

LE TEMPS

ARTICLE A PARAITRE LE 14 MARS 2014

QUEL STATUT FATCA POUR LES GÉRANTS DE FORTUNE ET DE FONDS SUISSES ?

Cela fait plusieurs mois que les associations de gérants, les OAR, la FINMA (communication 59/2014 du 28 février 2014), les banques dépositaires et moi-même faisons passer le message aux gérants de fortune indépendants et aux gérants de fonds suisses qu'ils doivent s'enregistrer auprès de l'IRS dans le cadre de la réglementation FATCA (Foreign Account Tax Compliant Act). Certaines banques ont même déjà sollicité les gérants et leurs clients pour obtenir la confirmation de leurs statuts ou de leur enregistrement FATCA. Depuis l'échec du référendum contre l'accord FATCA entre la Suisse et les Etats-Unis et contre la loi suisse FATCA, l'obligation d'enregistrement est en effet consacrée à l'art. 3 dudit accord, et le délai au 25 avril 2014 pour s'exécuter ne laisse que peu de temps pour comprendre les enjeux de cette réglementation et pour se mettre en conformité.

La mise en œuvre du FATCA est d'autant plus compliquée que les règles américaines ne cessent d'évoluer. La preuve en est la dernière publication de l'IRS le 6 mars 2014 dans le Registre fédéral américain apportant des précisions certes, mais également des modifications à la réglementation publiée en janvier 2013. Ces nouvelles dispositions sont d'autant plus difficiles à interpréter que bon nombre d'établissements financiers ont déjà entrepris de se conformer aux règles FATCA sur la base des règles existantes et que l'IRS a délivré début mars les premier GIIN (Global Intermediary Identification Number) permettant aux établissements financiers participants de s'identifier comme tels selon les critères du FATCA.

Revenons sur ces modifications, plus précisément sur l'une d'entre elles qui prévoit la création d'une nouvelle sous-catégorie d'établissements financiers *Certified Deemed-compliant* au § 1471-5(f)(2)(v). Il s'agit des **Investment advisors and investment managers**. Les conditions pour bénéficier de ce statut sont (1) d'avoir une activité de gestion individuelle ou collective de portefeuille et (2) de ne pas maintenir de compte financier (a priori de ne pas maintenir de dépôts pour le compte de tiers) ; la majorité des gérants de fortune ou de fonds devraient se retrouver dans ces définitions. La conséquence pratique de ce statut de *Certified Deemed-compliant* est, toujours selon les règles américaines, de ne pas avoir à s'enregistrer auprès de l'IRS.

La question est désormais de savoir si les gérants suisses bénéficieront de cette exemption qui touche les gérants soumis aux règles américaines, mais deux règles semblent en opposition à ce sujet. D'une part, l'accord FATCA entre la Suisse et les Etats-Unis stipule à son Annexe II que les Conseillers suisses en placement sont des établissements *Enregistrés réputés conformes*, c'est-à-dire des établissements ayant l'obligation de s'enregistrer ; c'est ce texte qui fait foi à ce jour. D'autre part, le projet de loi suisse FATCA indique à son article 4 al. 1 que les établissements financiers certifiés conformes au FATCA (*Certified Dee-*

med-compliant) en vertu de la législation applicable aux Etats-Unis n'ont pas cette obligation d'enregistrement. Si l'on met en parallèle les nouvelles règles applicables aux Etats-Unis et ce renvoi du droit suisse au droit américain, il serait envisageable que les gérants de fortune et de fonds ne soient pas obligés de s'enregistrer auprès de l'IRS pour ne pas être considérés comme des établissements *Non participants* soumis à terme à la retenue punitive de 30% sur les revenus de source américaine. Toutefois, la loi FATCA suisse n'est pas encore en vigueur et rien n'indique que ce renvoi s'appliquerait automatiquement. De plus, le texte américain ne mentionne pas la condition de la conformité FATCA des dépositaires, qui est pourtant essentielle dans l'optique d'une qualification pour un statut de *Deemed-compliant*. Ces trois éléments ne plaident pas en faveur d'une application directe de cette nouvelle règle américaine sans au préalable une adaptation de l'accord Suisse-Etat-Unis et surtout l'entrée en vigueur de la loi FATCA suisse.

En l'état, bien que cette modification des règles américaines puisse à terme affecter le statut FATCA des gérants suisses, il semble donc prématuré d'en faire application immédiate. Et compte tenu de la proximité du délai pour l'enregistrement, il serait préférable de poursuivre les démarches FATCA telles quelles ont été entamées jusqu'à présent. C'est d'ailleurs dans ce sens que les organisations professionnelles de gérants et bancaire devraient prendre position envers leurs membres et partenaires, en recommandant à tous les établissements financiers, y compris aux gérants, de se mettre en conformité avec le FATCA, en s'enregistrant notamment d'ici le 25 avril 2014. A défaut, le risque serait de subir une amende jusqu'à CHF 250'000.- de la part des autorités suisses et d'être catégorisé comme *Non participant* par les autres établissements financiers suisses et étrangers.

Cette situation nous amène à nous poser la question du rôle des autorités suisses dans ce dossier. Il leur appartiendra en effet de rapidement prendre position sur ce conflit de lois, et à tout le moins de décider de l'entrée en vigueur de la loi FATCA suisse. Les gérants et autres établissements suisses sont effectivement en droit d'obtenir des directives claires et directement applicables des autorités qui ont négociés l'accord FATCA avec les Etats-Unis ou de celles qui sont les garantes de son application.

Enfin, quoiqu'il adienne de cette réflexion, elle ne constituera pas un blanc-seing en faveur des gérants qui devront de toute façon appliquer les principes du FATCA dans le cadre de l'identification de leurs clients (due diligence) et de la collaboration avec les dépositaires, ni un pas en avant pour les réfractaires au FATCA, puisque les autres catégories d'établissements financiers, telles que les banques, les assurances, les fonds, les trustees ou administrateurs de véhicules patrimoniaux, demeurent concernés en tout point par l'enregistrement d'ici le 25 avril 2014 et que le modèle du FATCA a récemment été confirmé par l'OCDE qui l'a repris pour son nouveau standard d'échange automatique d'informations.

Me Guillaume deBoccard
07.03.2014



Verband Schweizerischer Vermögensverwalter | VSV
Association Suisse des Gérants de Fortune | ASG
Associazione Svizzera di Gestori di Patrimoni | ASG
Swiss Association of Asset Managers | SAAM

FATCA: nouvelles alternatives à l'enregistrement?

10 mars 2014: les autorités fiscales US viennent de publier un projet définitif de dispositions d'exécution modifiées relatives au FATCA. Ce projet prévoit des allègements supplémentaires pour certains gérants de fortune indépendants (GFI). Ceux-ci pourraient bénéficier du statut de «Certified Deemed Compliant» et éviter les démarches d'enregistrement. Les dispositions d'exécution révisées n'ont toutefois pas encore été officiellement publiées. De nombreux points de détail relatifs à la certification et de multiples autres questions demeurent en suspens. La position de la plupart des banques, aussi bien en Suisse qu'à l'étranger, sur la question de savoir s'il convient d'accepter la certification des GFI suisses plutôt que d'exiger un enregistrement, n'est pas encore arrêtée. A ce jour, seul l'enregistrement auprès de l'IRS garantit donc d'être en conformité avec le FATCA à compter du 1^{er} juillet 2014.

L'accord FATCA entre la Suisse et les USA prévoit que les GFI en Suisse doivent s'enregistrer, sans toutefois avoir à mettre en œuvre le programme complexe de conformité qui y est lié. Il prévoit en outre que si des dispositions d'exécution du fisc américain prévoient d'autres allègements, les établissements financiers en Suisse pourront aussi les faire valoir.

Certification auprès des banques dépositaires

L'IRS (Internal Revenue Service) a publié, fin février 2014, des modifications apportées aux dispositions d'exécution FATCA. Celles-ci prévoient maintenant que les conseillers financiers ("Financial Advisor") au sens du droit américain, peuvent être «certifiés» ("Certified") auprès des banques dépositaires de leurs clients sous gestion plutôt que d'être enregistrés auprès de l'IRS. Or, l'activité de gérer les avoirs d'un client déposés dans une banque sur la base d'une procuration tombe sous le coup de la définition du Financial Advisor US. En étant certifié auprès de toutes les banques dans lesquelles se trouvent les avoirs des clients qu'il gère, le GFI remplit donc ses obligations vis-à-vis du FATCA. La certification serait ainsi une alternative à l'enregistrement.

Enregistrement ou certification?

Il est difficile d'estimer à ce stade si un GFI suisse doit s'enregistrer auprès de l'IRS (ou achever une procédure d'enregistrement en cours) ou s'il peut envisager la voie de la certification auprès de chaque banque dépositaire. L'IRS a annoncé que d'autres modifications des dispositions d'exécution allaient encore être publiées, mais que la date pour la mise en conformité - le 1^{er} juillet 2014 - ne sera pas repoussée. A ce jour, seul l'enregistrement auprès de l'IRS - généralement en tant que «Registered Deemed Compliant» - garantit donc d'être en conformité à temps.

Les banques dépositaires reconnaissent-elles le statut de «Certified Deemed Compliant FFI»?

La réponse - et les exigences - pourraient varier en fonction de la banque dans laquelle le GFI gère les avoirs de clients. Pour autant que nous ayons pu le constater jusqu'à présent, plusieurs d'entre-elles tendent à exiger un enregistrement du GFI. Mais c'était avant que cette alternative n'apparaisse.



Verband Schweizerischer Vermögensverwalter | VSV
Association Suisse des Gérants de Fortune | ASG
Associazione Svizzera di Gestori di Patrimoni | ASG
Swiss Association of Asset Managers | SAAM

Les conditions de certification ne sont pas encore arrêtées

La procédure de certification nécessaire à l'obtention du statut de «Certified Deemed Compliant foreign financial institution», n'est pas encore finalisée. Les bases légales du droit américain et les dispositions d'exécution de l'IRS laissent une très grande marge de manœuvre. Le contenu définitif des formulaires à utiliser n'est pas encore connu et il serait possible également que la certification repose, en complément, sur des attestations fournies par des réviseurs. Elle risque donc, en fin de compte, d'être plus complexe et longue qu'un simple enregistrement en tant que «Registered Deemed Compliant». Enfin, les conditions des banques vis-à-vis de ce statut ne sont pas non plus connues. A l'échelle internationale il reste, en outre, à savoir comment d'autres Etats, notamment ceux ayant conclu un accord de "modèle 1" avec les Etats-Unis, reconnaissent la conformité des gérants de fortune étrangers. Il est tout à fait possible que ces Etats exigent l'enregistrement des gérants de fortunes étrangers ne résidant pas dans un Etat de modèle 1.

La certification possède néanmoins un avantage par rapport à l'enregistrement: elle évite au gérant de créer une relation juridique avec les autorités fiscales US. Pour le gérant fondamentalement opposé à une telle relation, la certification peut donc, si elle est acceptée par les banques, être une alternative.

Points résolus et questions en suspens

Certaines questions en suspens sur la mise en œuvre du FATCA ont pu, entre temps, être résolues. Il est maintenant certain que les entités exerçant la gestion comme "**activité accessoire**" ou les GFI avec un "**grand nombre d'autres activités**", c'est-à-dire les GFI n'ayant pas réalisé - durant les trois derniers exercices ou depuis le lancement de leur activité - plus de la moitié de leur revenu brut avec des services qui ne sont pas visées par le FATCA, n'entrent pas dans le champ d'application du FATCA. N'entrent pas dans le champ d'application, les activités de conseil proprement dites (c'est-à-dire sans procuration), la gérance immobilière (à condition qu'aucun avoir de client ne soit géré) ainsi que la distribution de produits financiers (sans acceptation de fonds de clients). De même, les GFI exerçant en tant qu'**entreprises individuelles au sens du Code des obligations** n'entrent pas dans le champ d'application.

Les autres questions, notamment celles liées aux activités fiduciaires et de trustee, restent par contre toujours en suspens et l'ASG vous informera au fur et à mesure des derniers développements.