECHNIQUE TRÈS PRISÉE DE GESTION D'ACTIFS MOBILIERS DÉMEMBRÉS ET DE STRATÉGIE TRANSMISSIVE DU PATRIMOINE EN FRANCE

*Des récentes décisions du Conseil d'Etat en matière d'opération de donation-cession portant sur des titres démembrés sont venues confirmer l'intérêt civil et fiscal de la mise en place d'une convention de quasi-usufruit (Arrêts du Conseil d'Etat en date des 10 février 2017 n°387960 et 31 mars 2017 n°39555).*

Le démembrement de propriété constitue un puissant outil de planification patrimoniale et successorale permettant de réduire considérablement la pression fiscale des droits de mutation à titre gratuit. Toutefois, certains actifs tels que les portefeuilles de valeurs mobilières rendent malaisée l'application des règles traditionnelles gouvernant le démembrement de propriété.

Il est d'une jurisprudence établie que l'usufruit d'un portefeuille n'est pas un quasi-usufruit par nature, à raison de la non-consomptibilité des valeurs mobilières le composant. Ainsi, l'usufruitier ne peut donc pas disposer, sans accord du nu-proprétaire, de cette entité distincte et autonome mais peut « arbitrer » seul, sous certaines conditions, les avoirs la composant. En cela, l'usufruitier peut librement disposer des titres sous réserve du réinvestissement du produit de cession dans l'acquisition de nouveaux titres. En conséquence, la consommation du produit de la cession ou le réinvestissement en dehors du portefeuille rendent nécessaire le double consentement de l'usufruitier et du nu-proprétaire.

Bien que l'intérêt fiscal du démembrement ne soit plus à démontrer, force est de constater que le démembrement de propriété classique d'un portefeuille de valeurs mobilières, non couplé d'une convention de quasi-usufruit, entraîne des contraintes sérieuses pour l'ensemble des acteurs.

L'usufruitier est frappé d'un manque de souplesse et de réactivité dans la gestion de l'actif démembré. Le nu-proprétaire est quant à lui exposé à un risque de perte probable en capital dans l'hypothèse d'une gestion inadaptée de l'usufruitier. Bien plus contraignant encore, l'impôt de plus-values de cession des valeurs mobilières est à la charge exclusive du nu-proprétaire alors même qu'il ne perçoit aucun produit issu des dites cessions.

En l'absence de convention de quasi-usufruit, le gestionnaire de fortune est généralement confronté à des situations délicates dans la mesure où les intérêts de l'usufruitier et du nu-proprétaire sont parfaitement antagonistes : le premier, bénéficiaire en pleine propriété des fruits générés par les actifs du portefeuille, sera exclusivement guidé par la rentabilité maximum du capital, le second, n'intervenant pas dans la gestion du portefeuille, sera inquiet de la préservation du capital. Ces droits superposés et ces intérêts contraires aboutissent inéluctablement à une gestion moins performante du capital.

Le recours à la conclusion d'une **convention de quasi-usufruit** s'avère indispensable dans le cadre d'une gestion sereine de valeurs mobilières, dès lors que celle-ci précisera les modalités de jouissance du portefeuille par les différents acteurs, les éventuelles garanties à fournir aux nus-proprétaires, et enfin et surtout les modalités d'évaluation de la créance de restitution.

Outil de gestion et instrument juridique permettant la sécurisation des pouvoirs de chacun, la convention de quasi-usufruit détermine un seul donneur d'ordre dans le cadre des relations bancaires : le quasi-usufruitier. L'article 587 du Code civil français dispose en effet que le quasi-usufruitier a le droit de se servir du bien objet de la convention, « *mais à charge de rendre à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité, soit leur valeur estimée à la date de restitution* ».

Le quasi-usufruit permet ainsi au quasi-usufruitier de réaliser l'ensemble des actes de disposition, y compris la cession des actifs donnés en quasi-usufruit, et ce, sans obtenir l'accord préalable du nu-proprétaire. La convention de quasi-usufruit permet au quasi-usufruitier de bénéficier des plus larges prérogatives, s'apparentant à celles des détenteurs de biens en pleine propriété. Le quasi-usufruit transforme la nature des droits de l'usufruitier et du nu-proprétaire. Quand il élève le premier au statut de quasi-proprétaire, il relègue le second au rang de simple créancier.



L'élargissement des pouvoirs du quasi-usufructier sur le portefeuille de valeurs mobilières ne pourrait ainsi s'exercer sans avoir, en contrepartie, protégé le nu-propiétaire. A ce titre, la convention de quasi-usufruit devrait comporter une clause mentionnant l'obligation pour les parties d'effectuer un inventaire de départ sur l'ensemble du patrimoine de l'usufruitier. Cette condition permettra au nu-propiétaire de s'assurer que la surface patrimoniale de l'usufruitier au jour de son décès est suffisante pour lui garantir la valeur de ses droits de «restitution».

En effet, à l'extinction de l'usufruit, le quasi-usufructier aura pour obligation de rembourser, *a minima*, le nominal de ladite créance de restitution au nu-propiétaire. Dans cette hypothèse, la dette sera portée au passif de la succession pour son montant au moment de l'ouverture du quasi-usufruit. La convention de quasi-

usufruit pourra prévoir une clause d'indexation de cette créance de restitution afin que le nu-propiétaire ne subisse pas unilatéralement la dépréciation de la monnaie.

Un remboursement *a minima* n'étant pas satisfaisant, il est nécessaire de prévoir conventionnellement que la créance de restitution correspondra à la valeur vénale des actifs sous-jacents du portefeuille de titres, valorisés au jour du décès de l'usufruitier. Ce mécanisme dit de la dette de valeur permet ainsi d'assurer une parfaite neutralité civile et fiscale dès lors que la valeur du bien portée à l'actif de la succession du quasi-usufructier sera exactement équivalente à la valeur de la dette inscrite au passif successoral. A titre d'exemple, si le quasi-usufructier utilise les fonds sous quasi-usufruit à l'acquisition d'un bien immobilier, la créance sera égale, au décès du quasi-usufructier, à la valeur vénale de l'immeuble à cette même date.

En matière d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), le quasi-usufructier est redevable de ladite taxation pour la valeur en pleine propriété du portefeuille au 1er janvier de chaque année. Au regard des décisions récentes, il semblerait que le quasi-usufructier puisse déduire de l'assiette de son impôt de solidarité sur la fortune le montant de la dette de restitution corrélative (Cass. com du 24 mai 2016, n°15-17.788). Symétriquement, il semblerait également logique que le nu-propiétaire, titulaire de la créance de restitution, soit quant à lui taxé sur cette même créance. Néanmoins, l'intérêt fiscal desdites opérations susvisées en matière d'impôt de solidarité sur la fortune nécessiterait de réaliser une étude au cas par cas. En effet, si la déductibilité de la dette de restitution du patrimoine taxable à l'ISF pour le quasi-usufructier peut s'avérer intéressante, la taxation de la créance de restitution peut se révéler pénalisante pour le nu-propiétaire, à moins qu'elle ne permette à ce dernier de bénéficier d'un plafonnement de son ISF (le nu-propiétaire ne jouissant pas des revenus attachés au bien taxable).

La convention de quasi-usufruit nécessite un enregistrement aux services des impôts afin de lui conférer une date certaine. Cette condition permet de fixer la créance de restitution, dans son existence et dans son montant, ainsi que de garantir sa déductibilité à l'actif successoral au décès du quasi-usufructier.

Les récentes décisions du Conseil d'Etat valident de manière exemplaire une stratégie de transmission patrimoniale basée sur l'utilisation de la convention de quasi-usufruit, aux effets civils et fiscaux parfaitement ficelés.

Nous rappellerons pour exemple les faits de la décision du 10 février 2017 : Un couple fonde en 1987 une société familiale. Le père détient 4600 parts des 5000 parts du capital de la société, et son épouse les 400 parts restantes. Par un protocole, du 25 avril 2002, le couple s'est engagé à céder la totalité des titres de leur société familiale à une société tierce. La cession a été réalisée le 17 janvier 2003, dégageant une plus-value de 5 000 000 euros. Cependant, cette plus-value fut largement gommée, car deux jours auparavant, le couple donna, à ses trois enfants, la pleine propriété de 399 parts pour l'épouse, et la nue-propriété de 4599 parts pour son époux, chacun des donateurs conservant la pleine propriété d'une part sociale.

L'opération de donation-cession de titres, maintes fois critiquée sur le

terrain de l'abus de droit, ne peut dorénavant être considérée comme abusive par l'administration fiscale que lorsque celle-ci prouve que l'acte de donation est fictif, le donateur s'étant réapproprié l'objet de la donation. En l'espèce, l'acte de donation prévoyait *ab initio* le report d'usufruit sur la moitié du prix de vente des titres, constituant ainsi un quasi-usufruit, et sur le solde un quasi-usufruit sur les titres acquis en remploi dans une société civile de portefeuille. Les juges du Palais-Royal ont validé purement et simplement ces deux procédés en les considérant non constitutifs d'une réappropriation des biens donnés.

Ces opérations de donation-cession de titres fondées sur la technique du quasi-usufruit constituent désormais une stratégie d'optimisation, validée par le Comité de l'abus de droit fiscal et le Conseil d'Etat permettant aux détenteurs d'entreprises familiales de transmettre leur patrimoine à leurs jeunes enfants non rompus à la vie des affaires, tout en continuant à en assurer la maîtrise. L'intérêt fiscal

de la succession de ces opérations réside dans la purge des plus-values latentes se rapportant à la nue-propriété des titres de la société familiale, la donation qui précède la cession des titres faisant échapper partiellement ces plus-values à l'imposition.

La décision du 31 mars 2017 se situe dans la droite ligne de cette décision et vient confirmer de nouveau que le quasi-usufruit né du report sur le prix de vente de l'usufruit grevant un bien donné est parfaitement régulier dès lors que celui-ci naît d'un report planifié dans l'acte de donation, et non d'une convention non prévue dans l'acte de donation.

## PERSPECTIVES

*Les stratégies transmissives fondées sur la technique du quasi-usufruit sont très prisées, pour des raisons fiscales (déductibilité de la dette de restitution, exclusion du montant remboursé de l'assiette des droits de succession et extinction du quasi-usufruit en franchise de tous droits) mais aussi civiles, le quasi-usufruitier disposant sur le bien de pouvoirs équivalents à ceux d'un propriétaire. Toutefois, certains écueils doivent impérativement être évités dans la rédaction des conventions de quasi-usufruit afin de ne pas s'attirer les foudres de l'abus de droit civil et fiscal, le conseil d'un spécialiste étant essentiel à cet égard.*

Contact : Stéphanie Barreira



## PIRATAGE D'UN COMPTE «HOTMAIL» ET ORDRES DE VIREMENTS FRAUDULEUX

*Le 5 décembre 2016, le Tribunal fédéral suisse (TF) s'est prononcé pour la première fois sur un cas de responsabilité d'une banque suite à l'exécution de virements ordonnés depuis la messagerie électronique piratée d'un client (ATF 4A\_386/2016).*

En 2012, des pirates informatiques se sont introduits dans la messagerie électronique du client en question. Sur une période de deux mois, ils ont adressé plusieurs messages à la banque ordonnant des transferts de fonds à destination de banques sises à Hong Kong et à Singapour.

La collaboratrice de la banque suisse qui a traité ces emails n'a pas décelé la fraude et a procédé aux virements demandés. Comme les juges cantonaux, le Tribunal fédéral a considéré que plusieurs éléments intrinsèques aux emails auraient dû la conduire à renoncer à exécuter les ordres sans s'être assurée que le client en était bien l'auteur. Pour le TF, ceci constituait une négligence grave obligeant la banque à rembourser le client.

La banque a invoqué la faute du client pour lui faire supporter le dommage. Cette faute consistait en la conservation par ce dernier de toute sa correspondance avec la banque dans sa messagerie électronique.

Le TF a retenu que le client avait effectivement conservé sa correspondance passée avec la banque sur son compte «hotmail». Il a même affirmé que cette conservation

constituait une condition *sine qua non* de la survenance du dommage. En d'autres termes, pour le TF, sans les éléments conservés par le client dans sa messagerie électronique, les pirates n'auraient pas été en mesure de mener à bien leur fraude.

Pourtant, après avoir souligné la vulnérabilité notoire des comptes de messageries électroniques, le TF a nié toute négligence de la part du client en lien avec cette conservation.

Cet arrêt est notable car il institue une responsabilité quasi causale de la banque en matière d'ordres frauduleux passés par courrier électronique.

Pour usurper l'identité d'un individu et puiser dans son compte bancaire, le délinquant doit pouvoir disposer d'un certain nombre d'éléments à son sujet, le premier étant précisément le fait que cette personne est titulaire d'un compte auprès d'une banque précise.

C'est un principe établi que dans le cadre de rapports contractuels, une partie doit se comporter avec loyauté de manière à prévenir la survenance de dangers prévisibles pouvant nuire à l'autre.

Une banque devrait ainsi pouvoir s'attendre à ce que ses clients ne facilitent pas l'accès des délinquants aux éléments utiles pour mener à bien une usurpation d'identité. Ce principe trouve déjà écho dans la jurisprudence du TF en matière d'ordres frauduleux sur papier qui permet de

faire supporter, à tout le moins partiellement, le dommage au client qui n'a pas suffisamment protégé ses documents bancaires contre des accès indésirables.

Dans le domaine des communications électroniques, il n'en va pas de même, selon le TF. Il a ainsi décidé de faire supporter entièrement à la banque un risque sur lequel elle n'avait aucune maîtrise et que son client avait lui-même créé.

L'arrêt du 25 novembre 2016 du Tribunal de commerce de Zurich condamnant une banque à rembourser son client en lien avec des faits similaires confirme cette tendance.

### PERSPECTIVES

*A l'ère du tout-électronique où la police clame son impuissance face à la cybercriminalité et érige la prévention comme seul rempart, la déresponsabilisation des clients qui peut découler de cette jurisprudence doit être prise au sérieux par les banques.*

*A notre sens, c'est la faculté même de passer des ordres de virement par message électronique qui doit être remise en question. Dans tous les cas, elle devrait être strictement encadrée par des règles contractuelles de façon à réduire le risque de la banque en lien avec des comportements de ses clients sur lesquels elle n'a aucune maîtrise.*

*Contacts : Serge Fasel et Alexis Dubois-Ferrière*

## RÉVISION PARTIELLE DE L'ORDONNANCE DE LA FINMA SUR L'INFRASTRUCTURE DES MARCHÉS FINANCIERS (OIMF-FINMA)

*La FINMA a clôturé le 3 octobre 2016 la période d'audition du projet de révision partielle de son Ordonnance sur l'infrastructure des marchés financiers («OIMF-FINMA»). Les dispositions révisées relatives à la publicité des participations sont entrées en vigueur le 1er mars 2017 (art. 10 al. 2 et 22 let. a ch. 2 OIMF-FINMA).*

L'article 120 al. 1 de la Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers (LIMF) soumet à une obligation de déclarer à la société et aux bourses auprès desquelles les titres sont cotés, quiconque, directement ou indirectement, acquiert ou aliène des actions ou des droits portant sur l'acquisition ou l'aliénation d'actions d'une société ayant son siège en Suisse ou d'une société établie à l'étranger dont au moins une partie des titres de participations sont cotés en Suisse à titre principal, lorsque la participation, à la suite de l'opération d'acquisition ou d'alié-

nation, atteint ou franchit, vers le haut ou vers le bas, l'un des seuils suivants: 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33 $\frac{1}{3}$ , 50 ou 66 $\frac{2}{3}$  pourcent (%) des droits de vote. Cette disposition reprend l'ancien article 20 al. 1 de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM).

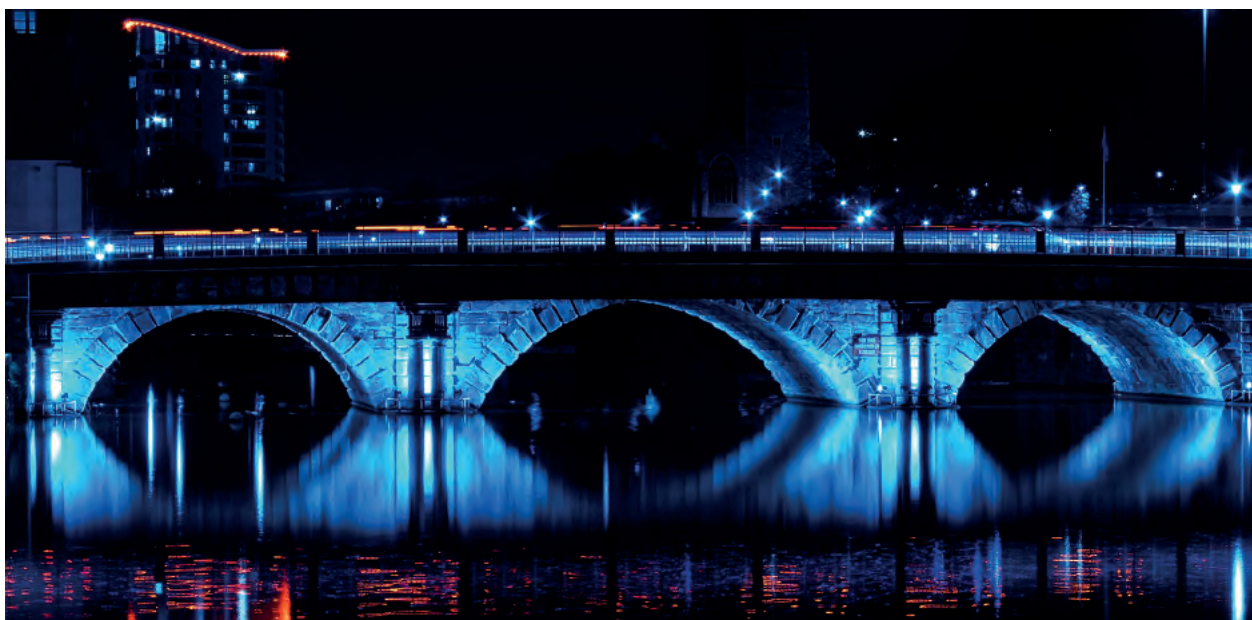
L'obligation déclarative s'applique dans tous les cas à l'ayant droit économique des actions ou des droits y relatifs. Toutefois, dans le cas où l'ayant droit économique n'exerce pas directement ou indirectement les droits de vote liés à ses participations, mais confie à un tiers le droit de les **exercer librement**, par hypothèse à un gérant de fortune indépendant ou une banque en vertu d'un mandat de gestion discrétionnaire, ce tiers est également soumis à l'obligation d'annonce (art. 120 al. 3 LIMF).

Ce double devoir d'annonce – celui

de l'ayant droit économique et du tiers exerçant librement les droits de vote – vise notamment à éviter qu'une personne ne puisse recueillir les votes de plusieurs ayants droit économiques indépendants les uns des autres, sans avoir à annoncer ces participations cumulées.

Selon le régime applicable jusqu'au 1er mars 2017, les obligations d'annonce respectives de l'ayant droit économique et du tiers exerçant librement les droits de vote étaient soumises au concept uniforme de la publicité du «**dernier maillon de la chaîne**». En vertu de ce concept, qui vaut tant pour les titres de participation détenus pour son propre compte que pour ceux détenus pour le compte de tiers, le franchissement des seuils prévus par la loi devait être annoncé (ancien art. 10 al. 2 OIMF-FINMA):

- (i) **pour l'ayant droit économique**, par la personne qui contrôle les droits de vote



découlant d'une participation et supporte le risque économique de la participation ;

- (ii) **pour le tiers autorisé à exercer librement les droits de vote**, par la personne qui domine directement ou indirectement la personne morale exerçant librement les droits de vote.

Dans l'hypothèse précitée d'une société de gestion de fortune exerçant librement les droits de vote, l'obligation d'annonce revenait ainsi à la personne physique contrôlant la société, que cette personne influe ou non effectivement sur l'exercice des droits de vote.

La révision partielle de l'OIMF-FINMA introduit **deux changements importants touchant à l'obligation déclarative du tiers** (celle applicable à l'ayant droit économique demeurant inchangée).

Le premier changement réside dans l'abandon du principe du dernier maillon de la chaîne comme critère déterminant la personne qui dispose du libre exercice des droits de vote.

Les acteurs du marché ont en effet constaté que la mise en œuvre de ce critère exigeait des efforts disproportionnés. C'est en particulier le cas dans les relations de groupe, où l'obligation d'annonce du « dernier maillon de la chaîne » a pour effet de faire remonter l'obligation d'annonce des filiales vers la mère, voire aux personnes phy-

siques qui contrôlent le groupe. Or, ces personnes n'exercent souvent aucune activité opérationnelle au sein du groupe, de sorte qu'elles ne sont pas dans la meilleure position pour satisfaire à leur obligation déclarative.

Ainsi, selon l'article 10 al. 2 OIMF-FINMA révisée, l'obligation de déclarer les participations s'applique à la personne qui exerce effectivement les droits de vote – indépendamment de la personne qui la domine directement ou indirectement.

En revanche, afin de maintenir une flexibilité pour les acteurs concernés – il s'agit là du second changement – le nouvel article 10 al. 2 OIMF-FINMA permet alternativement au dernier maillon de la chaîne, soit la personne qui domine directement ou indirectement la personne qui exerce librement les droits de vote, de procéder à une déclaration sur une base consolidée. Dans ce cas, la déclaration effectuée par la personne dominante libère la personne exerçant effectivement les droits de vote de l'obligation d'annonce.

Aux fins de transparence, un nouvel article 22 al. 2, let. a, ch. 2 OIMF-FINMA impose toutefois d'indiquer que l'annonce est effectuée sur une base consolidée.

Dans la mesure où cette nouvelle réglementation requiert des adaptations, en particulier une modifica-

tion des annonces effectuées sous l'ancien régime, la FINMA accorde un délai au **31 août 2017** aux personnes concernées pour faire correspondre leur déclaration au nouveau droit.

## PERSPECTIVES

*Cette révision de l'OIMF-FINMA doit être saluée dès lors qu'elle donne davantage de flexibilité aux intervenants concernés et renforce la transparence des marchés en permettant de déclarer des droits de vote consolidés qui ne seraient pas annoncés individuellement par les filiales, faute d'atteindre les seuils requis. Elle impose toutefois aux tiers concernés de modifier le contenu de leur déclaration, en annonçant la personne qui exerce effectivement les droits de vote, pour ceux qui choisissent cette option, ou en indiquant que la déclaration est effectuée sur une base consolidée, pour les autres. Des formulaires sont disponibles à cet effet sur le site internet de l'instance pour la publicité des participations.*

*Les intermédiaires financiers saisiront l'occasion de cette révision pour déterminer si des adaptations de leur documentation contractuelle et/ou de leurs directives internes, notamment les directives de groupe, s'imposent. Ils pourront, le cas échéant, procéder aux adaptations nécessaires d'ici le 31 août 2017.*

## IMPACT DE L'ADOPTION PAR LA FINMA DE SA NOUVELLE CIRCULAIRE 2017/1 « GOUVERNANCE D'ENTREPRISE – BANQUES » SUR LES ÉTABLISSEMENTS VISÉS

*Le 22 septembre 2016, la FINMA a adopté sa nouvelle Circulaire 2017/1 « Gouvernance d'entreprise – banques » et les versions révisées des Circulaires 2008/21 « Risques opérationnels – banques » et 2010/1 « Systèmes de rémunération », dont plusieurs dispositions ont été transférées dans la nouvelle Circulaire 2017/1. Cette dernière, ainsi que les modifications apportées aux circulaires existantes, entreront en vigueur le 1er juillet 2017. Les nouvelles dispositions en matière de gouvernance entraînent certains changements profonds pour les établissements visés.*

La nouvelle Circulaire FINMA 2017/1 « Gouvernance d'entreprise – banques » (ci-après, la « Circulaire Gouvernance ») s'appliquera aux banques, négociants en valeurs mobilières, groupes financiers au sens de l'art. 3c al. 1 LB et conglomérats financiers dominés par le secteur bancaire ou celui du négoce de valeurs mobilières au sens de l'art. 3c al. 2 LB (ci-après, individuellement « l'Etablissement » et ensemble « les Etablissements »).

La principale nouveauté introduite par la Circulaire Gouvernance réside dans l'extension du concept-cadre de gestion des risques (Cm 52ss Circulaire Gouvernance), qui englobe la politique de risque, la tolérance au risque ainsi que les limites correspondantes en matière de risques liés à un Etablissement. A l'heure actuelle, le concept-cadre de gestion des risques ne s'applique

qu'aux risques opérationnels ; sous l'empire de la Circulaire Gouvernance, le concept-cadre de la gestion des risques sera étendu à tous les risques de l'Etablissement, tels que les risques de crédit, de marché et de liquidité. De plus, la Circulaire FINMA 2008/21 « Risques opérationnels – banques » révisée prévoit d'intégrer de nouveaux risques dans la catégorie des risques opérationnels, tels que les cyber-risques, les risques cross-border et les risques générés par les partenaires d'affaires d'un Etablissement, en particulier les gérants de fortune indépendants. Le concept-cadre de la gestion des risques d'un Etablissement devra être établi dans un document central, élaboré par la direction de l'Etablissement et adopté par l'organe responsable de la haute direction, soit en principe le Conseil d'administration de l'Etablissement.

Par ailleurs, les tâches de contrôle des risques sont précisées et étendues (Cm 69ss Circulaire Gouvernance) et le standard international des trois lignes de défense, à savoir (i) les unités génératrices de revenus (« front »), (ii) les fonctions internes de contrôle (risques et *compliance*) et (iii) la révision interne, est codifié. Le rôle des unités génératrices de revenus comme première ligne de défense est ainsi formalisé (Cm 61 Circulaire Gouvernance). En effet, en vertu de la nouvelle Circulaire 2017/1, celles-ci assumeront une fonction de contrôle dans le cadre des affaires courantes et devront se

charger de la surveillance directe, du pilotage et du *reporting*. En outre, le principe d'indépendance de la révision interne, qui rapporte directement au Conseil d'administration (Cm 87 et 88 Circulaire Gouvernance), est désormais affirmé expressément dans la Circulaire Gouvernance.

Cette dernière étend et précise également les tâches de la direction d'un Etablissement (Cm 47ss Circulaire Gouvernance). Elle précise notamment que les membres de la direction d'un Etablissement doivent disposer des compétences de gestion, ainsi que des connaissances et de l'expérience nécessaires dans les secteurs bancaire et financier pour assurer le respect des conditions d'octroi de l'autorisation (Cm 51 Circulaire Gouvernance).

Enfin, les Etablissements des catégories de surveillance 1 à 3 devront instituer un comité d'audit et un comité des risques indépendants (Cm 31 Circulaire Gouvernance), les Etablissements de la catégorie de surveillance 3 ayant toutefois la possibilité de réunir ces deux comités au sein d'un comité mixte. Les Etablissements des catégories 4 et 5 en revanche devront simplement disposer d'une « organisation appropriée pour accomplir les tâches dévolues et atteindre les objectifs fixés », sans être soumis à des obligations organisationnelles spécifiques.

La Circulaire Gouvernance entrera en vigueur le 1er juillet 2017 ; elle





prévoit toutefois des délais transitoires (Cm 100ss Circulaire Gouvernance). Les Etablissements auront ainsi jusqu'au 30 juin 2018 pour mettre leur organisation en conformité avec leurs nouvelles obligations.

## **PERSPECTIVES**

*La Circulaire Gouvernance 2017/1 codifie un certain nombre de principes qui découlent de la pratique de la FINMA en matière d'autorisation d'établissements assujettis à sa surveillance. Le texte final de la Circulaire 2017/1*

*a été épuré de bon nombre de prescriptions de détail contenues dans la première version mise en consultation, lesquelles n'avaient sans doute pas leur place dans un domaine où la liberté de manœuvre laissée aux Etablissements doit prévaloir. La nouvelle Circulaire préserve ainsi cette liberté de manœuvre, en modulant certaines des obligations en fonction de la catégorie de surveillance dans laquelle se trouve l'Etablissement concerné. Cela étant, les nouveautés qu'elle introduit, dont les principales ont été exposées ci-*

*dessus, exigeront des Etablissements qu'ils procèdent à une évaluation concrète des changements qu'ils devront opérer au plan organisationnel et au niveau de leur système de contrôle interne, en particulier en matière de gestion des risques. Une revue de la documentation interne de l'Etablissement à l'aune des changements à effectuer s'avèrera en outre nécessaire.*

*Contacts: Pierre-Olivier Etique,  
Frédérique Bensahel et Fabianne  
De Vos Burchart*

## LE DROIT DE TIMBRE DE NÉGOCIATION DÛ PAR LE GÉRANT DE FORTUNE

*Lorsqu'il instruit des transactions au nom et pour le compte de ses clients, le gérant de fortune agit comme commerçant de titres et doit ainsi être attentif à sa responsabilité fiscale relative au droit de timbre de négociation dont la perception et le paiement à l'AFC lui incombent en principe.*

La Confédération perçoit des droits de timbre sur la négociation des titres suisses et étrangers. A cet égard, quatre conditions doivent être remplies pour qu'un droit de négociation puisse être prélevé: (1) l'existence d'un document imposable, (2) un transfert de propriété à titre onéreux, (3) l'intervention

d'un commerçant suisse de titres et (4) la non-réalisation d'un cas d'exonération.

Concernant la première condition, il s'agit de vérifier si la transaction concerne des documents imposables, soit notamment des obligations, des actions (y compris des parts sociales de Sàrl et de sociétés coopératives, bons de participation ou de jouissance, etc.) ou des parts de placements collectifs de capitaux émises par une personne domiciliée en Suisse ou à l'étranger. La deuxième condition suppose que la transaction sur titre(s) (achat ou vente) soit effectuée contre une prestation pécuniaire. S'agissant de la

troisième condition, il faut retenir qu'un gérant de fortune agit comme commerçant suisse de titres lorsqu'il est domicilié en Suisse et lorsqu'il intervient dans la transaction soit comme intermédiaire, soit comme contractant. Il agit comme intermédiaire lorsqu'il s'entremet en tant que conseiller en placement ou gérant de fortune dans l'achat et la vente de documents imposables, alors qu'il doit être qualifié de contractant lorsqu'il exerce pour le compte de tiers le commerce de documents imposables. On relèvera, s'agissant du caractère «suisse» du commerçant de titres, qu'en vertu du Traité du 29 mars 1923 entre la Suisse et la Principauté de Liechten-



stein concernant la réunion de la Principauté de Liechtenstein au territoire douanier suisse, les commerçants de titres domiciliés dans la Principauté sont assimilés aux commerçants suisses de titres.

L'obligation fiscale incombe au commerçant de titres. Ce dernier doit ainsi tenir un registre des négociations et est tenu de s'inscrire *avant* le début de l'assujettissement auprès de l'Administration fédérale des contributions (AFC), sans attendre d'y être invité.

En principe, les commerçants de titres doivent justifier de leur qualité de commerçant de titres enregistré au moyen de la déclaration de commerçant de titres (qui doit être retirée auprès de l'AFC) tant envers les banques suisses qu'entre eux.

Toutefois, les conseillers en placement ou gérants de fortune peuvent déléguer l'exécution de leur obligation fiscale à des banques *en Suisse* ou à des commerçants professionnels *en Suisse*. Pour ce faire, il suffit qu'ils ne justifient pas de leur qualité de commerçant de titres lors de la conclusion des opérations.

Dans le cas où le gérant de fortune ne justifie pas de cette qualité, la banque suisse ou le commerçant professionnel le traitera comme un client, en ce sens que le commerçant professionnel devra prélever pour l'AFC les droits dus sur les opérations conclues avec l'autre commerçant de titres. Dans ce cas, seules les

transactions qui sont effectuées par le gérant de fortune avec d'autres contreparties (par ex. des banques domiciliées à l'étranger, etc.) doivent être portées dans le registre des négociations et assujetties au droit.

Le gérant de fortune qui justifie de sa qualité de commerçant de titres, ou qui donne des instructions de transactions à une banque *à l'étranger* (sur la base d'une procuration), a le devoir de remplir son obligation fiscale personnellement. A cet égard, il doit tenir son propre registre des négociations dans lequel toutes les opérations imposables doivent être enregistrées et il doit prélever le droit de timbre de négociation pour le transférer trimestriellement à l'AFC.

Le droit de négociation est calculé sur la contre-valeur et s'élève à 1.5‰ pour les titres émis par une personne domiciliée en Suisse et 3‰ pour les titres émis par une personne domiciliée à l'étranger. S'il est intermédiaire, le commerçant doit la moitié du droit pour chaque contractant qui ne justifie pas de sa qualité de commerçant de titres enregistré ou d'investisseur exonéré. S'il est contractant, il doit la moitié du droit pour lui-même et pour la contrepartie qui ne justifie pas de sa qualité de commerçant de titres enregistré ou d'investisseur exonéré.

Notons enfin que la créance fiscale se prescrit par cinq ans, de sorte que le gérant de fortune contrôlé par l'AFC et qui n'a pas honoré son obligation fiscale peut subir un

rattrapage sur les cinq dernières années, en plus des diverses amendes prévues par les dispositions pénales de la loi.

Force est de constater en pratique que les gérants de fortune ne prennent pas toujours la mesure de leurs obligations fiscales relatives au droit de timbre de négociation. Pourtant, le gérant de fortune qui a une procuration sur le compte de son client et donne des ordres à la banque est soumis au droit de timbre. Lorsque la banque se situe en Suisse, la gestion relative au droit de timbre est déléguée à la banque de par la loi, pour autant que le gérant de fortune ne justifie pas de sa qualité de commerçant de titres au moment d'instruire les transactions, et le gérant est heureusement libéré de cette obligation de gestion ainsi déléguée. En revanche, lorsque la banque se situe à l'étranger, le gérant de fortune a l'obligation de tenir un registre des transactions, de prélever et de payer l'impôt. Indépendamment de l'éventuelle délégation de la gestion des droits, le gérant de fortune doit néanmoins dans tous les cas s'annoncer à l'AFC et s'enregistrer en tant que commerçant de titres. A cet égard, le fait que le client, la banque ou les fonds soient situés à l'étranger est sans pertinence pour ce qui est de l'obligation de s'annoncer et de s'enregistrer; est seul déterminant le fait que le commerçant de titres soit domicilié en Suisse (ou au Liechtenstein) ou y réside de manière durable.

## PERSPECTIVES

*En principe, la charge du droit de timbre de négociation est reportée (reportable) sur le client. Or, la difficulté posée par le système fiscal décrit ci-dessus réside dans le fait que si la banque se charge de prélever le droit de timbre, le client ne se rend pas toujours compte de sa contribution car le prélèvement est pour ainsi dire «intégré» dans les frais bancaires et devient invisible pour le client. Par contre, lorsque la banque se situe à l'étranger, obligeant ainsi le gérant de fortune à percevoir le droit lui-même, le client risque d'associer l'impôt à son gérant de fortune. De plus, le gérant qui n'a pas respecté ses obligations et régulièrement prélevé les droits qu'il lui incombe de prélever peut être confronté à de sérieuses difficultés pour récupérer les sommes correspondantes auprès de ses clients, notamment lorsque ceux-ci ont entretemps résilié leur mandat.*

*Par ailleurs, l'interprétation faite par l'AFC de la loi sur le droit de timbre ne permet pas au conseiller en placement de s'exonérer du droit de timbre du simple fait qu'il n'effectue pas lui-même de transaction. En effet, celui-ci peut, dans certains cas, également être soumis au droit de timbre.*

*Contacts : Michel Abt  
et Gilles Dubuis*



## DEMANDE D'ASSISTANCE ADMINISTRATIVE INTERNATIONALE EN MATIÈRE FISCALE ADRESSÉE À LA SUISSE : CONTRÔLE ET ANTICIPATION PAR LA PERSONNE VISÉE

66553. C'est le nombre de demandes d'assistance administrative internationale en matière fiscale qui ont été adressées à l'Administration fédérale des contributions (AFC) en 2016. Si ce chiffre contient, certes, les dizaines de milliers de demandes formulées par la France et l'Espagne sur la base de simples listes de numéros de comptes de l'UBS remises par l'Allemagne, il reflète tout de même le caractère exponentiel du nombre de cas traités par l'AFC, depuis 2010, et rien ne permet de présager qu'il en ira autrement ces prochaines années. En parallèle, la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) s'est intensément développée depuis 2015, avec comme principe directeur d'accorder aux Etats requérants l'assistance la plus large possible.

La protection des intérêts des personnes concernées n'est toutefois pas un combat perdu d'avance. Toutes les affaires soumises à

l'AFC ne se terminent pas nécessairement par une décision de transmission.

On rappellera, par exemple, que dans son arrêt du 17 mars 2017 (2C\_1000/2015), le TF a refusé la transmission d'informations à la France, jugeant que celle-ci avait contrevenu au principe de la bonne foi en présentant une demande d'assistance qui trouvait son origine dans les données volées par Hervé Falciani à la banque HSBC.

Ainsi, dans la masse des demandes d'assistance adressées à l'AFC, se trouvent inévitablement des cas qui ne respectent pas les conditions, bien qu'interprétées de plus en plus «souplement», de l'échange de renseignements; l'AFC, submergée, n'est pas en mesure de tous les déceler.

Parmi ces conditions, le critère de la **vraisemblable pertinence** des informations requises constitue la

pierre angulaire. Le TF a commencé à en tracer les contours; dans la pratique toutefois, l'AFC semble avoir quelques réticences à écarter les demandes d'assistance quand bien même les données requises s'avèrent dénuées de toute pertinence par rapport à l'état de fait présenté par l'Etat requérant et aux motifs avancés pour justifier de son intérêt à les obtenir.

### PERSPECTIVES

*Une vérification du respect des règles conventionnelles et légales, à travers l'examen du dossier, et en particulier de la demande d'assistance, peut permettre d'éviter, le cas échéant, que des informations ne soient indûment transmises aux autorités requérantes. Ce droit d'accès au dossier est octroyé par l'AFC de manière très favorable à l'égard des personnes concernées.*

*Dans tous les cas, la connaissance préalable des données qui seront remises à l'Etat étranger représente un avantage indéniable pour le contribuable visé, de par la faculté d'anticipation qu'elle lui offre, étant précisé que durant cette phase d'examen, qui peut aboutir à un consentement à la transmission ou une opposition de la part de la personne concernée, l'AFC n'est pas habilitée à transmettre aux autorités étrangères les informations requises.*

Contacts : Jean-Luc Bochatay et  
Alexis Dubois-Ferrière



## LES PIÈGES DE LA RÉSIDENCE FISCALE DANS UN CONTEXTE INTERNATIONAL



*Dans un contexte international, la détermination et la sécurisation de la résidence fiscale est un enjeu devenu fondamental compte tenu notamment des procédures d'échanges automatiques d'informations récemment mises en place et donnant à cette notion une fonction centrale. Or, de récentes jurisprudences françaises viennent contrarier les règles conventionnelles permettant de déterminer la résidence fiscale des personnes physiques et des sociétés.*

Jusqu'à présent, la détermination de la résidence fiscale des personnes physiques se faisait selon des critères successifs et factuels, relevant du droit conventionnel, selon un modèle édicté par l'OCDE, retenant par ordre de priorité :

- le foyer d'habitation permanent,
- le centre des intérêts vitaux,
- le lieu de séjour habituel,
- la nationalité.

Au regard des dernières jurisprudences rendues par les tribunaux français, force est de constater que les critères successifs conventionnels susvisés ne sont plus suffisants. Le bénéfice des conventions fiscales est désormais subordonné à **l'assujettissement effectif à l'impôt dans l'Etat de résidence**, et normalement sur la base des revenus mondiaux.

Il convient donc de s'interroger désormais sur l'applicabilité des conventions fiscales lorsqu'un contribuable bénéficie **d'un régime fiscal dérogatoire** dans son Etat de résidence.

Il a ainsi été jugé qu'un contribuable ayant été uniquement assujetti en Arabie Saoudite à la taxation religieuse dénommée «*zakat*», imposition distincte de l'impôt sur le revenu, ne pouvait pas être regardé comme un résident de ce pays au sens conventionnel (*Conseil d'Etat*, 21 octobre 2011,

n°333898, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., *Savary de Beauregard*).

Le Conseil d'Etat a cependant considéré qu'un résident du Royaume-Uni bénéficiant du régime de la «*remittance basis*», avait bien la qualité de «résident» fiscal de ce pays, alors même que ses revenus de source étrangère étaient exonérés au Royaume-Uni. En l'espèce, la Haute Juridiction s'est fondée sur le fait que l'exonération n'était pas définitive, **mais reportée à la date de rapatriement des fonds au Royaume-Uni** (*Conseil d'Etat*, 27 juillet 2012, n°337656 et n°337810, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., *min c/ Regazzacci*).

Plus récemment, le Conseil d'Etat a refusé la qualité de résident du Liban à une société «*offshore*», pourtant assujettie à l'impôt sur les sociétés au Liban, au motif que ladite taxation prenait la forme d'une imposition forfaitaire «minime», dérogatoire au régime de droit commun de

l'impôt sur les bénéficiaires (*Conseil d'Etat, 20 mai 2016, n°389994, 3e et 8e ch., min. c/ Sté Easyvista*).

Or, certains pays de l'Union Européenne viennent de mettre en place des **systèmes fiscaux avantageux et dérogatoires** pour attirer les grandes fortunes, et notamment concurrencer le Royaume-Uni dans le cadre du BREXIT.

Ainsi, **l'Italie vient d'introduire un régime de taxation forfaitaire** (Flat Tax) réservée aux étrangers, lesquels, moyennant 100.000 € annuels (augmentés de 25.000 € par personne rattachée), bénéficient de la résidence fiscale italienne. Ce régime optionnel est valable pour une durée de quinze années. Il est toutefois subordonné à l'accord préalable de l'administration fiscale italienne qui prendra soin de vérifier si le demandeur n'a pas été résident fiscal italien durant au moins neuf des dix dernières années.

Compte tenu du dernier courant jurisprudentiel français, la nature même de l'imposition italienne, **forfaitaire et exonérant définitivement de l'impôt sur le revenu italien les revenus de source étrangère**, fait à notre sens courir un **risque important** pour le candidat à la délocalisation. Ce dernier pourrait **se voir refuser**, par l'administration fiscale française dans un premier temps, puis, dans un second temps, par les juges de l'impôt, **le bénéfice des protections conventionnelles**.

## PERSPECTIVES

*Aujourd'hui, le réseau des conventions fiscales internationales est particulièrement étendu et la plupart des Etats ont conclu une ou plusieurs conventions fiscales permettant de lutter contre les doubles impositions.*

*Dans le cas de la France, le bénéfice des dites conventions permet - en matière d'impôt sur le revenu, d'impôt de solidarité sur la fortune, de droits de donation et de succession - de revendiquer les critères conventionnels de résidence (fondés principalement sur le foyer permanent d'habitation et sur le centre des intérêts vitaux). On échappe ainsi aux règles de droit interne visées à l'article 4 B du Code Général des Impôts, terriblement larges et attractives, en particulier quand la personne délocalisée aura conservé en France le centre de ses intérêts économiques.*

*A cet égard, un récent arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille du 25 mars 2016 est particulièrement représentatif des capacités de la France à contester une résidence étrangère. En l'espèce, un couple de résidents monégasques (pour lesquels les critères factuels de résidence à Monaco n'étaient pas contestés par l'administration fiscale française) a été considéré comme fiscalement résident de France au seul motif que, sur une année civile, il avait perçu la majeure partie de leurs revenus en France; ceci indépendamment du fait qu'il se soit agi de revenus ayant*

*un caractère exceptionnel, s'agissant de la cession de titres d'une société de droit français (Cour d'appel administrative de Marseille, 25 mars 2016, n°13MA00537).*

*L'arrêt de la Cour d'appel de Marseille ayant été frappé d'un pourvoi, nous attendons avec impatience la décision du Conseil d'Etat.*

*Au regard de ce qui précède, et concernant les conventions fiscales franco-italiennes, nous considérons qu'un résident français transférant sa résidence en Italie, et optant pour le nouveau régime fiscal dérogatoire italien, ne pourrait plus bénéficier des stipulations des dites conventions, et particulièrement de celles très favorables de la convention en matière de donations et de successions.*

*Rappelons en effet que cette convention présente la spécificité, pour les résidents fiscaux italiens au sens conventionnel, de n'être taxés qu'en Italie sur les droits de mutation à titre gratuit (donations et successions), alors même que les bénéficiaires des donations ou les héritiers resteraient domiciliés en France. Aujourd'hui, les droits de donation et de succession en Italie s'élèvent entre 4% et 8%, alors qu'en France, ces derniers sont de 45%. Selon les objectifs poursuivis, l'option pour la taxation forfaitaire en matière d'impôt sur les revenus pourrait finalement s'avérer pénalisante.*



**FBT Avocats SA**  
Genève | Paris

[www.fbt.ch](http://www.fbt.ch)

Rue du 31-Décembre 47  
Case postale 6120  
CH-1211 Genève 6  
T. +41 22 849 60 40  
F. +41 22 849 60 50

4, avenue Hoche  
F-75008 Paris  
T. +33 1 45 61 18 00  
F. +33 1 45 61 73 99