



FBT

A V O C A T S

FBT NEWSLEX
N° 17 - OCTOBRE 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** Forfait fiscal suisse : précision des règles en matière d'imposition d'après la dépense
- P04** Gare aux surprises du droit de retour légal des collatéraux privilégiés en droit français
- P08** Loi sur les établissements financiers et loi sur les services financiers : conséquences pour les prestataires de services financiers
- P10** Nouvelles perspectives d'exonération de la cession de la résidence principale en cas de départ de France
- P12** La reconnaissance et l'exécution en Suisse des jugements de Dubaï et du Dubaï International Financial Center (DIFC)
- P14** Révision partielle de l'Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent

FORFAIT FISCAL SUISSE : PRÉCISION DES RÈGLES EN MATIÈRE D'IMPOSITION D'APRÈS LA DÉPENSE

Le nouveau droit en matière d'imposition d'après la dépense s'appliquera au plus tard dès le 1er janvier 2021 à tous les contribuables concernés. Un durcissement des conditions est prévu.

La circulaire n° 44 de l'Administration fédérale des contributions (AFC) du 24 juillet 2018 le rappelle: les nouvelles règles en matière d'imposition d'après la dépense s'appliquent à compter de la période fiscale 2016 pour les contribuables nouvellement au bénéfice de l'imposition selon la dépense, alors que ceux déjà au bénéfice d'une telle imposition au 1er janvier 2016 se verront appliquer le nouveau régime dès le 1er janvier 2021.

Le nouveau droit introduit un durcissement des règles concernant l'imposition d'après la dépense (imposition forfaitaire, moyennant le respect de certaines conditions, en lieu et place d'une imposition ordinaire). L'un des changements majeurs prévoit que les époux vivant en ménage commun doivent dorénavant remplir l'un et l'autre l'ensemble des conditions subjectives de l'imposition selon la dépense, à savoir ne pas être de nationalité suisse, être assujéti à titre illimité pour la première fois, ou après une absence de Suisse d'au moins dix ans, et ne pas exercer d'activité lucrative en Suisse.

Contrairement à une pratique mise en œuvre jusqu'alors par certaines

administrations fiscales cantonales, la circulaire n° 44 de l'AFC précise également que le contribuable qui renonce à l'imposition d'après la dépense pour être imposé à l'impôt ordinaire ne pourra plus, en règle générale, revenir sur son choix.

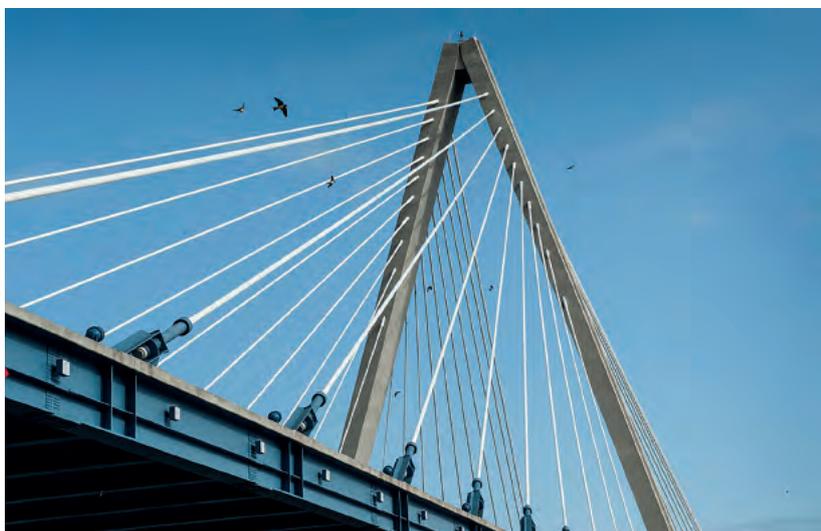
La circulaire précitée rappelle que les séjours en plusieurs lieux sont additionnés et une absence momentanée du pays n'est pas considérée comme une interruption du séjour dans le cadre de l'examen de la condition de l'assujétissement à titre illimité ou après une absence d'au moins dix ans.

S'agissant de la détermination de l'impôt, la loi prévoit un système



de calculs comparatifs, dont le plus élevé sera retenu. Ainsi, l'impôt forfaitaire est calculé sur la base des dépenses annuelles du contribuable et des personnes dont il a la charge (une liste exemplative des frais figure dans la circulaire), mais au minimum d'après le plus élevé des montants suivants: a) un montant fixé par le canton (pour l'impôt fédéral direct, ce seuil a été fixé à CHF 400'000.—); b) sept fois le loyer annuel ou la valeur locative fixée par les autorités compétentes (contre cinq fois seulement, selon les anciennes règles); ou c) pour les autres contribuables (qui ne sont pas locataires ou propriétaires de leur logement, mais qui séjournent en Suisse en pension, par exemple à l'année dans un hôtel) trois fois le prix de la pension annuelle pour le logement et la nourriture au lieu du domicile.

Enfin, la loi fixe aussi de façon détaillée les éléments à prendre en compte pour le calcul dit «de contrôle». La loi indique en effet que le montant de l'impôt d'après la dépense doit être au moins égal à la somme des impôts sur le revenu et sur la fortune calculés selon le barème ordinaire sur le montant total d'un certain nombre d'éléments énumérés dans la loi, à savoir, en substance: la fortune immobilière et les objets mobiliers sis en Suisse, et certains revenus bruts, comprenant les rendements provenant de la fortune mobilière ou immobilière de source suisse ou sise en Suisse (notamment les reve-



nus des capitaux mobiliers d'émetteurs suisses, les revenus provenant de droits d'auteur et les rentes de source suisse, ainsi que les revenus pour lesquels le contribuable a bénéficié d'un dégrèvement partiel ou total d'impôts étrangers en application d'une convention contre les doubles impositions conclue par la Suisse).

PERSPECTIVES

L'imposition d'après la dépense a subi des amendements susceptibles de modifier la situation fiscale de nombreux contribuables déjà imposés selon cette méthode forfaitaire. Il est important pour ces derniers de comprendre ces changements afin de pouvoir communiquer spontanément et en temps utile à l'autorité fiscale tout élément pertinent qui pourrait avoir une incidence sur leur imposition en application des nouvelles règles à l'échéance de la période transitoire de cinq ans (31 décembre 2020). A cela s'ajoute l'échange automatique de renseignements

relatifs aux comptes financiers (EAR), lequel est susceptible de «révéler» certains actifs pouvant avoir une incidence sur le calcul de contrôle. Un attentisme, tout comme la communication de fausses informations à l'autorité de taxation, peuvent mener à une procédure de soustraction d'impôt ou à une sanction pour inobservation de prescriptions d'ordre. Il est évident que l'application des nouvelles règles risque d'entraîner le départ à l'étranger de certains contribuables au bénéfice du forfait fiscal. Pour éviter des conséquences financières trop importantes en raison des changements précités, il est important pour les contribuables imposés selon la dépense de réévaluer le mode de détention de leur patrimoine et leurs sources de revenus. Les contribuables qui choisiraient de quitter la Suisse doivent se poser la même question avant d'envisager toute délocalisation.

Contacts: Michel Abt
et Thomas Romailer

GARE AUX SURPRISES DU DROIT DE RETOUR LÉGAL DES COLLATÉRAUX PRIVILÉGIÉS EN DROIT FRANÇAIS

Par un arrêt du 28 février 2018, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation a rappelé avec force et clarté la portée du « droit de retour légal des collatéraux privilégiés » dans une succession où le seul héritier appelé est le conjoint survivant.

Les faits étaient les suivants : Monsieur X avait été héritier d'1/5^{ème} de la succession de ses père et mère, y venant en concours avec ses frère et sœurs. Dans le cadre d'un partage, l'intégralité d'un bien immobilier lui avait été attribuée, à charge pour lui de verser une soulte à ses frère et sœurs, représentant les 4/5^{èmes} de la valeur du bien. Pour obtenir le bien valant 100, il avait donc versé 80. Par ailleurs, il avait financé des améliorations sur ledit bien, en augmentant ainsi la valeur.

Monsieur X. décède *ab intestat* et sans descendance, laissant son

conjoint comme seul héritier appelé à la succession.

Les frères et sœurs, écartés de la succession ordinaire par le conjoint (article 757-2 du Code civil) font valoir le droit de retour légal des collatéraux privilégiés, institué par l'article 757-3 du Code civil.

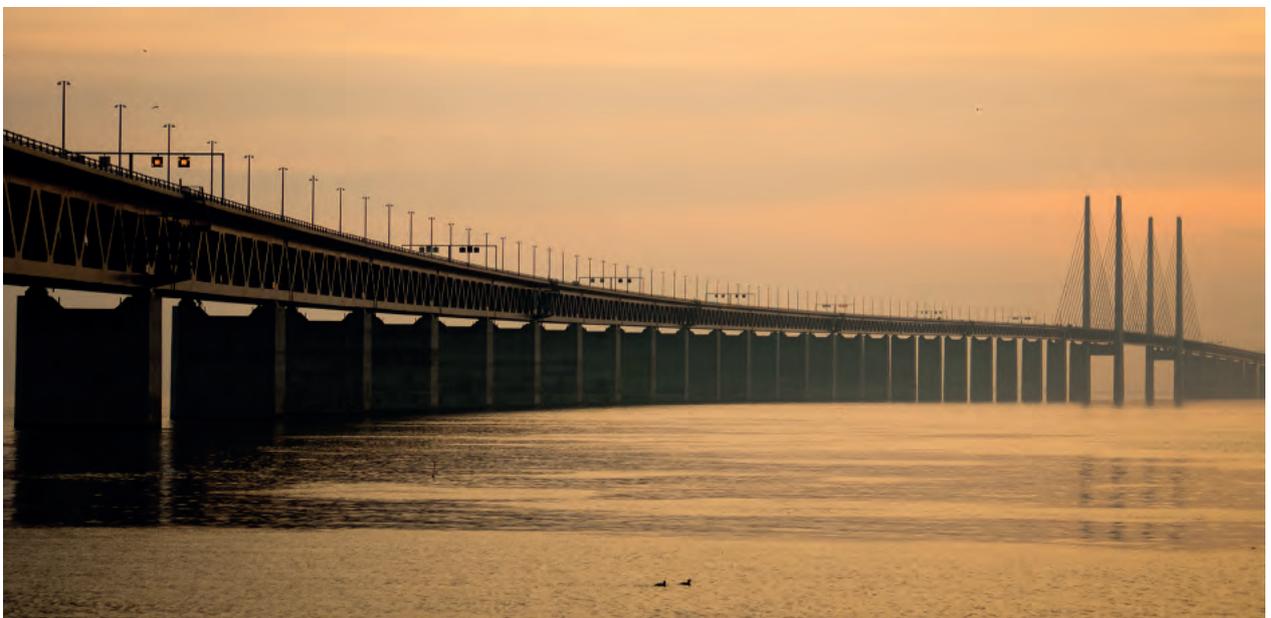
Droit indiscutable dans son principe (et non contesté en l'espèce), constitutif d'un des trois cas de succession anormale de droit français, attribuant les biens à certains héritiers en raison de leur origine, la Cour de cassation était appelée à se prononcer sur deux points touchant aux contours de ce droit successoral particulier : tout d'abord l'assiette du droit des frère et sœurs : 1/5^e du bien (correspondant à la quote-part de Monsieur X. dans la succession de ses père et mère) ou la totalité du bien ? Ensuite, un éventuel droit à indemnisation : la soulte versée par le défunt à ses

frère et sœurs ainsi que le financement des améliorations du bien devaient-ils donner lieu à une indemnisation par la succession anormale à la succession ordinaire ?

La Cour de cassation répond sans laisser place au doute ou à l'interprétation : le droit de retour légal des collatéraux privilégiés (qui est de la moitié des biens sur lesquels il s'exerce) s'applique à l'intégralité du bien retrouvé en nature dans la succession du *de cuius* et aucune indemnité n'est due, ni au titre du versement de la soulte, ni au titre du financement des améliorations.

Si le *de cuius* avait voulu contrer cet effet de la loi successorale, il aurait pu le faire. Encore devait-il avoir conscience des mécanismes et prendre les devants !

Nous rappellerons les principes, leur application et les parades à ce droit de nature particulière.





LES PRINCIPES :

La succession ordinaire : Issu de la loi du 3 décembre 2001, l'article 757-2 du Code civil dispose dorénavant que « *en l'absence d'enfants ou de descendants du défunt et de ses père et mère, le conjoint survivant recueille toute la succession.* » Depuis cette réforme majeure ayant donné une place nouvelle au conjoint par rapport aux constellations familiales traditionnelles, on a tendance à dire – un peu trop vite – que « le conjoint écarte les collatéraux privilégiés ».

Pourtant, le correctif à cette éviction de la fratrie figure dès l'article suivant et s'appuie sur un principe ancien de volonté de conservation des biens de famille dans le lignage.

La succession anormale : l'article 757-3 prévoit en effet que « *par dérogation à l'article 757-2, en cas de prédécès des père et mère, les biens que le défunt avait reçus de ses ascendants par succession ou donation et qui se retrouvent en nature dans la succession sont, en l'absence de descendants, dévolus pour moitié aux frères et sœurs du défunt ou à leurs descendants, eux-mêmes descendants du ou des parents prédécédés à l'origine de la transmission.* »

S'ouvre ainsi une « succession anormale » au profit des collatéraux privilégiés, liée à l'origine des biens, en parallèle de la succession ordinaire dévolue au seul conjoint survivant.

L'assiette du droit : sur quoi doit s'exercer ce droit de retour vers les frères et sœurs ? sur la seule fraction héritée ou également la fraction attribuée dans le partage ? L'article 757-3 donne l'indication suivante : sur les biens que le défunt avait reçus de ses ascendants par succession ou donation et qui se retrouvent en nature dans la succession.

La conséquence de l'effet déclaratif du partage : « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus par licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. » C'est sur ce principe de l'article 883 du Code civil que



s'est appuyée la Cour de cassation pour énoncer que le droit des collatéraux porte sur l'intégralité du bien que le défunt s'était vu attribuer par l'effet du partage de la succession de ses père et mère et qui se retrouvait en nature au décès. Peu importe qu'il ait dû s'acquitter d'une soulte représentant 80% de la valeur du bien, la Cour précisant que l'article 757-3 n'opérait aucune distinction selon que les biens reçus par le défunt l'avaient été ou non à charge de soulte.

L'absence d'indemnisation au titre de la soulte antérieurement versée : la Haute juridiction exclut toute indemnisation à ce titre, énonçant que « l'article 757-3 du Code civil ne subordonne pas l'exercice du droit de retour des collatéraux privilégiés sur les biens reçus par le défunt par succession de ses ascendants, après attribution contre paiement d'une soulte lors du partage, au versement d'une indemnité à la succession ordinaire ». En somme, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas.

L'absence d'indemnisation pour amélioration : lorsqu'un droit de retour légal s'ouvre, le bénéficiaire l'exerce sur le bien dans l'état où il se trouve : il ne peut réclamer d'indemnité au titre des dégradations qu'aurait subi le bien ; de la même manière, il ne peut être tenu à indemnité pour les améliorations dont le bien a pu bénéficier. C'est là une conséquence du caractère avant tout successoral de ce droit de retour légal. On hérite d'un bien dans l'état où on le trouve.

L'APPLICATION PRATIQUE :

Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation, les frère et sœurs avaient donc droit à la moitié de l'intégralité du bien en question, sans avoir à verser d'indemnité à quelque titre que ce soit.

Voici un autre exemple servant à décliner les applications concrètes possibles :

Monsieur X est marié et n'a pas de descendants.

Il a une sœur, Madame Y, elle-même mariée et sans enfants.

Leurs deux parents sont décédés, laissant X et Y pour recueillir la propriété de famille, valant 100.

1^{re} hypothèse : X et Y demeurent en indivision sur le bien de famille, chacun à hauteur de sa quote-part, soit la moitié.

Monsieur X décède *ab intestat* laissant son conjoint pour recueillir sa succession ; Madame Y fait valoir son droit de retour légal sur la propriété familiale. Elle aura droit à la moitié du bien qui se trouve dans la succession, soit le $\frac{1}{4}$ du tout, valant 25.

2^e hypothèse : X et Y vendent le bien et chacun reçoit la moitié du prix (50).

Le droit de retour légal n'a plus vocation à jouer, le bien reçu par succession ne se trouvant plus dans le patrimoine de X ou Y, et aucune subrogation n'étant admise.

Le conjoint survivant (de X comme de Y) reçoit toute la succession.

3^e hypothèse : X et Y conviennent d'un partage avec soulte : Monsieur X reçoit l'intégralité du bien (100) et verse une soulte de 50 à sa sœur.

Par l'effet déclaratif du partage, X est considéré comme seul propriétaire du bien depuis l'origine, qui est le décès de ses parents.

Suivant l'ordre des décès entre X et Y, voici ce qui advient :

1^{er} cas : X précède *ab intestat*.

Y, au titre du droit de retour légal, aura droit à la moitié du bien qui se trouve en nature dans la succession, soit la moitié du tout, valant 50. Elle aura précédemment reçu 50 à titre de soulte.

2^e cas : Y précède *ab intestat*.

X n'aura aucun droit à faire valoir dans la succession de sa sœur : la soulte encaissée n'est pas un bien provenant de la succession de l'ascendant.

Dura lex, sed lex ...

LES PARADES

Le droit de retour légal des collatéraux privilégiés n'est pas d'ordre public. Il est supplétif de volonté.

Précisons que seule la volonté du futur défunt peut faire obstacle à l'ouverture du droit de retour légal : l'ascendant ne peut exclure le jeu des droits héréditaires dans la succession de son descendant,

les collatéraux ne peuvent renoncer d'avance à leurs droits, car il s'agirait d'un pacte sur succession future, prohibé par l'article 1130 Code civil.

Le futur défunt peut en revanche l'exclure lui-même et ainsi protéger son conjoint :

- soit **expressément**, en établissant un testament d'exhérédation en ce sens ;
- soit **tacitement**, en léguant le bien à titre particulier, ou encore en instituant son conjoint en qualité de légataire universel. La donation entre époux aura le même effet. Il en sera de même d'un apport à communauté avec attribution du bien au conjoint survivant au titre d'un avantage matrimonial. En supposant que « l'héritier » précède, le bien ne fait alors pas partie de son actif successoral.

L'exclusion du droit de retour légal de l'article 757-3 est simple à atteindre, encore faut-il qu'une volonté en ce sens se soit exprimée en temps utile.

C'est tout l'enjeu du conseil patrimonial et de l'anticipation successorale.

PERSPECTIVES

C'est la première fois que la Cour de cassation était amenée à se prononcer sur ce cas de figure issu de la réforme de 2001. La Haute juridiction apporte des réponses on ne peut plus claires. Les commentateurs de l'arrêt en soulignent tout autant une apparente sévérité que le bien-fondé juridique.

Ce rappel ne peut qu'inciter les conseils à interroger régulièrement leurs clients sur leur configuration familiale, sur l'origine des biens composant leur patrimoine et sur leur intention quant à la dévolution future de ces biens, et – dans un contexte transfrontalier – sur la loi applicable à leur succession.

Il les invite également à éclairer leurs clients sur des mécanismes successoraux parfois subtils et complexes, ainsi que sur les possibilités de les moduler.

Contact : Pascale Cano



LOI SUR LES ÉTABLISSEMENTS FINANCIERS ET LOI SUR LES SERVICES FINANCIERS : CONSÉQUENCES POUR LES PRESTATAIRES DE SERVICES FINANCIERS

Le 15 juin 2018, l'Assemblée fédérale a adopté les Loi fédérale sur les services financiers (LSFin) et Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin). Les textes ont été publiés le 26 juin 2018. Voici un aperçu des principaux changements apportés par le nouveau système réglementaire et des prochaines étapes du processus législatif.

Ensuite de l'aboutissement de la procédure parlementaire d'élimination des divergences en début d'année, l'Assemblée fédérale a adopté et publié les LSFin et LEFin. Le délai référendaire est échu le 4 octobre 2018, sans qu'un référendum n'ait été lancé. La date d'entrée en vigueur des lois, qui n'a pas encore été publiée, devrait être fixée au 1er janvier 2020.

Parallèlement au processus parlementaire, le Département fédéral des finances s'est attelé à la rédaction des ordonnances d'exécution des LSFin et LEFin. Les projets d'ordonnances sont attendus avant la fin de l'année. Ils seront soumis à une procédure de consultation avant d'être adoptés définitivement.

Les buts premiers de ces lois sont, pour la LEFin, la protection des investisseurs et des clients des établissements financiers, ainsi que le bon fonctionnement du marché financier et, pour la LSFin, la protection des clients des prestataires de services financiers, ainsi que la fixation de conditions comparables pour la fourniture de services financiers.

Le nouveau régime de surveillance prudentiel prévu par la LEFin s'appliquera aux gestionnaires de fortunes collectives, aux directions de fonds et aux maisons de titres (anciennement négociants en valeurs mobilières), soit des acteurs du marché financier déjà soumis à surveillance sous le régime actuel, ainsi qu'aux gestionnaires de fortunes individuelles et aux trustees, acteurs nouvellement soumis.

La LSFin s'appliquera pour sa part aux prestataires de services financiers, aux conseillers à la clientèle et aux producteurs et fournisseurs d'instruments financiers. Dans un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi, les conseillers à la clientèle des prestataires de services financiers suisses non assujettis à surveillance et les conseillers à la clientèle des prestataires de services financiers étrangers ne pourront exercer leur activité en Suisse qu'après inscription dans un registre des conseillers.

Après une longue gestation, le nouveau système réglementaire engendrera d'importants bouleversements de l'industrie financière suisse. Les acteurs concernés se préparent du reste d'ores et déjà à une mise en conformité avec les nouvelles exigences.

Voici les règles que les acteurs de l'industrie doivent retenir :

- les gestionnaires de fortunes individuelles seront désormais soumis à l'obligation d'obtenir

une autorisation de la FINMA et à la surveillance prudentielle d'organismes de surveillance à créer, eux-mêmes surveillés par la FINMA ;

- les gestionnaires de placements collectifs de capitaux, dont les valeurs patrimoniales n'excèdent pas 100 millions de francs au total, et de placements collectifs fermés, sans effet de levier et dont les valeurs patrimoniales n'excèdent pas 500 millions, seront soumis au même régime prudentiel ;
- les gestionnaires de fortunes d'institutions de prévoyance qui administrent des valeurs qui n'excèdent pas 100 millions de francs et, dans le domaine obligatoire, qui n'excèdent pas 20% des valeurs patrimoniales d'une seule institution de prévoyance, seront également soumis aux mêmes règles ;
- les autres gestionnaires de placements collectifs de capitaux et les autres gestionnaires de fortunes d'institutions de prévoyance seront soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation de gestionnaire de fortune collective et continueront à être soumis à la surveillance de la FINMA ;
- les trustees seront dorénavant traités comme des établissements financiers assujettis à autorisation de la FINMA et soumis à la surveillance d'organismes de surveillance ;
- seront dispensés de l'obligation d'obtenir une autorisation les personnes qui gèrent exclusive-

ment les valeurs économiques de personnes avec lesquelles elles ont des liens économiques ou familiaux.

Toutes ces entités devront, pour prétendre à une autorisation, s'organiser de manière à pouvoir assurer une bonne gestion des risques que présentent leurs activités, y compris les risques juridiques et de réputation, et devront mettre en place des mécanismes de contrôle interne efficaces. Si certains des acteurs nouvellement assujettis étaient soumis à une autoréglementation leur imposant des obligations similaires, les nouvelles dispositions se rapprochent toutefois des exigences applicables aux entités aujourd'hui déjà assujetties. La rigueur des règles pour les établissements financiers nouvellement assujettis et la mesure dans laquelle certaines fonctions pourront être outsourcées – question qui sera déterminante pour apprécier la viabilité financière de certains acteurs – seront précisées par les ordonnances d'application à venir.

La LSFfin impose des règles de conduite uniformes à tous les prestataires de services financiers et conseillers à la clientèle. La loi énumère limitativement les services financiers. Il s'agit de (i) l'acquisition ou l'aliénation d'instruments financiers, (ii) la réception et la transmission d'ordres portant sur des instruments financiers, (iii) la gestion d'instruments financiers (gestion de fortune), (iv)

l'émission de recommandations personnalisées concernant des opérations sur instruments financiers (conseil en placement) et (v) l'octroi de crédits pour exécuter des opérations sur instruments financiers. Le champ d'application est limité aux prestataires de services financiers qui agissent à titre professionnel en Suisse ou pour des clients en Suisse. La LSFfin impose en particulier aux prestataires de services financiers :

- l'obligation de classer les clients selon la catégorisation (i) clients privés, (ii) clients professionnels et (iii) clients institutionnels, avec certaines possibilités pour les clients de demander à changer de catégorie ;
- des règles de comportement, dont l'application dépend de la catégorisation de clients. Ces règles de comportement imposent notamment des tests de *suitability* et d'*appropriateness* inspirés de ceux qui prévalent sous MiFID ;
- une organisation adéquate et des prescriptions internes qui permettent aux prestataires d'assurer le respect des dispositions de la loi.

A l'exception des exigences de connaissances techniques requises pour leur activité et des règles de comportement pour lesquelles le Conseil fédéral pourra fixer un délai transitoire, la LSFfin ne prévoit **aucune disposition transitoire** si bien qu'elle sera applicable dès son entrée en vigueur.



La **LEFin**, quant à elle, accorde aux établissements financiers nouvellement soumis à autorisation des délais courant dès l'entrée en vigueur de la loi (i) de **six mois** pour s'annoncer à la FINMA et (ii) de **trois ans** pour satisfaire aux exigences de la loi et demander une autorisation.

PERSPECTIVES

Les gérants de fortune, les conseillers en placement, les gérants de fonds et de valeurs patrimoniales de caisses de pension non assujettis, ainsi que les trustees s'ils offrent des services financiers, doivent d'ores et déjà mettre en œuvre la réflexion qui leur permettra de se conformer aux exigences de la LSFfin au moment de son entrée en vigueur, soit selon toute vraisemblance, au 1er janvier 2020. Le chantier peut être important pour certains d'entre eux. Pour chacun, le compte à rebours a commencé.

*Contacts : Frédérique Bensahel
et Fabianne de Vos Burchart*

NOUVELLES PERSPECTIVES D'EXONÉRATION DE LA CESSIION DE LA RÉSIDENCE PRINCIPALE EN CAS DE DÉPART DE FRANCE

Alors que l'exonération de la cession d'une résidence principale semblait réservée aux seuls résidents fiscaux français, une nouvelle jurisprudence revient sur cette position restrictive.

Parmi les rares « pépites » fiscales que recèle le Code Général des Impôts français (CGI), figure en bonne place l'exonération de la cession de la résidence principale (article 150 U, II-1° du CGI).

La résidence principale s'entend de la **résidence habituelle et effective du propriétaire**. La qualification de résidence principale s'apprécie « au jour de la cession » du bien, soit le jour de la signature de l'acte de vente chez le notaire.

Pour tenir compte de l'aléa du marché de l'immobilier, et des délais de vente en résultant, l'administra-

tion fiscale a admis, à titre de tolérance, que la cession demeurerait exonérée d'imposition sur les plus-values même si, au jour de cette cession, le propriétaire avait déménagé, mais sous réserve des conditions cumulatives suivantes :

- le bien vendu doit être occupé à titre de résidence principale par le vendeur **lors de sa mise en vente**: signature d'un mandat de vente avec une agence ou d'une promesse/compromis de vente avec l'acheteur pressenti ;
- la vente doit intervenir dans un « *délai normal* », fixé en principe à *une année*, sauf circonstances particulières dûment justifiables ;
- le logement doit **demeurer inoccupé** entre le déménagement et la vente définitive.

Cette tolérance a cependant été limitée pour l'application du seul

article 150 U, II-1° du CGI, à savoir pour les cessions réalisées par des **contribuables résidents fiscaux français au jour de la signature de l'acte définitif de vente constatant le transfert de propriété**.

Or, dans le cadre d'une cession de résidence principale liée à un départ de France – mutation professionnelle par exemple – si l'acte de cession est signé alors que le cédant a déjà quitté la France, ce sont les dispositions combinées des articles 150 U, II-2° et 244 bis A II du CGI qui trouvent alors à s'appliquer ; et elles ne prévoient pas l'exonération totale de la plus-value de cession (mais seulement, sous condition, à hauteur de 150'000 € par contribuable).

S'est donc posée la question de la conformité de ces dispositions dis-



criminatoires, d'une part à la Constitution française, et d'autre part, au principe de liberté de circulation des capitaux prévu par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité en juillet 2017 et a rendu une décision le 27 octobre 2017 validant la conformité des dispositions de l'article 150 U, II-1° du CGI à la Constitution, dans la mesure où la différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi, fondée sur des critères objectifs et rationnels, et ne méconnaissant donc pas les principes d'égalité devant la loi et les charges publiques.

Mais sur le fondement du droit européen, la réponse des tribunaux s'est avérée beaucoup plus positive, comme vient de le juger le Tribunal administratif de Versailles.

Par une décision du 29 juin 2018, le Tribunal administratif de Versailles vient en effet de juger que les dispositions combinées des articles 150 U, II-2° et 244 bis A II du CGI sont contraires au principe communautaire de circulation des capitaux, en ce qu'elles conduisent à priver d'une exonération intégrale la plus-value de cession de la résidence principale d'un contribuable vendant son bien après avoir déménagé hors de France.

Pour motiver sa décision, le Tribunal administratif s'est fondé sur les



stipulations de l'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdisant « toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers », en excluant notamment la clause dite « de gel » permettant aux Etats membres de maintenir certaines restrictions spécifiques.

PERSPECTIVES

Même s'il s'agit d'un jugement de première instance, contre lequel l'administration fiscale devrait interjeter appel, cette décision est très positive et offre, si elle devait être confirmée, de nouvelles perspectives de planification fiscale en cas de départ de France.

En effet, d'un point de vue pratique, le refus d'exonération de la cession de la résidence principale en cas

d'expatriation a toujours été source de difficultés organisationnelles majeures pour les contribuables qui devaient alors anticiper la cession de leur lieu de vie très souvent avant même d'avoir pu finaliser les conditions matérielles de leur arrivée dans leur pays de destination et sans compter les aléas intrinsèques à toute vente immobilière, où les cas de report de délai de signature sont nombreux et fréquents mettant alors en péril toute planification : rétraction de l'acheteur, clause suspensive d'obtention de permis de construire, délai d'obtention d'un financement, etc.

Il convient cependant d'être encore particulièrement vigilant tant que la décision ne sera pas définitive ou confirmée par la juridiction supérieure.

Contact : Alain Moreau

LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION EN SUISSE DES JUGEMENTS DE DUBAÏ ET DU DUBAÏ INTERNATIONAL FINANCIAL CENTER (DIFC)

Avec plus de 18'000 jugements rendus par les juridictions civiles et commerciales dubaïotes de première instance en 2016, respectivement 335 par celles du DIFC, et vu l'importance croissante de cette place financière au niveau mondial, la question de l'exequatur de ces décisions dans les pays tiers est devenue cruciale.

Le DIFC est le centre financier de Dubaï. Il s'agit d'une zone franche financière fédérale qui a son propre système juridique et ses propres tribunaux, indépendants de ceux des Émirats arabes unis. Ces tribunaux sont compétents en matière de droit des sociétés, droit commercial, droit civil, droit du travail, droit des trusts et droit des valeurs mobilières.

De manière générale, la Suisse reconnaît les décisions étrangères dans une large mesure, ce notamment pour éviter que les parties soient soumises à une relation juridique différente à l'étranger et en Suisse. La reconnaissance est toutefois en principe soumise à une procédure de reconnaissance de la décision étrangère, dite procédure d'«*exequatur*».

Dans la mesure où aucune convention internationale en matière de reconnaissance des jugements n'a été conclue entre la Suisse et les Émirats arabes unis, la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) s'applique à la reconnaissance des jugements rendus dans ces juridictions, à l'exception des sentences arbitrales pour lesquelles

elle cède le pas à la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (CNY).

Aux termes de l'art. 25 LDIP, les conditions de la reconnaissance des jugements en matière civile et commerciale sont au nombre de trois: (1) le juge étranger était compétent pour rendre la décision, (2) la décision est définitive et (3) il n'y a pas de motif de refus au sens de l'art. 27 LDIP. Cette dernière disposition prévoit quant à elle que la reconnaissance peut être refusée dans le cas où (a) elle est manifestement incompatible avec l'ordre juridique suisse, (b) une partie n'a pas été citée régulièrement, (c) la décision a été rendue en violation de principes juridiques procéduraux suisses fon-



damentaux ou (d) le litige entre les parties a déjà été introduit ou jugé en Suisse ou précédemment jugé dans un Etat tiers.

Le Tribunal fédéral a récemment eu l'occasion d'appliquer ces principes à deux reprises concernant une même décision du DIFC.

Dans cette affaire, une société Suisse a été condamnée par défaut par le tribunal de première instance du DIFC. Le créancier a ensuite intenté à Zoug une procédure de poursuite avec demande de reconnaissance.

Dans un premier arrêt, le Tribunal fédéral a examiné la question laissée ouverte par l'instance inférieure de savoir si le DIFC est une juridiction d'Etat ou une juridiction arbitrale. La Haute Cour a estimé que, pour procéder à l'examen de la reconnaissance, il lui manquait des constatations de fait sur la manière dont l'arrêt du DIFC a été rendu. La cause a donc été renvoyée à l'instance précédente pour qu'elle détermine si la reconnaissance de la décision doit être examinée sous l'angle de la LDIP ou de la CNY.

Par la suite, la Cour d'appel de Zoug a jugé que la décision en question émane de la juridiction étatique du DIFC et n'a rien à voir avec le Centre d'arbitrage DIFC-LCIA. En conséquence, la LDIP est applicable à l'examen de la reconnaissance et du caractère exécutoire de ladite décision.



Dans un second arrêt, le Tribunal fédéral a traité la question de la citation régulière au sens de l'art. 27 al. 2 let. a LDIP.

Le Tribunal fédéral a indiqué qu'une citation est régulière lorsque le défendeur suisse est rendu attentif à l'existence de la procédure introduite contre lui à l'étranger afin de lui permettre d'organiser sa défense. En ce sens, il n'est pas nécessaire que le défendeur se soit vu communiquer une citation à comparaître ou un délai pour répondre.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a constaté que la défenderesse avait été informée de la procédure intentée contre elle, de la nature de l'affaire et du lieu de l'audience. Elle avait en effet formellement reçu un acte introductif d'instance – bien qu'elle n'en eût pas accusé récep-

tion contrairement à ce que demandait le tribunal de DIFC – et devait donc savoir qu'elle était poursuivie devant cette juridiction. Les juges fédéraux ont par conséquent prononcé la reconnaissance et le caractère exécutoire de la décision dubaïote.

PERSPECTIVES

Au vu de ces considérations, il y a lieu de constater que la législation suisse et l'application qui en est faite par ses tribunaux permettent la reconnaissance des jugements de Dubaï et du DIFC sans obstacle particulier. Les parties choisissant ces juridictions pour statuer sur leur litige n'ont ainsi pas à craindre des juridictions helvétiques un refus de faire exécuter ces décisions en Suisse.

*Contacts : Jean-Louis Tsimaratos
et Gilles Dubuis*

RÉVISION PARTIELLE DE L'ORDONNANCE DE LA FINMA SUR LE BLANCHIMENT D'ARGENT

Le 20 juin 2018, la FINMA a publié son Ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA) partiellement révisée. Cette révision fait partie d'un ensemble de mesures décidées par le Conseil fédéral en 2017 visant à corriger certains points du dispositif suisse anti-blanchiment, identifiés comme faibles ou lacunaires par le GAFI lors de sa quatrième évaluation mutuelle de la Suisse. La révision prend en compte diverses remarques de cet organisme, mais également certains enseignements que la FINMA a tirés de sa pratique.

Les éléments saillants de cette révision sont les suivants :

La gestion globale des risques juridiques et de réputation au sein d'un groupe financier – L'article 6 al. 2 OBA-FINMA précise désormais, sous la forme d'une liste non-exhaustive de mesures à prendre, de quelle manière les exigences en matière de gestion globale des risques juridiques et de réputation

doivent être satisfaites au sein d'un groupe. Ce régime s'applique aux intermédiaires financiers qui disposent de succursales à l'étranger ou qui dirigent, depuis la Suisse, un groupe financier comprenant des sociétés à l'étranger. Les intermédiaires financiers concernés doivent ainsi procéder à une analyse périodique des risques sur une base consolidée (lit. a), obtenir des rapports standardisés des entités du groupe (lit. b), recevoir des rapports *ad hoc* sur l'établissement et la poursuite de relations d'affaires et sur les transactions les plus significatives du point de vue des risques (lit. c), ainsi que réaliser régulièrement des contrôles sur place (lit. d). Le niveau de surveillance consolidée doit être corrélé à la typologie de risques encourus en fonction de l'activité exercée concrètement à l'échelle du groupe. Les intermédiaires financiers conservent ainsi une certaine flexibilité dans la mise en œuvre des exigences de la FINMA, qu'ils doivent définir dans des directives internes au groupe.

Structures complexes – La FINMA a précisé les conditions dans lesquelles des structures doivent être qualifiées de complexes, notamment lors de l'usage de sociétés de domicile. Si l'utilisation d'une société de domicile n'est en soi pas complexe, la mise en place d'une structure non transparente combinant plusieurs des caractéristiques énumérées par la FINMA à l'article 13 al. 2, let. h OBA-FINMA tend à signifier la présence de risques accrus. Dans ce contexte, la bonne compréhension des raisons présidant à la constitution d'une société de domicile est essentielle. A cet égard, l'article 9b OBA-FINMA prévoit désormais expressément l'obligation de clarifier les motifs du recours à des sociétés de domicile. La FINMA ne fait à cet égard que préciser le droit déjà en vigueur; ce faisant, elle rappelle toutefois ses attentes spécifiques dans l'application des devoirs de diligence à l'égard de ce type de clientèle.

Pertinence des critères de risques accrus – Sur la base de l'analyse périodique des risques (qui doit être au moins annuelle selon l'article 25 al. 2 OBA-FINMA), les intermédiaires financiers sont tenus (i) de déterminer quels sont les critères de risques accrus pertinents au vu de leur modèle d'affaires, (ii) de définir ceux-ci dans leurs directives internes et (iii) d'appliquer ces critères lors de la catégorisation de nouveaux clients (art. 13 al. 2bis OBA-FINMA). La



révision de l'OBA-FINMA met ici l'accent sur le besoin de mettre en place un dispositif anti-blanchiment spécifiquement adapté à la typologie de clientèle de l'intermédiaire financier et aux risques particuliers que celle-ci présente. Une simple reprise de la liste exemplative des critères de risques accrus définis dans l'OBA-FINMA n'est plus suffisante.

Communication au MROS – Deux nouveautés sont à signaler en ce domaine. En premier lieu, la compétence de décider d'une communication au MROS est réservée à la Direction à son plus haut niveau. Une délégation de cette tâche est possible, mais uniquement aux personnes ou services suivants : (i) un membre de la Direction qui n'est pas responsable de la relation d'affaires, (ii) le service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent ou (iii) un autre service indépendant des unités génératrices de revenus (art. 25a OBA-FINMA). En second lieu, la FINMA a intégré la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de communication : ainsi, si une clarification ne permet pas d'écarter un soupçon initial, le soupçon est fondé et l'intermédiaire est tenu de communiquer la relation au MROS conformément à l'article 9 de la Loi sur le blanchiment d'argent (LBA). Il ne peut plus simplement poursuivre une relation douteuse en la maintenant sous surveillance stricte conformément à l'article 31 al.3 OBA-FINMA, lequel est



abrogé. Le droit de communiquer, par opposition à l'obligation de communiquer, est appelé à disparaître dans le cadre de la révision de la LBA, actuellement au stade d'un avant-projet.

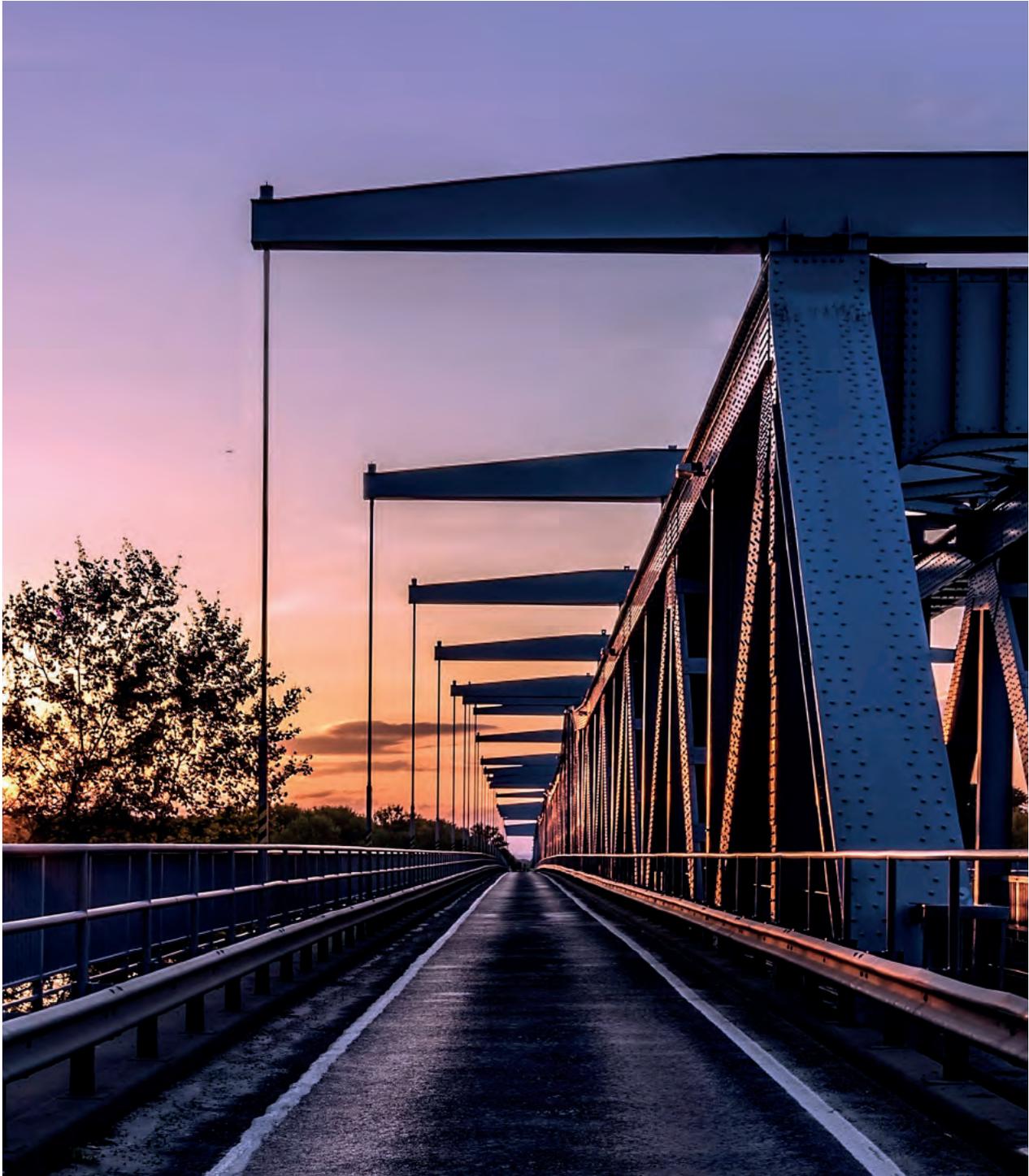
PERSPECTIVES

L'OBA-FINMA entrera en vigueur le 1er janvier 2020, dans le délai de trois ans imparti par le GAFI pour prendre les mesures correctives. Ce délai relativement long laisse aux intermédiaires financiers suisses le temps d'adopter les mesures nécessaires. La détermination des relations à risques accrus, fondée sur des critères spécifiquement adaptés aux activités et à la typologie de clientèle de l'intermédiaire financier, ainsi que la mise en œuvre des exigences en matière de surveillance consolidée, sont les points sensibles de cette révision. Les directives et procédures internes devront être adaptées à ces nouvelles exigences.

D'un point de vue plus général, cette révision partielle de l'OBA-FINMA intervient dans un

contexte de nombreux changements touchant à la réglementation anti-blanchiment. On relèvera la révision partielle de la Convention de diligence des banques (CDB 20), une audition en cours de l'OBA-FINMA concernant les acteurs FinTech ou encore la publication en juin dernier de l'avant-projet de LBA révisée. Ce dernier intègre notamment des obligations complémentaires de vérification de l'identité de l'ayant droit économique et la mise à jour régulière des informations relatives aux clients et aux ayants droit économiques, des obligations qui faisaient initialement partie de la révision partielle de l'OBA-FINMA. La réglementation anti-blanchiment se densifie et se complexifie au gré de ces révisions successives. Elle est ainsi appelée à demeurer l'un des principaux enjeux de compliance pour les intermédiaires financiers, la FINMA ayant au demeurant très clairement indiqué qu'elle en faisait une priorité de sa politique d'enforcement.

*Contacts : Pierre-Olivier Etique
et Véronique Chatelain Gomez*



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