



# FBT

A V O C A T S

## FBT NEWSLEX

N° 15 - DÉCEMBRE 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** Adieu ISF, vive l'IFI: premières réflexions sur la déductibilité des passifs dans le cadre du nouvel impôt sur la fortune immobilière en France
- P04** Nouveautés dans le domaine de l'assistance internationale en matière fiscale
- P06** Ordre falsifié et responsabilisation du client
- P08** Un projet philanthropique est-il compatible avec un objectif d'optimisation fiscale en France?
- P11** Convention entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française concernant le service militaire des doubles nationaux du 16 novembre 1995
- P12** Déréglementation pour les entreprises FinTech – Modification de l'ordonnance suisse sur les banques
- P14** Le Tribunal fédéral suisse a tranché la question du délai de prescription en matière de rétrocessions

## ADIEU ISF, VIVE L'IFI: PREMIÈRES RÉFLEXIONS SUR LA DÉDUCTIBILITÉ DES PASSIFS DANS LE CADRE DU NOUVEL IMPÔT SUR LA FORTUNE IMMOBILIÈRE EN FRANCE

*En France, l'Impôt de Solidarité sur la Fortune (ISF) est appelé à disparaître au 1er janvier 2018, pour être remplacé par un impôt sur la seule fortune immobilière (ci-après IFI). A première vue, l'IFI est le jumeau « foncier » de feu l'ISF: même barème, même taux, même méthode de revalorisation des actifs (valeur vénale), mêmes exonérations (loueur en meublé professionnel, bois et forêt, etc.). Pourtant, ce nouvel impôt présente des spécificités qui lui sont propres et nous nous arrêtons sur l'une d'elles: la stricte déductibilité des passifs tranche désormais avec les dispositions*

*plus «tolérantes» précédemment en vigueur sous l'empire de l'ISF.*

Dans le cadre de l'ISF, la déductibilité des dettes était effectuée par référence aux droits de succession (article 885 D du Code Général des Impôts – CGI). En substance, pour être déductibles, les dettes devaient être à la charge personnelle du redevable et être justifiées par tous moyens de preuve. En matière immobilière, étaient donc susceptibles de réduire l'assiette imposable, les emprunts immobiliers pour le montant égal au capital restant dû avant le 1er janvier. Pour les seuls non-résidents, une limite avait

par ailleurs été intégrée consistant à rejeter la déductibilité des comptes courants d'associés sur la valorisation des titres des sociétés immobilières (article 885 T ter du CGI).

En matière d'IFI, la liste des limitations à la déductibilité des passifs est beaucoup plus longue et marque une **volonté affichée d'encadrer strictement toute réduction de l'assiette foncière taxable.**

En premier lieu, le législateur, pour la valorisation des titres d'une société immobilière, entend exclure les dettes contractées sur ladite société pour l'acquisition du bien



immobilier, lorsque l'achat a été réalisé auprès du contribuable lui-même. En d'autres termes, en cas de «vente à soi-même» d'un immeuble – y compris au moyen d'un prêt bancaire – ce prêt ne pourrait pas être déduit pour la valorisation de la société acquéreuse, dès lors que l'opération aurait été réalisée «dans un objectif principalement fiscal». Il s'agit manifestement d'une clause «anti abus».

Mais ce n'est pas la seule. Seraient également non déductibles :

- Les **prêts in fine**, sauf à recalculer ces prêts en prêts amortissables ;
- Les prêts contractés, personnellement ou au travers d'une société, auprès d'un groupe familial, que ce soit à l'égard de sociétés interposées ou de proches (ascendants, descendants, frères ou sœurs), sauf à justifier du «**normal des conditions du prêt**» ;
- Les prêts «excessifs» : le projet de loi fixe en effet une limite à la totale déductibilité des emprunts immobiliers, même amortissables, lorsque leur montant excède 60% de la valeur du bien financé (pour les seuls actifs ayant une valeur brute excédant 5 millions d'euros). Dans ce cas, le prêt excessif n'est déductible de l'IFI que pour 50% seulement.

Concrètement, si l'acquisition d'un bien immobilier de 10 millions d'euros est intégralement financée par endettement, seul 8 millions d'euros seront déductibles.



## PERSPECTIVES

*Avec la disparition programmée de l'ISF, et l'instauration de l'IFI, entraînant ainsi l'exonération de l'ensemble des actifs financiers (et plus précisément des actifs non immobiliers), il peut être tentant pour le contribuable de procéder à des arbitrages afin d'alléger son assiette foncière taxable et d'augmenter son patrimoine financier exonéré. La solution la plus drastique consiste alors à vendre des biens immobiliers et réinvestir le prix dans des supports financiers. Une telle décision est inattaquable car la décision de se dessaisir est manifeste.*

*En revanche, lorsque le dessaisissement est sujet à discussion, notamment en cas de cession de*

*biens immobiliers à une société que l'on contrôle – «vente à soi-même» – le législateur intervient en limitant la déductibilité de la dette (quelle que soit sa nature semble-t-il : dette bancaire ou compte courant d'associé).*

*Le message ressortant du projet de Loi de finance tel qu'adopté par l'Assemblée Nationale (notre article a été rédigé le 24 octobre 2017) est donc relativement clair : si l'assiette de la fortune taxable est drastiquement réduite du fait de la disparition de l'ISF, toute «financiarisation» des actifs immobiliers, y compris par constitution d'un endettement, sera désormais un sujet sensible.*

## NOUVEAUTÉS DANS LE DOMAINE DE L'ASSISTANCE INTERNATIONALE EN MATIÈRE FISCALE

*La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse («TF») dans le domaine de l'assistance internationale en matière fiscale se densifie. Les arrêts du TF sont d'autant plus importants pour la pratique dans ce domaine qu'ils traitent essentiellement des questions juridiques de principe. Voici quelques nouveautés notables.*

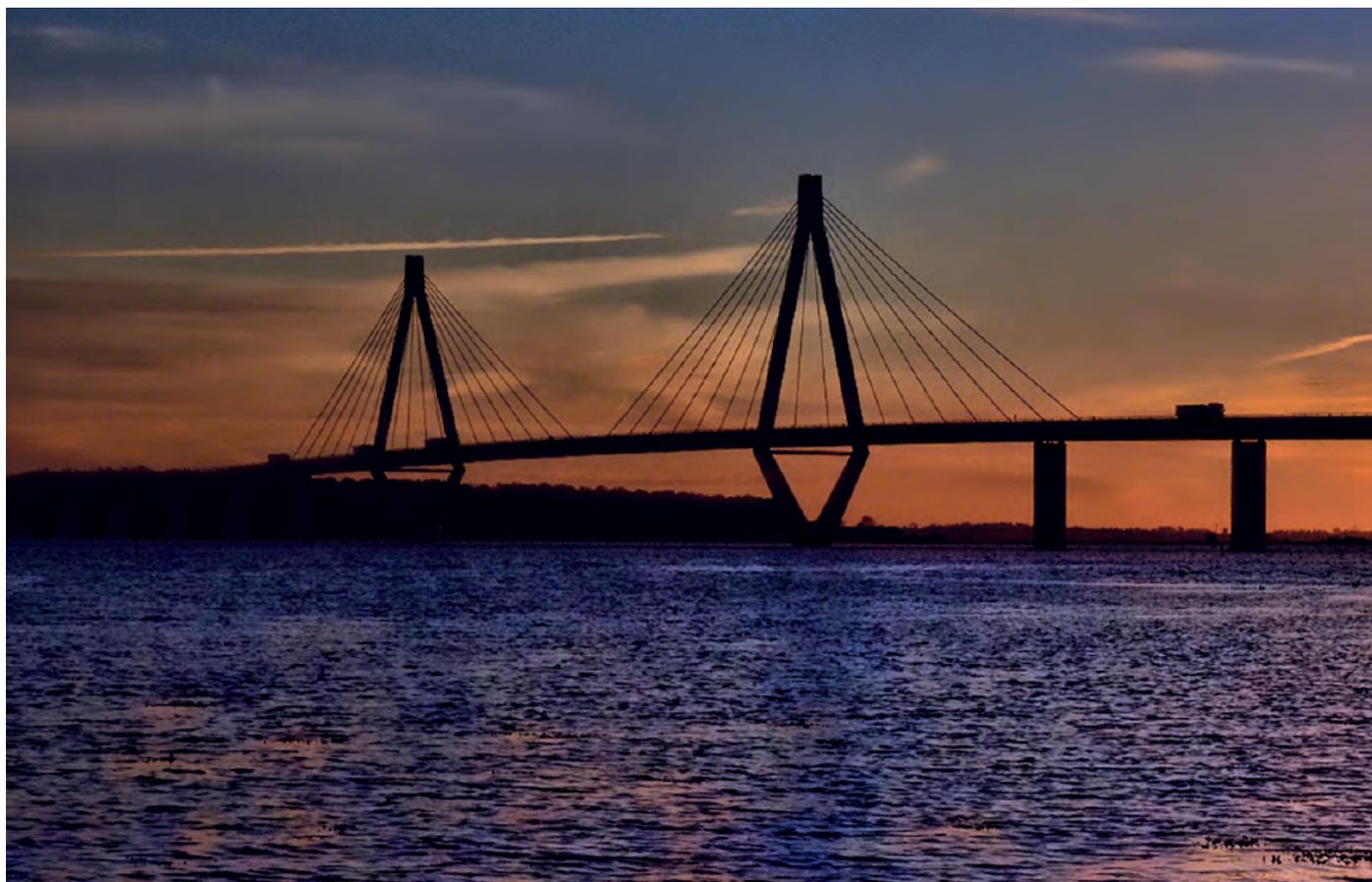
**Protection des tiers:** Selon la jurisprudence actuelle du TF, les données relatives aux tiers qui n'ont manifestement «rien à voir» avec la question fiscale motivant la demande d'assistance doivent être caviardées; c'est typiquement le cas des noms des employés de banque figurant dans les extraits de

comptes (ATF 142 II 161); s'agissant des autres tiers, les données les concernant doivent être transmises dans la mesure où leur suppression rendrait vide de sens la demande d'assistance.

L'administration fédérale des contributions («AFC») avait néanmoins dénié la qualité de partie à un ancien employé de banque qui sollicitait le caviardage de son nom apparaissant dans les documents bancaires que l'AFC entendait transmettre aux USA, au motif notamment qu'il n'était pas directement concerné par la demande d'assistance et qu'il n'avait donc pas un intérêt digne de protection pour intervenir dans la procédure.

Le 23 août 2017, le TF a donné tort à l'AFC en reconnaissant à cet ancien employé la qualité de partie en relation avec ses conclusions visant à faire supprimer de la documentation destinée aux USA toute référence à son nom.

S'agissant des autres tiers, le TF justifie la transmission des données les concernant au motif notamment que ces derniers seraient suffisamment protégés par le principe de spécialité, à savoir, en particulier, l'interdiction pour l'Etat requérant d'utiliser les données reçues contre d'autres personnes que le contribuable faisant l'objet de l'enquête à l'origine de la demande d'assistance. Pourtant, dans une prise de



position émise le 29 juin 2017, l'OCDE a affirmé que les renseignements reçus conformément à la règle de l'art. 26 du Modèle-OCDE de CDI, peuvent être utilisés contre d'autres contribuables, de la même manière que contre celui qui est visé par la demande d'assistance. Le principe de spécialité ne constitue donc pas (ou plus) une protection pour les tiers non impliqués, contrairement à ce que semblait penser le TF; eu égard à la position exprimée par l'OCDE à ce sujet, il est hautement probable que les Etats récipiendaires des données obtenues au moyen de l'assistance administrative les exploiteront sans retenue à l'encontre d'autres personnes – que celle(s) visée(s) ini-

tialement – dont l'identité ressort de la documentation remise.

**Demandes d'assistance non nominatives:** le principe selon lequel les contribuables visés par une demande d'assistance peuvent être identifiés par d'autres moyens que leurs nom et adresse est aujourd'hui solidement ancré dans la jurisprudence. Le TF s'est prononcé dans ce sens une première fois en septembre 2016 à l'égard d'une demande groupée des Pays-Bas. Il a naturellement confirmé sa position le 1er septembre 2017 en lien avec une demande norvégienne. De manière moins attendue, cette jurisprudence a été appliquée, par le Tribunal administratif

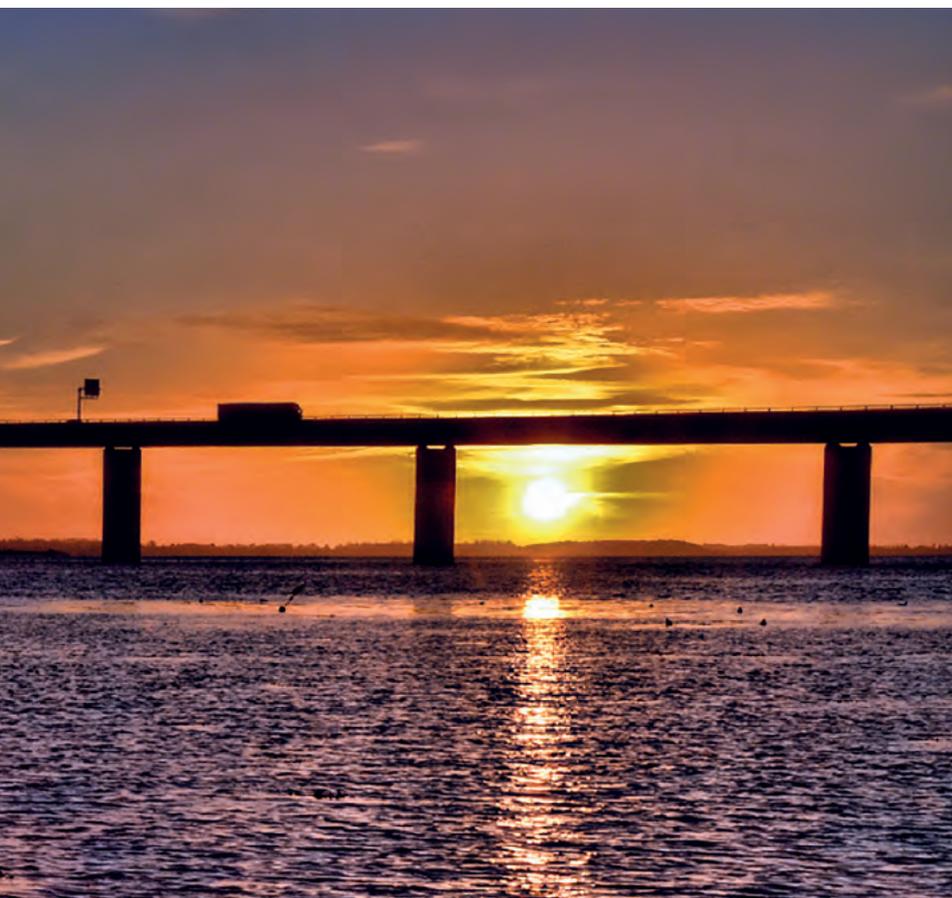
fédéral cette fois, dans une décision du 15 mai 2017, non contestée devant le TF, rendue dans le cadre d'une demande espagnole alors que la Convention entre la Confédération suisse et l'Espagne en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et la fortune prévoit expressément l'obligation pour l'Etat requérant d'indiquer l'« *identité de la personne faisant l'objet d'un contrôle ou d'une enquête* ».

**Status update:** c'est le nom donné à la pratique de l'AFC consistant à informer périodiquement ses homologues étrangers de l'état d'avancement des demandes d'assistance pendantes. Le problème est, à ce stade, aucune décision en force n'autorise la transmission des informations demandées et que le contribuable visé ne souhaite pas forcément que l'Etat requérant sache, par exemple, qu'il a déposé un recours contre la décision de l'AFC. Le Tribunal administratif fédéral avait jugé cette pratique illicite en juin 2016. Le 3 novembre dernier, le TF en a admis la validité.

## PERSPECTIVES

*Il convient de suivre très attentivement les prochaines décisions que le TF rendra en matière de transmission de données relatives à des tiers. Le sort réservé aux employés de banques devra être surveillé en particulier.*

*Contacts : Jean-Luc Bochatay et  
Alexis Dubois-Ferrière*



## ORDRE FALSIFIÉ ET RESPONSABILISATION DU CLIENT

*Dans un arrêt du 15 juin 2017, le Tribunal fédéral suisse se montre à nouveau sévère à l'égard d'une banque dans une affaire d'ordre de paiement falsifié. Il confirme cependant qu'une faute du client contribuant à la survenance du préjudice peut justifier qu'il doive en supporter tout ou partie.*

Les faits peuvent être résumés de la manière suivante. Une cliente, domiciliée en France, dispose d'un compte auprès d'une banque suisse depuis 2004 sur lequel elle a déposé EUR 1'481'705.07. En 2007, cette cliente décide de confier un mandat de gestion de ses avoirs à la société de gestion de fortune que son gestionnaire, jusqu'alors employé au sein de la

banque, venait de rejoindre. Les avoirs demeuraient toutefois déposés auprès de la banque.

Les 20 et 21 octobre 2008, au moyen de deux ordres sur lesquels il avait finement imité la signature de la cliente, ledit gestionnaire a fait transférer un total de EUR 1'050'000 à son propre profit en faveur d'une entité tierce. L'employé de la banque qui a traité ces ordres n'a pas décelé la falsification de la signature. Il a toutefois appelé le gestionnaire scélérat pour vérifier que les virements concernaient bien l'achat de métaux précieux, ce que celui-ci lui a confirmé. Les transferts ont ainsi été réalisés et les avis de débit correspondant

ont été remis à la cliente en « banque restante ». Près de deux ans plus tard, en juin 2010, deux nouveaux ordres sont passés par le gestionnaire en question, selon le même mode opératoire, pour des montants de EUR 42'000 et EUR 120'000.

Pour les deux instances cantonales, les vérifications réalisées par l'employé de la banque étaient suffisantes et la banque ne devait pas rembourser à la cliente les montants de ces quatre virements.

Le Tribunal fédéral, en revanche, a considéré qu'une faute grave était imputable à la banque. A ses yeux, les montants et la nature des investissements ordonnés auraient dû





pousser l'employé de la banque à procéder à des mesures de vérification auprès de la cliente elle-même, voire de sa fille, et non seulement auprès du gestionnaire, malgré la proximité de ce dernier avec le personnel de la banque découlant de leur relation d'anciens collègues.

Cela étant, le Tribunal fédéral a constaté qu'il était établi que la cliente avait omis de prélever sa correspondance en «banque restante» entre 2006 et 2010. Or, les quatre ordres falsifiés ont été réalisés sur une période de près de deux ans. Qui plus est, en juin 2006, alors qu'il était encore employé de la banque, le gestionnaire scélékrat avait déjà détourné sans droit EUR 82'800 du compte de la cliente, ce

qui semble être resté inaperçu jusqu'après juin 2010.

Le Tribunal fédéral a donc jugé que la banque ne pouvait pas à ce stade être condamnée à rembourser la cliente car la cause devait être renvoyée à l'instance précédente pour examiner la question d'une éventuelle faute de la cliente qui aurait pu contribuer à causer le préjudice. Concrètement, la dernière instance cantonale devra déterminer la conséquence juridique de l'omission par la cliente de prélever sa correspondance, et dire si cette dernière aurait pu ou dû se rendre compte de l'ordre falsifié de juin 2006, ce qui aurait permis d'éviter la survenance des transferts de 2008 et 2010.

## **PERSPECTIVES**

*Par cet arrêt, le Tribunal fédéral confirme sa sévérité à l'égard des banques en matière d'ordres falsifiés. En particulier, les exigences qu'il leur impose à l'heure de déterminer le caractère insolite d'une opération demeurent très élevées. L'ouverture dont il fait preuve en ce qui concerne la possibilité que le client doive supporter tout ou partie du dommage qu'une faute de sa part a contribué à causer tend à favoriser de manière louable la responsabilisation du client en lien avec un risque sur lequel il a une maîtrise à tout le moins partielle.*

*Contacts : Serge Fasel et  
Alexis Dubois-Ferrière*

## UN PROJET PHILANTHROPIQUE EST-IL COMPATIBLE AVEC UN OBJECTIF D'OPTIMISATION FISCALE EN FRANCE ?

*La création d'un impôt sur la fortune immobilière et la suppression de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) est l'une des principales mesures fiscales annoncées dans le cadre du projet de loi de finances pour 2018. L'immobilier composera l'assiette taxable à l'impôt sur la fortune immobilière à l'exclusion de tout autre bien selon le projet de loi, et il devrait en résulter que l'impôt sera sensiblement réduit, voire supprimé, pour les contribuables actuellement assujettis à l'ISF. L'exercice qui consiste à provisionner annuellement un impôt sur la fortune, souvent mal accepté, devrait bientôt appartenir au passé; il en sera de même des arbitrages réalisés au 15 juin de chaque année par les contribuables désireux de réduire l'ISF au moyen de dons à une œuvre éligible. Pour autant, participer à une œuvre philanthropique conserve actuellement toute sa pertinence, en particulier pour les propriétaires d'immeubles qui demeureront dans le champ d'application de l'impôt*

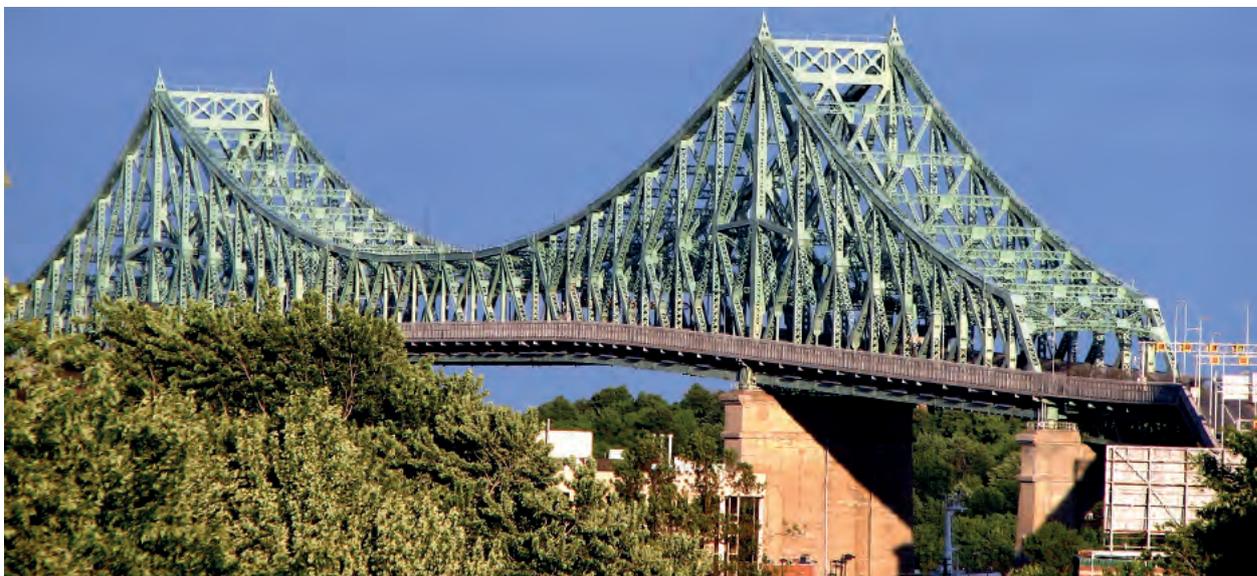
*sur la fortune immobilière, dans le cadre de la planification d'un projet philanthropique ambitieux et fiscalement optimisé.*

L'exemple qui suit est saisissant : Madame X, résidente française, veuve, 65 ans, ayant deux enfants, détient un immeuble de rapport d'une valeur d'un million d'euros, et une résidence principale de même valeur (après prise en compte de l'abattement de 30%). Elle détient par ailleurs un important portefeuille de valeurs mobilières ainsi que des liquidités.

En 2018, Madame X estime que ces revenus locatifs s'élèveront à 40.000 € net. Ses revenus étant taxés à la tranche marginale de l'impôt sur le revenu, et compte tenu de l'augmentation – si elle est adoptée dans le cadre de la loi de finances – de la contribution sociale généralisée (CSG) notamment sur les revenus locatifs, les impositions sur ces revenus fonciers s'élèveraient à la

somme de 24'880 €, majorée de l'impôt sur la fortune immobilière calculée sur une base imposable de 2 millions d'euros, soit une imposition globale de 32'300 € environ. Concrètement, la trésorerie nette annuelle de Madame liée à l'exploitation de son immeuble locatif s'élèverait ainsi à la somme de 7'700 € environ.

Madame X et deux de ses amies, toutes anciennes élèves d'une célèbre école d'ingénieurs en région parisienne, avaient muri un projet d'aide aux étudiants de cette école pour le financement de leur scolarité, pour lequel elles souhaitent investir un peu de temps durant leurs 10 premières années de retraite. La pression fiscale actuellement supportée rend néanmoins hésitante Madame X, d'autant qu'aucun organisme sans but lucratif déjà existant ne semble éligible à une réduction d'ISF pour la réalisation de ce projet spécifique. Une réduction d'impôt sur le revenu impliquerait de mobili-





ser davantage de trésorerie compte tenu du taux de la réduction (66% dans la limite de 20% du revenu imposable), ce qui n'est pas souhaité par Madame X au cas particulier.

Dans cette situation, et parmi les nombreuses solutions qui permettraient de réaliser d'une part son projet philanthropique, et d'autre part d'améliorer sa situation fiscale, il pourrait être proposé une **donation** par Madame X, au bénéfice d'une structure philanthropique à créer, **de l'usufruit de son immeuble locatif** pour une durée limitée (10 ans au cas particulier). S'agissant d'un usufruit à durée fixe, la donation porterait sur une valeur de 230 000 € (23% par tranche de 10 ans). Ses amies affecteraient chacune une somme

de 7'500 €, ou plus encore selon leurs souhaits. Les 40'000 € de revenus nets de l'immeuble seraient perçus ainsi par la structure, et affectés à la réalisation de son objet: le financement de la scolarité de plusieurs étudiants, sur la base de critères sociaux.

**Fiscalement**, cette donation serait exonérée de droits de mutation dans le respect de certaines conditions. De plus, Madame X ne serait plus assujettie à l'impôt sur la fortune immobilière après l'opération de donation d'usufruit, et ce, pendant toute la durée de cette donation, soit 10 ans !

Si cette opération a pour effet l'abandon chaque année et pendant 10 ans, du revenu locatif net d'impôt de

7'700 € environ, elle permet surtout à Madame X de ne plus être assujettie à l'impôt sur la fortune immobilière d'un montant quasi identique dans son cas, chaque année et sur la même durée (sauf si la loi de finances pour 2018, lorsqu'elle sera définitivement adoptée, nécessite d'éventuelles adaptations). Surtout, Madame X participerait à l'œuvre souhaitée, la structure affectant chaque année les revenus locatifs de l'immeuble à ses projets philanthropiques, durant la durée souhaitée, sans pour autant renoncer définitivement à un désir de transmettre ultérieurement son patrimoine immobilier à ses enfants !

Le projet philanthropique défini, et la stratégie fiscale maîtrisée, l'étape suivante consiste à réfléchir à la structuration de l'œuvre philantro-

pique. Au cas particulier, compte tenu de la pluralité de constituants, l'inscription dans la durée de ce projet (10 ans), le souhait d'intervenir activement dans la gestion et l'animation de la structure, tout en faisant appel à des tiers professionnels le cas échéant, et compte tenu de la dotation initiale totale de 245 000 €, la structure la mieux adaptée semble être le **fonds de dotation**.

## PERSPECTIVES

*Affirmer que la générosité n'est pas compatible avec l'optimisation fiscale est une erreur. La démonstration «pratique» ci-avant et la structuration choisie, en offre une*

*belle illustration, pourvu que la motivation de l'opération ne soit pas exclusivement fiscale, ce qui serait de nature à caractériser un abus de droit. L'absence de réappropriation des revenus locatifs après l'opération, et l'animation effective du fonds de dotation exerçant réellement une activité conforme à son objet, permettraient de faire échec à une telle qualification, outre le respect de conditions spécifiques prévues par l'administration fiscale. Les projets philanthropiques doivent ainsi s'intégrer dans une stratégie patrimoniale et fiscale globale, afin de s'assurer de la sécurité juridique et*

*fiscale de l'opération sur la durée, à plus forte raison si le philanthrope a des enfants, héritiers réservataires. Les projets doivent d'abord être définis avec soin, puis faire l'objet d'une structuration précise, incluant même le cas échéant la méthodologie de sélection des bénéficiaires et de mesure des résultats sur le terrain. Dans ce contexte, le futur philanthrope doit se faire accompagner par des conseils professionnels, gage d'un processus au service de la philanthropie réconciliée avec la fiscalité.*

*Contacts : Stéphanie Barreira et Jérôme Bissardon*

### FOCUS SUR LE FONDS DE DOTATION

Le fonds de dotation est, en droit français, une personne morale de droit privé à but non lucratif, constituée par un ou plusieurs fondateurs pour collecter des libéralités privées, en vue de constituer une dotation générant des revenus, ou une dotation consommable pour financer ses activités à but non lucratif ou celles d'une autre personne morale à but non lucratif.

Le fonds de dotation, comme la fondation reconnue d'utilité publique, a pour but de réaliser ou de soutenir financièrement une œuvre ou une mission d'intérêt général, et suppose l'affectation d'un patrimoine à cette œuvre ou cette mission. Toutefois, il se distingue de la fondation dans la mesure où :

- il peut être constitué sans contrôle préalable et sans décision du gouvernement,
- il peut consommer sa dotation,
- il offre une certaine souplesse de fonctionnement, ses règles d'administration étant librement fixées dans ses statuts. S'agissant de la gouver-

nance, le fonds de dotation est administré par un conseil d'administration comprenant au minimum trois membres.

L'objet du fonds de dotation doit être très précis. Il doit indiquer notamment s'il est «opérateur», «redistributeur», ou «mixte», et il doit spécifier la nature de la mission d'intérêt général, ses bénéficiaires, et les moyens d'action du fonds.

La dotation initiale en numéraire doit être de 15'000 € au minimum. Cette somme peut être complétée par des biens de toute nature. La consommation de la dotation doit être stipulée dans les statuts. A défaut, la dotation ne peut être consommée. La consommabilité de la dotation entraîne toutefois des conséquences sur le régime fiscal du fonds.

La personnalité morale est acquise dès la déclaration en préfecture et l'insertion d'un extrait au journal officiel des associations et fondations d'entreprises.

# CONVENTION ENTRE LE CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE ET LE GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE CONCERNANT LE SERVICE MILITAIRE DES DOUBLES NATIONAUX DU 16 NOVEMBRE 1995

*L'Etat-major de conduite de l'Armée avait pour pratique de considérer le recrutement comme faisant partie du service militaire. L'autorité a ainsi toujours considéré que le service militaire devait s'entendre au sens large du terme. Dès lors que le binational avait effectué son recrutement en Suisse, il était considéré avoir commencé son service militaire au sens de la Convention et ne pouvait donc plus faire valoir son droit d'option pour l'accomplissement des obligations militaires en France. Suite à un arrêt du Tribunal administratif fédéral du 24 août 2017, l'Etat-major de conduite de l'Armée doit modifier sa pratique.*

En 1958, la France et la Suisse ont signé une première convention en matière d'accomplissement des obligations militaires, s'agissant des doubles nationaux franco-suisse. Cette convention a été remplacée par celle du 16 novembre 1995 (RS 0.141.134.92), dite Convention-F.

L'art. 2 de la Convention-F définit que la notion d'obligations militaires s'entend, pour la France, du service national dans toutes ses formes (let. a) et, pour la Suisse, du service militaire, du service civil et du paiement de la taxe d'exemption de ces services (let. b).

Dans l'échange de notes de 2010 portant sur l'interprétation commune de la Convention-F, la France a clairement défini la notion d'obligations militaires en expliquant qu'« [u]n double national qui opte pour servir en France plutôt qu'en Suisse et qui participe à la « Journée d'appel de préparation à la défense (JAPD) » est alors libéré de l'obligation de servir dans l'armée suisse et ne sera pas assujéti au paiement de la taxe d'exemption de l'obligation de servir. »

La Suisse, elle, n'a pas précisé comment interpréter cette notion de service militaire. Elle a toutefois considéré, en pratique, ce jusqu'au 24 août 2017, que le recrutement

faisait partie des obligations militaires, respectivement du service militaire.

Dans le cas d'espèce, le binational qui avait participé au recrutement en Suisse avait formulé par la suite une déclaration d'option en faveur de l'accomplissement des obligations militaires en France. Cette déclaration a été rejetée par l'Etat-major de conduite de l'Armée qui se référait à sa pratique établie de longue date.

Dans son recours, le conscrit double national a fait la démonstration – accueillie par le Tribunal administratif fédéral – que le droit interne suisse ne permet tout simplement pas, en raison de son manque de précision, de déterminer que le recrutement entre dans la notion d'obligations militaires de l'art. 2 let. b de la Convention-F. Le conscrit a ainsi pu faire valoir son droit d'option après avoir participé au recrutement en Suisse, obligeant l'administration fédérale à capituler.

## PERSPECTIVES

*Malgré une pratique établie et durable, une autorité fédérale peut se retrouver dans l'erreur. « Vouloir, croire, et oser » s'applique même devant les tribunaux. Dans le cas particulier, des précisions du droit interne seront donc apportées sous peu par l'autorité.*

Contacts : Serge Fasel et  
Olivia de Weck



## DÉRÉGLEMENTATION POUR LES ENTREPRISES FINTECH – MODIFICATION DE L'ORDONNANCE SUISSE SUR LES BANQUES

Le 20 avril 2016, le Conseil fédéral a donné mandat au Département fédéral des finances (ci-après le « DFF ») d'examiner l'opportunité d'une révision de la réglementation des marchés financiers en vue de limiter les obstacles à l'accès au marché pour les fournisseurs de technologies financières innovantes (ci-après les « entreprises FinTech »). Le DFF a estimé qu'une telle déréglementation s'imposait. Il a donc mis en consultation des propositions de modifications de la loi sur les banques

(ci-après « LB ») et de l'ordonnance sur les banques (ci-après « OB »). Ces modifications reposent sur trois axes complémentaires : (i) une prolongation du délai pour les comptes d'exécution, (ii) la création d'un espace favorisant l'innovation et (iii) la création d'une nouvelle catégorie d'autorisation pour les entreprises FinTech. Les modifications de l'OB couvrant les deux premiers axes ont été adoptées le 5 juillet 2017, pour une entrée en vigueur au 1er août 2017. Elles sont analysées ci-après.

Il n'existe aujourd'hui en Suisse aucune réglementation spécifique aux modèles d'affaires des entreprises FinTech. Ce sont dès lors les lois en vigueur sur les marchés financiers qui s'appliquent, notamment la LB et l'OB dans la mesure où l'entreprise FinTech accepte des **dépôts du public à titre professionnel** ou fait de la publicité pour l'acceptation de dépôts du public. L'OB modifiée revisite les notions de « dépôts du public » ainsi que de l'exercice d'une activité bancaire « à titre professionnel » afin de créer un cadre réglementaire propice à l'innovation et faciliter l'accès au marché des entreprises FinTech.

Dans le cadre de la réglementation bancaire, est considéré comme « **dépôt du public** » le fait d'accepter un engagement vis-à-vis de tiers pour son propre compte. Par cette action, la personne concernée devient elle-même débitrice du remboursement de la prestation correspondante. La réglementation part du principe que tous les engagements constituent des dépôts du public. L'OB contient toutefois plusieurs exceptions à ce principe. L'une de ces exceptions concerne les soldes en compte de clients auprès d'intermédiaires financiers qui ne servent qu'à exécuter des opérations de clients, pour autant qu'aucun intérêt ne soit versé sur ces comptes (art. 5 al. 3 let. c OB). Cette exception peut être appliquée aux modèles d'affaires des entreprises FinTech, en particulier aux plateformes de financement parti-



cipatif (*crowdfunding*). Toutefois, selon la pratique de la FINMA, l'exception ne s'applique en règle générale que lorsque les fonds sont transmis dans un délai de sept jours. Or, si la durée de conservation de fonds pour un projet devant être financé par le biais d'un financement participatif est supérieure à sept jours, l'exception ne s'applique pas et l'intermédiaire financier dépositaire des fonds est dans l'obligation de requérir une autorisation bancaire. Afin de remédier à ce problème, l'OB modifiée prévoit que le délai pendant lequel les fonds collectés peuvent être conservés est désormais de soixante jours pour les intermédiaires financiers concernés, sauf les négociants en valeurs mobilières (auxquels le délai précité de sept jours continue de s'appliquer).

L'activité bancaire constitue en outre une activité exercée «**à titre professionnel**» lorsqu'elle implique, sur une longue période, l'acceptation de plus de vingt dépôts du public, ou un appel au public pour obtenir des dépôts même si le nombre de dépôts obtenus est inférieur à vingt (art. 6 OB). Les modèles d'affaires des entreprises FinTech visent en principe la participation de plus de vingt personnes; c'est pourquoi, nombre d'entreprises FinTech sont susceptibles de tomber sous le coup des dispositions de la loi sur les banques. Pour parer à cette difficulté, l'espace exempt d'autorisation bancaire sera élargi pour deve-

nir un espace d'innovation. L'OB modifiée prévoit en effet qu'une autorisation ne sera pas nécessaire à celui qui, sur une longue période, accepte plus de vingt dépôts du public ou fait appel au public pour obtenir des dépôts, à condition que les dépôts ne dépassent pas au total le montant d'un million de francs et que les dépôts ne soient ni investis ni rémunérés (art. 6 al. 2 let. a et b OB modifiée). Les entreprises FinTech entrant sur le marché auront ainsi l'occasion de tester l'efficacité conceptuelle et économique de leur modèle d'affaires dans un cadre restreint avant de décider si elles entendent requérir une autorisation bancaire.

Les modifications apportées à l'OB doivent sans conteste être saluées, dans la mesure où elles devraient permettre à certains acteurs d'accéder plus facilement au marché et se traduiront ainsi par une intensification de la concurrence. Le Conseil fédéral considère que les modifications apportées à la réglementation apporteront un avantage compétitif à la place financière suisse dans le domaine des entreprises FinTech. Pour le Conseil fédéral, les modifications introduites n'entraînent pas de diminution notable du niveau de protection des clients, en raison du fait notamment que les dépôts recueillis dans ce cadre ne pourront être ni investis, ni rémunérés. Par ailleurs, les entreprises FinTech acceptant des dépôts pour un montant maximal d'un million de francs devront rendre leurs clients attentifs

au fait que leurs dépôts ne sont pas garantis en cas de faillite et qu'aucune surveillance n'est exercée par la FINMA (art. 6 al. 2 let. c OB modifiée).

## **PERSPECTIVES**

*Il reste un dernier axe à traiter pour alléger la réglementation des activités exercées par les entreprises FinTech selon le projet du DFF: la création d'une nouvelle catégorie d'autorisation bancaire. Un projet de modification législative a d'ores et déjà été examiné par le Parlement dans le cadre des débats concernant la loi sur les services financiers (ci-après la «LSFin») et la loi sur les établissements financiers (ci-après la «LEFin»). Pour l'heure, les Chambres se sont prononcées en faveur de la création, dans la LB, d'une nouvelle catégorie d'autorisation pour les entreprises qui acceptent des dépôts du public jusqu'à concurrence de 100 millions de francs sans toutefois les investir ou les rémunérer. A l'entrée en vigueur de la LB modifiée, qui coïncidera avec celle de la LSFin et de la LEFin, les entreprises FinTech bénéficieront ainsi, dans les domaines de l'établissement des comptes, de l'audit et de la garantie des dépôts, de conditions d'autorisation et d'exploitation moins strictes que celles qui s'appliquent à la licence bancaire sous le régime actuel.*

*Contacts : Frédérique Bensahel et Fabianne de Vos Burchart*

## LE TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE A TRANCHÉ LA QUESTION DU DÉLAI DE PRESCRIPTION EN MATIÈRE DE RÉTROCESSIONS

*Cette dernière décennie, les rétrocessions ont fait l'objet de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral (TF), non sans conséquences pour les banques et les gérants de fortune indépendants. En 2006, le TF jugeait que le gérant de fortune était, en sa qualité de mandataire, tenu de restituer à son client les rétrocessions reçues de tiers à moins que le client n'ait expressément renoncé aux rétrocessions en faveur du gérant de fortune. Dans des jurisprudences postérieures, le TF a fixé les conditions de validité de la renonciation du client. Toutefois, jusqu'à présent, le TF n'avait pas eu l'occasion de se pencher sur la question du délai de prescription applicable aux rétrocessions ni sur le point de départ de ce délai. Cette question est désormais tranchée par le TF dans un arrêt du 16 juin 2017.*

Dans le cas d'espère, le mandataire qui était une société de courtage en assurance, avait perçu des rétrocessions de primes d'assurance ver-

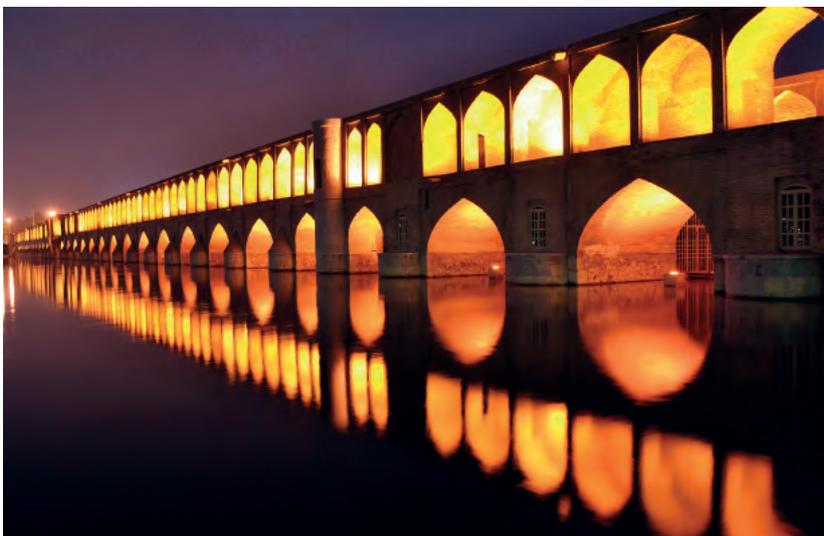
sées par des sociétés d'assurance, pendant toute la durée du mandat, sans que le mandant, une association qui avait demandé l'organisation d'un concept d'assurance, n'en soit informé. L'association avait appris l'existence de rétrocessions dix ans après leur première perception, soit en 2005. Elle a mis un terme au mandat et exigé du mandataire la restitution des rétrocessions perçues depuis 1995. Le mandataire s'est opposé à ces prétentions et contestait notamment l'application d'un délai de prescription de dix ans, ainsi que le point de départ de ce délai.

Dans l'arrêt du 16 juin 2017, le TF se pose d'abord la question de savoir quel est le délai de prescription applicable: s'agit-il du délai ordinaire de dix ans prévu en matière contractuelle comme appliqué par la dernière instance cantonale ou, à l'instar de ce que soutient le mandataire, du délai spécial de cinq ans qui s'applique aux redevances périodiques? Les

juges de Mon Repos ont tranché: **l'obligation de restituer les rétrocessions se prescrit par un délai de dix ans.**

Pour notre Haute Cour, les rétrocessions ne constituent pas des redevances périodiques, auxquelles s'applique le délai de prescription quinquennal. «*[L]es rétrocessions ne découlent pas d'un rapport de durée (Dauerschuld); elles ne sont pas convenues à l'avance entre le mandant et le mandataire. Le devoir du mandataire de rendre compte de ces avantages indirects obtenus de tiers et les créances correspondantes du mandant en délivrance de ces avantages ne reposent pas sur un rapport de durée, mais sur le simple fait que le mandataire a perçu des avantages (...)* Chaque devoir de restitution repose sur un fondement séparé» (consid. 5.2.1). Le Tribunal fédéral en conclut que le délai de prescription ordinaire de dix ans en matière contractuelle s'applique.

Quant au point de départ de la prescription, le TF estime que **la prescription commence à courir dès le moment où le mandataire a perçu un montant rétrocedé**, la réception de chacun d'eux faisant naître une créance en restitution du mandant et, de ce fait, son exigibilité, conformément à l'article 130 du Code des obligations. Le TF renverse ainsi l'arrêt de la Cour de justice de Genève qui faisait partir le délai de prescription au moment de la résiliation du mandat en 2005.





## PERSPECTIVES

*Le TF met ainsi un terme au débat doctrinal sur le délai de prescription en matière de rétrocessions, sans pour autant citer ni même évoquer les auteurs qui soutiennent la thèse de l'application du délai quinquennal. Il convient de noter que le délai ordinaire de dix ans était généralement admis par la doctrine concernant les rétrocessions, mais pas en matière de commissions d'état (soit le pourcentage de la commission de gestion perçu à intervalles réguliers par les banques et les gérants de fortune sur la fortune d'un fonds) pour lesquelles certains auteurs privilégiaient l'application du délai de prescription de cinq ans. Dans son dernier arrêt, le TF ne*

*fait pas de distinctions entre les différents types de rétrocessions, la question ne se posant pas dans le cas d'espèce. Toutefois, si l'on considère avec le TF que les rétrocessions ne sont pas convenues à l'avance entre le mandant et le mandataire, mais qu'elles le sont dans le cadre d'une relation contractuelle entre le mandataire et un tiers, il est vraisemblable que la position du TF ne sera pas différente en matière de commissions d'état.*

*L'arrêt du TF de 2006 consacrant l'obligation de restitution des rétrocessions perçues par le gérant de fortune avait conduit les banques et les gérants de fortune à revoir leur documentation*

*contractuelle. Le dernier arrêt du TF devrait n'avoir aucune conséquence pour les acteurs de l'industrie qui ont révisé leurs mandats et/ou leurs conditions générales à ce moment-là pour les adapter à la jurisprudence du TF. Les rétrocessions perçues par ceux qui n'auraient adapté leur documentation contractuelle que plus tard et qui n'auraient pas obtenu la ratification de leurs clients pour le passé peuvent être à risque pour celles des rétrocessions perçues avant la modification de leur documentation et cela pendant dix ans à compter de la perception des rétrocessions.*

*Contacts : Frédérique Bensahel et  
Véronique Chatelain Gomez*



**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