



FBT

A V O C A T S

FBT NEWSLEX
N° 2 - NOVEMBRE 2011

CONTACT

Jean-Louis Tsimaratos
jltsimaratos@fbt.ch
T. +41 (0)22 849 60 40
www.fbt.ch

REVUE PÉRIODIQUE D'INFORMATIONS
EN MATIÈRE JURIDIQUE ET FISCALE

SOMMAIRE

P.02 Distribution de produits et de services financiers en Suisse : quoi de neuf à l'horizon ?

P.04 Réforme de l'imposition des entreprises II : le principe de l'apport en capital dans la tourmente

P.06 La prestation de services d'une entreprise de l'UE en Suisse

P.08 Imposition des biens composant un trust : nouveau régime fiscal français

P. 10 Les enjeux de la réforme sur le patrimoine en France

P. 14 Les retenues à la source pratiquées sur les dividendes français versés par les sociétés françaises aux fonds d'investissements étrangers sont-elles discriminatoires ?



2 DISTRIBUTION DE PRODUITS ET DE SERVICES FINANCIERS EN SUISSE : QUOI DE NEUF À L'HORIZON ?

En Suisse, les prestataires qui offrent des produits financiers à des investisseurs ne sont pas soumis à une réglementation uniforme, mais différenciée, qui dépend du produit financier concerné, de l'activité exercée et par ailleurs du cadre contractuel dans lequel l'activité est conduite.

En l'état actuel **du droit suisse**, un distributeur de fonds de placement est tenu de se renseigner sur les **connaissances et l'expérience** de son client en matière de fonds de placement, ainsi que sur son **aptitude et sa capacité au risque**. Les mêmes obligations s'appliquent à tout prestataire lié à son client par un mandat de conseil ou de gestion (banque ou gérant de fortune indépendant par exemple), quel que soit le type de produit offert, avec l'obligation supplémentaire de conseiller le client sur le service ou le produit le plus adapté à sa situation personnelle. Les prestataires d'autres types de services ou de produits ne sont pas soumis à des obligations aussi contraignantes. Toutefois, s'ils sont négociants en valeurs mobilières (comme c'est le cas de la plupart des banques), ils doivent respecter le devoir d'information sur les risques prévu à l'art. 11 de la loi sur les bourses et les valeurs mobilières. Les gérants de fortune indépendants sont en règle générale également tenus à ce devoir qui leur est délégué contractuellement par la banque dépositaire.

En octobre 2010, l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a publié un rapport sur la distribution des produits financiers dans lequel elle constate un défaut de protection des investisseurs dû, selon elle, à une réglementation insuffisante.

La mesure centrale préconisée par le rapport est **l'introduction de règles de conduite uniformes** au point de vente qui seraient applicables à tous les prestataires de services financiers et à tous les types de produits financiers. La FINMA préconise ainsi l'introduction en droit suisse d'un contrôle d'adéquation (*suitability test*) et d'un contrôle du caractère approprié (*appropriateness test*) calqués en grande partie sur la réglementation européenne MiFID.

Selon la réglementation **MiFID**, l'application du **suitability test** impose au prestataire de services financiers, en cas de conseil en investissement ou de gestion de portefeuille, de se procurer les informations nécessaires sur les **connaissances et l'expérience** du client en matière d'investissement en rapport avec le type spécifique de produit ou de service, sa **situation financière** (notion correspondant à la « capacité au risque » du droit suisse) **et ses objectifs d'investissement** (concept plus large mais englobant l'« aptitude au risque » du droit suisse), de manière à déterminer si le produit ou le service convient ou non au client. En cas d'appréciation négative, il doit s'abstenir de fournir la prestation ou de vendre le produit. De son côté, **l'appropriate test** se limite à exiger du prestataire, lorsqu'il fournit d'autres services que le conseil en investissement ou la gestion de portefeuille, qu'il demande à son client des informations sur ses **connaissances et son expérience** par rapport à un type de service ou de produit proposé ou demandé. Sur cette base, le prestataire de service doit déterminer si le produit convient ou non au client. En cas d'évaluation négative, il doit en avertir le client mais peut néanmoins lui fournir le service ou lui vendre le produit si ce dernier le demande.

Contacts : Frédérique Bensahel, Nicolas Ollivier, Genève

NOTRE AVIS :

Pour assujettir les prestataires de services ou de produits financiers à ce type d'obligations, seule une loi fédérale est envisageable, avec le délai de plusieurs années que tout projet législatif comporte. Dans l'intervalle, une ordonnance du Conseil fédéral sur les règles de conduite dans le négoce de valeurs mobilières et la distribution de placements collectifs pourrait entrer en vigueur dans des délais beaucoup plus courts mais ne devrait viser que les entités déjà assujetties à la FINMA (telles que les banques, les négociants en valeurs mobilières et les distributeurs de fonds de placement, à l'exclusion des gérants de fortune indépendants). Par anticipation, certains établissements financiers suisses ont déjà décidé d'intégrer dans leur modèle d'affaires l'application du *suitability test* et de l'*appropriateness test* version MiFID qui en l'état semble aller plus loin que les mesures préconisées par la FINMA, sans attendre l'adaptation de la législation suisse aux règles de droit européen. Il faut noter que ce changement de modèle comporte des coûts de formation et d'adaptation importants pour les acteurs concernés et requiert un conseil juridique adéquat pour le mettre en œuvre.



RÉFORME DE L'IMPOSITION DES ENTREPRISES II : LE PRINCIPE DE L'APPORT EN CAPITAL DANS LA TOURMENTE

Lentement mais sûrement, le Conseil fédéral et les chambres sont en train d'étouffer la 2ème réforme sur l'imposition des entreprises, approuvée en votation populaire en février 2008. La cible de leurs attaques : le principe de l'apport en capital.

Le principe de l'apport en capital, entré en vigueur le 1er janvier 2011, permet le remboursement franc d'impôt de tous les apports de capitaux, y compris les agios et les versements supplémentaires, effectués par les détenteurs de participations. La Suisse a été l'un

des derniers pays d'Europe à supprimer cette inégalité de traitement infondée entre valeur nominale et agio, et à mettre ainsi un terme à la double imposition qui frappait le remboursement des apports de capitaux.

Le principe de l'apport en capital n'a pas été particulièrement débattu lors de son adoption par les chambres, puis par le peuple. Il subit les foudres des critiques depuis la publication par l'Administration fédérale des contributions d'une évaluation chiffrée de ses conséquences sur les recettes fiscales. En cette année électorale, plusieurs motions ont été déposées devant le parlement, demandant une modification des dispositions relatives à l'apport en capital. Ces différentes propositions ont fait l'objet d'une séance extraordinaire du Conseil national qui s'est tenue le 12 avril 2011. Le National a maintenu son soutien à la réforme sur l'imposition des entreprises II en rejetant les motions visant à abroger la loi ou à en limiter l'application. Une large majorité de nos représentants demeurent donc convaincus du bien-fondé de la réforme. Celle-ci, en mettant fin à une situation antérieure injuste, a allégé la charge fiscale du commerce et de l'industrie et renforcé l'attractivité de la place économique suisse pour les entreprises. Clairement, les effets positifs du principe de l'apport en capital devraient rapidement compenser les diminutions de recettes fiscales.

Malgré la victoire remportée devant les chambres, la bataille menée par les partisans de la réforme est loin d'être terminée. Pour répondre aux critiques relatives à la possibilité offerte aux sociétés ouvertes au public de verser des dividendes non imposables en procédant à un remboursement de capital, le Conseil fédéral s'est déclaré disposé à examiner des solutions en matière de droit commercial. Considérant que le Code des obligations ne contient à l'heure actuelle aucune règle relative aux réserves issues du capital et n'en limite donc pas l'utilisation, et que les sociétés ont ainsi la possibilité de rembourser des apports à leurs actionnaires par prélèvement sur les réserves issues du capital, le Conseil fédéral - dans le but affiché de limiter, voire



d'interdire complètement, les remboursements de capital en cours de vie sociale – a proposé d'insérer dans la loi comptable et dans le nouveau droit de la société anonyme des règles aux termes desquelles l'emploi de la réserve issue du capital est limité à la couverture de pertes, ainsi que des mesures visant à interdire aux sociétés de procéder à une réduction de leur capital-actions tant que leurs comptes présentent un bénéfice reporté et/ou des réserves librement disponibles. Ainsi, sans toucher au principe même de l'ap-

port en capital, les propositions du Conseil fédéral auraient pour effet de réduire drastiquement les cas dans lesquels un remboursement de capital en cours de vie sociale serait possible, donnant indirectement satisfaction à ceux et à celles qui voyaient dans ces cas une situation abusive compte tenu de l'avantage fiscal qui y était associé.

Contacts : Christophe Wilhelm, Patricia Pache, Lausanne

NOTRE AVIS

Les propositions du Conseil fédéral ne sont justifiées par aucun intérêt économique et sont en contradiction complète avec le but poursuivi par la deuxième réforme de l'imposition des entreprises : élargir la possibilité d'une entreprise rentable économiquement de rembourser des apports francs d'impôt. Leur simple évocation est de nature à ébranler la confiance des entreprises dans la pérennité de la réforme. Cette insécurité juridique risque de les inciter à distribuer au plus vite leurs réserves issues du capital, avant que de nouvelles règles visant à limiter leur utilisation ne soient introduites.

Au vu de l'impact que l'adoption de nouvelles règles de droit commercial pourrait avoir sur les possibilités de remboursement d'apports aux actionnaires, les dirigeants d'entreprises et les détenteurs de participations seraient bien avisés d'anticiper d'éventuels revirements législatifs et d'en tenir compte dans leurs décisions relatives aux distributions de dividendes et à la structure de financement de leur société.

6 LA PRESTATION DE SERVICES D'UNE ENTREPRISE DE L'UE EN SUISSE

L'accord sur la libre circulation des personnes entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres d'autre part, a notamment pour but de faciliter la prestation de services de courte durée sur le territoire des parties contractantes. En pratique, la société étrangère prestataire de services qui décide de détacher des travailleurs en Suisse est néanmoins tenue d'observer certaines prescriptions.

Dans les domaines non règlementés par un accord spécifique entre la Suisse et l'UE, les travailleurs détachés n'ont pas besoin d'une autorisation de séjour s'ils fournissent une prestation de services en Suisse pour une durée inférieure à 90 jours ouvrables par année civile. Cette durée s'entend par prestataire de service (entreprise/prestataire indépendant). Ainsi, lorsqu'une entreprise détache des travailleurs en Suisse, les 90 jours valent pour toute l'entreprise. Peu importe le nombre de travailleurs détachés. Ce qui importe, c'est le nombre de jours ouvrés pendant lesquels les travailleurs de la même entreprise sont présents en Suisse. Par exemple : si une entreprise détache 15 travailleurs simultanément pendant 10 jours, l'entreprise n'utilise ainsi que 10 jours et non 150 jours ; si l'entreprise détache un travailleur pendant 30 jours puis, successivement, un autre travailleur pendant 60 jours, elle aura utilisé 90 jours.

Si le travailleur détaché n'est pas originaire d'un Etat membre, il doit avoir été intégré depuis au moins 12 mois dans le marché du travail de l'un des Etats membres avant le détachement en Suisse.

Les travailleurs détachés doivent s'annoncer avant le début de la prestation de services en Suisse. Cette annonce est faite par l'employeur au moyen d'un formulaire officiel en ligne. L'annonce est obligatoire dès que la prestation de services dure plus de huit jours par année civile et, sauf urgence, doit parvenir aux autorités compétentes au moins huit jours avant le début de l'activité. Dans certains secteurs, notamment le secteur de la construction, l'annonce est obligatoire même si

l'activité dure moins de huit jours. Le défaut d'annonce est sanctionné par une amende.

Si l'activité dure plus de 90 jours ouvrables par année civile, l'employeur à l'étranger devra obtenir des permis de travail (pour prestataires de services) en faveur de ses employés détachés. Une telle procédure est longue, soumise à certaines exigences rigoureuses et l'obtention du permis n'est pas garantie dans la mesure où l'attribution d'un permis dans ce cas est laissée à la libre appréciation des autorités.

L'employeur qui détache des travailleurs en Suisse doit leur garantir au moins les conditions de travail et de salaire prescrites par les lois fédérales et ordonnances suisses, les conventions collectives de travail déclarées de force obligatoire et les contrats-types de travail. Ces conditions minimales doivent être respectées pendant toute la durée de la mission. L'employeur doit également garantir des conditions d'hébergement adéquates.

Des contrôles sur le lieu de la prestation sont effectués régulièrement par les autorités compétentes. Le non-respect des conditions minimales est sanctionné par une amende en cas d'infraction de peu de gravité ou par une interdiction faite à l'employeur d'offrir ses services en Suisse pour une certaine période en cas d'infraction plus grave.

L'entreprise étrangère de prestations de services qui détache des travailleurs en Suisse peut être assujettie à la TVA. L'employeur doit s'annoncer auprès de l'administration fédérale des contributions, division principale de la TVA. Il peut remplir un questionnaire en ligne pour l'examen de la détermination de l'assujettissement à la TVA. En cas de transport de matériel, une perception de la TVA est également possible lors du passage en douane.

Contacts : Christophe Wilhelm, Sandra Gerber, Lausanne



NOTRE AVIS

En sus des démarches dans son propre pays, la société étrangère de prestation de services qui décide de détacher des travailleurs en Suisse serait bien avisée de connaître à l'avance la durée exacte de la prestation (moins ou plus de 90 jours ouvrables), la législation suisse en vigueur, l'existence ou non d'une convention collective dans son domaine d'activité (il existe plus d'une trentaine de conventions collectives applicables dans toute la Suisse ou seulement dans certains cantons; le cas échéant, la société devra adapter les conditions de travail et de salaires de ses travailleurs détachés), d'annoncer les travailleurs détachés au moins huit jours avant le début de la prestation et de remplir le questionnaire pour l'examen de la détermination de l'assujettissement à la TVA. En cas de prestation importante (par le nombre de travailleurs détachés ou par la valeur de la prestation), nous conseillons vivement de mandater une étude d'avocats en Suisse au lieu de la prestation.

IMPOSITION DES BIENS COMPOSANT UN TRUST : NOUVEAU RÉGIME FISCAL FRANÇAIS

La Loi de finances rectificative 2011 a instauré un nouveau régime fiscal des trusts en France donnant une définition fiscale de ces entités (1) et précisant notamment les modalités d'imposition des transmissions à titre gratuit réalisées via un trust (2) ainsi que de la détention des actifs du trust (3).

1. La nouvelle loi définit tout d'abord le trust comme « l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un Etat autre que la France par une personne, qui a la qualité de constituant, par acte entre vifs ou à cause de mort, en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires ou pour la réalisation d'un objectif déterminé ».

2. Elle crée ensuite des règles spécifiques visant à soumettre les actifs du trust aux droits de succession lors du décès du constituant, que ces actifs soient immédiatement transmis aux bénéficiaires ou qu'ils demeurent dans le trust.

En application de ces nouvelles dispositions, sous réserve de l'application des règles de territorialité et des conventions fiscales :

- lorsqu'à la date du décès une part déterminée des actifs du trust est due à un bénéficiaire lui-même déterminé, elle est taxée aux droits de succession en fonction du lien de parenté du bénéficiaire avec le constituant défunt (application du droit commun) ;
- lorsqu'à la date du décès une part déterminée des actifs du trust est due globalement à plusieurs descendants du constituant, sans qu'il soit possible de la répartir entre eux, les droits de succession sont dus, en principe par l'administrateur du trust, au taux de 45% ;
- dans les autres cas (i.e. notamment dans l'hypothèse où les actifs demeurent dans le trust ou encore lorsqu'il y a transmission globale à des personnes dont certaines ne sont pas des descendants du constituant) les droits de succession sont dus, en principe par l'administrateur du trust, au taux de 60%.

Les droits de donation et les droits de succession sont également dus au taux de 60% lorsque l'administrateur du trust est soumis à la loi d'un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A du Code Général des Impôts ou lorsque le trust a été créé après le 11 mai 2011 par un constituant fiscalement domicilié en France lors de la constitution.

3. La nouvelle loi précise par ailleurs les modalités d'imposition de la détention du patrimoine composant le trust.

Elle indique en effet que le constituant assujéti à l'impôt sur la fortune (ISF) est désormais tenu d'inclure les actifs du trust dans son patrimoine imposable. Cette règle s'applique à tous types de trusts, qu'ils soient révocables, irrévocables, simples ou discrétionnaires. Par exception, les actifs des trusts caritatifs n'ont toutefois pas à figurer dans le patrimoine imposable à l'ISF du constituant.

Afin de permettre à l'administration d'exercer son contrôle sur l'imposition des actifs placés dans le trust, la nouvelle loi instaure une obligation de déclaration à la charge de l'administrateur du trust dès lors que le constituant ou l'un des bénéficiaires du trust a son domicile fiscal en France ou que l'un des biens ou droits placés en trust est situé en France. L'administrateur du trust est ainsi tenu de déclarer, d'une part, la constitution, la modification ou l'extinction du trust ainsi que le contenu de ses termes et, d'autre part, la valeur vénale au 1er janvier de l'année de tout ou partie des actifs du trust. Le non-respect de cette obligation déclarative est sanctionné par une amende de EUR 10000 ou, s'il est plus élevé, d'un montant égal à 5% des actifs composant le trust.

Enfin, il est institué un prélèvement de 0.5% (correspondant au taux maximum de l'ISF) à charge en principe de l'administrateur du trust, dans les deux hypothèses suivantes : (i) lorsque les actifs du trust n'ont pas été inclus dans le patrimoine imposable à l'ISF du constituant alors que celui-ci est redevable de cet

impôt ou (ii) lorsque l'administrateur du trust n'a pas satisfait à son obligation déclarative (cf. ci-dessus) alors même que le constituant n'est pas redevable de l'ISF. Moyennant le respect de certaines conditions, les trusts « caritatifs » ainsi que les trusts créés par des entreprises au bénéfice de leurs salariés, ne sont pas soumis à cette taxe de 0.5%.

Contacts : Monica Favre, Guillaume Aubineau, Genève



NOTRE AVIS

Ces nouvelles dispositions ont un champ d'application très large dès lors qu'elles sont susceptibles de s'appliquer à tout type de trust et peuvent conduire à soumettre à l'impôt le constituant, le bénéficiaire ainsi que l'administrateur du trust. La charge fiscale susceptible d'en résulter est également extrêmement lourde, en particulier à l'égard de l'administrateur du trust (lequel pourrait avoir à supporter dans le cadre de ce nouveau régime, un impôt sur les successions au taux de 60%, le prélèvement de 0.5%, ainsi qu'une amende de 5% pour non-respect de son obligation déclarative).

Dans ce contexte, il y a lieu de procéder à une analyse détaillée de la situation des trusts ayant un rattachement avec la France (soit un constituant ou un bénéficiaire résident français, ou encore des actifs situés en France) afin de déterminer, au cas par cas, les solutions à mettre en œuvre, tenant compte, le cas échéant, du droit conventionnel (conventions en matière de double imposition) susceptible de s'appliquer, fonction de l'Etat de résidence étranger des personnes concernées (notamment settlor et trustee).

LES ENJEUX DE LA RÉFORME SUR LE PATRIMOINE EN FRANCE

Motivée par la suppression du bouclier fiscal, la Loi de finances rectificative votée le 6 juillet dernier, et qui devait remettre à plat la fiscalité française du patrimoine, n'a finalement pas été la révolution fiscale annoncée ; même si, comme nous le verrons, plusieurs mesures significatives viennent tout de même, immédiatement mais peut-être provisoirement compte tenu des prochaines échéances électorales françaises, fortement impacter les règles existantes.

Nous présentons ici une sélection des mesures les plus marquantes sur lesquelles nous entendons mettre l'accent. Compte tenu de son importance, le dispositif fiscal touchant les trusts fait l'objet d'un article séparé. Nous aborderons donc dans un premier temps les mesures « phares » de ce projet et leurs probables implications, puis développerons spécifiquement celles visant les contribuables non-résidents de France, qui ont été particulièrement visés durant les débats entourant cette loi.

LES MESURES PHARES

Bouclier Fiscal / Impôt Sur la Fortune (ISF) : en premier ordre, il convient bien entendu de citer la **suppression pure et simple du mécanisme du bouclier fiscal**, mécanisme très décrié médiatiquement et qui était d'ailleurs loin d'être systématiquement sollicité par les contribuables qui auraient pu en bénéficier. Quoiqu'il en soit, le législateur français, dans le cadre d'une réforme plus vaste de l'ISF, a finalement opté pour supprimer désormais tout mécanisme de plafonnement de cet impôt, y compris le mécanisme « historique » de plafonnement à 85% des revenus. Cette position relance inmanquablement la question du caractère confiscatoire de l'ISF, à l'aune notamment de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français qui impose une contribution des citoyens en fonction de leurs facultés.

L'autre volet de la réforme de l'ISF est bien entendu la **modification substantielle de son barème**, qui passe de sept tranches, avec un taux maximum de 1.80% au-delà de EUR 5 210 000, à **deux tranches seulement** de 0.25% et 0.50% (0.25% entre EUR 1 300 000 et

EUR 3 000 000 et 0.50% au-delà de EUR 3 000 000, mais avec taxation désormais dès le premier euro lorsque le seuil de EUR 1 300 000 est franchi).

Enfin, parmi les mesures de simplification bienvenues, il faut noter un **assouplissement** réclamé depuis longtemps **en matière de biens professionnels**, et permettant désormais l'exonération des redevables exerçant, au sein de plusieurs sociétés, des activités professionnelles indépendantes et sans lien de similitudes.

Droits de mutation : en matière de droits de mutation, à savoir droits de donation, droits de succession ou prélèvement spécifique sur les contrats d'assurance-vie, la tendance de la Loi a été clairement à **une remise en cause** diversifiée, mais systématique, des « niches fiscales » offertes aux contribuables. Ainsi, le fait que les tranches marginales des droits de donation et de succession ont été augmentées de 5 points, portant ainsi la tranche marginale à 45% en ligne directe pour un patrimoine transmis par enfant de EUR 1 805 677, diverses réductions de droits octroyées en fonction de l'âge (réduction de droits de 10%, 30%, 35% et même 50%) et en fonction de l'antériorité des transmissions réalisées (principe du rappel des donations antérieures à la succession porté de six ans à dix ans) se trouvent remises en cause ou amendées. Dans le même sens d'un accroissement de la pression fiscale sur les mutations, la taxe *sui generis* sur les contrats d'assurance-vie est portée, pour les contrats supérieurs à EUR 902 808, de 20% à 25%.

Par conséquent il convient, encore plus que par le passé, d'anticiper les transmissions trans-générationnelles, et de mettre en place des démembrements de propriété (usufruit / nue-propriété) pour lesquels le régime fiscal favorable n'a pas (encore) été remis en cause. Il faut noter que l'exonération de droits de succession entre époux introduite en 2007 reste en vigueur.

« Exit tax » : treize ans après que sa condamnation par la Cour de Justice des Communautés Européennes sur un précédent régime de taxation à la sortie de France,



sur le fondement de la liberté de circulation des hommes et des capitaux au sein de l'Union européenne, la France, confrontée à un risque accru de nouvelles délocalisations, en particulier de chefs d'entreprise, vient de décider, avec un effet rétroactif très contestable au 3 mars 2011, d'instaurer, sur le modèle allemand ou néerlandais, un nouveau régime « d'exit tax », cette fois-ci « euro-compatible ».

Afin de ne plus être critiquée, la France a été obligée de mettre en place un texte complexe qui entraînera, à n'en pas douter, de nouveaux contentieux fiscaux. L'esprit de ce texte est, dans ses grandes lignes, le suivant : le transfert de domicile hors de France entraîne, à compter du 3 mars 2011, l'imposition à l'impôt sur le revenu (19%) et aux prélèvements sociaux (13.8%) des plus-values latentes afférentes à des participations supérieures à 1%, ou d'une valeur d'au moins EUR 1 300 000.

Compte tenu des seuils minimales, le champ d'application de ce texte est particulièrement large, et s'applique donc à toutes sociétés, quel que soit leur régime d'imposition. A ce titre, il semble bien que les parts de sociétés civiles immobilières (SCI) non soumises à l'impôt sur les sociétés se trouveraient également dans le champ de cette nouvelle taxe.

En matière d'exigibilité de l'impôt, une distinction doit être opérée selon que le pays d'arrivée est membre de l'Union européenne (étendu à certains pays de l'Espace Economique Européen), ou non. Ce n'est en effet que dans l'hypothèse d'un départ vers un pays européen que le contribuable peut bénéficier d'un sursis automatique d'imposition. Dans les autres cas (transfert vers la Suisse par exemple, ou transfert vers la Belgique, puis la Suisse), le sursis d'imposition est accordé uniquement sous condition de la remise d'une garantie.

A l'expiration d'un délai de huit ans sans cession des participations en cause, ou en cas de retour en France, le sursis d'imposition tombe et la garantie donnée est restituée.

Il faut savoir que, indépendamment du départ de France, le contribuable délocalisé continue à bénéficier des exonérations qui existent encore sur les cessions de participations financières, en cas de départ à la retraite ou pour la durée de détention, par exemple. Dans cette hypothèse, «seuls» les prélèvements sociaux sont exigibles en France sur la cession (13,8%), même réalisées hors de France.

LES MESURES VISANT SPÉCIFIQUEMENT LES NON-RÉSIDENTS

Les contribuables non-résidents fiscaux français ont été, tout au long du débat parlementaire, particulièrement visés par le projet de réforme sur la fiscalité du patrimoine. Dans la lignée des rumeurs de mise en place d'une imposition mondiale sur la base de la nationalité française (ou du bénéfice d'un numéro de sécurité sociale français), les débats ont tenté de faire supporter à cette catégorie de contribuables une quote-part du coût de la charge fiscale. Après que le projet de taxation des résidences secondaires des non-résidents a finalement été abandonné, deux mesures demeurent.

La première concerne l'ISF et vise à neutraliser les schémas usuellement mis en place pour contourner le paiement de cet impôt en cas de détention immobilière en France réalisée sous couvert d'une société immobilière. En effet, les personnes non résidentes étant imposables à l'ISF sur les biens situés en France, à l'exception de leurs placements financiers qui sont expressément exonérés, il était fréquent que des non-résidents investissant dans une propriété en France sous couvert d'une société immobilière financent cette dernière par le biais d'un prêt actionnaire (ou apport en compte courant), permettant alors de neutraliser l'assiette de l'ISF, la valeur des parts de la société étant

alors nulle ou inférieure au seuil de déclenchement de l'ISF de EUR 800 000 (désormais de EUR 1 300 000).

A compter de l'ISF 2012, il est prévu, pour l'évaluation des parts de sociétés à prépondérance immobilière détenues par des non-résidents, de neutraliser la valeur des créances que l'associé détient dans cette société. Eu égard à l'abaissement des taux de l'ISF à 0.25% et 0.50%, le recours à des refinancements bancaires pour contourner cette limitation sera assurément plus onéreux.

La seconde concerne l'assurance-vie : rappelons que le taux d'imposition des produits d'assurance-vie transmis au décès du souscripteur a été porté de 20% à 25% pour la fraction de la part taxable excédant EUR 902 838. Jusqu'à présent, le souscripteur d'un contrat d'assurance-vie qui se trouvait hors de France lors de cette souscription était exonéré de cette taxation au jour de son décès, même s'il était redevenu entretemps résident fiscal français. Cette faille dans la législation, fréquemment utilisée, vient de prendre fin ; en effet désormais les souscripteurs de contrat d'assurance-vie non-résidents, français ou étrangers, sont redevables du prélèvement de 20% ou 25% lors de leur décès, dès lors qu'ils sont personnellement domiciliés en France en qualité d'assurés, ou que, restés non-résidents, le bénéficiaire du contrat a eu, au moment du décès (ou pendant au moins six ans au cours des dix années précédant le décès) son domicile fiscal en France. Cette nouvelle disposition n'est malheureusement pas contestable au regard des conventions fiscales de double imposition, ce prélèvement ayant la nature de taxe *sui generis* ; en revanche, cette extension aux non-résidents pourrait être considérée comme contestable au regard de la directive européenne n° 2002/83/CE concernant l'assurance-vie.

Contacts : Alain Moreau, Alexandra Serlinger, Paris



NOTRE AVIS

Le Loi de finances rectificative pour 2011 emportant réforme de la fiscalité du patrimoine vise encore bien d'autres mesures que celles que nous venons de développer. Mais, il apparaît surtout que, à peine cette loi promulguée, des voix s'élèvent pour déjà amender les mesures phares de cette réforme. On pense en particulier à l'ISF « nouvelle version » qui subit déjà les critiques et pourrait être révisé dans le cadre d'une nouvelle Loi de finances rectificative pour 2011, ou dans la Loi de finances pour 2012.

Indépendamment des mesures ayant déjà fait l'objet d'un débat, lequel ne semble pas encore clos, d'autres mesures d'importance viennent d'être annoncées dans le cadre du nouveau débat budgétaire qui vient de s'ouvrir. En particulier, et comme cela était prévisible, la « niche fiscale » consistant à appliquer un abattement de 10% par année de détention (au-delà de la cinquième) sur les plus-values immobilières sera supprimée (avec effet au 1er février 2012). L'effet de cette mesure est considérable dès lors qu'elle vise toutes les ventes immobilières, à l'exception de celle touchant la résidence principale, et doit également être appréhendée à l'aune de « l'exit tax » désormais exigible sur les parts de SCI.

LES RETENUES À LA SOURCE PRATIQUÉES SUR LES DIVIDENDES FRANÇAIS VERSÉS PAR LES SOCIÉTÉS FRANÇAISES AUX FONDS D'INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS SONT-ELLES DISCRIMINATOIRES?

La conformité au droit de l'Union européenne des retenues à la source pratiquées par l'administration fiscale française sur les dividendes versés par des sociétés françaises aux fonds d'investissement étrangers vient d'être sérieusement contestée devant la juridiction administrative suprême française.

Le Tribunal administratif de Montreuil, tribunal spécifiquement en charge des dossiers internationaux, saisi de dix actions en restitution de retenues à la source litigieuses, vient de porter ces affaires devant le Conseil d'Etat.

Par un avis du 23 mai 2011, le Conseil d'Etat a renvoyé devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) la problématique de la légalité des retenues à la source appliquées aux dividendes versés à des fonds communs d'investissements étrangers, et livre par ailleurs ses propres éléments de réflexion novateurs, et surtout prometteurs pour ces fonds d'investissement.

Le Conseil d'Etat estime qu'il existe manifestement une différence de traitement entre les dividendes versés à des fonds français et ceux versés à des organismes étrangers comparables, laquelle ne se justifie

pas en raison d'une situation différente; le Conseil d'Etat a en effet jugé que les fonds «résidents de France ou résidents d'un autre Etat membre ne pourraient qu'être regardés comme étant dans une situation objectivement comparable».

Quant à la CJUE, sa décision est encore attendue, mais si, comme cela est probable, elle vient à considérer que seule la situation des fonds doit être appréciée (et non celle des porteurs de parts) pour caractériser l'entrave à la liberté de circulation des capitaux, il fera peu de doute que la CJUE jugera que la différence de traitement entre les fonds français et étrangers est établie, et donc que les retenues à la source présentement prélevées sont constitutives d'entrave à la liberté de circulation des capitaux.

Dans une telle hypothèse, les fonds d'investissements étrangers pourront alors obtenir la restitution intégrale des retenues à la source prélevées sur les dividendes versés par les sociétés françaises au cours des trois années précédant la décision de la CJUE.

Contacts : Alain Moreau, Stéphanie Barreira, Paris



NOTRE AVIS :

Une nouvelle fois, le droit communautaire volerait au secours des contribuables en rappelant le sacro-saint principe de non-discrimination entre les Etats de l'Union européenne. Les établissements financiers suisses sont bien entendu aussi concernés, dès lors qu'ils interviennent fréquemment au travers de fonds d'investissement européens, et notamment luxembourgeois, lesquels détiennent des participations dans des sociétés françaises distributrices de dividendes.

Les fonds d'investissements suisses pourraient également être concernés *directement*, dès lors que le Conseil d'Etat a considéré que les restrictions aux mouvements de capitaux avec les pays tiers ne seraient pas justifiées lorsque ces derniers ont conclu avec la France non seulement une convention fiscale visant à l'élimination des doubles impositions et à la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales et internationales, mais aussi des accords ayant spécifiquement pour objet l'échange d'informations.

Il est donc conseillé aux fonds éligibles de saisir dans les meilleurs délais les juridictions administratives françaises compétentes afin qu'ils ne se voient pas opposer la prescription de leur droit à restitution. Cette action s'inscrira dans le cadre des procédures administratives françaises nécessitant une connaissance avisée des rouages des contentieux administratifs. L'introduction de cette action impliquera notamment la production de toutes pièces établissant le versement de la retenue litigieuse, la date de ce versement et l'identité de l'établissement payeur.

FBT Avocats SA
Genève | Lausanne | Paris

www.fbt.ch

Rue du 31-Décembre 47
Case postale 6120
CH-1211 Genève 6
T. +41 22 849 60 40
F. +41 22 849 60 50

Avenue de Rhodanie 60
Case postale 151
CH-1000 Lausanne 3 Cour
T. +41 21 711 71 00
F. +41 21 711 71 50

37-39 rue de la Bienfaisance
F-75008 Paris
T. +33 1 45 61 18 00
F. +33 1 45 61 73 99