

## Sommaire

- 2 Après l'allègement dans le courant de l'été des droits de donation et de succession, l'exonération des heures supplémentaires, le renforcement du bouclier fiscal et l'amélioration des **règles de prescription**, la **France** s'apprête à améliorer sensiblement son **régime d'imposition des dividendes**.
- 4 Un arrêt récent de la **Cour de cassation** jette le trouble sur les conséquences fiscales en France des effets d'un **trust américain**.
- 6 La **FINMA**, qui regroupera la Commission fédérale des banques, l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de blanchiment, est appelée à fédérer, sous sa tutelle, l'ensemble des **missions de surveillance des marchés financiers suisses**.
- 8 Placements collectifs de capitaux : la Suisse adapte la notion d'«appel au public» et **élargit la notion d'investisseurs qualifiés aux gestionnaires indépendants**.
- 9 Que ce soit en matière de gestion de fortune, de conseil en placements ou de simple exécution d'instructions, il appartient dans tous les cas au client qui cherche à mettre en cause la **responsabilité d'une banque suisse** d'établir son dommage, exercice particulièrement délicat.
- 10 La France a instauré un régime de **location** et de **crédit-bail d'actions et de parts sociales** qui devrait faciliter les transmissions d'entreprises.
- 12 **Le droit suisse des Sarl**, qui se rapproche du droit français, vient d'être assoupli et adapté afin de mieux répondre aux besoins des chefs d'entreprises.



# Actualité fiscale française

CLC clc@clc-avocats.com

Comme on le sait, les questions fiscales ont été au cœur du débat de la campagne présidentielle française. Les principales promesses électorales furent intégrées dès l'été dans la loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (loi dite « TEPA » du 21 août 2007). C'est donc logiquement que le projet de loi de finances pour 2008, présenté en septembre au Conseil des Ministres, s'est trouvé privé de réelles innovations, lesquelles pourraient cependant intervenir, lors du débat devant le Parlement, sous la pression des élus.

- **Les principales mesures fiscales contenues dans la loi TEPA**

Nous ne reviendrons pas en détail sur les mesures ayant déjà fait l'objet de développements dans notre Ledgenda No.11 et qui sont entrées en vigueur en l'état, à savoir principalement l'allègement des droits de donation et de succession, l'exonération des heures supplémentaires et la réforme du bouclier fiscal.

Sur ce dernier point, il convient cependant de préciser que la proposition formulée par les Parlementaires, consistant à permettre un plafonnement immédiat et mécanique des impositions sans passer par une demande en restitution, n'a malheureusement pas été retenue. Toutefois il n'est pas impossible que cette faculté soit reprise lors du débat sur la loi de finances pour 2008.

Une mesure importante, mais qui est passée relativement inaperçue, consiste, **à compter du 1er juin 2008**, à ramener en matière de droits d'enregistrement, de succession, de donation, et en matière d'ISF et de taxe de 3%, **le délai de reprise** de l'administration fiscale de 10 ans à 6 ans (le délai « court » de 3 ans restant inchangé). Rappelons que la prescription décennale concerne les biens ou valeurs non déclarés c'est-à-dire en l'absence de toute déclaration, ou encore, en cas

de déclaration souscrite, mais à hauteur des seuls **actifs omis**.

**Exemple** : si un contribuable a omis de mentionner dans ses déclarations **ISF** un contrat d'assurance-vie qu'il a souscrit en 1990 pour 500 000 €, l'administration fiscale, qui peut aujourd'hui encore procéder à des rappels de droits en remontant sur dix ans, soit jusqu'au **1er janvier 1997**, verra son droit de reprise limité, au **1er janvier 2002**, date butoir de la prescription pour les notifications qui seront adressées à compter du 1er janvier 2008.

- **Les mesures les plus saillantes du projet de loi de finances pour 2008**

La rétroactivité initialement votée du régime de déductibilité des intérêts d'emprunt, attachés à l'**acquisition d'une résidence principale**, ayant été partiellement invalidée par le Conseil constitutionnel, le gouvernement vient d'inclure un aménagement technique dans le projet de la loi de finances pour 2008 : il propose de porter le taux du crédit d'impôt pour les intérêts payés au titre de la première annuité de remboursement de 20% à 40%, les quatre annuités suivantes restant inchangées à 20%. Cette mesure entraîne une économie de 0,8 point d'intérêt environ ce qui permet de compenser l'actuelle hausse des taux.

La mesure phare de ce projet de loi concerne l'adoption d'un nouveau régime de **crédit d'impôt recherche** plus simple



que celui existant, et qui en fera l'un des plus incitatifs parmi ceux proposés aux entreprises au sein de l'OCDE.

En effet, alors que l'ancien système prévoyait un double niveau d'assiette prenant en compte à la fois le niveau des dépenses et leur taux d'accroissement, le nouveau régime ne tient compte que du seul volume des dépenses, lesquelles seraient en outre retenues pour leur montant réel sans plafonnement (au lieu d'un plafonnement, sous le régime antérieur, à 16 millions d'euros). De même, le taux du crédit d'impôt serait porté de 10% à 30% jusqu'à 100 millions de dépenses de recherche (5% au-delà).

La troisième mesure marquante de ce projet concerne la **fiscalité des dividendes** que le Gouvernement entend rapprocher de celle des produits de taux. Il est ainsi proposé d'instituer un **prélèvement forfaitaire** à la source optionnel, libératoire de l'impôt sur le revenu, calculé au taux de 18%, auquel viendrait s'ajouter les prélèvements sociaux de 11%, soit **28% de pression fiscale**.

A ce stade du projet, l'assiette du prélèvement libératoire serait constituée du montant brut des dividendes, sans bénéfice de l'abattement de 40%. L'option pour ce prélèvement ne serait pas autorisée pour les contribuables détenant, avec les membres de leur famille, une participation substantielle dans le capital de la société distributrice.

## Notre avis

**1) Régularisation de biens omis :** combinée avec la baisse très significative du montant des intérêts de retard, entrée en vigueur le 1er janvier 2006, (de 9% par an à 4,80%), **la limitation du délai de reprise à 6 ans** devrait inciter les **contribuables à l'ISF** à déclarer certains de leurs actifs qu'ils auraient omis dans le passé. En effet l'enjeu financier d'une telle **régularisation**, dont le poids se trouvera réduit de moitié environ, leur ouvre désormais un nouvel axe de réflexion à prendre en considération.

**2) Réforme de la fiscalité des dividendes :** nos simulations montrent que l'option pour le **prélèvement forfaitaire de 18%** ne présentera un réel intérêt que pour les contribuables imposés à la tranche marginale de l'impôt sur le revenu, soit un taux de 40% applicable à compter de 67 546 €. **Par exemple**, dans le cas d'un célibataire percevant 100 000 € de dividendes, le régime d'imposition « classique » (prenant en compte l'abattement de 40%) entraînera une pression fiscale de 24 000 €, contre 18 000 € en cas d'option pour le prélèvement libératoire.



# Le trust à l'épreuve de la Cour de cassation française

CLC clc@clc-avocats.com

La France, pays de droit civil, a toujours eu beaucoup de difficultés à appréhender la notion anglo-saxonne de trust.

L'adoption le 19 février 2007 de la loi sur la fiducie a constitué une première avancée, mais sans effet en matière de gestion patrimoniale. En effet, la fiducie est, rappelons-le, réservée aux seuls constituants personnes morales et ne peut porter sur des opérations relevant d'une intention libérale au profit d'un bénéficiaire (fiducie-libéralité).

Cependant, même en l'absence de textes légaux instaurant le concept de trust, le système juridique français se trouve quotidiennement confronté à l'appréhension des effets de cette institution au regard du droit français. A telle enseigne que le Code général des impôts faisant preuve de réalisme fiscal, dispose en son article 120-9° que sont considérés comme revenus « les produits des trusts quelle que soit la consistance des biens composant ces trusts ».

En l'absence de dispositions légales touchant au trust, la jurisprudence française s'efforce, pour l'application de ses effets en France, de le faire entrer dans une catégorie juridique prédéfinie. Ainsi par décision du 20 février 1996 (Cass., 20 février 1996, Consorts Ziennessis), la Cour de cassation a qualifié de **donation indirecte sous condition suspensive**, la transmission opérée par un trust inter-vivos et révocable, réalisée par le constituant au profit du bénéficiaire. Le fait générateur de cette donation prenant effet au décès du constituant.

S'agissant des **trusts irrévocables**, la Cour d'appel de Rennes, dans son arrêt du 4 mai 2005 (CA Rennes, 4 mai 2005, No.03-4727) avait également qualifié de donation indirecte la mutation intervenue,

le fait générateur prenant aussi effet à la date du décès du constituant. Cet arrêt vient d'être confirmé par la Cour de Cassation dans une décision du 15 mai 2007 (Cass., 15 mai 2007, Tardieu de Maleissye), mais sur des fondements juridiques différents.

Rappelons les faits de l'espèce : un homme de nationalité française, décédé en France en 1995, mais résident américain, avait constitué en 1947, au profit de ses enfants nés ou à naître, un trust composé de valeurs mobilières, qu'il avait rendu irrévocable quelques années plus tard. Ces valeurs, dont le constituant avait continué à percevoir les fruits de son vivant, étaient gérées par ce trust, lequel avait été chargé de remettre le capital transmis aux bénéficiaires le jour du décès du constituant. Les héritiers, bénéficiaires du trust et résidents français, prétendaient appréhender les valeurs **sans paiement de droits de succession en France**, position contestée par l'administration fiscale française, qui leur a réclamé les droits de mutation en retenant comme assiette la valeur des titres au jour du décès du constituant.

La Cour de cassation n'a pas expressément validé la qualification de donation indirecte retenue par la Cour d'Appel, préférant retenir une notion plus large, celle de « mutation à titre gratuit ».

Cet arrêt appelle les remarques suivantes :

Refusant indiscutablement de se placer sur le terrain de la donation indirecte, la Cour de cassation instaure discrétionnairement **un principe général de taxation des mutations à titre gratuit** au décès

## Notre avis

du constituant, principe non prévu par le Code général des impôts. La Doctrine majoritaire considère que le recours à cette notion entraîne la création d'une nouvelle catégorie de **donation sui generis**, qui suscite **deux observations**.

a) D'un point de vue strictement légal, il peut paraître choquant qu'une juridiction, même suprême, vienne se substituer au Législateur.

b) D'un point de vue pratique, ne pas retenir la notion traditionnellement utilisée de donation indirecte permet à la Cour de cassation de s'affranchir des conditions requises par le Code civil en matière de donation, et notamment la condition liée à l'acceptation préalable du donataire prévue par l'article 894 du Code civil.

Il s'agit toutefois d'une décision **jurisprudentielle importante** car en matière de trust, les décisions fiscales sont peu nombreuses, surtout celles rendues par la Cour de cassation.

S'il existait de nombreuses **interrogations sur les effets fiscaux** d'un Trust en France, cet arrêt n'a fait qu'en ajouter de nouvelles. En effet, en instaurant une nouvelle qualification sui generis non prévue par le Code général des impôts, celle de « mutation à titre gratuit », la Cour de cassation vient semer un sérieux trouble. S'agit-il d'une simple décision d'espèce...

D'un point de vue pratique, l'incertitude liée à cette qualification ne va pas manquer de poser des difficultés en matière de liquidation des droits de donation, dès lors que le paiement de ces droits et celui des droits de succession n'obéissent pas aux mêmes règles du Code général des impôts.

Plus généralement, l'appréhension en droit fiscal des **effets des trusts sur des résidents de France** se complique encore, ajoutant à l'environnement actuel une nouvelle zone d'insécurité juridique.



# La Suisse se dote d'une Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers

FBT info@fbt.ch

La Suisse va se doter d'une « Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers » intégrée regroupant la **Commission fédérale des banques**, l'**Office fédéral des assurances privées** et l'**Autorité de contrôle en matière de blanchiment**. Cette autorité – dont l'appellation allemande « FINMA » sera utilisée dans les trois langues, pour une « marque » claire en Suisse et à l'étranger – devrait **prendre ses fonctions en 2009**, après l'adoption des modifications législatives et réglementaires nécessaires.

La **coordination** de la FINMA avec les autorités de poursuite pénale, de même qu'avec l'Autorité de surveillance des sociétés d'audit, sera assurée par la loi sur la surveillance des sociétés de révisions (LSR), qui devra, elle aussi, entrer prochainement en vigueur.



**Modalités d'organisation** : la FINMA prendra la forme d'un établissement autonome de droit public, **financé** exclusivement par les émoluments et taxes de surveillance des assujettis. Elle s'organisera elle-même sur la base d'une bonne corporate governance.

Elle aura à sa tête un **conseil d'administration**, de sept à neuf membres nommés pour une période de quatre ans (renouvelable une fois). Pour la surveillance des assurances et pour la lutte contre le blanchiment, il s'agira d'une nouveauté. En revanche, au regard de la Commission fédérale des banques existant actuellement, les compétences de ce conseil seront plus restreintes dès lors qu'elles se limiteront à fixer les objectifs stratégiques, nommer et superviser sa direction et statuer exceptionnellement sur « des affaires de grande portée » (notion qu'il conviendra de définir !).

Les décisions importantes de la FINMA seront prises par sa **direction**, qui pourra cependant déléguer à ses départements (à définir dans le règlement d'organisation) la plupart de ses compétences.

La FINMA aura l'obligation de **rendre compte de ses activités directement au Conseil fédéral**.

**Compétences** : la FINMA sera habilitée à prononcer les **sanctions administratives**, comme par exemple la confiscation du gain acquis par un établissement financier qui violerait « gravement des dispositions légales en matière de surveillance », l'interdiction de pratiquer, ou encore l'obligation de publier une décision (naming and shaming). En revanche, les **sanctions pénales** continueront à être prononcées

par le Département fédéral des finances et par le Tribunal pénal fédéral, mais leur champ d'application sera élargi.

La **responsabilité** de la FINMA (et subsidiairement de la Confédération) ne pourra être engagée que pour violation « des devoirs essentiels de fonction » et si les dommages ne résultent pas d'un comportement illicite d'un établissement financier. En pratique, la mise en œuvre de cette responsabilité se révélera extrêmement difficile.

Enfin, la **Commission des OPA**, qui ne pouvait prononcer jusqu'ici que des recommandations, aura désormais la possibilité de prendre formellement des décisions. Celles-ci pourront toutefois faire l'objet d'un recours devant la FINMA, puis devant le Tribunal administratif fédéral.

Ont en revanche été rejetées les propositions tendant à renforcer l'information du public lors de l'ouverture de procédures administratives, à prolonger la prescription des poursuites pénales et de la confiscation, et à punir les actes par négligence.

## Notre avis

La nouvelle législation conserve l'essentiel des dispositions du droit actuel : lois sur les banques, sur les fonds de placement, sur les bourses et sur la lutte contre le blanchiment d'argent. Sur le fond, elle n'entraînera donc **pas de changement important du droit des marchés financiers suisses**.

Ainsi, **les gérants de fortune indépendants** restent exclus du domaine de la surveillance (sauf lorsqu'ils gèrent des placements collectifs, la nouvelle loi sur les placements collectifs de capitaux, entrée en vigueur le 1er janvier 2007 les assujettissant à autorisation).



# Suisse : une nouvelle notion d'« appel au public » en matière de placements collectifs

FBT fbt@fbt.ch

La récente entrée en vigueur de la loi sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (LPCC) et de ses deux ordonnances d'application a rendu nécessaire une adaptation rapide de certaines dispositions de la circulaire sur l'« appel au public » (CFB 03/01, du 28 mai 2003). La Commission fédérale des banques (CFB) a publié la version révisée de cette circulaire le 17 septembre 2007 ; elle est entrée en vigueur le 1er octobre 2007.

L'« appel au public » au sens de la circulaire implique d'une part, l'approbation de la CFB pour les placements collectifs étrangers distribués au public en Suisse ou à partir de la Suisse et, d'autre part, l'obtention d'une autorisation pour engager une activité de distributeur de placements collectifs.

Alors que l'ancienne définition se référait à la fois à un critère quantitatif (existence d'un cercle de plus de 20 personnes démarchées) et à un critère qualitatif (notion d'« investisseur qualifié »), la nouvelle définition ne retient plus que le critère qualitatif. L'« appel au public » se présume donc désormais lorsque le distributeur de placements collectifs s'adresse, avec des moyens ordinaires de publicité, à des **investisseurs non « qualifiés »**. A l'inverse, le fait de s'adresser à des investisseurs « qualifiés » par des moyens de publicité « usuels » pour le marché (notamment « road shows », contacts personnels) n'est pas constitutif d'un « appel au public ».

Par ailleurs, le cercle des investisseurs qualifiés a été élargi aux particuliers fortunés (high net worth individuals ou HNI) qui confirment par écrit disposer directement ou indirectement de placements financiers (avoirs en banque, dépôt fiduciaire, dérivés, etc.) d'une valeur totale d'au moins CHF 2 millions nets (par assimilation, les véhicules de détention patrimoniale constitués par des particuliers peuvent également être traités comme des particuliers fortunés s'ils détiennent des placements qui atteignent ce seuil).

## Précisions importantes :

- 1) Le concept contraignant « d'appel au public » ne s'applique pas lorsqu'un gestionnaire indépendant souscrit à des parts de fonds de placement pour le compte de clients ayant signé avec lui un mandat discrétionnaire de gestion.
- 2) La version finale de la circulaire de la CFB reconnaît également comme des investisseurs qualifiés les gestionnaires indépendants (soumis à la législation sur le blanchiment d'argent et aux règles d'une organisation professionnelle) et les investisseurs (HNI ou non) avec lesquels ils ont conclu un mandat de gestion de fortune écrit et rémunéré.

## Notre avis

La révision de la circulaire « appel au public » remplit **deux objectifs importants** :

- tout d'abord une simplification et une transparence des rapports entre les différents intervenants de la place financière conformément à la nouvelle législation en matière de placements collectifs ;
- **mais aussi et surtout une reconnaissance comme investisseurs qualifiés** par l'autorité de surveillance, des **gestionnaires indépendants**.

Enfin il est rappelé que le **champ d'application** de cette réglementation contraignante se révèle en pratique particulièrement large, car elle atteint aussi ceux des diffuseurs étrangers qui distribuent leurs produits par un site internet dont l'offre peut évidemment s'adresser à un investisseur suisse. Ces diffuseurs doivent alors veiller à mettre en place un « disclaimer » ou une « restriction d'accès ».



# Le dommage en droit bancaire suisse

FBT info@fbt.ch

La notion de **dommage** couvre toute diminution involontaire du patrimoine. Elle peut consister en une **perte effective** (« damnum emergens »), soit toute diminution de la fortune nette, ou en un **gain manqué** (« lucrum cessans »), c'est-à-dire une non-augmentation de la fortune nette.

En droit bancaire, la notion de dommage est identique à celle qui prévaut pour l'ensemble du droit civil suisse. Appliqué au contexte bancaire, l'existence du dommage, son étendue et son calcul renferment toutefois différentes **spécificités** liées notamment à la complexité de certaines opérations ou à la difficulté d'établir l'existence de divergences par rapport à la gestion convenue.

Dans ce contexte, les plaideurs sont fréquemment tentés d'invoquer **l'article 42 alinéa 2 du Code des obligations**, qui permet au juge de déterminer le dommage ex aequo bono, « ce qui est équitable et bon », lorsque son montant exact ne peut être établi. Toutefois, les tribunaux sont peu enclins à faire usage de cette disposition et, en l'absence d'un degré de précision suffisant de la détermination du dommage, les parties prennent le risque de se voir débouter. Elles ont donc intérêt à solliciter une expertise plutôt que de recourir aux tribunaux avec un dossier incomplet. En effet, selon le Tribunal fédéral, il incombe au demandeur d'alléguer précisément, de façon exhaustive et claire, tous les faits qu'il entend prouver ainsi que la quotité de son préjudice.

Du point de vue du client, la preuve de l'existence d'un **gain manqué** est particulièrement difficile à rapporter. Selon le Tribunal fédéral, le client doit en effet rendre **hautement vraisemblable** l'utilisation qu'il aurait faite de l'argent et ses conséquences. Dans un contexte boursier, cela signifie que le client supporte la charge de démontrer précisément quels auraient été les placements qu'il aurait effectués (la référence à des indices boursiers étant à cet égard insuffisante) et quelle aurait été l'évolution de ces placements.

Le **concept d'utilisation hypothétique des actifs**, fréquemment invoqué par les clients qui cherchent à démontrer l'existence d'un gain manqué, trouve parfois une application inattendue en matière de perte éprouvée et profite alors à la banque. Ainsi, dans une affaire qui a donné lieu à la publication d'un arrêt du Tribunal fédéral en 2005, une banque a réussi à convaincre les juges que, même si les actifs des clients n'avaient pas fait l'objet de toute manière investis dans des valeurs qui se seraient effondrées. Les clients ont été déboutés de toutes leurs demandes.

On peut regretter **que la notion de dommage en droit bancaire suisse ne suscite que peu de jurisprudence du Tribunal fédéral** même si cela peut s'expliquer par la circonstance que cette juridiction ne revoit en principe que le droit, l'établissement des faits étant du ressort des instances inférieures (cela n'empêche pas le Tribunal fédéral de se prononcer à l'occasion sur la notion juridique du dommage ; ainsi, dans un arrêt récent, la Cour de justice de Genève s'est vu reprocher d'avoir violé le droit fédéral en retenant comme base de calcul du dommage non pas la valeur des titres à l'achat, mais leur valeur à la date de la première estimation communiquée aux clients).

## Notre avis

La notion de dommage en droit bancaire véhicule une réelle **insécurité juridique**, que nourrit d'ailleurs une jurisprudence parfois peu cohérente, voire même contradictoire ; il revient aux clients estimant avoir subi un préjudice d'évaluer attentivement avec leurs conseils comment tracer des lignes claires en matière d'existence, de moment et d'étendue du dommage, qui permettront d'emporter la conviction des juges malgré les incertitudes actuelles.

# La France instaure un régime innovant de location de titres

CLC clc@clc-avocats.com

Une loi du 2 août 2005 (codifiée sous les articles L 239-1 à L 239-5 du Code de commerce), a mis en place un régime de location et de crédit-bail (leasing) d'actions et de parts sociales destiné à faciliter la transmission d'entreprise.

Cette loi permet à des personnes physiques ou morales (les bailleurs) de **donner en location ou en crédit-bail à des personnes physiques** (les locataires) leurs **actions** de sociétés de capitaux (société anonyme, SAS, etc.) et leurs **parts sociales** de SARL.

D'un point de vue formel, cette possibilité doit être expressément prévue par les statuts de la société concernée. Le prix stipulé pour la location doit être déterminé en fonction d'une évaluation des titres en début et fin de contrat, évaluation certifiée par un commissaire aux comptes, sur la base de critères tirés des comptes sociaux. Un décret du 11 décembre 2006 (No.2006-1566) a précisé l'ensemble des modalités d'application de ce type de contrat.

Ce nouveau régime, dont l'objet déclaré est de **faciliter la transmission des petites et moyennes entreprises**, et de **stabiliser leur actionnariat**, met en œuvre un système qui permet **au locataire des titres** d'exercer toutes les prérogatives offertes à un **usufruitier**, et notamment celles de participer et de voter aux assemblées générales, à l'exclusion des résolutions ayant pour but de modifier les statuts. Le locataire participe ainsi à l'assemblée générale d'approbation des comptes de l'exercice, ainsi qu'à l'affectation des résultats et à leur éventuelle distribution.

D'un point de vue fiscal le locataire qui, rappelons-le, est toujours une personne physique, est réputé percevoir en qualité d'actionnaire ou d'associé des revenus provenant des actions ou parts sociales prises en location. Par application du 3e de l'article 158-3 du Code général des impôts, il se trouve imposé dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers et bénéficie sur le dividende perçu d'une réfaction de 40%. Il est admis que le loyer versé par le locataire au bailleur vienne en déduction des dividendes ainsi perçus.

Pour le **bailleur-vendeur**, ce régime présente l'avantage d'offrir une sécurité des revenus, puisqu'il reçoit un loyer fixe et constant, ce qui n'est pas le cas des dividendes. Il conserve par ailleurs un droit d'information sur les affaires de la société ainsi que son droit de vote pour les décisions majeures liées notamment aux modifications statutaires ainsi qu'à la distribution des réserves.

Pour le **locataire-acquéreur**, le système du crédit-bail de titres, qui fait de lui un crédit-preneur, présente un **mode de financement alternatif** de l'acquisition, lui permettant de consentir à l'organisme financier prêteur (le crédit-bailleur) la sûreté la plus absolue qui soit, à savoir la propriété des titres (au lieu d'un simple nantissement).

Cependant certaines conséquences économiques et fiscales de ce régime de location peuvent s'avérer contraignantes, notamment pour le bailleur personne physique.

- D'un point de vue économique, le bailleur court le risque de devoir récupérer en fin de contrat de location des titres dont la valeur aura subi une perte importante, la location n'étant assortie d'aucune clause de garantie d'actif, ni de passif à son profit.



- D'un point de vue fiscal, le bailleur personne physique sera imposé sur les loyers dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux au barème progressif de l'impôt sur le revenu alors que dans le cadre d'une cession simple, il serait imposé sur la plus-value de cession au taux forfaitaire de 16% (majoré de 11% de CSG/CRDS). De plus, la situation du bailleur au regard notamment de l'ISF reste imprécise, car si au plan juridique, l'article L 239-3 du Code de commerce prévoit que le bailleur est assimilé au nu-propriétaire et le locataire à l'usufruitier, cette situation n'est pas évidente d'un point de vue strictement fiscal. La question se pose en effet de savoir si le bailleur est exonéré d'ISF sur les titres donnés en location et si, dans le cas contraire, il peut toujours se prévaloir de la qualification de biens professionnels.

Enfin, toujours au plan fiscal, les titres donnés en location faisant l'objet d'une évaluation certifiée par un commissaire aux comptes, en début et fin de contrat, il sera difficile de ne pas tenir compte de cette valorisation pour l'assiette de l'ISF, voire même pour l'assiette ultérieure des droits de donation ou de succession.

## Notre avis

Ce type de contrat répond sans aucun doute aux besoins des entrepreneurs qui souhaitent **transmettre progressivement leur entreprise**, ou prendre du recul dans la gestion, sans pour autant en perdre le contrôle absolu. Il est particulièrement adapté à une **période intercalaire** de « fiançailles » entre un vendeur et un acquéreur puisque le locataire dispose pendant toute la durée de la location d'une liberté pour gérer l'entreprise ; le bailleur, quant à lui, conservant des revenus (des loyers) et la possibilité de reprendre possession de ses titres en fin de bail.

Mais il faudra lever des interrogations qui subsistent en matière fiscale (une instruction est attendue) et il faudra aussi que les établissements de crédit-bail accueillent favorablement **ce nouveau mode de financement de transmission des entreprises**.

# La Suisse réforme son droit de la société à responsabilité limitée

FBT info@fbt.ch

Le 1er janvier 2008 entrera en vigueur le nouveau droit de la « Sarl ». Sur plusieurs points importants, la nouvelle réglementation est indicative. Cette souplesse a pour but de permettre d'adapter l'organisation de la Sarl aux circonstances du cas d'espèce et aux particularités des rapports entre associés. En revanche, l'ensemble des règles qui protègent les créanciers ou les associés minoritaires ou celles qui concernent la structure de base de la Sarl revêtent un caractère impératif.

Les **principales nouveautés** sont les suivantes :

- simplification de la procédure de création de la Sarl, celle-ci pouvant être constituée dorénavant par un seul fondateur, **un associé unique comme en droit français** ;
- **suppression du plafonnement du capital social** à CHF 2 millions. Ceci constitue l'élément clé de cette réforme, car le plafonnement freinait considérablement le développement des Sarl ayant besoin de fonds propres ;
- obligation de libération de l'intégralité du capital social (art. 774 al. 2 CO). En parallèle, l'actuelle responsabilité personnelle solidaire et subsidiaire de chaque associé jusqu'à concurrence de l'intégralité du capital social est supprimée. Comme pour la société anonyme, le patrimoine de la société répondra seul de l'ensemble des engagements de la Sarl ;
- réduction du montant de la **valeur nominale minimale** des parts sociales de CHF 1 000 à CHF 100 (art. 774 al. 1, CO). Ce qui permet ainsi, avec un capital social minimal de CHF 20 000, de réunir 200 sociétaires dans la société ;

- le nouveau droit **abandonne** l'exigence de la forme authentique pour le transfert des parts sociales. La forme écrite est désormais suffisante. L'anonymat n'est toutefois pas institué dans la nouvelle Sarl et les associés doivent toujours être inscrits au registre du commerce.

## Notre avis

Les nouvelles dispositions entreront en vigueur le **1er janvier 2008** et seront aussitôt applicables y compris aux sociétés existantes. Toutefois les Sarl existantes disposeront d'un délai transitoire de **deux ans** pour adapter leurs statuts, mais également pour libérer leur capital social. En contrepartie, la responsabilité subsidiaire des associés est maintenue aussi longtemps que les apports n'auront pas été intégralement libérés jusqu'à concurrence du capital social.

Les nouvelles dispositions devraient rendre les Sarl nettement plus attractives que par le passé. En raison de la **souplesse du nouveau droit**, de la liberté d'aménagement des rapports internes et de la possibilité d'augmenter le capital social sans plafonnement, il est vraisemblable que le nombre de Sarl suisses augmentera de façon significative dans les prochaines années.

### Cabinets membres

#### CLC

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

#### F B T

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

#### C Y L

Avenue C.-F. Ramuz 43  
CP 1376  
CH-1001 Lausanne  
Tél. +41 21 711 71 00  
Fax +41 21 711 71 00  
www.fbt.ch

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

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