

Résumé

Relations financières franco-suisse: la suppression de l'**avoir fiscal** induit de sérieuses conséquences pour les actionnaires personnes physiques, notamment pour les résidents suisses qui subiront une augmentation du taux réel de la **retenue à la source** appliquée au premier stade sur les dividendes versés. ➤2-3

Se montrant à la fois pragmatique et répressif, le **Tribunal fédéral** suisse vient de rendre deux arrêts précisant, au sens de l'article 305 ter du Code pénal, la **notion de vigilance** des intermédiaires en matière d'**opérations financières**. ➤4-5

L'invalidation par la Cour de Justice des Communautés Européennes du système français de l'**«exit tax»** ne trouvera pas d'application pratique tant que le texte n'aura pas été modifié; seuls les contribuables ayant acquitté cet impôt peuvent dès aujourd'hui en réclamer la restitution par voie contentieuse. ➤6-7

En France, la donation de titres reçus dans le cadre d'un **plan d'options** peut procurer un **avantage conséquent au donataire**, à savoir une neutralisation de la «plus-value» liée à la levée des options, mais cette opération n'est pas sans risque. ➤8

Les conventions d'actionnaires conclues en Suisse prévoient fréquemment des clauses de **«droit d'emption»** par lesquelles les parties s'octroient le droit d'acquérir les titres d'actionnaires précédés. Or, lorsqu'elles ont la nature d'un **pacte successoral**, ces clauses doivent sous peine de nullité respecter un formalisme particulier. ➤9

Le nouveau régime français des plus-values de cession d'œuvres d'art rend plus attractif, pour les propriétaires résidents de France (ou appelés à se délocaliser), l'option pour le régime des plus-values. ➤10

L'instauration en France d'un nouveau barème d'évaluation fiscale de l'usufruit peut se révéler préjudiciable pour le conjoint survivant bénéficiaire d'une **clause de réversion**. ➤11

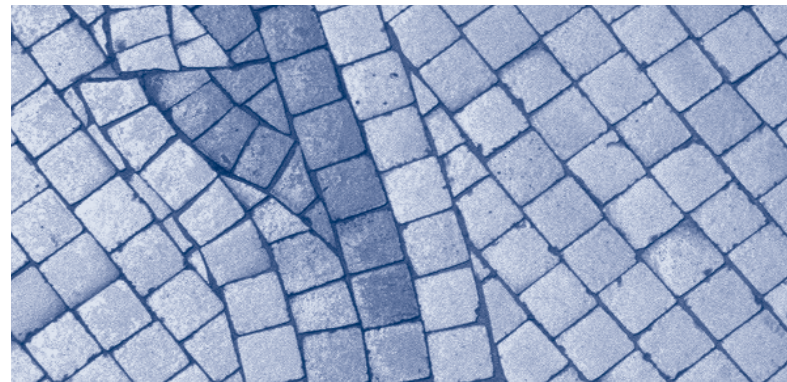
Et aussi notre nouvelle rubrique «**En bref...**». ➤12

Conséquences pour les actionnaires français et suisses de la suppression de l'avoir fiscal

Rappelons que la Loi de finances française pour 2004 supprime l'avoir fiscal sur les dividendes d'actions françaises **distribués à compter du 1^{er} janvier 2005** et le remplace, pour les personnes physiques, par un **régime d'exonération de 50%**, système dit de la **demi-base** (cf. LEDGENDA N°1). Ce changement emporte, outre la disparition de l'avoir fiscal et la fin de son remboursement aux actionnaires étrangers, les conséquences suivantes pour les actionnaires personnes physiques français et suisses.

1) Les **actionnaires français** bénéficient à compter du 1^{er} janvier 2005 de l'abattement de 50% sur les dividendes distribués par les sociétés françaises, mais également - à la différence de l'avoir fiscal - sur ceux distribués par les sociétés ayant leur siège dans un **Etat de l'Union européenne** ou dans un Etat ayant conclu avec la France une convention en vue d'éviter les doubles impositions.

Jusqu'au 1^{er} janvier 2009, il n'est pas exigé, pour le bénéfice de l'abattement de 50%, que les conventions conclues avec la France comportent une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale. Au-delà de ce moratoire de cinq ans, les dividendes distribués par des sociétés domiciliées dans un Etat qui n'aura pas renégocié sa convention fiscale avec la France ne seront plus éligibles au bénéfice de la demi-base. Les sociétés suisses sont concernées par cette mesure dès lors que la convention fiscale franco-suisse ne prévoit pas aujourd'hui de clause d'assistance administrative.



2) Les **actionnaires suisses** bénéficiaient jusqu'à présent, par application de la convention franco-suisse et sous certaines conditions, du **remboursement par le Trésor français de l'avoir fiscal**. La disparition en France de cet avoir fiscal entraîne de facto la fin du remboursement correspondant.

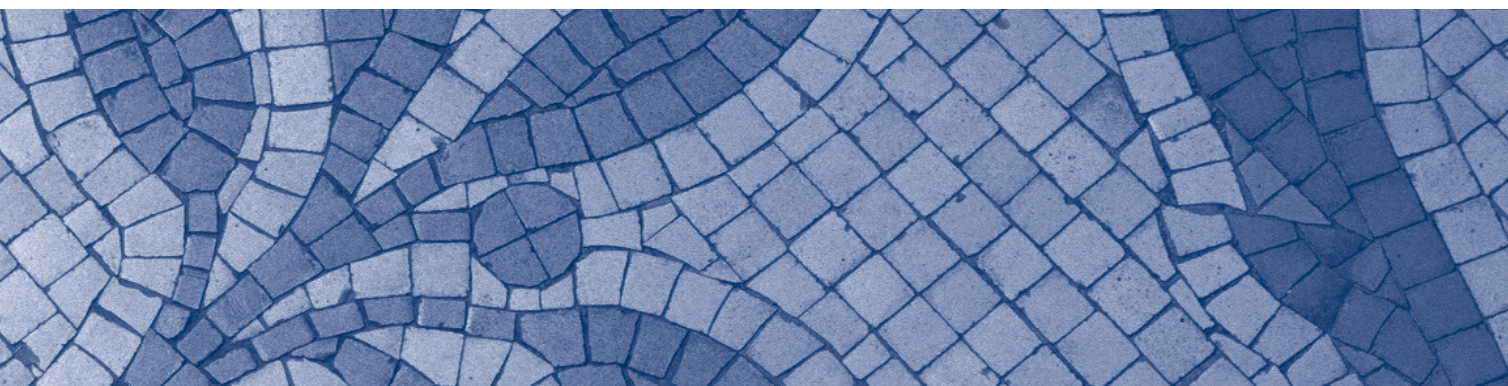
Cette convention bilatérale prévoit par ailleurs, au titre des distributions de dividendes, une retenue à la source au **taux réduit de 15%**, le droit interne français disposant qu'en l'absence de convention, le taux de droit commun est fixé à 25%. Jusqu'à présent, l'administration fiscale française admettait, à titre de règle pratique, de liquider directement, **dès la mise en paiement des dividendes**, la retenue à la source au taux réduit prévu par la convention. Cette faculté était toutefois subordonnée à la condition que le dividende distribué ouvre droit à l'avoir fiscal.

Tirant argument de la suppression de l'avoir fiscal, l'Administration vient d'indiquer que la procédure simplifiée de liquidation de la retenue à la source ne trouvera plus à s'appliquer à compter du 1^{er} janvier 2005, et ce, jusqu'à nouvel ordre (BOI 4 J-1-04, n°63 du 5 avril 2004).

Notre avis:

La perte possible, au 1^{er} janvier 2009, pour les investisseurs français du bénéfice de la demi-base sur les dividendes reçus d'actions de sociétés suisses entraînera sans doute, en l'absence de renégociation de la convention fiscale franco-suisse, la mise en place de sociétés de portefeuille interposées, situées dans un Etat éligible.

Quant aux **investisseurs suisses**, le rehaussement du taux de la retenue à la source et ses impacts en terme de trésorerie et de gestion, risque de les détourner du marché des actions de sociétés françaises.



Vigilance des intermédiaires suisses en matière d'opérations financières

Les 22 et 27 octobre 2003, le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts particulièrement intéressants concernant l'obligation de vigilance des intermédiaires financiers régie par l'article 305 ter al. 1 du Code pénal suisse (CP).

Dans la première affaire; le Tribunal fédéral avait à décider si devait être sanctionnée, en application de cet article, la personne qui n'avait *pas vérifié l'identité* de l'ayant droit économique avec toute la vigilance requise, *mais* l'avait néanmoins *identifié correctement* (ne serait-ce que par chance).

Pour répondre à cette question, le Tribunal fédéral a dû trancher entre deux interprétations possibles de la norme pénale: soit l'infraction est réalisée d'un point de vue objectif lorsque l'auteur n'identifie pas correctement l'ayant droit économique à la suite d'une vérification défailante, soit l'infraction est déjà réalisée du simple fait que l'auteur ne vérifie pas avec la vigilance requise l'identité de l'ayant droit économique, indépendamment du résultat atteint.

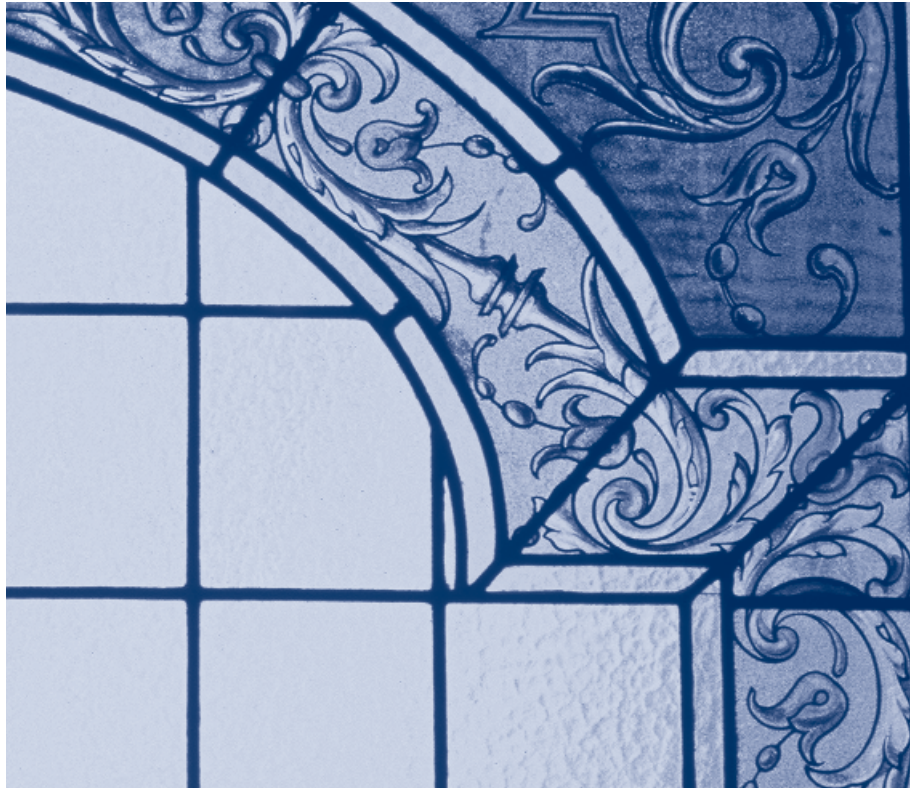
Le Tribunal fédéral a heureusement retenu la première interprétation. Il en découle désormais que l'intermédiaire n'est pas susceptible d'être sanctionné dans les deux cas suivants:

- il n'a pas identifié correctement le véritable ayant droit économique, mais il peut démontrer qu'il s'est efforcé de vérifier avec toute la vigilance que requièrent les circonstances l'identité de celui-ci;
- il a identifié correctement le véritable ayant droit économique (par chance), malgré la légèreté de ses vérifications.

Par suite si la personne astreinte au devoir de vigilance n'identifie pas correctement l'ayant droit (même par chance) et ne vérifie pas l'identité avec la diligence requise par les circonstances, elle est punissable, même si elle n'avait aucune raison de douter de l'origine légale des valeurs patrimoniales. Peu importe – précise le Tribunal fédéral – de savoir si les valeurs patrimoniales concernées ont été ou non obtenues par l'ayant droit économique au moyen d'une infraction.

Dans la seconde affaire; le Tribunal fédéral, appelé à préciser la notion d'intermédiaire financier, étend cette notion à celui qui fait profession de transporter des fonds de l'étranger vers la Suisse, de les changer puis de les placer sur des comptes bancaires.

Tirant les conclusions de cette qualification, le Tribunal fédéral a jugé que les *honoraires* payés au transporteur de fonds, lequel n'avait pas vérifié valablement l'identité de l'ayant droit économique, constituaient le *produit d'une infraction* (art. 305 ter CP) et étaient sujets à *confiscation* ou pouvaient donner lieu au paiement d'une *créance compensatrice* (art. 59 CP).



Notre avis:

Le Tribunal fédéral se montre à la fois pragmatique et répressif. **Pragmatique:** les juges fédéraux privilégient la réalité de la vie économique et permettent, à celui qui sans être irréprochable dans ses procédures de contrôle **identifie correctement l'ayant droit économique**, d'échapper à la sanction pénale de l'article 305 ter CP. **Répressif:** le Tribunal fédéral rappelle que le juge pénal peut aussi utiliser la **voie de la sanction financière**, telle la confiscation des honoraires reçus ou la condamnation au paiement d'une créance compensatrice, sanctions particulièrement pénalisantes pour les intermédiaires financiers. Une banque par exemple pourrait ainsi être amenée à restituer tous les profits réalisés avec des fonds (même d'origine licite) dont l'ayant droit économique n'aurait pas fait l'objet d'une procédure d'identification adéquate.

L'«exit-tax» français invalidé par la Cour de Justice des Communautés Européennes

Les contribuables domiciliés en France pendant au moins six années au cours des dix dernières années sont imposables, à la date du **transfert de leur domicile hors de France**, sur les plus-values latentes incluses dans les droits sociaux représentatifs d'une participation substantielle (supérieure à 25%). Codifiée sous l'article 167 bis du Code Général des Impôts, cette imposition vise à dissuader la délocalisation des chefs d'entreprises préalablement à la cession de leur participation.

La Cour de Justice des Communautés Européennes a été saisie par le Conseil d'Etat d'une question préjudicielle relative à la compatibilité de cette imposition avec le principe supérieur au sein de l'Union Européenne de la **liberté d'établissement**.

Après avoir constaté les **restrictions** posées par ce dispositif au principe de liberté d'établissement, et après avoir recherché si celles-ci pouvaient néanmoins se justifier en France par la poursuite d'un objectif légitime et par des raisons impérieuses d'intérêt général, la Cour a estimé que le mécanisme de l'*exit-tax* n'était pas justifié par un objectif de lutte contre l'évasion fiscale car il laissait présumer que tout contribuable détenant des participations substantielles et transférant son domicile hors de France aurait pour intention d'éluider l'impôt.

La Cour vient donc de juger (aff. C-9/02 du 11 mars 2004) que l'imposition des plus-values latentes, du seul fait du transfert de domicile fiscal hors de France, constitue une **entrave** à cette liberté d'établissement, **dès lors que**:

- cette imposition est dissuasive dans la mesure où les plus-values latentes, immédiatement imposables du seul fait du transfert de domicile, ne l'auraient pas été si le contribuable était resté en France;
- le bénéfice du sursis de paiement (*le paiement effectif de l'impôt peut en effet être différé jusqu'au moment où s'opèrera la cession effective des droits sociaux concernés*) est soumis à des conditions particulièrement strictes, à savoir la constitution de garanties auprès du Trésor français et la désignation d'un représentant en France. Ces conditions se révèlent également restrictives dès lors que le contribuable se trouve privé de la jouissance des biens donnés en garantie.

Notre avis:

les impacts immédiats de cette décision, pourtant très attendue, ne doivent pas être surestimés tant que la France n'aura pas tiré les conséquences de cet arrêt au plan législatif. En pratique, l'*exit-tax* reste exigible et comprise dans les «quitus» fiscaux des contribuables en cours de délocalisation. Néanmoins, les contribuables ayant acquitté cette taxe peuvent, à titre conservatoire, déposer une réclamation contentieuse en vue d'en obtenir restitution.

D'après nos informations, la Direction de la législation fiscale attendait cette décision pour proposer un amendement à l'article 167 bis du CGI. Cette modification devrait, selon toute vraisemblance, intervenir en fin d'année avec le vote d'une loi de finances. Quoiqu'il en soit, la France devrait seulement tirer des conséquences «a minima» en limitant l'impact de cette jurisprudence aux seules délocalisations au sein de l'Union Européenne. Par conséquent, il faut s'attendre à ce que le dispositif actuel de l'*exit-tax* perdure en ce qui concerne les transferts de résidence hors de l'Union Européenne (notamment vers la Suisse).



Régime français des donations de titres reçus suite à des levées d'options

Le mécanisme des **stock-options** consiste, comme on le sait, à accorder aux salariés d'une entreprise, souvent les cadres dirigeants, le droit de souscrire à une augmentation de capital ou d'acheter des actions de cette entreprise à un prix préférentiel, appelé «**prix de levée d'option**» ou «**prix d'exercice**».

L'octroi de stock-options est assorti d'un régime fiscal relativement favorable – les gains échappent à l'impôt sur le revenu au taux progressif (58% contributions sociales incluses) pour être imposés au taux «**préférentiel**» de 40% dès lors que les bénéficiaires s'engagent sur un plan d'option de plus de six années; par exemple:

- **Année N:** Octroi des options pour un prix de levée de 5 euros;
- **Année N+4:** Exercice des options et souscription des actions dont la valeur de marché est égale à 20 euros; constatation d'un avantage égal à 15 euros, lequel sera imposé au taux de 40% lors de la cession des actions;

- **Année N+6:** Cession des actions pour un prix de 30 euros: constatation d'une plus-value de 5 euros imposable au taux de 26% contributions sociales incluses.

Certains proposent, pour **neutraliser l'imposition sur l'avantage** lié à l'exercice des options (15 euros dans notre exemple), de procéder à une **donation des actions reçues** suite à la levée de ces mêmes options. Les auteurs et les professionnels du droit sont aujourd'hui partagés sur la pertinence de ce schéma.

S'appuyant sur une lecture littérale du texte – l'article 163 II bis C du CGI dispose que l'avantage est imposé dans les conditions des **cessions à titres onéreux** (sous-entendu de titres) – la **doctrine majoritaire** estime, par un raisonnement a contrario qu'une **donation** (transmission à titre gratuit) place l'avantage hors du champ de l'imposition.

La **doctrine minoritaire** considère au contraire que l'intention du Législateur, clairement traduite par l'article 80 bis du CGI (lequel dispose que l'avantage «constitue pour le bénéficiaire un complément de salaire imposable dans les conditions prévues au II de l'article 163 bis C») a été de qualifier cet «avantage» de **complément de salaire**. Dans ces conditions, une donation de titres ne pourrait pas purger l'imposition.

Notre avis:

La pratique de la donation d'actions reçues suite à une levée d'option est relativement récente. Ni la jurisprudence, ni l'Administration fiscale n'ayant encore pris position, nous recommandons d'appréhender ce type d'opération avec prudence.

Droits d'emption dans les conventions d'actionnaires en Suisse

Les actionnaires d'une société anonyme peuvent conclure entre eux des accords privés distincts des statuts de la société. Ces *conventions d'actionnaires* visent le plus souvent à régler les modalités d'exercice des droits de vote aux assemblées (conventions de vote) ou à organiser la transmission des titres lorsque l'un des actionnaires cesse d'être partie à l'accord, voire sort du capital social.

En ce qui concerne cette seconde question, il n'est pas rare que les actionnaires parties à l'accord s'octroient réciproquement le droit d'acquérir leurs actions respectives au jour de leur décès. On parle de droit d'emption. Les actionnaires survivants parties à l'accord ont alors le choix soit d'exercer ce droit pour acquérir les actions de l'actionnaire décédé, soit d'y renoncer.

Dans ce contexte, se pose la question de la nature d'un tel droit d'emption: acte entre vifs ou disposition à cause de mort?

La qualification est ici essentielle. En effet, les actes entre vifs ne sont soumis à aucune forme particulière, mais si la clause est qualifiée d'acte pour cause de mort, elle doit alors impérativement revêtir, sous peine d'annulabilité, la forme imposée par la loi pour les pactes successoraux: l'acte doit être reçu en la forme authentique, devant un officier public (notaire) et avec le concours de deux témoins.

Il n'existe pas de règle absolue permettant de classer certains droits d'emption parmi les actes entre vifs et d'autres parmi les actes pour cause de mort. Chaque clause doit faire l'objet d'un examen approfondi pour déterminer si, selon la volonté des parties, l'acte produit ses effets du vivant de celles-ci (acte entre vifs) ou seulement à leur décès (acte pour cause de mort). Si les actionnaires n'observent pas ces exigences de forme, ils courent le risque que la clause d'emption soit invalidée par une décision de justice rendue à l'initiative de l'un des héritiers ou légataires de l'actionnaire décédé.

Notre avis:

Les actionnaires considèrent souvent que la conclusion d'une convention relève uniquement du droit des contrats. Pourtant, un droit d'emption qui peut s'exercer au décès de l'un des actionnaires partie à la convention, clause fréquente au sein des sociétés familiales, peut être qualifié d'acte pour cause de mort et entraîner son annulation si les formes du pacte successoral n'ont pas été respectées. Il est recommandé en cas de doute de procéder à un examen attentif des clauses insérées dans la convention.

Nouveau régime des plus-values de cession d'œuvres d'art

Les cessions d'œuvres d'art, dont le prix est égal ou supérieur à 5 000 euros, réalisées par des particuliers fiscalement domiciliés en France sont soumises au choix du contribuable:

- soit, à une **taxation forfaitaire de 5%** (CSG incluse) calculée sur le prix de vente de l'œuvre,
- soit, au régime des **plus-values sur biens meubles** lorsque le contribuable peut justifier de la date et du prix d'acquisition de l'œuvre d'art.

La loi de finances pour 2004 rend désormais beaucoup plus attractif ce régime «optionnel», en effet:

- L'imposition des plus-values au **taux proportionnel de 26%** (prélèvements sociaux inclus) se substitue au barème progressif de l'impôt sur le revenu (taux marginal de 58% environ);
- L'exonération totale des plus-values est acquise lorsque les œuvres sont détenues depuis **plus de 12 ans** (contre 22 ans pour le régime antérieur), ceci par l'application d'un abattement sur la plus-value de 10% par année de détention à compter de la deuxième année.

Notons que ce régime n'est pas ouvert aux personnes qui ne sont pas fiscalement domiciliées en France. Celles-ci ne peuvent donc opter pour une imposition des plus-values sur biens meubles et se trouvent nécessairement soumises à la taxe forfaitaire de 5%.

Notre avis:

Les œuvres exportées vers un pays qui ne dépend pas de l'UE subissent la taxe forfaitaire de 5% calculée sur leur valeur vénale (alinéa 1^{er} de l'article 150 V quater du CGI). Leurs propriétaires résidents de France, qu'ils demeurent dans ce pays ou qu'ils se délocalisent, ont tout intérêt, lorsque les œuvres auront été détenues pendant plus de 12 ans, à «opter» pour le régime plus-value.

Les effets du nouveau barème usufruit / nue-propriété

La loi de finances pour 2004 a instauré en France un nouveau barème d'évaluation fiscale de l'usufruit qui tient compte désormais d'une espérance de vie actualisée. La valeur de l'usufruit se trouve substantiellement réévaluée et, corrélativement, celle de la nue-propriété, diminuée (ces «notions» se complétant pour constituer la pleine propriété).

Cette réforme unanimement saluée comme positive – elle permet en effet de **réduire l'assiette des droits de donation** en cas de donation de la seule **nue-propriété** – présente cependant des effets pervers pour le conjoint survivant, lorsque ce dernier bénéficie d'une réversion d'usufruit.

Illustrons notre propos par l'exemple suivant: un homme âgé de 63 ans a donné à ses enfants, en 2003, la nue-propriété d'un immeuble et il en a donc conservé l'usufruit, une clause de réversion à son décès de l'usufruit sur la tête de son conjoint ayant été stipulée dans l'acte. Lors de la donation, les droits ont été liquidés sur 80% de la valeur du bien, l'**usufruit réservé représentant 20%** (selon l'ancien barème). En cas de décès du donateur postérieurement au 1^{er} janvier 2004, les droits de succession sur l'usufruit réservé à son épouse seront calculés d'après le nouveau barème, c'est-à-dire non pas à hauteur de 20%, mais désormais de 40%. Les droits de mutation à titre gratuit auront finalement été calculés sur 120% de la valeur du bien...

Notre avis:

Il est souhaitable de réétudier les actes de donation reçus avant le 1^{er} janvier 2004 afin d'en mesurer la portée à l'aune du nouveau régime. Dans certains cas des solutions alternatives pourront, dans des situations critiques, être mises en place afin de palier les risques éventuels de double imposition: changement de régime matrimonial par exemple.

En bref...

Représentant fiscal en France: On sait que les personnes physiques ou morales non domiciliées en France sont redevables, sur leurs **plus-values immobilières** (ou assimilées) réalisées en France, d'un **prélèvement forfaitaire** de 16 % lorsqu'elles résident dans un pays de l'UE, ou d'un tiers dans les autres cas (article 244 bis A du CGI). Ce prélèvement est acquitté sous la responsabilité d'un représentant fiscal. L'Administration vient de supprimer cette obligation pour les **personnes physiques** lorsque le prix de cession est inférieur ou égal à 150 000 € ou que la cession bénéficie d'une exonération liée à la durée de détention du bien pendant plus de 15 ans (Inst. BOI 8M-2-04 du 19 février 2004, applicable aux actes conclus à compter du 1^{er} mars). Quant à elles, les **personnes morales** restent soumises en toutes circonstances à l'obligation de désigner un représentant accrédité en France.

Transferts de fonds: Les personnes physiques qui transfèrent de France vers l'étranger ou de l'étranger vers la France des sommes, titres ou valeurs dont le montant est supérieur à **7 600 €** doivent en faire la déclaration aux autorités douanières ou fiscales françaises (article 1649 quater A du CGI). Par une interprétation extensive (et contestable), les autorités françaises estiment que ce montant s'apprécie **au niveau du foyer fiscal**; ce qui ramène ainsi le seuil fixé par la loi à **3 800 €** pour chacune des personnes composant un couple de résidents français et voyageant ensemble.

Passif déductible de l'ISF: Même lorsqu'il ressort d'un simple relevé de banque, le **solde débiteur d'un compte** peut être valablement inclus dans le **passif déductible de l'assiette de l'ISF** (article 885 Z du CGI); **arrêt rendu par la Cour de Cassation** dans un dossier suivi par notre Réseau qui a jugé que le **relevé justifie en soi** de l'existence, de l'objet et du montant de la dette (n°1805 FD du 10 décembre 2003).

Convention fiscale franco-monégasque: L'ISF, dont on rappelle qu'il est entré en vigueur en **1989**, n'était **pas couvert** jusqu'à présent par cette convention fiscale du **18 mai 1963**. Les français, résidant à Monaco étaient donc considérés comme des **non-résidents de France** et, par suite, soumis à cet impôt seulement sur les actifs qu'ils possédaient en France. Pour ceux de ces résidents qui ont transporté à Monaco leur résidence à compter du 1^{er} janvier 1989, un avenant, en cours de ratification devant le Parlement, prévoit leur **assujettissement à l'ISF dans les mêmes conditions** que si elles avaient leur **résidence en France**. Cet avenant qui entraînera un élargissement de l'assiette de leur ISF devrait au surplus s'appliquer rétroactivement à compter du 1^{er} janvier 2002.



Réseau d'Avocats

Cabinets membres:

Fasel Bochatay Tsimaratos
rue du 31-Décembre 47
1207 Genève
Tél. + 41 22 849 60 40
Fax + 41 22 849 60 50
info@fbt.ch

CLC. avocats
65, avenue Marceau
75116 Paris
Tél. + 33 1 47 20 72 72
Fax + 33 1 47 20 72 70
clc@clc-avocats.com