



# FBT

A V O C A T S

## FBT NEWSLEX

N° 3 - AVRIL 2012

### CONTACT

Jean-Louis Tsimaratos

[jltsimaratos@fbt.ch](mailto:jltsimaratos@fbt.ch)

T. +41 (0)22 849 60 40

[www.fbt.ch](http://www.fbt.ch)

REVUE PÉRIODIQUE D'INFORMATIONS  
EN MATIÈRE JURIDIQUE ET FISCALE

### SOMMAIRE

**P.02** Le Tribunal fédéral suisse confirme le risque  
d'une responsabilité précontractuelle

**P.04** L'exécution des titres authentiques : un pas en  
avant pour les créanciers

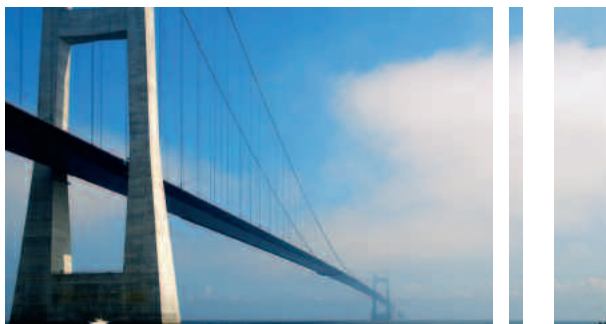
**P.06** Rétrocessions au gérant de fortune : le point de  
la situation

**P.08** Le nouveau régime applicable aux gestionnaires  
suisse de placements collectifs étrangers

**P. 10** Recouvrement de créances fiscales étrangères  
en Suisse : bref état des lieux

**P. 11** Etat des lieux et prospective de la fiscalité  
française du patrimoine en 2012

**P. 14** Les aspects pratiques de l'entraide  
administrative franco-suisse



## 2 LE TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE CONFIRME LE RISQUE D'UNE RESPONSABILITÉ PRÉCONTRACTUELLE

Le Tribunal fédéral suisse a rendu récemment un intéressant arrêt en matière de responsabilité pour *culpa in contrahendo* (cf. arrêt du Tribunal fédéral, I<sup>re</sup> Cour civile. 16 juin 2011. 4A\_202/2011).

Rappelons que la *culpa in contrahendo* repose sur l'idée que l'ouverture de pourparlers crée déjà une relation juridique entre partenaires et impose à ceux-ci des devoirs réciproques, soit en particulier celui de négocier sérieusement et conformément à leurs véritables intentions. Une partie ne peut donc pas, par une attitude contraire à ses véritables objectifs, éveiller chez l'autre l'espoir illusoire qu'une affaire sera conclue et l'amener ainsi à prendre des dispositions dans ce sens.

Au sein de la doctrine, le débat a fait longtemps rage sur le caractère contractuel ou délictuel de cette responsabilité. Au fur et à mesure de l'évolution de la jurisprudence, il s'avère que la *culpa in contrahendo* préfigure une responsabilité particulière, ni contractuelle ni délictuelle, obéissant aux conditions suivantes :

Première condition préalable posée par le Tribunal fédéral : les parties doivent être entrées en phase de négociation. Ainsi, il faut au moins qu'une personne invite une autre à entrer en discussion en vue de conclure un contrat.

Deuxième condition posée par la jurisprudence : il faut que, dans le cadre de ces négociations, une des parties éveille chez l'autre l'espoir qu'une affaire sera conclue. Il s'agit là d'une condition que l'on peut rapprocher de celle du lien de causalité entre l'acte de la partie qui éveille chez l'autre l'espoir de la conclusion d'une affaire et la compréhension par l'autre partie que cette affaire pourra véritablement se conclure. Cette compréhension doit naturellement être légitime et non pas fondée sur une appréciation erronée de la réalité des relations juridiques.

Troisième condition : cet espoir doit être « illusoire » car la partie qui l'a suscité a agi contrairement à ses

véritables intentions. C'est là une condition proche de la notion d'illicéité ou de contrariété aux obligations convenues que l'on trouve dans les responsabilités délictuelles et contractuelles. Dans sa jurisprudence susmentionnée, le Tribunal fédéral précise que cela revient à ce que la partie qui engage les pourparlers ne doit pas faire croire que sa volonté de conclure est plus forte qu'elle ne l'est en réalité. La Haute Cour précise à ce sujet qu'il n'est pas besoin d'astuces particulières et que le dol ou la négligence suffisent pour répondre à cette condition. Une faute est cependant nécessaire puisque le Tribunal fédéral dit que l'attitude de la partie ayant suscité l'espoir illusoire doit être « de quelque manière fautive ». Il ne s'agit donc pas là d'une responsabilité objective.

Quatrième condition : l'existence d'un dommage. En cela, le Tribunal fédéral souligne que l'espoir illusoire doit avoir amené la partie qui l'a eu à prendre des dispositions en vue de la conclusion de l'affaire promise. Au sujet de la quotité de ce dommage, notre Haute Cour pose cependant une limite : la partie lésée ne peut réclamer à la partie fautive plus que ce qu'elle aurait pu réclamer si le contrat escompté avait été conclu et violé.

**Contacts : Christophe Wilhelm**

## NOTRE AVIS

Nous ne pouvons qu'encourager les parties qui entrent dans des négociations contractuelles non seulement à faire preuve de bonne foi, mais aussi à se prémunir contre le risque de *culpa in contrahendo* en concluant des accords écrits préalables visant à délimiter très clairement le cadre des pourparlers dans lesquels vont s'inscrire leurs négociations. C'est en particulier le cas des accords visant au rachat d'un capital-actions ou de ceux portant sur la constitution d'un partenariat.



## L'EXÉCUTION DES TITRES AUTHENTIQUES: UN PAS EN AVANT POUR LES CRÉANCIERS

*L'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse (ci-après : CPC) le 1er janvier 2011 a apporté plusieurs innovations en droit suisse de la procédure civile, dont notamment l'introduction de la notion d'acte authentique exécutoire.*

De façon générale, on peut définir l'acte authentique exécutoire comme l'obligation constatée dans un acte instrumenté en la forme authentique, c'est-à-dire par un officier public (par exemple un notaire), et qui permet à l'ayant droit d'obtenir l'exécution de l'obligation comme s'il s'agissait d'une décision judiciaire. La notion était déjà connue en droit suisse, mais uniquement par le truchement de la Convention de Lugano qui, à son article 50, obligeait la Suisse à exécuter les titres authentiques exécutoires provenant d'un Etat partie à la Convention (cette disposition a été reprise et précisée à l'art. 57 de la Convention de Lugano révisée).

La notion d'acte authentique exécutoire est aujourd'hui officiellement consacrée dans le nouveau CPC, qui en traite aux articles 347 à 352.

L'art. 347 CPC définit les conditions posées pour qu'une obligation puisse faire l'objet d'un titre authentique exécutoire :

- le titre doit contenir la déclaration de celui qui s'oblige à reconnaître l'exécution directe de la prestation ;
- la cause juridique de la prestation doit être mentionnée dans le titre ;
- la prestation due doit être exigible, reconnue dans le titre par la partie qui s'oblige et suffisamment déterminée.

Un titre authentique exécutoire peut porter sur des prestations de toute nature. Sont réservées cependant les prestations qui ne peuvent pas faire l'objet d'un titre authentique exécutoire pour des motifs de protection sociale. Ces exceptions sont énumérées exhaustivement à l'art. 348 CPC.

Lorsque le titre authentique exécutoire porte sur une prestation en argent, il a valeur de titre permettant d'obtenir la mainlevée définitive selon l'art. 80 de la

Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après: LP) (art. 349 CPC). Le débiteur poursuivi ne pourra opposer à son obligation que des objections qu'il peut prouver immédiatement (art. 81 al. 2 LP). Si la mainlevée est refusée en raison de moyens libératoires invoqués par le débiteur, le créancier pourra ouvrir une action en reconnaissance de dette.

Si le titre authentique exécutoire ne porte pas sur une prestation en argent, le délai d'exécution sera de 20 jours après sommation par un officier public (art. 350 al. 1 CPC) désigné selon le droit cantonal. A défaut d'exécution dans le délai, le tribunal de l'exécution pourra être saisi (art. 350 al. 2 CPC).

Contrairement à un jugement définitif et exécutoire ou à une sentence arbitrale définitive, le titre authentique exécutoire n'a pas autorité de force jugée, ce qui veut dire que le débiteur pourra agir en tout temps pour faire constater l'inexistence, l'extinction ou la suspension de la prestation (art. 352 CPC).

En pratique, la consécration en droit suisse de la notion d'acte authentique exécutoire devrait avoir un large impact, puisqu'il sera désormais possible de soumettre des conventions à des notaires pour qu'elles valent titre à la mainlevée. Le recours au juge ne sera plus le seul instrument à disposition du créancier.

*Contacts : Christophe Wilhelm, Etienne Campiche*



## NOTRE AVIS

L'introduction en droit suisse de la notion d'acte authentique exécutoire constitue une innovation qu'il convient de saluer. La possibilité prévue par le CPC d'établir en Suisse des actes authentiques exécutoires, lesquels seront exécutoires dans tous les Etats parties à la Convention de Lugano, rétablit ainsi l'équilibre avec les titres authentiques exécutoires établis dans des pays qui sont parties à ladite Convention, lesquels sont exécutoires en Suisse. En outre, cette innovation renforce les droits du créancier qui, parallèlement à la voie judiciaire ordinaire, dispose à présent d'une voie rapide et simplifiée pour obtenir l'exécution de l'obligation.



## RÉTROCESSIONS AU GÉRANT DE FORTUNE : LE POINT DE LA SITUATION

*Le gérant de fortune perçoit régulièrement des rétrocessions de tiers tels que la banque dépositaire ou les émetteurs de produits financiers. La question de savoir à qui appartient cette rémunération a fait l'objet de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral.*

Un premier arrêt de 2006 (ATF 132 III 460) a surpris l'industrie. L'arrêt se fondait sur un cas simple dans lequel le mandat de gestion de fortune conclu par un gérant de fortune indépendant ne comportait aucune disposition sur les rétrocessions. Le Tribunal fédéral a

jugé que les rétrocessions appartiennent au client à moins que ce dernier n'y renonce expressément ou tacitement, ce qu'il ne peut valablement faire que s'il dispose d'une information complète et véridique lui permettant d'en connaître le montant.

Dans un arrêt du 13 janvier 2011 (arrêt 6B\_223/2010), le Tribunal fédéral a jugé que dans le cadre de la distribution de produits structurés, les rétrocessions perçues par le distributeur d'un tel produit constituent la rémunération de son activité liée à la distribution. Au contraire du gérant de fortune, le distributeur ne perçoit pas de rétrocessions en raison de sa relation contractuelle avec le client final, mais en rémunération des services rendus au promoteur du produit (p. ex. marketing, délégation du respect des exigences en matière de lutte anti-blanchiment, contrôle du respect des restrictions relatives aux «US persons», etc.).

Le 29 août 2011, le Tribunal fédéral a rendu un nouvel arrêt (ATF 137 III 393) que le marché n'avait pas du tout anticipé. Dans son arrêt de 2006, le Tribunal fédéral n'avait certes pas précisé ce qu'il fallait entendre par «information complète et véridique». Toutefois, conformément aux principes posés par la FINMA dans sa circulaire 09/1 sur les Règles-cadres pour la gestion de fortune, les associations professionnelles et les avocats spécialisés recommandaient aux gérants de fortune de communiquer à leurs clients les paramètres de calcul des rétrocessions à percevoir (p. ex. sous la forme d'un pourcentage que représentent les rétrocessions sur les frais de courtage prélevés par la banque dépositaire) et de donner au client le droit de se renseigner sur le montant des rétrocessions déjà perçues.

Le Tribunal fédéral nous livre à présent un message tout autre. Dans l'arrêt d'août 2011, notre Haute Cour a tranché un cas dans lequel la clause de renonciation aux rétrocessions était explicite et prévoyait que le gérant conserve l'intégralité des éventuelles rétrocessions. Ce néanmoins, le Tribunal fédéral a jugé que dans la mesure où l'information fournie au client dans le cas concret n'était pas complète et véridique, la



renonciation du client n'était pas valable dès lors que ce dernier ne pouvait déterminer ce à quoi il renonçait.

En substance, le Tribunal fédéral précise la notion d'information complète et véridique de son arrêt de 2006 et requiert du gérant qu'il communique au client **non seulement les paramètres de calcul des rétrocessions** convenus avec les tiers **mais également le montant prévisible des rétrocessions** attendues par rapport aux actifs sous gestion. Le Tribunal fédéral impose en outre au gérant de fortune de rendre les clients non expérimentés attentifs aux conflits d'inté-

rêt pouvant résulter de la perception de rétrocessions.

Le raisonnement du Tribunal fédéral repose sur l'idée que le client doit pouvoir mesurer concrètement la rémunération globale du gérant pour être en mesure de déterminer les honoraires de ce dernier, voire les comparer. Pour satisfaire à cette exigence, le gérant peut communiquer le montant prévisible des rétrocessions attendues sous la forme d'une fourchette de pourcentages de la fortune gérée.

*Contacts : Frédérique Bensaïel, Nicolas Ollivier*

## NOTRE AVIS

Cette exigence nouvelle constitue certainement un tournant pour la plupart des gérants qui vont devoir, dans la mesure où son respect est possible concrètement, communiquer non seulement les fourchettes des rétrocessions pour chaque type de produits et de services mais encore par rapport à la masse sous gestion du client.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que la clause de rétrocession était nulle, sans pour autant se poser la question de savoir si les autres clauses relatives à la rémunération du gérant, en particulier celle relative à la commission ordinaire de gestion, devaient être revues. Cette approche, des plus critiquables, nous semble mettre en cause la sécurité juridique à laquelle le marché de la gestion de fortune doit pouvoir s'attendre sur des questions aussi sensibles et vitales pour les gérants de fortune que celles des rétrocessions. Comment, alors que la clause sur les rétrocessions était tenue pour nulle, considérer que le gérant de fortune aurait accepté de voir sa rémunération limitée à la seule commission de gestion ? Suite à cette nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, les gérants de fortune seront bien avisés de s'entourer d'un conseil juridique adéquat afin d'adapter leur contrat de gestion, au risque d'être tenus à la restitution des rétrocessions déjà perçues sans pouvoir obtenir d'une autre manière une compensation.

## 8 LE NOUVEAU RÉGIME APPLICABLE AUX GESTIONNAIRES SUISSES DE PLACEMENTS COLLECTIFS ÉTRANGERS

*Le projet de modification de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (P-LPCC) introduit des nouveautés essentielles touchant la garde, la gestion et la distribution des placements collectifs de capitaux. L'une des modifications les plus importantes consiste dans l'extension de l'exigence d'une autorisation aux gestionnaires suisses de placements collectifs étrangers, quel que soit le type de placement collectif géré (UCITS, hedge funds ou autres). Ce projet de modification, dont l'entrée en vigueur est attendue début 2013, s'inscrit dans le contexte de la directive européenne sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (Directive AIFM), entrée en vigueur au mois de juillet 2011. Les changements législatifs à venir devraient affecter profondément l'activité des gestionnaires de placements collectifs de capitaux opérant depuis la Suisse.*

### APERÇU DES PRINCIPAUX CHANGEMENTS EN MATIÈRE DE GESTION

Aux termes du projet de révision de la LPCC, tout gestionnaire de placements collectifs devra obtenir une

**autorisation de la FINMA.** Or, jusqu'à présent, seuls les gestionnaires de placements collectifs de droit suisse étaient soumis à cette obligation, même si les gestionnaires de fonds UCITS pouvaient, de manière volontaire, requérir leur assujettissement à la surveillance de la FINMA. Le nouveau régime vise les gestionnaires de tous types de placements collectifs étrangers, qu'ils soient de droit européen (fonds UCITS ou non UCITS, y compris les fonds d'investissement alternatifs, tels que les fonds de *private equity* ou les *hedge funds*) ou non (par exemple, les fonds dits «offshore» tels que les fonds des BVI ou des Iles Caïman).

L'octroi de l'autorisation de gestionnaire de placements collectifs étrangers sera soumis à la condition de la conclusion d'une **convention de coopération et d'échange de renseignements** entre la FINMA et l'autorité de surveillance du pays dans lequel le placement collectif géré a son siège. Cette condition s'inscrit dans la logique de la Directive AIFM, laquelle fait de la conclusion de telles conventions l'une des exigences à respecter par le gestionnaire établi dans un pays tiers (en l'occurrence la Suisse) pour pouvoir se





voir déléguer la gestion des fonds visés par la directive (soit tous les fonds non UCITS, quels qu'ils soient); elle est toutefois destinée à s'appliquer également aux gestionnaires suisses de fonds «offshore» qui ne sont pas concernés par la Directive AIFM, sous réserve d'exceptions que la FINMA pourra octroyer en cas de justes motifs.

Pour être en mesure de poursuivre ses activités de gestion de fonds étrangers (européens ou non) en l'absence de telles conventions et à défaut d'un régime d'exception admis par la FINMA, le gestionnaire suisse devra présenter des déclarations par lesquelles la(les) autorité(s) étrangère(s) concernée(s) s'engage(nt) à coopérer et à échanger des renseignements avec la FINMA. Par ailleurs, l'octroi de l'autorisation par la FINMA supposera que le gestionnaire soit en mesure d'exercer au moins les deux tâches suivantes: la gestion de portefeuille et la gestion des risques. Ainsi, pour pouvoir gérer un placement collectif de droit étranger, le gestionnaire établi en Suisse devra également justifier d'une organisation adaptée à ses activités, comprenant notamment une fonction de *risk management* forte et indépendante. Il faut encore noter que le projet de loi prévoit quelques **exceptions**

au principe de l'assujettissement. Le Conseil fédéral peut en effet soustraire, par voie d'ordonnance, certains gestionnaires à certaines dispositions de la loi. Il s'agit notamment de ceux qui gèrent moins de CHF 100 millions d'actifs (avec recours à l'effet de levier) ou moins de CHF 500 millions (sans recours à l'effet de levier).

En termes de délais, le gestionnaire suisse devra s'annoncer auprès de la FINMA dans les six mois à compter de l'entrée en vigueur de la LPCC révisée et déposer une requête formelle d'autorisation dans les deux ans dès l'entrée en vigueur de la loi. Le gestionnaire qui aura déposé sa requête en autorisation pourra poursuivre son activité jusqu'à ce que la FINMA lui octroie ou lui refuse l'autorisation, sous réserve des dispositions du droit étranger applicable. Ainsi, la FINMA attend d'ores et déjà des gestionnaires suisses touchés par la Directive AIFM qu'ils déposent un dossier d'autorisation dès à présent, s'ils veulent être en mesure d'obtenir une autorisation d'ici mi-2013, date de mise en œuvre effective de la Directive AIFM au niveau des Etats membres.

*Contacts : Frédérique Bensahel, Pierre-Olivier Etique*

## NOTRE AVIS

La révision de la LPCC s'aligne dans une large mesure sur la Directive AIFM. Cette modification législative est nécessaire pour permettre aux gestionnaires suisses d'accéder au marché européen de la gestion et de la distribution des fonds non UCITS, soit principalement les fonds alternatifs. Toutefois, le projet de révision prévoit d'assujettir tous les gestionnaires de fonds étrangers qui opèrent depuis la Suisse, soit également ceux qui ne sont pas touchés par la Directive AIFM (parce qu'ils ne gèrent pas un fonds européen, parce qu'ils ne sont pas mandatés par un gestionnaire de l'Union Européenne ou encore parce que le fonds géré n'est pas distribué dans l'UE). Ce nouveau régime aura probablement pour conséquence une atteinte à la compétitivité de la place financière suisse en matière de gestion de fonds. Les exigences d'organisation, annoncées par la FINMA dans des communications récentes, tendent vers un renforcement important et sont sans commune mesure avec l'organisation effective de tous les gestionnaires de placements collectifs étrangers non autorisés. La situation est urgente pour les gestionnaires opérant depuis la Suisse s'ils souhaitent continuer à gérer des fonds d'investissements alternatifs dans le cadre de la Directive AIFM, sur une base déléguée. Quant aux autres gestionnaires de placements collectifs de capitaux non autorisés, ils doivent d'ores et déjà évaluer leur modèle d'affaires à la lumière des changements à venir.

## RECOUVREMENT DE CRÉANCES FISCALES ÉTRANGÈRES EN SUISSE : BREF ÉTAT DES LIEUX

*En ces temps où les problématiques fiscales occupent de façon récurrente le devant de la scène, tant médiatique que politique, il est important de rappeler les compétences de la Suisse en matière de recouvrement des créances fiscales d'un Etat étranger contre l'un de ses contribuables.*

Au contraire de l'entraide administrative en matière d'échange de renseignements, l'assistance au recouvrement des créances fiscales étrangères, au sens de l'article 27 du Modèle de Convention de l'OCDE, reste une institution que le droit suisse n'a pas intégrée, avec trois exceptions toutefois.

Premièrement, l'Accord sur la lutte contre la fraude, conclu dans le cadre des Bilatérales II avec l'Union européenne et ratifié par la Suisse le 23 octobre 2008, prévoit un dispositif par lequel « *la partie contractante requise procède au recouvrement des créances tombant dans le champ d'application du présent accord comme s'il s'agissait de ses propres créances* ». Cet accord n'est pas entré en vigueur, faute de ratification par tous les Etats membres de l'Union Européenne (seuls 23 Etats membres et la Commission de l'UE l'ont ratifié); cependant, la Suisse a décidé de l'appliquer par anticipation dès le 8 avril 2009 à l'égard des autres Etats ayant fait la même déclaration. Rappelons simplement que le champ d'application de cet accord est limité aux impôts indirects (dont font notamment partie la taxe sur la valeur ajoutée, les droits de douane et les impôts à la consommation).

Deuxièmement, la Convention du 30 janvier 1974 entre la Confédération suisse et la République d'Autriche en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (modifiée par un nouveau protocole entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2011), contient un article 26a, prévoyant une « *assistance en matière de recouvrement des créances fiscales portant sur les rémunérations réalisées par une personne exerçant une activité lucrative dépendante dans l'Etat contractant qui reçoit la demande d'assistance, si les montants perçus sont effectivement*

*du selon la législation de l'Etat requérant et si la personne concernée a pris des mesures pour échapper au versement de l'impôt* ». Cette disposition, mise en œuvre par la voie de la saisie sur salaire, se caractérise donc par un champ d'application très restreint.

Troisièmement, l'art. 28bis de la Convention du 9 septembre 1966 entre la Suisse et la France en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscale (modifiée par un avenant entré en vigueur le 4 novembre 2010) offre un mécanisme d'assistance pour la notification des actes et documents relatifs au recouvrement des impôts visés par la Convention, ainsi que d'autres spécificités. Cette assistance ne saurait toutefois être étendue au recouvrement de l'impôt lui-même.

**Contacts : Jean-Luc Bochatay, Aurélien Flückiger**

### NOTRE AVIS

Aujourd'hui, un Etat étranger peut obtenir de la Suisse des informations lui permettant de taxer l'un de ses contribuables, mais reste confronté à des difficultés pratiques lorsqu'il tente de recouvrer le montant dû. Au vu de la tendance actuelle à une coopération toujours plus efficace entre les Etats en matière fiscale, il nous paraît très probable que des Etats étrangers, dans l'impossibilité de mettre la main sur des actifs en Suisse, exercent des pressions sur cette dernière afin d'obtenir une pleine assistance au recouvrement. Il nous paraît également probable que la prochaine vague de révision des conventions porte sur cette problématique.

*Le législateur français a toujours été particulièrement fécond dès qu'il s'est agi de la matière fiscale, et la tendance va vers une inquiétante accélération. A ce titre, l'année 2011 aura été caricaturale, puisque pas moins de quatre lois de finances rectificatives successives auront été adoptées, certaines modifiant même ce qui avait été adopté par la précédente (comme en matière d'« exit tax » par exemple).*

*L'année 2012, année électorale, et donc sujette à réformes fiscales, commence sur le même rythme que 2011, puisque le 8 février une première loi de finances rectificative a déjà été présentée par le gouvernement.*

*Dans ce dédale de nouvelles mesures aux impacts souvent significatifs (fiscalité du trust, extension des délais de prescription, sanctions fiscales et pénales renforcées), que convient-il de retenir et quelles mesures sont-elles susceptibles de voir le jour d'ici au 31 décembre 2012?*

## 1. FISCALITÉ SUR LES REVENUS

Le taux marginal de l'impôt sur le revenu a déjà été porté à 43% pour les contribuables disposant de revenus supérieurs à EUR 500'000 et à 45% pour ceux dont les revenus dépassent EUR 1'000'000.

Il est par ailleurs prévu dans le programme de François Hollande, candidat du Parti Socialiste à l'élection présidentielle, de porter le taux marginal de l'impôt sur le revenu à 75%, tout en limitant la pression fiscale totale (ISF compris) à 85 % des revenus.

Parallèlement à ces mesures visant les taux d'imposition, des projets également restrictifs touchent l'assiette des impositions (limitation drastique des réductions d'impôt et des niches fiscales) et la refonte du mode de calcul de l'impôt sur le revenu (réforme du système dit du « quotient familial »).

Enfin, eu égard notamment aux dernières allocutions des candidats, l'on risque de voir ressurgir le **spectre d'une taxation des français de l'étranger**. En effet,

devant la crainte de voir s'expatrier ses nationaux fortunés, une partie de la classe politique française, y compris en cela Nicolas Sarkozy, a déjà évoqué la possibilité de prévoir une **imposition fondée sur la nationalité** et non plus sur la résidence fiscale. Un tel projet, s'il devait voir le jour, constituerait une révolution dans la tradition fiscale française, laquelle, contrairement au modèle américain par exemple, ne tient nullement compte du critère de nationalité pour le recouvrement de ses impôts.

Dans le contexte actuel, on ne peut pas exclure le recours à une telle mesure dérogatoire, par ailleurs totalement contraire aux traités internationaux, mais qui serait destinée à marquer les esprits des candidats à une délocalisation.

## 2. FISCALITÉ SUR LE PATRIMOINE

Dans le cadre des projets d'alourdissement de la pression fiscale, les revenus du patrimoine sont les premières cibles. Ainsi, les prélèvements sociaux ont déjà été portés de 12,1% à 15,5% et cet accroissement est loin d'être définitif, faisant ainsi des prélèvements sociaux un véritable « impôt sur le revenu bis ».

Il est également prévu dans les projets des deux candidats à l'élection présidentielle de revenir sur la taxation dérogatoire et avantageuse sur les dividendes, lesquels, rappelons-le, bénéficient, depuis la disparition de l'avoir fiscal, d'un abattement de 40% (par exemple, un dividende distribué de EUR 10'000 ne sera taxé à l'impôt sur le revenu que sur EUR 6'000).

La proposition de loi socialiste déposée devant le Sénat en décembre 2011 a déjà préconisé la diminution de cet abattement de 40% à 20%. Il n'est pas impossible qu'il disparaisse totalement, instituant ainsi une véritable double imposition économique entre les sociétés distributrices soumises à l'impôt sur les sociétés et l'actionnaire.

**En matière d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF)**, l'année 2012 sera une année faste puisqu'elle



permet de cumuler le bouclier fiscal (pour la dernière fois) et un taux historiquement bas de 0,5% pour les patrimoines supérieurs à trois millions d'euros. Mais il ne faut pas se faire d'illusions: quel que soit le vainqueur aux futures élections présidentielles, il est quasiment certain que l'ISF, impôt éminemment politique, sera une nouvelle fois amendé. Le projet socialiste prévoit ainsi de revenir à l'ancien barème de l'ISF, mais sans le bénéfice du bouclier fiscal (avec toutefois un plafonnement global des impositions à 85 % des revenus).

Enfin, **en matière de droit de mutation**, une correction à la hausse est également appliquée. Rappelons en effet que le barème des droits a été sensiblement rehaussé en juillet 2011 portant le taux marginal des droits de succession et de donation en ligne directe à 45% (pour un patrimoine transmis par enfant de EUR 1'805'677).

Il est possible que l'année 2012 alourdisse encore ces taux, et remette en cause les abattements existants (actuellement de EUR 159'325 par enfant tous les dix ans).

### 3. ACCROISSEMENT DE LA RÉPRESSION PÉNALE FISCALE

Engagée depuis maintenant plus de quatre années, la mise en place de mesures répressives en matière fiscale, visant à lutter contre la détention d'actifs non déclarés, connaît un nouvel épisode sous la forme de quatre nouvelles mesures :

- Extension des délais de prescription

Soucieux de ne pas perdre d'assiette taxable du fait de l'écoulement du temps, le législateur français a étendu la prescription en matière d'impôt sur le revenu à dix ans, non plus seulement pour les seuls actifs détenus

dans des pays non coopératifs, mais désormais dès que les actifs sont détenus « à l'étranger ».

Cette réforme, qui vient compléter la précédente extension de délai datant de 2009, a pour objectif d'éviter le débat complexe et fluctuant visant à déterminer si un Etat est ou non coopératif.

Cette nouvelle extension du délai de reprise de dix ans s'applique aux années prescrites postérieurement au 31 décembre 2011. Concrètement, les avoirs financiers actuellement détenus dans des Etats nouvellement coopératifs sont soumis à la prescription de dix ans depuis 2006 (année prescrite le 1er janvier 2017), jusqu'à 2012 (année prescrite en 2023). Les années suivantes sont soumises au même régime.

- Alourdissement des amendes fiscales

Le montant des amendes fiscales à compter du 1er janvier 2012 s'élève annuellement à 5% du montant des avoirs étrangers non déclarés, au lieu de EUR 1'500 applicable jusqu'à présent, ou EUR 10'000 pour les avoirs détenus dans des Etats non coopératifs (en dix années, le montant des amendes pourrait donc s'élever à 50% du montant des avoirs!).

- Alourdissement des amendes pénales

En cas de dépôt de plainte pour fraude fiscale et de condamnation, le montant des amendes pénales, qui s'élevait jusqu'à présent à EUR 37'500, est porté à EUR 500'000 en cas d'avoirs détenus dans un Etat coopératif, et à **EUR 1'000'000** en cas d'avoirs détenus dans un Etat non coopératif. Ces amendes se cumulent à l'amende fiscale de 5%.

- Maintien de la procédure judiciaire d'enquête fiscale aux Etats nouvellement coopératifs

Enfin, suspicieuse quant à la réalité de la coopération avec certains Etats, la France maintient la **procédure judiciaire d'enquête fiscale** aux Etats nouvellement coopératifs, dont la Suisse fait partie, pendant les trois années qui suivent la conclusion de l'accord ou de la convention (soit jusqu'à fin 2014 pour la Suisse).

*Contact : Alain Moreau*

## NOTRE AVIS

La fiscalité, sujet pourtant éminemment technique, s'invite quotidiennement dans le débat électoral français depuis quelques mois, laissant présager, dès les élections passées, sans doute dès le mois de septembre prochain, une nouvelle loi de finances reprenant l'essentiel des mesures annoncées pendant la campagne électorale.

La période actuelle paraît donc peu propice aux prises de décision, eu égard à l'incertitude ambiante. Pourtant, certaines mesures favorables demeurent encore, peut-être pour quelques mois seulement, et il serait dommage de ne pas en bénéficier.

Quant aux perspectives plus lointaines, l'insécurité fiscale résultant de l'instabilité chronique de la politique fiscale française impose, en matière de planification fiscale, de se positionner plus que jamais sur le **long terme**, et dans un **environnement international**, souvent beaucoup plus stable que celui que nous connaissons en France.



## LES ASPECTS PRATIQUES DE L'ENTRAIDE ADMINISTRATIVE FRANCO-SUISSE

*La France dispose à ce jour du mécanisme de l'entraide administrative selon les normes de l'OCDE pour collecter des renseignements fiscaux détenus en Suisse.*

*Si les principes généraux de ce mécanisme sont inscrits dans la convention franco-suisse, des questions pratiques aux conséquences non négligeables se posent, en particulier eu égard au respect des principes de spécialité et de proportionnalité.*

L'autorité compétente de l'Etat requis, soit l'Administration fédérale des contributions (AFC), accuse réception de la demande d'entraide administrative française et vérifie si cette dernière respecte les exigences formelles. En particulier, les renseignements demandés

doivent être vraisemblablement pertinents et le contribuable visé doit être clairement identifiable. La demande d'entraide administrative ne doit pas se fonder sur des renseignements obtenus par des actes punissables au regard du droit suisse (en référence aux fichiers bancaires volés). Les détenteurs des renseignements doivent être également identifiés, toutefois «dans la mesure où ils sont connus».

Après avoir brièvement examiné si la demande d'entraide remplit les conditions prévues par la convention franco-suisse, l'AFC informe le détenteur des renseignements de l'existence de la requête. Elle l'invite à demander au contribuable visé de désigner un mandataire en Suisse habilité à recevoir des notifications. Le contribuable visé prend alors part à la procédure, et peut dans ce cadre faire valoir ses droits, en particulier le droit à être entendu et à consulter le dossier, à ne pas s'auto-incriminer et à recourir.

Le détenteur des renseignements a pour sa part un délai relativement court pour s'exécuter auprès de l'AFC et lui transmettre les renseignements pertinents visés par la requête. La compétence de l'examen de la pertinence des renseignements revenant exclusivement à l'AFC, celle-ci refuse que des documents préalablement caviardés par le détenteur des renseignements lui soient transmis.

En pratique, l'AFC étant seule habilitée à trier les renseignements avant leur transmission à la France, elle est tenue de prendre garde à ce que les principes de spécialité et de proportionnalité soient respectés. Seuls des documents et informations vraisemblablement pertinents et en rapport avec les personnes et les actes pour lesquels la requête a été faite et accordée peuvent être transmis à la France.

*Contacts: Monica Favre et Jean-Marc Wasem, Genève et Alain Moreau, Paris*



### NOTRE AVIS

Les normes de l'OCDE imposent un délai d'environ 90 jours pour la transmission des renseignements à un Etat requérant. Au-delà de ce délai, l'Etat requis peut être accusé de ne pas pratiquer l'échange effectif de renseignements. Ce délai particulièrement court pour l'ensemble de la procédure met en danger le respect des principes de spécialité et proportionnalité. Le risque est grand que des informations relatives à des tiers soient transmises à l'étranger. Afin de veiller à ce que ces principes ne soient pas bafoués, le détenteur des renseignements devrait demander à l'AFC de pouvoir lui transmettre non seulement un jeu de documents non caviardés, mais également un set contenant les mêmes pièces dans lesquelles les informations non pertinentes, en particulier avec des tiers non visés par la requête, devraient être caviardés.

**FBT Avocats SA**  
**Genève | Lausanne | Paris**

[www.fbt.ch](http://www.fbt.ch)

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

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