



FBT

A V O C A T S

FBT NEWSLEX

N° 13 - FÉVRIER 2017

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** Echange automatique de renseignements : les risques de dommages collatéraux
- P04** Blocage des actifs des clients par les banques en garantie des « clawbacks » aux Etats-Unis – évolution de la jurisprudence
- P06** L'imposition de l'abandon de créance
- P08** Révision de la Circulaire FINMA 2011/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA »
- P09** Nouvelle Circulaire FINMA 2017/6 « Transmission directe »
- P10** Révision partielle de l'Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire
- P12** Les nouvelles dispositions pénales incriminant la corruption dans le secteur privé
- P14** Loi sur les services financiers et loi sur les établissements financiers : l'Arlésienne

ÉCHANGE AUTOMATIQUE DE RENSEIGNEMENTS: LES RISQUES DE DOMMAGES COLLATÉRAUX

En 2017, l'échange automatique de renseignements (EAR) va entrer dans sa phase opérationnelle. Les Etats récipiendaires sont d'ailleurs en train de s'organiser afin de traiter le plus efficacement possible la masse considérable de données appelée à être reçue. Et même si les renseignements communiqués portent sur des avoirs fiscalement déclarés, et donc par définition déjà connus de l'administration fiscale, il n'en demeure pas moins que les contribuables visés par ces échanges pourraient être amenés à entrer dans des discussions / justi-

fications complexes et risquées avec leurs fiscs respectifs.

Les informations transmises par les institutions financières dans le cadre de l'échange automatique de renseignements portent principalement sur :

- les données relatives à la personne soumise à déclaration (nom, adresse, Etat de résidence, numéro fiscal, date de naissance, etc.);
- les données relatives aux comptes soumis à déclarations (numéro de compte, nom et

adresse de l'institution financière);

- les données financières desdits comptes, à savoir :
 - La valeur totale des avoirs au 31 décembre ;
 - Le montant total annuel des crédits impactant les comptes (dividendes, intérêts, autres revenus, etc.).

Cependant, les valeurs et les revenus appelés à être communiqués **ne seront pas individualisés, et ne feront pas l'objet d'une répartition ou d'une allocation dédiée,**





notamment en cas de détention commune des actifs. Il en sera ainsi que les avoirs soient détenus «en direct», ou sous couvert d'entités passives (sociétés, fondations ou trusts).

Cette «globalisation» des renseignements transmis automatiquement est donc susceptible de générer une multiplication de situation «à risques» pour les contribuables, notamment dans les cas suivants :

- Détention d'avoirs financiers démembrés (usufruit/nue-propriété) ou indivis ;
- Détention d'avoirs financiers en co-titularité, entre résidents de pays différents (couples mixtes, enfants majeurs, héritiers, associés ou bénéficiaires de structures patrimoniales).

L'absence d'individualisation nécessitera de justifier à l'administration fiscale, *a posteriori*, les quote-parts respectives de chaque contribuable, leur origine et les options de taxation retenue.

Les risques sont dès lors importants de voir l'administration fis-

cale contester les répartitions et les choix fiscaux opérés.

On ne peut pas non plus exclure que les informations transmises viendront alimenter des demandes de justifications et d'éclaircissements de l'administration fiscale destinées à :

- Recouper des données domestiques en matière de financement du train de vie ;
- Contester des modalités de taxation retenues. Ainsi, en matière de cession de produits obligataires, l'option retenue entre «plus-value» ou «intérêts» pourrait faire l'objet de débats alimentés par les informations reçues dans la cadre de l'EAR (option retenue dans le cadre de l'EAR arbitrant le choix fiscal dans un sens contraire à celui retenu par le contribuable) ;
- Contester la déductibilité au titre de l'impôt sur la fortune français de la trésorerie des sociétés étrangères, au motif qu'elle serait excédentaire, toujours sur la base des informations reçues dans la cadre de l'EAR.

PERSPECTIVES

L'échange automatique de renseignements ne constituera pas une simple formalité administrative de transfert d'information, mais engendrera, à notre sens, un véritable «raz de marée», eu égard à l'intensité du flux d'information en circulation. Cette masse considérable d'informations financières, souvent brute, indistincte, voire partielle, sera pourtant nécessairement utilisée par les administrations fiscales afin de cibler les contribuables à fort potentiel. Cela ressort d'ailleurs clairement du dernier rapport du comité français de lutte contre la fraude fiscale, publié le 14 septembre 2016, lequel indique que «l'objectif est d'exploiter pleinement les données issues de l'échange automatique d'informations». Un décret du 5 décembre 2016, complété d'un arrêté du 9 décembre 2016, viennent d'ailleurs préciser de manière très détaillée les règles et procédures que la France entend mettre en œuvre dans le cadre de ces échanges.

Afin d'éviter toute situation «à risques», il est donc fortement conseillé de procéder dès à présent à un audit patrimonial, aux fins de simplification et d'individualisation des schémas de détention d'actifs étrangers.

Contacts : Jean-Luc Bochatay
et Alain Moreau

BLOCAGE DES ACTIFS DES CLIENTS PAR LES BANQUES EN GARANTIE DES «CLAWBACKS» AUX ETATS-UNIS – ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE

Depuis la découverte de la fraude de Bernard Madoff en décembre 2008, les liquidateurs de la société de ce dernier (Bernard L. Madoff Investment Securities) et des fonds nourriciers qui lui étaient liés (feeder funds) ont entamé une vaste campagne de recouvrement par le biais d'actions révocatoires de droit américain (clawback). Les liquidateurs remettent en cause les opérations de vente de parts des fonds (redemptions) effectuées par les banques pour le compte de leurs clients dans les six années précédant la faillite de ces entités. De nombreuses banques suisses

sont ainsi menacées aux Etats-Unis par ces prétentions révocatoires. En garantie de potentielles condamnations, ces banques ont pris le parti de bloquer les actifs des clients qui ont bénéficié de redemptions sur la période à risque.

Dans un arrêt du 1er avril 2016, le Tribunal fédéral (TF) a admis le bien-fondé du blocage des actifs d'un client par une banque, considérant que la créance de cette dernière en libération des prétentions dont elle fait l'objet à New York était suffisamment prévisible pour être cou-

verte par les termes du contrat de gage (ATF 4A_540/2015; voir notre Newslex d'octobre 2016).

Cette décision semblait avoir mis fin à la longue période d'incertitude qui régnait en la matière. Mais, contre toute attente, se penchant sur la même question dans une autre affaire, le TF a cette fois, dans un arrêt du 3 octobre 2016, considéré que les créances en libération dont se prévalait la banque en question contre son client n'étaient pas couvertes par le contrat de gage dans la mesure où elles n'étaient pas suffisamment prévisibles par le débiteur



au moment de la conclusion du contrat de gage (ATF 4A_81/2016).

Dans ce second arrêt, sans mentionner l'affaire tranchée le 1er avril 2016, le TF semble adopter la position inverse consistant à exclure le droit de gage en raison du caractère imprévisible de la créance de la banque en libération des obligations qui risquaient de lui être imposées en raison des actions révocatoires.

En l'absence de mise à néant expresse de la jurisprudence d'avril dans l'arrêt d'octobre, nous considérons que ces deux décisions peuvent coexister.

La clef de leur compatibilité semble résider dans l'interprétation de la volonté des parties qu'opère le TF dans chacun des cas d'espèce. On soulignera d'emblée que, dans l'arrêt du 1er avril 2016, il a retenu que les parties s'étaient «*accordées sur le fait que le client assumait entièrement les profits et les risques de l'investissement dans le fonds*» (ATF 4A_540/2015, consid. 3.3.3). Un tel constat fait défaut dans celui du 3 octobre 2016.

Dans les deux affaires, le TF se réfère spécifiquement à la volonté des parties au moment de se prononcer sur l'étendue du droit de gage. Ainsi, dans l'arrêt du mois d'avril, c'est après avoir relevé les éléments pertinents pour déterminer la volonté du client (ressortant notamment des documents contractuels

que ce dernier avait signés), que le TF parvient à la conclusion selon laquelle la créance de la banque est couverte par son droit de gage.

Dans celui d'octobre, notre Haute Cour retient, certes, que la créance invoquée par la banque n'était pas prévisible au moment de la conclusion du contrat et qu'elle n'est donc pas couverte par le droit de gage. Elle n'exclut toutefois pas que la volonté des parties aurait pu conduire à un résultat différent: «*ni la volonté réelle et commune, ni la volonté objective, ni même une volonté hypothétique des parties à cet égard ne peuvent être envisagées pour justifier une telle extension du droit de gage*» (ATF 4A_81/2016, consid. 2.4.2).

PERSPECTIVES

La question centrale semble donc bien être celle de savoir si les parties ont voulu, ou non, étendre le droit de gage de la banque aux créances futures éventuelles découlant d'une action révocatoire d'un tiers ou d'une autre action à la suite d'une fraude. Les documents contractuels et autres déclarations des parties s'avèrent décisifs à cet égard. Il appartiendra en fin de compte au TF de le confirmer, ou alors d'expliquer sur quelle autre base ses arrêts d'avril et d'octobre 2016 sont conciliables, en espérant, pour la sécurité juridique des banques et de leurs clients, que ces deux décisions le soient réellement.

Contacts : Serge Fasel
et Alexis Dubois-Ferrière



L'IMPOSITION DE L'ABANDON DE CRÉANCE

En application de l'art. 16 al. 1 de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), l'abandon de créance consenti par une banque en faveur de son débiteur privé constitue un revenu imposable de celui-ci.

Dans un arrêt du 17 mars 2016, publié aux ATF 142 II 197, le Tribunal fédéral (TF) s'est penché sur la question de savoir comment doit être traité fiscalement l'abandon de créance dont a bénéficié le client d'une banque.

Selon l'état de fait retenu par les juges fédéraux, les époux X ont acheté, en copropriété par moitié, le capital-actions d'une société immobilière en 1986. Cette société était propriétaire d'une villa dans

laquelle le couple a vécu avec ses trois enfants. La villa était largement financée par un prêt hypothécaire. En 1996, la banque a dénoncé le prêt et a engagé des poursuites. Par la suite, Monsieur X décéda. En 2001, Madame X trouva un arrangement avec ses créanciers. Cet accord prévoyait notamment un abandon de créance de CHF 1'000'000.- par la banque ayant accordé le prêt hypothécaire.

Les autorités fiscales cantonales ayant taxé auprès de Madame X ce montant de CHF 1'000'000.- comme un revenu réalisé, cette dernière a recouru contre cette décision jusqu'au TF.

Le TF se réfère tout d'abord à l'art. 16 al. 1 LIFD selon lequel «l'impôt

sur le revenu a pour objet tous les revenus du contribuable, qu'ils soient uniques ou périodiques». Il rappelle ensuite sa jurisprudence selon laquelle l'abandon de créance bancaire en faveur d'un client débiteur est fiscalement considéré comme un revenu pour ce dernier et non comme un don. Ainsi, deux cas de figures sont envisageables: si la dette est de nature commerciale, la remise est traitée en tant que revenu provenant d'une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 18 LIFD; en revanche, si la dette remise est de nature privée, il s'agit d'un revenu imposable en vertu de l'art. 16 al. 1 LIFD.

En l'espèce, notre Haute Cour constate que l'abandon de créance



consenti par la banque a entraîné la diminution de la dette de Madame X vis-à-vis de la banque, ceci sans contre-prestation. Il s'agit ainsi d'un élément du revenu qui tombe sous le coup de l'art. 16 al. 1 LIFD.

Madame X conteste ce raisonnement. Elle considère que, compte tenu de sa situation financière difficile, la créance litigieuse devait être considérée comme étant sans valeur et que, partant, son abandon ne pouvait constituer un revenu. La recourante déduit d'un précédent arrêt du TF de 2010, dans lequel la remise d'une dette commerciale est imposée à sa valeur nominale, que la remise d'une dette privée devrait être imposée selon la «*valeur résiduelle de la créance à l'aune de la solvabilité du débiteur*».

Ce raisonnement ne convainc pas les juges fédéraux qui se bornent à considérer que la recourante s'est enrichie à hauteur du montant de l'abandon de créance (théorie dite de l'accroissement net du patrimoine). Ils estiment que la recourante fait une interprétation erronée de la jurisprudence précitée de 2010 qui ne se rapporte qu'à la situation dans laquelle le contribuable a contracté une dette commerciale.

Dans un autre argument, la recourante se prévaut d'une seconde jurisprudence de 2008 dans laquelle le TF aurait, selon elle, retenu que l'abandon de créance dépourvue de valeur («non-valeur») ne constituerait pas un

revenu pour le débiteur. Ainsi, le principe de la capacité contributive (art. 127 al. 2 Cst.) commanderait de ne pas imposer l'abandon d'une telle créance.

Le TF relève que, dans l'arrêt en question, il n'avait pas examiné la question de savoir s'il ne fallait pas imposer la totalité de la valeur nominale de la créance abandonnée, ceci sans tenir compte de la solvabilité du débiteur, puisque le recourant ne remettait pas en cause le montant du revenu pris en compte au titre de l'impôt.

Si le TF admet que, de façon générale, la valeur d'une créance se définit du point de vue du créancier et non du débiteur, il estime toutefois que la question de savoir si l'abandon de créance accroît ou non la capacité économique du débiteur ne dépend pas de la solvabilité de ce dernier.

En outre, notre Haute Cour exclut également que l'abandon de créance soit traité comme un gain un capital exonéré fiscalement au sens de l'art. 16 al. 3 LIFD.

Enfin, l'argument de la recourante selon lequel cette imposition violerait le principe de l'imposition selon la capacité contributive (art. 127 al. 2 Cst.) est balayé par les Juges fédéraux. Ceux-ci reconnaissent certes que bien que l'abandon de créance augmente la capacité économique du débiteur, il n'accroît en revanche pas simultanément

les liquidités dont dispose ce dernier. Toutefois, ils précisent que l'art. 167 LIFD permet au contribuable, dans une telle constellation notamment, de demander une remise totale ou partielle des impôts normalement dus.

PERSPECTIVES

Si cet arrêt n'est en réalité qu'une confirmation de la jurisprudence du TF, il a le mérite de répondre à certains arguments allant contre la fiscalisation de l'abandon de créance comme un revenu du débiteur. Dans son résultat, il est malheureux de constater que cette jurisprudence a pour conséquence de décourager le créancier de recourir à l'abandon de créance qui se veut être une mesure d'assainissement en faveur du débiteur. Dans la mesure toutefois où l'abandon de créance est imposé fiscalement comme un revenu, force est de constater qu'en pratique, le débiteur insolvable ne fait que changer de créancier. En effet, celui qui était auparavant débiteur d'une banque devient ensuite redevable du fisc suite à l'abandon de créance. Cependant, le TF constate à juste titre qu'afin d'éviter les conséquences trop rigoureuses pour des contribuables indigents devant faire face à la charge fiscale issue de l'abandon de créance, la loi prévoit la possibilité de demander une remise d'impôts.

Contacts : Michel Abt
et Gilles Dubuis

RÉVISION DE LA CIRCULAIRE FINMA 2011/1 « ACTIVITÉ D'INTERMÉDIAIRE FINANCIER AU SENS DE LA LBA »

A la suite de l'entrée en vigueur le 1er janvier 2016 de la nouvelle Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) – intégrant l'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF), abrogée depuis –, la FINMA a révisé sa Circulaire 2011/1 sur l'activité d'intermédiaire financier au sens de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA) (Circulaire FINMA 2011/1). Si les modifications sont essentiellement d'ordre rédactionnel, la FINMA a profité de l'exercice pour apporter des compléments bienvenus sur le champ d'application territorial de la réglementation suisse en matière de blanchiment d'argent pour ce qui concerne les intermédiaires financiers au sens de l'article 2 al. 3 LBA et les activités de négoce.

La LBA comporte des dispositions sur son champ d'application personnel mais n'en comporte pas sur son champ d'application territorial. Celui-ci ressort toutefois de l'article 2 al. 1 OBA selon lequel la réglementation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent s'applique aux activités d'intermédiation financière déployées « en Suisse ou depuis la Suisse ». Ces derniers termes sont quant à eux définis dans la Circulaire FINMA 2011/1.

La Circulaire FINMA 2011/1 précise qu'un intermédiaire financier exerce son activité en Suisse ou depuis la Suisse si a) son siège est en Suisse), b) il est inscrit au Registre du commerce en Suisse

(succursale de droit) ou c) emploie en Suisse des personnes qui exécutent ou concluent durablement des affaires d'intermédiaire financier en Suisse ou depuis la Suisse (succursale de fait). En soi, si le champ d'application territorial de la LBA n'a pas changé, la Circulaire FINMA 2011/1 améliore toutefois la compréhension des termes « en Suisse ou depuis la Suisse » en apportant quelques exemples. Ainsi, la distribution de cartes à prépaiement étrangères auprès de points de vente en Suisse, l'utilisation d'un réseau d'agents en Suisse pour le versement ou la réception de fonds ou encore la conclusion de prêts en Suisse pour une société étrangère constituent des activités d'intermédiation financière assujetties à la LBA. En revanche, n'entrent pas dans le champ d'application de la loi, le gérant de fortune autorisé à l'étranger au bénéfice d'une procuration sur un compte bancaire en

Suisse ou qui se rend temporairement en Suisse pour rencontrer ses clients, le négociant en billets de banque actif et autorisé à l'étranger, qui livre des billets à un client en Suisse, ou encore l'intermédiaire financier étranger qui propose ses services exclusivement sur internet.

PERSPECTIVES

L'étendue du champ d'application territorial de la réglementation sur la lutte contre le blanchiment d'argent a toujours constitué une question délicate. Les modifications de la Circulaire 2011/1 améliorent ainsi la sécurité juridique, les précisions apportées par la FINMA, de même que les exemples, permettant de déterminer avec plus de certitude si une activité est assujettie à la réglementation suisse.

*Contacts : Frédérique Bensahel
et Véronique Chatelain Gomez*



NOUVELLE CIRCULAIRE FINMA 2017/6 « TRANSMISSION DIRECTE »

L'article 42c LFINMA, entré en vigueur le 1er janvier 2016, permet aux assujettis de collaborer et de transmettre directement, aux autorités de surveillance des marchés financiers dont ils dépendent ou à d'autres services étrangers, des informations non accessibles au public ou liées à des opérations qui ne sont pas publiques et qui se rapportent à des opérations réalisées par des clients ou des assujettis. L'assujetti doit toutefois effectuer, selon les circonstances ou le type d'information à transmettre, une déclaration préalable à la FINMA, laquelle peut néanmoins réserver la voie de l'assistance administrative.

Afin de garantir une application uniforme de cette norme et réduire autant que faire se peut les risques associés à sa mise en œuvre, notamment les risques liés au type d'information dont la transmission à l'étranger est autorisée, la FINMA a concrétisé dans sa nouvelle Circulaire 2017/6 « Transmission directe » (Circulaire FINMA 2017/6) les conditions d'une telle communication transfrontalière directe, proposant un guide d'interprétation. Les quatre schémas de transmission envisagés font l'objet de développements de la FINMA, chaque élément étant explicité.

La Circulaire 2017/6 précise que l'article 42c LFINMA ne s'applique qu'aux transmissions transfrontalières directes d'informations par des assujettis à la FINMA. Les

transmissions peuvent avoir lieu à l'initiative des assujettis ou sur demande des autorités de surveillance étrangère. Il peut s'agir d'informations communiquées sous format papier, électronique, oral ou téléphonique à des autorités étrangères de surveillance dont l'assujetti doit s'assurer (notamment en consultant une liste publiée par la FINMA à cet effet) qu'elles respectent le principe de confidentialité et de spécialité.

Les informations ne doivent en aucun cas être transmises à des autorités chargées exclusivement d'affaires pénales ou fiscales.

Un des risques importants relatifs à cette norme réside dans le type d'information que l'assujetti peut communiquer directement à l'étranger. En effet, une transmission non autorisée d'informations découlant d'une interprétation trop large de l'article 42c LFINMA pourrait constituer une violation de l'article 271 du Code pénal. L'Autorité de surveillance ne définit pas ce que sont les informations non accessibles au public. A moins qu'il ne s'agisse d'informations en lien avec une opération financière, l'assujetti doit d'abord s'assurer que l'information requise ou la transmission de cette information ne constitue pas un fait important au sens de l'article 29 al. 2 LFINMA. Dans l'affirmative, les informations feront l'objet d'une annonce préalable à la FINMA à laquelle cette

dernière devra en principe répondre dans un délai de 5 jours si elle entend réserver la voie de l'assistance administrative. La FINMA a fourni une liste d'exemples et de contre-exemples pour illustrer les cas où la transmission d'informations doit être précédée d'une annonce.

PERSPECTIVES

La publication de la Circulaire 2017/6 devrait réduire les risques d'une interprétation trop large des conditions d'une transmission directe d'informations, notamment les risques pénaux. Les assujettis doivent dorénavant rédiger leurs directives relatives aux procédures internes pour les transmissions directes, conformément au chiffre marginal 80 de la Circulaire 2017/6, ajouté suite à la procédure d'audition. Il convient en particulier d'y mentionner le type d'information pouvant être transmis, après ou sans annonce préalable à la FINMA, ainsi que les autorités étrangères auxquelles l'information peut être communiquée. La mise en œuvre de telles directives doit intervenir au plus tard au 30 juin 2017. La FINMA a d'ores et déjà indiqué qu'elle examinerait dans un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la Circulaire la question de savoir si cette dernière devra être révisée, pour tenir compte de sa pratique.

Contacts : Frédérique Bensahel
et Véronique Chatelain Gomez

RÉVISION PARTIELLE DE L'ORDONNANCE DE LA FINMA SUR L'INSOLVABILITÉ BANCAIRE

La FINMA a clôturé le 8 novembre 2016 la période d'audition du projet de révision partielle de son Ordonnance sur l'insolvabilité bancaire («OIB-FINMA»). Les nouvelles dispositions, précisant quels sont les contrats qui doivent inclure une clause de reconnaissance d'un ajournement de la résiliation des contrats prononcé par la FINMA, doivent entrer en vigueur le 1er mars 2017 (art. 56 et art. 61a OIB-FINMA).

Un ajournement vise à permettre à la FINMA d'imposer des mesures aux établissements soumis à un risque d'insolvabilité sans faire

naître pour leurs contreparties un droit de résiliation des contrats existants.

Introduit en 2012 dans l'OIB-FINMA pour les seuls contrats financiers, cet outil figure depuis le 1er janvier 2016 à l'art. 30a LB et s'étend désormais à tous types de contrats, ainsi qu'à l'exercice de certains droits (compensation, réalisation de garanties et transfert de créances, d'engagements et de garanties).

Afin de garantir son respect, l'art. 12 al. 2bis OB impose aux établissements suisses et aux entités du

même groupe d'introduire une clause de reconnaissance de tout ajournement prononcé par la FINMA lors de la signature de nouveaux contrats ou de la modification de contrats existants soumis à un droit et/ou à un for étranger.

S'inspirant de juridictions étrangères, le projet de révision de l'OIB-FINMA limite l'application de cet article aux contrats de droit étranger dont le maintien est essentiel pour la banque à assainir. Il s'agit de contrats usuels des marchés financiers portant notamment sur l'achat et la vente de sous-jacents déterminés.





Des exceptions à l'obligation introduite par l'art. 12 al. 2bis OB sont en outre prévues à l'art. 56 al. 2 OIB-FINMA : elles visent notamment les contrats conclus avec des entités du groupe qui ne sont pas actives dans le domaine financier, ceux qui ne font pas de lien entre la résiliation et le prononcé d'une mesure par la FINMA ou encore ceux qui sont compensés au moyen d'un système de négociation.

Le projet prévoit enfin un délai transitoire de trois mois dès l'entrée en vigueur de l'OIB-FINMA révisée pour les contrats conclus avec des banques et des négociants en valeurs mobilières et de six mois pour les autres contrats.

Afin de faciliter l'adaptation de leurs contrats, les contreparties soumises au « Resolution Stay Protocol » de l'ISDA pourront adhérer à un « Swiss module » qui doit être élaboré par cette association sur la base des nouvelles dispositions de l'OIB-FINMA.

PERSPECTIVES

Le résultat de la procédure d'audition du projet OIB-FINMA a permis de mettre en évidence le souhait des acteurs concernés de réduire la liste des contrats à adapter, en excluant par exemple ceux qui ne comportent pas un risque matériel pour l'établissement. Les délais transitoires pourraient quant à eux être prolongés, notam-

ment en vue de l'élaboration du « Swiss module ». La FINMA n'a toutefois pas précisé comment il convient de traiter les contrats de droit étranger que l'OIB-FINMA prévoit de soustraire à l'obligation de l'art. 12 al. 2bis OB, applicable depuis le 1er janvier 2016, jusqu'à l'entrée en vigueur de cette Ordonnance, prévue pour le 1er mars 2017. Par précaution, les banques et les négociants en valeurs mobilières seraient avisés d'inclure une clause de reconnaissance dans les contrats qu'ils pourraient conclure ou modifier avant le 1er mars 2017.

Contacts : Pierre-Olivier Etique
et Jean-Marie Kiener

LES NOUVELLES DISPOSITIONS PÉNALES INCRIMINANT LA CORRUPTION DANS LE SECTEUR PRIVÉ

Une modification du Code pénal (CP), entrée en vigueur le 01.07.2016, étend la lutte contre la corruption au secteur privé (art. 322octies et 322novies CP). La poursuite de cette infraction se fait d'office (cas de peu de gravité exceptés) et est passible d'une peine privative de liberté de 3 ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Auparavant, la corruption privée était réprimée par la loi contre la concurrence déloyale (LCD). La poursuite de cette infraction nécessitait que la corruption ait un lien avec la concurrence déloyale et était poursuivie sur plainte. Néanmoins, ces dispositions se sont avérées peu efficaces et sont restées quasiment lettres mortes.

Désormais, cette infraction est prévue aux articles 322octies et 322novies CP. L'infraction pénale figurant dans le CP a une valeur plus symbolique. De plus, elle n'exige plus de lien avec la concurrence économique. La corruption privée, prévue aux art. 322octies et 322novies, est désormais poursuivie d'office, sauf dans les cas de peu de gravité. Le CP sanctionne pénalement deux comportements :

ART. 322OCTIES CP, CORRUPTION ACTIVE

Le fait d'offrir, promettre ou octroyer un avantage indu de façon à inciter un employé, un associé, un mandataire ou un autre auxiliaire d'autrui pour l'exécution ou l'omission d'un acte dans le cadre



de ses activités professionnelles ou commerciales contrairement à ses devoirs ou qui dépend de son pouvoir d'appréciation.

ART. 322NOVIES CP, CORRUPTION PASSIVE

Le fait, en tant qu'employé, associé, mandataire ou auxiliaire d'autrui de solliciter, se faire promettre ou accepter un tel avantage indu en sa faveur ou celle d'un tiers, pour l'exécution ou l'omission d'un acte dans le cadre de ses activités professionnelles ou commerciales et qui est en violation de ses devoirs ou dépend de son pouvoir d'appréciation.

Sont toutefois exclus du champ d'application de ces normes pénales: les avantages autorisés par le règlement de service ou convenus par contrat, ainsi que les avantages de faible importance qui sont conformes aux usages sociaux (art. 322decies CP).

Cette modification vient renforcer et faciliter la poursuite des infractions de corruption. Elle intervient à la suite des scandales de corruption notamment dans le domaine sportif (par exemple, l'affaire de la FIFA). La portée de ces dispositions dépasse ce milieu et s'étend à la profession d'avocat, de gérant de fortune, de politicien, etc.

Une responsabilité de l'entreprise est aussi à prendre en compte. Celle-ci est en effet prévue à l'art. 102 al. 2 CP et est limitée à la cor-



ruption active, soit le cas où le corrupteur a agi au sein de l'entreprise. Il sera alors reproché à celle-ci de ne pas avoir pris les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires afin d'empêcher la réalisation d'une telle infraction. Dans ce cas, l'entreprise s'expose à une amende de 5 millions de francs au plus, ainsi qu'à la confiscation des gains découlant de l'infraction (art. 70 CP).

PERSPECTIVES

Ces dispositions viennent renforcer la lutte anti-corruption et devraient augmenter le nombre de procé-

dures ces prochaines années. La corruption privée reste cependant un acte de concurrence déloyale ouvrant les actions civiles prévues par la LCD. En effet, l'art. 4a LCD reste inchangé mais se trouve toutefois biffé de la liste des infractions de l'art. 23 LCD. Suivant son activité, une personne pourrait être poursuivie tant au pénal qu'au civil. Il sied finalement de relever que l'exigence du contexte de l'activité professionnelle ou commerciale exclut la vie privée.

Contacts: Michael Biot
et Olivia de Weck

LOI SUR LES SERVICES FINANCIERS ET LOI SUR LES ÉTABLISSEMENTS FINANCIERS: L'ARLÉSIENNE

Les projets de loi sur les services financiers (P-LSFin) et de loi sur les établissements financiers (P-LEFin) soumis par le Conseil fédéral le 4 novembre 2015 au Parlement ont fait l'objet d'un examen très approfondi par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats, première commission à se saisir des textes. Les projets ont été revus article par article et modifiés de manière substantielle lors des séances des 14 octobre et 3 novembre 2016. Le Conseil des Etats a adopté les textes lors de sa séance du 14 décembre dernier dans une teneur qui n'est pas connue à ce jour.

La Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (ci-après la «Commission») a apporté plusieurs modifications fondamentales au projet du Conseil fédéral. Elle a pris au préalable deux décisions de principe: exclure les assureurs du champ d'application du P-LSFin et se prononcer en faveur de la création d'un (ou de plusieurs) organisme(s) de surveillance soumis à l'autorisation et à la surveillance de la FINMA et à qui sera (seront) délégué(s) la surveillance des gestionnaires de fortune et des trustees.

La Commission a par ailleurs adopté une proposition visant à créer une catégorie de licence bancaire allégée pour les entreprises FinTech, afin de leur permettre un accès facilité au marché.



L'un des buts principaux du P-LSFin, à savoir **faciliter l'exercice de prétentions de droit civil pour les clients des prestataires financiers, a été supprimé** à l'article 1 al. 2 du projet. Une minorité des membres de la Commission avait néanmoins souhaité inclure une disposition mettant à la charge des prestataires de services financiers le fardeau de la preuve du respect de leurs obligations d'information et d'explication au client, ce dernier étant réputé ne pas avoir effectué les transactions en cas de non-respect de cette obligation (projet d'article 76a P-LSFin).

Cette inversion du fardeau de la preuve, combattu par une majorité des membres de la Commission, n'a toutefois pas été retenue.

La disposition sur les **rétrocessions perçues par les prestataires de services financiers** prévue dans le P-LSFin a été complétée: les prestataires de services financiers doivent non seulement informer leurs clients du type et de l'ampleur des rétrocessions à recevoir, mais également obtenir de leur part la renonciation expresse aux rétrocessions (article 28 P-LSFin). Une telle renonciation, déjà prévue en

droit civil, ne constitue toutefois pas une réelle nouveauté au cadre juridique des rétrocessions.

La Commission a enfin **modifié les définitions de «gestionnaire de fortune» et «trustee»**. Agit désormais en qualité de gestionnaire de fortune celui qui peut disposer à titre professionnel, sur la base d'un mandat, au nom et pour le compte de clients, de leurs valeurs patrimoniales (qui ne sont par ailleurs plus définies dans le P-LSFin) (article 16 al. 1 P-LEFin). Agit en revanche en qualité de trustee celui qui administre ou dispose à titre professionnel d'un patrimoine distinct en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé sur la base de l'acte constitutif d'un trust au sens de la Convention de la Haye sur les trusts, la référence à un «apport lié» ayant été retirée (article 16 al.

2 P-LEFin). **De nouvelles exigences s'agissant de la direction, de la gestion des risques et du contrôle interne, ainsi que du capital minimal et des garanties**, notamment l'obligation d'un capital minimal de CHF 100'000 libéré en espèces, ont été ajoutées pour les gestionnaires de fortune et les trustees (articles 18a, 18b et 19 P-LEFin). Ces derniers devront en outre **disposer de fonds propres appropriés** s'élevant à un quart des frais fixes (article 19a P-LEFin).

PERSPECTIVES

Le Conseil des Etats s'est penché sur les projets de lois lors de sa séance du 14 décembre 2016. Les modifications qui ont pu être apportées aux projets soumis par la Commission ne sont pas connues à ce jour. Les textes vont à présent être disséqués par la

Commission de l'économie et des redevances du Conseil national, avant le vote par la chambre basse du Parlement. A ce stade du processus législatif, des modifications peuvent encore intervenir. Les principes généraux des projets de lois, qui semblent à présent faire l'objet d'un consensus général, ne devraient eux plus être remis en cause. Bien que les textes prévoient des dispositions transitoires, particulièrement utiles pour les entités nouvellement assujetties comme les gestionnaires de fortune et les trustees, une réflexion liée à l'implémentation des nouvelles dispositions devrait néanmoins d'ores et déjà être amorcée par toutes les entités concernées par ces projets de lois.

Contacts : Frédérique Bensahel
et Fabianne de Vos Burchart





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

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