



FBT

A V O C A T S

FBT NEWSLEX

N° 22 - FÉVRIER 2021

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

- P03** Gérants de fortune et trustees étrangers : quand l'autorisation de la FINMA est-elle nécessaire ?
- P04** Faillite et revendication - modernisation de la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite en 2021
- P07** Focus sur une disposition transitoire du Règlement européen sur les successions : la présomption du choix de loi de l'article 83 § 4 : stabilité bienvenue ou pochette surprise encombrante
- P12** Le recouvrement de l'impôt à la source au-delà des frontières françaises



GÉRANTS DE FORTUNE ET TRUSTEES ÉTRANGERS : QUAND L'AUTORISATION DE LA FINMA EST-ELLE NÉCESSAIRE ?

La loi sur les établissements financiers (LEFin), entrée en vigueur le 1er janvier 2020, a entraîné avec elle un nombre important de changements dans l'industrie de la gestion de fortune au sens large. L'un des changements notables est l'assujettissement des gérants de fortune et des trustees étrangers à l'autorisation et à la surveillance prudentielle de la FINMA. Le choix d'intégrer les gérants de fortune et les trustees à une réglementation qui s'applique par ailleurs à toutes les institutions financières – à l'exception des banques et des assurances soumises à des lois spécifiques – comporte certaines conséquences que le marché est loin d'avoir appréhendées.

Les gérants de fortune et les trustees étrangers, soit ceux dont le siège et la direction effective se situent à l'étranger, se préoccupaient peu, avec raison, de la nécessité de disposer en Suisse d'une autorisation de la FINMA. De nouvelles dispositions leur imposent dorénavant d'obtenir – souvent en plus de leur licence à l'étranger – une autorisation pour leurs opérations en Suisse. Une telle obligation peut naître lorsqu'ils maintiennent une présence dite permanente en Suisse pour autant que celle-ci génère un certain revenu. Une telle présence s'entend lorsque le gérant de fortune ou le trustee étranger occupent en Suisse des personnes physiques ou morales qui agissent pour leur compte ou en leur faveur. La relation qui lie ces personnes au gérant de fortune ou

au trustee étranger peut prendre la forme d'un contrat de travail, d'un mandat ou d'un autre type de collaboration.

L'autorisation de succursale est nécessaire lorsque l'activité déployée en Suisse est celle d'un gérant de fortune ou d'un trustee ou encore lorsqu'elle consiste à conclure des affaires pour le compte de l'établissement étranger. Si l'intervention des personnes en Suisse se limite à une activité de représentation ou de marketing, une autorisation de représentation est requise. Tel sera le cas lorsqu'un individu ou une personne morale transmet de manière régulière, depuis la Suisse, des mandats de clients ou représente l'établissement étranger à des fins publicitaires.

L'obtention de l'autorisation de la FINMA ne tient pas de la simple formalité.

La succursale suisse d'un gérant de fortune ou d'un trustee étranger ne pourra être autorisée que dans la mesure où ce dernier dispose, à l'étranger, d'une organisation, de ressources et d'un personnel adéquat lui permettant d'exploiter la succursale en Suisse. La loi exige par ailleurs une surveillance consolidée par l'autorité prudentielle étrangère, ainsi que l'engagement de cette dernière d'informer immédiatement la FINMA dans l'hypothèse de la survenance de faits importants du point de vue de la surveillance. Plus généralement, l'autorité étran-

gère doit accorder l'assistance administrative à la Suisse. Au cas par cas, la FINMA peut soumettre l'octroi de l'autorisation à des exigences supplémentaires.

Les conditions d'autorisation de la représentation sont plus légères, dans la mesure où les personnes qui agissent dans ce cadre ne pratiquent pas elles-mêmes l'activité soumise à autorisation – soit celle de gérant de fortune ou de trustee – mais contribuent à sa promotion.

PERSPECTIVES

Nombre de gérants de fortune et de trustees étrangers ont recours, en Suisse, à des personnes qui effectuent pour eux des démarches de marketing ou qui leur adressent régulièrement des clients. Il n'est pas rare également que des personnes domiciliées en Suisse soient employées par des gérants de fortune ou des trustees étrangers en tant que salariés ou mandataires. Si, jusqu'à présent, une telle activité n'était pas soumise à autorisation, la situation juridique a fondamentalement changé. Il est donc impératif pour tout gérant de fortune ou trustee ayant son siège à l'étranger de se poser la question de la nécessité d'une autorisation pour ses activités en Suisse afin d'éviter toute intervention de la FINMA, laquelle a souvent pour conséquence de compromettre le maintien d'une telle activité.

Contact : Frédérique Bensahel

FAILLITE ET REVENDICATION - MODERNISATION DE LA LOI SUISSE SUR LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE EN 2021

Pour tenir compte de la dématérialisation croissante, plusieurs lois fédérales seront prochainement modifiées. Zoom sur les modifications de la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Ces dernières années, la (r)évolution numérique est rapide. Elle a accéléré depuis 2008 avec la technologie des registres distribués et de la *blockchain*. De ce fait, le législateur a souhaité adapter plusieurs lois fédérales pour tenir compte des nouvelles technologies dont la popularité ne cesse de croître et ainsi garantir l'attractivité de la Suisse tout en assurant une forte sécurité juridique. Le Parlement fédéral a ainsi adopté, le 25 septembre 2020, un « pack » de modifications législatives pour s'adapter à la technologie des registres distribués.

Parmi ces lois adaptées figure la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), modifiée afin de régler deux problématiques « immatérielles » : (i) la revendication de cryptoactifs dans une faillite et (ii) l'accès aux données (sans valeur patrimoniale) détenues par un failli.

Rappelons que, selon la LP, lorsque la faillite d'une société est prononcée, l'Office des faillites procède à l'inventaire des biens du failli et prend les mesures nécessaires pour leur conservation (art. 221 LP). L'Office constitue ainsi ce qu'on appelle « la masse

active » de la faillite. Pour déterminer si un objet doit être rattaché à la masse active, la loi présume que les biens du failli sont ceux dont il a la disposition. Les objets indiqués comme étant la propriété de personnes tierces ou réclamés par des tiers sont néanmoins inclus dans la masse active ; le droit allégué par le tiers fait l'objet d'une mention sur l'inventaire (art. 225 LP). Par la suite, l'administration de la faillite devra se prononcer sur le droit allégué par le tiers (art. 242 LP) : elle acceptera ou non d'extraire les biens en question de la masse en faillite pour les restituer au tiers. En cas de refus de l'administration de la faillite, le tiers pourra intenter dans les 20 jours l'action en revendication.

Cette action en revendication prévue par l'article 242 LP permet alors au tiers de faire valoir un droit préférentiel afin de sortir son bien de la masse active de la faillite (et de le récupérer). L'action en revendication peut être ouverte et n'a de sens que si la masse de la faillite est en possession des biens. Pour être en possession des biens, la masse de la faillite doit avoir sur ceux-ci un pouvoir de disposer effectif et exclusif.

Ce système fonctionne facilement lorsque la revendication porte sur une chose corporelle, mobilière ou immobilière. La situation est plus complexe lorsque l'objet n'est pas saisissable ni tangible. Quid si le tiers revendique des données, par

exemple des photos de famille, hébergées sur un serveur d'une société qui a fait faillite ? Quid également si le tiers revendique des cryptoactifs (bitcoins, par exemple) qu'il avait placés dans un *wallet* exploité par une société désormais en faillite ?

S'agissant des cryptoactifs, ils ne sont en général détenus que par l'exploitant du *wallet* et non par leur ayant droit économique. En effet, l'exploitant est chargé d'exécuter les transactions de cryptoactifs et détient les différentes clés d'accès pour le compte de l'ayant droit économique. Dans un tel cas, la loi considère que l'exploitant (failli) a un pouvoir de disposer effectif et exclusif sur les biens ; elle présume alors qu'il en est l'ayant droit économique et les cryptoactifs en question entrent dans la masse active de la faillite, sous réserve de revendication.

Or l'article 242 LP ne se prête pas à une action en revendication de cryptoactifs, car il vise des objets. En l'état actuel du droit, les cryptoactifs seraient ainsi perdus pour leur ayant droit économique. Par conséquent, le législateur a adopté un article 242a LP qui permet au réel ayant droit économique de revendiquer ses cryptoactifs dans la faillite de l'exploitant du *wallet*. En substance, les cryptoactifs peuvent être revendiqués lorsque le failli s'était engagé à les tenir constamment à disposition de son

client et que ces cryptoactifs lui sont attribués individuellement. Cette disposition devrait ainsi éviter aux propriétaires de cryptoactifs de courir un risque lié à l'insolvabilité de leur dépositaire (l'exploitant du *wallet*).

Le second aspect que le législateur a souhaité traiter concerne la revendication d'informations détenues par une administration de faillite. Il faut imaginer le cas d'un hébergeur informatique qui a fait faillite ; pour limiter les coûts, l'administration de la faillite a mis tous les serveurs à l'arrêt. Les clients n'ont ainsi plus accès aux données qu'ils ont stockées sur ces serveurs. Ces données peuvent être constituées de photos personnelles sans grande valeur, mais également, par exemple, de données commerciales indispen-

sables à la poursuite de l'exploitation d'une entreprise (fichier clients, comptabilité) hébergées sur les serveurs du failli.

Le législateur a ainsi créé un article 242b LP pour permettre au tiers, qui atteste un droit légal ou contractuel à des données dont l'administration de la faillite a le pouvoir de disposer, d'obtenir l'accès à ces données ou leur restitution. Si l'administration de la faillite refuse l'accès ou la restitution, le tiers peut agir dans les 20 jours, comme il le ferait pour revendiquer un objet.

PERSPECTIVES

Cette révision marque un tournant de la revendication prévue par la LP qui, jusqu'alors, envisageait uniquement une revendication d'objets matériels. Elle répond à la dématérialisation grandissante des données et des actifs, et assure la sécurité juridique nécessaire dans ce contexte. En termes de technique législative, on apprécie cette manière assez suisse d'utiliser une institution existante (la revendication d'objets) et de simplement l'étendre quelque peu pour répondre à de nouveaux besoins. Ainsi, les catégories et les procédures juridiques demeurent les mêmes et sont relativement faciles à appréhender.

Contacts : Serge Fasel, Julien Le Fort, Charlotte Andrey





FOCUS SUR UNE DISPOSITION TRANSITOIRE DU RÈGLEMENT EUROPÉEN SUR LES SUCCESSIONS: LA PRÉSUMPTION DU CHOIX DE LOI DE L'ARTICLE 83 § 4: STABILITÉ BIENVENUE OU POCLETTE SURPRISE ENCOMBRANTE?

*Le règlement européen sur les successions du 4 juillet 2012 n° 650/2012 (ci-après « Règlement » ou « RS ») est entré en application le 17 août 2015, soit depuis un peu plus de cinq ans maintenant. Cinq ans déjà que les praticiens se familiarisent avec ses règles, lesquelles ont bouleversé les anciens systèmes de conflit de lois de la plupart des Etats membres. Cinq ans aussi que nous retenons le principe majeur d'une succession dorénavant régie, dans son ensemble, par la loi de la résidence habituelle du défunt lors de son décès, sauf choix de loi par voie de *professio juris* faite en conformité avec les exigences de l'article 22 du Règlement. Cinq ans enfin que d'aucuns ne parcourent que distraitements le chapitre VII, contenant les « Dispositions générales et finales », parmi lesquelles les dispositions transitoires de l'article 83. A ne pas en tenir compte, le risque s'avère pourtant majeur de se tromper de loi applicable, rien de moins ! Et nous commençons à voir des illustrations concrètes de cette difficulté. D'où cette alerte sur des dispositions aussi discrètes que surprenantes, et source probable de déconvenues futures.*

Pour bien cerner le caractère exceptionnel du 4^{ème} paragraphe de l'article 83, il est nécessaire de rappeler brièvement quelques principes issus du Règlement, puis de distinguer entre les deux types de mécanismes de sauvegarde prévus par les dispositions transitoires.

I – Rappel de quelques points clés sur la loi applicable à la succession suivant le Règlement

*** Application dans le temps :** le Règlement s'applique aux successions des personnes qui décèdent à compter du 17 août 2015 (art. 83 § 1 RS).

*** Loi applicable à l'ensemble de la succession :**

Le principe : il y a lieu d'appliquer la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès (art. 21 § 1 RS), sauf, à titre exceptionnel, application de la loi d'un autre Etat avec lequel le défunt présentait des liens manifestement plus étroits (art. 21 § 2 RS).

Le tempérament : le Règlement permet la *professio juris*, c'est-à-dire le choix par une personne de la loi applicable à sa succession.

L'article 22 donne les contours de la *professio juris* : la loi pouvant être choisie et la forme que doit prendre ce choix.

Nous savons que le *de cuius* peut désigner sa loi nationale ou l'une d'entre elles en cas de pluralité. Il ne peut en désigner nulle autre.

S'agissant des conditions de forme à respecter, pour toute *professio juris* établie depuis la mise en application du Règlement, c'est-à-dire à compter du 17 août 2015, le

§ 2 de l'article 22 encadre les modalités : « le choix est formulé de manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition ».

Le choix formulé expressément ne devrait soulever que peu de difficultés, si ce n'est celle de définir la panoplie des « pactes successoraux » qui entrent dans la définition de la disposition à cause de mort.

La *professio juris* qui « résulte des termes d'une telle disposition » sera plus sujette à interprétation ou litige. Nous sommes face à une volonté implicite qui découle du support matériel et/ou de son contenu : l'établissement d'une donation entre époux à cause de mort – disposition typique et bien particulière du droit français – établie par un notaire français et faisant application des dispositions du code civil français contient assurément un choix de loi « qui résulte des termes mêmes de l'acte ».

Pour toutes les dispositions prises à compter du 17 août 2015, le Règlement impose de rechercher la volonté – expresse ou implicite – du *de cuius*. La preuve de la volonté contraire doit donc également pouvoir être rapportée par les ayants droit.

La situation est plus difficile à cerner pour les dispositions prises avant le 17 août 2015, c'est-à-dire

avant même que la *professio juris* ne soit introduite dans bon nombre de systèmes juridiques des Etats de l'Union européenne.

Les dispositions transitoires du Règlement ont imaginé des mécanismes tendant à favoriser la stabilité dans le temps et la prévisibilité juridique. Il n'est pas certain que les personnes concernées en mesurent la force et les conséquences.

II – Les dispositions transitoires de l'article 83 du Règlement

Après avoir défini l'applicabilité du Règlement dans le temps, les dispositions transitoires couvrent les hypothèses de décès survenus à compter du 17 août 2015, mais en présence de dispositions à cause de

mort prises avant cette date, et qu'il s'agirait de sauvegarder.

Ces dispositions anciennes, prises à une époque où la majorité des Etats membres ne permettait pas le choix de loi, peuvent-elles valoir *professio juris* pour les successions s'ouvrant à compter de la mise en application du Règlement (et pour elles seules !) ? La réponse affirmative ne fait pas de doute.

Deux dispositions de l'article 83 sont consacrées à cette question :

* Le paragraphe 2, qui vise l'hypothèse où un *de cuius* a fait – avant l'entrée en application – un choix de loi conforme aux conditions énoncées par le Chapitre III du Règlement (conditions de fond et

de forme des *professio juris* faites à compter de la mise en application), c'est-à-dire choix exprès ou implicite de sa loi nationale,

* mais également le paragraphe 4, qui semble emporter une présomption irréfragable de choix de loi, sans nécessité d'aucune recherche de volonté, et dont l'automaticité peut se révéler redoutable.

Dans le cadre du paragraphe 2, on applique à des dispositions à cause de mort anciennes les règles nouvelles du Règlement, pour considérer qu'un choix de loi ancien (c'est-à-dire exprimé avant le 17 août 2015), qui répond aux exigences de l'expression de la volonté du *de cuius* telles qu'énoncées notamment¹ au Chapitre III du



¹ Les cas de validité sont en réalité plus larges que le respect des seules conditions du chapitre III, le texte disposant ce qui suit : «lorsque le défunt avait, avant le 17 août 2015, choisi la loi applicable à sa succession, ce choix est valable s'il remplit les conditions fixées au chapitre III ou s'il est valable en application des règles de droit international privé qui étaient en vigueur, au moment où le choix a été fait, dans l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle ou dans tout Etat dont il possédait la nationalité.»

Règlement (applicable aux choix de loi exprimés après le 17 août 2015), doit être tenu pour valable et sortir tous ses effets, dès lors que le décès survient à compter du 17 août 2015. L'expression de la volonté trouve ici une place de premier rang : alors même qu'elle s'est exprimée à une époque où le choix n'était – le cas échéant – pas admis, cette volonté est respectée, et son support est hissé au rang d'une *professio juris* valable.

Le paragraphe 4 contient des dispositions d'une toute autre nature. En voici les termes : «*Si une disposition à cause de mort, prise avant le 17 août 2015, est rédigée conformément à la loi que le défunt aurait pu choisir en vertu du présent règlement, cette loi est réputée avoir été choisie comme loi applicable à la succession*».

Le champ d'application est plus restreint que dans le paragraphe 2 : il n'est plus fait référence ici qu'à « la loi que le défunt aurait pu choisir en vertu du présent règlement » c'est-à-dire sa loi nationale (ou l'une d'entre elles). On ne vise pas ici les conditions du chapitre III ou la loi de la résidence habituelle.

En revanche, son effet est plus automatique. **Dès lors qu'une disposition est rédigée avant le 17 août 2015 en application de la loi nationale de celui qui la prend, sa loi nationale sera applicable au règlement de l'en-**

semble de la succession, dès lors que celle-ci s'ouvre à compter du 17 août 2015.

Le paragraphe 4 contiendrait ainsi une présomption irréfragable de choix de loi : nul besoin d'aller chercher la volonté du *de cuius*, et nul moyen de renverser la présomption.

C'est en revenant à la définition de la disposition à cause de mort au sens du Règlement que l'on mesure la portée que pourra avoir cette règle.

Le Règlement prévoit en son article 3 – d), qu'on entend par disposition à cause de mort : un testament, un testament conjonctif ou un pacte successoral.

C'est le pacte successoral qui doit particulièrement retenir l'attention. Le Règlement lui-même le définit comme « *un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties à l'acte* ».

A ne s'en tenir qu'aux pactes successoraux du droit français, entreraient dans cette catégorie les donations entre époux à cause de mort, la renonciation anticipée à l'action en réduction, la donation-partage (classique ou transgénérationnelle), probablement aussi la donation graduelle ou résiduelle.

La donation entre époux à cause de mort a été un acte de protection du conjoint survivant extrêmement courant en France, surtout à une époque ancienne où les droits légaux du conjoint étaient limités à une partie congrue du patrimoine (un quart en usufruit). Il n'était pas rare que la donation entre époux – encore appelée « donation au dernier vivant » – soit signée dans les jours suivant le mariage, puis oubliée au fond d'un tiroir ou d'un coffre.

Et que dire de la donation-partage, acte d'anticipation successorale par excellence du droit français ? Sommes-nous bien conscients de ce que la présence d'une seule donation-partage, signée il y a parfois fort longtemps, puisse faire basculer automatiquement la loi applicable à la succession s'ouvrant à compter du 17 août 2015, alors même que le disposant ne vit plus en France depuis fort longtemps, et s'est souvent familiarisé avec l'idée largement diffusée que c'est dorénavant la loi de sa résidence habituelle qui régira sa succession à son décès ?

Une autre difficulté peut survenir, s'agissant des actes réunissant plusieurs disposants, liée cette fois à la nationalité de chaque disposant.

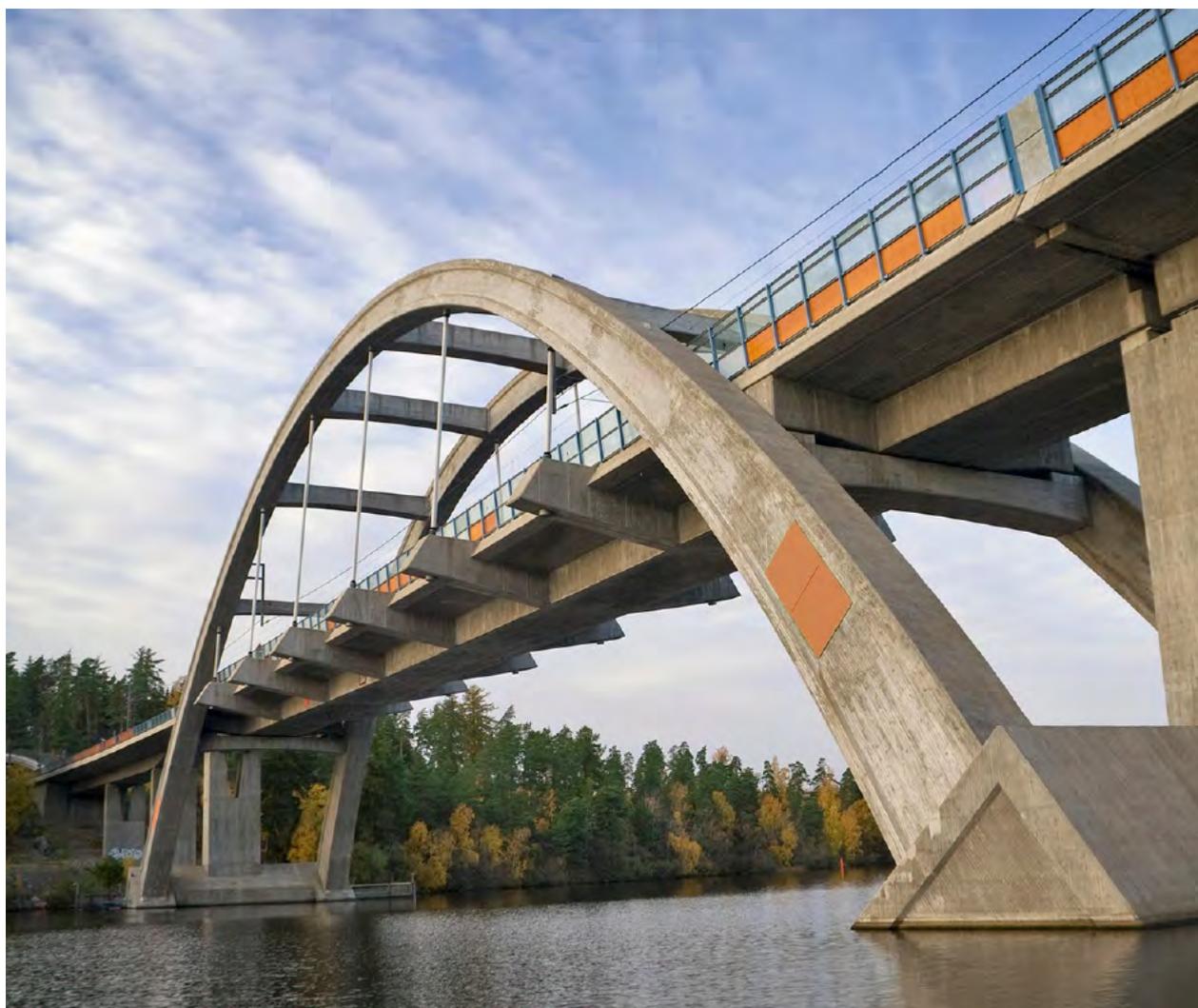
Pour que la présomption de l'article 83 § 4 joue, il faut que la disposition ait été rédigée conformément à la loi nationale du défunt (ou l'une d'elles), loi qu'il aurait pu choisir en vertu du Règlement.

Voici un couple marié depuis quarante ans, installé en France depuis le mariage. Monsieur est ressortissant français, Madame ne l'est pas. Pour se protéger mutuellement, ils régularisent une donation entre époux à cause de mort dans les années quatre-vingts. Vingt ans après, le couple s'installe au Portugal. L'un des deux époux décède en 2019. Par application de la présomption de l'article 83 § 4, si Monsieur est le défunt, sa succession sera soumise à la loi française, loi nationale

de Monsieur, loi nationale de Monsieur. Si en revanche le *de cuius* est Madame, la situation est différente : elle ne pouvait pas choisir la loi française qui n'était pas sa loi nationale. On revient alors au principe de l'article 21 soumettant l'ensemble de la succession à la loi de la résidence habituelle du défunt au moment du décès, c'est-à-dire la loi portugaise ! Il n'est pas certain que cette solution bancaire soit conforme aux prévisions du couple.

Une situation encore plus complexe pourra naître en présence

d'une donation-partage conjonctive, consentie en France par des parents dont l'un seulement est de nationalité française, suivie d'une installation définitive à l'étranger, ce qui est loin d'être un cas d'école ! On sait à quel point le règlement successoral de chacun des parents est imbriqué et lié en présence d'un partage d'ascendant conjonctif. Comment assurer la pérennité des actes d'anticipation sur la transmission opérés par ce couple binational si on ne peut pas appliquer la même loi successorale ?





PERSPECTIVES

Les deux illustrations ci-dessus doivent nous alerter et nous inciter à la plus grande vigilance dans l'analyse de la situation de clients présentant un élément d'extranéité.

Tant qu'il est en vie, le disposant aura la possibilité nous semble-t-il de contrer la présomption, en modifiant ou en révoquant le choix de loi dans les conditions de

forme prévues au Règlement. En présence d'un pacte successoral, il peut sembler douteux qu'il soit à même de le faire de manière unilatérale, sauf lorsque le pacte est lui-même révocable unilatéralement, comme l'est la donation entre époux.

Nous devons attendre les décisions de la jurisprudence, et en particulier de la Cour de justice de l'Union européenne, pour mieux cerner les règles du Règlement

Successions, tout spécialement quant à la portée de la présomption de son article 83 § 4. En attendant, restons humbles, curieux et surtout vigilants !

Contact : Pascale Cano

LE RECOUVREMENT DE L'IMPÔT À LA SOURCE AU-DELÀ DES FRONTIÈRES FRANÇAISES

Le débiteur de rémunérations imposables en France versées à un résident fiscal de France est tenu de s'enregistrer, de déclarer et de payer le prélèvement à la source, quand bien même il serait établi hors de France.

La mise en place du prélèvement à la source de l'impôt sur les revenus des résidents fiscaux français depuis le 1er janvier 2019 (ci-après PAS) a permis à la France de moderniser les modalités de recouvrement de cet impôt et de s'aligner sur les Etats voisins.

Deux ans après l'entrée en vigueur de ces mesures et au lendemain de l'émission des avis d'imposition 2020 afférents à l'année du déploiement de ce mécanisme, il convient de porter une attention particulière au sort du prélèvement à la source dans un contexte international.

En effet, la responsabilité du calcul et du prélèvement de l'impôt n'est plus du monopole de l'Administration fiscale. Ainsi, concernant particulièrement les salaires et revenus assimilés, les dispositions du Code Général des Impôts (ci-après CGI) et les commentaires de l'Administration font désormais peser l'obligation de déclaration et de paiement tantôt sur le contribuable lui-même (art. 204 C CGI), tantôt sur son employeur (art. 204 B CGI).

La doctrine fiscale et le CGI définissent la personne tenue d'effec-

tuer le prélèvement à la source comme toute personne, physique ou morale, qui procède au versement de revenus soumis à l'impôt sur le revenu suivant les règles applicables aux salaires, aux pensions ou aux rentes viagères à titre gratuit.

L'employeur débiteur de la retenue à la source, également désigné comme collecteur, est donc soumis à une obligation déclarative et à une obligation de paiement. Il convient ici de signaler que l'Administration fiscale rédige actuellement un bulletin officiel concernant les autres obligations auxquelles est soumis le collecteur.

Les dispositions afférentes au PAS dans un contexte international

Les diverses modalités d'application du prélèvement à la source dépendent de la nature du revenu auquel il s'applique et du traitement fiscal qui lui est réservé. Concernant les revenus imposables dans la catégorie des salaires, on retrouve l'application du prélèvement à la source effectué par le débiteur des revenus, soit l'employeur. Concernant ces mêmes revenus, mais dans l'hypothèse où ceux-ci sont versés par un employeur établi hors de France et payés en contrepartie d'une activité exercée à l'étranger, le prélèvement de l'acompte sur le compte du contribuable salarié sera alors de mise.

Ce mécanisme de l'acompte paraît être une alternative raisonnable lorsqu'un employeur versant des salaires à un résident fiscal de France est établi à l'étranger et ne dispose pas en France d'un établissement. Il semblerait en effet singulier de mettre à la charge de personnes situées hors de France des obligations de paie, d'enregistrement, de déclaration et de paiement de l'impôt pour le compte de leurs salariés en raison de leurs résidences fiscales françaises.

Néanmoins, les nouvelles obligations pesant sur les employeurs et découlant de la mise en place du prélèvement à la source se déversent au-delà des frontières françaises. En effet, le PAS est prévu pour les résidents fiscaux de France, indistinctement d'un quelconque élément d'extranéité dans la perception de leurs revenus.

La différence de traitement est liée au lieu de source du revenu. Celui-ci est réputé situé en France, si l'activité en contrepartie de laquelle le revenu est versé a été exercée en France. Dans ce contexte, le prélèvement à la source effectué par l'employeur sera pleinement applicable quand bien même celui-ci serait établi hors de France.

A titre d'illustration, un employeur établi en Suisse emploie un salarié sous contrat et sécurité sociale suisse. L'employé, dans le cadre d'une mission qui lui est affectée,

va exercer son activité en France en qualité de résident fiscal de France. Dans une telle hypothèse, l'employeur suisse devra se soumettre aux obligations de prélèvement à la source française ; l'acompte n'est quant à lui pas dû directement par l'employé.

A l'inverse, le lieu de source sera situé hors de France si l'activité effectuée pour la perception de ces rémunérations l'a été à l'étranger. Dans ce contexte, si les sommes perçues sont imposables en France, le contribuable devra seul s'acquitter de l'acompte. Si ces sommes bénéficient de stipulations conventionnelles internationales permettant l'élimination de la double imposition en France (crédit d'impôt égal à l'impôt français ou taux effectif), elles n'entreront pas dans le champ d'application du prélèvement à la source (art. 204 D CGI).

La soumission des employeurs étrangers aux dispositions afférentes au PAS en France – le PASRAU

En pratique, les employeurs situés en France effectuent le prélèvement à la source corrélativement à la déclaration sociale nominative (ci-après la DSN). Toutefois, lorsque l'employeur n'est pas établi en France, mais qu'il verse des salaires à un employé dont le domicile fiscal est situé en France, il doit se soumettre aux obligations de prélèvement de l'impôt.

Dans une telle hypothèse, le CGI met à sa charge une série d'obligations (de représentation, d'utilisation du taux calculé par l'administration fiscale, de paiement) ainsi qu'une obligation de déclaration selon les modalités prévues pour le prélèvement à la source pour les revenus autres (ci-après PASRAU).

La déclaration PASRAU est une déclaration mensuelle issue de la simplification des déclarations sociales, au même titre que la DSN. Afin de pouvoir être en conformité, les employeurs établis hors de France doivent enregistrer leur société en France et souscrire mensuellement les déclarations PASRAU (jusqu'au 10 du mois suivant celui au cours duquel les revenus sont versés).

Il convient pour l'employeur de s'assurer de l'assiette imposable au titre du PASRAU. En effet, l'assiette imposable des rémunérations soumises au PAS est nette des prélèvements sociaux. Or dans l'hypothèse d'une telle déclaration, l'employé peut recevoir un salaire étranger en étant affilié un régime étranger de sécurité sociale.

Dans une telle configuration, l'employeur devra retenir les éléments de rémunérations afin de ne conserver que ceux qui entrent dans le champ d'application du prélèvement (rémunérations imposables en France) mais en extournant les portions bénéficiant de

dispositifs conventionnels (rémunérations bénéficiant par exemple d'un crédit d'impôt égal à l'impôt français), en déduisant les cotisations sociales considérées comme déductibles par le droit interne français et en y appliquant le taux neutre ou le taux communiqué par l'administration fiscale.

L'employeur peut également s'assurer de l'application des politiques de mobilité internationale mise en place pour certains de ces salariés dans cette configuration (application de l'impôt hypothétique, mécanismes d'égalisation, application des régimes de faveur liés à l'impatriation...).

Le paiement du prélèvement ainsi calculé devra être effectué par le débiteur, par téléversement de manière identique à la TVA.

Concernant les travailleurs frontaliers, l'application des mécanismes du prélèvement à la source suit les principes énoncés par l'article 204 C. En effet, un salarié qui exercerait son activité professionnelle hors de France tout en étant considéré comme résident fiscal de France devra s'acquitter lui-même du paiement de l'acompte (BOI-IR-PAS-10-10-20 n°100). Il convient toutefois de rappeler que dans l'hypothèse où ce revenu ouvre droit à un crédit d'impôt égal à l'impôt français ou au mécanisme du taux effectif (BOI-IR-PAS-10-20), il n'entrera pas dans le champ de ces dispositions.



Ainsi, pour les frontaliers devant s'acquitter d'une imposition en France sur les revenus perçus d'un employeur étranger dans un contexte transfrontalier tel que défini dans un accord frontalier, l'acompte sera dû par le contribuable lui-même.

PERSPECTIVES

A l'aube de l'entrée en vigueur du prélèvement à la source, un certain nombre de mesures tests et transitoires avaient été mises en place et l'Administration faisait preuve d'une certaine tolérance lors des premiers mois d'application du dispositif. Bien entendu, l'enseignement des jurisprudences

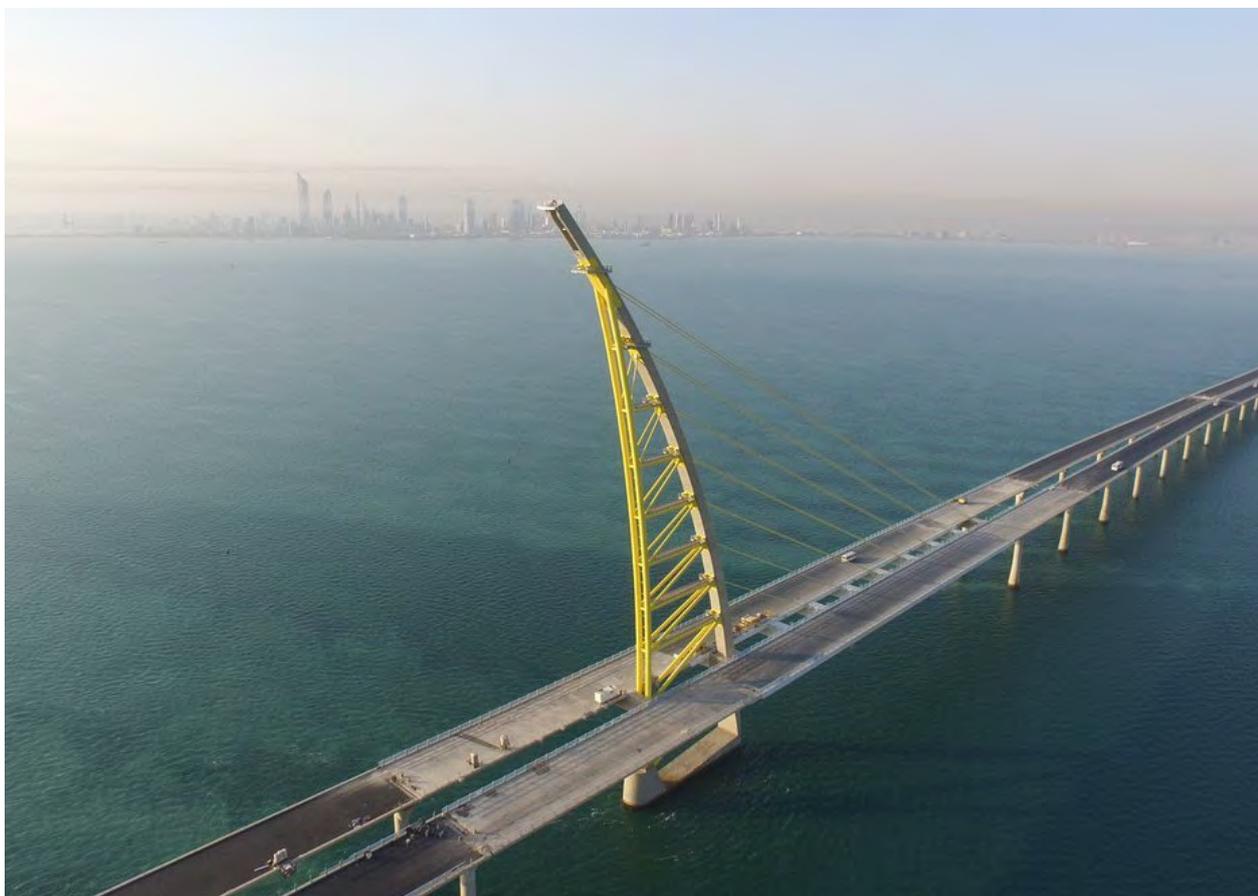
n'est pas encore d'actualité mais on peut raisonnablement penser que la tolérance dont pourraient faire preuve les divers organes de contrôle soit abandonnée et que les mesures coercitives prévues aux articles 1759-0 A du CGI pour sanctionner le défaut de déclaration ou de paiement trouvent désormais à s'appliquer.

Par exemple, il faut savoir que le non dépôt de la déclaration PAS-RAU est sanctionné par une amende de 10% du montant des retenues qui auraient dû être effectuées ou déclarées. L'amende est portée à 40% si l'absence de dépôt se poursuit dans les 30 jours suivant une mise en demeure. En

cas d'inexactitude ou d'omission, l'amende est fixée au taux de 5% du montant des retenues omises et au taux de 40% en cas de manquements délibérés.

Il s'agit donc désormais d'un véritable enjeu fiscal, mais aussi financier, pour les entreprises étrangères employant des salariés français.

*Contacts : Alain Moreau et
Camille Fournier*





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