

## Résumé

- ›2 Si le législateur français se refuse à réformer en profondeur l'ISF, et notamment à revoir la problématique fondamentale des biens professionnels, la Cour de cassation s'attache au contraire à assouplir très sensiblement les **contraintes** pesant sur les redevables.
- ›4 Une disposition méconnue du droit interne français permet aux ressortissants de l'Union européenne détenant en France et en direct un **bien immobilier** de revendiquer, s'ils ont séjourné dans ce pays, une **exonération complète de l'impôt de plus-value** en cas de revente de ce bien.
- ›6 **Plus-values sur titres** : en dépit des dernières évolutions législatives françaises, la Suisse demeure un pays d'accueil privilégié pour les investisseurs souhaitant céder leurs valeurs mobilières, sous la réserve cependant de répondre strictement aux critères posés par les autorités helvétiques.
- ›9 La Suisse adopte une réforme importante de son **droit des fondations** en y apportant différentes innovations qui assouplissent, modernisent et crédibilisent ce type de structures et les rend fiscalement plus attrayantes.
- ›10 Une banque suisse doit en principe donner suite à une demande d'**entraide judiciaire civile**, relative à des prétentions successorales tendant à l'obtention d'informations portant sur l'état de fortune de son client décédé ainsi que sur les mouvements bancaires intervenus dans les dix ans précédant le décès.
- ›12 La France réforme en matière de **sous-capitalisation** son dispositif anti-abus en tenant compte des jurisprudences récentes – communautaire et nationale – qui sanctionnent dans ce domaine les législations discriminatoires.

# ISF: régime d'exonération des biens professionnels

Les actifs qualifiés de « biens professionnels » au sens des articles 885 N et suivants du Code général des impôts sont exonérés de l'assiette de l'ISF français. Il s'agit essentiellement des biens nécessaires à l'exercice, à titre principal, d'une **profession**, qu'elle soit industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale.

A ce titre, sont considérées comme des biens professionnels les parts ou actions de sociétés au sein desquelles un contribuable exerce des fonctions de direction éligibles, sous la condition cependant du respect d'un seuil de détention (en général 25%). Mais qu'en est-il des **sociétés holding**, et qu'en est-il des **excédents de trésorerie** compris dans les actifs professionnels?

La **Cour de cassation** apporte les réponses suivantes :

## 1. Appréciation du rôle d'animateur d'une société holding

Rappelons que l'article 885 O quater du CGI exclut du champ de l'exonération des biens professionnels les titres de « sociétés ayant

pour activité principale la gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier ».

L'administration fiscale, dans le cadre de sa doctrine, a cependant assoupli les contraintes de l'article 885 O quater et a étendu le champ de l'exonération des biens professionnels aux parts ou actions de sociétés holding, mais à la condition expresse que celles-ci soient **animatrices effectives d'un groupe**. A cet effet, les sociétés holding doivent participer activement à la conduite de la politique du groupe, au contrôle des filiales et rendre, le cas échéant et à titre purement interne au groupe, des services spécifiques administratifs, juridiques, comptables, financiers ou immobiliers (doc. adm. 7 S 3323, n°15 et 16, 1<sup>er</sup> octobre 1999).

L'Administration sous-entend ainsi que seule serait éligible au régime des biens professionnels la société holding disposant d'**importants moyens matériels et humains**.





La Cour de cassation a infirmé cette analyse, en jugeant au contraire que la notion de holding animatrice devait être reconnue dès lors que **l'implication du chef d'entreprise** était **clairement avérée** – étude, conseil et réorientations stratégiques assurant la croissance externe du groupe – même si ce dernier n'était assisté que de sa seule secrétaire (Cass. Com. n°1324 du 27 septembre 2005, arrêt *Gros*).

## 2. Appréciation du caractère professionnel des liquidités et des titres de placement des sociétés

Toujours sur le fondement de l'article 885 O quater, l'administration fiscale a constamment considéré que la trésorerie excédentaire d'une société ne constituait pas un actif professionnel exonéré d'ISF et qu'elle devait donc être réintégrée dans les actifs taxables des associés, mais bien entendu au prorata seulement de sa quote-part dans l'actif total de la société (en ce sens, instruction 75-1-05 du 12 janvier 2005).

La Cour de cassation vient sur ce point également de censurer la position de l'Administration, qui avait pourtant été confirmée par les juridictions de première instance, en jugeant que les liquidités résultant de la vente d'un actif social devaient bien être considérées comme actifs professionnels, même si ces liquidités n'avaient

pas été immédiatement réinvesties (Cass. Com. n°751 du 18 mai 2005, arrêt *Soalhat*).

## *Notre avis:*

Ces deux décisions de la Cour de cassation reflètent le **pragmatisme** avec lequel la Haute Juridiction aborde les **problématiques fiscales**, mettant en avant un **réalisme économique et financier**, et donnent des raisons d'espérer aux contribuables qu'un assouplissement des règles strictes en matière de biens professionnels est possible. Les lois de finances de décembre 2005 en témoignent avec l'adoption des trois textes suivants :

- l'exonération partielle (75%) des titres détenus par les salariés et mandataires sociaux ;
- l'exonération partielle (50% ou 75%) des titres faisant l'objet d'un engagement collectif de conservation ;
- le « bouclier fiscal » plafonnant à 60% les impôts directs en fonction du revenu du contribuable.

# Cession de biens immobiliers détenus en France par des non-résidents de ce pays

Un régime fiscal peu usité permet aux non-résidents de France d'être **exonérés de l'impôt sur la plus-value** réalisée lors de la cession d'un bien immobilier situé dans ce pays (art. 150 U-II 2° du CGI).

Cette exonération est soumise aux trois conditions suivantes :

(i) la personne physique non résidente doit avoir été **fiscalement domiciliée en France** de manière continue pendant au moins **deux années** préalablement à la cession ;

(ii) cette personne doit être **ressortissante d'un Etat membre de l'Union européenne** ou d'un Etat partie à l'accord sur

l'espace économique européen ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative. En conséquence, cette exonération ne s'applique pas aux **ressortissants suisses**, mais aux non-résidents de France, citoyens français, belges, italiens, etc. qui détiennent directement un immeuble en France, et qui, le cas échéant, sont des **résidents fiscaux de Suisse** ;

(iii) le propriétaire doit avoir la **libre disposition** du bien immobilier depuis le 1<sup>er</sup> janvier de l'année précédent celle de la cession. Le bien immobilier peut donc être donné à bail, sauf l'année qui précède celle de la cession.

Lorsque ces trois conditions sont remplies, la cession de la propriété française est exonérée de l'impôt de plus-value (calculé, rappelons-le, au taux de 16%). Mais jusqu'à présent, cette exonération était limitée à la **première cession** d'un bien immobilier.

La loi de finances rectificative pour 2005 a étendu cette exonération à la **seconde cession** d'une habitation en France d'un non-résident. Toutefois, pour être exonérée, cette **seconde cession** doit, en plus des conditions précédemment visées, répondre aux **deux conditions cumulatives** suivantes : elle doit porter désormais sur l'unique propriété en France du non-résident et intervenir plus de cinq ans après la première cession exonérée.



## *Notre avis:*

Les dispositions de l'article 150 U-II 2° du CGI permettent, dans de nombreux cas, aux ressortissants de l'Union européenne, d'échapper à l'impôt de plus-value dû par les particuliers, mais il est discriminant et dommageable que les ressortissants suisses ne bénéficient pas des dispositions de cet article. En pratique, il faut veiller à ce que la personne physique non résidente de France **détienne le bien directement**, et non par l'intermédiaire d'une société interposée (y compris une société civile immobilière).

Enfin, il est intéressant de noter quelques développements en matière de **résidence fiscale** contenus dans une instruction administrative du 16 février 2006 (BOI 8 M-1-06) commentant l'article 150 U-II 2° : « Chaque bien cédé doit constituer l'habitation en France du contribuable domicilié hors de France. Le contribuable doit avoir la libre disposition de chacun des biens cédés depuis le 1<sup>er</sup> janvier de l'année précédant celle de la cession ».

En d'autres termes, l'administration fiscale française admet implicitement qu'un contribuable peut être reconnu comme non-résident de France, alors même qu'il y détient une ou deux habitations dont il peut avoir la libre disposition. Le cas échéant, cet argument pourra être invoqué dans le cadre de différends touchant à la notion de résidence fiscale d'un contribuable.



# Analyse comparée du régime des plus-values mobilières en France et en Suisse

**D**epuis la suppression de l'*exit tax* dont l'objectif affiché était de prévenir la délocalisation des chefs d'entreprises, la question du **traitement des plus-values de cession de valeurs mobilières en France et dans les pays limitrophes** revêt une importance particulière. Compte tenu de cette nouvelle liberté de circulation des hommes et des capitaux, ainsi que des dispositions de la Convention fiscale Franco-Suisse prévoyant que les gains en capital sur valeurs mobilières ne sont imposables que dans **l'Etat dont le cédant est un résident**, nous vous présentons ci-après une analyse comparée des régimes d'imposition des plus-values mobilières privées en France et en Suisse.

**En France :** les personnes physiques qui, dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé, procèdent à la **cession de valeurs mobilières** sont soumises à un régime d'imposition sur le revenu, caractérisé par une **taxation forfaitaire**. Actuellement, les **plus-values** sur cessions d'actions ou de parts sociales sont imposées au taux proportionnel de 16%, augmenté des prélèvements sociaux de 11 %, soit une taxation globale de 27 %.

Il faut cependant noter que les plus-values restent imposées selon le régime de **droit commun** de l'impôt sur le revenu, au taux marginal de 51 % (prélèvements sociaux inclus), lorsqu'elles résultent d'opérations de bourse effectuées dans des **conditions analogues à celles qui caractérisent un professionnel** : opérations nombreuses et sophistiquées, impliquant notamment la détention, la maîtrise, l'utilisation et la recherche organisée d'informations et de techniques d'intervention spécialisée. A cet égard, l'Administration française a admis que l'utilisation, même fréquente, du réseau In-

ternet et du courtage en ligne pour gérer un portefeuille privé, ne devait pas constituer un critère suffisant.

Conscient que le niveau élevé de la pression fiscale sur l'investissement mobilier – en général 27% – pouvait inciter les investisseurs français à se délocaliser préalablement à une cession, le gouvernement a fait voter, dans le cadre de la loi de finances rectificative pour 2005, une **réforme** instituant une **taxation dégressive en fonction du délai de détention des titres**. Ce nouveau régime, applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006, consiste à prendre en compte la durée de détention des titres cédés en instaurant un abattement d'un tiers par année de détention à compter de la fin de la sixième année. Concrètement, cette nouvelle disposition exonère totalement d'impôt proportionnel au taux de 16% la cession de titres détenus pendant au moins **neuf ans**. En pratique les résidents de France pourront bénéficier de cette exonération complète de 16% pour ceux de leurs titres qu'ils auront conservés jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2015.



# des plus-values mobilières

e

Seuls les dirigeants de petites et moyennes entreprises faisant valoir leurs droits à la retraite et détenant au moins 25 % des droits dans leur société sont susceptibles de bénéficier, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2006, de l'exonération de l'impôt proportionnel de 16 %.

Cependant dans tous les cas de figure – retraités, ou non-retraités cédant à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015 – les **prélèvements sociaux de 11 % restent exigibles** pour les résidents de France.

**En Suisse** : en principe, tous les revenus perçus par un contribuable sont imposables (article 16 LIFD). Une exception de taille concerne les **gains en capital privés** réalisés par des personnes physiques qui sont expressément **exonérés** de l'impôt sur le revenu (16 al. 3 LIFD).

Pour les besoins de l'exonération, le gain en capital est défini comme l'accroissement de la fortune privée réalisé lors d'une opération d'achat, puis de vente, de titres. Le gain est privé lorsque la

personne physique le réalise dans le cadre de la simple gestion de son patrimoine.

La délimitation entre activité **privée** et **professionnelle** se détermine en fonction des **deux séries de critères** suivants :

1. La qualification de « gain en capital privé non imposable » est reconnue si les **conditions suivantes** sont **cumulativement remplies** :
  - les actions cédées doivent avoir été détenues pendant au moins un an ;
  - Le volume total des transactions ne doit pas représenter, par année civile, plus du quintuple du montant des titres et des avoirs détenus au début de l'année fiscale ;
  - il n'est pas nécessaire de réaliser des gains en capital provenant d'opérations sur titres afin de remplacer des revenus manquants ou ayant cessé dans le but d'assurer le train de vie du contribuable (c'est normalement le cas lorsque les gains en capital réalisés »



- » représentent moins de 50% de tous les revenus imposables de la période fiscale considérée) ;
  - les actions cédées doivent pouvoir être acquises sans restriction par tout investisseur et les transactions qui s'y rapportent ne doivent pas être en rapport étroit avec l'activité professionnelle du cédant ;
  - l'acquisition des actions ne doit pas être financée par des fonds étrangers ou, en cas d'endettement, les rendements de fortune imposables provenant des actions ne doivent pas être plus élevés que la part proportionnelle des intérêts passifs ;
  - enfin, en cas d'achat et de vente de produits dérivés, ils doivent se limiter à la couverture des positions titres du cédant.

2. Dans l'hypothèse où l'un de ces critères n'est pas satisfait, l'existence d'un commerce professionnel de titres doit au surplus être prouvé au regard de circonstances propres au cas d'espèce considéré (circulaire IFD n. 8 du 21 juin 2005). La présence de l'un des critères suivants suffit à conclure au caractère professionnel du gain :

- manière d'agir systématique ou planifiée du cédant ;
- fréquence élevée des transactions et courte durée de possession ;
- rapport étroit entre les transactions et l'activité professionnelle du contribuable, de même qu'utilisation de connaissances spéciales ;

- recours à d'importants fonds étrangers pour financer les transactions.

La jurisprudence récente du Tribunal fédéral fait une application « opportuniste » et « au cas par cas » de ces critères.

## *Notre avis:*

La réforme française du régime d'imposition des plus-values, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2006, présente une réelle avancée pour les dirigeants de PME appelés à prendre leur retraite prochainement et qui cèderont leur entreprise à cette occasion. En revanche, pour les autres cédants, le délai de détention de neuf années imposé par la loi, soumis au surplus aux aléas législatifs, ne présente pas un caractère immédiatement attractif, situation qui maintient le courant actuel de transferts de résidence vers la Suisse.

Du côté Suisse, compte tenu d'une jurisprudence incertaine sur le critère de l'existence d'un commerce professionnel, il est impératif de bien cerner, de planifier et d'organiser les conditions de la cession.



# La Suisse modernise son droit des fondations

**D**epuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, trois innovations importantes ont été introduites dans le droit des fondations, entraînant des amendements au Code civil (article 86 et suivants) et aux lois fiscales fédérales applicables en matière de dons déductibles consentis aux fondations d'utilité publique.

Ces modifications portent en substance sur les points suivants :

**1. Faculté pour le fondateur de modifier le but de sa fondation :** le Code civil suisse autorise désormais la modification du but d'une fondation, après sa constitution, soit par une requête de son fondateur de son vivant, ou par disposition à cause de mort ; ce droit n'est pas ouvert aux héritiers du fondateur. La faculté de modification est cependant soumise à deux conditions : l'acte de fondation doit expressément prévoir cette possibilité et la fondation doit avoir été constituée il y plus de dix ans (durée portée à vingt ans si le fondateur est une personne morale). Dans tous les cas – et ce point est important – le nouveau but donné à la fondation doit **demeurer d'intérêt**

**public** si cette dernière poursuivait un tel but auparavant.

**2. Obligation de doter les « grandes » fondations d'un organe de révision :** le Législateur a légalisé la pratique qui consistait, pour les grandes fondations, à désigner spontanément un organe de révision. Une « grande » fondation est une fondation qui (i) effectue des collectes publiques et reçoit des dons ou d'autres libéralités supérieurs à CHF 100'000 au cours de deux exercices successifs ; (ii) est tenue d'établir des comptes de groupe ; (iii) dépasse au cours de deux exercices consécutifs soit un total de bilan de CHF 10 Millions, soit un chiffre d'affaire de CHF 20 Millions, soit un effectif à plein temps de cinquante employés. La fondation qui remplit cumulativement ces trois critères doit **impérativement** se doter d'un **organe de révision particulièrement qualifié**. En revanche, les « petites » fondations – celles dont le total du bilan est inférieur à CHF 200'000 et qui n'effectuent pas de collectes publiques – sont dispensées de l'obligation de désigner un tel organe.

**3. Avantages fiscaux :** les nouveaux articles de la loi d'impôt fédéral direct (article 33a pour les personnes physiques et 59 al. 1 lettre c pour les personnes morales) prévoient désormais que les versements effectués en faveur des fondations qui ont leur siège en Suisse et qui poursuivent des buts d'intérêt ou d'utilité publics, pourront être déduits jusqu'à 20%, soit du revenu net pour les personnes physiques, soit du bénéfice net pour les personnes morales. Cette déduction était auparavant limitée à 10% seulement.

## *Notre avis :*

Internationalement reconnue par la sécurité juridique qu'elle confère, la fondation de droit suisse renforce sa notoriété en modernisant et crédibilisant son cadre juridique et, notamment, son but, sa gouvernance et son attractivité fiscale.

# Droit successoral: entraide judiciaire et secret bancaire suisse

Un tribunal français peut être amené, dans le cadre d'un litige successoral opposant des héritiers, à administrer une preuve ayant pour objet un compte bancaire ouvert au nom du *de cuius* dans les livres d'une banque suisse. Pour obtenir des renseignements sur l'état du compte, le tribunal doit tout d'abord se conformer aux règles de procédure relatives à l'entraide judiciaire internationale en matière civile.

La Convention de la Haye de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (la « Convention ») a créé un système d'autorités centrales chargées de recevoir les commissions rogatoires émanant directement d'une autorité judiciaire d'un autre Etat contractant. Par exemple, s'agissant de Genève, l'autorité judiciaire française peut ainsi s'adresser directement au



Parquet du Procureur général genevois qui transmet à son tour la requête à l'autorité judiciaire compétente, soit en l'espèce le Tribunal de première instance.

Sous réserve de l'existence d'un motif justifiant un rejet immédiat de la demande, l'autorité judiciaire helvétique saisit l'établissement bancaire de la demande de renseignements dont elle est requise. C'est à ce stade que la banque peut invoquer une interdiction de fournir les renseignements et les pièces demandées, interdiction fondée soit sur la loi de l'Etat requis (art. 11 lit. a de la Convention), soit sur la loi de l'Etat requérant (art. 11 lit. b de la Convention). En droit suisse, deux motifs de refus sont le plus souvent invoqués :

1. **Le secret bancaire** : sur le plan du droit des obligations, les héritiers succèdent au défunt dans le contrat de mandat qui le liait à la banque. Dès lors, ils ont le droit d'obtenir des informations sur l'état de la fortune du *de cuius* à son décès ainsi que sur les opérations qui n'ont pas été contrôlées par ce dernier.

En revanche, il se peut que la banque ait été relevée par le *de cuius* de son obligation de renseignement et d'information portant sur ses comptes ou relevés de titres à l'égard des héritiers. Si elle parvient à en apporter la preuve, la banque pourra alors valablement opposer le secret bancaire aux héritiers.

La volonté du *de cuius* est toutefois sans effet si elle se heurte à des dispositions légales impératives. A ce titre, les héritiers réser-

vataires ont, en tout état de cause, le droit d'obtenir les renseignements indispensables à la reconstitution de leur réserve.

2. **La limite à l'obligation de conserver des pièces** : qu'il découle du contrat de mandat ou de la loi, le devoir d'information de la banque peut être limité par le délai de dix ans de l'article 962 du Code des obligations, au-delà duquel la banque n'est plus tenue de conserver ses livres. Le moyen est toutefois limité : si la banque a connaissance d'une demande de renseignements avant l'expiration du délai, elle sera tenue de conserver les documents même après les dix ans. De plus, en l'état de la doctrine et de la jurisprudence, il est douteux que cette disposition légale puisse être invoquée avec succès par la banque tant que dure la relation contractuelle la liant à son client.



## *Notre avis:*

La tendance actuelle va vers un élargissement du **devoir d'information des banques à l'égard des héritiers**, qu'ils soient ou non réservataires. Une telle extension est souhaitable en ce qu'elle présente l'avantage de simplifier les démarches de la banque pour les demandes émanant des héritiers réservataires. En effet, cette dernière n'a désormais plus à examiner si les renseignements demandés sont effectivement de nature à permettre la reconstitution de la réserve (pratique au demeurant difficile à mettre en œuvre dans un contexte d'entraide judiciaire internationale). En revanche, cette tendance peut conduire à l'utilisation des informations transmises par la banque dans l'Etat requérant à d'autres fins, notamment fiscales. Sauf à engager sa responsabilité, la banque devra donc veiller à obtenir des garanties quant à une utilisation limitée des informations fournies.

# Sous-capitalisation

La sous-capitalisation de filiales de sociétés mères étrangères entraîne le plus souvent des « glissements » de frais financiers liés aux avances consenties par la mère à ses filiales pour pallier leurs besoins de fonds de roulement.

Pour lutter contre cette perte de matière imposable, les Etats de résidence des filiales ont institué des dispositifs fiscaux « anti-abus », le plus souvent **discriminatoires**, car visant seulement les **mères étrangères**. Ce qui est le cas de la France.

Concernant les pays membres de l'Union européenne, la Cour de Justice des Communautés Européennes a sanctionné cette pratique. S'agissant tout particulièrement de la France, le Conseil d'Etat aussi a **invalidé la limitation** imposée par l'Administration sur le fondement de l'**article 212 du Code Général des Impôts** à la déduction des intérêts versés par une filiale française à une société mère étrangère implantée dans l'Union européenne.

En pratique, l'application de l'article 212 demeure donc possible dans le cas de sociétés mères implantées dans 58 pays, dont le Canada, les Etats-Unis, le Japon et la Suisse.

Par conséquent, les filiales françaises de sociétés résidant dans ces pays doivent toujours éviter de recevoir de leurs sociétés mères des avances d'associés, supérieures à une fois et demie leur capital social.

L'article 113 de la loi de finances pour 2006 a institué une législation totalement nouvelle qui entrera en vigueur le **1<sup>er</sup> janvier 2007** (CGI, art 212 nouveau). L'abus de sous-capitalisation se trouvera caractérisé lorsque la filiale française aura dépassé à **la fois** : (i) une limite d'endettement auprès de sociétés liées dépassant une fois et demie ses capitaux propres ; (ii) et une limite de ses frais financiers, fixée à 25% d'un résultat courant avant impôt « retraits ». Avec une exception toutefois dans le cas de situations dites « à faible enjeu », c'est-

à-dire lorsque l'excédent de frais financiers annuel ne dépassera pas 150 000 €.

## Notre avis :

Pour plus d'information sur cette question importante, nous recommandons l'excellent article de M. Hervé Kruger, commissaire aux comptes et expert comptable associé du cabinet Avvens - Galet - Oidra, à Annecy (hkruger@avvens.com) paru dans la *Revue de droit fiscal* n°51 du 22 décembre 2005.

### Cabinets membres :

Fasel Bochatay Tsimaratos  
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

CLC.avocats  
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

RWB  
Avenue C.-F. Ramuz, 43  
Case postale 1376  
CH-1001 Lausanne  
Tél. +41 21 711 71 00  
Fax +41 21 711 71 57  
www.rwblaw.ch

