



FBT

A V O C A T S

FBT NEWSLEX

N° 21 - SEPTEMBRE 2020

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** Entraide fiscale internationale : comment les contribuables passifs prennent dorénavant le risque de voir des renseignements les concernant être communiqués vers l'étranger par la Suisse à leur insu
- P04** Bénéficiaire effectif : Wanted !
- P08** Proposition d'un nouveau type de placement collectif en Suisse : Le L-QIF
- P10** Les pièges de la détention d'actifs financiers français par des non-résidents
- P12** Transmission d'une entreprise à un héritier en Suisse : une gageure ?
- P14** Suppression des actions au porteur en Suisse : hier – aujourd'hui – demain

ENTRAIDE FISCALE INTERNATIONALE : COMMENT LES CONTRIBUABLES PASSIFS PRENNENT DORÉNAVANT LE RISQUE DE VOIR DES RENSEIGNEMENTS LES CONCERNANT ÊTRE COMMUNIQUÉS VERS L'ÉTRANGER PAR LA SUISSE À LEUR INSU

L'Administration fédérale des contributions (AFC) peut souverainement se dispenser d'informer certaines personnes du fait qu'elles sont touchées par une procédure d'entraide fiscale. C'est la contestable conclusion à laquelle est dernièrement parvenu le Tribunal fédéral. Par voie de conséquence, les contribuables se doivent désormais de redoubler d'attention, sous peine de voir des informations les concernant être transmises à l'étranger sans qu'ils n'aient voix au chapitre.

Aux termes de la Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (ci-après : LAAF) régissant en Suisse les procédures d'entraide fiscale, les personnes directement concernées par la demande (art. 14 al 1 LAAF) et les autres personnes dont les droits sont touchés (art. 14 al. 2 LAAF) disposent d'un droit à être informées par l'AFC de l'existence d'une procédure d'entraide mettant en cause leurs intérêts.

Dans le cadre d'une procédure d'entraide initiée par les autorités espagnole, une divergence d'opinion s'est faite jour entre le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) et le Tribunal fédéral s'agissant de la délimitation du périmètre des personnes bénéficiant du droit de se voir notifier l'existence d'une procédure d'entraide pendante.

La demande d'entraide en question visait un contribuable espagnol

soupçonné d'avoir transféré ses droits d'image d'une société suisse vers une société brésilienne à des conditions financières ne respectant pas celles du marché.

Simultanément, l'AFC a requis la société suisse de fournir la documentation afférente au transfert des droits d'image et prié la société détentrices des informations de bien vouloir informer le contribuable espagnol visé par la demande de l'existence de la procédure d'entraide.

Déférant à l'ordonnance d'instruction, la société suisse a transmis les documents sollicités. Il s'est alors avéré que les contrats de cession d'image n'étaient pas exclusivement conclus entre la société suisse et la société brésilienne initialement envisagée, mais également avec d'autres sociétés brésiennes.

Par décision du 30 octobre 2018, notifiée au contribuable visé par la demande et à la société suisse, l'AFC a accordé l'entraide aux autorités espagnoles, décision déferée sur recours au TAF par la société suisse.

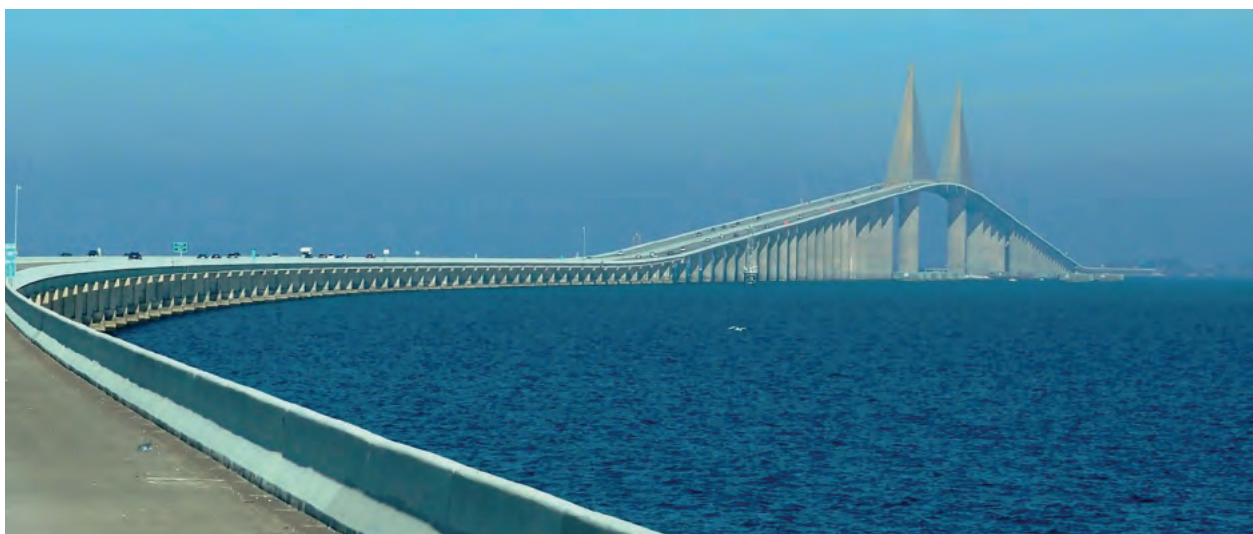
Par arrêt du 8 avril 2019, le TAF a constaté la nullité de la décision de transmission au motif que l'AFC avait gravement violé le droit d'être entendue des sociétés brésiennes en omettant de les informer de l'existence de la procédure d'assistance administrative, arrêt contre lequel l'AFC a interjeté recours.

Le 13 juillet 2020, le Tribunal fédéral a rendu son verdict.

En Suisse, l'art. 14 LAAF subordonne le droit d'être informé de l'existence d'une procédure d'entraide à la faculté de recourir contre la décision finale entérinant le transfert à l'étranger des renseignements sollicités. Disposent dans ce contexte de la qualité pour recourir les personnes dont les intérêts seraient directement et spécialement atteints par l'éventuelle transmission des données, soit les personnes qui risquent concrètement de voir leur situation modifiée en fonction de l'issue de la procédure.

S'agissant des personnes qui ne sont pas directement visées par la demande d'entraide, c'est-à-dire les tiers, leur qualité pour agir ne doit – de l'avis du Tribunal fédéral – qu'être exceptionnellement admise dès lors que ces tiers sont protégés par le principe de spécialité faisant interdiction à l'Etat requérant d'utiliser à leur encontre les renseignements obtenus sur leur compte par le biais d'une procédure qui est formellement dirigée contre une autre personne, à moins que cette possibilité ne résulte des lois des deux Etats et que l'autorité compétente de l'Etat communiquant les renseignements autorise expressément cette utilisation.

Considérant que le principe de spécialité protège efficacement les tiers de l'utilisation par l'Etat requérant des informations les concernant, la



Haute Cour helvétique se convainc que le simple fait que le nom des tiers en question soit mentionné dans la documentation destinée à être transmise ne suffit pas à faire naître pour eux un intérêt personnel à recourir contre la transmission des renseignements; et ce, quand bien même ces tiers auraient hypothétiquement pu se prévaloir, à bon droit dans le cadre de la procédure en cause, que leur nom ne soit pas communiqué, faute d'être un renseignement vraisemblablement pertinent.

Et le Tribunal fédéral de conclure qu'accorder la protection juridique à ces personnes dans le cadre de la procédure d'assistance administrative est possible, mais non obligatoire, tout en recommandant à l'AFC de maintenir sa pratique consistant à admettre en qualité de partie à la procédure les tiers dont le nom est en voie d'être communiqué à l'étranger lorsque ceux-ci en font proactivement la demande.

Au cas particulier, le seul fait que le nom des sociétés brésiliennes

apparaisse dans la documentation destinée à être transmise ne suffit ainsi pas à leur conférer un intérêt personnel et concret à s'opposer à la transmission des renseignements. Aussi, pour le Tribunal fédéral, l'AFC n'avait nullement l'obligation de notifier l'existence de la procédure auxdites sociétés brésiliennes et c'est donc à tort que la nullité de la décision de transmission a été constatée en première instance pour ce motif. Partant, le recours de l'AFC est admis et le dossier renvoyé à l'autorité inférieure pour décision au fond, la cause n'ayant été initialement jugée qu'à l'aune de la garantie formelle du droit d'être entendu.

PERSPECTIVES

Sous couvert de la garantie de façade que représente le principe de spécialité, cet arrêt ouvre une nouvelle brèche dans la protection du droit fondamental de chaque contribuable à la préservation de sa sphère privée, consacré tant par l'art. 13 de Constitution fédérale suisse que par l'art. 8 de la

Convention européenne des droits de l'homme. De toute évidence en effet, une stricte observance du principe de spécialité ne prémunit pas le tiers contribuable contre le risque d'être à son tour visé par une demande d'entraide fiscale subséquente, formulée à la suite de la découverte incidente de son nom à l'occasion d'une procédure connexe préalable dans laquelle le tiers concerné aura par hypothèse manqué d'intervenir pour y faire reconnaître que ses éléments d'identification devaient être anonymisés. Les contribuables soucieux de parer à ce nouveau risque s'aviseront de consulter régulièrement la Feuille fédérale aux fins d'y déceler les procédures d'entraide pouvant potentiellement mettre en cause leurs intérêts, en s'adjoignant au besoin pour ce faire les services d'un conseil rompu aux procédures d'assistance fiscale internationale impliquant la Suisse.

Contacts : Michel Abt
et Romain Baume

BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF : WANTED!

Les juridictions françaises sanctionnent désormais sévèrement l'absence d'identification précise du bénéficiaire effectif.

Dans son rapport sur la lutte contre la fraude fiscale rendu le 17 février 2020, le Gouvernement français fait état d'un bilan très positif des opérations de rectification effectuées en 2019. Cette réussite de Bercy est notamment due à l'accroissement exponentiel des renseignements reçus dans le cadre des échanges d'informations, efficacement exploités par les procédés dits de « *datamining* ».

Le même mois, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (i.e. OCDE) publiait un rapport d'étape portant sur la lutte contre l'érosion de la base d'imposition à destination du G20, mettant en avant les avancées

significatives accomplies en matière de transparence fiscale. Le rapport remarque cependant que plusieurs Etats ont encore des difficultés à mettre en œuvre les standards de l'Organisation concernant l'accès aux informations relatives aux bénéficiaires effectifs.

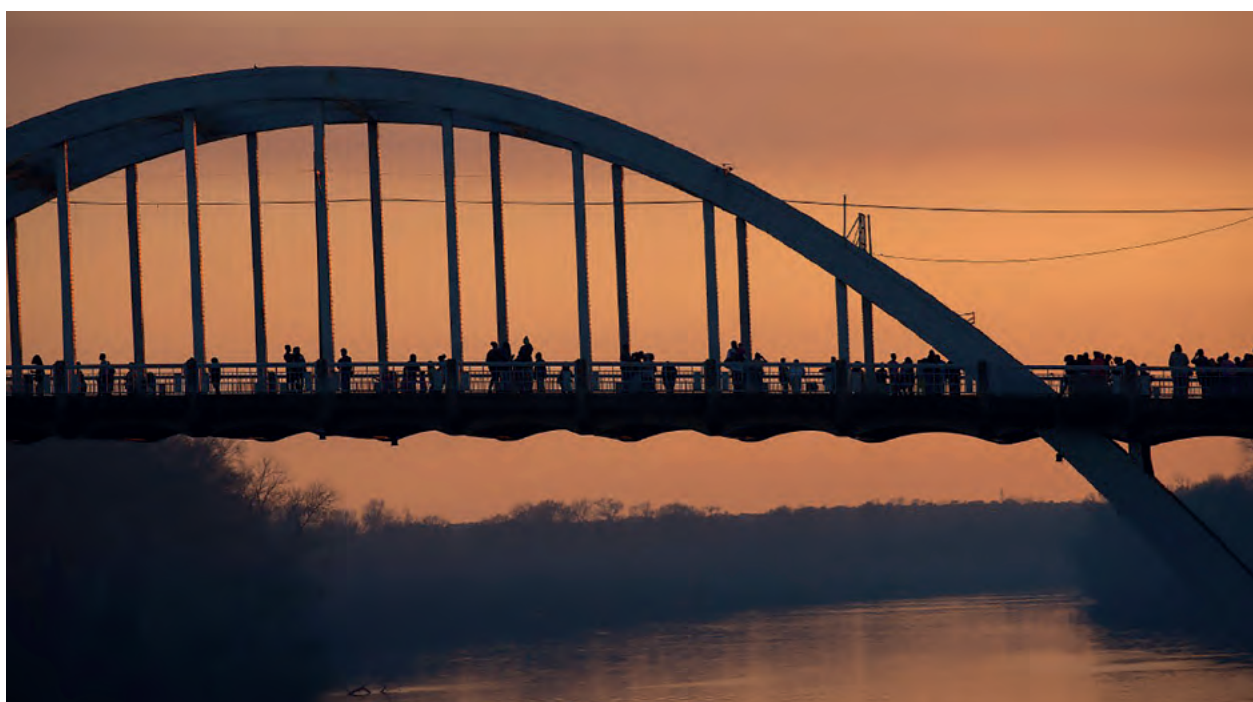
Le manque d'accessibilité à de telles informations avait d'ailleurs conduit l'Union européenne, dans la 4^{ème} Directive européenne anti-blanchiment, à imposer à chaque pays membre l'établissement d'un registre des bénéficiaires effectifs, afin d'identifier les bénéficiaires effectifs de toutes sociétés et en particulier les personnes physiques exerçant un contrôle sur celles-ci de manière directe ou indirecte.

Transposant fidèlement cette Directive européenne, la France a imposé dès le 1^{er} août 2017 à l'en-

semble des entreprises françaises immatriculées au registre du commerce et des sociétés :

- d'obtenir et de conserver toutes informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs (article L.561-46 alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier);
- de déposer en annexe du registre du commerce et des sociétés, un document relatif à chaque bénéficiaire effectif contenant les éléments d'identification (nom, prénom, nationalité et date de naissance), le domicile personnel de ce dernier, ainsi que les modalités de contrôle qu'il exerce (article L.561-46 alinéa 2 du Code monétaire et financier).

Plus récemment, l'Union européenne a approuvé les modifications de la cinquième Directive





européenne anti-blanchiment, exigeant que les registres des bénéficiaires effectifs pour les sociétés et les personnes morales soient rendus publics. En outre, les renseignements relatifs aux bénéficiaires effectifs des trusts seront accessibles aux autorités compétentes, aux institutions financières, ainsi qu'à toute personne pouvant démontrer un intérêt légitime. Cette Directive du 19 avril 2018 a été transposée en France par voie d'ordonnance en février 2020.

Ainsi, si la poursuite des efforts en vue de l'identification du bénéficiaire effectif a bien entendu principalement pour but d'endiguer les agissements frauduleux dont la cause résiderait dans le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, ces efforts sont également largement motivés par la recherche d'une absolue transparence à des fins fiscales.

C'est dans ce contexte de quête absolue de transparence à l'échelle mondiale que les juridictions françaises ont porté toute leur attention sur l'identification du bénéficiaire effectif.

Réunie en grande chambre, sa formation la plus solennelle, la Cour de Justice de l'Union européenne a rendu le 26 février 2019 (aff. C-116/16 et C-117/16) deux arrêts livrant des éclairages inédits sur la notion de bénéficiaire effectif et la charge de la preuve de cette qualité dans le cadre de litiges relatifs au bénéfice de l'exonération de retenue à la source sur des dividendes distribués à une société mère.

La Cour rappelle solennellement que c'est en principe aux sociétés qui demandent à bénéficier de l'exonération de retenue à la source sur les dividendes prévue à l'article 5 de la Directive mère-filles d'établir

qu'elles remplissent les conditions objectives posées par celle-ci, et que rien n'empêche les autorités fiscales d'exiger du contribuable les preuves qu'elles jugent nécessaires pour l'établissement concret des impôts concernés, et le cas échéant de refuser l'exonération demandée si ces preuves ne sont pas fournies. La Cour pose donc le principe que la preuve de la qualité de bénéficiaire effectif établi dans l'Union constitue une condition objective du bénéfice de l'exonération de retenue à la source.

La Cour précise par ailleurs que l'autorité nationale n'est pas tenue d'identifier la ou les entités qu'elle considère comme étant les bénéficiaires effectifs.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 5 juin 2020 (CE 05/06/2020 n°423809) constitue la première application en France de cette jurisprudence



européenne reportant la charge de la preuve de la qualité de bénéficiaire effectif sur la tête du contribuable désireux de bénéficier d'une exonération en cette qualité. Le refus de l'exonération de retenue à la source sur les dividendes versés par la société française à sa société mère luxembourgeoise ne résulte pas de la constatation par le Conseil d'Etat d'un abus particulier ou d'une volonté frauduleuse,

mais purement et simplement d'un défaut de justification de la qualité de bénéficiaire effectif.

On remarquera dans cet arrêt la passivité de l'Autorité fiscale française, se contentant d'émettre des doutes sur la qualité de bénéficiaire effectif de la société mère luxembourgeoise, sans jamais démontrer l'insuffisance des preuves soumises par cette dernière.

Les motivations du Conseil d'Etat suggèrent une certaine défiance générale des juridictions françaises face aux strates de structures juridiques couvrant plusieurs juridictions, où le bénéficiaire apparent sera systématiquement présumé ne pas être le bénéficiaire effectif, et où le manque de transparence et la complexité des montages seront analysés comme une volonté d'égarer les autorités fiscales françaises lors de l'établissement de l'impôt.

PERSPECTIVES

Face à cette quête systématique du bénéficiaire effectif, le salut viendra des structurations simples et transparentes, accueillies favorablement par les autorités et les juridictions françaises, comme en témoigne l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 mars 2020 en matière de trust.

Dans cette affaire, l'opération présentée aux juges portait sur la détention de titres d'une société française par un trust familial de droit américain. En France, la résonance de cette notion de trust pose une quasi-présomption de fraude à quiconque pourrait y être liée. Toutefois, de manière totalement surprenante et inédite, le Conseil d'Etat nous livre dans cette décision une méthode d'identification du bénéficiaire effectif dans le cadre d'un trust. Le trustee, personne physique, a été identifié comme détenant les pouvoirs attachés à la qualité

d'associé dès lors qu'il détenait le patrimoine du trust, le gérant, investissait et réinvestissait les revenus, et affectait les revenus nets et le capital correspondant. Il participait aux assemblées générales de la société et y exerçait son droit de vote. Il disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour payer les dividendes aux bénéficiaires du trust ou les mettre en réserve.

Ainsi, le Conseil d'Etat, à la lecture du trust deed jugé totalement transparent, a restitué à l'opération son véritable bénéficiaire effectif, et a permis ainsi l'appli-

cation de l'exonération sollicitée par la société française.

L'expérience des contrôles fiscaux que nous suivons nous permet de noter notamment que la bonne tenue des registres des actionnaires et des actes sociaux des entités, régulièrement déposés auprès d'autorités étatiques, l'authentification par un membre d'une profession réglementée des documents constatant la répartition des titres, l'enregistrement de tout acte sous seing privé renseignant l'identité des bénéficiaires effectifs, et enfin tout justificatif tenant aux mouvements finan-

ciers liés aux actes d'acquisitions ou cessions de titres, permettent valablement l'identification des bénéficiaires effectifs des entités, et en conséquence l'application des régimes fiscaux favorables.

Au regard de la sévérité des décisions jurisprudentielles françaises, il paraît alors tout à fait recommandable de procéder à bref délai à un audit des structures d'investissement existantes aux fins de documenter la preuve de la qualité de bénéficiaire effectif !

Contact : Stéphanie Barreira



PROPOSITION D'UN NOUVEAU TYPE DE PLACEMENT COLLECTIF EN SUISSE : LE L-QIF

Le Conseil fédéral propose d'introduire dans la législation suisse sur les placements collectifs de capitaux un fonds exclusivement réservé aux investisseurs qualifiés (le «Limited Qualified Investor Fund» ou «L-QIF») exempté de toute autorisation ou approbation de la FINMA.

Pour la première fois depuis l'adoption de l'ancienne Loi fédérale sur les fonds de placement (LFP) le 1er janvier 1995 (remplacée par la Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux

(LPCC) en 2007), un placement collectif de capitaux de droit suisse pourrait être constitué **sans devoir passer par la FINMA**. Les acteurs de la gestion de fortune, du marché immobilier ou encore du secteur de l'assurance seraient ainsi en mesure de mettre en œuvre rapidement un outil de placement flexible, sans les contraintes actuelles (et, le plus souvent, exorbitantes) liées à la constitution d'un fonds autorisé de droit suisse.

Cela étant, le L-QIF n'échappe pas à tout encadrement réglementaire.

En effet, ce nouveau produit devra obligatoirement **être administré par une direction de fonds** dûment autorisée par la FINMA (à l'exception des sociétés en commandite de placements collectifs (SCmPC), dont l'administration devra en principe être confiée à un gestionnaire de fortune collective). En pratique, la direction de fonds délègue fréquemment les décisions afférant aux placements à un gestionnaire externe. Sous le régime L-QIF, une telle délégation ne sera possible qu'en faveur de gestionnaires au bénéfice d'une licence de



gestion collective. Les gérants indépendants soumis à la future «licence GFI» sont dès lors exclus, en l'état du projet du Conseil fédéral, de la gestion des placements d'un L-QIF; ils devront à cet effet se soumettre au régime plus strict de la gestion collective.

Seuls des investisseurs qualifiés

au sens de la LPCC pourront souscrire aux parts d'un L-QIF. La typologie des investisseurs qualifiés a été entièrement remodelée par la Loi fédérale sur les services financiers (LSFin). Ainsi, à titre d'exemple, un promoteur de L-QIF qui souhaiterait viser des clients privés hors mandat de gestion ou de conseil devra préalablement s'assurer que les prospectus ont opté pour le statut de «client professionnel» – et donc d'investisseur qualifié – ce qui suppose qu'ils disposent d'une fortune mobilière d'au moins CHF 500'000.– (avec connaissances et expérience des placements financiers) ou d'au moins CHF 2 millions (indépendamment de leur niveau de connaissances et d'expérience des investissements). Les établissements de droit public et les institutions de la prévoyance professionnelle, disposant d'une trésorerie gérée à titre professionnel, ainsi que les entreprises d'assurance pourront quant à eux utiliser le L-QIF sous forme de fonds à investisseur unique.

Les techniques et les restrictions de placement du L-QIF seront préci-

sées par voie d'ordonnance. Selon le Message du Conseil fédéral, elles devraient s'orienter vers les prescriptions applicables à la catégorie des «autres fonds de placement alternatifs», voire être moins sévères que ces dernières. Au-delà des placements traditionnels, le L-QIF pourra ainsi également investir, à titre d'exemple, dans des biens immobiliers, des matières premières, des projets d'infrastructure, des cryptomonnaies, du vin ou encore des objets d'art. Le projet de loi ne prévoit aucune exigence en matière de répartition des risques, si ce n'est d'indiquer ladite répartition dans les documents du fonds.

Le L-QIF sera soumis à un **régime d'audit** équivalent à celui appliqué aux placements collectifs de capitaux de droit suisse (audit prudentiel et révision des comptes annuels).

Quant au traitement fiscal du L-QIF, ce dernier sera fiscalisé de la même manière que les autres fonds de droit suisse.

PERSPECTIVES

Le L-QIF offre aux investisseurs qualifiés une alternative aux fonds comparables de droit étranger, en particulier le «RAIF» («Reserved Alternative Investment Fund») luxembourgeois. Le projet du Conseil fédéral ne résout cependant pas les deux principales problématiques auxquelles les placements collectifs suisses sont

confrontés: l'accès au marché de l'UE et le prélèvement d'un impôt anticipé de 35% sur les bénéfices distribués ou thésaurisés par le fonds. Les promoteurs orientés vers le marché suisse (notamment les institutions de la prévoyance professionnelle et les entreprises d'assurance établies en Suisse) pourront néanmoins déjà tirer profit de ce nouvel outil d'investissement. De manière plus large, et même s'il ne corrige pas l'inconvénient lié à l'impôt anticipé, le projet de L-QIF ne représente pas moins une étape importante dans la modernisation du droit suisse des placements collectifs de capitaux. Il est cependant regrettable que les gérants indépendants opérant sous la «licence GFI» soient exclus de ce marché. En effet, le futur régime de surveillance prudentielle auquel les gérants indépendants seront soumis, couplé à la surveillance de la direction de fonds, répondent à notre sens de manière suffisante au besoin de protection d'investisseurs qualifiés.

Il était prévu que le projet de loi soit examiné par le Parlement avant l'été 2020, avec une possible entrée en vigueur le 1er janvier 2021. La pandémie liée au COVID-19 a bouleversé ce calendrier, le Parlement n'ayant pas même encore pu examiner ce projet de loi. Une entrée en vigueur n'est pas attendue avant le début de 2022.

Contact : Pierre-Olivier Etique

LES PIÈGES DE LA DÉTENTION D'ACTIFS FINANCIERS FRANÇAIS PAR DES NON-RÉSIDENTS

Pour un non-résident, l'imposition en France des actifs immobiliers qui y sont situés est acquise; en revanche, le risque d'une taxation sur la détention d'avoirs financiers français reste encore mal identifié.

Lorsqu'une personne non résidente fiscale de France investit dans un bien immobilier français, directement ou sous couvert d'une société, française ou étrangère, l'attractivité fiscale du pays du lieu de situation du bien apparaît évidente. L'investisseur sait qu'il sera soumis en France à des impositions équivalentes à celles d'un résident fiscal de ce pays: imposition des revenus, de la fortune, droits de mutation à titre gratuit (donation/succession) ou onéreux (vente), taxe foncière et taxe d'habitation.

En cas d'investissement dans des actifs financiers français (actions, obligations, fonds communs de placement, etc.), la situation est moins évidente et mérite d'être cla-

rifiée, principalement en matière de taxation des plus-values de cession.

En l'absence de convention fiscale entre la France et le pays de résidence de l'investisseur, le principe posé par le droit interne français est **l'exonération des plus-values de cession de valeurs mobilières émises en France**, y compris les cessions de titres de placements collectifs.

La France retrouve son droit d'imposer lorsque l'investisseur, et son groupe familial, a détenu au cours des cinq dernières années, **plus de 25% dans les bénéfices de la société française cédée**. Le taux d'imposition est alors de 12,8% pour un cédant personne physique, 28% (puis prochainement 26,5%, et finalement 25%) pour une société soumise à l'impôt sur les sociétés.

En revanche, lorsque l'investisseur, personne physique ou personne

morale (société, trust, etc.) est domicilié dans un Etat ou territoire non coopératif au sens du Code Général des Impôts français, les plus-values sur cession d'actions, quel que soit le seuil de détention, **sont imposables en France au taux de 75%**.

Fort heureusement, en présence de conventions fiscales signées par la France et lorsqu'elles suivent les recommandations de l'OCDE, le droit d'imposer les gains en capitaux revient en principe exclusivement à l'Etat de résidence du vendeur. Tel est notamment le cas de la convention signée entre la France et la Suisse. Mais on peut citer plusieurs conventions fiscales prévoyant une clause dite de «participations substantielles», aux termes desquelles l'Etat de la source – résidence de la société cédée, par exemple française – préserve le droit d'imposer (Nouvelle-Zélande, Norvège, Russie, Argentine, Pays-Bas ou encore Espagne). Le seuil est normalement fixé à 25% comme en droit interne français.

Un contribuable imposé en Suisse selon le régime du forfait, et ne bénéficiant plus, au sens de l'administration fiscale française, de la protection des dispositions conventionnelles, encourt par conséquent le risque d'une imposition en France sur les gains de cession de valeurs mobilières, mais sous réserve d'une détention de plus 25% au cours des cinq dernières années.



La jurisprudence a même été plus loin dans le cas d'un ressortissant français résidant à Monaco qui a été considéré comme fiscalement domicilié en France en raison de la présence, en France, du centre de ses intérêts économiques; en effet, au cours d'une année, il avait réalisé une importante plus-value de cession de titres d'une société française. Or, cette plus-value excédait, l'année de la cession, ses autres revenus monégasques (même si ceux-ci étaient beaucoup plus importants les années précédant cette cession).

PERSPECTIVE

La détention d'actifs financiers français par des non-résidents est donc bien la source de nombreux risques fiscaux comme nous venons de le voir, principalement en l'absence de convention fiscale.

Or, il est un domaine en matière fiscale où le champ conventionnel est particulièrement réduit; c'est celui des droits de mutation à titre gratuit, qu'il s'agisse de donation ou de succession. En effet, la France a signé une trentaine de convention fiscale en matière de succession et seulement huit en matière de donation. En l'absence de texte conventionnel, c'est donc le droit interne français qui trouve à s'appliquer, et notamment l'article 750 ter 2° du Code Général des Impôts. Ce dernier dispose, en cas de contribuables tous non-résidents (dona-



taire, donateur, défunt et héritiers), que les droits de donation ou de succession français sont applicables à raison des actifs financiers français, et notamment des actifs financiers situés en France (actions et obligations françaises, créance contre un débiteur français, compte courant d'associé dans une SCI par exemple). En d'autres termes, un de cujus suisse avec des héritiers en Suisse tombe donc dans le champ des impositions françaises s'il détenait dans son portefeuille titres des actions du CAC 40, avec un taux marginal d'imposition plafonnant à 45% en ligne directe.

Si, pour des raisons de structuration patrimoniale inhérentes à son pays de résidence, le non-résident a fait détenir ses actions françaises par une structure des Iles Vierges Britanniques (BVI), l'addition fiscale peut également être, comme nous l'avons vu, dissuasive, avec l'application d'une retenue à la

source au taux de 75%, avec effet au 1er avril 2020.

Ce taux restait jusqu'à présent relativement théorique car les pays classés comme non coopératifs étaient confidentiels. Cependant, par un arrêté du 6 janvier 2020, la France a mis à jour sa liste des États ou territoires non coopératifs qui intègre aujourd'hui des juridictions beaucoup plus usitées en matière de structuration patrimoniale, comme les Bahamas, les BVI, Panama, les Seychelles, notamment.

Notons enfin qu'en cas de détention de valeurs mobilières françaises sous couvert d'un trust (et par extension d'une fondation), une obligation déclarative annuelle a été instituée à la charge des trustees, depuis le 1er janvier 2019. Chaque défaut de déclaration est passible d'une amende de € 20'000.

Contact : Alain Moreau

TRANSMISSION D'UNE ENTREPRISE À UN HÉRITIER EN SUISSE : UNE GAGEURE ?

Pour faciliter la transmission d'une entreprise dans une succession, la Confédération envisage de modifier certaines règles du droit des successions.

Le tissu économique suisse est largement constitué de PME (99% selon l'Office fédéral de la statistique), dont beaucoup d'entreprises familiales. La transmission de ces entreprises familiales à la génération suivante ne va pas de soi. La difficulté principale réside souvent dans le fait que la succession ne comporte **pas suffisamment d'actifs pour pouvoir attribuer l'entreprise à un seul héritier sans léser la réserve des autres**. Cette difficulté est renforcée par le fait

que la réserve des héritiers (la part d'héritage dont ils ne peuvent en principe pas être privés) est actuellement élevée, soit trois quarts lorsqu'il s'agit de descendants. Ainsi, dans le cas d'une fratrie de trois dont la mère serait déjà décédée, chaque enfant dispose d'une réserve d'un quart (les trois quarts de son droit de succession, qui est d'un tiers) dans la succession du père. Par conséquent, ce père qui voudrait transmettre son entreprise à un de ses trois enfants serait confronté à la difficulté que la moitié de la valeur de la succession (deux quarts) est due aux deux autres enfants. Lorsque l'entreprise représente l'actif principal de la succession, il peut arriver que l'en-

treprise doive être liquidée ou vendue à un tiers pour permettre le partage de la succession, alors même qu'un héritier aurait souhaité la reprendre.

La Confédération considère que ces difficultés ont un **impact macroéconomique négatif**. Elle a donc entrepris de modifier les règles successorales dans le but de favoriser la transmission d'entreprises et, ainsi, la pérennisation de ces entreprises et des emplois liés.

Un premier volet législatif est déjà en cours de traitement par le Parlement. Il porte principalement sur la **réduction de la réserve des héritiers**. Selon ce projet, la réserve de



chaque héritier serait de la moitié de son droit de succession (et non plus des trois-quarts, s'agissant d'un descendant). Cette mesure permettrait d'augmenter la quotité disponible et, par conséquent, de favoriser un héritier au détriment des autres. Pour reprendre l'exemple d'une fratrie de trois, le père pourrait transmettre deux tiers de son patrimoine à l'enfant reprenant l'entreprise, seul un sixième étant dû à chacun des autres enfants. Cette possibilité de favoriser un héritier au détriment des autres génère des défis humains; pour ménager les bonnes relations entre futurs héritiers, il importera que celui qui dispose de son patrimoine planifie sa succession et qu'il en parle aux futurs héritiers.

Un deuxième volet législatif, qui devrait être transmis au Parlement en 2021, prévoit des **mesures supplémentaires spécifiquement orientées vers la transmission d'une entreprise**.

Ce second projet prévoit d'abord la possibilité pour un héritier, en l'absence de disposition du *de cuius*, de demander l'attribution intégrale de l'entreprise, ou des parts sociales qui confèrent le contrôle de l'entreprise. Cela vise à éviter le morcellement de l'entreprise et les difficultés liées à une gouvernance partagée.

Comme corollaire à l'élément précédent, le projet prévoit ensuite l'octroi de délais de paiement à l'héritier qui reprend l'entreprise et qui doit



indemniser les autres héritiers. Le repreneur pourrait ainsi obtenir jusqu'à cinq ans de délai pour verser les soultes aux autres héritiers.

Finalement, le projet prévoit aussi une modification des règles sur les rapports (les biens que les héritiers ont reçus du vivant du *de cuius* et qui sont imputés sur leur part dans la succession). Dans l'hypothèse où un héritier aurait reçu l'entreprise familiale du vivant du *de cuius*, il devrait rapporter l'entreprise dans la succession à la valeur qu'elle avait lorsqu'elle lui a été transmise. Par exemple si un héritier reçoit (du vivant de son parent) une entreprise estimée à CHF 750'000.– et que sept ans plus tard, au décès du parent, l'entreprise vaut CHF 1'100'000.–, l'héritier conservera l'entreprise et celle-ci ne sera imputée sur sa part d'héritage qu'à hauteur de CHF 750'000.–. On considère que la plus-value lui revient car c'est lui qui a fait fructifier les affaires. L'inverse est vrai

également: si l'entreprise ne vaut plus que CHF 500'000.– au décès du *de cuius*, l'héritier se verra néanmoins imputer CHF 750'000.– sur sa part d'héritage. Cette disposition a notamment pour but d'inciter les familles à estimer la valeur de l'entreprise lors de sa transmission et ainsi à mieux planifier la succession.

PERSPECTIVES

Ces mesures fédérales paraissent propres à atteindre leur but. Il reste à voir si le Parlement les adoptera telles quelles. Pour compléter le dispositif, il serait opportun que les cantons prévoient des allègements fiscaux pour la transmission d'entreprises. La succession est franche d'impôt dans la plupart des cantons lorsqu'elle échoit aux descendants directs, mais la charge fiscale peut être lourde si l'entreprise échoit à un neveu ou à un ami.

Contacts : Marco Villa
et Julien Le Fort

SUPPRESSION DES ACTIONS AU PORTEUR EN SUISSE : HIER – AUJOURD’HUI – DEMAIN

Le 1er novembre 2019, la Suisse est entrée dans un processus de suppression des actions au porteur. Depuis cette date, aucune action au porteur ne peut plus être émise pour des sociétés non cotées (sauf sous forme de titre intermédié). Les actions au porteur existantes doivent être converties en actions nominatives ou en titres intermédiés d’ici au 1er mai 2021. Ce changement s’inscrit dans une dynamique probablement appelée à se prolonger.

CONTEXTE

En 1989, le G7 créait le Groupe d’action financière (GAFI). Cet organisme était chargé d’élaborer des mesures législatives et opérationnelles contre le blanchiment de capitaux, dans le but premier de combattre le trafic de stupéfiants en s’attaquant aux revenus de ce trafic. Sous l’impulsion du GAFI, la Suisse adoptait en 1997 la loi fédérale sur le blanchiment d’argent ; cette loi instituait notamment l’obligation des intermédiaires financiers de rechercher l’ayant droit économique et celle de communiquer les soupçons de blanchiment d’argent au Bureau de communication en matière de blanchiment d’argent (MROS). Cette nouveauté – diamétralement opposée à la tradition du secret bancaire suisse – marquait le début de la transmission d’informations financières à l’initiative d’un intermédiaire financier.

Après la crise de 2008, les exigences de transparence (notamment liées à l’ayant droit économique) se sont

renforcées et se sont orientées plus nettement vers un but fiscal. En 2009, le Forum mondial sur la transparence et l’échange de renseignements à des fins fiscales (fondé par l’OCDE en 2000) s’est restructuré et a acquis une importance grandissante. Il a commencé à examiner les pratiques des Etats en matière d’échange d’informations et à leur attribuer des notes (*compliant / largely compliant / partially compliant / non-compliant*). Le 26 juillet 2016, suite à un examen approfondi des règles et pratiques suisses, le Forum mondial a déclaré la Suisse «*largely compliant*» mais a édicté diverses recommandations qui portent notamment sur la transparence des personnes morales.

La première de ces recommandations a la teneur suivante : «*La Suisse doit faire en sorte que des mécanismes appropriés soient en place pour assurer l’identification des détenteurs de parts au porteur en toutes circonstances*». C’est cette recommandation du Forum mondial qui est à l’origine du texte entré en vigueur le 1er novembre 2019, qui supprime les actions au porteur en Suisse pour les sociétés non cotées.

RÈGLES MOUVANTES

Depuis 2015 déjà, celui qui acquiert des actions au porteur est tenu de l’annoncer à la société (art. 697i du Code des obligations suisse, CO). En outre, si la participation totale de l’acquéreur atteint 25% du capital-actions, l’ayant-droit économique doit être identifié et annoncé à la

société (art. 697j CO). Le non-respect de ces obligations d’annonce entraîne la déchéance des droits sociaux (droit de vote) et patrimoniaux (droit au dividende).

Comme ces règles entrées en vigueur en 2015 ont été jugées insuffisantes par le Forum mondial, la Suisse a décidé de mesures supplémentaires, dont la suppression des actions au porteur pour les sociétés non cotées. On rappelle ici que, pour les sociétés cotées, la transparence est assurée par une obligation d’annonce spécifique ancrée à l’art. 120 de la loi sur l’infrastructure des marchés financiers.

Depuis le 1er novembre 2019, il n’est donc plus possible de créer des actions au porteur pour une société non cotées. Celles qui existent doivent être converties soit en actions nominatives soit en titres intermédiés.

Si les actions au porteur sont converties en actions nominatives, les statuts doivent être modifiés en ce sens. La loi prescrit au Registre du commerce de refuser toute autre modification d’inscription tant que la modification des statuts relative à la conversion des actions au porteur en actions nominatives n’a pas été effectuée.

Si les actions au porteur sont transformées en titres intermédiés, ce fait doit aussi être mentionné au Registre du commerce.

Le 1er mai 2021, les actions au porteur qui n'auraient pas fait l'objet d'une conversion seront automatiquement converties, de par la loi, en actions nominatives; le Registre du commerce modifiera d'office l'inscription.

Comme il existait déjà, depuis 2015, une obligation d'annoncer à la société les acquisitions d'actions au porteur, la société dispose d'ores et déjà d'informations sur (une partie de) ses actionnaires titulaires d'actions au porteur. La nouvelle loi prévoit que la société doit inscrire ces personnes sur le registre des actionnaires.

SANCTIONS CIVILES ET PÉNALES

Les sanctions prévues par la loi pour les éventuels récalcitrants ou frondeurs sont sévères.

Si la société ne tient pas le registre des actions ou la liste des ayants droit économiques conformément aux prescriptions, ou si la société émet des actions au porteur non cotées en bourse sous une autre forme que celle de titres intermédiaires, le juge, sollicité par le préposé du Registre du commerce, peut aller jusqu'à prononcer la dissolution et la liquidation de la société.

Le Forum mondial avait formulé une deuxième recommandation à l'égard de la Suisse en ces termes: «La Suisse doit veiller à ce que son système de surveillance soit efficace pour les sociétés anonymes et



les sociétés en commandite par actions». Le Conseil fédéral a inféré de cette recommandation que la Suisse était priée de mettre en place des sanctions pénales.

Par conséquent, le Code pénal suisse (CP) a été complété pour punir de l'amende quiconque contrevient aux obligations d'annoncer l'ayant droit économique ou quiconque ne tient pas conformément aux prescriptions les registres des actions, listes des ayants droit économiques et autres registres prescrits (cf. art. 327 et 327a CP). Comme il s'agit d'une contravention, la société ne sera pas punissable dans l'hypothèse où la contravention ne pourrait être imputée à aucune personne physique (cf. art. 102 al. 1 CP a contrario).

PERSPECTIVES

La suppression des actions au porteur en Suisse s'inscrit dans une dynamique de pressions internationales qui exigent toujours plus de transparence. Dans ce contexte tendu, les personnes physiques et morales en Suisse ont intérêt à se

plier strictement aux règles édictées. En effet, au vu des enjeux supranationaux, les autorités appliqueront probablement les nouvelles règles de manière rigoureuse. En cas de doute sur ses propres obligations, il peut être utile de solliciter les conseils d'un professionnel.

En outre, la pression sur les valeurs liquides anonymes va probablement augmenter encore à court terme. A ce sujet, on relève que la France a déjà mis en place des plafonds pour l'utilisation d'espèces; le paiement en espèces d'un particulier à un professionnel ou entre professionnels est autorisé jusqu'à 1'000 € seulement, ce plafond étant relevé à 15'000 € pour les personnes venant de l'étranger.

De telles règles pourraient être imposées à la Suisse dans un avenir relativement proche. Il y aura lieu de surveiller le travail du Forum mondial et sa réception en Suisse.

Contacts: Marco Villa
et Julien Le Fort



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