

Résumé

- ›2 La Commission suisse des OPA contrôle désormais si la **clause statutaire d'opting out**, évitant à un actionnaire d'être obligé de présenter une OPA, n'induit pas pour les autres actionnaires une inégalité de traitement ou un préjudice non justifié par le but de la société cotée.
- ›4 Les nouvelles mesures allégeant la pression de l'**ISF** pour les contribuables français, même si elles peuvent paraître insuffisantes, étendent néanmoins le champ d'application des biens professionnels **exonérés d'ISF** et, en tout état de cause, limitent à 71% des revenus le montant de cet impôt.
- ›6 En raison des écarts de **cotisations sociales** constatés entre les Etats, les entreprises implantées en Suisse à proximité de la frontière avec ses Etats voisins, ont tout intérêt à gérer avec attention la situation de leurs **salariés frontaliers ou détachés**.
- ›8 Une **donation** réalisée par un **non résident de France** au profit d'un bénéficiaire ayant son domicile fiscal en France depuis moins de six ans n'y est pas soumise aux droits de mutations à titre gratuit.
- ›10 La Suisse met en place, à compter du 1^{er} janvier 2006, un système de **surveillance accru des compagnies d'assurance**, mais surtout des **courtiers** agissant à titre indépendant.

La clause d'*opting out*, clause virtuelle du droit suisse ?

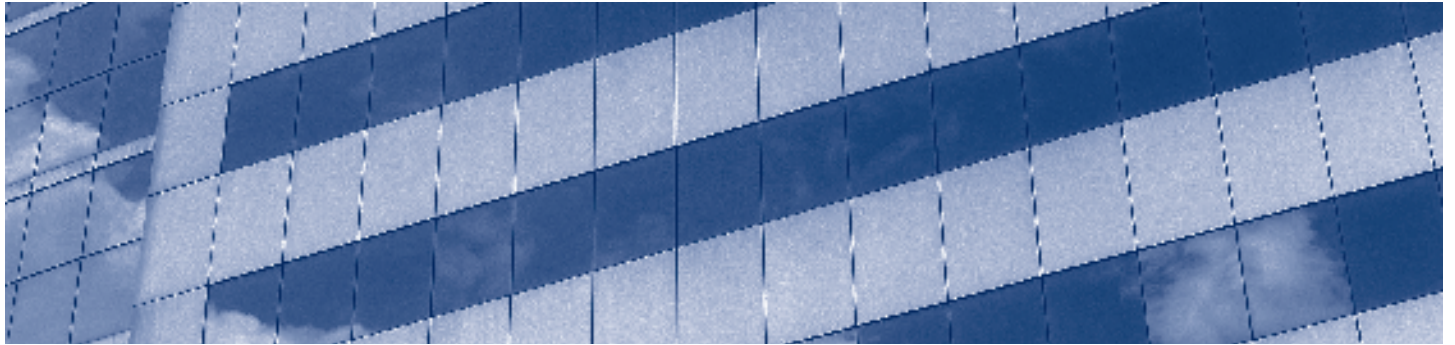
La loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (la «LBVM») pose le principe que quiconque franchit le seuil de 33,33% des droits de vote d'une société cotée («l'Offrant») doit nécessairement présenter une **offre publique d'acquisition** («OPA») de tous les autres titres cotés de ladite société. Cette loi prévoit cependant une **exception** à ce principe visant les sociétés suisses dont une partie des titres sont cotés en Suisse. Elles peuvent en effet organiser dans leurs statuts une dérogation à la LBVM prévoyant qu'un Offrant n'est pas tenu de présenter une OPA. Une telle clause insérée dans les statuts dès l'origine, ou ultérieurement par une modification décidée par une assemblée générale, et exemptant l'Offrant de l'obligation de présenter une OPA est appelée «*clause d'opting out*».

Au cours de ces derniers mois, la Commission des OPA (la «COPA») – autorité de surveillance en matière d'OPA – a rendu plusieurs recommandations consacrant un changement de sa pratique en ce qui concerne son pouvoir d'examen de la **validité** des clauses d'*opting out*.

La LBVM prévoit qu'une clause d'*opting out* est valable dès lors qu'elle n'entraîne pas pour les actionnaires un **préjudice**, notion définie par un renvoi à l'article 706 du Code des obligations («CO»). C'est sur l'interprétation et la portée de ce renvoi légal que la COPA s'est prononcée au regard de son pouvoir à contrôler la validité d'une clause d'*opting out*.

Jusqu'à présent, la COPA n'exerçait son pouvoir d'annulation d'une clause d'*opting out* que lorsque celle-ci avait été adoptée dans le cadre d'une décision de l'assemblée générale que la loi considérerait comme **radicalement nulle**, ceci en raison de vices reconnus comme particulièrement graves. Désormais, la COPA considère qu'elle est également compétente pour contrôler la validité d'une clause d'*opting out* qui a été insérée dans les statuts de la société dans le cadre d'une décision de l'assemblée générale qui serait **simpletment annulable**. Elle est ainsi en mesure de contrôler les motifs ayant incité le conseil d'administration et/ou l'Offrant potentiel à proposer à l'assemblée générale d'introduire une clause d'*opting out* dans les statuts de la société.





Cette nouvelle approche permet ainsi à la COPA de considérer qu'une clause d'*opting out* n'est pas valable lorsqu'elle a été introduite dans les statuts par une décision de l'assemblée générale entraînant pour les actionnaires **une inégalité de traitement ou un préjudice non justifiés par le but de la société**. En pareil cas, la COPA peut en outre invalider, **sans condition de délai**, cette clause d'*opting out* fondée sur une **décision simplement annulable** de l'assemblée générale, alors même que les actionnaires, en ce qui les concerne, ne pourraient invoquer une telle nullité que dans **les deux mois** de cette décision.

Notre avis:

Les pouvoirs nouveaux que la COPA s'est arrogés doivent inciter les investisseurs potentiels à la prudence. En effet, si la COPA parvient à la conclusion que la clause d'*opting out* entraîne une inégalité de traitement ou un préjudice au détriment des actionnaires minoritaires, elle déclarera que cette clause n'est pas valable, avec pour conséquence pour l'actionnaire ayant dépassé le seuil de 33,33 % de devoir présenter une OPA sur tous les titres cotés de la société cible. Le risque se révélera particulièrement élevé pour un actionnaire de référence qui aura pu influencer directement ou indirectement le vote sur la clause d'*opting out*. En toute logique, la COPA devrait être habilitée seulement à contrôler que les actionnaires ayant voté l'introduction d'une clause d'*opting out* l'ont fait **en toute connaissance de cause**, c'est-à-dire sur la base d'informations exactes et complètes données par le conseil d'administration de la société, de manière à ce que les minoritaires soient en mesure de demander, le cas échéant, l'annulation de cette décision dans le délai légal de deux mois.

Le recul de l'ISF en France : mythe ou réalité ?

L'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) suscite en France, depuis sa création, de vives polémiques entre les partisans de son maintien, voire de son durcissement, et ceux plaidant pour son allègement ou sa suppression pure et simple. Si les effets de cet impôt sur les investissements sont depuis longtemps dénoncés, en particulier eu égard aux délocalisations qu'ils entraînent, c'est l'entrée de nombreux redevables dans l'ISF, du fait notamment de la flambée de l'immobilier, qui a relancé cette année le débat sur la réforme de cet impôt.

Refusant de sortir la résidence principale de l'assiette de l'ISF pour des raisons po-

litiques, le Gouvernement français a choisi la voie de la réforme déguisée en mettant en place le système du « bouclier fiscal ». Sur proposition des parlementaires, il a par ailleurs instauré un régime spécifique d'exonération sur les actions détenues par les dirigeants et les salariés, ceci indépendamment de la notion de biens professionnels. Ces deux dispositions sont entrées en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2006.

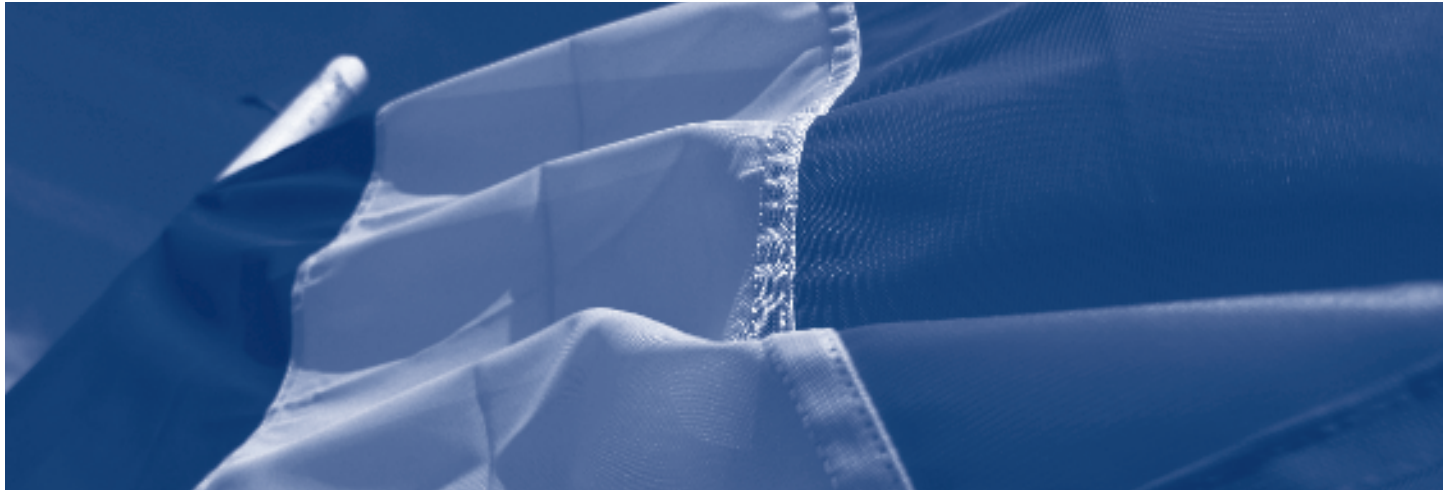
1°) La loi institue donc un plafonnement des impositions directes – impôt sur le revenu, ISF et taxes locales afférentes à la résidence principale – à hauteur de 60% des revenus perçus par les contribuables ayant

leur domicile fiscal en France. Compte tenu des prélèvements sociaux qui s'élèvent à 11% et qui sont exclus du plafonnement, ce dernier porte en fait sur 71% des revenus perçus. D'un point de vue pratique, cette mesure prévoit, en cas de dépassement de ce plafond, une restitution du trop perçu par l'Etat au cours de l'année suivante.

Cette mesure à caractère général complète utilement le régime de plafonnement existant, dont l'efficacité s'est avérée limitée.

2°) Désormais, les salariés et les dirigeants d'entreprise sont exonérés d'ISF à concurrence de 75% de la valeur des parts et actions qu'ils détiennent, à la condition qu'ils conservent leurs titres pendant une durée minimale de six ans à compter du 1^{er} janvier de la première année au titre de laquelle l'exonération est demandée. Cette exonération s'applique également aux titres détenus depuis au moins trois ans par le redevable au moment de son départ à la retraite (sous réserve que celui-ci les conserve pendant au moins six ans dans les conditions développées ci-avant).





Cette mesure, destinée à consolider l'actionnariat, réduit considérablement le poids de l'ISF pour les contribuables actionnaires qui ne sont pas éligibles au régime des biens professionnels, à savoir les dirigeants qui se trouvent en dessous du seuil minimum de détention de 25% (ou dont la participation représente moins de 50% de leur patrimoine) et les salariés.

Notre avis:

Ces deux mesures constituent de réelles avancées dans un contexte franco-français. Pour la première, parce que le plafonnement des impositions directes à hauteur de 60% des revenus perçus permet de limiter l'ISF de façon significative pour les contribuables **imposés dans les hautes tranches**, mais disposant de **faibles revenus** ; pour la seconde, parce qu'elle étend considérablement, en pratique, le champ d'application des biens professionnels exonérés d'ISF.

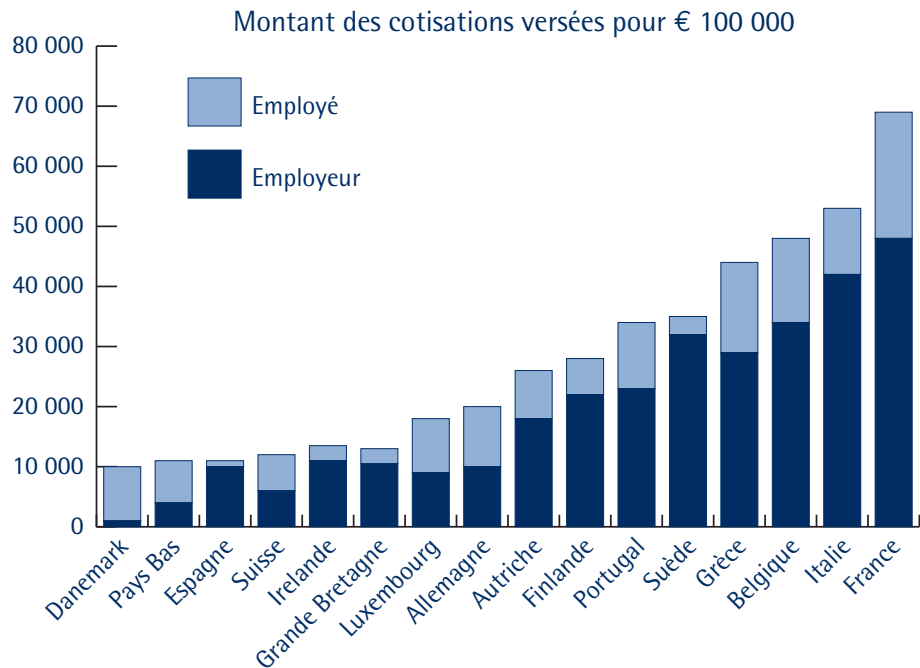
Quoi qu'il en soit, la position de la France reste isolée par rapport aux autres pays de l'Union. En effet, l'ISF n'existe ni en Belgique, ni en Angleterre et il a été supprimé en Allemagne, en Autriche, au Danemark et aux Pays-Bas.

L'application aux travailleurs frontaliers du régime d'assurance vieillesse

La Suisse et l'Union Européenne ont conclu, dans le cadre de l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes, un texte (annexe II A) régissant la coordination de leurs systèmes de sécurité sociale («l'Accord»).

Cet Accord reprend l'acquis communautaire et, notamment, détermine la législation applicable à un travailleur frontalier ou détaché depuis un pays de l'Union Européenne sur le territoire helvétique. En l'espèce, un travailleur frontalier se définit comme tout travailleur salarié qui exerce son activité professionnelle sur le territoire helvétique et qui réside sur le territoire d'un Etat frontalier, vers lequel il retourne chaque jour ou au moins une fois par semaine.

En principe, le travailleur frontalier est soumis à la législation de l'Etat sur le territoire duquel il exerce son activité. En d'autres termes, un salarié européen domicilié en zone frontalière, par exemple en France voisine de Genève, et travaillant pour le compte d'une société dont le siège est en Suisse, sera soumis à la sécurité



sociale helvétique, notamment en matière d'assurance vieillesse et survivants («AVS»). Cette affiliation est généralement avantageuse, car le niveau des cotisations est, en Suisse, comparativement inférieur à celui des pays frontaliers (France, Italie, Autriche, Allemagne). Le graphique ci-dessus illustre cette situation dans le cas d'un revenu de 100 000 €.

Ce principe d'affiliation souffre de quelques exceptions, notamment dans les deux cas suivants.

- **Activité lucrative dans plusieurs pays**: en pareille situation, le travailleur se trouve relever de la législation de son Etat de résidence s'il exerce également une activité dans cet Etat. Il s'opère ainsi «un changement de juridiction» lorsque le

Frontaliers et détachés

Suisse helvétique

travailleur frontalier, qui travaillait auparavant à 100% en Suisse, exerce désormais partiellement son activité dans son Etat de résidence, pour la même entreprise suisse.

- **Travailleurs salariés en France détachés en Suisse pour une période limitée :** ils demeurent soumis au régime d'assurance du pays dans lequel se trouve le siège de leur entreprise. Ainsi, le travailleur détaché

reste assujéti aux cotisations françaises s'il est détaché d'une entreprise ayant son siège en France, dès lors que le détachement en Suisse ne dépasse pas 12 mois.

Indépendamment du niveau des cotisations, cette solution revêt l'avantage pour le travailleur et pour l'employeur de simplifier les procédures administratives et d'unifier les régimes de vieillesse.



Notre avis :

Le changement de régime tiré de la nouvelle réglementation issue des accords bilatéraux appelle les deux recommandations suivantes en matière de sécurité sociale :

- i) dans le cadre d'un détachement, la **planification** reste primordiale pour pouvoir apprécier les avantages et les inconvénients de l'une ou l'autre solution, maintien de l'affiliation au siège de la société ou affiliation dans le pays de détachement ;
- ii) la modification de l'organisation du travail d'un travailleur frontalier nécessite une attention toute particulière lorsqu'elle implique l'exercice de l'activité professionnelle **partiellement** dans un autre pays que l'Etat de domicile de la société.

Donation par un non-résident de France

En matière de droits de donation, la France n'a conclu que **sept conventions** internationales de lutte contre les doubles impositions. Dans ces conditions, les règles de territorialités régissant les droits de donation relèvent le plus souvent des dispositions du **droit interne** français, et en particulier de l'article 750 ter 3° du Code général des impôts (CGI) qui trouve à s'appliquer aux donations consenties par un **donateur non-résident** à un **bénéficiaire** ayant son domicile fiscal en France.

Par application de cet article, le Législateur français a toutefois placé **hors du champ d'application de cette imposition** les donations consenties :

- par un donateur n'ayant pas son domicile fiscal en France, c'est-à-dire n'étant pas résident au jour de la donation ;
- au bénéfice d'un donataire ayant eu son domicile fiscal en

France depuis **moins de six ans** au cours des **dix dernières années** précédant celle au cours de laquelle il reçoit les biens.

Pour l'application de cette disposition, le domicile fiscal s'apprécie pour chaque année écoulée, et sous réserve des conventions internationales, au regard des dispositions de l'article 4B du CGI qui le définit comme étant le lieu où la personne :

- a son foyer ou son lieu de séjour principal en France ;
- ou y exerce une activité professionnelle ;
- ou a le centre de ses intérêts économiques en France.

L'administration fiscale a précisé les conditions d'application dans le temps de l'article 750 ter 3° du CGI et indiqué que la période de six ans pendant les dix années précédant le fait générateur de l'impôt pourrait ne pas être une période strictement continue.



Notre avis:

En pratique, peu de donations de cette nature sont officiellement constatées en France, soit par un acte en la forme authentique passé par devant par un Officier ministériel, soit par une simple déclaration de don manuel enregistrée à la Recette des impôts territorialement compétente.

Pourtant, les contribuables ont tout intérêt, lorsqu'ils se trouvent sans contestation sérieuse possible dans la situation visée par l'article 750 ter 3° du CGI, à officialiser ces transmissions en les rendant ainsi opposables à l'Administration, ceci en franchise totale de droits, et en bénéficiant des règles de prescription.

Tel pourrait être par exemple le cas de parents résidents étrangers souhaitant consentir une donation à l'un de leurs enfants qui s'installe en France où qui y séjourne depuis moins de six ans.



Accroissement de la surveillance et des intermédiaires d'assurance

Une nouvelle loi est entrée en vigueur en Suisse le 1^{er} janvier 2006 prévoyant plusieurs **modifications substantielles** concernant la surveillance et l'exercice de l'activité d'assureur privé.

Tout d'abord, ce texte remplace, dans la majorité des cas, le contrôle préalable des produits d'assurance par un **contrôle accru de la solvabilité de l'assureur lui-même**. Dans le même sens, la nouvelle loi institue également une surveillance des intermédiaires en assurances, mesure motivée essentiellement par la **protection des consommateurs**.

En second lieu, dans le cadre de la surveillance, le Législateur a prévu des obligations générales, tels que le **devoir d'information** au preneur ou l'**interdiction d'intermédiation** pour le compte d'assureurs **non autorisés en Suisse** qui s'appliquent à tous les intermédiaires sans distinction. La loi a également mis en place des obligations spécifiques, selon que les intermédiaires sont liés, ou non, à une ou plusieurs entreprises d'assurance. Désormais, les intermédiaires **« non liés » juridiquement ou économiquement à une entreprise d'assurance** (à savoir ceux en charge de la défense des intérêts des preneurs) sont tenus de se faire inscrire sur un **registre spécifique** institué par la loi.

Naturellement, dans l'intérêt de la protection des assurés, la loi pose des conditions particulières à ces intermédiaires pour l'**obtention de l'enregistrement** ayant valeur d'agrément : ils doivent désormais démontrer avoir des « qualifications professionnelles suffisantes » (condition liée à la réussite d'un examen professionnel) et doivent avoir conclu une assurance responsabilité civile professionnelle d'un montant minimum de CHF 2'000'000 (ou avoir fourni des garanties financières équivalentes). L'exercice d'une activité d'intermédiaire par une personne tenue de se faire enregistrer et qui a omis de le faire, ou par une personne radiée, entraîne des **sanctions pénales**, jusqu'à un an d'emprisonnement ou une amende allant jusqu'à CHF 1'000'000.

La loi laisse aux intermédiaires d'assurance concernés un délai expirant à fin juin 2006 pour se mettre en règle et se faire enregistrer.

Enfin, à ces nouvelles contraintes, s'ajoute le fait que l'intermédiaire d'assurance « non lié » est désormais considéré comme un intermédiaire financier au sens de la loi luttant contre le **blanchiment d'argent**. À ce titre, ces nouveaux intermédiaires sont donc tenus de respecter les obligations de diligence en découlant.



ance des « compagnies » nce

Notre avis:

L'activité d'intermédiation en assurances, précédemment très peu régulée en Suisse, devient désormais une activité surveillée impliquant d'importantes responsabilités. Dans un contexte où jusqu'à présent un certain flou a régné quant au rôle des courtiers (au point qu'il était parfois difficile de savoir s'ils agissaient dans l'intérêt des preneurs ou pour le compte d'un assureur) la nouvelle loi apporte aux preneurs une vraie transparence. Mais elle ne rend guère la tâche facile aux intermédiaires. En effet, bien que la loi et son ordonnance d'application décrivent dans un catalogue les principaux critères qui permettent de déterminer si l'on a comme interlocuteur un intermédiaire « non lié », les personnes concernées ont tout intérêt – en gardant à l'esprit les sanctions auxquelles elles s'exposent – à vérifier très soigneusement si elles entrent dans les cas nécessitant un enregistrement.





Cabinets membres :

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

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

RWB
Avenue C.-F. Ramuz, 43
Case postale 1376
CH-1001 Lausanne
Tél. +41 21 711 71 00
Fax +41 21 711 71 57
www.rwblaw.ch



Réseau d'Avocats