



FBT

A V O C A T S

FBT NEWSLEX

N° 16 - AVRIL 2018

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** Modification de la Loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite
- P04** Régimes matrimoniaux et successoraux en France et changement des règles de droit international privé : quel sort pour les immeubles sis en France ?
- P08** La dénonciation spontanée de soustraction d'impôts en Suisse
- P09** Le nouveau statut des non-résidents de France au regard de l'impôt sur la fortune immobilière
- P12** Circulaire FINMA sur l'Outsourcing révisée : quelles nouveautés pour les assujettis ?
- P14** Effet fiscal de la dévolution de fortune suite à une succession pour les personnes morales imposées en Suisse

MODIFICATION DE LA LOI SUISSE SUR LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE

La modification de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) adoptée le 16 décembre 2016 par les Chambres fédérales, destinée à entrer finalement en vigueur en 2019, vise un renforcement du droit du débiteur à se soustraire aux conséquences de poursuites mal fondées. Les «demandes de non-consultation par des tiers», les «demandes de moyens de preuve au créancier», ainsi que le «droit d'annulation ou suspension de la poursuite» seront élargis. Si ces modifications partagent un objectif législatif commun, les conséquences

de celles-ci seront limitées pour d'attentifs créanciers.

L'art. 8a LP traite du droit à la consultation de procès-verbaux et d'extraits du registre des offices de poursuites et faillites. Les tiers doivent rendre vraisemblable leur intérêt à une telle consultation, lequel est notamment reconnu si la demande est présentée lors de la conclusion ou de la liquidation d'un contrat. En sus notamment de la soustraction à cette consultation des poursuites pour lesquelles le débiteur a obtenu gain de cause et celles retirées par le créancier, le nouvel

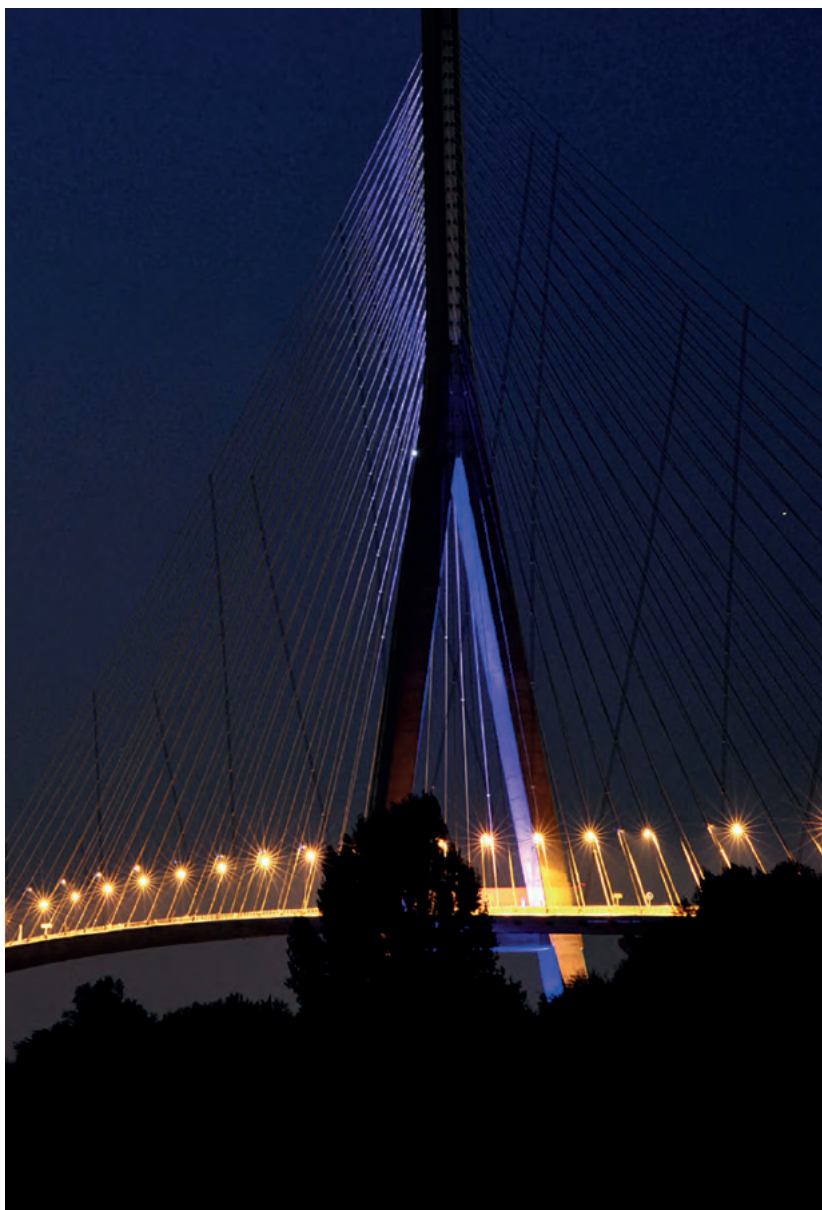
art. 8a al. 3 let. d LP prévoit que le débiteur peut désormais formuler, à l'expiration d'un délai de trois mois après notification du commandement de payer, une demande de refus de porter à la connaissance de tiers les poursuites. Le créancier peut se protéger de cette demande en prouvant qu'une procédure de mainlevée de l'opposition a été engagée à temps, soit dans un délai de 20 jours fixé par l'office des poursuites.

Consacré à l'art. 73 LP, le droit du débiteur à inviter le créancier à présenter des preuves justifiant sa créance pourra être exercé en tout



temps, dès la poursuite engagée. A l'inverse, le présent art. 73 LP lie l'expiration de ce droit à celle du délai d'opposition. Le débiteur pourra également demander une récapitulation de tous les droits du créancier à son égard. Tout comme le prévoit le texte en vigueur, les délais continuent à courir nonobstant la sommation, et le juge ne tiendra compte d'un possible manque de collaboration du créancier que dans la décision relative aux frais de procédure.

Selon l'art. 85a al. 1 LP en vigueur, applicable à la procédure ordinaire ou simplifiée, le débiteur peut agir en tout temps pour faire constater que la dette n'existe plus ou qu'un sursis a été accordé. La modification de cet alinéa lui accordera à l'avenir ce droit que la poursuite ait été frappée d'opposition ou non. Les conséquences de ce changement résident dans le nouveau traitement des commandements de payer n'ayant pas soulevé d'opposition; la loi en vigueur ne permet que la remise en question d'une telle poursuite par une action en constatation négative générale en procédure ordinaire, nécessitant un intérêt pour agir et fixant le for au domicile du défendeur. Le nouvel art. 85a al. 1 LP ne nécessitera donc pas la preuve d'un intérêt pour agir et prévoira l'ouverture de cette procédure au for de la poursuite. En cas d'opposition, il paraît probable que le nouvel art. 8a LP susmentionné remplacera le présent usage de l'art. 85a LP.



PERSPECTIVES

Les modifications de la LP qui entreront en vigueur en 2019 améliorent la protection du débiteur qui se dit victime de poursuites mal fondées, mais laissent quand même une certaine emprise au créancier en la matière. Une demande de retrait de consultation aux tiers pourra être aisément écartée par une procédure en mainlevée de l'opposition par

le créancier. La demande au créancier de présenter des preuves de sa créance n'aura d'effet que sur le calcul des frais de procédure si ce dernier ne s'exécute pas. Finalement, le nouvel art. 85a LP permettra d'agir que la poursuite ait été frappée d'opposition ou non.

Contacts : Michael Biot
et Olivia de Weck

RÉGIMES MATRIMONIAUX ET SUCCESSORAUX EN FRANCE ET CHANGEMENT DES RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : QUEL SORT POUR LES IMMEUBLES SIS EN FRANCE ?

Il reste tout juste un an pour tirer parti de la Convention de La Haye de 1978 sur les régimes matrimoniaux applicables en France !

Les conseils se préparent à l'entrée en application – à compter du 29 janvier 2019 – du **règlement européen du 24 juin 2016 n° 2016/1103 qui régira les régimes matrimoniaux** (ci-après le « Règlement Régimes Matrimoniaux »), et qui liera – sous réserve des adhésions ultérieures – 18 pays de l'Union Européenne.

Cette nouvelle réglementation remplacera pour l'avenir la **Convention de la Haye du 14 mars 1978** (ci-après « la Convention »), actuellement en vigueur en France. Elle s'en inspire largement, tout en s'en démarquant sur plusieurs points, dont l'un retiendra plus particulièrement notre attention ci-après.

Il concerne **les biens immobiliers détenus en France par des per-**

sonnes connaissant un élément d'extranéité (pays de résidence, nationalité...).

A l'heure actuelle, l'article 3 dernier alinéa de la Convention prévoit la possibilité pour les époux – indépendamment de la désignation par eux de la loi applicable à leur régime matrimonial « socle » – de *« désigner, en ce qui concerne les immeubles ou certains d'entre eux, la loi du lieu où ces immeubles sont situés. Ils peuvent également prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation »*.

Cette possibilité de scission volontaire du régime matrimonial va disparaître pour l'avenir avec la prise d'effet – le 29 janvier 2019 – du Règlement Régimes Matrimoniaux.

Il s'agit là d'une évolution qui est en cohérence avec le **règlement européen sur les successions du 4 juillet 2012 n° 650/2012** (ci-après

le « Règlement Successions ») – applicable aux successions ouvertes à compter du 17 août 2015 – qui a écarté le principe scissionniste des successions, précédemment en vigueur dans de nombreux pays, dont la France.

Les récentes réglementations européennes en matière de droit de la famille tendent en effet vers l'unité de la loi applicable, dans un contexte d'accélération très forte de la mobilité des personnes.

Pourtant, ce régime d'exception du dernier alinéa de l'article 3 de la Convention, permettant à un couple dans une situation transfrontalière de désigner la loi française comme loi du régime matrimonial applicable aux seuls biens immobiliers détenus en France, peut revêtir un intérêt réel, dans des configurations particulières.

Il peut être noté que les hypothèses dans lesquelles cette désignation fait sens se sont sensiblement réduites depuis l'entrée en vigueur du Règlement Successions, qui a mis fin au régime scissionniste des successions, notamment en France.

En effet, sous le droit successoral français antérieur – applicable à toutes les successions ouvertes avant le 17 août 2015 – la succession était régie par la loi du dernier domicile du défunt pour tous les biens de nature mobilière et par la loi de leur situation pour les immeubles.





Une des conséquences marquantes – souvent mal vécue par les personnes qui s’y trouvaient confrontées – était que les biens immobiliers situés en France constituaient à eux seuls une masse successorale propre et indépendante, à laquelle il y avait lieu d’appliquer les règles de la dévolution successorale en général et les règles de la réserve héréditaire de droit français en particulier.

L’exemple classique est celui d’une personne vivant durablement à l’étranger, marié et ayant des enfants, qui achetait une résidence secondaire en France. L’investisseur avait par ailleurs un patrimoine dans son pays de résidence habituelle.

Dans le projet de répartition de son patrimoine en cas de décès, il souhaitait que la résidence française revienne au seul conjoint, les enfants pouvant être allotés par ailleurs.

Tout naturellement, il raisonnait globalement, en tenant compte de l’ensemble de son patrimoine, mobilier et immobilier et quel que soit son lieu de situation.

Or, le régime successoral scissionniste en vigueur en France obligeait à considérer la résidence secondaire comme une masse successorale indépendante soumise au droit français, de sorte que sa transmission au seul conjoint pouvait se heurter aux droits réservataires des enfants, susceptibles de

demander la réduction de la libéralité faite au conjoint.

La Convention de La Haye de 1978 pouvait alors venir au secours des personnes se trouvant dans cette situation. En effet – et partant de l’hypothèse où tous les enfants en présence sont issus du couple – il était possible aux époux, tout en maintenant leur régime matrimonial d’origine, de désigner la loi française comme loi applicable au bien immobilier situé en France et de choisir, dans le cadre de la loi française, un régime de mise en commun de ce bien avec attribution intégrale au conjoint survivant. La liquidation du régime matrimonial intervenant nécessairement avant la liquidation succes-



sorale, et l'avantage matrimonial résultant des conventions matrimoniales ne constituant pas une libéralité (sauf exception que nous avons écartée), l'attribution du bien au profit du conjoint survivant pouvait s'exécuter dans son entier. Il n'y avait par ailleurs plus lieu d'ouvrir une succession en France, faute d'assiette. Cette solution présentait également un avantage fiscal en matière de droits de mutation, qui a aujourd'hui disparu.

Depuis l'entrée en application du Règlement Succession, la situation se présente différemment : pour les Etats participant à ce Règlement, le principe général énoncé par son article 21 est que la succession – dans son ensemble et donc sans distinction suivant la nature mobilière ou immobilière des biens – est soumise à la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès.

Le Règlement a ainsi opté pour le principe d'unité de la loi successo-

rale, ce qu'il énonce expressément dans son article 23 qui dispose que « **la loi désignée en vertu de l'article 21** (principe général et situation d'exception des liens manifestement plus étroits avec un autre Etat) **ou 22** (choix de loi par le défunt) **régit l'ensemble d'une succession** ».

Reste que la certitude de n'avoir qu'une seule loi applicable à l'ensemble de la succession ne trouve sa place que lorsque la succession ne présente de rattachements qu'avec les Etats participant au Règlement Succession.

Dès lors que nous sommes en présence d'un Etat tiers, le morcellement successoral peut refaire surface.

Dans l'exemple ci-dessus, imaginons que les époux vivent en Angleterre (l'exemple est transposable d'une manière générale aux pays appliquant le système scissionniste) et que l'un d'eux décède.

La loi applicable à la succession en vertu du Règlement Successions sera la loi anglaise.

Il y a donc lieu de s'y référer pour procéder au règlement de la succession.

La règle de conflit anglaise est basée sur le principe de scission : la succession mobilière sera soumise à la loi du dernier domicile du défunt (l'Angleterre) et la succession immobilière à la loi de situation de l'immeuble (la France). La loi anglaise renvoie donc à la loi française.

Or, en application de l'article 34 du Règlement Successions, lorsqu'on se trouve en présence d'un Etat tiers au Règlement, il y a lieu d'appliquer la loi de celui-ci, en ce compris son droit international privé et donc ses règles de renvoi.

Notons qu'un débat existe sur le fait de savoir si un Etat participant (ici, la France) doit accepter un tel ren-

voi, dès lors que celui-ci aurait pour conséquence de morceler la masse successorale plutôt que de l'unifier. Il faudra attendre que la jurisprudence européenne se prononce sur ce point, mais il peut être noté que le texte de l'article 34 ne procède pas à une telle distinction. La prudence commande donc d'envisager une situation effective de morcellement de la succession en deux masses distinctes, par l'effet du renvoi.

L'assurance de voir le bien immobilier situé en France attribué au seul conjoint survivant n'est donc pas acquise, les enfants pouvant réclamer leur part réservataire sur ce bien.

D'autres stratégies doivent alors être envisagées.

Une première piste pourrait se trouver dans la désignation de la loi nationale du défunt comme loi unique applicable à la succession, par l'effet d'une *professio juris*.

Les présentes colonnes ne permettent pas de développer le détail des effets d'une telle disposition en présence d'un pays tiers au Règlement Successions (selon en particulier la ou les nationalité(s) du défunt et le choix de loi qui lui serait ainsi ouvert). Il est toutefois prévisible que, face à un système juridique qui ne connaît pas l'institution de la *professio juris* dans son droit interne tout en appliquant un régime de scission (par exemple le Royaume-Uni, l'Australie, les Etats-Unis, l'Ile

Maurice, la Chine...), on se trouve rapidement dans un imbroglio liquidatif et procédural de fait, que seule une entente familiale parfaite permettra de démêler.

Il peut alors être opportun, si les conditions nécessaires à cette désignation sont remplies, de s'appuyer sur le régime d'exception du dernier alinéa de l'article 3 de la Convention de La Haye, encore en vigueur pour les douze mois à venir en France.

En désignant la loi française comme loi applicable au régime matrimonial des seuls biens immobiliers situés en France, et en choisissant de faire entrer ces biens dans une communauté couplée avec une clause d'attribution intégrale au survivant, la question du droit successoral applicable ne se posera plus (nous écartons l'hypothèse d'une éventuelle action en retranchement). Le notaire français pourra constater le transfert du bien par l'effet des conventions matrimoniales. Quant au juge anglais, il ne se souciera probablement pas du devenir du bien immobilier situé en France, dans la mesure où son droit interne renvoie la dévolution de ce bien au droit français.

Nombreuses sont les personnes détenant des biens immobiliers en France tout en ayant un élément d'extranéité.

La transmission de ces biens n'est pas toujours anticipée, et la sur-

prise – voire la perplexité – peut être grande au moment de l'ouverture de la succession.

Le régime d'exception de la Convention de La Haye – qui contrevient au principe d'unité du régime matrimonial et a été vivement critiqué pour cette raison – doit être manié avec prudence et parcimonie. Il n'en demeure pas moins qu'il peut répondre à des intérêts légitimes dans des cas spécifiques, en particulier en présence de pays hors Union Européenne (ou non liés par le Règlement Successions).

PERSPECTIVES

Les récents textes européens, dont notamment ceux traitant du droit des successions et du droit des régimes matrimoniaux, déjà en application ou en passe de le devenir, invitent à se pencher, avec une approche nouvelle, sur les situations patrimoniales présentant un élément transfrontalier.

Le cas de détention d'un bien immobilier dans un pays autre que le pays de résidence habituelle est à ce titre topique.

Pour les résidents d'un pays non lié par le Règlement Successions détenant un bien immobilier en France, une certaine urgence est même de mise, si l'on souhaite se prévaloir de la Convention de La Haye avant sa fin annoncée.

LA DÉNONCIATION SPONTANÉE DE SOUSTRACTION D'IMPÔTS EN SUISSE

La dénonciation spontanée de soustraction d'impôts a l'avantage d'éviter au contribuable les désagréments liés à des démarches autonomes de l'administration fiscale. Si les rappels d'impositions déductibles et les intérêts de retard sont dus en toute circonstance, la prévention d'un contentieux avec l'administration fiscale permet de s'abriter d'amendes allant jusqu'à trois fois l'impôt soustrait ainsi que de poursuites pénales.

Selon l'art. 175 LIFD, lorsqu'un contribuable dénonce spontanément et pour la première fois une soustraction d'impôt, il est renoncé à toute poursuite pénale à son encontre à trois conditions: aucune autorité fiscale ne doit avoir eu connaissance de la soustraction, le contribuable doit collaborer sans réserve avec l'administration pour déterminer le montant du rappel d'impôts et il doit s'efforcer d'acquitter le rappel d'impôt dû. Les mêmes conditions sont reprises à l'art. 153a LIFD concernant le rappel d'impôt simplifié pour des héritiers.

Une première dénonciation spontanée permet d'échapper également aux poursuites pénales en cas d'usage de faux (art. 186 al. 3 LIFD). Pour toute dénonciation spontanée subséquente, même si l'amende est réduite au cinquième de l'impôt

soustrait si les autres conditions d'une première dénonciation non punissable sont remplies, la menace de poursuites pénales subsiste.

Les risques liés à l'attentisme sont importants: la confidentialité des informations souffre actuellement de divulgations inédites, tant par des circuits officiels qu'officieux, tels les *Offshore Leaks* ou les *Panama Papers*. En effet, dès que l'administration fiscale a connaissance d'un indice de soustraction fiscale, la procédure de dénonciation spontanée n'est plus envisageable.

L'entrée en vigueur le 1er janvier 2017 de l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale (EAR) a eu des conséquences sur les dénonciations spontanées: l'Administration fédérale des contributions considère en effet que les éléments fiscaux faisant l'objet de l'EAR seront connus de l'administration au 30 septembre 2018 au plus tard, de telle sorte que la dénonciation ne pourra plus être considérée comme spontanée à compter de cette échéance. En ce qui concerne les éléments fiscaux soumis à l'EAR qui prendront naissance après 2017 et les éléments fiscaux provenant d'Etats qui appliqueront l'EAR postérieurement, cette

règle s'appliquera par analogie à compter du 30 septembre de l'année durant laquelle l'échange des renseignements concernés aura lieu pour la première fois.

PERSPECTIVES

La dénonciation spontanée permet d'éviter des pénalités pour se limiter aux intérêts de retard ainsi qu'aux rappels d'impositions déductibles remontant à dix ans au maximum (ou trois ans s'il s'agit d'éléments imposables d'un défunt dénoncés spontanément par ses héritiers). Cette voie est notamment intéressante pour les contribuables ayant omis de déclarer leur patrimoine hors de Suisse. Les conséquences en matière d'impôt sur le revenu sur la déductibilité des intérêts, en matière d'impôt sur la fortune pour la déductibilité de la dette, et de manière générale sur le taux effectif renforcent encore son attrait. A l'inverse, un contentieux avec les autorités fiscales peut mener à des amendes élevées, correspondant souvent à une fois l'impôt soustrait (lors d'une première infraction), ainsi qu'à des poursuites pénales. Les contribuables pouvant être concernés par des éléments fiscaux faisant l'objet de l'EAR devraient impérativement considérer entreprendre une dénonciation spontanée avant le 30 septembre 2018 afin de s'éviter tous les désagréments d'une procédure en rappel d'impôts.

Contacts: Michel Abt
et Thomas Romailer



LE NOUVEAU STATUT DES NON-RÉSIDENTS DE FRANCE AU REGARD DE L'IMPÔT SUR LA FORTUNE IMMOBILIÈRE

Avec l'entrée en vigueur en France de l'impôt sur la fortune immobilière (IFI), la situation fiscale des non-résidents peut se trouver sensiblement modifiée.

L'abrogation de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), à compter du 1er Janvier 2018, et son remplacement par un impôt sur la fortune exclusivement immobilière (IFI) semble, à première analyse, ne présenter que des avantages. Si cette conclusion est relativement juste pour les résidents français, tel n'est pas le cas pour les non-résidents, et en particulier ceux **domiciliés dans des pays n'ayant pas conclu avec la France une convention fiscale en matière d'impôt sur la fortune**. Tel est le cas notamment, sans que cette liste ne soit exhaustive, des résidents belges, portugais ou anglais (mais également des résidents brésiliens, australiens ou encore danois).

Rappelons en effet que, sous l'empire de l'ISF, les non-résidents pouvaient être exonérés en France à raison des actifs immobiliers qu'ils détenaient, indirectement, dans les cas suivants :

- Participation de moins de 10% dans une **société française** ne qualifiant pas de société à prépondérance immobilière (société dont l'actif était constitué à moins de 50% par des immeubles situés en France) ;
- Participation de moins de 50% dans une **société étrangère** ne qualifiant pas de société à pré-



pondérance immobilière (même si la société détenait un immeuble en France) ;

- Participation de plus de 50% dans une **société étrangère** ne qualifiant pas de société à prépondérance immobilière, même si la société détenait un immeuble en France, à condition que cet immeuble soit affecté à sa propre activité.

Sous l'empire de l'ISF, en cas de détention immobilière sous couvert de sociétés, la **notion de prépondérance immobilière était donc déterminante**. Tel n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur de l'IFI. En effet, au terme du 2° du nouvel article 965 du Code général des impôts, les non-résidents sont désormais imposés sur les parts et actions des sociétés françaises ou étrangères à hauteur de la fraction représentative des

immeubles détenus en France, directement ou indirectement.

Compte tenu de ce changement de paradigme instauré par l'IFI, les investisseurs non-résidents peuvent voir leur situation fiscale sensiblement modifiée. Ainsi, ils risquent désormais d'être imposables en France à l'IFI à hauteur de leur participation – quelle qu'elle soit – dans une société française ou étrangère, dès lors que cette société détient à son actif, même indirectement, un bien immobilier situé en France, non affecté à ses activités opérationnelles. Le risque d'imposition est cependant limité s'agissant des sociétés opérationnelles détenant directement ou indirectement un immeuble, puisque dans ce cas de figure le non-résident n'est imposable que s'il détient une participation supérieure à 10%.

PERSPECTIVES

*Le remplacement de la notion de prépondérance immobilière par la notion de **détention immobilière** indirecte n'impacte que les résidents des pays non conventionnés avec la France en matière d'impôt sur la fortune. En effet, les résidents des pays conventionnés seront, dans la plupart des cas, protégés par les stipulations des conventions fiscales en ce qu'elles font très souvent référence à la notion de prépondérance*

*immobilière (même si la notion de «**prépondérance immobilière**» est appréciée au regard des seuls actifs français). Tel est le cas, notamment, des conventions conclues avec l'Allemagne, le Canada, la Russie, Israël et la Suisse.*

Pour les résidents non conventionnés, il est impératif d'auditer leur situation au 1er janvier 2018 à l'aune des nouvelles dispositions afin de déterminer, dans cette nou-

velle législation complexe, si le périmètre de leurs droits et obligations a pu être modifié.

La situation des résidents de Suisse imposés d'après la dépense mérite une attention tout particulière, puisque l'administration fiscale française a précisé en 2012 qu'elle entendait leur contester le bénéfice de la convention franco-suisse, auquel cas ils pourraient bien se retrouver imposables à raison d'actifs immobiliers situés en France détenus de manière indirecte par des sociétés (suisses, françaises ou étrangères) qui ne sont pourtant pas à prépondérance immobilière et dans lesquelles ces résidents ne détiennent parfois qu'une participation minoritaire.

Par ailleurs, pour l'ensemble des non-résidents, il conviendra, comme pour les résidents d'ailleurs, d'analyser très précisément la structure des financements mis en place. En effet, et plus encore que pour les résidents, les non-résidents se sont vus proposer des modes de financement souvent assez éloignés des pratiques bancaires françaises (à savoir des prêts immobiliers affectés et amortissables). Il est très classique que l'acquisition d'un bien immobilier en France par un non-résident ait été financée par un prêt dit «lombard», renouvelable annuellement, ou par un prêt in fine de courte durée (cinq ans par exemple). Les nouvelles dispositions en matière de déductibilité des





passifs viennent durcir sensiblement la prise en compte de ces modes de financement, et pourrait renchérir durablement le coût fiscal de l'investissement. Etonnamment, ce durcissement législatif ne vise que les endettements réalisés au niveau du contribuable lui-même, et non au passif d'une structure de détention interposée, donnant alors tout son intérêt à des structurations pré-acquisition.

Dans un autre registre, et dans un souci de protéger les investissements étrangers réalisés en France par le biais de sociétés d'investissements immobiliers

cotées (SIIC), le législateur a expressément exonéré d'IFI les investissements réalisés sous couvert de ces structures, mais dans la limite d'un seuil de détention de 5%. Il faut également noter qu'un dispositif spécifique d'exonération trouve à s'appliquer aux investissements réalisés dans des fonds d'investissement ou organismes de placement collectif (sous réserve que ces derniers ne détiennent pas plus de 20% de leurs actifs en biens immobiliers imposables à l'IFI).

Il convient aussi de préciser que les redevables de l'IFI non-rési-

dents et non établis dans l'espace économique européen seront invités à désigner un représentant fiscal en France (sous peine de taxation d'office).

Enfin, le régime d'exonération dit des «impatriés», déjà applicable sous l'empire de l'ISF, demeure en matière d'IFI, et permet donc à un contribuable prenant résidence en France de voir ses biens immobiliers situés à l'étranger être exonérés sous conditions, pendant cinq ans.

*Contacts : Alain Moreau
et Jean-Luc Bochatay*

CIRCULAIRE FINMA SUR L'OUTSOURCING RÉVISÉE : QUELLES NOUVEAUTÉS POUR LES ASSUJETTIS ?

Le 5 décembre 2017, la FINMA a finalement publié sa nouvelle Circulaire sur l'Outsourcing, entièrement révisée, qui s'appliquera désormais tant aux banques et négociants en valeurs mobilières qu'aux assurances (ci-après le(s) «établissement(s)», «entreprise(s) ou «assujetti(s)»).

Le principe même de l'externalisation et les exigences à respecter à l'avenir demeurent fondamentalement similaires à celles en vigueur jusqu'à présent. Sous réserve de certaines exceptions, les établissements conservent le droit d'externaliser toutes leurs fonctions essentielles sans autorisation de la FINMA pour autant que les principes énoncés par l'Autorité de surveillance soient respectés. La Circulaire FINMA 2018/3, qui remplace la Circulaire 2008/7 dès le 1er avril 2018, diffère toutefois en partie du projet initial que la FINMA a soumis à audition et introduit quelques nouveautés pour les assujettis, notamment en

matière de contrat d'outsourcing. Pour le surplus, les assujettis restent responsables vis-à-vis de la FINMA des activités externalisées comme s'ils les exerçaient eux-mêmes.

Les nouveautés suivantes doivent être relevées :

- **Définition de la fonction essentielle :** la FINMA définit désormais succinctement la «fonction essentielle» comme toute fonction dont dépend de manière significative le respect des objectifs et des prescriptions de la législation sur la surveillance des marchés financiers. Tenant compte des critiques de certains établissements, la FINMA a éliminé toute référence à des types de risques. Par ailleurs, elle a renoncé à donner des exemples, en dépit des critiques à cet égard. Chaque assujetti est ainsi responsable d'évaluer lui-même si la fonction qu'il entend externaliser entre dans le champ d'application de la Circulaire.

L'on peut toutefois retenir que, malgré une formulation différente du texte de la Circulaire, la pratique de l'Autorité doit être prise en compte dans l'autoévaluation des assujettis.

- **Suppression de toute référence à la protection des données et au secret bancaire :** la nouvelle Circulaire ne comporte plus de références au secret bancaire et à la protection des données, questions dorénavant régies exclusivement par la loi sur les banques et la loi sur la protection des données.
- **Inventaire des fonctions externalisées :** les établissements sont dorénavant tenus d'établir et de tenir un inventaire des fonctions qu'ils externalisent. L'objectif est de permettre une meilleure vision du portefeuille des fonctions externalisées en cas d'assainissement ou de liquidation de l'assujetti. L'inventaire doit comporter, en tous les cas, une description de la fonction externalisée, ainsi que le nom du fournisseur (et de son sous-traitant éventuel), du bénéficiaire et de l'organe responsable au sein de l'assujetti.
- **Contenu minimal du contrat d'outsourcing :** les assujettis doivent adapter leurs contrats de manière à ce qu'ils comportent au minimum les clauses prescrites par la FINMA, soit 1) le droit d'instruire et de contrôler le prestataire, 2) les exi-



gences en matière de sécurité et de business continuity, 3) le droit de regard continu sur la fonction externalisée par l'entreprise, par sa société d'audit et par la FINMA, 4) la mise à disposition de la FINMA par le prestataire non assujéti à cette dernière de tous les documents et renseignements relatifs au(x) domaine(s) d'activités transféré(s), 5) l'exigence d'une approbation préalable en cas de recours à un sous-traitant, et, pour les externalisations à l'étranger, la garantie que 6) l'entreprise, son auditeur et la FINMA pourront exercer leur droit de regard et d'examen, et que 7) les informations nécessaires à l'assainissement ou à la liquidation de l'assujéti seront disponibles depuis la Suisse à tout moment.

- **Quelques autres nouveautés :** l'on peut signaler notamment l'obligation de prise en compte du risque de concentration lors du choix du prestataire, la garantie d'une réintégration ordonnée de la fonction externalisée et l'obligation de garantir la capacité d'assainissement et de liquidation de l'entreprise en Suisse.

Enfin, il est intéressant de relever que lorsque l'Autorité de surveillance a présenté son projet, elle entendait imposer aux entreprises des exigences identiques selon que l'externalisation était opérée au sein d'un groupe ou auprès de tiers



externes, considérant qu'un outsourcing intra-groupe présentait des risques aussi élevés, voire plus élevés, qu'un outsourcing externe. La FINMA a essuyé de vives critiques dans la procédure de consultation, l'équivalence des exigences étant en effet jugée disproportionnée. Dans la version finale de sa Circulaire, la FINMA prescrit que l'outsourcing opéré au sein d'un groupe continue de bénéficier d'un régime allégé s'il peut être démontré que les risques liés à l'externalisation n'existent pas, que certaines exigences ne sont pas pertinentes ou qu'elles sont réglementées autrement.

PERSPECTIVES

La Circulaire révisée est entrée en vigueur le 1er avril 2018. En soi, le droit des établissements à externaliser des fonctions essentielles n'a pas fondamentalement changé

mais comporte quelques nouveautés qui doivent notamment conduire les entreprises à introduire un inventaire des fonctions externalisées et à revoir leurs contrats d'outsourcing pour s'assurer qu'ils comportent bien les clauses minimales prescrites par la FINMA. Enfin, il est recommandé aux assujétis de revoir leur procédure interne d'autorisation des externalisations.

Pour toute externalisation convenue après le 1er avril 2018, les exigences posées par la Circulaire 2018/3 s'appliqueront immédiatement. Pour les externalisations existantes, les établissements disposent d'un délai transitoire – prolongé par la FINMA en suite de l'audition – de cinq ans.

Contacts : Frédérique Bensahel et
Véronique Chatelain Gomez

EFFET FISCAL DE LA DÉVOLUTION DE FORTUNE SUITE À UNE SUCCESSION POUR LES PERSONNES MORALES IMPOSÉES EN SUISSE

Le Tribunal fédéral (TF) s'est récemment penché sur la question de savoir si les impôts successoraux cantonaux, perçus auprès d'une société récipiendaire d'une succession, d'un legs ou d'une donation, étaient déductibles dans le cadre de l'impôt sur le bénéfice des personnes morales; le TF examine également dans ce contexte l'interprétation qu'il convient de donner à la règle selon laquelle ne rentrent pas dans bénéfice imposable d'une personne morale les augmentations de sa fortune qui proviennent d'une succession. Cette thématique prend toute son importance notamment, dans le contexte des sociétés familiales. Ces questions ont désormais été tranchées par le TF dans un arrêt du 30 novembre 2017.

Dans le cas d'espèce, une société anonyme a reçu des biens immobiliers de son actionnaire décédé. Ladite société a comptabilisé la valeur de ces biens immobiliers (CHF 50 millions) en enregistrant

un gain extraordinaire équivalant à cette valeur dans ses comptes pour l'exercice 2012. Partant du principe que les impôts successoraux sont déductibles, elle a en suite constitué une provision (CHF 18 millions) pour les droits de succession (venant ainsi en déduction du montant comptabilisé au titre de gain extraordinaire). La société contribuable a finalement encore déduit dans ses comptes la valeur totale de la succession (CHF 50 millions précités) du modeste bénéfice commercial réalisé au cours de l'exercice de 2012 (CHF 50'000.-), au motif allégué que le droit fiscal suisse admet – comme indiqué ci-après – que l'augmentation de la fortune de la société (qui se traduit par un gain comptable extraordinaire) résultant par exemple d'une succession ne constitue pas un bénéfice imposable. A la suite de ces opérations comptables, les états financiers de la société pour l'année 2012 ont montré une perte de CHF 17'950'000.- (plus CHF 50 millions, moins CHF 18 millions, plus

CHF 50'000.-, moins CHF 50 millions, soit une perte de CHF 17'950'000.-). Pour l'année 2012, la société n'a payé aucun impôt sur le bénéfice.

L'année suivante, en 2013, la société contribuable a réalisé un bénéfice commercial de CHF 2 millions. Dans sa déclaration fiscale 2013, elle a derechef revendiqué la déductibilité des pertes reportées de l'année précédente (CHF 17'950'000.-), de sorte à ce que, à nouveau, son imposition sur le bénéfice soit égale à zéro.

L'Administration fiscale cantonale et les instances judiciaires inférieures ont rejeté cette approche et se sont fondées, pour la taxation, sur le bénéfice net de l'exercice 2013 (CHF 2 millions). Le TF a confirmé cette conclusion.

Dans une première branche de son raisonnement, le TF est arrivé à la conclusion que les impôts successoraux cantonaux sont bien des impôts qui rentrent dans les catégories d'impôts énumérées à l'article 59 al. 1 let. a de la Loi sur les impôts fédéraux directs (LIFD), et qu'ils constituent donc des « charges déductibles justifiées par l'usage commercial » au sens de cette disposition. Autrement dit: les impôts successoraux sont effectivement couverts par le champ d'application de cette disposition de la LIFD, et sont donc déductibles. Une provision constituée à cet effet est ainsi justifiée.





Par ailleurs, à la teneur de l'art. 60 let. c LIFD, ne constituent pas un bénéfice imposable les « augmentations de fortune provenant d'une succession ». La disposition réserve ainsi la possibilité à la société contribuable de réduire – sous l'angle fiscal – le gain extraordinaire engendré par l'augmentation de sa fortune découlant de la dévolution successorale dont elle a bénéficié.

A ce propos, et dans la seconde branche de son raisonnement, le TF se penche sur l'interprétation qu'il convient de donner aux termes « augmentations de fortune » figurant à l'article 60 let. c LIFD. Après analyse, le TF considère que l'« augmentation de la fortune » à prendre en compte est en fait l'augmentation de fortune

nette résultant de la succession, c'est-à-dire la valeur du patrimoine hérité par la société *après déduction des impôts successoraux* à payer sur ladite attribution successorale. Une autre solution reviendrait en fait à permettre à la société contribuable de déduire *deux fois* l'impôt successoral, ce que le TF refuse d'autoriser : les impôts successoraux ne peuvent être déduits qu'une seule fois.

En procédant comme elle l'a fait, la société concernée par la décision du TF a effectivement essayé d'imputer une seconde fois (en 2013 – par le biais de la déduction des pertes reportées) les impôts successoraux déduits sur son bénéfice imposable, ce que le TF lui refuse. La société devra donc payer l'impôt sur le bénéfice commercial réa-

lisé au cours de l'année 2013, sans pouvoir déduire le montant des pertes reportées résultant de la déduction « à double » des impôts successoraux.

PERSPECTIVES

Si la décision du TF peut décevoir ceux qui voyaient dans les attributions successorales à une personne morale un outil d'optimisation fiscale en lien avec la déductibilité des impôts successoraux, elle a au moins le mérite de clarifier la situation juridique, et d'établir des règles prévisibles quant à l'impact fiscal d'une dévolution successorale dont la personne morale pourrait être récipiendaire.

Contacts : Michel Abt
et Théo Goetschin



FBT Avocats SA
Genève | Paris

www.fbt.ch

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

4, avenue Hoche
F-75008 Paris
T. +33 1 45 61 18 00
F. +33 1 45 61 73 99