



# FBT

A V O C A T S

## FBT NEWSLEX

N° 19 - JUILLET 2019

### CONTACT

Marco Villa

[mvilla@fbt.ch](mailto:mvilla@fbt.ch)

T. +41 (0)22 849 60 40

[www.fbt.ch](http://www.fbt.ch)

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

#### TABLE DES MATIÈRES

- P02** De gérants de fortune habilités à gérants de fortune collective autorisés : quels changements pour les gérants d'actifs d'institutions de la prévoyance professionnelle ?
- P04** La protection des travailleurs seniors
- P05** La clôture de la phase de l'allégation en procédure civile
- P06** Entraide fiscale Suisse-France : pertinence du mode d'imposition (forfait fiscal) ?
- P07** FinTech – élargissement du champ d'application de la sandbox
- P08** Les charmes discrets d'une nationalité
- P14** Régularisation fiscale en France : ouverture d'un guichet dédié aux entreprises, mais aussi à leurs associés et dirigeants

# DE GÉRANTS DE FORTUNE HABILITÉS À GÉRANTS DE FORTUNE COLLECTIVE AUTORISÉS: QUELS CHANGEMENTS POUR LES GÉRANTS D'ACTIFS D'INSTITUTIONS DE LA PRÉVOYANCE PROFESSIONNELLE?

*Depuis l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 de l'article 48f de l'Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, invalidité et survivants (OPP 2), la gestion de valeurs patrimoniales d'institutions suisses de la prévoyance professionnelle ne peut être confiée qu'à des tiers soumis à une surveillance prudentielle ou au bénéficiaire d'une habilitation de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (« CHS PP »). Cette autorité délivre une habilitation d'une durée de trois ans (renouvelable) au gérant de fortune indépendant qui remplit les conditions des directives « Habilitation des gérants de fortune actifs dans la prévoyance professionnelle » (« Directive D-01/2014 »). A l'heure actuelle, ces gérants de fortune habilités ne sont toutefois soumis à aucune surveillance prudentielle.*

Ce système va changer avec l'entrée en vigueur de la Loi sur les établissements financiers (LEFin) le 1<sup>er</sup> janvier 2020. Dorénavant, les gérants d'actifs d'institutions de prévoyance devront obtenir une autorisation de la FINMA en qualité de gestionnaire de fortune collective, pour autant qu'ils gèrent des actifs dépassant les seuils légaux (i.e. qu'ils gèrent des valeurs patrimoniales excédant CHF 100 millions et, dans le domaine obligatoire, 20% des valeurs d'une seule institution; règles dites de minimis). Les gérants d'actifs d'institutions de prévoyance ne dépassant pas les

seuils de minimis seront soumis à l'autorisation plus légère de gestionnaire de fortune. Par ailleurs, en qualité de prestataires de services financiers, tous les gérants seront contraints de respecter les règles de conduite de la Loi sur les services financiers (LSFin). Nous abordons ci-après les principaux changements à venir.

## **LEFIN: AUTORISATION ET SURVEILLANCE**

La LEFin et son ordonnance d'application prévoient des conditions d'assujettissement des gestionnaires de fortune collective largement inspirées des conditions d'autorisation actuellement applicables aux gestionnaires de placements collectifs de capitaux selon la Loi sur les placements collectifs de capitaux.

Les conditions d'autorisation des gestionnaires de fortune collective sont généralement déjà partiellement remplies par les gérants de fortune habilités, puisque l'on les trouve en substance dans la Directive D-01/2014 en matière d'habilitation. Les gérants habilités sont en effet tenus de respecter la garantie d'une activité irréprochable, l'obligation d'une organisation appropriée au volume d'activité et à l'étendue des risques et de présenter des conditions financières adéquates. La Directive D-01/2014 définit toutefois ces conditions avec moins de précision que la nouvelle réglementation. A titre d'exemple, les conditions financières saines requises aujourd'hui

se transforment en l'exigence d'un capital minimal de CHF 200'000 entièrement libéré et de fonds appropriés correspondant au quart des frais fixes, lesquels doivent être maintenus en permanence. Les exigences en termes d'organisation prévues par la LEFin vont par ailleurs au-delà des exigences en matière d'habilitation.

La véritable nouveauté réside dans la surveillance prudentielle des gérants d'actifs de la prévoyance professionnelle. Ces derniers vont dorénavant être surveillés par la FINMA, passant donc du statut d'intermédiaire financier non assujéti au statut d'établissement financier assujéti à l'autorisation et à la surveillance de la FINMA. Le corollaire de cette surveillance est l'obligation de mandater une société d'audit agréée aux fins d'effectuer un audit prudentiel et un audit statutaire. Ces nouveaux assujétis vont donc faire face à des coûts supplémentaires.

## **LSFIN: CATÉGORISATION DES CLIENTS ET RÈGLES DE COMPORTEMENT**

La LSFin s'applique aux gestionnaires de fortune collective en tant que prestataires de services financiers. La nouvelle loi prévoit le respect de: i) l'obligation d'informer; ii) l'obligation de vérifier l'adéquation et le caractère approprié du service financier presté; iii) l'obligation de documentation et de reddition de compte; et iv) l'obligation de transparence et de diligence

en matière d'ordres des clients. Le champ d'application de ces règles variera selon la catégorie de clients concernés, la LSFIn distinguant trois catégories de clients, soit a) les clients institutionnels, b) les clients professionnels et c) les clients privés. Les institutions de prévoyance appartiennent à la catégorie des clients professionnels, mais peuvent toutefois demander à être traitées comme des clients institutionnels (opting-out) ou, à l'inverse, comme des clients privés (opting-in).

En tant que client professionnel, l'institution de prévoyance a la possibilité de renoncer à ce que le prestataire de services financiers remplisse en sa faveur les obligations d'information, de documentation et de reddition de compte. Cette renonciation doit toutefois revêtir la forme expresse. Cette renonciation expresse n'est pas exigée en cas d'opting-out de l'institution de prévoyance en vue d'être considérée comme un client institutionnel. Dans ce dernier cas, le prestataire de services financiers sera automatiquement dispensé d'appliquer les règles précitées; a contrario, en cas d'opting-in de l'institution de prévoyance en vue d'être traitée comme un client privé, toutes les règles de protection de la loi demeurent applicables. En pratique, le gestionnaire d'actifs d'institutions de la prévoyance souhaitera généralement ne traiter qu'avec des clients bénéficiant du même statut.

L'on relèvera enfin que la LSFIn règle également la question des rétrocessions. Si celles-ci sont autorisées par la LSFIn, elles continueront à devoir être restituées aux institutions de prévoyance conformément à la réglementation en matière de prévoyance professionnelle.

## **PERSPECTIVES**

*Le vœu de soumettre les gérants de fortune d'institutions de la prévoyance professionnelle à la surveillance d'une autorité prudentielle n'est pas nouveau. Avec l'entrée en vigueur de la LEFin, cette surveillance devient réalité et doit être saluée dans la mesure où elle renforce la protection des actifs de la prévoyance professionnelle. Des conditions d'autorisation plus exigeantes et une surveillance prudentielle rassurent par ailleurs les institutions de prévoyance sur la qualité des gestionnaires de fortune qu'elles mandatent. De leur côté, les gestionnaires de fortune d'actifs d'institutions de prévoyance pourront dorénavant prétendre à une surveillance prudentielle, alors qu'aujourd'hui seule l'habilitation de la CHS PP leur est offerte.*

*Les gérants de fortune habilités disposent d'un délai au 30 juin 2020 pour s'annoncer à la FINMA et au 31 décembre 2022 pour satisfaire aux exigences de la LEFin, soit s'organiser de manière conforme à la loi et déposer leur demande d'autorisation*

*en qualité de gestionnaires de fortune collective. L'heure est donc venue pour ces acteurs d'analyser la question de leur type d'assujettissement, de leur organisation et celles des coûts liés.*

*Pour les obligations découlant de la LSFIn, les gérants d'actifs de la prévoyance professionnelle devront se mettre en conformité d'ici au 31 décembre 2020 au plus tard, ce qui impliquera notamment la revue de leur documentation interne.*

*Contacts: Frédérique Bensahel  
et Véronique Chatelain*



## LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS SENIORS

*Au cours de ces dernières années, le Tribunal fédéral a eu à connaître de nombreux litiges en lien avec le licenciement de travailleurs seniors. Ces décisions permettent désormais de dégager des principes clairs sur les droits de ces employés dits « âgés », respectivement les devoirs de leurs employeurs lorsque ces derniers ne sont plus satisfaits de leurs prestations et envisagent de mettre fin aux rapports de travail.*

La jurisprudence du Tribunal fédéral en lien avec les travailleurs âgés s'inscrit dans le cadre légal de l'interdiction des congés abusifs. En vertu de l'art. 336 CO, certains motifs de licenciement – par exemple la maladie de l'employé ou le fait que ce dernier fasse valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail – peuvent donner lieu à une indemnité en faveur du travailleur, pour autant qu'il ait fait opposition au congé par écrit avant la fin du délai de congé (art. 336b al. 1 CO). De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral estime que les motifs de licenciement abusif prévus par la loi ne sont pas exhaustifs, de sorte que d'autres états de fait peuvent donner lieu à des indemnités pour licenciement abusif (ATF 132 III 115 = JdT 2006 I 152).



Il s'agit en premier lieu de délimiter à quelle catégorie de travailleur s'applique la jurisprudence en question. A cet égard, deux facteurs sont déterminants: l'âge et la durée de l'emploi. Les litiges soumis aux juges fédéraux concernaient notamment des travailleurs âgés de 55 ans, avec 24 ou 27 ans de service de l'entreprise (TF, arrêt 4A\_419/2007, du 29 janvier 2008); 63 ans, avec 25 ans de service (TF, arrêt 4A\_60/2009 du 3 avril 2009); 59 ans, avec plus de 10 ans de service (TF, arrêt 4A\_384/2014 du 12 novembre 2014); 64 ans, avec plus de 12 ans de service (TF, arrêt 4A\_558/2012 du 18 février 2013); 64 ans, avec 44 ans de service (ATF 132 III 115 = JdT 2006 I 152); 55 ans, avec 24 ans de service (TF, arrêt 4A\_419/2007 du 29 janvier 2008); et 59 ans, avec 11 ans de service (TF, arrêt 4A\_384/2014 du 12 novembre 2014 = JdT 2015 II 117).

De ces éléments, la doctrine retient que les devoirs de l'employeur découlant desdites jurisprudences s'appliquent aux employés âgés d'au moins 50 ans et ayant un minimum de 10 ans d'ancienneté dans l'entreprise ou le groupe au moment du licenciement<sup>1</sup>.

L'employeur a un devoir de protection accru envers les travailleurs se trouvant dans cette catégorie. Cette obligation se fonde essentiellement sur l'art. 328 CO, prévoyant les principes de protection de la personnalité du travailleur. Pour satisfaire à ses devoirs, l'employeur est

tenu de faire preuve d'égards particuliers envers le travailleur concerné, ce qui se concrétise notamment par le fait de donner des signaux, préalablement au licenciement, indiquant à l'employé que son travail est considéré comme insuffisant, de manière à lui donner la possibilité de s'améliorer. Il s'agit également pour l'employeur de rechercher des solutions pour permettre la poursuite des rapports de travail.

### PERSPECTIVES

*Au vu de ce qui précède, nous recommandons aux employeurs d'examiner attentivement les alternatives au licenciement des employés âgés d'au moins 50 ans et ayant travaillé durant au moins 10 ans dans l'entreprise. Pour éviter un risque trop important que le licenciement puisse être qualifié d'abusif, il est nécessaire de faire savoir à l'intéressé que ses prestations ne répondent pas aux attentes et lui indiquer comment s'améliorer. Pour ce faire, un moyen qui semble approprié est notamment l'entretien d'évaluation qui pourra être documenté par un courrier indiquant les carences, les attentes, ainsi qu'un délai de mise à niveau avec les moyens d'y parvenir.*

*Contacts : Michael Biot  
et Gilles Dubuis*

<sup>1</sup> Rémy Wyler, La protection du travailleur âgé au bénéfice d'une grande ancienneté, in : Regards de marathoniens sur le droit suisse, Mélanges, Genève 2015, p. 187 ss.

## LA CLÔTURE DE LA PHASE DE L'ALLÉGATION EN PROCÉDURE CIVILE

*Dans un arrêt 4A\_73/2014 du 19 juin 2014, publié aux ATF 140 III 312, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir à quel moment se clôt la phase de l'allégation dans la procédure civile.*

Cette problématique est d'une importance pratique cruciale pour les parties. En effet, l'art. 229 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont admis aux débats principaux qu'à des conditions restrictives: soit ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction (let. a), soit ils existaient avant mais ne pouvaient être invoqués antérieurement (let. b).

Dans l'arrêt en question, le demandeur avait déposé un mémoire après un deuxième échange d'écritures, mais avant une audience de débats d'instruction. Selon l'art. 226 al. 2 CPC, les débats d'instruction servent à déterminer de manière informelle l'objet du litige, à compléter l'état de fait, à trouver un accord entre les parties et à préparer les débats principaux. Pourtant, cette écriture a été écartée, le tribunal l'ayant considérée comme tardive compte tenu du fait que les parties avaient déjà eu deux occasions de présenter leurs allégués et moyens de preuve auparavant.

La question s'est donc posée de savoir si ces novae étaient admissibles sans limites, ou s'ils étaient soumis aux conditions prévues à l'art. 229 al. 1 CPC.

Devant le Tribunal fédéral, le recourant a soutenu qu'il était possible, lors d'une audience d'instruction suivant un double échange d'écritures, d'invoquer des faits nouveaux de manière illimitée. Il a fondé cette interprétation sur l'art. 229 al. 1 let. a CPC qui prescrit notamment que la phase de l'allégation est close après la dernière audience d'instruction.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral procède à une analyse de la doctrine qui n'est pas unanime sur la question, d'une part, et constate que le sens que voulait donner le législateur à l'expression «postérieurs [...] à la dernière audience d'instruction» figurant à l'art. 229 al. 1 let. a CPC est incertain, d'autre part.

Les juges fédéraux ont estimé en substance que s'il était possible d'invoquer des faits nouveaux lors de débats d'instruction faisant suite à un double échange d'écritures, la maxime éventuelle (principe général de procédure civile selon lequel les parties doivent alléguer les faits et présenter leurs moyens de preuve en une seule fois à un moment donné de la procédure) serait laissée au pouvoir d'appréciation du tribunal avec pour conséquence que les parties ne sauraient déterminer à quel moment intervient la clôture de la phase de l'allégation.

Partant, le Tribunal fédéral a jugé que le fait pour les parties de procéder à un deuxième échange

d'écritures, même si des débats d'instruction suivront, clôt la phase de l'allégation, sous réserve des conditions de l'art. 229 al. 1 CPC.

### NOTRE AVIS

*Dans son résultat, cette jurisprudence implique que les parties n'ont que deux occasions de présenter des faits et moyens de preuve au début de la procédure, sous réserves des conditions de l'art. 229 al. 1 CPC. Ainsi, les parties pourront dans tous les cas compléter l'état de fait formulé dans leur demande ou réponse par une réplique ou une duplique qui interviendra soit sous la forme d'un deuxième échange d'écritures s'il est ordonné (art. 225 CPC), soit par oral lors d'une audience de débats d'instruction ou de débats principaux, si les premiers n'ont pas lieu (art. 229 al. 2 CPC).*

*La solution choisie par le Tribunal fédéral présente l'avantage de la prévisibilité pour les parties qui peuvent savoir avec précision à quel moment les faits allégués dans le procès sont en principe figés. En revanche, les parties devront être attentives en début de procédure aux différentes étapes de celle-ci afin de savoir à quel moment elles ne pourront alléguer des faits ou présenter des moyens de preuve nouveaux qu'aux conditions restrictives de l'art. 229 al. 1 CPC.*

*Contacts : Michael Biot et Gilles Dubuis*

## ENTRAIDE FISCALE SUISSE-FRANCE : PERTINENCE DU MODE D'IMPOSITION (FORFAIT FISCAL)?

*Le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer récemment sur la pertinence de la transmission aux autorités fiscales françaises d'informations relatives au mode d'imposition d'un contribuable dans le cadre d'une demande d'assistance administrative internationale. La Haute Cour a considéré en l'espèce que puisque la demande en question avait pour objectif d'établir le domicile fiscal du contribuable, son mode d'imposition constituait un renseignement vraisemblablement pertinent et se devait d'être transmis aux autorités françaises.*

L'arrêt du Tribunal fédéral (ci-après TF) rendu le 1<sup>er</sup> février 2019 a pour objet la question de la légalité de la transmission aux autorités fiscales françaises d'informations relatives au mode d'imposition d'un contribuable dans le cadre d'une demande d'assistance administrative internationale. Afin de justifier son approche, il s'agissait plus précisément pour le TF de trancher la question de savoir si le mode d'imposition rentrait dans la définition de la notion juridique de «renseignement vraisemblablement pertinent» au sens de l'art. 28 par. 1 de la Convention entre la Suisse et la France en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales.

Dans le cadre de son analyse, le TF rappelle que selon l'art. 4 par. 6 lit. b de la Convention, n'est pas considérée comme résident 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 Haute Cour de conclure qu'au vu de l'importance que joue le mode d'imposition dans la détermination de la résidence fiscale, à savoir notamment que les personnes imposées d'après la dépense (ou forfait fiscal) ne sont pas considérées comme résidents de l'Etat en question, l'information relative au mode d'imposition constitue un renseignement vraisemblablement pertinent et se doit d'être transmise aux autorités françaises si la demande a pour objectif de déterminer le domicile fiscal du contribuable.

Il s'ensuit que toute demande des autorités fiscales françaises concernant la détermination du domicile fiscal d'un contribuable suisse pourra à l'avenir porter sur la transmission de l'information de son mode d'imposition en Suisse. Cette transmission revêt une importance toute particulière pour les personnes imposées sur une base forfaitaire et non selon le mode ordinaire.

### PERSPECTIVES

*La confirmation par le TF que le mode d'imposition doit être considéré comme un renseignement vraisemblablement pertinent dans le cadre d'une demande d'assistance administrative entraîne des conséquences pour de nombreux contribuables imposés d'après la dépense en Suisse. Il s'agit pour ces contribuables de connaître les implications de la communication de ce statut aux autorités françaises afin de pouvoir anticiper ses effets sur leur domicile fiscal, notamment au vu du risque d'être considéré comme contribuable français par l'application de l'art 4B du Code général des impôts (en particulier celles qui auraient le centre de leurs intérêts économiques en France). Par ailleurs, la multiplication des demandes d'assistance administrative augmente les risques liés à l'attentisme pour les contribuables au forfait qui seraient susceptibles de se voir reconnaître des attaches particulières avec la France.*

*Contacts : Michel Abt et  
Thomas Romailleur*



## FINTECH – ÉLARGISSEMENT DU CHAMP D'APPLICATION DE LA SANDBOX

*Le 1<sup>er</sup> avril 2019 sont entrées en vigueur de nouvelles dispositions modifiant le régime sandbox introduit en 2017 par une révision de l'Ordonnance sur les banques (« OB »).*

L'espace d'innovation (sandbox) permet à une entreprise d'accepter un nombre illimité de dépôts du public jusqu'à un seuil n'excédant pas 1 million de francs suisses, sans exigence de licence bancaire, à la condition que les déposants soient informés que l'entreprise n'est pas surveillée par la FINMA et que les dépôts ne sont pas garantis.

Ce régime d'exception, lequel peut bénéficier à divers types de modèles d'affaires, a notamment permis aux plateformes de financement participatif (crowdfunding) d'exercer leurs activités en dehors des contraintes bancaires. Cela étant, les acteurs opérant dans le prêt participatif (crowdlending) restaient confrontés à d'importantes restrictions.

D'une part, la plateforme ne pouvait ni investir ni rémunérer les dépôts, ce qui signifiait qu'elle était tenue de conserver les avoirs collectés jusqu'à leur transfert à l'emprunteur. D'autre part, l'emprunteur devait obligatoirement utiliser les fonds pour financer son activité artisanale ou industrielle exercée à titre principal, ce qui excluait des financements à d'autres fins.

La révision entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril dernier lève ces contraintes tant du point de vue de la plateforme de crowdlending que de l'emprunteur.

Il en résulte que la plateforme peut désormais se porter contrepartie des bailleurs de fonds, dans la mesure où elle est autorisée à rémunérer et investir les dépôts de ces derniers. Elle n'est toutefois pas autorisée à réaliser des opérations d'intérêts, lesquelles restent l'apanage des banques. Selon la FINMA, ces opérations se caractérisent par le fait de « tirer des bénéfices de la différence entre les intérêts qui sont payés dans le cadre des opérations au passif [acceptation de dépôts] et ceux qui sont encaissés dans les opérations à l'actif, en général grâce à l'octroi de crédits ou de prêts » (projet de révision partielle en cours de la Circulaire FINMA 08/03). En d'autres termes, la plateforme de prêts participatifs est tenue de s'assurer que les intérêts payés sur les dépôts correspondent à ceux encaissés sur les prêts octroyés. Elle peut en revanche se rémunérer pour ses services par une commission correspondant à un pourcentage du montant des avoirs collectés.

En outre, les fonds collectés par la plateforme peuvent servir à financer des projets qui ne sont pas nécessairement destinés au développement de l'activité artisanale ou industrielle exercée à titre principal par l'emprunteur. Cet assouplissement ouvre des perspectives plus larges quant aux projets à financer, y compris pour des entreprises souhaitant expérimenter d'autres modèles d'affaires, non liés à leur activité principale. A noter que si les fonds collectés par la plateforme sont destinés à financer un projet

privé, c'est-à-dire non commercial, la plateforme qui agirait en tant qu'intermédiaire serait alors soumise aux contraintes de la Loi fédérale sur le crédit à la consommation en qualité de courtier en crédit participatif.

### PERSPECTIVES

*L'adaptation du cadre réglementaire suisse au développement des modèles d'affaires dans le domaine FinTech se poursuit, à une cadence élevée. Même s'il s'agit à ce stade plutôt d'une évolution, qui n'est pas encore synonyme de « révolution », les entreprises FinTech et, plus globalement, la technologie blockchain, vont continuer à tester les limites du cadre juridique suisse et, en ce sens, contribuer à sa modernisation. Le Conseil fédéral a clairement manifesté son intention de créer des conditions-cadre de qualité pour le développement des entreprises innovantes. C'est dans cet esprit qu'il a ouvert le 22 mars dernier une consultation visant l'adaptation du droit fédéral aux développements de la blockchain et de la technologie des registres électroniques distribués (Distributed ledger technology). Il a d'ailleurs indiqué à cette occasion qu'il continuera notamment de suivre les évolutions liées à la sandbox et procèdera à son adaptation au regard de potentiels nouveaux modèles d'affaires blockchain si nécessaire. Le train des réformes législatives et réglementaires est lancé et ne semble pas prêt à s'arrêter.*

*Contacts : Pierre-Olivier Etique  
et Laura Benhammou*

## LES CHARMES DISCRETS D'UNE NATIONALITÉ

*A l'heure de la « mondialisation » et de la « mobilité géographique », termes à la mode s'il en est, la nationalité revient en force sur le devant de la scène juridique, sans pour autant qu'on en prenne nécessairement la mesure.*

Le critère de nationalité est présent, à des degrés différents, dans tous les instruments internationaux et tient une place de choix en droit international privé.

Alors gardons-nous bien d'en abandonner une ou de s'en adjoindre une nouvelle sans en avoir mesuré au préalable les impacts.

Quelques rares Etats attachent depuis longtemps à la seule titularité d'une nationalité des effets fiscaux, parfois vécus comme un fil

désagréable à la patte, dont il n'est pas aisé de se défaire.

Certaines figures politiques d'autres pays agitent le spectre de l'instauration d'un régime équivalent, sorte de « droit de suite fiscal perpétuel », dans le but de contre-carrer les effets des départs à l'étranger sur les recettes fiscales de la contrée natale.

Et l'on voit alors émerger une nouvelle idée, en réponse à la précédente, qui est d'abandonner sa nationalité pour s'affranchir préventivement – et définitivement – d'un éventuel rattachement fiscal lié à la détention d'une nationalité d'un pays dans lequel on ne vit plus, parfois depuis fort longtemps.

Il nous semble que l'abandon de sa nationalité entre dans la catégorie

de ce qu'il est coutumier d'appeler les « actes graves », non seulement sous un angle symbolique – dont l'appréciation, très personnelle, appartient à chacun – mais encore au regard des effets d'une telle renonciation sur le droit applicable à cette personne dans son quotidien, sa vie de tous les jours.

Pour ne s'en tenir qu'au domaine du droit de la famille – un des pans de la « vie de tous les jours » – quelques exemples vont illustrer notre propos.

En parallèle de ces démarches abdicatives, une autre tendance se développe, celle de la multi-nationalité, permettant à ceux qui en ont l'opportunité d'adjoindre une nouvelle nationalité à leur nationalité d'origine. En général, être ressortissant de plusieurs pays permet d'étendre le choix des possibles en matière de loi applicable ou de compétence judiciaire. Toutefois, la titularité de certaines nationalités peut également donner prise à certains « privilège de nationalité », pouvant mettre en échec l'option pour une autre loi. Nous retiendrons ici l'exemple du droit successoral suisse, qui s'y prête à merveille, pour le moins en l'état actuel de son droit positif.

### I – L'ABDICATION

A titre d'illustration des effets induits de l'abdication d'une nationalité, envisageons tout d'abord le droit successoral : depuis l'entrée en application – le 17 août 2015 –



du Règlement européen n° 650/2012 du 4 juillet 2012 appelé «Règlement Successions», tous les Etats liés par ce texte (25 à ce jour, c'est-à-dire tous les Etats membres de l'Union Européenne à l'exception du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark) reconnaissent la possibilité pour une personne de désigner sa loi nationale comme loi applicable au règlement de sa succession. Et ce alors même que cette loi ne serait pas celle d'un Etat membre. Si une personne a plusieurs nationalités, elle pourra librement choisir parmi ses nationalités, sans qu'il y ait lieu de hiérarchiser une nationalité par rapport à une autre.

S'agissant de l'effet d'une abdication de sa nationalité, on comprend sans difficulté qu'une fois la nationalité abandonnée, il ne sera plus possible à l'avenir de la désigner comme loi devant régir la succession. Il peut être souligné que le Règlement Successions, cherchant la prévisibilité de la loi applicable et la pérennité du choix exprimé, a introduit des conditions favorables au choix de loi: l'article 22 du Règlement dispose en effet qu'«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.»

Dès lors, un choix valablement effectué avant l'abandon de sa nationalité devrait demeurer effi-

cace malgré la perte, par la suite, de la nationalité désignée (mais il faudra confronter cette règle souple aux droits internes des Etats par ailleurs concernés et qui seraient des Etats tiers au Règlement Successions – voir ci-après l'exemple de la Suisse). En revanche, si ce choix n'a pas été exprimé dans les temps, cette option sera définitivement exclue pour l'avenir.

En matière de choix de régime matrimonial ensuite: les 18 Etats<sup>1</sup> liés par le Règlement européen 2016/1103 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (ci-après «Règlement Régimes Matrimoniaux»), appliquent, depuis le 29 janvier 2019, les dispositions de ce texte pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial d'un couple.

Le critère de la nationalité intervient à deux niveaux:

En l'absence de choix de loi exprès par les futurs époux, la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage sera applicable à défaut de première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage (art. 26).

L'hypothèse du choix par les époux ou futurs époux de la loi applicable

doit plus précisément retenir l'attention. L'article 22 du Règlement Régimes Matrimoniaux permet aux futurs époux de désigner (en vue du mariage) ou aux époux de modifier (après le mariage et donc en vue d'un changement de la loi jusqu'alors applicable) la loi applicable à leur régime. Toutefois, les époux ne peuvent désigner qu'une des lois suivantes:

1 – la loi de l'Etat dans lequel au moins l'un des époux ou futurs époux a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention, ou

2 – la loi d'un Etat dont l'un des époux ou futurs époux a la nationalité au moment de la conclusion de la convention.

Là encore, l'abandon de sa nationalité aura pour conséquence d'exclure une option pour l'avenir.

La nationalité d'une personne est un élément de rattachement important en droit international privé, qu'il s'agisse de savoir quelle loi est applicable (ou peut être choisie) ou quel tribunal est compétent pour connaître d'un litige (ou peut être désigné par les parties).

En droit de la famille et des personnes, on retrouve le critère de la nationalité pour gouverner les questions relevant du statut personnel (capacité juridique, conditions de fond d'un mariage par exemple), et également, bien que

plus incidemment, en matière notamment de divorce, d'obligations alimentaires, de responsabilité parentale.

Par ailleurs et plus généralement, la nationalité peut – le cas échéant – permettre de se prévaloir du « privilège de juridiction ». Tel est par exemple le cas de la nationalité française. En effet, les articles 14 et 15 du Code civil français, applicable à titre subsidiaire (c'est-à-dire en l'absence de convention internationale régissant la question de la compétence dans le litige visé, et si la compétence du juge français ne résulte pas de l'application des règles de compétences territoriales ordinaires internes appliquées par extension à l'ordre international), attribuent compétence aux tribunaux français lorsque l'une des parties possède la nationalité française: un demandeur pourra porter son action devant un tribunal français soit s'il est lui-même ressortissant français

(article 14) soit s'il agit contre un défendeur de nationalité française (article 15).

Illustration en matière de régime matrimonial et de droit successoral:

Georges et Monica, couple franco-italien, sont installés en Italie depuis leur mariage. A l'époque de l'union, ils se sont soumis à la loi italienne et ont choisi un régime séparatiste. Georges, de nationalité française, a créé son entreprise et a fait fortune. Il a acquis une superbe demeure en Toscane, qui constitue la résidence principale du couple. Monica, de nationalité italienne, n'exerce pas de profession et ne détient pas de fortune personnelle. Le couple n'a pas d'enfants.

Georges a deux sœurs ainsi que ses père et mère. Il a rompu tout contact avec eux depuis de nombreuses années, essentiellement parce qu'ils n'apprécient guère Monica.

Georges souhaite s'assurer qu'en cas de son décès, l'intégralité de son patrimoine ira à Monica.

Georges étant ressortissant français, plusieurs possibilités peuvent lui être proposées :

- adoption d'une communauté universelle avec attribution intégrale de droit français. En application du Règlement européen sur les régimes matrimoniaux, le couple peut modifier la loi applicable à son régime matrimonial (jusqu'ici la loi italienne), désigner la loi française – loi de la nationalité de Georges – choisir le régime français de la communauté universelle et prévoir qu'en cas de dissolution de la communauté par décès, les biens composant cette communauté seront attribués pour le tout au conjoint survivant. En droit français, nous serons en présence d'un « avantage matri-



monial» et non d'un droit de nature successorale.

Dans l'hypothèse du prédécès de Georges, l'attribution des biens communs à Monica et la vacuité de la succession qui en résulte auront pour conséquence que les autres membres de la famille de Georges n'auront aucun droit à exercer sur le patrimoine initial de Georges. Pour éviter tout conflit entre le droit des régimes matrimoniaux français et le droit successoral italien, Georges prendra la précaution de désigner la loi successorale française par testament, créant ainsi une cohérence globale à la transmission de son patrimoine.

- institution testamentaire: dans l'hypothèse où Georges ne souhaite pas adopter un régime matrimonial communautaire, tout en voulant transmettre sa future succession à sa seule épouse, la loi successorale française le lui permet. En effet, ni les père et mère, ni les frères et sœurs ne sont des héritiers réservataires en droit français. Georges pourra donc valablement instituer son épouse en qualité de légataire universelle, sans craindre d'action en réduction pour atteinte à la réserve. Il établira un testament aux termes duquel il désignera la loi française, loi de sa nationalité, comme loi applicable à sa succession, puis instituera son conjoint en qualité de légataire universel.



**En quoi la solution serait-elle différente si Georges avait abdiqué sa nationalité française (ce qui suppose qu'il en ait d'abord acquis une autre, vraisemblablement l'italienne), sans avoir, au préalable, établi les actes ci-dessus ?**

- s'agissant du régime matrimonial: sa soumission à la loi française sera dorénavant exclue (à moins d'une résidence habituelle en France d'au moins un membre du couple, ce qui n'est pas envisagé). Georges et Monica pourront changer de régime matrimonial, mais dans la limite de ce que permet la loi italienne. Or, le régime conventionnel italien de la communauté de biens est plus restrictif que celui du droit français, certaines catégories de biens à fort caractère personnel ne pouvant y être inclus. Par ailleurs, le droit italien ne permet pas la clause d'at-

tribution intégrale, ni même le partage inégal. La communauté se répartit obligatoirement par moitié (article 194 du Code civil italien), la part du prémourant entrant dans l'actif successoral.

- s'agissant de la succession de Georges: ne pouvant plus désigner la loi française, c'est la loi successorale italienne, soit la loi de la dernière résidence habituelle, qui s'appliquera: outre le fait que les héritiers appelés et les quotes-parts de la dévolution légale sont différents entre les deux droits (les sœurs seraient appelées à la succession italienne, alors que la présence du conjoint les écarte en droit français), il peut surtout être relevé que les ascendants sont des héritiers réservataires en droit italien, alors qu'ils ne le sont plus en France depuis 2006. Dans ce contexte, il n'est plus possible d'assurer à Georges que son

épouse sera son unique héritière. L'institution du conjoint survivant en qualité de légataire universel permettra d'écarter les sœurs, mais en aucun cas les père et mère. Il sera bien entendu possible aux ascendants de renoncer à agir en réduction une fois la succession ouverte, mais, le droit interne italien interdisant les pactes successoraux, il ne sera pas envisageable d'acter cette renonciation du vivant de Georges.

## II – L'ADJONCTION

Dans certaines circonstances, comme l'installation durable dans un pays ou le mariage entre deux personnes de nationalités différentes, la possibilité peut se présenter d'adjoindre une nouvelle nationalité à la nationalité d'origine.

En règle générale, cette nationalité complémentaire ouvre le champ des possibles, tant en matière de compétence judiciaire que de loi applicable. Nous avons vu que les récents Règlements européens réservent une place de choix au critère de la nationalité.

Il faut toutefois garder à l'esprit que ces Règlements n'engagent que les Etats membres de l'Union Européenne qui en sont parties. Les Etats tiers à ces Règlements ne sont aucunement tenus par leurs dispositions.

En matière de droit successoral, l'exemple de l'actuel droit interna-

tional privé suisse donne une illustration intéressante de l'opposition des règles en présence.

Voici un ressortissant français qui s'est installé en Suisse depuis de nombreuses années. Pour parfaire son intégration, il demande et obtient la nationalité suisse, tout en conservant sa nationalité française. Il souhaite anticiper les conséquences de son décès et s'interroge sur la loi qui peut ou doit s'appliquer à sa succession.

Sous l'angle du droit international privé français, il sera fait application du «Règlement Successions» (et la solution serait identique dans les 25 Etats membres de l'Union européenne qui sont liés par ce Règlement). En principe, il sera fait application de la loi de la résidence habituelle du défunt (ici, la Suisse), sauf si le défunt avait désigné la loi de sa nationalité comme applicable pour régir sa succession. Le Règlement Successions précise que lorsque la personne a plusieurs nationalités, elle pourra désigner celle de son choix. En application de ce texte, il est donc possible de désigner valablement la loi française.

### **Ce choix sera-t-il aujourd'hui reconnu en Suisse ?**

La matière est régie par l'article 90 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). En son paragraphe 1<sup>er</sup>, le texte dispose : «La succession d'une personne qui

avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse.» Ce principe rejoint celui de la dernière résidence habituelle du «Règlement Successions», même si les notions de «domicile» et de «résidence habituelle» ne sont pas identiques.

Par ailleurs, la Suisse a introduit depuis bien plus longtemps que l'Union Européenne la possibilité de désigner sa loi nationale comme loi applicable à sa succession. En effet, le second paragraphe de l'article 90 LDIP prévoit : «un étranger peut toutefois soumettre sa succession par testament ou pacte successoral au droit de l'un de ses Etats nationaux»; on retrouve ici la faculté d'établissement d'une «*professio juris*» et le libre choix en cas de nationalités multiples. Mais le texte ajoute à cette règle de principe une exception importante. En effet, le paragraphe se poursuit ainsi «Ce choix est caduc si, au moment de son décès, le disposant n'avait plus cette nationalité ou avait acquis la nationalité suisse.» Dès lors que le disposant aura acquis la nationalité suisse, il ne sera plus un «étranger» pouvant élire l'une de ses lois nationales. La Suisse a ainsi instauré un «*privilege de nationalité*» qui fera prévaloir la nationalité suisse, et imposera aux autorités helvètes l'application du droit suisse, pour autant que le défunt y avait son dernier domicile. Il ne pourra en être autrement que dans l'hypothèse où la personne concernée aura eu son dernier domicile à l'étranger. C'est la déro-

gation au principe prévue à l'article 91 LDIP: «la succession d'une personne qui a eu son dernier domicile à l'étranger est régie par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'Etat dans lequel le défunt était domicilié.»

S'agissant de notre ressortissant français ayant acquis la nationalité suisse, la désignation de la loi française – valable et efficace sous l'angle du droit français – sera inefficace en Suisse tant que le disposant y vivra. Elle ne pourra sortir ses effets en Suisse que dans l'hypothèse où le disposant n'y aurait plus son domicile au moment de son décès.

Notons par ailleurs que, contrairement au Règlement Successions, le droit suisse actuel ne reconnaît la désignation de la loi nationale que pour autant que le disposant l'aura conservée jusqu'à son décès.

Bien consciente de ces divergences, et saisissant l'occasion de l'harmonisation de la législation des 25 Etats membres parties au Règlement Successions, la Suisse a engagé, dès 2015, une réflexion de fond sur l'opportunité d'une modification de la LDIP sur le droit successoral, en vue d'offrir aux citoyens davantage de sécurité juridique et de prévisibilité dans le sort de leurs biens après leur décès.

Les instances consultées en 2018 sur l'avant-projet de loi qui a ainsi vu le jour ont salué très favorablement l'harmonisation projetée



(tout en soulevant certaines difficultés et en émettant des souhaits d'évolution du texte), ce qui laisse à penser que le processus législatif se poursuivra et aboutira à une modification effective des règles actuelles, dans un avenir relativement proche.

Reste que l'exemple de la Suisse en est un parmi tant d'autres et qu'il est loin d'être acquis que cette volonté de rapprochement avec les règles européennes trouve le même écho dans les Etats moins proches de la Vieille Europe.

Par ailleurs, l'harmonisation n'est pas synonyme de règles identiques, de sorte qu'une analyse fine restera toujours nécessaire.

## PERSPECTIVES

*A l'heure de la mondialisation galopante, de la mobilité géographique croissante et d'un lien probablement moins marqué que par le passé avec sa terre natale, sa «patrie», le critère de la nationalité*

*demeure pourtant essentiel dans de nombreux domaines du droit, et se retrouve dans la plupart des instruments internationaux.*

*La pérennité de principe traditionnelle de ce critère explique certainement la place de choix qui lui est accordée tant en droit interne qu'en droit international.*

*Dès lors, la décision de renoncer à une nationalité ou au contraire de s'en adjoindre une nouvelle ne devrait pas être prise sans en mesurer les conséquences.*

*L'analyse globale du contexte et des droits en présence, la bonne chronologie et l'anticipation sont essentielles.*

Contact: Pascale Cano

<sup>1</sup> Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Chypre, Espagne, Finlande, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, République tchèque, Slovaquie et Suède

# RÉGULARISATION FISCALE EN FRANCE : OUVERTURE D'UN GUICHET DÉDIÉ AUX ENTREPRISES, MAIS AUSSI À LEURS ASSOCIÉS ET DIRIGEANTS

*En France, les régularisations sont toujours possibles pour les particuliers en dépit de la fermeture de la fameuse « Cellule » ou STDR. Un nouveau guichet vient cependant de voir le jour pour les sociétés, notamment patrimoniales.*

La France a mis du temps à accepter la mise en place d'un guichet de régularisation pour les contribuables personnes physiques. Mais devant le succès rencontré, et en dépit de la fermeture officielle du STDR au 1<sup>er</sup> janvier 2018, les particuliers peuvent toujours initier une démarche de dégrèvement. Cette démarche, qui intervient désormais devant les centres locaux, se passe dans des conditions encore favorables et permet notamment d'échapper aux poursuites pénales.

La grande nouveauté vient de ce que la circulaire publiée le 28 janvier 2019 ouvre une nouvelle procédure de régularisation désormais dédiée aux entreprises, françaises ou étrangères, et plus largement à ses dirigeants et actionnaires, français ou étrangers. Cette circulaire vient utilement préciser le champ d'application de cette nouvelle procédure et les modalités pratiques de fonctionnement de ce nouveau Service dénommé « SMEC » pour « Service de Mise en Conformité des Entreprises ».

Le champ de compétence de ce nouveau Service est ouvert :

- D'une part à toutes les anomalies fiscales découvertes par les

nouveaux détenteurs et repreneurs d'une entreprise ;

- D'autre part, aux problématiques énumérées ci-après :

- **En matière de fiscalité internationale :**

- Activité en France non déclarée, constitutive d'un établissement stable ;
- Montages illicites ou abusifs qui ont fait l'objet d'une publication sur le site officiel de l'administration fiscale, comme par exemple :
  - Les abus de convention fiscale
  - Le contournement des règles de territorialité en matière de droits de donation ou de succession
  - Les dissimulations d'avoirs à l'étranger
  - Et plus généralement, tout montage international impliquant des structures françaises ou étrangères de détention d'actifs financiers ou immobiliers

- **En matière de fiscalité des dirigeants :**

- Problématiques liées au régime fiscal des impatriés en cas de retour en France ;
- Non-respect des conditions d'un « Pacte Dutreil » ;

- **Et plus généralement :** toute opérations susceptibles d'être sanctionnées de la pénalité de 80% au titre « d'activité occulte », « d'abus de droit »

ou encore de « manœuvres frauduleuses ».

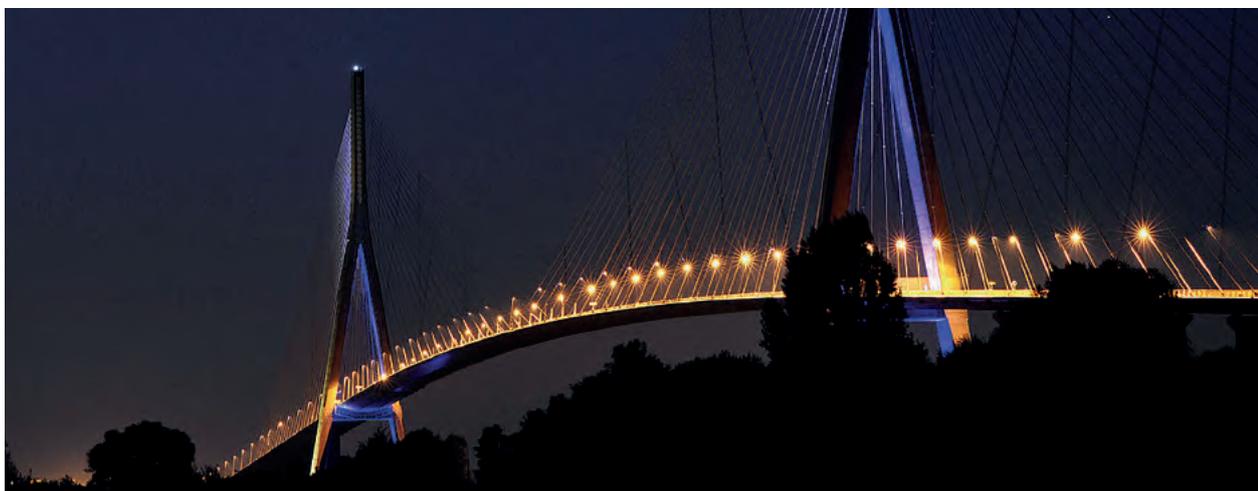
Ainsi, peuvent être soumises au SMEC, toutes les problématiques de fiscalité patrimoniale internationale considérées comme potentiellement abusives, notamment car opérées au travers d'entités étrangères (sociétés, fondations ou trusts). Il peut s'agir en particulier de détentions immobilières occultes, réalisées au bénéfice de contribuables résidents ou non-résidents fiscaux français.

## PERSPECTIVES

*Alors que l'on pouvait penser que le temps des régularisations fiscales, initiées il y a presque 10 ans avec la fameuse cellule dite « Woerth » prendrait fin avec la fermeture du STDR au 1<sup>er</sup> janvier 2018, tel n'est pas le cas, et la France a manifestement « pris goût » aux régularisations.*

*Les premières informations bancaires communiquées dans le cadre de l'échange automatique commencent à être traitées par les services fiscaux français, et nombreux sont les courriers « informatifs » adressés aux contribuables leur rappelant leurs obligations fiscales relatives à la détention d'actifs étrangers et les invitant à se régulariser rapidement, mais sans bénéficier désormais d'aucune réduction ou remise particulière.*

*Tel n'est pas le cas devant le SMEC où les conditions sont clairement posées, et s'avèrent, sur*



*certains aspects, bien plus favorables que celles antérieurement octroyées par le STDR.*

*En effet, cette démarche, qui doit toujours revêtir un caractère spontané, c'est-à-dire réalisée avant toute procédure fiscale ou judiciaire, permet d'obtenir des réductions significatives des pénalités, mais également, chose exceptionnelle, des intérêts de retard.*

*Autre élément notable, les dossiers constitutifs de manœuvres frauduleuses ou d'abus de droit, sont éligibles à la régularisation, et voient même les taux de majoration réduits de 80% à 30% (les intérêts de retard étant quant à eux décotés de 40%).*

*Pour aller jusqu'au bout de la philosophie du dispositif, et ce*

*point est fondamental, il est expressément prévu que le dépôt spontané d'un dossier de régularisation devant le SMEC exonèrera l'administration fiscale de sa nouvelle obligation de saisine automatique du juge pénal. En d'autres termes, la transaction mettant fin à la procédure restera entre les mains de la seule administration fiscale pour les besoins du recouvrement de l'impôt.*

*D'un point de vue pratique, le SMEC en est à ses balbutiements et cherche encore ses marques, mais semble déjà se montrer ouvert et pragmatique dans le cadre de discussions anonymes préalables au dépôt d'un premier dossier. En particulier, le SMEC a pu se déclarer compétent en matière de régularisation d'ISF pour un contribuable non résident*

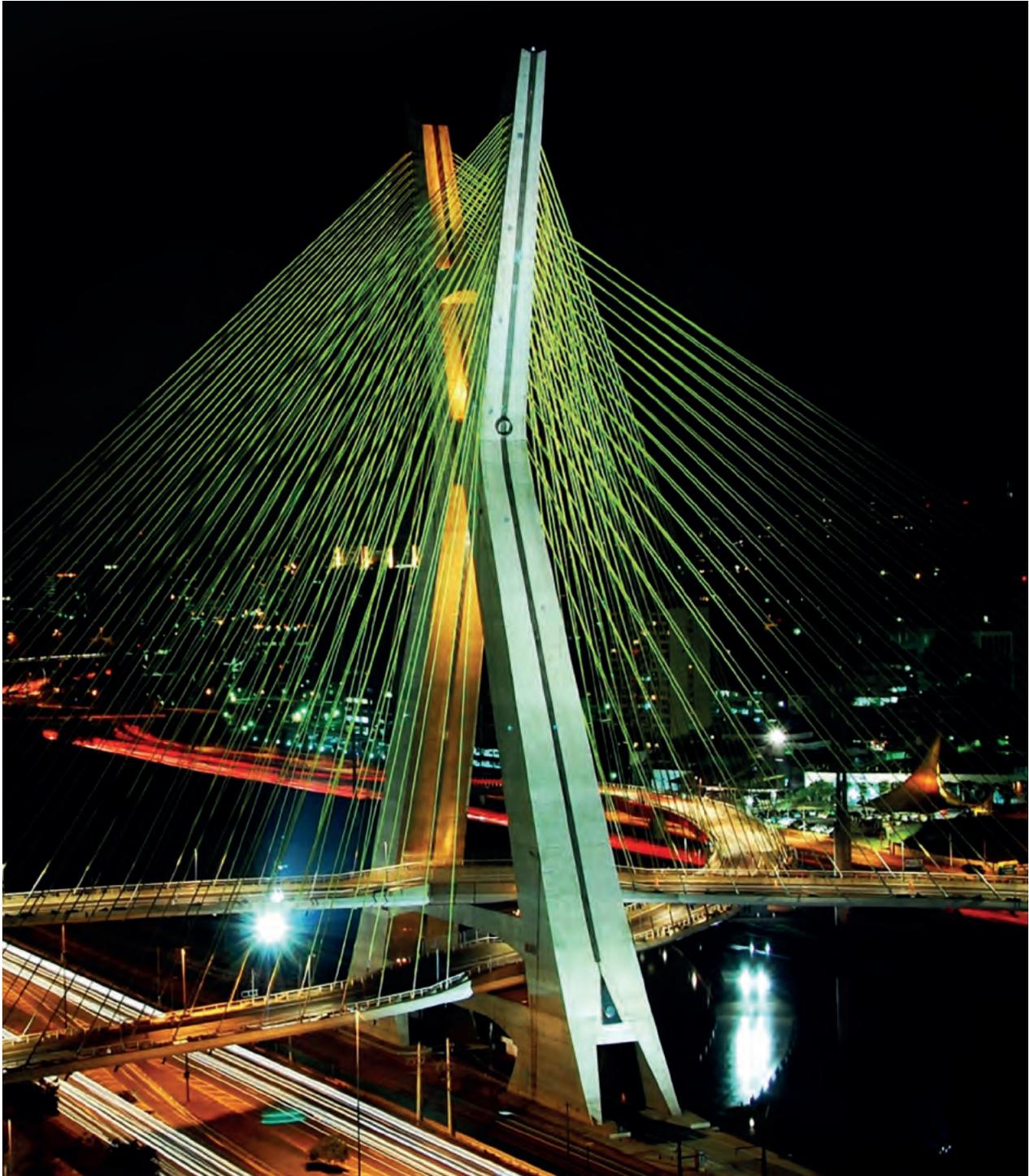
*détenteur d'actifs immobiliers en France sous couvert d'un trust et d'une société offshore, permettant ainsi de régulariser l'ensemble des interlocuteurs du dossier auprès d'un guichet unique: la société pour l'impôt sur les sociétés et la taxe de 3%, les trustees pour les déclarations de trust et l'ayant droit économique pour l'ISF et l'IFI.*

*L'avenir dira si le SMEC rencontrera le succès qu'a connu son prédécesseur le STDR (avec 51'000 dossiers et 32 milliards de droits rappelés), mais son large champ d'intervention, international et domestique, «corporate» et patrimonial, traité hors du cadre pénal et à des conditions préférentielles, peut laisser le supposer.*

*Contact : Alain Moreau*

**Tableau synthétique des modulations proposées**

| Taux de majoration de droit commun | Taux de majoration en cas de mise en conformité | Pourcentage de réduction des intérêts de retard |
|------------------------------------|---|---|
| 80%                                | 30%   | 40%   |
| 40%                                | 15%   | 40%   |
| 10%                                | 0%  | 50%   |



**FBT Avocats SA**  
Genève | Paris

[www.fbt.ch](http://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