



FBT

A V O C A T S

FBT NEWSLEX

N° 18 - FÉVRIER 2019

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** Actualité fiscale française en matière de transfert de résidence
- P04** Quand le juge français requalifie la résidence fiscale d'un forfaitaire suisse
- P06** Une nouvelle catégorie d'autorisation bancaire en Suisse : la licence FinTech
- P08** Vivre au Portugal : nouvelles opportunités civile et fiscale à saisir pour qui sait anticiper
- P14** Réglementation des trustees selon la loi suisse sur les établissements financiers – Aperçu de l'impact sur les trustees

ACTUALITÉ FISCALE FRANÇAISE EN MATIÈRE DE TRANSFERT DE RÉSIDENCE

Alors que la France vient de connaître des mouvements sociaux importants réouvrant la question des délocalisations, plusieurs mesures fiscales touchant justement les non-résidents et le transfert de résidence hors de France, viennent d'être votées.

Dans un article publié le 1^{er} mai 2018 au magazine Forbes, le Président Emmanuel Macron évoquait, pour la première fois, son intention de voir supprimer l'actuelle «*exit tax*», considérée comme un frein à l'attractivité de la France aux yeux des investisseurs.

La Loi de Finances pour 2019, qui vient d'être votée, a donc repris ce projet présidentiel, non pas en supprimant purement et simplement l'«*exit tax*», mais en l'amendant très sensiblement afin d'en faire un «dispositif beaucoup plus ciblé» de lutte contre les transferts abusifs de domicile fiscal hors de France.

Rappelons de manière synthétique qu'en cas de départ de France, un contribuable disposant d'une fortune investie en valeurs mobilières dépassant EUR 800'000 est taxable sur les gains en capitaux latents constatés au jour du départ. Ces plus-values non réalisées doivent impérativement être déclarées afin d'être «cristallisées» et – sous réserve d'exceptions – des garanties doivent potentiellement être données pendant les 15 années suivant le départ. Si les valeurs mobilières en question ne

sont ni cédées, ni données dans le délai de 15 ans, ou que le contribuable rentre en France ou décède à l'étranger, l'«*exit tax*» tombe; en revanche, dans les autres cas, les plus-values cristallisées deviennent taxables au taux d'imposition en vigueur l'année du départ de France.

Concrètement, le nouveau dispositif, applicable aux départs après le **1^{er} janvier 2019**, apporte trois types d'assouplissements :

- le délai de conservation des titres est ramené de 15 ans à 2 ans, sauf pour les contribuables dont le patrimoine investi en valeurs mobilières excède EUR 2'570'000, pour lesquels le délai est alors porté à 5 ans;
- le sursis automatique au paiement de l'«*exit tax*» (consistant concrètement en l'absence de garantie à fournir sur l'impôt potentiellement exigible), antérieurement réservé aux départs vers les Etats membres de l'Union européenne, la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein, est étendu (même en dehors d'un départ pour des motifs professionnels) à tous les pays liés cumulativement à la France par deux types de conventions fiscales, à savoir, d'une part, une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude fiscale et, d'autre part, une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement; soit aujourd'hui 47 pays, dont les Etats-Unis, le Japon ou l'Australie, mais pas la Suisse

(qui n'a pas signé de convention en matière de recouvrement)!

- les charges déclaratives pesant sur le contribuable, aujourd'hui très lourdes, sont fortement allégées, notamment en ce qu'elles ne s'appliquent plus désormais qu'au seul suivi des créances de «*earn out*» et des plus-values en report d'imposition.

Même si une disparition pure et simple de l'«*exit tax*» aurait assurément été préférable, eu égard notamment à son très faible rendement budgétaire, la nouvelle mesure n'en demeure pas moins positive et assouplira grandement les formalités de départ de France.

Tel sera également le cas lorsque le candidat au départ procédera à la mise en vente de sa résidence principale en France.

En effet, dans notre dernière publication (Newslex n° 17), nous avons mis en lumière les risques existant pour les contribuables quittant la France de se voir imposer sur la cession de leur résidence principale. La Loi de Finances pour 2019 vient opportunément légiférer et permettre à ces contribuables de bénéficier de l'exonération au titre de la cession de leur résidence principale, mais sous réserve que plusieurs conditions cumulatives soient réunies :

- la cession doit être réalisée (à notre avis : la cession est réalisée au moment de la signature de l'acte authentique de vente) au

plus tard le 31 décembre de l'année suivant celle du transfert du domicile fiscal hors de France ;

- Le bien ne doit pas être mis à la disposition de tiers, à titre gratuit ou onéreux, entre le transfert et la cession ;
- Enfin, et il s'agit là de la vraie limitation, seules peuvent bénéficier de cet assouplissement, les personnes qui transfèrent leur résidence dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement d'impôt.

Une nouvelle fois, les candidats au départ vers la Suisse se voient exclus de ce nouveau dispositif favorable.

PERSPECTIVES

Alors que les problématiques liées aux questions de « retour en France » de personnes domiciliées à l'étranger constituaient l'actualité de l'année 2018, les troubles sociaux qui ont touché la France à la fin de cette même année viennent sensiblement changer la donne, et replacent au centre des débats le sujet des délocalisations.

Même si la question fiscale n'est pas toujours prépondérante, il n'en demeure pas moins que les récentes incertitudes sur le cadre fiscal français à très court terme –

dès 2019 compte tenu de la « petite » rétroactivité des lois fiscales en France (une loi votée le 15 décembre 2019 pouvant s'appliquer rétroactivement dès le 1er janvier 2019 !) – pèsent sérieusement dans la balance quant au choix d'un départ.

Avec l'instauration en 2018 de l'impôt sur la fortune immobilière (IFI) en remplacement de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), et de la flat tax à 30% sur les revenus financiers, l'horizon fiscal français semblait dégagé et pérenne pour, au moins, les quatre prochaines années (ce qui est déjà une gageure en France). Tel n'est désormais plus le cas et le spectre de nouvelles hausses d'imposition viennent jeter le trouble sur les anticipations fiscales.

C'est en cela que les dispositions qui viennent d'être votées, et qui entrent en vigueur au 1er janvier 2019, trouvent toute leur importance devant la possible recrudescence de départs.

Enfin, au titre des « bonnes nouvelles » pour les contribuables non-résidents de France, la Loi de financement de la sécurité sociale pour 2019, entrée en vigueur le 13 décembre dernier, exonère de la contribution sociale généralisée (CSG) et de la contribution pour le remboursement de la dette sociale (CRDS) les revenus du patrimoine et les revenus de placement des personnes relevant d'un régime de

sécurité sociale au sein de l'Union européenne, mais également en Islande, en Norvège, au Liechtenstein et en Suisse. Cette exonération partielle des prélèvements sociaux, soit 9,7% sur les 17,2% – le prélèvement de solidarité de 7,5% restant exigible car entièrement affecté à l'Etat – ne trouve cependant à s'appliquer qu'à la condition que l'intéressé ne soit pas / plus à la charge d'un régime obligatoire de sécurité sociale français.

La France tire ainsi – définitivement ? – les conséquences des dernières jurisprudences mettant en lumière la non-conformité des dispositions françaises avec le droit communautaire.

Enfin, les non-résidents percevant des revenus de source française dépassant EUR 27'519, seront désormais imposés à un taux minimum de 30% (au lieu de 20%), et ceci dès les revenus perçus en 2018. Si leur taux réel d'imposition « mondial » (prenant en compte tous leurs revenus) devait être inférieur à ce taux minimum de 30%, seul le dépôt d'une réclamation permettrait alors d'appliquer un taux inférieur. En combinant la réduction de la CSG et l'augmentation de l'impôt sur le revenu, il en ressort que la pression fiscale à charge des non-résidents sur leurs revenus de source française, notamment patrimoniaux, se trouve finalement légèrement accrue.

QUAND LE JUGE FRANÇAIS REQUALIFIE LA RÉSIDENCE FISCALE D'UN FORFAITAIRE SUISSE

L'analyse combinée des critères de résidence, en droit interne et conventionnel, impose aux forfaitaires suisses de revoir drastiquement le lieu de leurs investissements, notamment s'agissant de la France.

La résolution d'une question de fiscalité internationale suppose toujours une analyse combinée des droits internes des deux Etats concernés et de la convention fiscale, s'il en existe une.

En France, le juge de l'ordre administratif – qui est traditionnellement compétent en matière fiscale, hormis pour les contentieux relatifs à l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), l'impôt sur la fortune immobilière (IFI) et les droits de donation et de succession – applique le principe dit de « *subsidiarité des conventions fiscales* », consistant à analyser d'abord la situation considérée sous l'angle du droit interne, puis, ensuite seulement, par rapport au droit conventionnel. Au final, en vertu de la hiérarchie des normes prévue par la Constitution, ce sont néanmoins toujours les dispositions conventionnelles qui prévalent sur celles du droit interne français.

Inversement, le juge de l'ordre judiciaire, appliquant strictement le principe de hiérarchie des normes, se penchera prioritairement sur les dispositions conventionnelles. Tel a été le cas dans un très récent arrêt de la Cour d'appel de Reims en date du 4 décembre

2018 (n°17/03068), rendu en matière d'ISF pour les années 2007 et 2008.

Afin déterminer la résidence fiscale des contribuables, imposables au forfait en Suisse, la Cour se réfère, en premier lieu aux dispositions de l'article 4 de la convention franco-suisse, laquelle fixe naturellement des critères de détermination de la résidence fiscale d'une personne physique, mais uniquement en cas de préexistence d'un conflit de résidence au regard des droits internes des deux Etats.

La Cour admet que l'administration fiscale suisse puisse reconnaître, en vertu de ses règles fiscales domestiques, que des contribuables soumis à l'impôt d'après la dépense soient résidents fiscaux suisses, mais elle considère qu'un juge, qu'il soit suisse ou français, conserve son appréciation souveraine sur la qualification de résident fiscal suisse au regard des principes posés par la Convention fiscale.

Or, si cette dernière renvoie principalement au droit interne pour la qualification de « résident », l'article 4 § 6 précise néanmoins que « *n'est pas considérée comme résident fiscal d'un Etat contractant [...] une personne physique qui n'est imposable dans cet Etat que sur une base forfaitaire déterminée d'après la valeur locative de la ou des résidences qu'elle possède sur le territoire de cet Etat* ».

La Cour d'appel de Reims estime donc ne pas être liée par l'appréciation de l'administration fiscale suisse sur la qualification de résident fiscal, non pas au regard des critères internes locaux, mais au sens de la convention. Ainsi, la Cour a estimé qu'en dépit de l'attestation de résidence fiscale émise par l'administration cantonale des impôts du canton de Vaud, les contribuables dont la Cour d'appel examinait le cas n'apportaient pas la preuve qu'ils étaient bien résidents fiscaux suisses.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour s'est référée aux termes de l'article 4 § 6 susvisé de la Convention et a rappelé qu'à la suite d'une divergence d'interprétation sur cet article entre la France et la Suisse, les Etats se sont rapprochés et ont convenu d'un accord matérialisé en France par la Circulaire du 10 décembre 1972. Au terme de cette circulaire, il a été admis qu'une personne assujettie à forfait en Suisse pouvait néanmoins avoir la qualité de résident suisse au sens de la convention si deux conditions étaient cumulativement remplies :

- la base d'imposition fédérale, cantonale et communale est supérieure à cinq fois la valeur locative de l'habitation du contribuable ou à une fois et demie le prix de pension qu'il paie ; et
- la base d'imposition cantonale et communale ne s'écarte pas notablement de celle qui est déterminante pour l'IFD (Impôt fédéral direct), ladite base cantonale et communale devant, en tout état de



cause, être égale ou supérieure aux éléments du revenu du contribuable qui proviennent de Suisse et de France, pour les revenus de source française, lorsqu'ils sont privilégiés par la convention, notamment dividendes, intérêts, redevances de licences.

En l'espèce, la Cour a estimé que les contribuables concernés n'ont pas été en mesure de démontrer que la deuxième condition était bien remplie, et qu'en conséquence ils n'apportaient pas la preuve qu'ils étaient alors résidents suisses au sens conventionnel.

PERSPECTIVES

Les décisions jurisprudentielles françaises se prononçant sur le régime suisse du forfait sont rares, et c'est en cela que la décision rendue par la Cour d'appel de Reims le 4 décembre 2018 est intéressante.

Il est à noter que l'arrêt analysé, qui portait sur les années 2007 et 2008, a pu se fonder sur le bénéfice de la Circulaire du 10 décembre 1972, publiée par l'administration fiscale française dans sa doctrine interne. Cependant, la référence à cette Circulaire de 1972, a disparu lors de l'informatisation de la doctrine administrative française le 12

septembre 2012, amenant à considérer qu'elle avait été définitivement rapportée, ce qui a été confirmé par l'administration le 26 décembre de la même année (à compter des revenus de 2013). Néanmoins, dans la mesure où cette «tolérance» résulte de négociations entre les deux Etats, il est légitime de se demander si un contribuable ne pourrait pas continuer à en faire état pour les périodes fiscales postérieures à 2013. Resterait toutefois, pour celui-ci, à être en mesure de justifier que la base cantonale et communale sur lequel il est imposé en Suisse ne s'écarte pas totalement de celle prise en compte pour la détermination de l'impôt fédéral direct. Or, c'est précisément l'incapacité des contribuables concernés à démontrer ce point qui a fait basculer la décision de la Cour d'appel de Reims vers la reconnaissance d'une résidence fiscale française.

Dès lors, pour éviter qu'une personne soumise au système du forfait en Suisse, mais disposant de liens forts avec la France, ne soit doublement imposée en France et en Suisse, il convient donc de bien valider qu'aucun des critères de rattachement prévus par le droit interne français (article 4 B du

Code Général des Impôts) ne trouve à s'appliquer, et notamment de vérifier que le forfaitaire ne remplisse pas l'une des conditions alternatives suivantes :

- Avoir en France son foyer ou son lieu de séjour principal ;*
- Exercer une activité professionnelle en France ;*
- Avoir en France le centre de ses intérêts économiques.*

Si les deux premiers critères posent généralement assez peu de difficultés, le troisième critère est en pratique assez difficile à apprécier, surtout pour des contribuables qui perçoivent des revenus de source française (telles que des retraites) ou qui ont conservé des actifs, notamment immobiliers, en France. A titre d'exemple, dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Reims, le couple de forfaitaires en Suisse était, sur les années 2007 et 2008, via une holding luxembourgeoise, actionnaire d'une centaine de filiales françaises, titulaire en direct d'une quinzaine de comptes bancaires en France et de deux sociétés civiles immobilières détenant un patrimoine immobilier conséquent, alors que dans le même temps, leur actifs suisses étaient quasi inexistantes.

UNE NOUVELLE CATÉGORIE D'AUTORISATION BANCAIRE EN SUISSE : LA LICENCE FINTECH

Le 1^{er} janvier 2019, le nouveau régime de « licence FinTech » est entré en vigueur. Cette révision législative, qui se traduit par de nouvelles dispositions dans la Loi sur les banques (« LB ») et son ordonnance d'application (« OB »), s'inscrit dans le projet du Conseil fédéral visant à promouvoir l'innovation dans le secteur financier.

Le nouveau régime de licence vise en premier lieu les entreprises innovantes en matière financière (entreprises dites « FinTech »); il est cependant plus généralement ouvert aux entreprises du secteur financier, quel que soit leur modèle d'affaires, dans la mesure où le législateur a adopté une approche neutre du point de vue technologique.

Il est désormais possible, sans licence bancaire « complète », d'accepter, à titre professionnel, des dépôts du public jusqu'à concurrence de CHF 100 millions ou de faire appel au public aux fins de les obtenir. Les entreprises devront certes requérir une licence, mais à des conditions d'autorisation significativement allégées par rapport aux établissements bancaires (« licence bancaire light » ou « licence FinTech »).

Toutefois, pour bénéficier de ce nouveau régime, les dépôts des clients ne doivent être ni investis, ni rémunérés. L'interprétation de cette condition peut soulever des difficultés en pratique. Le Département Fédéral des Finances (« DFF ») en a

précisé la portée: tant que les dépôts n'ont pas été restitués aux clients ou transférés conformément à leur destination, ceux-ci doivent être conservés « de manière à ce que les clients ne courent si possible aucun risque ». Au-delà des obligations de ségrégation relatives à ces dépôts, ces derniers doivent être liquides, de sorte qu'ils puissent être restitués ou transférés « dans un délai adéquat ».

Ces contraintes limitent, dans une mesure que la pratique déterminera, le champ d'application de cette « licence FinTech ». Cette dernière pourrait notamment bénéficier à des entreprises fournissant des services d'intermédiation dans des projets de financement par le public (« crowdfunding »).

Les principaux allègements introduits par la licence FinTech par

rapport à la licence bancaire ordinaire sont les suivants :

- *capital social*: le capital social minimum (entièrement libéré et maintenu en permanence) s'élève à 3% des dépôts acceptés, mais au moins à CHF 300'000.- (il est de CHF 10 millions au minimum pour les banques);
- *fonds propres*: l'entreprise n'est pas soumise à des exigences de fonds propres;
- *comptabilité*: la présentation et la révision des comptes s'effectuent selon les prescriptions ordinaires applicables aux sociétés commerciales et non selon la législation bancaire;
- *protection des déposants*: les dépôts des clients ne sont pas privilégiés et aucun remboursement immédiat des clients en cas de faillite de l'entreprise n'est prévu (ce dont les déposants doivent être informés au préalable);





- *organes de l'entreprise*: l'OB impose un nombre minimal de trois administrateurs, dont un tiers doit être indépendant de la direction, mais uniquement si la « nature et l'ampleur des activités » le requièrent.

Pour le surplus, les entreprises souhaitant opérer sous la licence FinTech sont soumises à des conditions largement similaires, dans leur formulation, à celles applicables aux banques. Leur mise en application dépendra en définitive étroitement du modèle d'affaires de l'entreprise.

Par ailleurs, ces entreprises devront également se conformer aux obligations découlant de la législation anti-blanchiment. L'OBA-FINMA a été révisée en ce sens.

PERSPECTIVES

La licence FinTech constitue la troisième mesure destinée à adapter la réglementation bancaire suisse aux besoins des entreprises FinTech. Elle emboîte le pas aux allègements réglementaires introduits le 1er août 2017 sous la forme 1) d'une extension à 60 jours du délai de détention applicable aux comptes d'exécution (non considérés comme dépôts au sens de la LB), et 2) de la création d'un espace d'innovation (« sandbox ») permettant aux entreprises, sous certaines conditions, d'accepter un nombre illimité de dépôts du public d'un montant total n'excédant pas CHF 1 million, sans aucune exigence de licence. D'autres modifications, visant en particulier les crédits participatifs, sont déjà prévues pour cette année.

Même si la licence FinTech représente un signal positif du législateur en faveur du développement de nouveaux modèles d'affaires, il est à craindre que celle-ci ne concerne en définitive qu'un nombre limité d'acteurs, compte tenu de l'interprétation restrictive faite par le DFF de l'interdiction d'investissement et de rémunération des dépôts.

Quoiqu'il en soit, la réglementation bancaire et financière se densifie et se complexifie. Dans ce contexte, la prise en compte des aspects réglementaires dans le développement de nouveaux modèles d'affaires est plus que jamais nécessaire.

*Contacts : Pierre-Olivier Etique
et Laura Benhammou*

VIVRE AU PORTUGAL : NOUVELLES OPPORTUNITÉS CIVILE ET FISCALE À SAISIR POUR QUI SAIT ANTICIPER

Le Portugal pourrait-il devenir la nouvelle Terre promise pour les entrepreneurs français ?

Au 31 décembre 2017, près de 50 000 français seraient installés au Portugal et constitueraient ainsi la 8^e communauté étrangère de ce pays. Afin de booster une économie tout juste convalescente après plusieurs années de crises économiques, le Portugal n'a pas lésiné sur les mesures fiscales particulièrement attractives en direction des résidents étrangers.

Le nombre des candidats à l'aventure entrepreneuriale portugaise pourrait encore s'intensifier en raison de la sécurisation offerte par les mesures fiscales adoptées récemment en France.

Cette effervescence entrepreneuriale doit toutefois être anticipée à la fois sur le terrain fiscal et civil.

I – DE NOUVELLES OPPORTUNITÉS FISCALES

Anticiper la transmission de son entreprise et de son patrimoine.

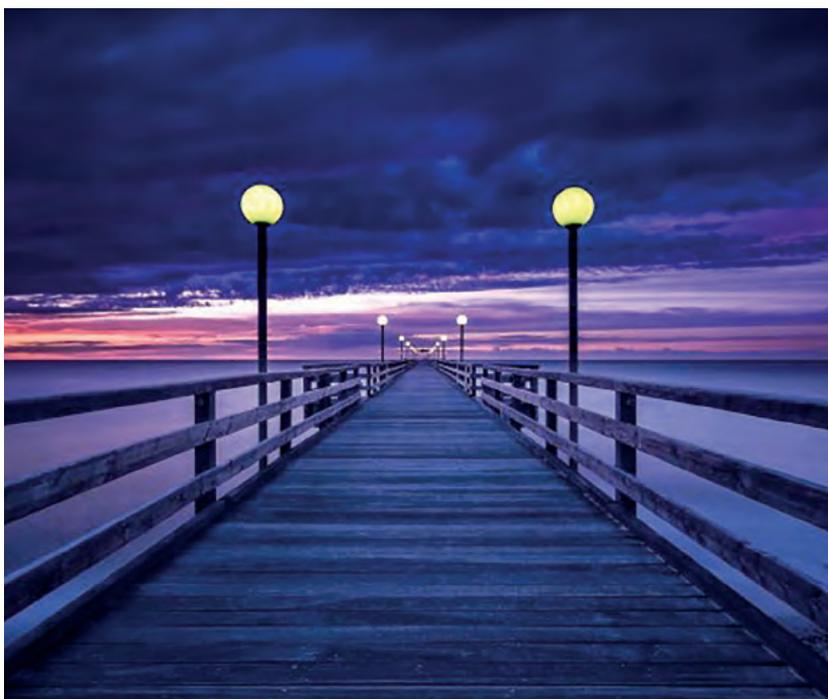
Transmettre les titres d'une société à des conditions fiscales favorables, tout en bénéficiant d'une plus grande souplesse pour les restructurations futures, est désormais possible. La loi de finances pour 2019 (publiée au journal officiel de la république française le 30 décembre 2018) assouplit en effet considérablement les conditions pour le bénéfice de l'exonération partielle des droits de mutation à titre gratuit en cas de donation ou de succession. Dans le respect de certaines conditions, une entreprise peut être transmise à un coût fiscal optimisé (pression fiscale de 11,25% maximum en cas de succession, voire 5,65% maximum en

cas de donation). Cela n'est pas nouveau, mais les conditions sont assouplies !

En dépit du fait que le Portugal offre des opportunités fiscales avantageuses pour la taxation des revenus (statut des « Résidents Non Habituels ») et du patrimoine (faibles droits de succession), la France conserve une compétence pour taxer ses anciens résidents dans de nombreuses hypothèses, et en particulier lors de l'ouverture d'une succession.

A défaut de convention applicable entre la France et le Portugal en matière de droits de donation et de droits de succession, l'entrepreneur qui envisage un transfert prochain de son domicile au Portugal, ou qui y a déjà transféré son domicile fiscal, est souvent insatisfait, voire inquiet. Il demeure en effet dans le champ d'application des droits de mutation français en présence d'héritiers domiciliés en France pendant au moins six années au cours des dix dernières années, et / ou à raison de biens situés sur le territoire français, selon les critères de droit interne français fixés à l'article 750 ter du Code général des impôts.

L'actualité fiscale offre cependant à ces entrepreneurs l'opportunité d'anticiper une transmission future de leur société. Il est constant que la préoccupation principale d'un professionnel n'est pas de transmettre trop rapidement son patrimoine, et *a fortiori* son outil de tra-



vail; et ceci pour diverses raisons : minorité des enfants, nouveaux projets d'investissements ou de développement, cession, etc. Une transmission n'est malheureusement pas toujours volontaire, nul n'étant à l'abri d'un décès.

L'anticipation d'une transmission n'est donc pas réservée aux seuls entrepreneurs désireux de donner, mais également à ceux qui n'envisagent pas une transmission immédiate, tout en souhaitant néanmoins sécuriser la situation patrimoniale de leur famille et la pérennité de leur entreprise.

Le dispositif que nous visons est communément dénommé « *Dutheil-transmission* », prévu par les dispositions de l'article 787 B du Code général des impôts. Il consiste à souscrire un engagement collectif de conservation d'une durée minimale de deux ans sur les titres d'une société exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole ou encore libérale. Une transmission de ces titres par donation ou succession durant cette période d'engagement collectif de conservation permet l'application d'une exonération de droits de mutation sur 75% de la base imposable, à la condition notamment que le donataire ou l'héritier s'engage formellement à conserver les titres pendant une durée minimale de quatre ans supplémentaires. La base imposable est alors retenue pour 25%, taxée à 45% maximum en ligne directe en cas de succession

(soit une pression fiscale de l'ordre de 11,25%). En cas de donation par un entrepreneur âgé de moins de soixante-dix ans, une réduction des droits de 50% est applicable dans certaines conditions (la pression fiscale est ainsi ramenée à 5,65% environ).

Les nouveautés résident notamment en ceci : l'engagement collectif peut désormais porter sur 17% au moins des droits financiers et 34% des droits de vote de la société non cotée éligible, contre 34% des droits financiers et des droits de vote, avant la publication de la loi de finances pour 2019. Outre l'allègement significatif des obligations déclaratives, la loi de finances pour 2019 prévoit par ailleurs qu'un engagement collectif peut désormais être souscrit par une personne seule, « *pour elle et ses ayants cause à titre gratuit* », étendant ainsi le dispositif aux sociétés à associé unique (telles que la société par actions simplifiée unipersonnelle, ou encore la SARL unipersonnelle). Au surplus, cela permet à un associé de souscrire seul ce type d'engagement dès lors qu'il dispose de 17% minimum des droits financiers et de 34% des droits de vote de sa société non cotée, et qu'il remplit à lui seul l'ensemble des conditions pour l'application du dispositif. Enfin, la loi de finances pour 2019 facilite les restructurations de groupes de sociétés sans mettre en péril une exonération partielle qui

serait d'ores et déjà appliquée à une transmission. Ces modifications de la loi sont autant d'outils de nature à sécuriser une transmission future, volontaire ou subie.

Bénéficiaire d'un dispositif d'« exit tax » allégé

La loi de finances pour 2019 ne supprime pas ce dispositif. Il prévoit toutefois d'en neutraliser de nombreux effets, pour les transferts de domicile fiscal hors de France à compter du 1er janvier 2019.

Les principales modifications sont les suivantes :

- le délai de dégrèvement de l'« exit tax » appliquée aux plus-values latentes est considérablement réduit (deux ans, ou cinq ans s'agissant des participations d'un montant total supérieur à 2'570'000 € au moment du départ hors de France) ;
- les conditions permettant de bénéficier du sursis de paiement sont assouplies ;
- les obligations déclaratives sont allégées. Le contribuable qui bénéficie du sursis de paiement au titre des plus-values latentes n'a plus à en faire état chaque année sur sa déclaration annuelle de revenus.

Ces assouplissements prévus par la loi de finances pour 2019 permettent de structurer en sécurité une activité professionnelle au Portugal ou depuis le Portugal,

tout en offrant la garantie d'une taxation avantageuse en France, en cas de transmission, et ce dans de nombreux cas de figure, notamment :

- **la constitution d'une filiale portugaise par une société holding française.** L'entrepreneur, nouvellement domicilié au Portugal, pourrait souscrire un engagement collectif sur les titres de la société holding (sous réserve qu'elle soit effectivement animatrice de son groupe), et/ou souscrire un engagement collectif sur les titres de la filiale portugaise, par interposition de la société holding, toutes conditions devant être respectées bien évidemment. Une transmission des titres de la société holding serait, dans l'une ou l'autre des hypothèses, réalisée à des conditions fiscales avantageuses ;
- **la création d'une succursale portugaise par une société française.** Un engagement collectif portant sur les titres de cette société française, souscrit avant ou après le transfert de domicile au Portugal, sécurise fiscalement une future transmission à titre gratuit ;
- **la constitution d'une société holding au Portugal par l'apport des titres de la société française.** L'entrepreneur qui a d'ores et déjà bénéficié du dispositif « *Dutheil-transmission* » lors d'une transmission préalable, a désormais la possibilité

de réaliser cette opération durant les périodes d'engagement collectif ou individuel de conservation, dans le respect de certaines conditions moins contraignantes.

Ces exemples de structuration doivent bien entendu être adaptés et validés au cas par cas, selon le droit français et le droit portugais.

Au surplus, il est rappelé que la question de la sécurisation de la résidence fiscale portugaise doit être examinée et validée préalablement au transfert de domicile et, *a fortiori*, avant ou concomitamment à la structuration d'une activité au Portugal. Pour les contribuables ayant d'ores et déjà transféré leur résidence au Portugal, il est souvent recommandé de réexaminer périodiquement ces différentes questions. Le droit étant par nature évolutif, il permet parfois, même tardivement, de saisir certaines opportunités.

Nous rappelons à ce titre l'importance de disposer, après le transfert de domicile au Portugal, de revenus effectivement imposables dans cet Etat. Nous relevons à cet égard que les juges français tendent à exclure l'application d'une convention fiscale lorsque « *les personnes qui ne sont pas soumises à l'impôt en cause par la loi de l'Etat concerné à raison de leur statut ou de leur activité ne peuvent être regardées comme assujetties au sens de ces stipulations (...)* »,

et « (...) *par voie de conséquence, comme résident de cet Etat pour l'application de la convention* » (Conseil d'État, 9^e et 10^e ss, 09/11/2015, 370054). Par conséquent, la sécurisation d'une résidence fiscale au Portugal implique non seulement le respect des critères prévus par la convention fiscale conclue entre la France et le Portugal (existence d'un foyer d'habitation permanent unique au Portugal, principalement), mais aussi que la structuration envisagée n'aboutisse pas à une situation de dispense d'imposition au Portugal. Le statut des « *Résidents non Habituels* » est connu pour ses vertus exonératoires de certains revenus, tels que les pensions de retraite privées de source française ou les intérêts et dividendes de source française. Ce statut implique toutefois une taxation à hauteur de 20% dans certaines conditions, ou l'application du barème progressif, pour les salaires privés, de source portugaise ou étrangère. Les rémunérations de dirigeants de sociétés françaises bénéficient également de cette taxation de 20% sous conditions. Selon la structuration choisie, il semblerait qu'une taxation minimale de 20% des revenus professionnels, semble conforme à cet objectif de sécurisation de la résidence fiscale.

L'assouplissement des dispositifs « *Dutheil – transmission* » et « *d'exit tax* » facilite ainsi les anticipations fiscales, et ouvre de nouvelles perspectives.

La recherche d'une structuration efficace du patrimoine professionnel en vue d'en assurer la pérennité transgénérationnelle, combinée à une analyse fiscale pointue, ne doit pas faire oublier un préalable essentiel à la maîtrise de son patrimoine et de sa transmission : s'assurer notamment des règles applicables à son régime matrimonial et à sa succession.

II – DES RÉFLEXES D'ANTICIPATION CIVILE

En dépit de l'apparition d'une littérature florissante sur ces sujets, et d'alertes répétées des acteurs du droit, en réponse à une mobilité géographique croissante et à une évolution profonde des règles applicables au niveau européen, force est de constater que certains aspects de la vie civile passent encore trop souvent au second plan ... et pourtant !

N'est-il pas indispensable de savoir à qui sera transmis son patrimoine en cas d'accident fatal, suivant quelles règles, suivant quelle loi ?

N'est-il pas utile de savoir si un déménagement pourrait modifier à son insu le régime matrimonial d'un couple ?

N'est-il pas essentiel de savoir si un « PACS à la française » sera reconnu à l'étranger, et avec quelles conséquences juridiques et fiscales pour le partenaire ?

Soulever ces questions – et bien d'autres en fonction de la configu-



ration familiale de chacun – doit faire partie intégrante de la préparation et de l'anticipation d'un départ à l'étranger.

Et les mêmes questions se posent pour ceux qui sont déjà installés, parfois de longue date : les réglementations européennes dans les matières touchant à la famille ont fait profondément évoluer les règles applicables.

S'agissant du Portugal, la proximité géographique et culturelle pourrait laisser penser que « cela ne doit pas être bien différent », mais le diable est dans les détails, et la matière du droit international privé et du droit comparé foisonne d'illustrations.

Pour ne s'en tenir qu'au droit successoral dans un schéma familial classique, citons quelques exemples :

EN FRANCE :

- le conjoint survivant n'est un héritier réservataire (bénéficiant d'une quotité de la succession dont le défunt ne peut pas le priver) qu'en l'absence de descendant ; sa réserve est alors invariablement d'un quart ;
- un ascendant appelé à la succession, faute de descendant, n'est jamais réservataire ;
- lorsque le défunt laisse un conjoint et des enfants issus du couple, la dévolution *ab intestat* laisse le choix au conjoint entre 25% de la succession en pleine propriété ou 100% en usufruit.

AU PORTUGAL :

- le conjoint survivant est toujours un héritier réservataire ; le montant de sa réserve dépend de la catégorie (descendants, ascendants) et du nombre des autres héritiers appelés à la succession ;

- un ascendant appelé à la succession, faute de descendant, est toujours réservataire ;
- lorsque le défunt laisse un conjoint et des enfants, la succession *ab intestat* se répartit par tête entre le conjoint et les enfants, la part légale du conjoint (à distinguer de la réserve) étant au minimum d'un quart.

Il va sans dire que la répartition effective d'une succession pourra se révéler bien différente suivant que le droit français ou portugais sera applicable.

En cas de décès d'un Français établi durablement au Portugal, quelle loi va régir sa succession et ainsi désigner les héritiers et leurs droits respectifs sur les actifs ? Les structures d'entreprise qu'on aura pris le soin de placer sous engagement de conservation pour permettre une transmission économiquement efficiente iront-elles bien aux héritiers escomptés ou légataires institués ?

Tout dépendra des dispositions expressément prises par le défunt de son vivant !

Le principe

Pour les décès survenus à compter du 17 août 2015, tant la France que le Portugal font application des dispositions du Règlement Européen sur les Successions n° 650/2012 (ci-après le « Règlement Successions »), qui lie tous les Etats membres de l'Union euro-

péenne, à l'exception du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Irlande.

La France et le Portugal appliquent donc dorénavant une règle de conflit identique pour déterminer la loi applicable à l'ensemble de la succession.

L'article 21 du Règlement Successions énonce la règle de conflit à appliquer, le principe étant que « *la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès* ». Et, point crucial dans le cas présent, le jeu du « renvoi » est expressément exclu entre Etats liés par le Règlement (art. 34-2).

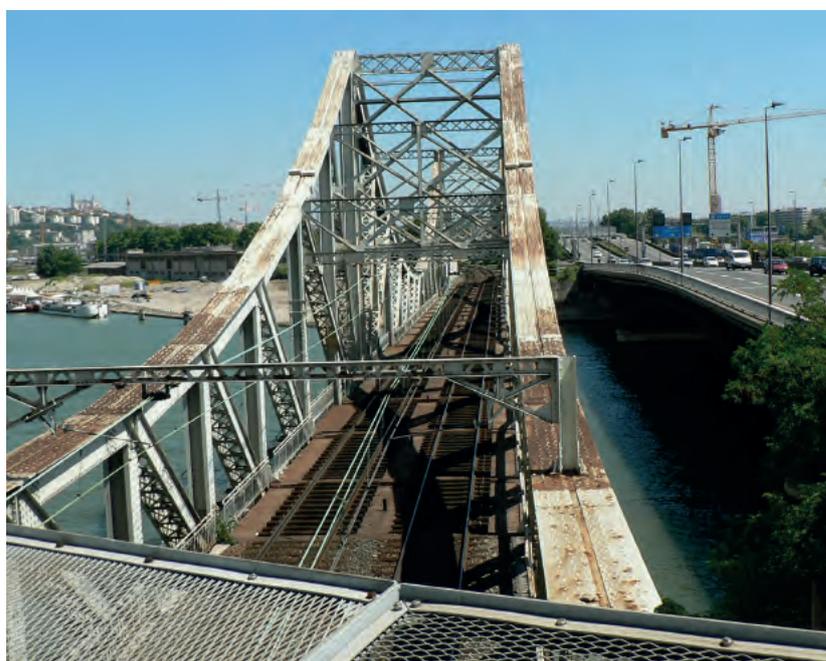
Cette uniformisation de la règle de conflit entre la France et le Portugal doublée de l'exclusion du renvoi a des répercussions importantes pour les Français établis au

Portugal : en résumé, la solution s'est trouvée inversée ...

En effet, **avant l'entrée en vigueur du Règlement Successions**, les choses se passaient schématiquement comme suit :

Le droit international privé français prévoyait l'application de la loi du domicile pour les meubles et de la loi de situation pour les immeubles ; dans l'hypothèse d'un Français établi au Portugal et y détenant l'intégralité de son patrimoine, la règle de conflit française désignait donc la loi portugaise. Jusque-là, il pourrait sembler que la solution nouvelle ressemble à l'ancienne.

Mais la loi portugaise désignée devait être considérée dans son ensemble, c'est-à-dire en tenant compte de son propre droit international privé.



Or, le droit international privé portugais désignait **la loi de la nationalité** comme unique loi applicable à la succession dans son entier. Ainsi, la loi portugaise «renvoyait» à la loi française, et la jurisprudence française acceptait ce «correctif de rattachement» qu'est le renvoi. En somme, vue de la fenêtre du Français ayant quitté sa terre natale, la «boucle était bouclée» et la succession réglée en application du droit successoral français.

Dorénavant, il n'en sera plus ainsi! Le jeu du renvoi étant exclu entre Etats liés par le Règlement, l'exercice s'arrête à la détermination de **la résidence habituelle au décès, dont la loi sera applicable.**

Les présentes colonnes ne permettent pas d'évoquer l'exception (art. 21-2) des «liens manifestement plus étroits avec un autre Etat».

En revanche, nous nous arrêtons sur le correctif à la règle de principe, introduit très opportunément par le Règlement Successions.

Le choix de sa loi nationale

En application de l'article 22 du Règlement Successions «*une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'Etat dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès. Une personne ayant plusieurs nationalités peut choisir la loi de tout*

Etat dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès.»

Il sera donc essentiel pour le Français établi au Portugal de se pencher sur la question de savoir quelle loi successorale – française ou portugaise – répondra au mieux à son schéma familial et à ses pré-occupations de transmission.

Si – comparaison faite – il opte pour sa loi nationale, ce qui permettra souvent une mise en cohérence avec ses conventions matrimoniales ou avec des transmissions déjà réalisées suivant le droit français, il pourra aisément concrétiser ce choix en le formulant de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'un testament.

Pour les **personnes mariées**, le départ à l'étranger, au Portugal ou ailleurs, doit également inviter à vérifier que le **régime matrimonial** est non seulement clairement identifié et reconnu dans le pays d'accueil, mais qu'il est par ailleurs insusceptible de changement automatique (généralement à l'insu des premiers intéressés) par application des règles du droit international privé. Suivant le contexte de chacun, les règles peuvent ici se révéler d'une complexité rare et tiennent compte d'un grand nombre de paramètres (notamment la 1^{re} résidence commune du couple, les nationalités des époux, la durée du séjour à l'étranger pour les unions conclues

entre le 1er septembre 1992 et le 29 janvier 2019).

Là encore, tout comme en matière successorale, **les instruments internationaux** (Convention de La Haye du 24 mars 1978 et surtout le Règlement européen du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux, qui entre en vigueur le 29 janvier 2019 tant en France qu'au Portugal) **offrent des outils simples pour désigner définitivement son régime matrimonial**, et éviter ainsi les incertitudes futures.

PERSPECTIVES

Pour l'entrepreneur venant de France qui souhaite développer à l'étranger (par exemple au Portugal) son activité, l'assouplissement du dispositif «Dutheil-Transmission» ouvre des perspectives intéressantes pour assurer une future transmission, entre vifs ou par décès, tout en permettant de sécuriser la résidence fiscale en terre d'accueil.

Plus largement, pour l'entrepreneur, le salarié ou le retraité, les nouveaux instruments européens (parmi lesquels le Règlement Successions et le Règlement sur les régimes matrimoniaux) permettent dorénavant de sécuriser efficacement certains aspects de la vie civile. Il serait dommage de s'en priver!

*Contacts : Stéphanie Barreira,
Pascale Cano,
Jérôme Bissardon*

RÉGLEMENTATION DES TRUSTEES SELON LA LOI SUISSE SUR LES ÉTABLISSEMENTS FINANCIERS – APERÇU DE L'IMPACT SUR LES TRUSTEES

La loi sur les établissements financiers (LEFin) a été adoptée par l'Assemblée fédérale le 15 juin 2018. Le projet d'ordonnance d'exécution de cette loi (OEFin) a pour sa part été mis en consultation le 24 octobre 2018; la consultation a pris fin le 6 février 2019. L'entrée en vigueur de l'ensemble de ces textes est prévue pour le 1^{er} janvier 2020.

La LEFin introduit l'obligation nouvelle pour les trustees d'obtenir une autorisation de la FINMA pour pouvoir exercer leur activité.

Une fois autorisés, les trustees seront soumis à la surveillance prudentielle courante d'organismes de surveillance, lesquels seront eux-mêmes autorisés et surveillés par la FINMA, cette dernière restant l'autorité de surveillance faîtière des trustees. Les acteurs qui ne bénéficieront pas d'une autorisation ne

pourront pas faire figurer le terme «trustee» dans leur raison sociale, dans leur but social ou dans leur documentation professionnelle.

La LEFin définit le trustee comme celui qui, à titre professionnel, gère ou dispose d'un patrimoine distinct en faveur d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé, sur la base de l'acte constitutif d'un trust au sens de la Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance. Tout trustee assujéti à la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) est considéré comme exerçant son activité à titre professionnel, dans la mesure où le caractère professionnel de l'activité répond aux mêmes conditions dans la LBA et dans la LEFin.

Les tâches du trustee comprennent la gestion d'un patrimoine distinct,

le maintien de sa valeur et l'utilisation de celui-ci conformément à son affectation. Le trustee peut par ailleurs fournir des services de conseil en placement, d'analyse de portefeuille et d'offre d'instruments financiers, ainsi que d'autres services non réglementés comme des opérations fiduciaires, du conseil en gestion d'entreprise ou du conseil fiscal. Les trustees peuvent déléguer durablement certaines de leurs tâches à des tiers pour autant que les délégataires disposent des capacités, des connaissances et de l'expérience requises, ainsi que des autorisations nécessaires, le cas échéant. Les trustees sont tenus d'instruire et de surveiller ces tiers avec diligence; l'OEFin requiert enfin que les trustees, leur organe de révision interne, leur société d'audit, l'organisme de surveillance et la FINMA puissent suivre et contrôler l'exécution des tâches déléguées.





La LEFin prévoit que les trustees pourront exercer leur activité sous la forme juridique d'une entreprise individuelle, d'une société commerciale (comme une société anonyme ou une Sàrl) ou d'une société coopérative et devront être inscrits au Registre du commerce. Leur capital social minimal devra s'élever à CHF 100'000, libéré en espèces et maintenu en permanence. Les trustees devront de surcroît disposer de fonds propres s'élevant à au moins un quart de leurs coûts annuels fixes. Les coûts fixes des trustees incluent les charges de personnel et d'exploitation, l'amortissement de l'actif immobilisé et les charges dues aux correctifs de valeur, aux provisions et aux pertes. L'assurance responsabilité civile professionnelle n'est pas obligatoire mais pourra être imputée pour moitié sur les fonds propres.

La direction du trustee devra être composée d'au moins deux personnes qualifiées, à moins que le trustee puisse apporter la garantie de la poursuite de l'activité. Enfin, les trustees devront disposer de fonctions de gestion des risques, *compliance* et contrôle interne adéquates, aux fins de garantir notamment le respect des prescriptions légales et des directives internes à l'entreprise. Il convient de relever encore que pour les acteurs d'une certaine taille, les personnes en charge de la gestion des risques ou du contrôle interne ne pourront pas prendre part aux activités qu'elles surveillent.

Les trustees déjà en exercice au moment de l'entrée en vigueur de la LEFin devront s'annoncer à la FINMA dans les six mois et déposer leur dossier relatif à la requête d'autorisation dans un délai de trois ans.

Pour autant que ces deux conditions soient remplies, ils pourront continuer à exercer leur activité.

PERSPECTIVES

La mise en œuvre des nouvelles exigences réglementaires imposées aux trustees devra être implémentée au plus tard au moment du dépôt de leur requête d'autorisation auprès de la FINMA. Selon la taille, le degré d'organisation et le volume d'affaires des trustees, ces exigences seront plus ou moins difficiles à respecter. Les trustees doivent par conséquent d'ores et déjà procéder à une évaluation de leur organisation au regard de ces nouvelles exigences de manière à pouvoir déterminer la nécessité éventuelle d'étoffer leur organisation, voire de joindre leurs forces à celles d'autres acteurs.

Contact: Frédérique Bensahel



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