

# FBT

### FBT NEWSLEX

N° 12 - OCTOBRE 2016

#### CONTACT

Marco Villa mvilla@fbt.ch T. +41 (0)22 849 60 40 www.fbt.ch

#### REVUE PÉRIODIQUE D'INFORMATIONS EN MATIÈRE JURIDIQUE ET FISCALE

#### TABLE DES MATIÈRES

- P02 Non-résidents fiscaux français: êtes-vous éligibles à l'exonération d'ISF sur vos titres de sociétés françaises?
- **P06** LIMF Prolongation des délais transitoires
- **P08** Fintech: adaptation de la réglementation financière suisse à l'environnement numérique
- P10 Blocage des actifs des clients par les Banques en garantie des «Clawback» des Fonds Fairfield
- P11 Le délit fiscal qualifié et ses délais transitoires
- P14 L'engagement en Suisse d'un travailleur frontalier percevant un revenu dans son Etat de résidence

#### NON-RÉSIDENTS FISCAUX FRANÇAIS: ÊTES-VOUS ÉLIGIBLES À L'EXONÉRATION D'ISF SUR VOS TITRES DE SOCIÉTÉS FRANÇAISES?

En vertu des dispositions de l'article 885 L du Code Général des Impôts, les non-résidents fiscaux français «ne sont pas imposables sur leurs placements financiers » en France au titre de l'Impôt sur la fortune (ISF). Cette disposition légale a un but incitatif, car elle vise à encourager les non-résidents à conserver ou accroître leur épargne en France. La notion de «placements financiers» n'est toutefois pas expressément définie par le texte de loi. Cette situation a laissé la porte ouverte à l'administration fiscale qui opère une distinction entre les «placements financiers» exonérés et les «titres de participation » non exonérés.

L'administration fiscale considère que les placements financiers « comprennent l'ensemble des placements effectués en France par une personne physique et dont les produits de toute nature, excepté les gains en capital, relèvent ou relèveraient de la catégorie des revenus de capitaux mobiliers. Il s'agit notamment des dépôts à vue ou à terme en euros ou en devises, des comptes courants d'associés détenus dans une société ou une personne morale qui a en France son siège social ou le siège de sa direction effective, des bons et titres de même nature, obligations, actions et droits sociaux, des contrats d'assurance-vie ou de capitalisation souscrits auprès de compagnies d'assurances établies en France ». Cette définition n'appelle pas d'objection particulière.

Il est à relever toutefois que l'administration fiscale exclut du champ d'application de ce dispositif d'exonération, les titres représentatifs d'une participation, c'est-à-dire les titres «qui permettent d'exercer une certaine influence dans la société émettrice » (cf. BOI-PAT-ISF-30-40-50 n° 60 à 90, 10 juin 2013). Selon cette doctrine, sont en pratique présumés titres de participation, «les titres représentant au moins 10% du capital d'une entreprise. Toutefois, la qualité de titres de participation n'est présumée que si les titres ont été soit souscrits à l'émission, soit conservés pendant un délai de deux ans au moins. Au surplus, la preuve que les titres détenus dans ces conditions ne sont pas des titres de participation peut, en toute hypothèse, être rapportée par le redevable».

Sur ce point, l'administration fiscale se réfère à la distinction entre les «titres de placements» et «les titres de participation» existante en matière de bénéfices industriels et commerciaux et d'impôt sur les sociétés, notamment pour l'application du régime fiscal des sociétés mères et filiales.

Peu de jurisprudences ont été rendues sur la question. On peut néanmoins noter l'existence d'un jugement rendu par le Tribunal de Clermont-Ferrand, le 9 janvier 1992. Le contribuable, résident fiscal espagnol, soutenait qu'il était éligible au dispositif d'exonération des placements financiers, quand bien même il détenait 43% du capital social d'une SA. Il

faisait valoir qu'il avait été écarté des instances dirigeantes de la personne morale par une coalition d'associés majoritaires. Le Tribunal a néanmoins rejeté son argumentaire, considérant notamment que le nombre de titres dont il disposait lui conférait en soi une position dominante dans la société l'autorisant à exercer une influence sur la société.

Une analyse critique de cette doctrine interprétative nécessite un rappel du texte de loi *in extenso*.

Selon l'article 885 L du Code Général des Impôts:

- 1 «Les personnes physiques qui n'ont pas en France leur domicile fiscal ne sont pas imposables sur leurs placements financiers.
- 2 Ne sont pas considérées comme financiers placements actions ou parts détenues par ces personnes dans une société ou personne morale dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers situés sur le territoire français, et ce à proportion de la valeur de ces biens par rapport à l'actif total de la société. Il en est de même pour les actions, parts ou droits détenus par ces personnes dans les personnes morales ou organismes mentionnés au deuxième alinéa du 2° de l'article 750 ter».

Ainsi, si l'on se réfère à une lecture stricte des dispositions textuelles



(ce qui est normalement le principe en matière fiscale):

- à l'alinéa 1, le texte prévoit une exonération générale sur tous les placements financiers faits en France;
- à l'alinéa 2, il n'exclut de son champ d'application que les seuls titres de sociétés à prépondérance immobilière et plus généralement les titres détenus dans des sociétés ou organismes détenant des immeubles en France.

En principe, lorsque les dispositions fiscales ont un sens clair et précis, il n'est pas permis à l'administration fiscale d'introduire des distinctions que la loi n'a pas envisagées (la doctrine ayant bien entendu une valeur inférieure à la loi dans la hiérarchie des normes).

Cette lecture doit cependant être atténuée à la lecture des débats par-

lementaires ayant présidé à l'adoption de cette disposition législative. En effet, lors de l'instauration de l'impôt sur les grandes fortunes (IGF) en 1981, un dispositif d'exonération rédigé dans des termes strictement similaires avait été introduit dans le code général des impôts. Lors du vote de cette disposition, un amendement avait été proposé afin d'exclure de l'exonération «le cas où ces placements financiers constituent des participations soumises aux dispositions de l'article 160 du code général des impôts» (i.e. les détentions supérieures ou égales à 25%). La commission avait repoussé cet amendement, estimant que le texte proposé par le Gouvernement ne vise que les «placements» et non « les participations ».

Notons toutefois que lors de l'instauration de l'ISF par la remise en vigueur des dispositions légales relatives à l'IGF (avec quelques adaptations rédactionnelles, mais sans modification du dispositif qui nous intéresse au cas présent), un rapport fait par la Commission des Finances auprès de l'Assemblée Nationale avait été rendu le 3 septembre 1988 lors des travaux préparatoires. Celui-ci avait critiqué la légalité de la distinction que l'administration fiscale opérait déjà dans sa doctrine entre les titres de participation et les placements financiers, dans les termes suivants:

« Cette interprétation administrative suscite plusieurs réflexions: tout d'abord, on peut s'interroger sur la possibilité pour l'administration fiscale d'établir une exception « à côté de la loi », l'article 885 L ne prévoyant une dérogation que pour les placements financiers dans des sociétés à prépondérance immobilière. On rappellera qu'en application de l'article 34 de la Constitution, la fixation des règles d'assiette est du domaine de la loi.

Ensuite, du point de vue de la rationalité économique, ce régime aboutit à une situation curieuse. En effet, un investisseur étranger est confronté à des effets de seuils surprenants: à moins de 10% du capital, son investissement est exonéré car considéré comme un placement; à plus de 10%, il est imposé car considéré comme une participation. Il ne peut bénéficier à nouveau de l'exonération que s'il détient 25% de l'entreprise et s'il exerce des fonctions prévues ouvrant droit à la qualification de biens professionnels, fonctions peu

compatibles à l'évidence avec la qualité de non-résident.

On ajoutera enfin que l'on peut s'interroger sur la notion de participation retenue, la règle de 10% tirée du code général des impôts, ou de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales n'ayant pas une portée absolue ».

Il convient de souligner qu'à l'issue de ce rapport, les parlementaires n'ont pas modifié les dispositions textuelles telles qu'elles étaient rédigées en 1981. Il pourrait le cas échéant être soutenu que leur nouvelle intention était de réserver un champ d'application large au dispositif d'exonération des placements financiers...

Même s'il paraît admissible d'opérer une distinction entre titres de placements et titres de participation, leur définition par référence aux notions applicables en matière de bénéfices industriels et commerciaux et d'impôt sur les sociétés n'apparaît pas opportune. En effet, elle s'adapte difficilement à la situation des personnes physiques.

En effet, ni la cédule d'imposition, ni même le régime d'imposition des produits de placements à revenu variable ne diffère selon le nombre de titres détenus par la personne physique dans la société.

Par ailleurs, selon une lecture a contrario de la doctrine interprétative, pourraient qualifier en tant que placements financiers, les titres représentant plus de 10% du capital, mais n'ayant pas été souscrits à l'émission et qui ne seront pas conservés pendant un délai de deux ans au moins. En matière d'impôt sur les sociétés, l'intention du contribuable s'apprécie en fonction du classement comptable des titres détenus. En revanche, lorsqu'une personne physique acquiert des titres de société, son intention de conserver ou pas les titres ne peut être assurée, à défaut d'obligations comptables, et ne





peut en tout état de cause être prouvée de façon certaine, sauf a posteriori. sembler quelque peu «jusqu'auboutiste» et risque fort d'être rejetée ultimement par les tribunaux. sant de plus de 10% du capital social d'une société française dispose de deux options:

On peut constater en outre à la lecture du jugement rendu par le tribunal de Clermont-Ferrand que la preuve contraire est difficilement admise, alors même que le contribuable ne peut plus intervenir dans la gestion de la société, en l'absence de fonctions de mandataire social et ne retire désormais pas de revenus de la structure, hormis des dividendes (imposables dans la catégorie des revenus capitaux mobiliers).

A notre sens, deux lectures alternatives pourraient être retenues.

 La première piste se base sur une lecture ultra-restrictive du texte légal, selon l'analyse explicitée ci-avant.

Dans cette hypothèse, les titres de sociétés françaises détenus par les non-résidents seraient dans tous les cas exonérés. Cette lecture peut La seconde piste pourrait consister à considérer que la notion de «placements financiers» s'oppose à la notion de professionnalité, qui elle-même se définit par la mise en œuvre d'un minimum de moyens matériels et intellectuels. La notion serait alors caractérisée par la passivité du contribuable qui se contenterait de percevoir les fruits de son investissement.

Dans cette hypothèse le non-résident, qui ne percevrait pas de revenus autres que ses dividendes, pourrait être éligible au dispositif d'exonération. Peu importerait l'importance de la participation détenue, dès lors que sa seule intention serait d'en tirer une rentabilité.

#### **PERSPECTIVES**

Pour conclure, à titre pratique, un non-résident fiscal français dispo-

- Il peut déposer une déclaration d'ISF, payer l'impôt correspondant et adresser ultérieurement une réclamation contentieuse, aux fins de remboursement de l'impôt en prouvant son éligibilité au dispositif d'exonération par des éléments juridiques et factuels;
- S'estimant fondé à bénéficier du régime d'exonération des placements financiers, le contribuable non-résident peut alternativement prendre la décision de ne pas déposer de déclaration, en attendant de recevoir une mise en demeure de l'administration fiscale. Une discussion devra alors s'engager avec l'administration fiscale, avec l'assistance avisée d'un conseil fiscal.

Contact: Stéphanie Barreira

#### LIMF - PROLONGATION DES DÉLAIS TRANSITOIRES

La Loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF) et ses deux ordonnances d'application (OIMF et OIMF-FINMA) sont entrées en vigueur le 1er janvier 2016. Cette réglementation introduit un régime harmonisé pour toutes les « infrastructures des marchés financiers ». Elle prévoit en outre de nouvelles règles de comportement dans le négoce de dérivés (obligation de compensation, de déclaration et de réduction des risques). Elle étend par ailleurs la portée des obligations existantes d'enregistrement et de déclaration des transactions sur valeurs mobilières.

Les acteurs concernés bénéficient de délais transitoires qui ont été définis au regard des dispositions analogues de la réglementation européenne (paquet MiFID II / MIFIR). Or, dans la mesure où l'application desdites dispositions a été repoussée au 3 janvier 2018 par la Commission européenne, le Conseil fédéral a décidé, le 29 juin 2016, de prolonger certains délais fixés par l'OIMF. Dans la foulée du Conseil fédéral, la FINMA a également pris des dispositions dans une communication du 6 juillet 2016 (01/2016). Les établissements bancaires sont plus particulièrement concernés par les prolongations suivantes:

 échange de garanties lors d'opérations sur dérivés de gré à gré non soumises à compensation (art. 131 al. 4 à 6 OIMF): les obligations y relatives



devront être respectées lorsque les normes techniques de réglementation dans ce domaine auront été adoptées au niveau européen;

nouvelles obligations d'enregistrer et de déclarer les opérations sur dérivés découlant de valeurs mobilières admises à la négociation sur une plate-forme de négociation (art. 36 al. 2 et 37 al. 2 OIMF) et obligation d'indiquer une référence permettant d'identifier l'ayant droit économique dans les opérations soumises à l'obligation déclarative (art. 37 al. 1, let. d OIMF): le délai pour se conformer à ces nouvelles obligations est prolongé d'une année, soit jusqu'au 1er janvier 2018.

En revanche, les délais transitoires relatifs aux autres règles de comportement demeurent inchangés. On relèvera toutefois que les points de départ des délais transitoires applicables aux obligations de compenser et de déclarer les transactions au référentiel central ne sont pas encore connus: ils le seront lorsque la FINMA aura déterminé les catégories de dérivés soumises à l'obligation de compensation – ce qui suppose l'autorisation ou la reconnaissance par la FINMA d'une contrepartie centrale -, respectivement lorsque l'Autorité de surveillance aura autorisé ou reconnu un référentiel central. Dans sa communication du 6 juillet 2016, la FINMA indique à cet égard qu'aucun référentiel central et contrepartie centrale n'ont été autorisés ou reconnus à ce jour, sans préciser dans quel délai de telles autorisations ou reconnaissances pourraient intervenir.

Nonobstant ce système de mise en œuvre différée des obligations de compensation et de déclaration et malgré les prolongations de délais transitoires décidées par le Conseil fédéral et la FINMA, les banques et autres assujettis seront audités dès l'exercice 2016 sur les mesures prises afin de se conformer à leurs nouvelles obligations (dans la mesure bien évidemment des obligations d'ores et déjà applicables et dont les modalités de mise en œuvre sont connues).

#### **PERSPECTIVES**

L'initiative prise par le Conseil fédéral et la FINMA est bienvenue: elle octroie du temps à des établissements dans une période déjà très chargée au plan réglementaire et permet par là-même d'éviter un Swiss finish qui serait préjudiciable aux intérêts des acteurs concernés, en particulier ceux qui traitent sur le marché des dérivés. Cela étant, les établissements touchés par cette nouvelle réglementation devraient d'ores et déjà en analyser les conséquences sur leur modèle d'affaires. Cette démarche leur permettra de mettre en place les premières mesures d'application et ainsi de justifier dès 2016 du respect de leurs obligations au regard de la LIMF et de ses dispositions d'exécution.

Contacts: Pierre-Olivier Etique et Jean-Marie Kiener



#### FINTECH: ADAPTATION DE LA RÉGLEMENTATION FINANCIÈRE SUISSE À L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE

L'innovation technologique dans le domaine financier ou «Fin-Tech» se décline sous de nombreuses formes – banque en ligne, paiements mobiles, bitcoins, crowdfunding ou encore gestion algorithmique, par exemple – et bouscule les modèles d'affaires plus traditionnels sur lesquels se fonde la réglementation suisse. Alors que ces progrès technologiques contribuent à rendre la place financière suisse attrayante et plus compétitive, la réglementation suisse, tant sur le plan des autorisations que sur celui des règles qui régissent l'activité financière, n'est plus adaptée et doit donc être révisée.

L'approche de la FINMA est celle d'une réglementation neutre par rapport aux différents modèles d'affaires, avec pour double objectif le maintien de la compétitivité de la place financière et la protection des investisseurs.

Le régulateur a ainsi entrepris d'adapter la règlementation suisse, en premier lieu dans le **domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent,** la plupart des intermédiaires financiers FinTech entrant dans le champ d'application de cette règlementation. Dans une nouvelle circulaire, la Circulaire 2016/7 «Identification par vidéo et en ligne», la FINMA propose une interprétation assouplie des obligations de diligence des intermédiaires financiers découlant de la loi fédérale concernant la lutte contre le

blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBA) et de ses dispositions d'exécution, aux fins de permettre leur application dans un environnement numérique. Cette circulaire, applicable depuis le 18 mars 2016, permet la vérification de l'identité du cocontractant d'un intermédiaire financier par vidéo en ligne à des conditions spécifiques. Elle admet par ailleurs l'identification de l'ayant droit économique par voie numérique, notamment grâce à une signature électronique

ou à l'obtention d'un document signé scanné. Enfin, en offrant une interprétation technologiquement neutre de certaines dispositions de son Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA), la FINMA permet par exemple que les clarifications exigées soient reçues par email, chat ou vidéoconférence. La circulaire de la FINMA n'est directement applicable qu'aux intermédiaires financiers soumis à



sa surveillance. Il appartient donc aux organismes d'autorégulation d'adapter leur réglementation dans le sens de ladite Circulaire.

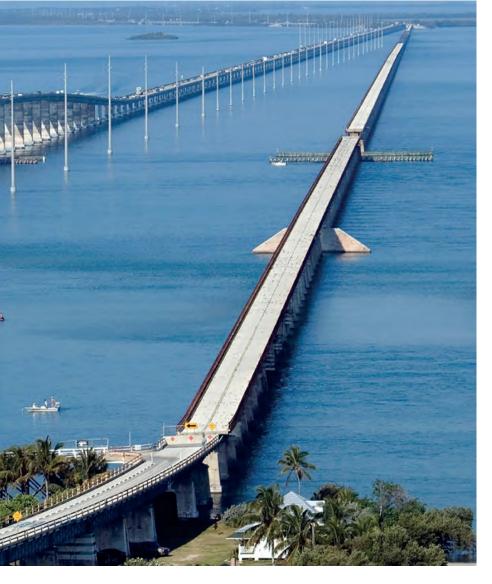
Parallèlement, la FINMA a examiné l'ensemble de sa réglementation prudentielle afin d'assurer qu'elle garantissait la neutralité vis-à-vis des différents modèles d'affaires. Il en est résulté que seules les dispositions des Règlescadres pour la gestion de fortune (Circulaire 2009/1) qui prescrivent

la forme et le contenu du mandat de gestion comportaient un obstacle puisqu'elles prévoient que le mandat de gestion doit être passé sous la forme écrite, soit sous format papier comportant la signature des parties. Cet obstacle est à présent levé puisqu'avec la modification des Règles-cadres, le mandat de gestion peut désormais être conclu sous toute autre forme qui permet d'en établir la preuve par texte, comme par exemple sous forme numérique comportant une

signature électronique ou manuscrite, pour autant que le courriel puisse être attribué de manière fiable au client. Les modifications de la Circulaire 2009/1 sont entrées en vigueur le 1er août 2016.

#### **PERSPECTIVES**

Il faut souhaiter que la règlementation financière continue de respecter le principe de neutralité, fixant des conditions-cadres identiques pour les différents acteurs du marché. La question de l'autorisation des entreprises FinTech et celle des risques nouveaux liés à leur activité doivent encore être examinées. Dans cette optique, le Conseil fédéral a confié au Département fédéral des finances la mission d'étudier la nécessité d'une réglementation spécifique pour les entreprises FinTech. Par ailleurs, la FINMA s'est prononcée en faveur d'une nouvelle catégorie d'autorisation, à des conditions moins rigoureuses que l'autorisation de banque, pour les entreprises dont l'activité comporte certains éléments propres à l'activité bancaire, comme par exemple les fournisseurs de services de paiement, les applications pour la gestion de fortune par voie numérique ou encore les platesformes de crowdfunding. Enfin, la FINMA préconise une dispense d'autorisation en-dessous de certains seuils pour favoriser particulièrement les start-ups.



Contacts: Frédérique Bensahel et Véronique Chatelain

## BLOCAGE DES ACTIFS DES CLIENTS PAR LES BANQUES EN GARANTIE DES «CLAWBACK» DES FONDS FAIRFIELD

Suite au scandale Madoff en mai 2010, le liquidateur du Fonds Fairfield (le «Fonds») a intenté une procédure aux États-Unis contre plusieurs banques suisses dans le but d'obtenir le remboursement des montants qu'elles ont touchés suite à la vente de parts, entre mai 2004 et décembre 2008, pour le compte de leurs clients. Il soutient que ces montants seraient excessifs car les parts étaient surévaluées eu égard à la fraude de Bernard Madoff. L'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_540/2015 traite du blocage, par une de ces banques, des avoirs d'un client en garantie de la somme qu'elle pourrait être condamnée à payer si l'action du liquidateur devait aboutir.

Le Tribunal fédéral examine principalement deux questions: (i) la banque dispose-t-elle d'une créance contre son client obligeant ce dernier à supporter économiquement ledit remboursement ? (ii) pour garantir ce remboursement la Banque peut-elle exercer un droit de gage sur les avoirs du client?

Sur le premier point, le Tribunal fédéral constate les faits suivants: les parties étaient liées par une relation de compte courant/dépôt et conseil en placement ponctuel; la banque a touché une «commission de courtage» sur le prix de vente des parts du Fonds; la banque a contribué à ce que le client décide d'acquérir ces parts, mais aucune violation contractuelle ne peut lui être reprochée; elle n'était pas tenue de suivre l'évolution du

fonds ni de conseiller au client de modifier son investissement en cas de changement de situation; au moment d'acquérir les parts du Fonds, le client a signé une déclaration certifiant qu'il avait ordonné à la banque d'entreprendre cette opération pour son propre compte et à ses propres risques; il a agi à sa guise lorsque la banque lui a conseillé de revendre ses parts.

Pour le Tribunal fédéral, ces éléments démontrent l'existence d'un accord prévoyant que le client assumait entièrement les profits et les risques de l'investissement dans le Fonds. Le risque d'une répétition du produit touché pour la revente des parts du Fonds doit donc être supporté par le client.

La banque dispose ainsi d'une créance, contre le client, en libération de la prétention en remboursement formulée par le liquidateur du Fonds aux Etats-Unis.

Sur le second point, le Tribunal fédéral rappelle que le gage est garantit admissible s'il créances auxquelles le constituant pouvait raisonnablement penser lors de sa conclusion. Il constate qu'en l'espèce, selon le contrat de gage, sont garanties «toutes les créances actuelles ou futures de la banque envers le constituant». Selon le Tribunal fédéral, lesdites créances sont celles qui résultent des relations d'affaires en cours ou envisageables entre la banque et le client.

La créance de la banque remplit-elle cette condition? Le Tribunal fédéral relève que le client a expliqué qu'il voulait déposer son argent et en même temps obtenir un rendement, et que le contrat de gage utilise des termes tels que titres, papiers-valeurs, dépôts collectifs. Partant, l'acquisition notamment de parts dans des fonds de placement, tel que le Fonds Fairfield, est une opération que pouvait et devait envisager le client à l'ouverture de son compte bancaire. C'est donc, pour le Tribunal fédéral, une opération d'investissement s'inscrivant dans des relations d'affaires prévisibles. La créance dont se prévaut la banque étant étroitement liée à cette opération, elle est couverte par le droit de gage.

La banque peut donc retenir les avoirs du client. Peu importe à cet égard que le procès aux Etats-Unis soit en cours: le fait que la banque fasse l'objet d'une procédure visant la restitution du montant du rachat des parts du Fonds est suffisant pour permettre l'exercice d'un droit de rétention.

#### **PERSPECTIVES**

Cet arrêt rappelle l'importance pour les banques des documents contractuels comme les conditions générales ou les actes de nantissement, pour se prémunir contre des créances, dirigées contre elles, découlant de la relation avec leurs clients.

Contacts: Serge Fasel et Alexis Dubois-Ferrière

#### LE DÉLIT FISCAL QUALIFIÉ ET SES DÉLAIS TRANSITOIRES

Dans un monde où les incivilités fiscales ne sont plus tolérées, la Suisse doit mettre à jour son droit interne afin de se conformer aux standards internationaux. C'est ainsi que depuis le 1er janvier 2016, elle réprime les actes de blanchiment d'argent liés aux délits fiscaux. Ce changement soulève toutefois des difficultés pratiques importantes, notamment sous l'angle de l'application temporelle de cette modification législative.

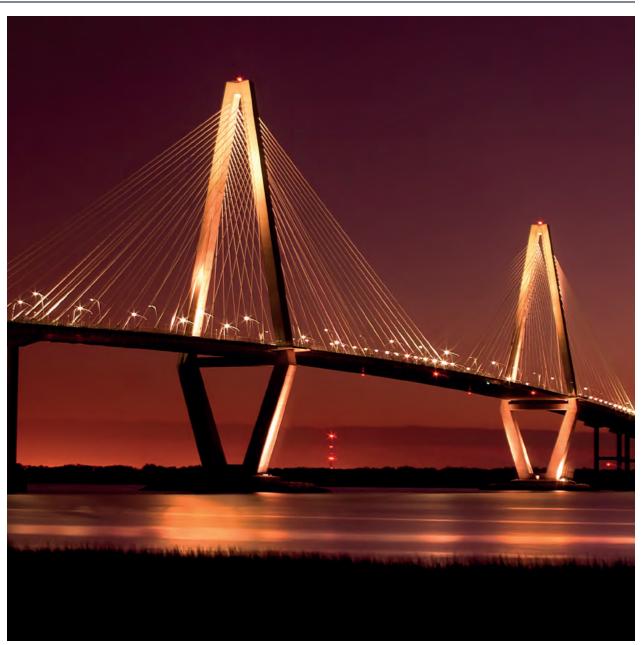
La disposition réprimant le blanchiment d'argent a été modifiée à double titre au 1er janvier 2016. D'une part, le législateur a introduit le « délit fiscal qualifié » comme infraction préalable au blanchiment d'argent au chiffre 1 de l'article 305bis du Code pénal suisse (CP). D'autre part, et de façon un peu singulière, il a défini celui-ci au chiffre 1bis de cette même disposition.

Constitue un délit fiscal qualifié, l'usage de faux au sens de l'article 186 de la Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) ou la fraude fiscale au sens de l'article 59 de la Loi fédérale sur l'harmonisation

des impôts directs des cantons et des communes (LHID) qui aura permis à son auteur de soustraire plus de CHF 300'000 lors d'une même période fiscale.

Le délit fiscal qualifié est ainsi un délit de résultat, puisqu'il implique que l'activité délictueuse permette à son auteur de soustraire la somme susmentionnée. Ce résultat interviendra souvent des mois, voire des années plus tard, au moment de l'entrée en force de la décision de taxation. Toutefois, le délit fiscal qualifié n'est pas une infraction autonome dans la





mesure où il n'est pas réprimé en tant que tel, mais constitue un préalable au blanchiment d'argent. L'infraction autonome, elle, est le délit fiscal, puni selon les lois fiscales, lesquelles ne font aucune référence au montant de CHF 300'000. En revanche ledit montant soustrait est un élément constitutif du délit fiscal qualifié, conçu comme une infraction préalable au blanchiment d'argent, par opposi-

tion à un «simple» délit fiscal (résultant en une soustraction portant sur un montant inférieur à CHF 300'000 par période fiscale). Seul le délit fiscal «qualifié» constitue un préalable nécessaire à l'infraction de blanchiment d'argent de sorte que seul celui qui a blanchi le produit d'un tel délit fiscal qualifié peut être poursuivi au titre de l'art. 305bis CP pour blanchiment.

Compte tenu du fait que l'art. 305bis CP prévoit ce seuil de CHF 300'000 en relation avec l'infraction préalable au blanchiment, se pose la question de la détermination du moment de la commission du délit fiscal qualifié: s'agit-il du moment où l'auteur du délit fiscal qualifié a déployé son activité délictueuse ou du moment où il en tirera effectivement profit?

Déterminer le moment de la commission de l'infraction est particulièrement important à l'heure actuelle, puisque le nouvel article 305bis CP ne concerne pas les délits fiscaux qualifiés qui ont été «commis» avant l'entrée en vigueur de la modification. La Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, prévoit en effet une disposition transitoire dans ce sens.

Le Message du Conseil fédéral qui accompagne la loi fédérale du 12 décembre 2014 prévoit en outre, s'agissant des intermédiaires financiers, qu'il ne peut y avoir de communication selon l'article 9 de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA) ou selon l'article 305ter CP pour des délits fiscaux qualifiés « commis » avant l'entrée vigueur de l'article 305bis CP modifié, étant donné que la législation en vigueur jusque-là ne les considérait pas encore comme des infractions préalables au blanchiment d'argent (principe de la nonrétroactivité).

Si la Loi fédérale du 12 décembre 2014 ainsi que le Message qui l'accompagne confirment l'importance du moment de la commission du délit fiscal qualifié, ils n'apportent malheureusement aucune réponse quant à la détermination de celuici. Or, durant la présente période transitoire, nombreux sont les cas où l'auteur aura agi avant l'entrée

en vigueur de la nouvelle disposition alors que le résultat ne se produira qu'après l'entrée en vigueur de celle-ci.

Nous retiendrons pour notre part que le délit fiscal qualifié est «commis» au moment de la production du titre faux à l'autorité fiscale (moment où l'auteur a agi), et cela pour deux raisons:

D'une part, parce que cette solution est compatible avec l'opinion exprimée par la doctrine dominante sur la question du moment de la commission d'une infraction pénale: la doctrine estime en effet qu'une infraction pénale est commise au moment où l'auteur a *agi* et, en cas de délit d'omission, au moment où il aurait *dû agir*. Or, dans le cas des délits fiscaux, l'auteur a *agi* au moment où il présente le titre faux ou falsifié à l'autorité fiscale.

D'autre part, parce que l'esprit de la loi est de réprimer le blanchisseur qui prête assistance au contribuable qui aura commis un délit fiscal d'une gravité particulière, soit le délit fiscal dit «qualifié». Or le délit fiscal (ordinaire ou qualifié) implique avant tout l'usage d'un faux ou une fraude fiscale. Et tant l'usage d'un faux que la fraude fiscale sont commis au moment de la production du faux titre à l'autorité fiscale, dans la mesure où il s'agit de délits de pure activité et non de délits de résultat.

En conséquence, nous estimons que l'activité délictueuse – à savoir l'usage d'un faux (article 186 LIFD) ou la fraude fiscale (article 59 LHID) – doit intervenir *après* le 1er janvier 2016 pour que l'on puisse considérer être en présence d'un délit fiscal qualifié au sens du nouvel article 305bis CP, ouvrant la voie – si l'activité délictueuse en question a de surcroît conduit à une soustraction fiscale pour un montant de plus de CHF 300'000 sur une année – à la poursuite pénale de l'auteur d'un blanchiment du produit d'un tel délit fiscal qualifié.

#### **PERSPECTIVES**

La répression des actes de blanchiment d'argent liés à des infractions fiscales constitue une modification législative lourde de conséquences, en particulier pour les intermédiaires financiers. Ces derniers doivent à présent connaître la situation fiscale globale de leurs clients, ainsi que les affaires et les transactions passées par ces derniers, et doivent soigneusement les documenter, conformément aux obligations légales et réglementaires qui sont les leurs. Cette connaissance leur est indispensable pour être en mesure de déceler une éventuelle activité délictuelle de leur client sous l'angle du délit fiscal qualifié. Signalons enfin qu'une mise à jour de leurs procédures et documents internes s'avèrera nécessaire.

Contacts: Frédérique Bensahel et Fabianne De Vos Buchart

#### L'ENGAGEMENT EN SUISSE D'UN TRAVAILLEUR FRONTALIER PERCEVANT UN REVENU DANS SON ETAT DE RÉSIDENCE

L'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP), entré en vigueur le 1er juin 2002, vise à permettre aux ressortissants des Etats parties de choisir librement leurs lieux de travail et de domicile. Cet Accord a aussi pour vocation de coordonner les différents régimes nationaux de sécurité sociale. Les critères visant à l'affiliation du travailleur à un seul système de sécurité sociale créent cependant, pour les sociétés employant des travailleurs «pluriactifs» ou des personnes touchant des prestations de chômage, une situation allant à l'encontre du but originel de l'Accord. Si la situation est pour l'instant gelée

pour le second cas, elle demeure problématique pour le travailleur pluriactif.

## 1) LE TRAVAILLEUR PLURIACTIF

Le travailleur dit pluriactif désigne une personne qui exerce simultanément ou en alternance, pour un ou plusieurs employeurs, une ou plusieurs activités différentes dans deux Etats membres de l'Union européenne ou plus (art. 14 al. 5 Règlement (CE) n° 987/2009).

L'art. 13 al. 1 lit. a du Règlement (CE) n° 883/2004 soumet cette personne « à la législation de l'Etat membre de résidence, si elle exerce une partie substantielle de son

activité dans cet Etat membre». Or, il peut être considéré qu'un temps de travail et/ou une rémunération représentant au moins 25% sur l'ensemble des activités déployées par le travailleur sont des critères indiquant que l'activité est substantielle (art. 14 al. 8 Règlement (CE) n° 987/2009).

Cette règle signifie donc qu'une société suisse qui emploie un travailleur domicilié en France exerçant déjà une activité à 25% dans son pays doit s'affilier au système français de sécurité sociale et y payer les cotisations y relatives, celles-ci pouvant être nettement plus élevées que celles dues en Suisse.

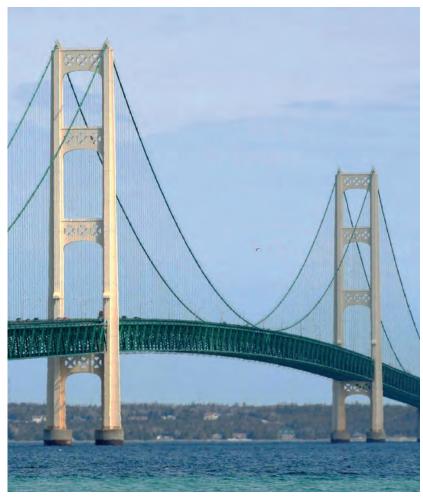


## 2) LE TRAVAILLEUR PERCEVANT DES PRESTATIONS DE CHÔMAGE

Suite à un accord entre la France et la Suisse conclu dans le cadre de l'ALCP le 7 septembre 2006, la situation était similaire lorsqu'une personne percevant une allocation de chômage dans son Etat de résidence se faisait embaucher dans l'autre Etat. Ainsi, dès lors qu'un travailleur bénéficiait d'allocations en France, l'employeur suisse devait s'affilier aux assurances sociales conformément au régime français.

Suite aux pressions des défenseurs des intérêts des travailleurs frontaliers, le Gouvernement français a décidé, au mois de mai 2016, de suspendre l'application de l'accord du 7 septembre 2006. Cela signifie donc que toutes les demandes de l'Union de Recouvrement pour la Sécurité Sociale et les Allocations Familiales (URSSAF) aux employeurs suisses concernés sont paralysées, jusqu'à ce qu'un éventuel nouvel accord entre la France et la Suisse entre en vigueur. L'employeur suisse doit donc retenir du salaire les charges sociales conformément au droit suisse.

En revanche, la situation du travailleur pluriactif, prévue par le Règlement européen, reste inchangée.



#### **PERSPECTIVES**

L'application des accords conclus dans le cadre de l'ALCP a pour conséquence, dans le cas de la pluriactivité d'un travailleur frontalier, que l'employeur suisse doit s'affilier au système de sécurité sociale en France. Outre les difficultés administratives, cette règlementation fait peser une charge financière plus lourde sur l'employeur et l'employé. De plus, l'employeur ne dispose pas de moyens adéquats pour connaître l'ampleur réelle de l'activité déployée par le travailleur en France. Enfin, même si ces éléments étaient portés à la connaissance de l'employeur, la méthode

de calcul permettant de conclure au franchissement du seuil de 25% définissant l'activité de substantielle n'est pour l'instant pas clairement définie.

Confronté à tous ces obstacles, l'employeur suisse souhaitant pourvoir un poste à temps partiel pourrait naturellement se montrer réticent à engager un travailleur frontalier, et se limiter aux candidatures de résidents suisses. Or, ce résultat est précisément à l'opposé du but visé par la libre circulation des personnes.

Contacts: Michael Biot et Aurélien Bill

