

## Sommaire

- 2 Inscrit dans le mouvement des pressions internationales qui visent à accroître la transparence et la collaboration des Etats jugés insuffisamment coopératifs, **le nouvel avenant à la convention fiscale Franco-Suisse** aligne peu à peu les relations entre les deux Etats sur les standards européens, notamment sur le sujet sensible de l'**échange de renseignements**.
- 4 Le système du « **forfait fiscal** » réservé aux étrangers fortunés est de plus en plus contesté en Suisse et sa légitimité est remise en question dans les urnes. Une votation dans le canton de Zürich vient de faire sauter un premier verrou. Depuis, partisans et adversaires s'affrontent et affûtent leurs armes, dans ce qui apparaît comme un tournant pour ce système qui a été introduit il y a plusieurs décennies dans la législation fiscale suisse.
- 6 Après l'« exit tax » et l'« article 209 B » français, une autre disposition fiscale anti-évasion, « **l'article 123 bis** », a été jugée **incompatible avec les normes communautaires**. La Suisse peut désormais en tirer partie.
- 8 Le contexte financier et les dernières décisions rendues par le Tribunal fédéral rendent plus nécessaires encore de clairement délimiter, dans le cadre de leur activité de conseil, l'étendue des obligations des **conseillers en placement financiers** ainsi que leur responsabilité.
- 10 Un décret du 5 janvier 2009 vient parachever en France la transposition de la Directive du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les **fusions transfrontalières des sociétés de capitaux**, rendant désormais matériellement réalisables ces opérations.



# La France et la Suisse renégocient leur convention fiscale sur des questions sensibles

**CLC** clc@clc-avocats.com

La France et la Suisse ont signé le 12 janvier 2009 à Berne un **nouvel avenant à la convention fiscale** de lutte contre les doubles impositions liant ces deux Etats en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune.

Ce troisième avenant, qui n'entrera en vigueur qu'après avoir été adopté par le Parlement Français et que soient ensuite échangés les instruments de ratification entre les deux Etats, selon toute vraisemblance d'ici 12 à 18 mois environ, présente plusieurs nouveautés marquantes, principalement en matière d'échange de renseignements (2) et, accessoirement, d'imposition des pensions de retraite en capital (1).

## 1. L'imposition des pensions de retraite

Le nouvel avenant met fin à la **double exonération**, en Suisse et en France, de certaines pensions de source suisse versées en capital. A compter de son entrée en vigueur, l'avenant introduira une clause permettant à la Suisse de conserver l'impôt à la source perçu sur le montant de la pension, ceci tant que la France continuera à exonérer ces versements. Il ne reste donc plus que quelques mois aux résidents français susceptibles de percevoir leur pension du « deuxième pilier », pour invoquer cette double exonération.

## 2. L'échange de renseignements

Le nouvel avenant réécrit totalement l'article 28 de la convention fiscale en prévoyant un échange entre les Etats concernant les renseignements nécessaires à l'application de leur droit fiscal interne

relatifs aux sociétés holding, et, surtout, ceux nécessaires en cas de **fraude fiscale** ou d'**infraction équivalente**.

Les Etats ont pris soin, dans le Protocole additionnel à la convention, de donner une **définition commune** de ces deux notions :

« Il est entendu que le terme "fraude fiscale ou infraction équivalente" désigne un comportement frauduleux qui, **selon le droit de l'Etat requis**, constitue une infraction passible d'une **peine privative de liberté**. Un comportement frauduleux est notamment présumé dans les situations où un contribuable utilise, ou a utilisé, à titre de preuve, un document faux, falsifié, ou inexact et dans les situations où le contribuable a recours, ou a eu recours, à des manœuvres frauduleuses ou à des constructions mensongères ».

Toutefois, le défaut de déclaration n'entraînant pas en Suisse de peine privative de liberté, ce nouvel avenant ne devrait pas permettre d'obtenir d'informations des autorités fiscales suisses, sur le fondement de ce seul grief.

En outre, la procédure d'échange de renseignements ne devra pas permettre, aux termes mêmes du Protocole, d'aller à « la pêche aux renseignements », et le secret bancaire ne pourra donc tomber que si les renseignements demandés sont en **rapport direct** avec un **cas de fraude fiscale déterminé**, et non s'il est seulement fait état de la situation générale d'un contribuable.

Enfin il faut noter que, en dépit des efforts et des gages offerts par les autorités helvétiques, la France n'a pas accepté

de reconnaître à la Suisse les mêmes avantages au regard de son droit interne que ceux offerts aux pays ayant conclu avec elle une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale. Ainsi, les sociétés suisses restent écartées de la neutralité des opérations de fusion ou d'apport prévue par le Code général des Impôts français. La France a toutefois accepté de faire bénéficier les distributions de dividendes opérées par les sociétés suisses à des résidents français des mêmes avantages que les dividendes de source française, c'est-à-dire de l'abattement de 40%. Cet avantage reste toutefois conditionné au bon fonctionnement pendant deux années de la nouvelle procédure d'échange de renseignements.



## Notre avis

En plus de ces mesures en matière d'échange de renseignements, la France a exigé l'introduction d'une **clause dite de « la Nation la plus favorisée »**, en application de laquelle, si la Suisse signe avec un membre de l'Union européenne, ou de l'OCDE, une convention définissant plus largement le champ de l'échange de renseignements, La France peut alors considérer que ce champ plus large s'applique dans ses relations avec la Suisse. Cette application se révèle automatique en cas de signature d'une clause avec un pays de l'Union Européenne, mais elle entraîne une nouvelle négociation si elle est prévue avec un Etat de l'OCDE.

La nouvelle clause d'échange de renseignements pourrait donc n'être que transitoire en attendant l'issue des discussions susceptibles de s'engager avec d'autres Etats, notamment avec les Etats-Unis, et ces avancées pourraient ne pas être suffisantes côté français, qui vient d'informer les autorités helvétiques de son intention de suspendre la ratification de cet avenant afin de s'assurer et d'obtenir des gages d'efficacité de la future assistance.

# Suisse : le forfait fiscal en pleine ébullition

**F B T** info@fbt.ch

Le 8 février 2009, les citoyens du **canton de Zürich** ont créé la surprise en acceptant **l'abolition de l'imposition selon la dépense** pour les impôts cantonaux et communaux. Bien que ce système d'imposition reste ancré dans la législation fédérale, il est communément admis que le canton de Zürich donne le ton en matière de réforme fiscale.

Ce système d'imposition particulier, réservé aux étrangers fortunés qui n'exercent pas d'activité lucrative en Suisse, est une forme privilégiée d'imposition limitée basée sur la dépense totale du contribuable, indépendamment de ses revenus étrangers et de sa fortune. L'éligibilité à ce régime est conditionnée à l'absence, d'une part de résidence Suisse au cours des 10 années précédant la demande de forfait et, d'autre part, de toute activité lucrative en Suisse pour le futur.

La base imposable se détermine alors selon la dépense annuelle et mondiale du contribuable, celle-ci se fondant au minimum sur un montant égal au quintuple de la valeur locative du logement occupé par le contribuable quand il en est propriétaire ou le quintuple du loyer quand il en est locataire. Un calcul de contrôle stipule en outre que l'impôt du contribuable doit être calculé au moins sur les éléments de revenu de source suisse et sur les éléments de revenu étranger pour lesquels le contribuable requiert un dégrèvement en application des conventions internationales de double imposition.

En 2007, six cantons se sont partagés 90% de l'apport financier du forfait pour un total de 392 millions de francs suisses. Vaud, Genève et Valais constituent le berceau de l'impôt forfaitaire, dont l'importance sur la part des rentrées fiscales des personnes physiques s'élève entre 2,6 et 5,2%. Au contraire du canton de Zürich, qui n'enregistre

que 0,3% de ses recettes sous forme forfaitaire. Perdre cette manne importante sans alternative semble difficilement concevable, dans cette période où les recettes fiscales paraissent plus incertaines que jamais. Les citoyens romands appelés aux urnes ne pourront faire abstraction de cet aspect.

Car le cas zurichois a donné des ailes aux adversaires du forfait dans toute la Suisse. Pour ne citer que ces exemples, la gauche vaudoise a déposé une motion au parlement et une interpellation demandant leur suppression. A Genève, le parti socialiste a affirmé qu'il réclamera également l'abolition du forfait fiscal. Face à ces menaces, le camp adverse a décidé de réagir.

Les partisans du forfait ont bien compris que, dans la même veine du « trop d'impôt tue l'impôt », trop d'avantage fiscal tue l'avantage. C'est particulièrement vrai dans un système politique de démocratie directe et sur le terreau de la crise économique, où toute forme de mesure en faveur d'étrangers fortunés sera perçue comme une inégalité de traitement, en dépit de l'avantage global apporté à la collectivité. C'est pourquoi ils en appellent à la réforme du système et non à sa suppression. Diverses mesures sont en préparation, dont la plupart sont déjà appliquées par le canton de Genève. Un certain nombre de « sacrifices » seraient donc concédés.

L'ordonnance fédérale d'application devrait fixer un **seuil minimum de base imposable**, dont certains auteurs estiment qu'il devrait se situer à **300 000 francs suisses**. Un délai d'adaptation serait également accordé aux anciens forfaitaires bénéficiant d'une base imposable inférieure. Le montant forfaitaire devrait en outre se baser sur la dépense effective du contribuable, et non se contenter du calcul de contrôle basé sur le quintuple de la valeur locative. Un estimatif des dépenses et des informations sur l'état

de fortune du contribuable devraient être réclamés avant l'attribution du forfait, ce qui est déjà le cas à Genève.

Les cantons de Genève et de Vaud ont d'excellents atouts pour poursuivre sur la voie du forfait, tant ils ont su, au fil des ans, développer une approche rigoureuse et responsable. Ainsi, la condition d'absence de toute activité lucrative en Suisse est contrôlée lors de l'attribution du forfait mais également par la suite afin de s'assurer qu'elle est strictement respectée tout au long de l'imposition.

Le canton de Genève s'est particulièrement distingué lorsque, en 2006, il a décidé d'abolir les droits de succession entre conjoints survivants et entre héritiers en ligne directe, alors qu'il les a maintenus pour les forfaitaires. Il s'agit là d'un exemple de rapport « donnant-donnant » qui permettrait de sauver le système, et dont bien des cantons devraient s'inspirer.

## Notre avis

Les cantons romands, Genève et Vaud en tête, semblent prêts à affronter l'orage avec sérénité.

La réforme du système, basée essentiellement sur ce que Genève a déjà entrepris, sera propre à redonner à celui-ci sa légitimité nécessaire. Face à la concurrence des cantons alémaniques qui baissent continuellement leur taux d'imposition, la Romandie ne peut se priver de recettes fiscales substantielles, ce d'autant qu'elle fait preuve d'une application à la fois attractive et responsable de l'imposition selon la dépense.

Souvenons-nous de la Grande-Bretagne et de la vague de protestation contre le statut spécial des « résidents non domiciliés ». **Une réforme de ce statut a permis d'éviter sa suppression pure et simple.**



# La France encore sanctionnée pour ses dispositions fiscales anti-évasion

**CLC** clc@clc-avocats.com

La France dispose dans son droit interne d'un cadre juridique puissant pour lutter contre l'évasion fiscale internationale.

Parmi ces dispositions, on peut citer l'**article 123 bis du Code Général des Impôts** (CGI), en vertu duquel lorsqu'un **contribuable personne physique domicilié en France** détient directement ou indirectement 10% au moins des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une personne morale, un organisme, une fiducie ou une institution comparable, établi ou constitué hors de France et soumis à un régime fiscal privilégié, les bénéfices ou les revenus positifs de cette structure sont réputés constituer un **revenu imposable en France** de cette personne physique, dans la proportion des actions, parts ou droits financiers qu'elle détient dans cette entité financière de gestion de portefeuille.

Ce dispositif est très directement issu de l'article 209 B du CGI, qui s'applique aux sociétés ayant des filiales dans des pays à « fiscalité privilégiée » (version française des « CFC rules » anglo saxonnes). Or, l'article 209 B a fait l'objet il y a quelques années de vifs débats sur sa compatibilité avec les engagements internationaux de la France. Suite à plusieurs jurisprudences la condamnant, elle a été contrainte de modifier très sensiblement ce texte.

La question de la compatibilité de l'article 123 bis avec les dispositions communautaires se posait également depuis de nombreuses années, la majorité des auteurs considérant que cette mesure contrevenait manifestement au principe de **liberté de circulation des capitaux au sein de l'Union européenne**.

Pour la première fois, un arrêt de Cour d'appel vient de confirmer cette analyse (Nancy, 22 août 2008, No.07-783, Rifaut) en jugeant que l'article 123 bis du CGI porte simultanément atteinte à la **liberté d'établissement** et à la **liberté de circulation des capitaux**. Pour arriver à cette conclusion, la Cour reprend à son compte le raisonnement désormais classique en trois temps développé par la Cour de Justice des communautés européennes :

- i. Elle constate tout d'abord que l'imposition n'aurait pas eu lieu si la société, dont les titres étaient détenus, avait été française ;
- ii. Elle admet ensuite que cette mesure procède du souci légitime du Législateur de prévenir l'évasion fiscale ;
- iii. Mais elle considère finalement que la mise en œuvre de cette mesure s'avère manifestement **disproportionnée**, puisqu'elle revient à présumer de façon irréfragable que la création d'une société dans un pays à faible fiscalité relève nécessairement de l'évasion fiscale.



## Notre avis

Cet arrêt de Cour d'appel devrait entraîner un profond toilettage de l'article 123 bis, comme cela avait été le cas pour l'article 209 B, ou peut être même sa disparition pure et simple comme cela avait été le cas pour l'exit tax. Nous imaginons plus vraisemblablement la première solution, dans le cadre de laquelle son application pourrait être écartée en présence d'une **société de gestion de portefeuille européenne** ou de l'Espace économique européen.

Il faut noter également que le principe de liberté de circulation des capitaux s'applique aussi à la **Suisse**, sous réserve des restrictions existantes au 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou communautaire. Or, l'article 123 bis ayant été introduit en 1999, il serait susceptible d'être invalidé par la Cour de justice des Communautés européennes si elle était saisie d'un dossier mettant en cause une entité suisse.

Enfin, la **Convention de double imposition** que la France a conclue avec la Suisse prévoit que les bénéfices réalisés par une société suisse, détenue directement ou indirectement à hauteur de 10% ou plus par une personne physique domiciliée en France, ne sauraient être attribués « en transparence » à cette personne physique.

**L'application de l'article 123 bis entre donc directement en contradiction** avec les règles de répartition de compétences entre la Suisse et la France s'agissant de l'imposition des bénéfices et des dividendes, même si la convention fiscale franco-suisse, et en particulier le nouvel avenant qui vient d'être signé, ne confère pas à la Suisse le statut d'Etat ayant signé avec la France une clause d'assistance administrative (cf. notre article sur cette problématique dans ce même numéro en page 2).



# Suisse : la responsabilité du conseiller en placement financier

**F B T** info@fbt.ch

Le client d'une banque qui souhaite **procéder à des investissements** peut être lié à celle-ci par trois types de relations contractuelles. Si le client est suffisamment rompu aux affaires, il donnera un ordre inconditionnel d'investissement (contrat dit « execution only »), alors que le client non expérimenté conclura plutôt un contrat de gestion de fortune après établissement d'un « profil risque ». Le troisième type de contrat, souvent bien plus difficile à identifier, est celui de **conseil en placements**, dans le cadre duquel la banque informe et conseille son client de la manière la plus adaptée afin qu'il prenne seul, ensuite, la décision d'investissement. Dans les faits, un tel contrat concerne les clients ayant un certain degré d'expérience dans le domaine financier.

La jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF du 21 février 2007, cause 4C.205/2006 et du 3 juin 2008, cause 4C.62/2007) montre que le plus souvent le contrat de conseil n'est pas formalisé par écrit, de sorte que la banque se retrouve, malgré elle, dans un rapport de **conseil en placement tacite** avec son client. Or, lorsqu'un contrat de conseil est conclu en la forme écrite, il contient généralement les obligations de la banque à l'égard de son client, délimitant ainsi la responsabilité qu'elle est susceptible d'encourir. Cependant en pratique, la banque se trouve le plus souvent liée par un contrat tacite de conseil, « **par actes concluants** », chaque fois qu'elle conseille un client qui, sur cette base, procédera à l'investissement envisagé.

La banque partie au contrat de conseil en placement — **écrit ou tacite** — assume diverses obligations à l'égard

de son client. Les premières résultent de l'article 11 de la Loi sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières (LBVM), qui prévoit que le négociant (la banque) est redevable envers ses clients d'un **devoir d'information**, en particulier sur les risques liés à un type de transaction donné et que, dans ce contexte, il sera tenu compte de **l'expérience et des connaissances du client**. La remise d'un document **standardisé** est suffisante. La jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi que la réglementation de la FINMA imposent depuis peu de tels devoirs **tant aux négociants qu'aux banques**. La violation du devoir d'information à l'égard du client peut conduire en cas d'investissement malheureux à une action à l'encontre du conseiller en placement.

Le conseiller en placement assume aussi les obligations découlant du **droit du mandat**, notamment **le respect du devoir de diligence, de fidélité et de sauvegarde des intérêts du client**. La méconnaissance de ces obligations constitue un fondement autonome à une action en responsabilité, le client reprochant alors à son mandataire d'avoir dispensé un conseil **inexact, incomplet ou inadapté** à son profil.



## Notre avis

Lorsqu'elle **agit tacitement en qualité de conseillère en placement**, la banque doit formaliser sa relation de conseil dans un contrat écrit qui lui permette de circonscrire ses obligations et de prendre en compte **la situation financière, personnelle et même professionnelle du client**, laquelle gouverne l'étendue du devoir d'information et de conseil de la banque.

Quant au client qui entend engager une action en responsabilité, il devra se montrer diligent pour obtenir gain de cause et déférer à son obligation de contestation en temps utile. Il devra par ailleurs s'attacher à prouver l'existence de la violation par la banque de son devoir d'information ou de son obligation de conseil.



# Fusions transfrontalières au sein de l'Union européenne

**CLC** clc@clc-avocats.com

La transposition en France par un décret du 5 janvier 2009 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les **fusions transfrontalières**

**des sociétés de capitaux**, s'inscrit dans un mouvement général de transposition de la directive-fusions, initié dans le courant de l'année 2007 par des pays tels que le Royaume-Uni, l'Allemagne et le Luxembourg et toujours en cours dans d'autres pays, tels que la Belgique, l'Espagne, et les Pays-Bas.

La notion de fusion transfrontalière des sociétés de capitaux telle que définie par la directive, recouvre **trois types d'opérations**, qui ne comprennent pas les scissions et apports partiels d'actifs :

- soit une société transfère l'ensemble de son patrimoine à une autre société préexistante, moyennant l'attribution à ses associés de titres ou de parts représentatifs du capital social de l'autre société ;
- soit deux ou plusieurs sociétés transfèrent l'ensemble de leur patrimoine à une société qu'elles constituent, moyennant l'attribution à leurs associés de titres ou de parts représentatifs du capital social de cette nouvelle société ;
- soit enfin, une société transfère l'ensemble de son patrimoine à la société qui détient la totalité des titres ou des parts représentatifs de son capital.

Pour que la directive européenne soit applicable, les sociétés doivent être constituées en conformité avec la législation d'un État membre et avoir leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, et deux d'entre elles au moins doivent relever de la législation d'États membres différents.

Sont toutefois **exclus du champ d'application** de la directive, les sociétés dont l'objet est le placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM) ainsi que les SICAV et les sociétés de placement à prépondérance immobilière.

D'un point de vue pratique, le décret du 5 janvier dernier est venu préciser **les étapes et les délais** que devront respecter la mise en œuvre des opérations de fusion :

- élaboration et la publication d'un projet commun de fusion ;
- rédaction d'un rapport des organes de direction de chacune des sociétés ;
- rédaction d'un rapport d'experts indépendants ;
- approbation de la fusion en Assemblée générale extraordinaire ;
- obtention d'un certificat attestant de l'accomplissement des actes et des formalités préalables à la fusion ;
- et, enfin, contrôle de la légalité de la fusion transfrontalière par l'autorité compétente désignée à cet effet dans chaque Etat membre (tribunal, notaire...).

Les sociétés, issues d'une fusion, seront alors **juridiquement protégées** puisque la directive (qui définit la ligne directrice des textes nationaux) interdit aux Etats de prononcer la nullité d'une fusion transfrontalière ayant pris effet dans le respect des conditions prévues par cette directive.

## Notre avis

La parution du décret d'application du 5 janvier 2009 permet enfin d'envisager **concrètement** les fusions transnationales, même si tous les pays de l'Union européenne n'ont pas encore transcrit cette directive dans leur droit interne.

Du côté français, on peut regretter que certaines opérations, souvent utilisées dans le cadre des fusions nationales, n'aient pas été intégrées dans le champ de la directive 2005. Il s'agit notamment de la **dissolution sans liquidation** d'une société au profit de son associé unique prévue à l'article 1844-5 du Code civil, mais également des **apports partiels d'actifs** ou des scissions.

Une question se pose également concernant **la Suisse**, qui n'est pas à ce jour concernée par cette directive européenne. Compte tenu de l'extension du champ des accords bilatéraux conclus par la Suisse avec l'Union européenne, on ne peut pas exclure que cette dernière rejoigne un jour les pays adhérents à cette directive, laquelle devrait favoriser l'émergence de groupes de sociétés européens.





## Cabinets membres

### **CLC**

65 avenue Marceau  
F-75116 Paris  
Tél. +33 1 47 20 72 72  
Fax +33 1 47 20 72 70  
clc@clc-avocats.com  
www.clc-avocats.com

### **FBT**

Rue du 31-décembre 47  
CH-1207 Genève  
Tél. +41 22 849 60 40  
Fax +41 22 849 60 50  
info@fbt.ch  
www.fbt.ch

Avenue de Rhodanie 60  
Case postale 151  
CH-1000 Lausanne 3 Cour  
Tél. +41 21 711 71 00  
Fax +41 21 711 71 50  
www.fbt.ch

### **CYL**

6 place de la République  
BP 258  
F-14013 Caen Cedex 1  
Tél. +33 2 31 86 36 00  
Fax +33 2 31 50 33 20  
www.cyl-lex.com

197 boulevard  
Saint-Germain  
F-75007 Paris  
Tél. +33 1 45 44 01 07  
Fax +33 1 45 44 62 31  
cyl@cyl-lex.com