



FBT

A V O C A T S

FBT NEWSLEX

N° 11 - AVRIL 2016

CONTACT

Marco Villa

mvilla@fbt.ch

T. +41 (0)22 849 60 40

www.fbt.ch

REVUE PÉRIODIQUE D'INFORMATIONS EN MATIÈRE JURIDIQUE ET FISCALE

TABLE DES MATIÈRES

- P02** Sociétés étrangères exerçant une activité en France : des cibles privilégiées pour l'administration fiscale française
- P04** « Onshorisation » des sociétés financières patrimoniales : la solution du transfert de siège social
- P07** La dette hypothécaire dans un contexte franco-suisse : un piège fiscal !
- P10** Arbitrage : le jeu en vaut-il la chandelle ?
- P11** L'enregistrement obligatoire du temps de travail
- P13** Projets de loi sur les services financiers et loi sur les établissements financiers : vue d'ensemble des principales nouveautés

SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES EXERÇANT UNE ACTIVITÉ EN FRANCE: DES CIBLES PRIVILÉGIÉES POUR L'ADMINISTRATION FISCALE FRANÇAISE



Avec le développement des assistances administratives internationales, les sociétés étrangères ayant des clients français se trouvent être, de notre expérience, de plus en plus sous le contrôle de l'administration fiscale française. Cette dernière n'hésite plus, pour obtenir des preuves matérielles de l'exercice d'une activité en France, à procéder à des visites domiciliaires (perquisitions administratives) auprès de tous les contacts français de ces sociétés (clients, experts comptables, avocats, salariés ou tous prestataires externes).

Chargée de tout mettre en œuvre pour imposer plus lourdement les sociétés étrangères ayant des clients en France, l'administration fiscale française dispose de plusieurs armes :

Si la société étrangère n'a déposé en France aucune déclaration fiscale en matière d'impôt sur les sociétés, considérant qu'elle n'y disposait d'aucun établissement stable, l'administration fiscale cherchera alors à démontrer que l'activité développée au bénéfice de clients français n'a pu être

réalisée qu'en utilisant des moyens matériels et humains en France.

Une visite domiciliaire, sous le contrôle d'un juge, doit permettre à l'administration de corroborer ses présomptions.

Si l'administration fiscale découvre à cette occasion l'existence d'un siège d'activité occulte (bureau, ordinateurs, employés, etc.), elle engagera une vérification de la comptabilité de la société étrangère à raison de ses activités présumées exercées en France. Elle exigera alors la remise d'une comptabilité française en bonne et due forme, qui par essence, n'a jamais été tenue.

Il en résultera donc souvent une taxation d'office de la société étrangère, effectuée sur la base des seuls éléments en possession des services fiscaux.

Si l'administration fiscale n'est pas en mesure de prouver que la société étrangère possédait en France un établissement stable dûment matérialisé, elle peut alors procéder à une taxation d'office de l'actionnaire personne physique de la société étrangère sur le fondement de l'article 155A du Code général des impôts.

En effet, cet article, dont la compatibilité avec les conventions internationales a été régulièrement et encore récemment confirmée par la

jurisprudence, permet à certaines conditions d'imposer en France les sommes perçues par des personnes domiciliées ou établies hors de France en rémunération de services rendus par une personne domiciliée ou établie en France ou même (de façon plus surprenante) hors de France, lorsque, notamment, la personne qui rend les services contrôle directement ou indirectement celle qui perçoit la rémunération associée à ces services. Typiquement (mais pas seulement), cette disposition permet de taxer en France l'actionnaire personne physique qui rend en France des services au nom d'une société étrangère qui perçoit la rémunération y relative, lorsque l'actionnaire en question contrôle directement ou indirectement cette société étrangère.

L'actionnaire, résident ou non de France, est alors taxé d'office en France dans la cédule des bénéfices non-commerciaux.

PERSPECTIVES

Nous constatons une nette recrudescence des procédures fiscales menées à l'encontre des sociétés étrangères et notamment avec un recours quasi systématique désormais à la procédure de perquisition de l'article L.16 B du Livre des procédures fiscales. Très souvent, ces procédures trouvent leur origine dans de précédents contrôles fiscaux menés à l'encontre de clients français, et faisant apparaître le paiement de factures de prestation de services à des sociétés étrangères (prestation de conseil, de marketing, de publicité, etc.)

Si, lors de ces perquisitions, l'administration met en évidence des preuves évidentes d'une activité non déclarée exercée en France, il convient alors de reconstituer une comptabilité pour l'établissement stable ainsi découvert, en veillant à n'affecter que la seule activité

réellement exercée en France (produit, mais aussi charges).

Si la perquisition n'a apporté à l'administration fiscale aucune preuve justifiant de l'exercice de l'activité en France, elle tentera néanmoins de taxer la société étrangère en considérant que, depuis l'étranger, elle a exercé en France un « cycle commercial complet d'activité », notamment dans le cas où fournisseurs et clients se trouvent en France.

Enfin, nous constatons le recours de plus en plus fréquent à l'article 155 A du Code général des impôts, qui constitue une arme redoutable permettant d'imposer les personnes résidentes à l'étranger à raison des services qu'elles réalisent en France, indépendamment de toute « base » en France.

Contact : Alain Moreau



«ONSHORISATION» DES SOCIÉTÉS FINANCIÈRES PATRIMONIALES: LA SOLUTION DU TRANSFERT DE SIÈGE SOCIAL

Dans un contexte de compliance juridique et fiscale de plus en plus strict, la détention d'actifs financiers patrimoniaux sous couvert de sociétés situées dans certains pays «sensibles» peut s'avérer problématique, alors même que ces avoirs sont régulièrement déclarés aux autorités fiscales. Lorsque ces sociétés ne peuvent être liquidées, notamment pour des raisons de coût fiscal, la seule solution envisageable consiste à procéder à un transfert de siège social de ces structures vers des pays plus

«appropriés». Nous prendrons le cas de la France (1) et de la Suisse (2).

1) TRANSFERT DE SIÈGE SOCIAL D'UNE SOCIÉTÉ OFFSHORE VERS LA FRANCE

En France, être actionnaire d'une société offshore n'est nullement prohibé dès lors que les avoirs détenus via cette structure sont régulièrement déclarés. En revanche, le coût fiscal d'une telle détention peut s'avérer prohibitif compte tenu des dispositions dis-

criminatoires notamment prévues par l'article 123 bis du Code Général des Impôts (imposition d'un revenu théorique, majoration de 125% sur les revenus générés par la structure et distributions taxables sans aucun abattement).

Le transfert de siège social vers la France peut s'avérer être une alternative pour pallier cette lourde taxation récurrente, à la condition que ce transfert s'effectue avec maintien de la personnalité morale de la société. En effet, l'absence de maintien de la personnalité morale entraînerait l'application des conséquences fiscales de la cessation d'entreprise qui peuvent s'avérer dissuasives (taxation d'un éventuel boni de liquidation entre les mains des associés, taxation des plus-values latentes, imposition immédiate des bénéfices).

Le changement de «nationalité» d'une société étrangère consiste à faire acter dans les pays de départ et d'arrivée le changement de siège social.

Pour cela, côté français, une requête doit être adressée au juge commis à la surveillance du Registre du Commerce et des Sociétés sollicitant l'autorisation de procéder à l'enregistrement en France de cette société étrangère.

Cette requête doit être accompagnée d'un certain nombre d'actes et de pièces requis pour une telle inscription au titre desquels figurent





notamment des statuts modifiés et conformes au droit français, un procès-verbal du pays d'origine décidant le transfert et la transformation de la société en l'une des formes de sociétés françaises, un relevé d'identité bancaire au nom de la nouvelle société française, une attestation de non-condamnation et de filiation des dirigeants, etc.

Côté étranger, c'est la législation du pays d'origine qui détermine les démarches à entreprendre et les pièces à fournir.

2) TRANSFERT DE SIÈGE SOCIAL D'UNE SOCIÉTÉ OFFSHORE VERS LA SUISSE

Les conditions de transfert d'une société étrangère en Suisse sont régies, côté suisse, par la Loi fédérale sur le droit international privé

(LDIP), notamment les articles 161 et ss LDIP. Ces dispositions ne traitent pas d'un simple transfert de siège mais des conditions dans lesquelles une société peut changer de statut juridique afin de se soumettre à un nouveau droit, sans qu'une liquidation et une nouvelle création ne soient nécessaires.

Pour ce faire, les trois conditions cumulatives suivantes doivent être réunies :

- Le droit étranger régissant la société admet le principe d'un transfert. Ce droit ne doit néanmoins pas forcément prévoir expressément un tel transfert ; il suffit que ce droit étranger en accepte les conséquences juridiques et en reconnaisse les effets ;

Selon notre expérience, les législations du Panama, des Iles Vierges Britanniques (BVI), du Liechtenstein et du Luxembourg autorisent notamment de tels transferts sans liquidation préalable ;

- Les conditions prévues par le droit étranger ont été satisfaites notamment s'agissant de points de procédure, d'enregistrement, de normes régissant la protection des créanciers, de règlement des impôts, etc. ;
- Enfin, la société transférée doit pouvoir s'adapter à l'une des formes d'organisation du droit suisse. Compte tenu du *numerus clausus* des formes de sociétés en droit suisse, la société étrangère doit correspondre, et

être compatible, avec l'une des formes de sociétés suisses. Est déterminante pour cet examen de compatibilité non pas la dénomination mais la structure interne de la société, notamment les rapports des membres avec la société, la responsabilité pour les dettes (limitée ou illimitée), les pouvoirs de représentation, etc. Dans certains cas, et afin de pouvoir s'adapter à une forme de société du droit suisse, la société étrangère, pour autant que son droit national le permette et ce sans perdre sa personnalité morale et sans liquidation, devra éventuellement procéder à une transformation préalable de sa forme corporative, afin que la migration vers le droit suisse soit possible. Ce processus de transformation préalable pourra éventuellement impliquer plusieurs ordres juridiques successifs pour autant qu'à chaque stade, la personnalité morale de l'entité puisse être préservée.

Les modalités concrètes d'inscription sont détaillées dans l'Ordonnance sur le registre du commerce (ORC) traitant du transfert de siège (article 126 ORC).

La Société devra fournir au Registre du commerce du lieu de son transfert en vue de son inscription, outre les documents usuels relatifs à toute nouvelle inscription de société, les pièces suivantes

directement en lien avec les conditions de transfert :

- a) les documents attestant l'existence légale à l'étranger de l'entité juridique ;
- b) la preuve que le transfert de siège transfrontalier est admis au regard du droit étranger ;
- c) la preuve que l'entité juridique peut s'adapter à une forme juridique du droit suisse ;
- d) la preuve que l'entité juridique a transféré son centre d'affaires en Suisse ;
- e) le rapport d'un expert-réviser agréé attestant que le capital de la société est couvert conformément au droit suisse.

Les pièces en langue étrangère devront faire l'objet d'une traduction certifiée dans une langue nationale (français, allemand, italien). Dans certains cas, et dépendant de la pratique et de l'expérience du Registre du commerce cantonal concerné, certaines pièces standards (certificate of good standing, etc.) pourront être remises directement en langue anglaise.

S'agissant du rapport des réviseurs mentionné sous lit. e), les comptes de la société devront être datés de moins de 12 mois et, s'ils ne sont pas établis en francs suisses, le cours de change devra y figurer.

PERSPECTIVE

En cours ou à l'issue des procédures de régularisation fiscale, une réorganisation en profondeur

des schémas de détention des avoirs régularisés s'impose fréquemment. Quand cela est possible, les structures de détention devenues inappropriées (fondations, trusts et sociétés offshores) sont purement et simplement dissoutes. Lorsque de telles dissolutions ne sont pas possibles et notamment lorsque le coût d'une telle dissolution est financièrement rédhibitoire, le transfert de siège social peut être une solution.

Il s'agit d'une mission technique, qui doit être réalisée en étroite collaboration entre les administrateurs, les avocats du pays d'implantation de la structure d'origine, voire d'ordres juridiques tiers lorsque d'éventuelles transformations successives ont eu lieu, ainsi que les avocats du pays de destination (France ou Suisse). En effet, il est impératif que les actes juridiques de « départ », voire les actes « intermédiaires », et ceux « d'arrivée » soient totalement harmonisés, afin de justifier le maintien de la personnalité morale de la structure dans son nouveau pays d'accueil.

Devenue française ou suisse, la société précédemment « offshore » bénéficie du régime juridique et fiscal de son nouveau pays d'incorporation, et ses associés se trouvent alors imposés de manière non discriminatoire.

Contacts : Alain Moreau et
Jean-Luc Bochatay

LA DETTE HYPOTHÉCAIRE DANS UN CONTEXTE FRANCO-SUISSE : UN PIÈGE FISCAL !

Les personnes physiques domiciliées en France ou en Suisse qui possèdent un bien immobilier dans l'autre Etat sont assujetties de manière limitée aux impôts de cet Etat, notamment l'impôt sur la fortune et l'impôt sur le revenu inhérents à l'immeuble. La France et la Suisse sont liées par une convention fiscale (CDI) ayant pour principal objectif de répartir le droit d'imposer entre

les deux Etats ainsi que d'éviter une double imposition pour les contribuables. Cette convention ne contient aucune règle en matière de répartition des dettes, ni a fortiori des intérêts passifs. Il en résulte des conséquences fiscales particulièrement pénalisantes comme l'illustrent les deux exemples ci-dessous (où, par simplification, nous retiendrons que 1 CHF=1 EUR).

1) DOMICILE EN FRANCE

Monsieur X, résident fiscal français, est propriétaire d'un bien immobilier de rendement sis dans le canton de Vaud, d'une valeur de CHF 3 millions et produisant des revenus bruts de CHF 120'000. Il a financé l'achat de cet immeuble via un prêt hypothécaire de CHF 2 millions, entraînant des intérêts hypothécaires annuels de CHF 60'000. La fortune mondiale de M. X – imposée en France à l'ISF, au taux marginal de 1,5% – s'élève à CHF 6 millions bruts (sans prise en compte de la dette hypothécaire).

S'agissant d'abord de l'impôt sur le revenu :

En France, M. X paiera l'impôt sur l'ensemble de ses revenus (mondiaux) y compris les revenus fonciers liés à son immeuble sis en Suisse. Par application de la CDI, le contribuable pourra imputer de son impôt sur le revenu, la part de l'impôt (théorique) qu'il aurait dû payer en France sur ces revenus fonciers (suisses) calculée comme s'il s'agissait de revenus d'un immeuble situé en France. En ce qui concerne les intérêts hypothécaires, le fisc français les déduira intégralement des revenus fonciers bruts - au motif qu'ils sont « objectivement » rattachés à l'immeuble - pour déterminer l'assiette imposable (à savoir CHF 120'000 – 60'000 = CHF 60'000) et calculer ainsi le montant de l'impôt imputable.





En Suisse, M. X pensera «logiquement» que l'impôt dû sera déterminé en fonction du revenu foncier net, prenant en compte (comme en France) la déductibilité intégrale des intérêts hypothécaires, soit, dans notre exemple, un revenu foncier net de CHF 60'000. Il n'en est rien: l'impôt sera calculé sur une assiette de CHF 90'000 (et non de CHF 60'000) car la pratique des autorités fiscales suisses (validées par le Tribunal fédéral) consiste à ne prendre en compte qu'une partie des intérêts hypothécaires, déterminée en fonction du rapport existant entre la valeur brute de l'immeuble sis en Suisse et la valeur brute du patrimoine mondial du contribuable (CHF 3 millions / CHF 6 millions = 50%; intérêts hypothécaires déductibles = CHF 60'000 x 50% = CHF 30'000).

S'agissant ensuite de l'impôt sur la fortune :

En France, M. X paiera l'ISF sur la somme de EUR 6 millions; il pourra imputer sur son ISF l'impôt sur la fortune payé en Suisse (par application de la CDI).

L'impôt sur la fortune en Suisse (limité à l'immeuble) sera calculé sur une assiette de CHF 2 millions (et non de CHF 1 million), puisque – selon la même logique que celle applicable à la déductibilité des intérêts passifs – la dette hypothécaire de CHF 2 millions ne sera prise en compte qu'à concurrence de 50% (ratio entre la valeur brute de l'immeuble en Suisse et la valeur du patrimoine mondial du contribuable). Certes, l'impôt sur la fortune payé en Suisse pourra

être déduit intégralement de l'ISF dû en France (lequel s'applique à la totalité des actifs du contribuable, y compris son immeuble en Suisse); dans la mesure où – en règle générale – l'ISF dû en France est supérieur à l'impôt sur la fortune en Suisse, la non-déductibilité en Suisse de l'intégralité de la dette hypothécaire ne devrait pas être pénalisante.

2) DOMICILE EN SUISSE

La fortune de Mme Y, domiciliée en Suisse, est constituée de valeurs mobilières pour CHF 2 millions, d'un bien immobilier en Suisse d'une valeur de CHF 4 millions (financé par un prêt hypothécaire de CHF 3 millions, dont les intérêts annuels s'élèvent à CHF 90'000), ainsi que d'une résidence secondaire en France d'une valeur de

EUR 4 millions, qu'elle a omis de déclarer en Suisse.

Mme Y s'est acquittée de l'ISF à raison de sa résidence en France, sur une assiette de EUR 4 millions (aucune déduction n'étant admise par la France en relation avec le prêt hypothécaire, celui-ci étant rattaché à l'immeuble en Suisse). En Suisse, Mme Y a pu déduire (i) de sa fortune imposable la totalité de sa dette hypothécaire (CHF 3 millions) et (ii) de son revenu imposable la totalité des intérêts passifs (CHF 90'000 par an) ; elle a été imposée en conséquence.

Mme Y fait l'objet d'une procédure de rappel d'impôts en Suisse – pour avoir soustrait de sa fortune et de son revenu imposable son bien immobilier français – dont les conséquences sont les suivantes : elle devra payer un supplément d'impôts sur la fortune et sur le revenu pour les 10 dernières années, résultant, d'une part, de l'augmentation des taux d'imposition (tenant compte – pour la fortune – de la valeur vénale de son immeuble en France, et – pour le revenu – de la valeur locative de cet immeuble) et, d'autre part, de l'augmentation de la base imposable au niveau de la fortune et du revenu, dans la mesure où le fisc suisse n'admettra la déductibilité de la dette et des intérêts hypothécaires afférents à son immeuble en Suisse qu'à hauteur de 60% (ratio entre la fortune brute de

Mme Y – hors actif immobilier sis à l'étranger – et la valeur brute de sa fortune globale, soit 6 millions sur 10 millions). Concrètement, Mme Y devra payer un impôt sur la fortune supplémentaire correspondant à la partie non déductible de son prêt hypothécaire, à savoir 40% de CHF 3 millions, soit CHF 1'200'000, et un impôt sur le revenu supplémentaire correspondant aux intérêts passifs non déductibles, à savoir 40% de CHF 90'000.-, soit CHF 36'000 ; et ce sur les 10 dernières années. Au total, le rappel d'impôts portera sur une fortune supplémentaire de CHF 12 millions et sur un revenu supplémentaire de CHF 360'000. Compte tenu des enjeux, il eût été préférable que Mme Y n'omette pas de déclarer son actif immobilier en France ou – à tout le moins – qu'elle régularise spontanément sa situation fiscale (procédure de dénonciation spontanée) de façon à éviter le poids de l'amende fiscale qui, en règle générale, s'élève à 100% de l'impôt éludé.

PERSPECTIVES

La France et la Suisse ont une approche très différente de la répartition des dettes et intérêts hypothécaires dans un contexte international ; la première applique le principe de la répartition objective (déduction de la dette en fonction de la situation de l'actif immobilier qui est grevé) alors que la seconde suit le principe de la répartition proportionnelle (en fonction des actifs bruts localisés). La CDI n'offre aucun secours au contribuable qui – suivant les circonstances – est imposé sur une assiette qui est bien supérieure à la valeur nette de sa fortune ou de ses revenus. Dans ce type de situation, il y a lieu de procéder à un examen attentif des conséquences fiscales inhérentes à la structuration de l'endettement hypothécaire. De plus, pour un contribuable suisse qui a omis de déclarer une résidence secondaire située à l'étranger, une démarche de dénonciation spontanée est d'autant plus recommandée s'il a contracté un emprunt hypothécaire grevant son actif immobilier en Suisse.

*Contacts : Jean-Luc Bochatay et
Alain Moreau*

ARBITRAGE: LE JEU EN VAUT-IL LA CHANDELLE?

La comparaison entre l'arbitrage et la procédure civile a toujours occupé les avocats actifs dans le domaine du contentieux. A Genève, le récent contexte économique et politique est susceptible de favoriser encore davantage le recours à l'arbitrage.

Bien que les statistiques officielles ne soient pas encore publiées pour l'année 2015, il a été observé un ralentissement dans le traitement des affaires par les juridictions étatiques. Ce ralentissement, ouvertement admis par certains magistrats, paraît s'expliquer par un accroissement du nombre d'affaires, un manque de moyen supplémentaire du pouvoir judiciaire et enfin une réorganisation au sein des juridictions civiles de première instance tendant à la suppression des chambres des affaires dites «complexes». Le nombre de dossiers par magistrat paraît dès lors avoir sensiblement augmenté, avec des affaires plus diverses pouvant aller du divorce au litige financier complexe.

Une amélioration des moyens financiers du pouvoir judiciaire est peu probable dans la mesure où le pouvoir législatif paraît s'orienter vers une tendance à la restriction budgétaire.

Ce ralentissement dans le traitement des dossiers devant les juridictions civiles de première instance est tel que certaines affaires, même relativement simples, peuvent prendre deux à trois ans avant qu'un jugement soit rendu, sans

compter un appel devant la Cour de justice.

Ce rallongement dans la durée de traitement des procédures par les juridictions étatiques a pour effet de rendre la voie de l'arbitrage plus attractive, dans la mesure où celle-ci est beaucoup plus rapide. Ainsi, à titre d'exemple, le règlement suisse d'arbitrage international prévoit en son art. 42 que si les parties en conviennent, ou si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 1'000'000, la sentence arbitrale doit être rendue dans un délai de six mois à partir de la date à laquelle le secrétariat a transmis le dossier au Tribunal arbitral, seules des circonstances exceptionnelles pouvant permettre une prolongation de ce délai. Or, une sentence arbitrale ne peut que faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, ce avec des limitations très importantes quant aux griefs qui peuvent être invoqués. Cela signifie que la partie victorieuse à un arbitrage se trouve dans une position plus favorable que la partie victorieuse qui aurait obtenu un arrêt de la Cour de justice suite à un appel.

Il convient également d'ajouter que dans le cadre d'un litige comportant des parties résidentes (ou ayant leur siège) à l'étranger, le système de notification des actes, notamment dans la phase initiale de la procédure, est beaucoup plus efficace et rapide dans le cadre d'une procédure arbitrale.

S'il paraît dès lors établi que la procédure arbitrale est beaucoup plus rapide que la procédure judiciaire ordinaire, qu'en est-il de son coût?

Une analyse comparative des frais fondée sur le règlement genevois fixant les tarifs des frais en matière civile, d'une part, et sur le barème des honoraires de l'arbitre unique et des frais administratifs du règlement suisse d'arbitrage international, d'autre part, indique que les frais de procédure liés à l'arbitrage sont toujours plus élevés que les frais liés aux procédures étatiques.

Cela étant, pour les parties en litige, une résolution rapide dudit litige peut justifier une augmentation des coûts, ce d'autant plus que ceux-ci seront supportés au final par la partie qui succombe.

PERSPECTIVES

Le recours à l'arbitrage nous paraît de plus en plus intéressant pour les parties confrontées à un litige. Cela étant, pour qu'une procédure arbitrale soit efficace, il est recommandé aux parties au contrat de se faire conseiller par des avocats actifs dans le domaine afin de choisir une institution d'arbitrage performante, une procédure adaptée aux besoins des parties et un libellé de la clause contractuelle par laquelle les parties acceptent de recourir à l'arbitrage qui ne prête pas le flanc à la critique.

Contact : Michael Biot

L'ENREGISTREMENT OBLIGATOIRE DU TEMPS DE TRAVAIL

La modification de l'Ordonnance 1 de la loi sur le travail (OLT 1, entrée en vigueur le 01.01.2016) introduit une distinction entre quatre catégories de travailleurs. L'obligation d'enregistrement du temps de travail ainsi que les informations devant être enregistrées varient suivant ces catégories.

L'article 46 de la Loi sur le travail (LTr) fait obligation à l'employeur de tenir à disposition des autorités des registres contenant les informations nécessaires à l'exécution

de la Loi sur le travail (LTr) et des ordonnances y relatives. L'article 73 OLT 1, qui complète l'art. 46 LTr, liste de manière non exhaustive les données devant figurer dans les registres tenus par l'employeur. Parmi celles-ci figurent les données relatives au temps de travail des employés, que l'employeur est tenu d'enregistrer.

Alors même que ces dispositions sont en vigueur depuis de nombreuses années, le SECO ainsi que les offices cantonaux ont constaté

qu'elles n'étaient que rarement appliquées. Une modification de l'OLT 1 a donc été proposée afin de mieux encadrer la situation actuelle mais aussi de permettre des allègements administratifs. Concrètement, l'OLT 1 est augmentée de deux articles (art. 73a et 73b), ce qui permet à présent de classer les employés en quatre catégories :

1. Les dirigeants de l'établissement (CEO, membres de la direction ou équivalents): la LTr ne s'applique



que de manière très limitée à cette catégorie de travailleurs. Les dispositions sur l'enregistrement du temps de travail ne trouvent pas application dans ce cas.

2. Les travailleurs qui (1) disposent d'une grande autonomie dans leur travail et peuvent dans la majorité des cas fixer eux-mêmes leurs horaires de travail, et (2) touchent un salaire annuel brut dépassant 120'000 francs (en principe bonus compris, sauf dans le domaine bancaire), ou la part correspondante en cas de travail à temps partiel: l'art. 73a OLT 1 permet de renoncer à l'enregistrement du temps de travail à deux conditions. La première est la signature par l'employeur d'une convention collective de travail (CCT) qui doit prévoir (a) des mesures particulières pour garantir la protection de la santé et assurer le respect de la durée du repos fixée par la loi et (b) l'obligation pour l'employeur de désigner un service interne chargé des questions relatives à la durée du travail. A titre d'exemple, l'Association patronale des banques en Suisse, l'Association suisse des employés de banque et la Société des employés de commerce ont négocié une convention de ce type. La deuxième condition est la signature par l'employé d'un accord individuel par lequel il renonce à l'enregistrement de la durée du travail. Cet accord peut être révoqué chaque année par l'employé ou l'employeur. Si ces différentes conditions sont remplies, les

registres tenus par l'employeur pourront ne pas contenir les données prévues par l'art. 73 al. 1 let. c à e et h OLT 1. L'employeur devra tenir à disposition de l'administration la CCT, les accords individuels ainsi qu'un registre des travailleurs qui ont renoncé à l'enregistrement de la durée de leur travail (avec indication de leur salaire annuel brut).

3. Les travailleurs qui peuvent déterminer eux-mêmes une part significative de leur horaire de travail: l'art. 73b OLT 1 permet de ne procéder qu'à un enregistrement simplifié du temps de travail. Cette possibilité est cependant soumise à une condition: il faut que l'employeur signe un accord avec les représentants des travailleurs ou, à défaut, avec la majorité des travailleurs d'une entreprise. Si l'entreprise compte moins de 50 employés, l'accord peut être signé individuellement. L'accord doit prévoir (1) à quelles catégories de travailleurs l'enregistrement simplifié de la durée de travail s'applique, (2) des dispositions particulières pour garantir le respect de la durée du travail et du repos, et (3) une procédure paritaire permettant de vérifier le respect de l'accord. Ne devront alors être enregistrés que la durée quotidienne et hebdomadaire du temps de travail ainsi que le début et la fin des plages de travail de nuit ou du dimanche. Il faut préciser que, même si un accord a été conclu, les travailleurs concernés sont libres d'enregistrer

les données prévues par l'art. 73, al. 1, let. c à e OLT 1. L'employeur est tenu de mettre à disposition un instrument approprié à cet effet.

4. Les autres travailleurs: l'employeur est soumis à l'obligation d'enregistrement complet du temps de travail au sens de l'art. 73 OLT 1.

PERSPECTIVES

Vu par de nombreux acteurs du marché comme étant un renforcement législatif rendant l'enregistrement du temps de travail obligatoire, cette modification n'est en réalité qu'un rappel des exigences légales en vigueur depuis de nombreuses années. La nouveauté se situe dans la possibilité de procéder à un enregistrement simplifié ou de renoncer à l'enregistrement. Malgré les contraintes imposées par la loi pour la mise en place de telles possibilités, le système d'enregistrement du temps de travail reste quant à lui relativement libre et dépendra de l'organisation de l'entreprise.

*Contacts : Michael Biot
et Paul Michel*

PROJETS DE LOI SUR LES SERVICES FINANCIERS ET LOI SUR LES ÉTABLISSEMENTS FINANCIERS: VUE D'ENSEMBLE DES PRINCIPALES NOUVEAUTÉS

Le 4 novembre 2015, le Conseil fédéral a adopté son message concernant les projets de loi sur les services financiers (P-LSFin) et de loi sur les établissements financiers (P-LEFin) et les a soumis au Parlement. Les buts principaux de ces projets législatifs sont l'amélioration de la protection des clients des prestataires de services financiers, la création de conditions d'exercice de la profession comparables pour tous les prestataires et le renforcement de la réputation et de la compétitivité de la place financière suisse. Le Conseil fédéral, qui s'est largement inspiré de la réglementation européenne, vise aussi l'accès des prestataires suisses au marché européen.

LOI SUR LES SERVICES FINANCIERS

Le P-LSFin introduit des règles de comportement uniformes pour tous les prestataires de services financiers. Ces règles comprennent des obligations d'information élargies sur les prestataires eux-mêmes, sur les services et instruments financiers qu'ils proposent et sur leur coût. Par ailleurs, elles imposent aux prestataires de se renseigner sur le **profil de leurs clients**. Les prestataires devront, pour les conseils relatifs à des transactions isolées, vérifier le **caractère approprié** des instruments financiers proposés, compte tenu des connaissances et de l'expérience du client (*test du caractère approprié d'une transaction*). Lorsque les prestataires donneront un



conseil en placement tenant compte de l'ensemble du portefeuille d'un client ou lorsqu'ils gèreront le portefeuille de ce dernier, ils devront se renseigner sur sa situation financière et ses objectifs de placement, ainsi que sur ses connaissances et son expérience (*vérification de l'adéquation des services et instruments proposés avec le profil du client*). La loi prévoit à la charge des prestataires une

obligation de documentation et de **reddition de comptes** importante, portant notamment sur les informations collectées auprès des clients, et sur les prestations qui leur ont été fournies. Enfin, le P-LSFin impose aux prestataires l'obligation de respecter le principe d'égalité de traitement lorsqu'ils traitent les ordres des clients et de les exécuter en veillant à obtenir le meilleur résultat possible en termes

de coûts, de rapidité et de qualité, ce qu'ils devront documenter dans des directives internes.

Les clients des prestataires de services financiers seront dorénavant catégorisés en clients privés, clients professionnels et clients institutionnels. Les règles de comportement et les devoirs d'information des prestataires varieront en fonction de la **catégorie de clients** à laquelle ils s'adressent. Les clients pourront toutefois, dans une certaine mesure, demander à être considérés comme appartenant à une autre catégorie offrant un niveau de protection inférieur (*opting-out*) ou supérieur (*opting-in*).

Le P-LSFin exige en outre des prestataires de services financiers qu'ils prennent les mesures organisationnelles nécessaires à assurer le respect des obligations qui leur incombent. Ils veilleront en particulier à mettre en œuvre toutes mesures destinées à éviter les conflits d'intérêts, ce qui implique notamment une **transparence totale** en matière de rémunérations reçues de tiers en lien avec les services financiers fournis (p.ex. les rétrocessions).

Une obligation de formation et de perfectionnement est nouvellement introduite à charge des conseillers à la clientèle, c'est-à-dire des personnes physiques qui fournissent

les services financiers au nom des prestataires ou en leur nom personnel. Les conseillers à la clientèle devront aussi demander leur inscription dans un registre des conseillers qui sera tenu par un organe d'enregistrement agréé par la FINMA.

Le P-LSFin contient enfin des exigences uniformes de **publication de prospectus** pour toutes les valeurs mobilières proposées au public ou négociées sur une plateforme de négociation. Les prospectus devront être soumis à l'approbation d'un organe surveillé par la FINMA. Le régime comporte toutefois des exceptions notables selon le type d'offre et les valeurs



concernées. Les offres d'instruments financiers aux clients privés devront être accompagnées d'une feuille d'information de base mentionnant leurs principales caractéristiques, leurs risques et leur coût, dans un but de comparaison des instruments entre eux.

LOI SUR LES ÉTABLISSEMENTS FINANCIERS

L'objectif du P-LEFin est de régler les conditions d'**autorisation et la surveillance de tous les établissements financiers** dans une même loi. Les gérants de fortunes individuelles (gérants indépendants), les gérants de fortunes collectives d'un montant inférieur à CHF 100 mio et les trustees seront nouvellement assujettis à une surveillance prudentielle. Les banques et les assurances demeureront quant à elles soumises à des lois spéciales.

La loi pose les conditions d'autorisation et celles relatives à l'organisation des établissements financiers. Elle prévoit un mode de surveillance et d'audit différencié pour les acteurs nouvellement assujettis, qui seront soumis à un organisme de surveillance indépendant à créer, lui-même assujetti à la surveillance de la FINMA. Cette dernière continuera à surveiller les gestionnaires de fortunes collectives (y compris ceux qui gèrent les actifs d'institutions de prévoyance), les directions de fonds et les maisons de titres, notion correspondant actuellement à celle de négociants en valeurs mobilières.

Les exigences organisationnelles dépendront du type d'autorisation recherchée. Le P-LEFin prévoit un système d'autorisation dit «en cascade». Ainsi, la forme d'autorisation la plus complète inclura en principe les formes d'autorisation lui étant inférieures. A titre d'exemple, l'autorisation d'opérer en tant que maison de titres comportera celle d'opérer en tant que gestionnaire de fortunes collectives, de gestionnaire de fortunes individuelles ou de trustee. Les autorisations les plus légères sont quant à elles prévues pour les gérants de fortunes individuelles et les trustees.

En dernier lieu, une clause de droit acquis dispensera les gérants de fortunes individuelles de demander une autorisation dans la mesure où ils auront exercé leur activité pendant au moins quinze ans et se limitent à servir leurs clients existants.

Signalons enfin que le P-LEFin sanctionne par des dispositions pénales l'infraction de violation du **secret professionnel**, ce qui en pratique étend le «secret bancaire» aux gestionnaires de fortunes individuelles et aux trustees qui n'y étaient jusqu'à présent pas directement soumis.

PERSPECTIVES

Les P-LEFin et P-LSFin introduisent des changements particulièrement importants pour les acteurs nouvellement assujettis à

une surveillance prudentielle, soit les gérants de fortunes individuelles (gérants indépendants), les gestionnaires de fonds gérant moins de CHF 100 mio de fortunes collectives et les trustees. Les exigences concrètes liées à ce changement d'environnement réglementaire détermineront l'impact sur les coûts opérationnels des futurs assujettis. Il est dès lors possible que les rapprochements d'établissements financiers, que les observateurs annoncent depuis des années, voient finalement le jour à l'occasion de l'entrée en vigueur de ces textes.

Les P-LSFin et P-LEFin ont pour toile de fond l'objectif de l'accès au marché européen. L'adoption de lois nationales sans volonté politique ne permettra toutefois pas un tel accès et les détracteurs de ces projets législatifs n'en voient ni l'urgence, ni la pertinence. La procédure de consultation a toutefois abouti à des modifications substantielles, au bénéfice de l'industrie financière.

Ces projets, et les discussions y relatives, sont inscrits à l'agenda parlementaire pour la session d'automne 2016. Leur entrée en vigueur est attendue fin 2017 ou début 2018. Il est recommandé aux prestataires de services financiers de les intégrer d'ores et déjà dans leurs réflexions stratégiques.

*Contacts : Frédérique Bensahel
et Pierre-Olivier Etique*



FBT Avocats SA
Genève | Paris

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

37-39 rue de la Bienfaisance
F-75008 Paris
T. +33 1 45 61 18 00
F. +33 1 45 61 73 99