

4/16



Revue
de droit privé et fiscal
du patrimoine

Éditée par
le Centre de droit notarial
(*Faculté de droit de l'Université de Lausanne*)

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



not@lex

Table des matières



Article de fond I

p. 101

Les nouvelles règles de transparence pour les sociétés non cotées

Sébastien Bettschart, Avocat, Dr en droit, LL.M. (NYU), Genève, Chargé de cours à l'Université de Fribourg

Philipp Fischer, Avocat, LL.M. (Harvard), Genève



Article de fond II

p. 122

Coup d'œil sur l'évolution actuelle du notariat en Europe

Robert-Pascal Fontanet, notaire à Genève, DES en droit



Tribunaux

p. 135

Chronique de jurisprudence fiscale

Michel Monod, notaire, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

Séverine L'Eplattenier, assistante diplômée au Centre de droit notarial de l'Université de Lausanne

Les nouvelles règles de transparence pour les sociétés non cotées

**Sébastien Bettschart, Avocat, Dr en droit, LL.M. (NYU), Genève,
Chargé de cours à l'Université de Fribourg
Philipp Fischer, Avocat, LL.M. (Harvard), Genève**

Quels sont les principaux éléments à retenir de l'introduction en droit des sociétés des dispositions mettant en œuvre les recommandations du GAFI et du Forum mondial, notamment du point de vue de la pratique notariale ? Ces nouvelles dispositions, adoptées en toute hâte, prévoient de nouvelles obligations tant pour les actionnaires que pour les sociétés dont les titres ne sont pas cotés à la bourse. Ressortissant en réalité au droit pénal, plus particulièrement à la lutte contre le blanchiment d'argent, elles soulèvent de nombreuses difficultés d'interprétation, par exemple s'agissant de l'identification de l'ayant droit économique des personnes acquérant plus de 25% du capital-actions ou des voix d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée. Les sanctions pour les actionnaires ou associés qui ne respecteraient pas leurs obligations d'annoncer sont draconiennes et ont des conséquences indésirables pour la vie des sociétés. Il convient par conséquent de ne pas étendre la portée de ces dispositions au-delà ce qui est strictement nécessaire.

Welche grundlegenden Elemente sind im Zusammenhang mit der Umsetzung der Empfehlungen des GAFI (Arbeitsgruppe für finanzielle Massnahmen gegen Geldwäsche) sowie des «Forum mondial» im Gesellschaftsrecht zu beachten, insbesondere was den Blickwinkel aus der Notariatspraxis betrifft? Die entsprechenden, in aller Eile eingeführten Bestimmungen sehen neue Verpflichtungen sowie für die Aktionäre als auch für die nicht börsen-kotierten Gesellschaften selber vor. Eigentlich aus dem Bereich des Strafrechts, genauer der Bekämpfung der Geldwäscherei, stammend, schaffen sie zahlreiche Auslegungsprobleme, beispielsweise was die Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten mit Bezug auf Personen betrifft, die mehr als 25 Prozent des nominellen Kapitals oder der Stimmrechte an einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung besitzen. Die Strafen für Aktionäre oder Gesellschafter, die ihre Offenlegungspflichten verletzen, sind drakonisch und haben unerwünschte Konsequenzen für die betroffenen Gesellschaften zur Folge. Es ist deshalb angebracht, die Tragweite dieser Bestimmungen nicht über das strikt Nötige hinaus auszudehnen.



Table des matières

- I. Contexte international**
 - A. Le GAFI**
 - B. Le Forum mondial**
 - C. Exigences du GAFI et du Forum mondial**
 - D. Évaluations par le GAFI et le Forum mondial**
- II. Transposition nationale (Lex GAFI)**
 - A. En général**
 - B. *Ratio legis***
- III. Nouvelles dispositions du CO**
 - A. En général**
 - B. Obligations qui incombent aux titulaires de parts**
 - C. Obligations qui incombent aux sociétés**
 - 1. En général
 - 2. Obligations de vérification et d'information
 - D. Sanctions et conséquences**
 - 1. Pour les titulaires de parts
 - 2. Pour les sociétés
 - 3. Absence de dispositions pénales spécifiques
- IV. Définition de l'ayant droit économique**
 - A. Considérations générales**
 - B. Définition légale selon le CO**
 - C. Mise en œuvre pratique**
 - 1. L'acquéreur de la participation significative est une personne physique
 - 2. L'acquéreur de la participation significative est une personne morale
 - D. Exceptions à l'identification de l'ayant droit économique**
 - E. Identification de l'ayant droit économique en matière de placements collectifs**
- V. Remarques pour les notaires**
 - A. Adaptation des statuts**
 - 1. Conversion des actions
 - 2. Obligations de transparence
 - B. Fondation et augmentation du capital**
 - C. Possibilité d'inscription supplémentaire au registre du commerce**
 - D. Obligations du notaire**
- VI. Conclusion**

I. Contexte international

A. Le GAFI

Le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) est un organisme intergouvernemental qui a été créé lors du sommet du G7 qui s'est tenu à Paris en 1989 dans le but de lutter contre l'utilisation du système bancaire et financier aux fins de blanchir l'argent provenant du trafic de la drogue¹. Dès 2001, son mandat a été étendu pour intégrer les efforts de lutte contre le financement du terrorisme.

¹ G7, Economic Declaration, July 1989, *cf.* www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/communique/index.html.

De nature informelle, le GAFI ne constitue pas une véritable organisation internationale mais seulement une force d'action, de durée déterminée, agissant sur la base d'un mandat des gouvernements membres du GAFI².

Le GAFI se compose actuellement de 37 membres (dont les États-Unis, la Commission européenne et la Suisse)³.

Conformément à son mandat actuel (2012–2020), le GAFI a pour mission d'examiner les techniques et les tendances du blanchiment de capitaux, et d'élaborer des recommandations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les autres menaces liées pour l'intégrité du système financier international. Il collabore également à l'identification des vulnérabilités au niveau des pays en vue de protéger le secteur financier international contre les détournements⁴.

Dès 1990, le GAFI a élaboré une série de recommandations en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ainsi que, depuis 2008, le financement de la prolifération des armes de destruction massive⁵. Elles ont été révisées pour la dernière fois en 2012⁶. Elles ont vocation à être appliquées par tous les pays du monde⁷.

Parallèlement, le GAFI surveille les progrès réalisés par ses membres dans la mise en œuvre des mesures requises (*peer review* ou évaluations mutuelles)⁸. La dernière évaluation mutuelle pour la Suisse a eu lieu du 25 février au 13 mars 2016 et le rapport de suivi a été publié le 7 décembre 2016⁹.

B. Le Forum mondial

Le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, créé en 2000 sous l'égide de l'OCDE, a également mis sur pied dès 2009 un système d'évaluations mutuelles avec publication de rapports correspondants.

Les critères pour l'évaluation sont fixés dans les Termes de référence en vue de suivre et d'examiner les progrès vers la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales¹⁰.

C. Exigences du GAFI et du Forum mondial

Conformément à la Recommandation N. 24, les pays devraient s'assurer que des informations satisfaisantes, exactes et à jour sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des personnes morales puissent être obtenues ou soient accessibles en temps opportun par les autorités compétentes. Les pays dans lesquels les personnes morales peuvent émettre des

² Cf. www.fatf-gafi.org/fr/foireauxquestionsfaq/questionsgenerales/#d.fr.3119.

³ Cf. www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/membresetobservateurs/.

⁴ GAFI, Mandat du Groupe d'action financière (2012-2020), avril 2012, cf. www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/MANDAT%20GAFI%202012-2020.pdf.

⁵ GAFI, Recommandations du GAFI, Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, Paris 2012, p. 8, cf. www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommandations/Recommandations_GAFI.pdf.

⁶ GAFI, Recommandations (N. 5).

⁷ GAFI, Mandat (N. 4), p. 2.

⁸ GAFI, Mandat (N. 4), p. 2.

⁹ GAFI, Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme-Suisse, Rapport du quatrième cycle d'évaluations mutuelles, Paris 2016, www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/mer-suisse-2016.html.

¹⁰ Forum mondial, Termes de référence, p. 4, cf. www.oecd.org/fr/ctp/44839470.pdf.



actions au porteur devraient prendre des mesures efficaces pour s'assurer qu'elles ne sont pas détournées à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme¹¹. Selon la note interprétative relative à la Recommandation N. 24, les pays devraient notamment s'assurer qu'il existe des mécanismes permettant aux autorités compétentes d'identifier en temps opportun les bénéficiaires effectifs des sociétés¹².

Par ailleurs, les pays devraient prendre des mesures pour prévenir l'utilisation abusive des actions au porteur, l'une des possibilités étant d'imposer aux actionnaires détenant une participation de contrôle de le notifier à la société et à la société d'enregistrer leur identité¹³.

La notion d'actionnaire ayant une participation de contrôle peut être fondée sur un seuil (par exemple détention de plus de 25%)¹⁴.

L'expression bénéficiaire effectif désigne, dans le contexte des sociétés, les personnes qui exercent en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale ou une construction juridique¹⁵.

Quant au Forum mondial, il exige que les pays s'assurent que leurs autorités compétentes disposent d'informations permettant d'identifier les propriétaires des personnes morales. Lorsque des pays autorisent l'émission d'actions au porteur, ils doivent avoir mis en place des mécanismes appropriés permettant d'identifier les propriétaires de ces actions, ce qui va donc plus loin, en termes d'identification des propriétaires d'actions au porteur, que les exigences du GAFI¹⁶.

Ces propriétaires comprennent le propriétaire légal et, lorsqu'un propriétaire légal agit pour le compte d'une autre personne en qualité de mandataire ou en vertu d'une disposition similaire, cette autre personne, ainsi que les personnes qui font partie d'une chaîne de propriété¹⁷.

D. Evaluations par le GAFI et le Forum mondial

Dès l'évaluation mutuelle effectuée dans le cadre du GAFI en 2005, la Suisse était jugée partiellement conforme à la Recommandation R.5¹⁸ et non conforme à la Recommandation R.33¹⁹ du fait qu'elle ne disposait pas de mesures assurant la transparence de l'actionariat des sociétés anonymes ayant émis des actions au porteur. Cette lacune avait pour conséquence que les intermédiaires financiers n'étaient pas en mesure de vérifier qui étaient les personnes qui contrôlaient ou possédaient de telles sociétés et que les autorités compétentes ne pouvaient pas non plus obtenir des informations sur le contrôle de celles-ci²⁰.

¹¹ GAFI, Recommandations (N. 5), p. 22.

¹² GAFI, Recommandations (N. 5), p. 91.

¹³ GAFI, Recommandations (N. 5), p. 93.

¹⁴ GAFI, Recommandations (N. 5), p. 65 et 90.

¹⁵ GAFI, Recommandations (N. 5), p. 120.

¹⁶ Message du Conseil fédéral concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, du 13 décembre 2013, FF 2014 595.

¹⁷ Forum mondial, Termes (N. 10), p. 4.

¹⁸ Devenue la Recommandation N. 10 (Devoir de vigilance relatif à la clientèle).

¹⁹ Devenue la Recommandation N. 24 (Transparence et bénéficiaires effectifs des personnes morales).

²⁰ GAFI, 3^e rapport d'évaluation mutuelle de la lutte anti-blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme, Suisse, Paris 2005, not. p. 116 et 207, cf. www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Switzerland%20Rapport%20complet.pdf. Cf. aussi Message GAFI (N. 16), FF 2014 594.

En 2009, le GAFI constatait que les lacunes identifiées au niveau de la transparence des actions au porteur persistaient, plusieurs mesures ayant été envisagées par la Suisse, mais sans succès²¹.

Le Forum mondial a également déterminé que la Suisse ne remplissait pas les conditions relatives à l'identification des propriétaires des personnes morales (lacunes au niveau du registre des actions) et des propriétaires d'actions au porteur²².

II. Transposition nationale (Lex GAFI)

A. En général

En réponse aux pressions internationales, la Suisse a – tardivement – décidé d'adapter son droit interne en vue de l'évaluation mutuelle du GAFI qui a eu lieu début 2016.

Le Conseil fédéral a ainsi mis en consultation l'avant-projet de mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière le 27 février 2013²³. Le Message du Conseil fédéral a été publié le 13 décembre 2013²⁴. La loi a été adoptée par le Parlement le 12 décembre 2014²⁵ et est partiellement entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2015, trois mois après l'expiration du délai référendaire²⁶.

C'est donc peu de dire que le projet a été mené au pas de charge. Ce rythme inhabituellement rapide est d'autant plus regrettable que la problématique était connue de longue date et avait fait l'objet de propositions de la part du Conseil fédéral dès 2005, malheureusement restées sans suite²⁷.

La Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (Lex GAFI) modifie huit lois, dont le Code civil, le Code des obligations, la Loi fédérale sur les titres intermédies, la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, le Code pénal et la Loi fédérale sur le blanchiment d'argent.

En parallèle, le Conseil fédéral a adopté une nouvelle Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (OBA) le 11 novembre 2015 et la FINMA a adopté une nouvelle Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (OBA-FINMA) le 3 juin 2015.

Nous nous concentrerons ici sur les modifications apportées aux dispositions du droit des sociétés contenues dans le Code des obligations.

B. *Ratio legis*

On peut se poser la question du bien-fondé et de la proportionnalité des modifications apportées par la Lex GAFI et douter de la légitimité démocratique des instances qui édictent des recommandations dont la transposition en droit interne ne semble souffrir

²¹ GAFI, Rapport d'évaluation mutuelle, Rapport de suivi, Suisse, Paris 2009, p. 6, 13, 15, 51 s., cf. www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/mer%20switzerland%20rapport%20de%20suivi.pdf.

²² Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Peer Review Report, Phase 2, Implementation of the Standard in Practice, Switzerland, Paris 2015, p. 31 ss, en particulier p. 71 s., cf. www.eoi-tax.org/peer_reviews/b6d9b6bb48093ad3b84c528f7a9a9316.

²³ Cf. www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2309/GAFI-2012_Rapport-expl_fr.pdf et www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2309/GAFI-2012_Projet-LF_fr.pdf.

²⁴ Message GAFI (N. 16), FF 2014 585.

²⁵ FF 2014 9465.

²⁶ RO 2015 1389.

²⁷ Pour un rapide rappel historique, cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code des obligations du 21 décembre 2007, FF 2008 1435 s.



aucune discussion. Cela étant dit, la Lex GAFI fait dorénavant partie de l'ordre juridique suisse et il convient donc de l'interpréter comme toute autre disposition légale.

Le bref rappel des raisons qui ont conduit à modifier le droit des sociétés laisse perplexe quant aux biens juridiquement protégés par les nouvelles dispositions contenues dans le CO. Force est de constater en tout cas que ces nouvelles dispositions n'ont guère à voir avec le droit des sociétés, ne sont édictées ni dans l'intérêt des sociétés, ni dans celui des actionnaires, ni même dans celui des créanciers. En réalité, ces dispositions ressortissent exclusivement au droit pénal, à la lutte contre le blanchiment d'argent et au droit fiscal. D'une certaine manière, ces nouvelles dispositions ont pour seul objectif de permettre à la Suisse de se conformer aux standards internationaux édictés par le GAFI et le Forum mondial²⁸. Quoi qu'il en soit, le bien juridiquement protégé par les dispositions de la Lex GAFI est extrinsèque au droit des sociétés, ce qui ne rend pas aisée leur intégration en droit des sociétés.

La doctrine et la jurisprudence auront dès lors à cœur de ne pas étendre l'application de ces nouvelles dispositions au-delà du strict respect des recommandations du GAFI et du Forum mondial, permettant ainsi à la Suisse d'être jugée conforme dans le cadre des évaluations mutuelles.

III. Nouvelles dispositions du CO

A. En général

La Suisse a adapté son régime légal en matière de droit des sociétés principalement sur deux aspects :

- l'identification de tous les titulaires des actions au porteur ; et
- l'identification des ayants droit économiques de participations significatives.

Si la question relative aux actions au porteur a été abondamment commentée dans un cercle relativement large²⁹, la question de l'identification de l'ayant droit économique des sociétés est passée pratiquement inaperçue en dehors d'un cercle de spécialistes. Cela s'explique en partie par le fait que, en raison des délais transitoires, il était nécessaire d'agir rapidement pour les actions au porteur (art. 3 des dispositions transitoires de la Lex GAFI) alors que, sans mouvement important du capital, rien ne doit en principe être entrepris pour les actions nominatives et les parts sociales de sociétés à responsabilité limitée.

Les nouvelles dispositions du CO introduites par la Lex GAFI concernent potentiellement toutes les sociétés corporatives (sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, sociétés en commandite par actions³⁰ et sociétés coopératives), soit plus de 350 000 sociétés, et pas seulement les sociétés anonymes qui ont émis des actions au porteur (environ 50 000). L'acquisition d'actions de sociétés dont les titres sont cotés en bourse ou qui sont émises sous forme de titres intermédiés n'est pas soumise aux obligations d'annoncer introduites par la Lex GAFI (art. 697i al. 1 et 4, art. 697j al. 1 et 3 CO). La transparence des sociétés cotées en bourse est en effet déjà assurée par les obligations de déclarer les participations prévues dans la Loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF), notam-

²⁸ Dans le contexte du blanchiment de fraude fiscale, cf. Sylvain MATTHEY, Blanchiment de fraude fiscale : les conséquences des nouveaux articles 305^{bis} ch. 1^{bis} CPS et 14 al. 4 DPA, in SJ 2016 II 285 ss.

²⁹ Cf. p. ex. Tetiana BERSHEDA, 50'000 sociétés anonymes suisses concernés par la nouvelle loi GAFI, Le Temps, 6 novembre 2015.

³⁰ Sauf dispositions contraires, les règles de la société anonyme s'appliquent aux (rares) sociétés en commandite par actions (art. 764 al. 2 CO). Par conséquent, nos commentaires relatifs à la société anonyme valent *mutatis mutandis* pour les sociétés en commandite par actions.

ment son article 120. On relèvera toutefois que la publicité des participations prévue par la LIMF et, avant elle, la Loi fédérale sur les bourses (LBVM) vise à assurer la protection des investisseurs (art. 1 al. 2 LIMF, art. 1 al. 2 LBVM)³¹. Le bien juridiquement protégé est ainsi différent de ceux poursuivis par la Lex GAFI (lutte contre le blanchiment d'argent et fraude fiscale)³². Il convient dès lors de tenir compte de ces différences lorsqu'il s'agit d'interpréter les nouvelles dispositions introduites dans le Code des obligations par la Lex GAFI.

Dans le cas d'acquisitions d'actions émises sous formes de titres intermédiés, l'identification de l'actionnaire et de l'ayant droit économique se fait par les intermédiaires financiers (art. 23a LTI)³³.

B. Obligations qui incombent aux titulaires de parts

La Lex GAFI a introduit deux nouvelles obligations principales à la charge des titulaires de parts:

- toute personne qui acquiert des actions au porteur est tenue d'annoncer cette acquisition à la société (art. 697i al. 1 CO), de s'identifier (art. 697i al. 2 CO) et d'annoncer toute modification (art. 697i al. 3 CO). Cette obligation n'existe, par définition, que pour les actionnaires de sociétés anonymes qui sont les seules à connaître les actions au porteur³⁴; et
- toute personne qui acquiert, seule ou de concert avec un tiers, des parts d'une société dont la participation, à la suite de cette opération, atteint ou dépasse le seuil de 25% du capital-actions ou des voix, est tenue d'annoncer à la société l'identité de la personne physique pour le compte de laquelle elle agit en dernier lieu (ayant droit économique) (art. 697j al. 1 et 790a al. 1 CO) et de communiquer toute modification (art. 697j al. 2 et 790a al. 2 CO).

Cette seconde obligation n'est pas limitée aux actions au porteur et s'applique également à l'acquisition d'actions nominatives émises par une société anonyme (art. 697j CO) et de parts sociales émises par une société à responsabilité limitée (art. 790a al. 1 CO).

Conformément au renvoi de l'article 656a al. 2 CO, les obligations d'annoncer s'étendent aux titulaires de bons de participation³⁵.

En revanche, l'acquisition d'actions d'une société dont les titres sont cotés en bourse ou qui sont émises sous forme de titres intermédiés n'est pas soumise aux obligations d'annoncer (art. 697i al. 1 et 4, art. 697j al. 1 et 3 CO)³⁶.

Les associés des sociétés coopératives ne sont pas soumis à l'obligation d'annoncer les ayants droit économiques³⁷.

³¹ Message du Conseil fédéral concernant une loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, FF 1993 I 1310.

³² Message GAFI (N. 16), FF 2014 594.

³³ Message GAFI (N. 16), FF 2014 597 et 674.

³⁴ À notre connaissance, aucune société en commandite par actions n'a émis d'actions au porteur.

³⁵ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697i N. 2; BSK OR II – DETTWILER/HESS, Art. 697j N. 2. Cf. aussi art. 656b al. 4 ch. 3 PCO (cf. *infra* nbp 106).

³⁶ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697i N. 61 ss et Art. 697j N. 62 ss. Philipp SPOERLÉ, Die Inhaberaktie, Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision, thèse St-Gall, Zurich 2015, N. 805 ss. Sur la notion de bourse, en particulier en cas de cotation à l'étranger, cf. BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697i N. 70 s.

³⁷ Message GAFI (N. 16), FF 2014 646.



C. Obligations qui incombent aux sociétés

1. En général

La Lex GAFI introduit de nouvelles obligations en sus de celles existantes relatives à la tenue du registre des actions (art. 686 CO), du registre des parts sociales (art. 790 CO) et de la liste des associés personnellement responsables ou tenus d'effectuer des versements supplémentaires (art. 837 aCO):

- pour les sociétés anonymes, l'obligation de tenir une liste des détenteurs d'actions au porteur (s'il en existe) et des ayants droit économiques annoncés à la société (art. 697i CO). Cette obligation ne s'impose qu'aux sociétés dont les titres ne sont pas cotés en bourse et dont les actions ne sont pas émises sous forme de titres intermédiés³⁸;
- pour les sociétés à responsabilité limitée, l'obligation de tenir une liste des ayants droit économiques annoncés à la société (art. 790a al. 3 CO)³⁹; et
- pour les sociétés coopératives, l'obligation de tenir une liste de tous les associés (art. 837 CO), même dans les cas où les statuts ne prévoient pas de responsabilité personnelle des associés ou d'obligations d'effectuer des versements supplémentaires⁴⁰. Contrairement à la liste prévue à l'article 837 aCO, cette liste n'a pas à être déposée au registre du commerce (*cf.* en revanche art. 877 CO)⁴¹. Dans la mesure où la Lex GAFI n'impose pas d'obligations aux associés d'annoncer les ayants droit économiques⁴², les sociétés coopératives ne doivent pas non plus tenir de liste des ayants droit économiques.

La Lex GAFI introduit en outre un certain nombre de dispositions d'exécution communes imposant des obligations aux sociétés:

- délai de conservation des listes et registres de 10 ans (art. 686 al. 5, 697i al. 3, 747 al. 1, 790 al. 5 et 837 al. 2 CO);
- accès aux listes et registres en Suisse (art. 686 al. 1, 697i al. 5, 747 al. 2, 790 al. 1 et 837 al. 1 CO); et
- accès aux listes et registres par l'organe domicilié en Suisse (art. 718 al. 1, 814 al. 3 et 898 al. 2 CO).

³⁸ En effet, les sociétés doivent uniquement tenir les listes sur la base des annonces effectuées par les actionnaires (*cf.* art. 697i al. 1 CO). Or, les actionnaires de sociétés dont les titres sont cotés en bourse (art. 697i al. 1 et 697j al. 1 CO) ou dont les actions sont émises sous forme de titres intermédiés (art. 697i al. 3 et 697j al. 3 CO) ne sont pas soumis aux obligations d'annoncer.

³⁹ Pour la suite de cette contribution, nos commentaires eu égard aux sociétés anonymes valent *mutatis mutandis* pour les sociétés à responsabilité limitée.

⁴⁰ Même si aucune disposition n'impose expressément aux associés de s'annoncer auprès des sociétés coopératives, celle-ci connaissent – en principe – leurs membres en raison du contrôle qu'elles exercent à l'entrée (art. 840 et 849 CO). Ce principe n'est cependant pas absolu, notamment en cas de décès (art. 847 al. 2 CO).

⁴¹ *Cf.* OFRC, Communication 1/15 du 24 juin 2015, Les incidences en droit des sociétés de la loi fédérale sur la mise en oeuvre des recommandations du Groupe d'action financière révisées en 2012, N. 17.

⁴² *Cf. supra* Section III./B.

L'obligation de tenir les listes revient aux organes supérieurs de direction (conseil d'administration, gérants ou administration de la société coopérative). La tenue des listes peut cependant être déléguée⁴³, à l'instar de la tenue du registre des actions⁴⁴.

2. Obligations de vérification et d'information

Le conseil d'administration doit s'assurer qu'aucun actionnaire n'exerce ses droits en violation de ses obligations d'annoncer (art. 697m al. 4 et 790a al. 3 CO)⁴⁵.

À notre sens, cette disposition n'a pas de portée normative propre, cette obligation de vérification résultant déjà des compétences générales du conseil d'administration (art. 716 et 810 al. 1 CO), et pouvant même être rattachée, s'agissant de la participation à l'assemblée générale, à l'article 716a al. 1 ch. 6 CO (respectivement pour l'assemblée des associés, à l'article 810 al. 2 ch. 6 CO)⁴⁶.

Cette obligation vaut aussi bien pour les droits sociaux que patrimoniaux⁴⁷.

La question se pose de savoir quelle est l'étendue des obligations du conseil d'administration.

A titre liminaire, il convient de remarquer que le conseil d'administration n'a pas une position du garant par rapport aux actionnaires⁴⁸. En outre, les articles 697i ss CO introduits par la Lex GAFI n'ont pas pour but de transformer les organes des sociétés commerciales en intermédiaires financiers soumis à des obligations de diligence au sens des articles 3 ss LBA⁴⁹.

L'obligation résultant de l'article 697m al. 4 CO doit en réalité être analysée sous l'angle des obligations générales du conseil d'administration (art. 717 et 812 s. CO)⁵⁰ et de sa responsabilité (art. 754 et 827 CO)⁵¹.

A cet égard, il est possible dans une certaine mesure de dresser une analogie avec les devoirs de vérification et d'information du conseil d'administration eu égard aux demandes d'inscription au registre des actions. Il faut cependant tenir compte du fait que le registre des actions, même s'il ne fonde qu'une simple présomption, porte sur la question de savoir qui la société peut et doit considérer comme ses actionnaires. Ainsi, la personne inscrite

⁴³ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697I N. 2; CHK – SPOERLÉ, Art. 697I N. 2; Dieter GERICKE/Daniel KUHN, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, in AJP 2015, p. 863 N. 105; Lukas GLANZMANN/Philip SPOERLÉ, Die Inhaberaktie – leben Totgesagte wirklich länger, Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Gesetzesentwurf für ein Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierte Empfehlungen der GAFI, in GesKR 2014, p. 14.

⁴⁴ CR CO II – TRIGO TRINDADE, Art. 686 N. 6.

⁴⁵ Aucune obligation de ce type n'existe pour les sociétés coopératives.

⁴⁶ À cet égard, l'opinion selon laquelle le conseil d'administration pourrait entièrement déléguer le contrôle prévu à l'article 697m al. 4 CO nous semble être en contradiction avec l'article 716a al. 1 ch. 6 CO, respectivement l'article 810 al. 2 ch. 6 CO. *Contra*: BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697m N. 25; GERICKE/KUHN (N. 43), p. 864. Sur le contenu de ce contrôle, cf. Markus D. VISCHER, GAFI-Pflichten des Verwaltungsrats gemäss Art. 697m Abs. 4 OR bei der Ausübung von Aktionärsrechten, in RSJ 2016, p. 118 s.

⁴⁷ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697m N. 25.

⁴⁸ GERICKE/KUHN (N. 43), p. 864; VISCHER (N. 46), p. 119 s.

⁴⁹ Dans ce sens, la référence à l'art. 3 LBA et à la convention de diligence faite par BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697m N. 23 ne nous paraît pas adéquate. L'identification des détenteurs du contrôle revient à la banque, non à la société. Celle-ci devra toutefois remettre à la banque le formulaire K. Cf. art. 20 s. de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16). Cf. *infra* nbp 96.

⁵⁰ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697m N. 23.

⁵¹ GLANZMANN/SPOERLÉ (N. 43), p. 18.



est en principe légitimée à voter et à recevoir des dividendes, même si cela ne correspond pas à sa position d'actionnaire⁵².

En revanche, la liste des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques n'a pas de signification propre pour la société⁵³. En d'autres termes, si un actionnaire dûment légitimé (p. ex. par son inscription au registre des actions) vote alors que son annonce de l'ayant droit économique manque ou est erronée, aucun intérêt social n'est, *a priori*, touché : ladite personne est bel et bien actionnaire et les raisons pour lesquelles elle devrait être privée de son droit de vote n'ont rien à voir avec la vie sociale ou une représentation correcte des actionnaires à l'assemblée générale⁵⁴.

Il s'agit là, nous semble-t-il, d'une différence importante qui conduit à interpréter différemment (et plus restrictivement) le rôle du conseil d'administration s'agissant des listes prévues par la Lex GAFI.

Dès lors, nous sommes d'avis que ce n'est que si le conseil d'administration sait positivement, ou a des doutes sérieux, qu'une annonce ne correspond pas à la situation réelle qu'il devrait refuser l'inscription et informer l'actionnaire qu'il ne pourra pas exercer ses droits tant qu'une annonce (rectifiée) ne sera pas parvenue à la société⁵⁵. De même devrait-il informer l'actionnaire lorsqu'il sait positivement ou qu'il a des raisons sérieuses de penser que celui-là n'a pas procédé aux annonces prévues par la Lex GAFI⁵⁶. Un simple doute du conseil d'administration ne suffit pas à fonder un refus d'inscrire ou une obligation d'informer⁵⁷. Le conseil d'administration n'a aucun devoir d'investigation.

Il va de soi que cette obligation générale ne fonde pas un droit subjectif de l'actionnaire vis-à-vis du conseil d'administration à être informé ou conseillé, mais vise uniquement à protéger les intérêts de la société en général.

Autre est la question de savoir si, compte tenu des biens que la Lex GAFI est censée protéger (lutte contre le blanchiment d'argent), il était judicieux d'attribuer au conseil d'administration la responsabilité de se prononcer sur une éventuelle suspension, respectivement extinction, des droits des actionnaires. On relèvera que dans le contexte, certes différent, de la publicité des participations, cette tâche est attribuée à une autorité administrative, à savoir la FINMA (*cf.* art. 144 LIMF, reprenant l'article 34b aLBVM), et non au conseil d'administration des sociétés cotées.

D. Sanctions et conséquences

1. Pour les titulaires de parts

Les titulaires de parts ne peuvent exercer leurs droits sociaux et patrimoniaux tant qu'ils ne se sont pas conformés à leurs obligations d'annoncer prévues aux articles 697i et 697j CO (art. 697m al. 1 et 2 ainsi que 790a al. 3 CO)^{58/59}.

⁵² CR CO II – TRIGO TRINDADE, Art. 686 N. 8 ss et N. 27; GLANZMANN/SPOERLÉ (N. 43), p. 18.

⁵³ En particulier, comme le relève à juste titre VISCHER (N. 43), p. 120, l'article 697j CO ne rétroagit pas sur le registre des actions et sur la position d'actionnaire.

⁵⁴ *Cf. supra* Section II./B.

⁵⁵ GERICKE/KUHN (N. 43), p. 864; BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697m N. 23 s.

⁵⁶ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697m N. 23. *Contra*: VISCHER (N. 43), p. 120 s.

⁵⁷ *Cf.* cependant Guy MUSTAKI/Shervine NAFISSI, Les sanctions en matière d'obligation d'annonce des actionnaires (art. 697m CO), *in* RSDA 2016, p. 287. Sur l'étendue du contrôle dans le cadre du registre des actions, *cf.* notamment Peter BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich 2009, § 6 N. 324.

⁵⁸ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697m N. 6 ss; MUSTAKI/NAFISSI (N. 57), p. 288 ss.

⁵⁹ Ces sanctions ne valent pas pour les associés des sociétés coopératives. *Cf. supra* Section III./B.

Passé un délai d'un mois, leurs droits patrimoniaux s'éteignent (art. 697m al. 3 et 790a al. 3 CO).

En cas d'annonce subséquente, les titulaires de parts qui n'avaient pas respecté leurs obligations d'annoncer peuvent à nouveau faire valoir leurs droits patrimoniaux qui naissent à compter de cette date (art. 697m al. 3 *in fine* et 790 al. 3 CO).

À vrai dire, les Recommandations du GAFI ne prescrivaient pas de priver les actionnaires de leurs droits sociaux et patrimoniaux mais prévoyaient uniquement que les sanctions devaient être efficaces, proportionnées et dissuasives⁶⁰.

C'est toutefois le choix qui a été fait par le législateur suisse. Il s'agit là de sanctions draconiennes pour l'actionnaire fautif⁶¹. Pour les sociétés, elles entraînent en outre des conséquences indésirables dont il n'est pas certain qu'elles aient été mûrement réfléchies⁶².

Les sanctions prévues par la Lex GAFI ne sauraient être étendues aux requêtes d'inscription au registre des actions (art. 686 CO) ou aux requêtes d'agrément (art. 685a CO), celles-ci continuant de suivre leur propre logique.

2. Pour les sociétés

La Lex GAFI ne prévoit pas de sanctions pour les sociétés qui ne respecteraient pas leurs obligations de tenir les listes prévues par la Lex GAFI (liste des détenteurs d'actions au porteur, liste des ayants droit économiques, liste des associés).

En revanche, le droit des sociétés en général prévoit des conséquences relativement claires en cas de participation non autorisée à l'assemblée générale, respectivement de refus de laisser participer un actionnaire à l'assemblée générale, ou de versement de dividendes à une personne qui n'est pas titulaire des droits patrimoniaux.

Ces différentes situations peuvent ressortir aux dispositions suivantes :

- actions en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 691 al. 3 et 706 CO)⁶³ et de l'assemblée des associés (art. 808c CO) ;
- actions en restitution des prestations de la société anonyme (art. 678 CO)⁶⁴ ou de la société à responsabilité limitée (art. 800 CO) ;
- actions en responsabilité contre le conseil d'administration (art. 754 CO)⁶⁵ ou les gérants (art. 827 CO).

À notre sens, une action en nullité ne rentre pas en ligne de compte pour des décisions dont le seul vice réside dans le fait qu'elles ont été prises avec la participation d'actionnaires qui n'ont pas rempli ou n'ont pas rempli de manière correcte leurs obligations d'annoncer. Il en va de même s'agissant du refus injustifié de laisser participer des actionnaires qui ont rempli leurs obligations d'annoncer, et cela en dépit de ce que le texte de l'article 706b ch. 1 CO pourrait faire penser.

⁶⁰ GAFI, Recommandations (N. 5), p. 94. Message GAFI (N. 16), FF 2014 643. Cf. également art. 30 de la Directive 2015/849 du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, in JOCE L 141/73 du 5 juin 2015.

⁶¹ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697m N. 1.

⁶² Cf. *infra* Section III./D./2.

⁶³ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697m N. 26 ss, et les références citées; MUSTAKI/NAFISSI (N. 57), p. 289 s.

⁶⁴ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697m N. 30 ss, et les références citées; MUSTAKI/NAFISSI (N. 57), p. 292 s.

⁶⁵ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697m N. 38, et les références citées; MUSTAKI/NAFISSI (N. 57), p. 292 s.



En effet, la nullité est réservée à des cas de violations graves de principes juridiques dont ne font pas partie les décisions concrètes concernant la participation d'un actionnaire. En effet, de telles décisions ouvrent en principe uniquement la voie de l'annulabilité (art. 691 al. 3 ou 706 al. 2 CO), la nullité n'étant reconnue que pour des raisons absolument impérieuses et rarement remplies en pratique⁶⁶.

A fortiori, le fait de laisser participer des actionnaires qui n'ont pas rempli leurs obligations d'annoncer (ou inversement de les exclure alors qu'ils ont rempli leur obligations d'annoncer) n'est, à notre sens, pas une violation grave de principes juridiques rentrant dans l'une des catégories prévues à l'article 706b CO. En effet, du point de vue du droit des sociétés, la violation des devoirs d'annoncer et leur sanction au niveau des droits sociaux (art. 697m al. 1 CO) n'est certainement pas de la même gravité que le fait de laisser participer un non-actionnaire ou d'exclure à tort un actionnaire⁶⁷. On relèvera enfin que le respect des exigences imposées par le GAFI et le Forum mondial n'impose d'ailleurs nullement de prévoir une nullité (ni d'ailleurs une annulabilité) dans un pareil cas.

Dès lors, une décision de l'assemblée générale prise en violation des dispositions de l'article 697m al. 1 CO qui ne fait pas l'objet d'une action en annulation dans le délai de deux mois (art. 706a al. 1 CO) ne peut plus être remise en cause par une action en constatation de la nullité, à moins bien entendu qu'elle ne souffre d'un autre défaut ayant pour conséquence la nullité⁶⁸.

Le droit de la société coopérative ne prévoyant pas de renvoi à l'article 697m CO, l'obligation de tenir la liste des associés (art. 837 CO) ne change pas la situation juridique existante.

3. Absence de dispositions pénales spécifiques

Les sanctions pénales que le projet de Lex GAFI prévoyait d'introduire s'agissant de l'obligation d'annoncer (art. 327 P-CP) et de l'obligation de tenir les listes et registres (art. 327a P-CP)⁶⁹ ont été supprimées par le Parlement⁷⁰. L'absence de sanctions pénales ou administratives a été critiquée par le GAFI dans le cadre de la récente évaluation mutuelle⁷¹.

D'autres infractions peuvent cependant entrer en considération, notamment le faux dans les titres (art. 251 CP) et le blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), la société pouvant, le cas échéant, être elle-même poursuivie (art. 102 CP).

⁶⁶ Cf. notamment BÖCKLI (N. 57), § 16 N. 157 ss, spéc. N. 163, et N. 175; BSK OR II – DUBS/TRUFFER, Art. 706b N. 9 et 20, et les références citées; Hans Caspar VON DER CRONE, Aktienrecht, Berne 2014, § 8 N. 216. De manière assez similaire, Peter FORSTMOSER/Arthur MEIER-HAYOZ/Peter NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 25 N. 92 ss.

⁶⁷ Cf. *supra* Section III./C./2.

⁶⁸ Dans le même sens, cf. Lukas GLANZMANN, Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, p. 35, publication internet (cf. www.recht.ch/doc/doc_download.cfm?438FB391A586B4F939641B9F0EF8D21B). SPOERLÉ (N. 36), N. 1078. Laissant la question ouverte: VISCHER (N. 46), p. 122, et les références citées N. 91.

⁶⁹ Message GAFI (N. 16), FF 2014 650.

⁷⁰ BO CE 2014, p. 271 s.; BO CN 2014, p. 1187.

⁷¹ Cf. N. 9.

IV. Définition de l'ayant droit économique

A. Considérations générales

Comme indiqué, le nouvel article 697j al. 1 CO impose l'identification de l'« *ayant droit économique* » de l'acquéreur d'une participation dans une société dont les titres ne sont pas cotés en bourse ou dont les actions ne sont pas émises sous forme de titres intermédiés, si, après une acquisition d'actions, l'acquéreur atteint ou dépasse le seuil de 25% du capital-actions ou des droits de vote. Nous utiliserons ci-après les termes de « *participation significative* » pour désigner une participation qui remplit ces critères.

La notion d'ayant droit économique, qui figure expressément à l'article 697j al. 1 CO, est un concept nouvellement introduit dans le CO⁷², mais connu de longue date (à défaut d'être clairement défini) dans le cadre règlementaire suisse en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Il se justifie donc d'examiner brièvement comment cette notion est appréhendée en droit règlementaire.

Dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent, la nécessité d'identifier l'ayant droit économique a toujours représenté une obligation cardinale à charge des intermédiaires financiers soumis à la LBA (art. 4 LBA, art. 305ter al. 1 CP). Cela étant dit, avant l'entrée en vigueur de la Lex GAFI, cette obligation n'était pas déclenchée si le cocontractant de l'intermédiaire financier était une société opérationnelle (art. 4 al. 1 (b) aLBA *a contrario*). Depuis le 1^{er} janvier 2016, l'article 4 LBA exige désormais l'identification systématique des ayants droit économiques d'une relation d'affaires conclue avec une entité juridique, sauf si le cocontractant est une société cotée en bourse ou une filiale majoritairement détenue par une telle société⁷³.

Parallèlement à cette extension du champ d'application de l'obligation à charge des intermédiaires financiers, la Lex GAFI a introduit une véritable marche à suivre en trois étapes pour identifier l'ayant droit économique d'une société opérationnelle. Ainsi, l'article 2a al. 3 LBA⁷⁴ définit les ayants droit économiques comme étant (i) les personnes qui détiennent directement ou indirectement une participation d'au moins 25% du capital ou des voix (étape 1) ou (ii) les personnes qui contrôlent la société opérationnelle « *d'une autre manière* » (étape 2). A défaut, (iii) le membre le plus haut placé de l'organe de direction doit être identifié (étape 3).

B. Définition légale selon le CO

L'article 697j al. 1 CO définit l'ayant droit économique comme « *la personne physique pour le compte de laquelle [l'acquéreur d'une participation significative] agit en dernier lieu* »⁷⁵. Le devoir d'annoncer, à la société, cet ayant droit économique incombe à l'acquéreur de la participation significative, à savoir à l'actionnaire direct⁷⁶. L'ayant droit économique de la

⁷² GLANZMANN/SPOERLÉ (N. 43), p. 12; SPOERLÉ (N. 36), N 902.

⁷³ Philippe JACQUEMOUD/Benjamin VIGNIEU, Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des Recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012, in GesKR 2015, p. 539.

⁷⁴ Cf. également l'article 56 al. 1, 2 et 3 OBA-FINMA.

⁷⁵ L'article 697j al. 1 CO utilise le singulier pour désigner l'ayant droit économique, mais il nous paraît évident que l'acquéreur d'une participation significative peut avoir plusieurs ayants droit économiques.

⁷⁶ En matière de sociétés cotées, le devoir d'annonce incombe à l'ayant droit économique (art. 10 al. 1 OIMF-FINMA).



participation significative peut être l'acquéreur lui-même ou un tiers. Il doit nécessairement s'agir d'une personne physique⁷⁷.

Le texte relativement lapidaire du CO doit se lire à la lumière des développements y relatifs qui figurent dans le Message du Conseil fédéral:

- En cas de chaîne de détention, « [l]'actionnaire [titulaire d'une participation significative] devra annoncer – au mieux de ses connaissances – qui est la personne qui est au bout de la chaîne de contrôle. Par exemple, si l'actionnaire agit pour le compte d'une personne morale, il devra s'informer auprès de la personne morale sur l'identité de l'ayant droit économique de cette personne morale et ainsi de suite »⁷⁸. Lorsque la participation significative est détenue par une personne morale, le Message du Conseil fédéral prévoit ainsi un système en cascade dont l'objectif est d'identifier une personne physique qui peut être qualifiée d'ayant droit économique du dernier maillon (personne morale) de la chaîne de détention.
- Le Message du Conseil fédéral évoque également la situation dans laquelle il n'existe pas d'ayant droit économique pour une participation significative dans une société⁷⁹. Le Conseil fédéral illustre ce cas par une référence sibylline à la situation dans laquelle l'acquéreur de la participation significative est une « organisation d'utilité publique »⁸⁰. Selon le Message du Conseil fédéral, l'absence d'ayant droit économique doit également être annoncée à la société⁸¹. De notre point de vue, il convient de distinguer (i) la situation dans laquelle il n'existe pas d'ayant droit économique (situation qui devrait être rare en pratique)⁸² de (ii) celle dans laquelle l'exigence d'identifier l'ayant droit économique ne s'applique pas⁸³.

C. Mise en œuvre en pratique

1. L'acquéreur de la participation significative est une personne physique

Si l'acquéreur de la participation significative est une personne physique, l'identification de l'ayant droit économique devrait, en principe, être relativement aisée. L'ayant droit économique sera soit l'acquéreur lui-même, soit la personne (physique) pour laquelle cet acquéreur agit⁸⁴. Ainsi, si l'acquéreur de la participation significative agit dans le cadre d'un rapport de fiducie, l'ayant droit économique devrait être le fiduciaire⁸⁵.

2. L'acquéreur de la participation significative est une personne morale

En revanche, (i) si l'acquéreur de la participation significative est une personne morale ou (ii) si l'acquéreur personne physique agit pour le compte d'une personne morale (ce der-

⁷⁷ JACQUEMOUD/VIGNIEU (N. 73), p. 540.

⁷⁸ Message GAFI (N. 16), FF 2014 639.

⁷⁹ Message GAFI (N. 16), FF 2014 639.

⁸⁰ Message GAFI (N. 16), FF 2014 639.

⁸¹ Message GAFI (N. 16), FF 2014 639. Cette exigence d'annonce est toutefois dépourvue de base légale; cf. GERICKE/KUHN (N. 43), p. 856.

⁸² Cf. *infra* Section IV./C.

⁸³ Cf. *infra* Section IV./D.

⁸⁴ Martin FREY/Timo LEIS, Offenlegungspflichten nach GAFI und Private Equity – Wie, wer, was oder die Quadratur des Kreises, in Private Equity V, Zurich 2016, p. 189.

⁸⁵ Philip SPOERLÉ, Neue Transparenz- und Offenlegungspflichten, in EF 9/15, p. 739.

nier cas devrait être nettement plus rare en pratique), la mise en œuvre de l'article 697j al. 1 CO peut donner lieu à des difficultés d'interprétation épineuses.

En effet, en cas d'acquisition (directe ou indirecte) d'une participation significative par une personne morale, se posera la question de savoir si le devoir d'annoncer porte sur toute personne physique qui détient une participation dans cette personne morale⁸⁶. En effet, l'article 697j al. 1 CO évoque le seuil de 25% dans le rapport entre la société sous-jacente et son actionnaire direct (étage 1), mais pas dans le rapport entre ce dernier et ses propres actionnaires ou les actionnaires ultimes (étages 2, 3 ou subséquents). De notre point de vue, une telle approche serait disproportionnée⁸⁷ et pas conforme au texte légal. L'on ne peut en effet considérer qu'une personne morale agit « *pour le compte* » d'une personne physique qui détient une participation minimale dans cette personne morale.

Il convient plutôt de procéder à une lecture harmonisée du CO et de la LBA^{88/89}, ce qui implique que la marche à suivre prévue à l'article 2a al. 3 LBA (applicable aux intermédiaires financiers) soit également suivie, en tout cas par analogie et moyennant certaines adaptations, dans le cadre de l'article 697j al. 1 CO (applicable aux acquéreurs de participations significatives)⁹⁰. Concrètement, l'acquéreur (personne morale) d'une participation significative devra donc procéder au raisonnement suivant⁹¹:

- Test 1: L'acquéreur d'une participation significative doit identifier – au mieux de ses connaissances⁹² – toutes les personnes physiques qui contrôlent la société sous-jacente du fait que, seules ou de concert, elles détiennent – par définition indirectement – 25% des actions ou des voix de la société sous-jacente, sur une base totalement diluée. Par exemple, dans le cadre d'une structure à trois étages (personne physique qui détient 40% d'une société *holding*, laquelle détient 75% de la société sous-jacente), la personne physique est réputée détenir 30% de la société sous-jacente et peut donc être qualifiée d'ayant droit économique⁹³. L'analyse doit également tenir compte des situations dans lesquelles plusieurs personnes physiques détiennent une participation significative en commun (« *de concert* » selon la terminologie légale), par exemple lorsque

⁸⁶ Nicolas FACINCANI/Reto SUTTER, Obligations d'annoncer des actionnaires de sociétés anonymes privées – Vers un actionnaire « transparent »? *in* TREX 2015 p. 223. Dans le même sens, GERICKE/KUHN (N. 43), p. 856.

⁸⁷ Du même avis: SPOERLÉ (N. 36), p. 739; GLANZMANN (N. 68), p. 9; Therese AMSTUTZ, Neue Pflichten für Anteilseigner und Gesellschaften im Zuge der Umsetzung der GAFI-Empfehlungen, p. 4 (cf. assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2015/09/ch-pub-20150904-chancen-risiken-neue-pflichten-anteilseigner-de.pdf); FREY/LEIS (N. 84), p. 190.

⁸⁸ Nous estimons qu'une telle lecture harmonisée est possible, nonobstant le fait que le renvoi de l'article 697j al. 1 CO à l'article 2a (4) LBA a été supprimé entre l'avant-projet de Lex GAFI du 27 février 2013 et le projet de Lex GAFI publié par le Conseil fédéral le 13 décembre 2013; cf. *supra* nbp 23. Une telle approche harmonisée est du reste prônée par le Message GAFI (N. 16), FF 2014 640: « *L'information sur ces personnes constitue la source d'information principale en vue de l'identification de l'ayant droit économique de la personne morale au sens de l'art. 2a, al. 3, P-LBA.* » *Contra*: GLANZMANN (N. 68), p. 9.

⁸⁹ Du même avis: JACQUEMOUD/VIGNIEU (N. 73), p. 541; Markus VISCHER/Dario GALLI, Wer ist die wirtschaftlich berechtigte Person gemäss Art. 697j OR?, *in* RSJ 2016, p. 486. *Contra*: Nicolas FACINCANI/Reto SUTTER (N. 86), p. 223; GERICKE/KUHN (N. 43), p. 855; Sabine KILGUS/Paolo LOSINGER, La loi révisée sur le blanchiment d'argent au 1^{er} janvier 2016, *in* TREX 2015, p. 288.

⁹⁰ Du même avis: JACQUEMOUD/VIGNIEU (N. 73), p. 541.

⁹¹ Du même avis: JACQUEMOUD/VIGNIEU (N. 73), p. 542.

⁹² Il s'agit là d'une différence fondamentale avec les intermédiaires financiers; cf. *supra* nbp 49.

⁹³ GERICKE/KUHN (N. 43), p. 857; JACQUEMOUD/VIGNIEU (N. 73), p. 542.



- ces personnes sont liées par une convention d'actionnaires qui prévoit un comportement coordonné⁹⁴.
- Test 2: En second lieu, il convient de déterminer s'il existe une personne physique qui détient le contrôle sur la société sous-jacente « *d'une autre manière* ». De notre point de vue, le concept (indéterminé) de « *contrôle d'une autre manière* » peut, notamment, viser les cas dans lesquels chaque maillon de la chaîne de contrôle confère un contrôle supérieur à 50% (sans prise en compte de la dilution). Ce seuil de 50% (par opposition au seuil de 25% utilisé pour définir la participation significative dont l'acquisition déclenche la nécessité d'identifier l'ayant droit économique) découle du chiffre 2 du commentaire de l'article 20 CDB 16⁹⁵. Le Message du Conseil fédéral précise en effet que les informations obtenues des acquéreurs de participations significatives doivent servir de base factuelle pour permettre à la société d'annoncer son ayant droit économique à sa banque, conformément à l'article 2a al. 3 LBA, en remplissant le formulaire K annexé à la CDB 16 (cf. art. 35 OBA-FINMA)⁹⁶. Ainsi, la personne physique qui détient 25% d'une société détenant 51% d'une autre société *holding* laquelle détient 51% de la société sous-jacente est réputée être l'ayant droit économique en vertu du Test 2. Cette personne physique ne remplit en revanche pas le critère du Test 1, vu que sa participation (sur une base diluée) dans la société sous-jacente est de 6,5% ($25\% \times 51\% \times 51\%$).

En sus de l'approche mathématique proposée ci-dessus, ce Test 2 (qui vise le contrôle exercé « *d'une autre manière* ») devrait, de notre point de vue, également servir de clause anti-abus afin de permettre l'identification d'une personne physique qui exerce un contrôle sur l'acquéreur d'une participation significative, même sans une participation importante au niveau du capital ou des droits de vote⁹⁷.

 - Test 3: Subsidiairement, si les Tests 1 et 2 ne permettent pas d'identifier un ayant droit économique au sens de l'article 697j (i) CO, la loi prescrit – curieusement – d'identifier le membre le plus haut placé de l'organe de direction de la personne morale qui détient

⁹⁴ S'agissant de la question de savoir si des personnes agissent « *de concert* », il convient, à notre sens, de distinguer les deux situations suivantes:

(i) S'agissant du seuil de 25% (du capital-actions ou des voix) qui ouvre la porte à la nécessité d'identifier l'ayant droit économique (étage 1), l'article 697j al. 1 CO impose de déterminer si plusieurs personnes ont coordonné leur action en vue de l'acquisition de la participation significative (« *action de concert en vue de l'acquisition* »).

(ii) S'agissant de la question de savoir si plusieurs personnes détenant des participations dans les étages supérieurs de la chaîne de détention agissent « *de concert* » (i.e., afin de déterminer si le seuil de 25% est franchi dans une vision diluée), il convient de rechercher si ces personnes agissent de manière coordonnée dans le cadre de la détention des participations (« *action de concert dans le cadre de la détention* »). Une convention d'actionnaires peut constituer un indice d'un tel comportement coordonné dans la détention. De notre point de vue, les termes de la convention d'actionnaires doivent toutefois être analysés, dans la mesure où la conclusion d'une convention d'actionnaires n'implique pas *ipso facto* une action de concert. Cf. également BSK OR II – DETTWILER/HESS, Art. 697j N. 25 ss, et les références citées, en particulier GERICKE/KUHN (N. 43), p. 858; FREY/LEIS (N. 84), p. 202 s.

⁹⁵ Association suisse des banquiers (ASB), Commentaire concernant la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16), p. 17: « *Il y a contrôle d'une société interposée, notamment, lorsqu'une personne physique détient plus de 50% des droits de vote ou du capital de cette société (niveau 1 du processus en cascade) ou exerce le contrôle de cette société d'une autre manière reconnaissable (niveau 2 du processus en cascade).* » Cf. également VISCHER/GALLI (N. 89), p. 487.

⁹⁶ Message GAFI (N. 16), FF 2014 640: « *L'information sur ces personnes constitue la source d'information principale en vue de l'identification de l'ayant droit économique de la personne morale au sens de l'art. 2a, al. 3, P-LBA.* »

⁹⁷ Message GAFI (N. 16), FF 2014 663.

la participation significative dans la société sous-jacente⁹⁸. Il s'agit là d'une mesure alternative à l'identification de l'ayant droit économique n'ayant pas pour effet de transformer ce membre en ayant droit économique⁹⁹.

D. Exceptions à l'identification de l'ayant droit économique

Dans le cadre réglementaire en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, l'article 4 al. 1 LBA prévoit que l'identification de l'ayant droit économique n'est pas nécessaire si le cocontractant est une société cotée en bourse ou une filiale détenue majoritairement par une telle société¹⁰⁰.

De notre point de vue, cette exception doit également s'appliquer dans le contexte de l'article 697j al. 1 CO. Partant, lorsqu'une société dont les titres sont cotés (ou une filiale détenue majoritairement par une société dont les titres sont cotés) acquiert une participation significative dans une société non cotée, l'identification de l'ayant droit économique n'est pas requise¹⁰¹. La transparence est alors assurée par le biais des règles en matière de publicité des participations applicables au niveau de la société dont les titres sont cotés (art. 120 ss LIMF).

Il en va de même lorsqu'une société dont les actions sont émises sous forme de titres intermédiés (ou une filiale détenue majoritairement par une société dont les actions sont émises sous forme de titres intermédiés) acquiert une participation significative dans une société visée par l'article 697j al. 1 CO, la transparence étant alors assurée par le biais de l'article 23a LTI¹⁰².

En revanche, si la société dont les titres sont cotés ou dont les actions sont émises sous forme de titres intermédiés ne bénéficie pas d'un contrôle majoritaire sur la filiale (qui acquiert la participation significative), les règles usuelles s'appliquent et il convient de mettre en œuvre la marche à suivre proposée à la Section C ci-dessus afin d'identifier l'ayant droit économique.

E. Identification de l'ayant droit économique en matière de placements collectifs

La question de l'identification de l'ayant droit économique d'une participation significative se pose avec une acuité particulière si cette participation est détenue par un véhicule de placements collectifs, suisse ou étranger.

Dans un tel cas de figure, il convient, de notre point de vue, d'appliquer le Test 1 décrit ci-dessus et d'examiner si un investisseur ultime (personne physique) dans le placement collectif acquiert (sur une base diluée) une participation significative la société sous-

⁹⁸ En se fondant sur une argumentation intéressante, VISCHER/GALLI estiment que, dans un tel cas de figure, il conviendrait d'identifier le membre le plus haut placé de l'organe de direction *de la société sous-jacente* (et non pas de la personne morale qui détient la participation significative), au motif que telle est l'information qui doit être communiquée par la société sous-jacente à l'intermédiaire financier avec lequel celle-ci entretient une relation d'affaires (VISCHER/GALLI (N. 89), p. 488, cf. également nbp 96).

⁹⁹ Message GAFI (N. 16), FF 2014 663.

¹⁰⁰ Cette exception à l'obligation d'identification de l'ayant droit économique figure également à l'article 58 lit. a OBA-FINMA. Cf. aussi ASB, Commentaires CDB 16 (N. 95), p. 20.

¹⁰¹ Du même avis: BSK OR II – DETTWILER/HESS, Art. 697j N. 63 ss; GLANZMANN (N. 68), p. 15; SPOERLÉ (N. 36), N. 931; JACQUEMOUD/VIGNIEU (N.73), p. 543.

¹⁰² BSK OR II – DETTWILER/HESS, Art. 697j N. 67 ss; GLANZMANN (N. 68), p. 15; SPOERLÉ (N. 36), N. 931.



jacente¹⁰³. Cette vérification incombe à la direction de fonds (fonds de placement contractuel) ou au placement collectif organisé sous une forme corporative (société d'investissement à capital variable, société en commandite de placements collectifs, société d'investissement à capital fixe).

Pour les motifs exposés ci-dessus, nous sommes d'avis que les principes applicables dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent peuvent également servir de guide d'interprétation dans la mise en œuvre de l'article 697j al. 1 CO. Nous proposons dès lors d'appliquer par analogie l'article 38 al. 1 CDB 16, qui prévoit que l'identification de l'ayant droit économique n'est pas nécessaire si un placement collectif (ou une société de participations) regroupe plus de vingt investisseurs et qu'il est assujéti à une surveillance et à une réglementation adéquates en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme¹⁰⁴. Dans un tel cas de figure, le placement collectif acquéreur d'une participation significative annoncera l'absence d'ayant droit économique à la société sous-jacente¹⁰⁵.

V. Remarques pour les notaires

A. Adaptation des statuts

1. Conversion des actions

Les sociétés existantes sont tenues d'adapter leurs statuts et règlements dans un délai de deux ans à compter du 1^{er} juillet 2015 (art. 2 al. 1 des dispositions transitoires de la Lex GAFI). Les dispositions statutaires et réglementaires qui ne sont pas conformes à la nouvelle réglementation restent en vigueur jusqu'à leur adaptation mais au plus tard pendant deux ans (art. 2 al. 2 des dispositions transitoires de la Lex GAFI).

Les dispositions statutaires à adapter sont en réalité limitées aux deux éléments suivants :

- suppression de la disposition statutaire facultative ayant trait à la faculté de convertir les actions nominatives en actions au porteur et inversement (art. 627 al. 1 ch. 7 aCO); et
- interdiction de durcir la nouvelle majorité prévue à l'article 704a CO pour décider la conversion des actions au porteur en actions nominatives¹⁰⁶.

Les deux dispositions sont évidemment liées.

S'agissant de la suppression de l'article 627 al. 1 ch. 7 aCO, le Message du Conseil fédéral indique, de manière quelque peu surprenante, qu'il ne sera plus nécessaire que les statuts prévoient expressément la faculté de convertir des actions nominatives en actions au porteur¹⁰⁷. Il s'agit en réalité d'une erreur de traduction, la version allemande¹⁰⁸ et la version

¹⁰³ FREY/LEIS (N. 84), p. 190. GERICKE/KUHN (N. 43), p. 858, arrivent à un résultat similaire, mais avec un raisonnement légèrement différent.

¹⁰⁴ À teneur de l'article 38 al. 3 CDB 16, les placements collectifs localisés dans une juridiction à « haut risque » ou « non coopérative » au sens du GAFI ne peuvent pas bénéficier de cette exemption.

¹⁰⁵ Message GAFI (N. 16), FF 2014 639. Cf. supra nbp 81.

¹⁰⁶ Cette nouvelle majorité diffère de la majorité absolue classique de l'article 703 CO et préfigure la révision du droit de la société anonyme (art. 703 al. 2 et 3 PCO); cf. Message GAFI (N. 16), FF 2014 643 s.; Message du Conseil fédéral concernant la modification du code des obligations (droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, p. 157 (cf. www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/voabzockerei/bot-f).

¹⁰⁷ Message GAFI (N. 16), FF 2014 638.

¹⁰⁸ BBl 2014 657.

italienne¹⁰⁹ du Message mentionnant l'hypothèse inverse, bien plus pertinente dans l'optique de la Lex GAFI.

L'article 622 al. 3 CO qui stipule que les statuts peuvent prévoir que des actions nominatives devront ou pourront être converties en actions au porteur et inversement a, curieusement, survécu à la Lex GAFI, sans que l'on ne sache très bien pourquoi¹¹⁰. Suite à la suppression de l'article 627 al. 1 ch. 7 CO, il faut cependant admettre que cette disposition n'a plus guère de portée¹¹¹.

La conversion des actions au porteur en actions nominatives est dorénavant réglée par le nouvel article 704a CO qui prévoit que la conversion doit pouvoir être décidée à l'assemblée générale, selon une nouvelle règle de majorité des voix exprimées, et non des voix attribuées (art. 703 CO), qui ne tient donc pas compte des abstentions. Les statuts ne peuvent pas durcir les conditions de cette conversion¹¹².

L'Office fédéral du registre du commerce admet qu'il est possible de continuer à prévoir une clause statutaire de conversion pourvu qu'elle soit compatible avec les nouvelles dispositions impératives¹¹³.

On peut se demander s'il n'aurait pas été plus adéquat et en ligne avec les Recommandations du GAFI¹¹⁴ d'interdire tout simplement la conversion d'actions nominatives en actions au porteur, voire l'émission d'actions au porteur¹¹⁵. Même sans interdiction, il est toutefois probable que les actions au porteur nouvelle formule disparaissent peu à peu de la pratique¹¹⁶.

2. Obligations de transparence

Il n'est, à notre sens, pas nécessaire de reproduire dans les statuts des dispositions relatives aux devoirs d'annoncer des actionnaires, comme cela se voit fréquemment dans la pratique notariale. De telles clauses statutaires, si elles existent néanmoins, ne sauraient déroger au régime légal impératif.

En revanche, dans la mesure où les statuts prévoient une disposition sur la tenue du registre des actions, il paraît judicieux, à l'avenir, d'y intégrer les points relatifs à la liste des ayants droit économiques.

B. Fondation et augmentation du capital

Il ne fait guère de doute que l'acquisition originale d'actions, que ce soit lors de la fondation d'une société ou lors de l'augmentation du capital, est une acquisition au sens des articles 697i et 697j CO, déclenchant ainsi pour les actionnaires les obligations d'annoncer et pour les sociétés l'obligation de tenir les listes prévues par la Lex GAFI¹¹⁷.

¹⁰⁹ FF 2014 615.

¹¹⁰ Le projet de révision du droit de la société anonyme du 23 novembre 2016 prévoit toutefois de supprimer la référence aux statuts à l'article 622 al. 3 PCO. Cf. Message SA (N. 106), p. 82.

¹¹¹ CHK – WALDBURGER, Art. 622 N. 3; ZK – JUNG, Art. 622 N. 42; SPOERLÉ (N. 36), N. 1107.

¹¹² En revanche, la conversion d'actions au porteur en actions nominatives liées nécessite une majorité qualifiée (art. 704 al. 1 ch. 3 CO); CHK – WALDBURGER, Art. 622 N. 4.

¹¹³ OFRC, Communication 1/15 (N. 41), N. 20.

¹¹⁴ Message GAFI (N. 16), FF 2014 595.

¹¹⁵ Solution rejetée par le Conseil fédéral, cf. Message GAFI (N. 16), FF 2014 620.

¹¹⁶ GLANZMANN/SPOERLÉ (N. 43), p. 21.

¹¹⁷ BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697i N. 5 ss, et les références citées.



C. Possibilité d'inscription supplémentaire au registre du commerce

À certaines conditions, il est possible, sur demande, d'inscrire des faits supplémentaires au registre du commerce qui ne sont pas prévus par la loi (art. 30 ORC)¹¹⁸.

L'Office fédéral du registre du commerce a admis à cet égard que, dans le cas où l'assemblée générale décidait que les annonces prévues par la Lex GAFI devaient être effectuées auprès d'un intermédiaire financier (art. 697k CO; possibilité réservée par la loi aux actions au porteur¹¹⁹), la société pouvait demander l'inscription dudit intermédiaire financier au registre du commerce au titre des faits supplémentaires¹²⁰.

Cette manière de procéder permet ainsi d'assurer une publicité vis-à-vis des actionnaires au porteur que la société ne connaît par définition pas.

D. Obligations du notaire

Un acte authentique peut être ramené à deux catégories principales en fonction de son contenu : soit le notaire transcrit dans l'acte la déclaration d'une ou plusieurs parties (actes de déclaration), ce qui est par exemple le cas lorsqu'il instrumente des cautionnements, des ventes immobilières ou des actes constitutifs de société, soit le notaire constate une certaine situation (actes de constatation)¹²¹. La distinction n'est pas toujours aisée en pratique. Elle joue cependant un rôle important dans l'obligation de renseigner et la procédure applicable et, par voie de conséquence, sous l'angle de la responsabilité du notaire¹²².

Les procès-verbaux d'assemblée générale sont des actes de constatations : ils font foi du déroulement des séances et de la volonté qui y est exprimée et ont pour but de justifier l'inscription au registre du commerce des décisions qu'ils constatent¹²³.

L'activité du notaire consiste dès lors à faire état des constatations sur les présences à l'assemblée, notamment qui est le président, à veiller à ce que les constatations soient transcrites fidèlement, à faire en sorte que les décisions soient exprimées de façon claire et à constater le résultat des votes, directement lorsqu'il tient lui-même le procès-verbal¹²⁴, indirectement lorsqu'il consigne dans l'acte authentique les constats faits par le président de l'assemblée^{125/126}.

Il n'appartient en revanche pas au notaire de s'assurer de la légitimation des participants (y compris, de notre point de vue, au sens de l'article 697m al. 1 CO), cette obligation incombant au conseil d'administration¹²⁷.

S'il existe une divergence sur l'interprétation des dispositions relatives à la légitimation, il doit attirer l'attention du conseil d'administration sur le vice et le risque d'annulation. En

¹¹⁸ Sur cette question, cf. SHK HRegV – ZIHLER, Art. 30 N. 1 ss.

¹¹⁹ Sur cette question, cf. BSK OR II – HESS/DETTWILER, Art. 697k N. 17 ss.

¹²⁰ OFRC, Communication 1/15 (N. 41), N. 10.

¹²¹ Michel MOOSER, *Le droit notarial en Suisse*, 2^e éd., Berne 2014, N. 434 ss.

¹²² MOOSER (N. 121), N. 434.

¹²³ MOOSER (N. 121), N. 695 ss, spéc., N. 710 ss, et les références citées.

¹²⁴ L'article 317 CP s'applique lorsque le notaire consigne dans le procès-verbal une indication qui ne correspond pas à la réalité. Cf. MOOSER (N. 121), N. 367.

¹²⁵ L'article 253 CP s'applique à l'égard de celui qui a trompé le notaire en lui faisant croire, par exemple, que des actions sont valablement représentées. Cf. MOOSER (N. 121), N. 372 ss.

¹²⁶ MOOSER (N. 121), N. 711d; Roland BÜHLER, *Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege*, in ZBGR 1982, p. 345; Walter STOFFEL, *L'instrumentation des actes authentiques en droit des sociétés*, in *La procédure d'instrumentation des actes authentiques*, Zurich 2007, p. 206.

¹²⁷ MOOSER (N. 121), N. 711d et les références citées.

revanche, il ne doit refuser d'instrumenter que si la décision est nulle¹²⁸, ce qui n'est en principe pas le cas dans l'hypothèse d'une violation de l'article 697m CO¹²⁹.

Dans les cas où la législation cantonale impose au notaire de s'assurer de la légitimation des participants, le notaire peut se fier aux indications contenues dans les listes prévues par la Lex GAFI (liste des détenteurs d'actions au porteur, liste des ayants droit économiques, liste des associés), de même qu'il peut se fier aux indications contenues dans le registre des actions, sans avoir à vérifier les annonces des actionnaires¹³⁰.

Dans des cas exceptionnels, si aucun membre du conseil d'administration ne fonctionne comme président et que celui-ci doit être élu par l'assemblée, il revient au notaire de s'assurer de la légitimation des participants en consultant par exemple le registre des actions pour éviter qu'une décision nulle ne soit prise. En revanche, ce contrôle n'englobe pas les listes prévues par la Lex GAFI ni, *a fortiori*, les annonces des actionnaires prévues par la Lex GAFI. En effet, des décisions prises par une assemblée à laquelle des actionnaires participent en violation de ces devoirs d'annoncer sont seulement annulables, et non pas nulles^{131/132}.

VI. Conclusion

L'intégration des dispositions de la Lex GAFI soulève de nombreuses questions et difficultés qui sont loin d'être toutes résolues¹³³.

Dans ce contexte difficile, il convient de garder à l'esprit que les dispositions introduites par la Lex GAFI dans le droit des sociétés n'ont pas de signification propre pour les sociétés et ressortissent exclusivement à la lutte contre le blanchiment d'argent.

Plus précisément, ces dispositions n'ont d'autre but que de permettre aux autorités compétentes de disposer d'informations sur les propriétaires et ayants droits économiques des sociétés.

Par conséquent, ces dispositions doivent être lues, à notre sens, en harmonie avec la LBA et cela d'un double point de vue.

D'une part, il convient d'éviter de créer inutilement des divergences entre le système récemment introduit dans le Code des obligations et celui prévu par la LBA et la réglementation d'application y relative, y compris le cas échéant l'autoréglementation bancaire (CDB 16), sous peine de rendre la vie des conseils d'administration impossible.

D'autre part, ces nouvelles dispositions ne doivent pas conduire à une surinterprétation de leur champ d'application au sein même du droit des sociétés. Ainsi, il ne saurait en aucun cas être question de transformer les conseils d'administration en intermédiaires financiers soumis à des obligations de diligence au sens des articles 3 ss LBA.

* * *

¹²⁸ MOOSER (N. 121), N. 235t; Rita TRIGO TRINDADE/Annie GRIESSEN COTTI, Application en droit des sociétés, *in* L'obligation d'informer du notaire, Zurich 2006, p. 233 s.

¹²⁹ *Cf. supra* Section III./D./2.

¹³⁰ MOOSER (N. 121), N. 711d. Le droit zurichois contient ainsi une base légale sur les vérifications que l'officier public doit effectuer (art. 96a de la Verordnung des Obergerichts über die Geschäftsführung der Notariate). *Cf.* à ce sujet Lukas GLANZMANN/Claudia WALZ, Gesellschaftsrecht und Notar – Entwicklungen und Tendenzen, *in* La société au fil du temps, Zurich 2016, p. 33 s.

¹³¹ *Cf. supra* Section III./D./2.

¹³² GLANZMANN/WALZ (N. 130), p. 34.

¹³³ À titre d'exemple, le plus récent commentaire (BSK OR II – HESS/DETTWILER) des seuls articles 697i à 697m CO compte près de 100 pages.



Coup d'œil sur l'évolution actuelle du notariat en Europe*,¹

Robert-Pascal Fontanet, notaire à Genève, DES en droit

L'heure est aux relations internationales, qui au cours du dernier demi-siècle ont connu un développement inouï grâce à l'accroissement de la prospérité et aux progrès techniques en matière de transmission et de déplacement. Le notariat suisse se trouve enveloppé dans un cocon juridique européen qui a largement puisé aux mêmes sources que lui. On a cependant l'impression qu'il est parfois emporté par ce mouvement. Tentons d'éclairer la situation actuelle et ses développements probables, auxquels le notariat suisse ne peut envisager de rester étranger, ni même spectateur, mais doit au contraire participer avec détermination, en déployant toutes ses compétences, sans hésiter à se remettre en cause lorsque cela est opportun.

Unsere Zeit steht im Zeichen der internationalen Beziehungen. Im Verlauf des letzten halben Jahrhunderts hat deren Entwicklung zu einer ausserordentlichen Steigerung des Wohlstandes und des technischen Fortschritts geführt. Das schweizerische Notariat ist umgeben von einem europäischen rechtlichen Kokon, der weitgehend aus denselben Quellen schöpft wie auch unser Notariat. Indessen kann der Eindruck entstehen, dass wir uns zu sehr mitreissen lassen. Versuchen wir, die aktuelle Situation und ihre wahrscheinlichen Entwicklungen, denen sich das schweizerische Notariat nicht entziehen kann, zu durchleuchten im Hinblick darauf, sich mit Nachdruck und unter Einsatz aller Kompetenzen sowie der Bereitschaft, sich bei Bedarf selber zu hinterfragen, daran zu beteiligen.

Tables des matières

- I. Introduction**
 - A. Le contexte**
 - B. L'Europe**
 - C. La Suisse**
- II. Le rôle déterminant des institutions communes du notariat**
 - A. Les institutions elles-mêmes**
 - 1. L'UINL
 - 2. La CNUE
 - 3. Le CNT
 - 4. L'ANME
 - 5. L'ANF
 - B. Et leurs réalisations**
- III. Sur le plan national**
 - A. En France**
 - B. En Belgique**

* Nous remercions chaleureusement nos Confrères étrangers de leur aimable collaboration, en particulier Pascal CHASSAING, Président de la Chambre des notaires de Paris, Thierry et Nathalie ANDRIER, notaires à Annemasse, Yves BEHETS WYDEMANS, notaire à Bruxelles, Mercurio Paolo DRAGONETTI, notaire à Rome, Elke HOLZHAUSEN-DUX, Présidente de la Chambre des notaires de Berlin, et Clemens FRITSCH, notaire à Vienne.

¹ La situation décrite et les références internet citées sont celles connues au 6 décembre 2016.

- C. En Italie
- D. En Allemagne
- E. En Autriche

IV. Conclusions, par rapport à la Suisse

- A. Une évolution indispensable
- B. Les contacts fructueux entre systèmes parfois très différents
- C. Nos tâches fondamentales et leurs conséquences
- D. Les coups de boutoir de la technologie
- E. Ergo

I. Introduction

Notre ambition, dans le cadre restreint de cet article, n'est pas de peindre un tableau de la profession à l'heure actuelle, mais plutôt, après en avoir rappelé les points les plus saillants, de cerner ses évolutions récentes et tenter de discerner celles qui se dessinent, d'en déterminer les causes, rappeler les moyens dont nous disposons pour agir ainsi que de supputer les conséquences que ces changements pourraient avoir pour nous.

A. Le contexte

Certaines mutations sociales, techniques et juridiques, globales quoiqu'extérieures à notre profession, l'ont marquée de manière fondamentale ces dernières années. Pensons :

1. à la lutte mondiale contre le blanchiment^{2,3}, à laquelle s'oppose fréquemment et de façon irréflectée une vision ultralibérale de l'économie⁴,
2. à la promotion de la transparence, favorisée par l'évolution technique, et, de façon antinomique, à une protection accrue des données personnelles,

² Sur le plan fiscal : principalement les normes de l'OCDE et depuis 2000 du Forum fiscal mondial ; l'ancienne Directive européenne sur l'épargne du 3 juin 2003 abrogée le 1^{er} janvier 2016 ; la Convention OCDE sur l'entraide administrative en matière fiscale de 2011 et l'Accord multilatéral du 29 octobre 2014 entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers (plus connu sous son acronyme anglais : MCAA, Multilateral Competent Authority Agreement), qui prescrit notamment le format dans lequel les informations doivent être transmises dans une Norme commune de déclaration/Common reporting standard (NCD/CRS) élaborée par l'OCDE avec le G20, entrant en vigueur, selon les États, entre le 1^{er} janvier 2016 et le 1^{er} janvier 2018. La Suisse l'a signée le 19 novembre 2014, en vertu de la Loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (LEAR, RO 2016 1297) et a conclu à ce jour un accord d'échange automatique avec 43 pays ; le projet de Directive visant à lutter contre les pratiques d'évasion fiscale (BEPS) approuvé par le Conseil de l'UE le 21 juin 2016. Le Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) du 18 mars 2010, entré en vigueur entre 2013 et 2016 selon les États.

³ À propos de la criminalité financière : IV^{ème} Directive européenne du 20 mai 2015 sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du terrorisme ; les normes successives du Groupe d'action financière GAFI, qui ont eu récemment de larges conséquences sur le droit des sociétés en Suisse.

⁴ Dans certains pays il est possible de créer des personnes morales commerciales sans l'intervention du notaire, voire directement par Internet (Italie, Allemagne), ce qui offre un potentiel considérable de fraude et de blanchiment. Espérons que des affaires telles que les subprimes et autres Panama papers vont rendre les législateurs plus prudents y compris chez nous.



3. aux problématiques des contrats, biens et services numériques, liées à celles du droit d'auteur, plus particulièrement au sort matrimonial et successoral^{5,6} de ceux-ci,
4. aux questions relatives aux migrants et aux expatriés, toujours plus nombreux,
5. à la protection de l'individu en général, des consommateurs, des femmes, des enfants et des personnes vulnérables en particulier,
6. à celle de l'environnement,
7. ou encore à la simplification des formalités sur le plan international⁷.

Ces mutations concernent des domaines dans lesquels le notaire – officier public revêtu d'une tâche ministérielle et affecté à un service public de proximité – a un rôle important à jouer et est aisément en mesure de décharger de certaines tâches des États qui semblent parfois à la limite de leurs possibilités financières, en offrant en outre une décentralisation des prestations et une souplesse en matière d'horaires que l'administration publique ne connaît pas.

B. L'Europe

Aujourd'hui ce terme signifie par métonymie l'Union européenne (UE). Elle est devenue cette surface unicolore que l'on voit sur toutes les cartes de géographie politique – et qui jusque naguère ne faisait que s'étendre, de manière presque inquiétante pour nous petite Suisse.

Alors, que se passe-t-il ces temps-ci dans cette grande flaque colorée du notariat dit européen ?

Colorée mais pas si monochrome que cela, en réalité. Il y a certes bien des convergences en dépit de beaucoup de divergences, comme nous allons le voir en nous penchant sur nos grands voisins ainsi que sur la Belgique, avec lesquels nous entretenons des contacts professionnels fréquents et de qualité.

Sans même évoquer ici les différences historiques, nombreux sont en effet les champs de tension centrifuges (régionalisation), coopératifs sur un plan transfrontalier (l'Accord de Karlsruhe du 23 janvier 1996, ou les florissants groupements locaux de coopération transfrontalière) et certes majoritairement centripètes (le droit européen en général, avec le rôle déterminant pris par ses deux Cours [la Cour de justice de l'Union européenne à Luxem-

⁵ Postulats du Conseiller national Jean-Christophe SCHWAAB, du 14 mars 2012 sur le droit à l'oubli numérique et du 24 septembre 2014 sur la « mort numérique », qui ne sont toutefois pas intégrés dans l'avant-projet de révision du droit suisse des successions (alors qu'il y est question d'un testament d'urgence audiovisuel qui pourrait être enregistré en vidéo, ce qui nous paraît anecdotique !), dont la procédure de consultation s'est achevée le 20 juin 2016 (voir le Rapport explicatif pp. 50-52, sous www.admin.ch). Notons aussi l'apparition de testaments entièrement dématérialisés aux États-Unis d'Amérique.

⁶ PEYROT Aude, *in* not@lex 1/16, pp. 20 à 33.

⁷ Parmi les plus célèbres : la Convention de La Haye du 5 novembre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, à laquelle la Suisse a adhéré en 1973 ; le nouveau Règlement européen sur la circulation des documents publics, appelé à se développer pas à pas ; les dispositions de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL, fille de la Convention de Bruxelles conclue le 27 septembre 1968 entre les États de l'UE) à laquelle la Suisse a adhéré le 1^{er} janvier 1992, révisée le 3 octobre 2007 (CLrév, dans la foulée du Règlement Bruxelles I de 2002), qui tendent à la simplification voire à la suppression de la procédure d'exequatur dans certains cas et ont eu pour conséquence d'importantes modifications tant de notre Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite que de notre Code de procédure civile (du 5 octobre 2007, RS 312.0) ; voir le Message du Conseil fédéral du 18 février 2009 (FF 2009, pp. 1497 *sq.*, not. 1525 *sq.*).

bourg, CJUE, et la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg, CEDH⁸], ses Conventions puis ses grands Règlements tels que Rome I, II et III, Bruxelles I, II et IIbis, ses Directives, dont nous entendons de plus en plus souvent parler en Suisse, sans toujours convenablement mesurer leurs conséquences concrètes pour nous juristes d'un État non membre).

Et parmi les textes nous concernant au plus haut point, citons d'abord le Règlement européen sur les successions 650/2012 (RES) en vigueur depuis le 17 août 2015⁹ mais aussi les Règlements sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés qui vont entrer en vigueur le 29 janvier 2019 (après moult joutes politiques et juridiques, depuis que le sujet avait été abordé à Vienne en 1998 : il n'y a pas qu'en Suisse que la procédure législative est quelquefois longue!), même si on peut regretter qu'à chaque fois quelques États membres n'y adhèrent pas.

Nombreux sont les notaires qui prennent part à l'élaboration des normes, que ce soit directement ou par l'entremise de professeurs et de politiciens proches de leurs institutions.

C. La Suisse

La Suisse, elle, c'est donc ce petit point au beau milieu de l'Europe.

Sa frontière est presque entièrement contiguë à l'UE. Près des deux tiers de son commerce extérieur en dépendent.

En bonne logique, l'évolution de la profession dans les États membres de l'UE a, à terme, une influence marquée sur l'organisation, les tâches et les compétences du notariat dans notre pays.

II. Le rôle déterminant des institutions communes du notariat

A. Les institutions elles-mêmes

Nombre d'institutions supranationales, qu'elles soient mondiales, européennes ou régionales, touchent de près ou de loin au notariat et contribuent à en cimenter les bases comme à stimuler et développer l'intérêt des États et des usagers pour la forme authentique. Voyons-en quelques-unes qui ont un rapport avec notre thème :

1. L'UINL

En premier lieu évidemment l'Union Internationale du Notariat Latin, devenue Union internationale du notariat (UINL)¹⁰, cette « grande inconnue » comme l'appelait Gérard Pouchès, notaire à Châteauroux¹¹, qui avait été créée lors d'un congrès tenu le 2 octobre 1948, à l'instigation de José Adrian Negri, notaire à Buenos-Aires, lequel avait réuni des représentants de 20 pays dont la Suisse, la Belgique, l'Espagne, la France et l'Italie. C'est

⁸ Dont les arrêts peuvent bien entendu concerner directement la Suisse : en matière d'enlèvement international d'enfants, par exemple CEDH du 1^{er} mars 2016, No 30813/14 ; sur une question d'ordre public international en matière de droit au mariage « à partir de l'âge nubile », CEDH du 8 décembre 2015, No 60119/12.

⁹ Voir BONOMI Andrea et WAUTELET Patrick, *Le droit européen des successions*, Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2^e éd. février 2016 ; CHAPPUIS Benoît et PERRIN Julien *in* not@lex 1/14, pp. 1–40.

¹⁰ www.uinl.org

¹¹ *In* Notaire sans frontières, Assemblée de liaison des notaires de France No 13, octobre 1997, p. 21 ; *ibidem* Jean-Pierre KRANTZ, notaire à La Wantzenau, p. 51.



aujourd'hui une ONG agréée notamment par l'ONU et regroupant 86 notariats. La Suisse est membre de sa Commission des Affaires Européennes et de la Méditerranée (CAEM), participe aux travaux de son Institut de Recherches et d'Études Notariales Européen (IRENE), assume toujours le poste de Trésorier¹² et actuellement la présidence de la Commission de Coopération Internationale¹³.

2. La CNUE

En 1976 naquit au sein de la Communauté la Conférence des Notariats de la Communauté Européenne, qui devint la Conférence des Notariats de l'Union Européenne (CNUE¹⁴). Elle compte 22 États membres, soit quelques 40000 notaires, mais la Suisse n'y participe pas alors que la Turquie a obtenu le statut d'observateur en sa qualité de candidate à l'UE ! C'est dommage pour nous car la CNUE déploie une activité dynamique et fertile¹⁵.

3. Le CNT

Citons, en suivant l'ordre chronologique des constitutions, un acteur local, le Comité notarial transfrontalier (CNT), issu d'une charte signée le 14 mai 1991 par les Chambres de l'Ain, de la Haute-Savoie et de Genève, auquel ont adhéré l'Association des notaires vaudois le 19 novembre 1992 puis à titre individuel des Confrères du Doubs, du Jura français et du Valais.

4. L'ANME

Le 19 novembre 1991, la Chambre des notaires de Genève signa un protocole de jumelage avec celle de Paris, jumelage qui rassemble aujourd'hui 8 métropoles dont la « Métropole lémanique » et s'appelle depuis 1995 l'Association des Notaires des Métropoles Européennes (ANME¹⁶) dont l'artisan le plus infatigable est le Président Jean-Claude Ginisty, de Paris.

5. L'ANF

Enfin, la Suisse fut membre fondateur de l'Association du Notariat Francophone (ANF¹⁷), créée le 17 mars 1992 à Paris sous l'impulsion des Présidents du Conseil supérieur du notariat français Paul Chardon et Jacques Behin.

B. Et leurs réalisations

Chacune de ces structures a ses buts, ses moyens, ses activités et ses rayons d'actions spécifiques, mais toutes sont importantes pour échanger des idées, en tirer des conclusions

¹² Aujourd'hui Laurent BESSO, notaire à Lausanne.

¹³ En la personne de Michel MERLOTTI, notaire honoraire neuchâtelois.

¹⁴ www.cnue.eu Présidée en 2015 par Jean TARRADE, notaire à Paris et ancien Président du Conseil supérieur du notariat français, sous le leitmotiv heureux « Être connu et reconnu ».

¹⁵ Par exemple en ayant présenté un panorama global et détaillé de la situation juridique et judiciaire concernant en particulier le notariat : voir L'Europe du droit, Bruxelles 2002 et actuellement avec ses 200 « Journées portes ouvertes des notaires d'Europe ».

¹⁶ www.paris.notaires.fr

¹⁷ www.notariat-francophone.org et www.fancophonie.org

concrètes et mener des politiques communes ou proches en matière d'information et de formation notamment. Elles publient en outre régulièrement, soit sur papier soit sur Internet.

Parmi leurs réussites, citons à titre de références et en attirant l'attention sur leur caractère en général multilingue :

1. le Réseau Notarial Européen (RNE)¹⁸, créé le 11 mai 2007,
2. l'Annuaire des notaires d'Europe¹⁹,
3. le Centre notarial de droit européen (ACENODE²⁰) à Lyon,
4. le « convertisseur » international intitulé Guide des procurations en Europe²¹ (ANME), en cours de mise à jour,²²
5. l'interconnexion des registres des testaments (bientôt peut-être celle des registres nationaux des certificats successoraux européens) via l'Association du Réseau Européen des Registres Testamentaires (ARERT²³) créée en 2005 par les notariats belge, français et slovène, actuellement au nombre de 16 mais dont la Suisse ne fait pas non plus partie²⁴,
6. la plateforme de collaboration transfrontalière en ligne EUFides²⁵ créée en 2014,
7. et de très utiles portails ou sites d'information publics tels que www.coupleseurope.eu, www.successions-europe.eu ou www.jachetemonlogement.eu; plus global, le guichet électronique européen dans le domaine de la justice www.e-Justice.europa.eu,
8. sans compter les réseaux privés internationaux de toutes tailles, purement notariaux ou interprofessionnels (tels que Lexunion, Uninot ou encore Monassier).

II. Sur le plan national

A. En France

La France a été depuis la Loi de Ventôse²⁶ le modèle du notariat non seulement pour de nombreux pays de notre continent mais aussi, entre autres, en Amérique du sud, au Canada et en Afrique^{27,28}.

Conscients de ce fait, les notaires français ont pris les choses en main depuis plusieurs décennies, en s'investissant singulièrement en faveur du développement du notariat latin au sein des anciens Pays de l'Est²⁹, depuis l'élan donné dès 1990 en Hongrie par la Chambre des notaires de Paris, puis en Asie.

¹⁸ www.notaires-d-europe.eu

¹⁹ www.notaries-europe.com ainsi que son frère l'Annuaire Européen des Notaires www.notaires-d-europe.eu !

²⁰ www.notaires-d-europe.eu

²¹ Ed. Lexis Nexis, Paris 2012.

²² Précédé, en mai 1981 déjà, par l'ouvrage Texte uniforme de procurations (générales) édité par la Commission des affaires européennes de l'UINL.

²³ www.arert.eu

²⁴ Puisqu'elle n'est pas membre de la Convention de Bâle relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments, signée le 16 mai 1972 par les États membres du Conseil de l'Europe.

²⁵ www.notaires-d-europe.eu

²⁶ Loi du 25 ventôse an XI contenant l'organisation du notariat, du 16 mars 1803 (www.legifrance.gouv.fr).

²⁷ Voir COLIN Thierry, notaire à Besançon, Le notaire français et le notaire suisse face à l'Europe, page 8, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1993.

²⁸ Notamment via l'ANF (*supra* II.A.5) et l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

²⁹ Projet des notaires de France adopté par L'Assemblée générale du Conseil supérieur du notariat le 14 octobre 1997, p. 18.



Examiner attentivement l'évolution du notariat français présente donc un intérêt majeur. Les notaires français (ils étaient 7600 en 1997 pour 60 millions d'habitants, actuellement près de 10000 pour une population de 66 millions et ils dressent quelque 4 millions d'actes par an) exercent traditionnellement une fonction et une profession libérale, bien davantage réglementée que chez nous. Ils sont nommés par le Garde des Sceaux, contrôlés par le Ministère public et ont un tarif d'ordre public. Leur compétence est devenue nationale à compter du décret du 26 novembre 1971.

Leurs actes doivent être rédigés en français (sauf en Alsace-Moselle, où ils peuvent l'être dans certaines circonstances en allemand) depuis que François 1^{er} en a décidé ainsi en 1539, dans l'Ordonnance de Villers Cotteret – ce qui signifiait, à l'époque, pas en latin ...

Nos Confrères français ont *grosso modo* les mêmes compétences que nous mais pas de monopole en matière de promesses (compromis) de vente ni de sociétés de capitaux. En revanche, même si leur activité est incompatible avec celles d'avocat et de commerçant, ils peuvent s'adonner à la négociation et à l'estimation immobilières. Ils sont astreints à des formalités qui nous paraissent parfois insolites (mentions manuscrites à apposer par les parties avant leur signature, actes à recevoir par deux notaires, dont un désigné par le Président de Chambre).

Ils collectent les impôts en relation avec les actes qu'ils reçoivent (plus de 22 milliards d'euros en 2013).

Les pouvoirs publics leur ont régulièrement confirmé leur confiance. Mentionnons parmi beaucoup d'autres objets :

1. la création de l'acte notarié électronique (modification de l'art. 1317 du Code civil français [CCF] par la loi sur les techniques électroniques du 13 mars 2000, très en avance sur son temps),
2. le rôle d'expert qui leur est accordé en matière de divorce (art. 255-10 CCF par la loi du 26 mai 2004),
3. la confirmation de leur importance déterminante dans la grande réforme du droit des successions et des libéralités du 23 juin 2006 (mandat à effet posthume, art. 812-1-1 CCF; pacte de renonciation conventionnelle à la réserve [renonciation anticipée à l'action en réduction, la fameuse RAAR]), etc.,
4. le mandat de protection future qui doit être conféré par acte notarié pour permettre les actes de disposition (loi du 5 mars 2007),
5. la création d'un cadre légal de l'acte de notoriété (confiés aux seuls notaires depuis 2008), y compris en l'absence d'acte de naissance pour un futur époux (loi du 22 décembre 2010),
6. l'Ordonnance du 30 janvier 2009 imposant dans certains cas l'acte authentique pour le contrat de fiducie (art. 2012 CCF),
7. la loi du 22 décembre 2010 exigeant que les consentements à adoption soient recueillis par les notaires,
8. le rôle accru des notaires en matière de convention de partenariat (PACS) depuis la loi du 24 novembre 2009,
9. la loi du 28 mars 2011 dite « de modernisation des professions juridiques », qui, aux côtés de « l'acte d'avocat » de peu de portée mais dont on a tant parlé, a inséré dans le CCF un art. 710-1 prévoyant que les formalités foncières doivent « résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France »,
10. la Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (dite loi ALUR) du 24 mars 2014, qui a sensiblement augmenté les contrôles confiés aux notaires avant toute vente immobilière,

11. et enfin la Loi sur la justice du XXI^e siècle du 12 octobre 2016 qui leur a conféré une nouvelle compétence en matière de « divorce sans juge ».

Autrement dit, leur rôle s'est élargi et leur mission s'inscrit clairement dans une perspective de juridiction gracieuse, complémentaire à celle des tribunaux.

La Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances promulguée le 6 août 2015, dite « loi Macron », complétée par le décret du 26 février 2016 relatif aux tarifs de certaines professions du droit puis par ceux du 16 juin 2016, est venue brouiller brutalement les cartes en introduisant dans le notariat des notions telles que « l'interprofessionnalité » (s'agit-il de l'avènement d'une religion de la concurrence, dans la République laïque ?), les « coûts pertinents » (sic!) et la « rémunération raisonnable », en prévoyant une nouvelle répartition territoriale des offices^{30, 31}, en leur fixant une limite d'âge à 70 ans dès le 1er août 2016, et en supprimant la fonction de « clerc habilité » à recevoir divers actes, créée en 1971³².

D'importants acteurs tels le Groupe Monassier ont aussitôt créé des sociétés holding « de participations financières de professions libérales (SPFPL) » ayant pour but d'associer sur le plan financier notaires, avocats, huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires, experts comptables, etc. tandis que d'autres se profilent dans le conseil³³.

Le notariat français déploie depuis des décennies une grande énergie dans le domaine de la formation de ses membres et de leurs collaborateurs. Il comble aujourd'hui un certain retard en matière de droit international privé, notamment par l'action de ses Centres de recherches, d'information et de documentation notariales (CRIDON³⁴) et l'organisation de séminaires internationaux^{35, 36}. Notons que notre voisin a en revanche de l'avance sur nous en matière de conventions fiscales successorales (35 CDI en la matière)³⁷, ce qui nous permet de nourrir peut-être quelque espoir d'en conclure un jour une nouvelle avec lui³⁸...

B. En Belgique

Le notariat de la Belgique a puisé aux mêmes sources.

Les notaires, plus de 1500 pour 11 millions d'habitants, en légère augmentation (1300 pour 10 millions d'habitants en 1995), sont des « fonctionnaires publics exerçant une profession

³⁰ Thème néanmoins récurrent du notariat français: voir le Projet des notaires de France, *op. cit.* p. 40, qui entend « veiller à une localisation harmonieuse de nos offices ».

³¹ La carte des installations libres a été publiée le 15 novembre 2016 sous www.service-public.fr.

³² Mesure dont l'Assemblée nationale a reporté le 13 juillet dernier l'entrée en vigueur au 31 décembre 2020, afin de leur permettre de devenir notaires d'ici-là.

³³ www.interprof.fr

³⁴ www.cridon-lyon.fr, créé le premier en 1962; www.cridon-paris.fr; www.cridon-so.fr; www.cridon-ouest.com; www.cridon-ne.org

³⁵ REVILLARD Mariel – à qui il sied de rendre ici un hommage chaleureux pour son travail de pionnier, sa ténacité et son activité inlassable en ce domaine –, Du règlement sur les successions aux régimes matrimoniaux: les solutions du notariat d'Europe, Ed. Société de législation comparée, Paris 2014, pp. 49–53.

³⁶ Et dans la foulée, il est amené à s'intéresser au droit comparé: Zoé ANCEL LIOGERET, Emanuele CALÒ, Les successions en droit comparé, Actes du colloque organisé par le Cridon-Lyon les 8, 9 et 10 avril 2015 (Strasbourg, Lyon, Marseille), Mise à jour avril 2016, Ed. Scientifich Italiane s.p.a., Napoli 2016.

³⁷ Que l'on peut consulter sur le site internet fort pratique www.impots.gouv.fr (rubrique international).

³⁸ La Convention entre la Confédération suisse et la République française en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions conclue le 31 décembre 1953 ayant été abrogée au 31 décembre 2014.



libérale», nommés par le Roi. Ils ne peuvent que s'associer entre eux et relever, pour le moment, du même ressort territorial.

Le calme y règne, leurs compétences monopolistiques se sont régulièrement accrues (mandat de protection de majeur; acceptation et renonciation à succession) et la tendance devrait se confirmer ces prochaines années. Ils peuvent rédiger leurs actes dans toute langue qu'ils maîtrisent, encore qu'en matière de publicité foncière ils soient limités au français, au néerlandais et à l'allemand.

Leur activité est incompatible avec celles d'avocat et d'administrateur d'une société commerciale.

Depuis le 1^{er} janvier 2000, la limite d'âge pour pratiquer est fixée à 67 ans.

Ils établissent les déclarations fiscales de succession et sont responsables du paiement des taxes sur les actes qu'ils reçoivent.

Seuls quelques actes sont tarifés et la liberté de facturation s'accroît.

C. En Italie

Les principes et l'origine du notariat de l'Italie sont comparables à ceux des deux pays précédemment évoqués.

Les notaires sont des officiers publics qui exercent une profession libérale d'exercice individuel; leur compétence territoriale a été étendue au début du siècle.

Ils ne sont pas très nombreux par rapport aux autres États considérés: environ 5000 pour près de 61 millions d'habitants. Leur nombre a varié à la hausse comme à la baisse et le projet de loi sur la concurrence, à l'examen par la commission permanente du Sénat de la République depuis le 5 mai 2016, prévoit à nouveau une augmentation, de telle sorte qu'il y ait un notaire pour 5000 habitants.

Leur importance et leur rôle sont reconnus. Leurs compétences n'ont pas varié ces dernières années mais un projet de loi voudrait mettre à mal leur monopole en matière de droit des sociétés et des entreprises. Ils doivent rédiger leurs actes en italien ainsi que dans la langue connue par les parties si ces dernières ignorent l'italien.

Particularité: pour accéder à la fonction il n'y a pas d'âge minimum mais le maximum est 50 ans. La limite d'âge pour pratiquer est fixée depuis toujours à 75 ans.

Ils sont chargés de percevoir et de verser les impôts pour l'enregistrement des actes authentiques. Selon les dernières données disponibles, qui remontent à trois ou quatre ans, cela représentait environ 6,5 milliards d'euros.

Nous pouvons comprendre que nos Confrères italiens, qui ont récemment traversé une dure période de crise économique, soient assez inquiets, d'autant que leur tarif officiel a été naguère supprimé, tandis que leurs incompatibilités avec les professions d'avocat et d'administrateur de société subsistent.

D. En Allemagne

Si les principes et l'origine du notariat de l'Allemagne sont en revanche différents des précédents, ils ne nous déroutent guère pour autant. La majorité des Länder, dont la Bavière, connaissent des Nurnotare, Berlin et quelques autres des Anwaltsnotare, tandis que le notaire est fonctionnaire en Bade-Wurtemberg (cette particularité cessera en 2018 dans le Wurtemberg). Les Anwaltsnotare sont cependant les plus nombreux.

Il existe une loi-cadre, la Bundesnotarordnung (BNotO)³⁹, qui depuis longtemps règle leurs compétences, leurs devoirs et les grands principes d'organisation.

Il y avait presque 10000 notaires au tournant du millénaire, pour 80 millions d'habitants. Il n'y en avait plus que 7156 au 1^{er} janvier 2015, la réduction ayant principalement touché les avocats-notaires des grandes villes.

Depuis 1991 les notaires ne peuvent plus pratiquer au-delà de 70 ans.

Ils sont largement implantés dans tous nos domaines traditionnels du notariat, très bien formés et leur compétence est reconnue par les autorités. L'acte authentique jouit d'une pleine force probante⁴⁰ et, on peut le dire, d'une grande considération.

En matière fiscale, ce ne sont toutefois pas les notaires mais des experts-comptables ou des avocats spécialisés qui interviennent.

Des archives électroniques fédérales du notariat, financées par ce dernier, sont sur le point de voir le jour.

Nos Confrères allemands ont une obligation de déclaration au fisc des actes qu'ils reçoivent en matière d'immeuble, de donation, de succession et de sociétés.

Leur tarif, qui est de droit public, résulte depuis août 2013 de la Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG).

E. Et en Autriche

Le notariat de l'Autriche ne peut pas être sans autres mesuré à l'aune du notariat allemand, au reste pas plus que ne peut l'être son système juridique.

Comme en Italie les notaires sont relativement peu nombreux. Ils exercent sur le plan national une profession libérale d'exercice individuel, possiblement en association entre eux ou avec des candidats notaires.

Ils sont aujourd'hui 506 (en augmentation maîtrisée : 395 au milieu des années 90, 492 en 2012) pour 8 millions et demi d'habitants.

L'établissement de nouveaux actes leur a été confié, tels la Patientenverfügung et la Vorsorgevollmacht, ainsi que des activités comme la médiation et l'arbitrage. Ils doivent rédiger en règle générale leurs actes en allemand.

Il y a incompatibilité avec le métier d'avocat. La limite d'âge pour pratiquer est fixée à la fin de la 70^{ème} année.

Les notaires autrichiens n'ont pas de monopole en matière immobilière ni d'obligation particulière en matière fiscale, pas même d'ailleurs en ce qui concerne le conseil fiscal. En revanche, ils peuvent être nommés Gerichtskommissär par le tribunal et à ce titre s'occupent de la préparation du règlement des successions, notamment en matière d'inventaire civil (Art. 165 AusstrG) et sont alors rémunérés conformément à la Gerichtskommissionstarifgesetz⁴¹.

Nos Confrères autrichiens sont responsables de collecter et de prélever les droits sur les actes emportant mutation immobilière, y compris les frais de transcription et les impôts sur la plus-value.

³⁹ www.gesetze-im-internet.de/bnoto/

⁴⁰ §§ 415 al. 1 et 418 al. 1 Zivilprozessordnung (ZPO).

⁴¹ *Obiter dictum* : il n'y a plus de droits de succession en Autriche lorsque le décès est intervenu après le 31 juillet 2008.



Leur tarif, contenu dans la Notartarifgesetz (NTG), prévoit à l'art. 26 un taux horaire de 9,90 euros par demi-heure (8,20 euros en 2001), avec heureusement des multiplicateurs de 1 à 8 en fonction d'une part de la valeur et d'autre part du type d'affaire (art. 28 *sq.*).

III. Conclusions, par rapport à la Suisse

A. Une évolution indispensable

Certes, comme le relevait Gaston-Marie Lembrez, notaire à Saint-Omer (France), « D'une profession aussi ancienne que celle de notaire, il ne faut pas attendre d'évolution clairement lisible dans un espace de temps trop court. »⁴²

Sachons cependant nous adapter et évitons le « syndrome du diplodocus »⁴³ ! Au reste, chaque génération connaît de profonds changements, dont on oubliera vite le simple fait qu'ils ont eu lieu.

Le véhicule du notariat est équipé de phares, d'essuie-glaces, d'un volant et d'un accélérateur, pas uniquement de freins, faut-il le rappeler à certains Confrères frileux ? « L'activité notariale a été (et reste) plus fortement protégée que d'autres. Ce fut peut-être une chance, ce pourrait aussi être un danger (...) Il est toujours préférable de prendre les devants, plutôt que de voir d'autres bousculer le débat sans y intégrer tous les éléments de réflexion » observait finement le Prof. Pierre Tercier, alors Président de la Commission fédérale de la concurrence.⁴⁴ Nous ne nous rallions toutefois pas aux conclusions de ce dernier en matière de liberté économique (art. 27 al. 1 de la Constitution fédérale [CF]), l'activité ministérielle du notaire ressortissant au droit public et non au droit privé, qui, à l'art. 95 CF, est d'ailleurs seul expressément visé^{45, 46, 47}.

Et l'abandon pur et simple d'un tarif, pour autant qu'il soit adéquat et clair, ne saurait être considéré comme une panacée, car celui-ci est en vérité le corollaire du principe d'égalité d'accès au service public^{48, 49} et il constitue un pilier de la prévisibilité des coûts.

Cela signifie en revanche qu'il faut savoir faire preuve d'imagination, ce dont la pratique de notre métier nous convainc quotidiennement.

B. Les contacts fructueux entre systèmes parfois très différents

Le droit romano-germanique et le notariat privilégient le consensus, la sécurité, contrairement au droit anglo-américain qui préfère la souplesse, quitte à s'accommoder d'un important contentieux.

N'opposons cependant pas stérilement l'un à l'autre car d'une part ils ne constituent pas des blocs uniformes, d'autre part ils peuvent de temps à autre s'interpénétrer pour offrir

⁴² Notaire sans frontières, *op. cit.* p. 129.

⁴³ DELATTRE Philippe, notaire à Lille, *in* Notaire sans frontières, *op.cit.* p. 9.

⁴⁴ *In* Semaine judiciaire 1998 No 31, p. 534.

⁴⁵ PIOTET Denis, *in* Semaine judiciaire 1999 II No 31, pp. 148 *et passim*.

⁴⁶ PIOTET Denis, *in* not@lex 3/13, pp. 114 à 124, en réponse au questionnaire Quel marché intérieur pour les notaires et les actes authentiques ?, adressé le 25 mars 2013 aux gouvernements cantonaux par la Commission fédérale de la concurrence (pour les développements juridiques de cette dernière: *ibidem* pp. 99-113).

⁴⁷ Le Tribunal fédéral a d'ailleurs confirmé (ATF 128 I 280) que ni le principe de la liberté économique (donc pas l'Accord sur la libre circulation des personnes [ALCP] entré en vigueur le 1^{er} juin 2011, RS 0.142.112.681), ni la Loi sur le marché intérieur [LMI] (du 6 octobre 1995, RS 943.02) ne s'appliquent aux notaires.

⁴⁸ Projet des notaires de France, *op. cit.* p. 26.

⁴⁹ PIOTET Denis, *in* Semaine judiciaire 1999 II No 31, p. 140.

des solutions intéressantes⁵⁰ quoique parfois compliquées. Et à l'heure actuelle un troisième système dont on parle encore relativement peu, le droit musulman, s'invite dans ce dialogue (avec des questions sensibles, telle la polygamie).
Que de chances à saisir !

C. Nos tâches fondamentales et leurs conséquences

La souplesse ne signifie hélas pas toujours virtuosité, l'urgence jamais la sérénité. Logiquement, dans un environnement qui, partout, devient toujours plus complexe, le notaire a besoin de temps. Le *fast-law* ne devrait pas être son terrain de jeu. Qu'il soit obligé de vérifier que tout ce qu'il rédige est conforme au droit, aux faits et aux attentes de ses clients n'est pas une fatalité, c'est une nécessité⁵¹. Il est contraint à l'excellence, car rien ne servirait à la collectivité de posséder un notariat si c'était pour avoir autant de conflits que s'il n'existait pas.

Notre profession doit tout faire pour mériter la confiance de ses autorités cantonales et fédérale.

Ne soyons pas craintifs : à l'instar de son vigneron lorsqu'il produit du bon vin, on n'attaquera pas non plus son tabellion s'il dresse de bons actes.

D. Les coups de boutoir de la technologie

Quelles craintes avoir ? Modeste et consciencieux législateur de signatures et certificateur de copies depuis des siècles, juriste qualifié et rédacteur impartial, le notaire est une personne de choix pour exercer des tâches analogues sur le plan informatique⁵².

Depuis plus de vingt ans, il a aussi prouvé son sérieux par la tenue du Registre suisse des testaments⁵³.

Néanmoins, l'apparition des « contrats intelligents⁵⁴ » ne va-t-elle pas mettre à mal notre ministère ? La réponse est indubitablement négative. En modifier les contours certainement, mais conclure un contrat sur la base de mots-clés est soit trop réducteur pour donner un résultat adapté, soit trop complexe pour pouvoir être utilisé à bon escient par des laïcs. Il s'agit pour le notaire de toujours voir loin en amont (connaître précisément l'origine des biens et des dettes, par exemple) comme en aval (quels pourraient être les changements juridiquement déterminants au cours de la vie de ses clients, de leurs héritiers) avant de

⁵⁰ Pensons à la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2007 (RS 0.221.371).

⁵¹ Ou pour reprendre les termes de la Ministre de la justice italienne Paola SEVERINO, professeur de droit et avocate, lors du 47^{ème} Congrès national du notariat italien en 2012 : « Le notaire constitue un point de référence fondamental, non seulement pour les citoyens, mais aussi pour les entreprises et l'administration publique, en tant qu'opérateur juridique s'efforçant constamment de concilier les intérêts particuliers et généraux, les intérêts publics et privés, et d'interpréter les normes toujours plus complexes de notre système juridique » (www.notaires-d-europe.eu).

⁵² Au vu de l'art. 14 al. 2 bis CO (RS 220) introduit le 1^{er} janvier 2005 par la Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (SCSE) du 19 décembre 2003 (RS 943.03) ; Ordonnance sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (OSCSE) du 3 décembre 2004 (RS 943.032) ; Ordonnance sur l'acte authentique électronique (OAAE) du 23 septembre 2011 (RS 943.033) ; Ordonnance du Département fédéral de justice et police sur l'acte authentique électronique (OAAE-DFJP) du 25 juin 2013 (RS 943.033.1) ; et bien sûr les dispositions cantonales de mise en œuvre prises en vertu de l'art. 55 T. Fin. CC (du 10 décembre 1907, RS 210) !

⁵³ www.testamentenregister.ch

⁵⁴ Terme, faut-il le relever, tout à fait impropre.



fournir ses prestations, étant rappelé qu'il doit nécessairement instrumenter, une obligation de faire qui découle de son statut d'officier public délégataire d'un pouvoir de l'État⁵⁵ et que ne connaissent que peu d'autres professions. Cela dit, il convient de toujours garder à l'esprit que la meilleure conclusion d'une analyse approfondie peut quelquefois être qu'il est préférable de ne rien entreprendre du tout... On peut raisonnablement en conclure que remplacer l'être humain par une machine tout au long des processus de réflexion (en droit international et interne, privé, administratif et fiscal comparé) et d'exécution n'est guère plausible.

En revanche que des recherches soient effectuées, qu'un contrat soit préparé puis exécuté par un notaire qui use de ces moyens, cela contribue à davantage de sécurité et de célérité (envisageons cela pour nos fameuses « formalités », qui peuvent être comprises dans une « chaîne de blocs »⁵⁶).

E. *Ergo*

Concluons brièvement :

- l'acte authentique, lié dans notre conception suisse aux conseils juridiques qui s'y rapportent, justifie l'existence du notariat, qui doit évoluer avec réalisme et sans atermoiements en fonction des besoins de la société ;
- le notariat doit savoir attirer l'intérêt à la fois des meilleurs professeurs et des meilleurs étudiants, pour lui permettre d'aller sereinement de l'avant ;
- la formation initiale des stagiaires et celle continue des notaires, non seulement juridique mais également éthique, administrative, comptable et technique (et psychologique !), constitue la garantie de l'existence de notre profession, en Suisse autant qu'à l'étranger ; elle passe par l'excellence des maîtres de stage, le bénévolat et la solidarité de même que par les contacts intellectuels sur le plan international.

À nous d'anticiper les adaptations, en gardant constamment à l'esprit le but essentiel de notre activité qui est, au XXI^{ème} siècle comme jadis, d'apporter de la sécurité à long terme aux parties, aux tiers et aux registres officiels, de simplifier l'activité des tribunaux et de décharger ces derniers.

Nos Confrères, voisins et belges, l'ont remarquablement compris et mis en œuvre dès la fin du XX^{ème} siècle.

Un des atouts indéniables de la Suisse est sa stabilité et la confiance que celle-ci inspire. Le notariat peut donc s'y sentir bien chez lui⁵⁷, dans les cantons qui la constituent et où nous sommes habitués depuis longtemps⁵⁸ à composer avec des droits disparates.

* * *

⁵⁵ Sans quoi il y aurait déni de justice.

⁵⁶ Ou en anglais *blockchain*, qui est une technologie de stockage et de transmission d'informations, transparente, sécurisée et fonctionnant sans organe central de contrôle (<https://blockchainfrance.net/decouvrir-la-blockchain/c-est-quoi-la-blockchain/>).

⁵⁷ Grâce à l'art. 55 T. Fin. CC (du 10 décembre 1907, RS 210) !

⁵⁸ Par une application directe ou analogique de la Loi sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC) du 25 juin 1891, abrogée le 31 décembre 1988 lors de l'avènement de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 (RS 291) ; voir le Message du Conseil fédéral du 10 novembre 1982 (82.072).



Chronique de jurisprudence fiscale

Michel Monod, notaire, chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne
Séverine L'Eplattenier, assistante diplômée au Centre de droit notarial de l'Université de Lausanne

Structure

1. **Impôt sur les successions**
2. **Fiscalité immobilière**
 - 2.1 **Impôt sur les gains immobiliers**
 - 2.2 **Autres**
3. **Double imposition**
 - 3.1 **Double imposition intercantonale**
 - 3.2 **Double imposition internationale**
4. **Revenu des assurances privées et LPP**
5. **Autres aspects fiscaux du patrimoine**
 - 5.1 **Activité lucrative indépendante**
 - 5.2 **Autres**

1. Impôt sur les successions

VD – Legs d'un immeuble sis dans un autre canton
Art. 127 al. 1 LIFD; art. 11 LMSD

AX., sa sœur et son frère sont les héritiers légaux de BX. qui est décédé en mai 2008 dans le canton de Vaud. BX a fait à titre de legs des libéralités en faveur de ses petits-enfants ainsi qu'à un tiers, Y., qui a reçu un appartement dans le canton de Schwyz. La succession comprenait également deux autres immeubles (un dans le canton de Vaud et l'autre en Valais). L'administration cantonale des impôts a établi la taxation définitive de la succession. La valeur fiscale de l'immeuble qui se trouve dans le canton de Schwyz a été fixée à CHF 386305, celle de l'immeuble sis dans le canton de Vaud à CHF 988000 et à CHF 265993 pour celui sis en Valais. L'administration cantonale a retenu pour le canton de Vaud, une fortune de CHF 3042969, pour le canton du Valais de CHF 355597 et pour le canton de Schwyz de CHF 284933, après avoir appliqué les coefficients de conversion relatifs à l'estimation des immeubles, ajouté les actifs mobiliers et réparti proportionnelle-

ment les passifs en fonction de la situation des actifs. La part de l'impôt successoral due par AX. était de CHF 23940, soit 82.61% du montant total de la part successorale perçue par ce dernier, imposée à un taux de 3.5%. La part due par Y. était de CHF 127634, soit pour l'impôt cantonal 82.61% du montant total de la part successorale perçue par ce dernier, imposé à un taux de 25%.

L'instance précédente n'est pas tombée dans l'arbitraire en ne distinguant pas la situation du légataire d'un immeuble, d'un légataire de biens mobiliers et d'un héritier pour l'impôt qui est calculé sur l'ensemble des actifs nets de la succession. Sur cette base, la seule méthode d'imposition possible consiste à déterminer une quote-part correspondant à la partie des biens situés dans le canton de Vaud. Ainsi, le legs d'un immeuble situé hors du canton du domicile du défunt peut être imposé jusqu'à concurrence d'un pourcentage correspondant à la valeur des actifs sis dans le canton de domicile.

*Tribunal fédéral, arrêt du 17 avril 2015, AX. c/ Administration cantonale des impôts du canton de Vaud et Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public (2C_139/2015)
RDAF 2015 II p. 111*

2. Fiscalité immobilière

2.1. Impôt sur les gains immobiliers

ZH – Gains immobiliers ; transaction en chaîne

Art. 12 al. 1 lit. a LHID; art. 127 al. 1 et 2 Cst.

La société A. SA. est active dans la gestion et le courtage de biens immobiliers ainsi que dans l'achat et la vente de propriétés. En 1998, A. SA. a conclu un contrat d'option avec B. SA. lui permettant d'acquérir un bien-fonds dans le canton de Zurich. Le contrat prévoyait un prix d'exercice CHF 4500000.– et en cas de non-exercice du droit une indemnité de CHF 50000.– non remboursable. Les parties contractantes ont prévu par contrat que le droit d'achat serait transféré à C. SA. A. SA. a construit sur la parcelle des maisons familiales. En 1999, C. SA. a exercé son droit d'achat et est devenu propriétaire du terrain. L'autorité fiscale a qualifié ces opérations d'actes juridiques qui ont le même effet économiquement qu'une aliénation.



S'agissant du droit de mutation, les cantons disposent d'une marge de manœuvre lorsqu'il s'agit de définir ce qu'est une transaction en chaîne. En ce qui concerne l'impôt sur les gains immobiliers au contraire, les exigences s'agissant des transactions en chaîne dépendent du droit fédéral. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 12 al. 1 lit. a LHID est moins précis que le concept de mutation selon le droit civil. Dès lors, l'opération en cause ne se rattachant pas à un processus légal clairement défini, une définition précise de l'objet fiscal est exclue. Les actes juridiques qui ont le même effet économique qu'une aliénation sont assimilés à une aliénation lorsque tous les pouvoirs de disposition changent de mains. L'inscription au registre foncier est réservée dans la mesure où elle peut intervenir plus tard. Cette norme doit être interprétée restrictivement pour que les conséquences fiscales d'une transaction soient prévisibles, eu égard à l'exigence du principe de légalité. En l'espèce, la Cour a constaté qu'il y avait eu une transaction en chaîne.

Tribunal fédéral, arrêt du 12 décembre 2014, A. SA c/ Commune V, Administration d'impôt du canton de Zurich et Administration fiscale du canton de Zoug (2C_138/2014)

RF 4/2015 p. 353

ZH – Gains immobiliers ; suite de report d'imposition

Art. 12 al. 3 lit. e LHID

En 2002, le couple AC. et BC. a acquis en copropriété comme domicile conjugal un bien-fonds dans le canton de Zurich. En 2003, il a acquis un immeuble également en copropriété. Ils ont vendu un certain nombre d'appartements et ils en ont gardé deux pour leur usage personnel. Le couple a déménagé dans le nouveau bâtiment en 2007 et vendu l'ancien bien-fonds la même année. L'administration fiscale a accepté le caractère de remplacement de la maison d'habitation et a autorisé le report d'imposition. En 2011, les conjoints ont donné à leur fille les deux appartements au titre d'avancement d'hoirie tout en se réservant l'usufruit. L'administration fiscale révoque le report d'imposition admis en 2007 et impose le couple en conséquence.

En cas de report d'imposition, la créance d'impôt sur les gains immobilier naît uniquement après la dernière mutation, c'est-à-dire celle qui ne peut pas donner

lieu à un report d'imposition. Lorsque la raison qui justifie le différé d'impôt disparaît, le gain immobilier reporté est imposé. Dès lors, le contribuable est imposé sur la totalité du gain. En application de l'art. 12 al. 3 lit. e LHID, l'utilisation de la maison d'habitation par un tiers ne permet pas le différé d'impôt sauf s'il s'agit d'une courte période. Selon le Tribunal fédéral, la législation fédérale ne prévoit pas de disposition légale selon laquelle un fait justifiant un différé d'impôt doit être obligatoirement remplacé par un autre de même nature, sinon le différé d'impôt accordé serait retiré.

Tribunal fédéral, arrêt du 9 février 2015, AC et BC c/ Commune U et Administration fiscale du canton de Zurich (2C_583/2014)

RF 6/2015 p. 524

VS – Gains immobiliers ; impenses

Art. 9 al. 3 et 12 al. 1 LHID ; art. 32 al. 2 LIFD

En 2009, AX. et BX. ont hérité d'un appartement en Valais. Ceux-ci l'ont vendu en 2013 à un tiers pour CHF 320000.-. Dans leur déclaration en matière d'impôt sur les gains immobiliers chacune des sœurs a déduit la moitié des impenses concernant les travaux entrepris (réfection de la cuisine ainsi que de la salle d'eau, peintures et sols) dans l'appartement vendu. L'administration fiscale soutient que les dépenses constituent des frais d'entretien non déductibles.

La question litigieuse est de savoir si les dépenses faites par les recourantes sont des dépenses d'entretien déductibles du revenu ou des dépenses de plus-value non déductibles. Le Tribunal fédéral estime qu'en pratique la distinction entre les deux catégories n'est pas aisée, notamment lorsque les frais constituent à la fois du maintien et de l'augmentation de la valeur. Tel est le cas, en espèce, du remplacement d'une cuisine, de sanitaires ou de sols de qualité standard par des installations nouvelles de qualités supérieures. Si c'est le cas, les dépenses ne pourront pas être totalement déduites comme frais d'entretien. Il s'agit d'entreprendre une répartition proportionnelle. L'autorité précédente aurait dû procéder à une comparaison de la valeur et de la qualité du standard des installations existantes par rapport à la valeur et à la qualité du standard des installations neuves afin de juger si les frais sont des dépenses d'entretien ou des dépenses de plus-value.

Tribunal fédéral, arrêt du 11 février 2015, Service cantonal des contributions du canton du Valais c/ AX. et BX. (2C_674/2014 et 2C_675/2014) RF 7-8/2015 p. 607

BE – Notion de gain immobilier; élément du coût d'acquisition

Art. 12 al. 1 LHID

En décembre 2009, A. a acquis un terrain dans la commune de U dans le cadre d'une vente judiciaire. Avant la vente, le terrain était détenu en copropriété par CB., son épouse DB. et leurs trois enfants. A. a accordé à la famille B. un prêt d'un montant de CHF 8500000.– pour garantir le droit limité d'acheter la copropriété 1 et 2; droit qui a été annoté au registre foncier. Sur la part de copropriété des trois enfants, le droit de gage n'était pas inscrit puisque l'administration de tutelle n'a pas donné son accord. L'impôt sur les gains immobiliers étant un impôt cantonal, les cantons peuvent développer des pratiques différentes tout en restant dans le cadre de l'art. 12 LHID. En l'espèce, l'instance précédente n'a pas pris en compte l'insuffisance du gage en tant qu'élément du prix d'acquisition. Comme le législateur bernois n'a volontairement pas prévu la non-prise en compte de l'insuffisance du gage dans le calcul du gain immobilier, il s'agit d'une exception véritable et objective de l'imposition. Partant, le droit harmonisé ne définissant pas le gain immobilier de manière précise, il n'y a donc pas violation de l'art. 12 al. 1 LHID.

Tribunal fédéral, arrêt du 27 mars 2015, A. c/ Administration fiscale du canton de Berne (2C_589/2014) RF 7-8/2015 p. 611

BS – Calcul du gain immobilier; contenu du contrat

Art. 18 al. 1 CO

AA. et BA. étaient propriétaires d'un immeuble lequel a été très endommagé en 2008 par un incendie. Les frais de reconstruction ont été payés par l'assurance du bâtiment. Les époux ont transmis l'immeuble à leur fils C. en concluant un contrat intitulé « contrat de vente ». Dans sa déclaration d'impôt pour la période fiscale 2009, AA. a déclaré un prix de vente d'un montant X. et une perte de terrain d'un montant X.

Afin d'interpréter un contrat, il faut tout d'abord se baser sur la réelle et commune intention des parties selon l'art. 18 al. 1 CO. En l'espèce, l'instance précé-

dente a interprété le contrat de manière objective. En application de l'art. 18 CO, cette interprétation est possible si l'intention commune effective des parties au moment où le contrat a été établi ne peut pas être déterminée. Elle a estimé à bon droit que les frais pris en charge par des tiers n'entrent pas dans la définition des impenses qui contribuent à l'augmentation de la valeur de l'immeuble. Les versements de l'assurance du bâtiment ne contribuent en effet pas à l'augmentation de la valeur de l'immeuble. Elles servent seulement au maintien de sa valeur (les sommes sont utilisées pour reconstruire l'immeuble).

Tribunal fédéral, arrêt du 29 avril 2015, AA. et BA. c/ Administration fiscale du canton de Bâle-Ville (2C_780/2014)

RF 7-8/2015 p. 616

2.2. Autres

AG – Frais d'entretien d'immeuble; augmentation de la valeur de l'immeuble

Art. 32 al. 2 LIFD

A. et B., sont propriétaires d'une maison d'habitation ainsi que d'une grange attenante contenant des écuries. En 2004, ils ont entrepris des travaux dans la grange afin d'y aménager un salon et une cuisine. En 2010, ils ont également rénové le grenier afin d'y faire une chambre avec dressing et salle de bains. Dans leurs déclarations pour la période fiscale de 2010, ils ont déduit un montant X. pour frais d'entretien d'immeuble. La commission a refusé une telle déduction. Le Tribunal fédéral juge que le changement d'affectation ou la transformation d'un immeuble doit être considéré comme une fabrication si l'ampleur de la rénovation équivaut à une nouvelle construction. On parle de nouvelle construction (partielle) lorsqu'une construction ou une partie de construction représente un agrandissement comme par exemple l'extension d'une surface habitable. L'administration n'a donc pas violé le droit en refusant la déduction de l'impôt sur le revenu de frais liés à l'aménagement de combles, la création d'appartements ou de chambres.

Tribunal fédéral, arrêt du 4 septembre 2014, AA et BA c/ Office cantonal des impôts du canton d'Argovie (2C_153/2014)

RF 2/2015 p. 157



SO – Entretien d'immeuble ; transformation d'un immeuble

Art. 32 al. 2 et 34 lit. d LIFD

Les époux A. ont acquis en janvier 2011 une propriété dans la commune française U. La propriété, inhabitée pendant environ trente ans est composée d'une maison d'habitation, d'écuries et de granges. Dans leur déclaration d'impôt pour l'année 2011, les époux ont déduit des frais de rénovation d'un montant X. L'administration fiscale n'admet pas ladite déduction.

Tous les frais liés suite à l'achat d'un immeuble ne sont pas entièrement déductibles même après l'abrogation de la pratique Dumont. Il convient encore d'examiner si lesdits travaux sont générateurs d'une plus-value ou non. Le Tribunal fédéral considère que l'instance précédente a, à bon droit, estimé que la rénovation dans son ensemble représentait un investissement générant une plus-value. Il ajoute qu'il en va de même s'il n'y a pas eu de changement d'affectation. En effet, selon la jurisprudence tout changement d'affectation d'un immeuble ou d'une partie d'un immeuble génère une plus-value. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit qu'il peut également y avoir une plus-value même s'il n'y a pas de changement d'affectation.

Tribunal fédéral, arrêt du 23 février 2015, A.A et B.A c/ Administration fiscale du canton de Soleure (2C_286/2014 et 2C_287/2014)

RF 5/2015 p. 428

ZH – Revenu de la fortune immobilière ; constitution d'un droit de superficie

Art. 18 al. 2 et 21 al. 1 lit. c LIFD

DA. et EA., propriétaires chacun d'une parcelle construite ainsi que pour moitié chacun de la société en nom collectif D., ont constitué un droit de superficie sur ces parcelles en faveur de X. AG et Y. AG.

La constitution d'un droit de superficie qui grève une parcelle construite est considérée comme une vente des constructions faisant l'objet de la transaction. Elle représente fiscalement un gain en capital pour autant qu'il y ait eu une contrepartie en argent.

Tribunal fédéral, arrêt du 20 octobre 2014, DA. et CA. c/ Office des impôts du canton de Zurich (2C_1050/2013, 2C_1077/2013, 2C_1078/2013)

RF 3/2015 p. 238

AR – Revenu de la fortune immobilière ; encouragement à la propriété du logement

Art. 16 al. 1 LIFD ; art. 37 et 40 al. 2 LCAP

AA. a acquis en 1985 à St-Gall un immeuble avec des appartements de location. Il a pris pour vingt-cinq ans de mesures spéciales destinées à abaisser les loyers conformément à la loi du 4 octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (LCAP). En 2009, l'Office fédéral du logement et AA. ont décidé de dissoudre le contrat LCAP. AA. qui n'a jusqu'ici pas remboursé les avances accordées pour l'abaissement de base et les intérêts de la dette d'un total de CHF 1 685 675.–, a effectué un paiement de CHF 577 325.–.

L'administration fiscale a imposé la dette de AA. en faveur de la Confédération Suisse à hauteur de CHF 1 108 350.– au titre de revenu.

Selon le Tribunal fédéral, les avances remboursables accordées pour l'abaissement de base ne sont pas imposées comme revenu lors de leur versement car il s'agit d'un prêt. Il y a imposition lorsque le bénéficiaire obtient ultérieurement une remise en lien avec ces avances. La conséquence de ces remises de dette est que les montants considérés originellement comme devant être remboursés deviennent du revenu imposable. L'intérêt y afférent commence à courir dès le versement de la première avance pour l'abaissement de base. Cependant, l'échéance de ces intérêts est différée; ils s'additionnent au montant du prêt. Lorsque les intérêts sont déduits du revenu imposable de manière périodique, au moment du paiement, ces intérêts de dettes représentent un remboursement de dette. Ils sont non déductibles et ne peuvent pas faire l'objet d'une seconde déduction fiscale. Dans le cas où la dette fait ultérieurement l'objet d'une remise, la part de la dette rattachée aux intérêts déduits précédemment est un revenu extraordinaire imposable.

Tribunal fédéral, arrêt du 19 juin 2014, A.A et B.A c/ Administration fiscale du canton d'Appenzell (2C_733/2013)

RF 1/2015 p. 56

3. Double imposition

3.1. Double imposition intercantonale

SO/AG – Double imposition ; contribuable célibataire salarié

Art. 127 al. 3 Cst.

A., célibataire, vit dans le canton d'Argovie dans la maison de ses parents. Il exerce la profession d'anes-thésiste. Il reprend en 2011 un emploi à temps plein en tant que médecin chef à l'hôpital dans la commune W (SO). Il emménage dans la maison de l'hôpital quelque temps après. En 2012, il loue un appartement de deux chambres dans la municipalité de W. L'autorité fiscale a fixé le domicile fiscal de A. à W (SO) au motif qu'il y a son centre de vie.

Selon le Tribunal fédéral, lorsqu'un contribuable vit alternativement à deux endroits, il convient de fixer le domicile fiscal à l'endroit où il entretient les relations les plus fortes. En principe, pour les personnes salariées, l'endroit où elles se trouvent le plus souvent et d'où elles se rendent chaque jour au travail est déterminant. Le but, en effet, qui est de financer le train de vie, est de nature durable. Si l'on est en présence d'un contribuable célibataire, il est important de prendre en compte si d'autres relations, en plus des relations familiales, peuvent faire peser pour l'un ou l'autre des endroits concernés. En tout état de cause, une importance particulière est donnée au domicile principal du salarié se trouvant au lieu de l'activité lucrative. C'est donc à bon droit que l'autorité précédente a fixé le domicile fiscal de A. dans le canton de Soleure.

Tribunal fédéral, arrêt du 30 avril 2015, A. c/ Administration fiscale du canton de Soleure et Administration fiscale du canton d'Argovie (2C_311/2014) RF 7-8/2015 p. 594

GE – Répartition intercommunale du revenu imposable

Art. 3 et 4 LHID ; art. 293 et 295A LCP/GE

AX. et BX. sont domiciliés à C. En 2007 et 2008, AX. exerçait une activité salariée à Genève et BX. une activité indépendante à D. Pour l'année fiscale 2007 et 2008, l'Administration fiscale cantonale a procédé à la taxation des époux X. pour l'impôt cantonal et communal en attribuant le salaire brut à la commune de travail.

La loi genevoise répartit le revenu imposable entre la commune de domicile et celle où l'activité dépen-

dante est exercée. Le Tribunal fédéral estime que même si l'on peut regretter qu'en matière intercommunale, la législation genevoise s'écarte des règles posées par la jurisprudence s'agissant de l'interdiction de la double imposition intercantonale, cette solution est admissible et respecte le droit constitutionnel.

Tribunal fédéral, arrêt 19 juin 2015, AX. et BX. c/ Administration fiscale cantonale genevoise et Cour de justice du canton de Genève (2C_28/2015) RDAF 2015 II p. 247

3.2. Double imposition internationale

CH/F – Entraide administrative

Art. 127 LIFD ; art. 17 al. 2 LAAF

En 2013, les autorités françaises ont sollicité l'assistance administrative de l'Administration fédérale des contributions au sujet d'un couple de français ayant son domicile en Suisse. Les autorités françaises estimaient que le couple remplissait les conditions d'une résidence fiscale en France. Elles ont donc demandé la transmission de documents liés à des comptes bancaires suisses détenus par le couple. L'AFC a accepté de transmettre les informations bancaires.

La documentation demandée contenait les états des comptes en fin d'année, ainsi que des informations concernant des transactions et mentionnant les tiers impliqués. Le couple a fait recours contre la décision de transmission. Le Tribunal administratif fédéral a admis le recours et infirmé la décision d'octroi de l'assistance administrative. Il a estimé que les autorités françaises n'avaient pas suffisamment justifié leur soupçon de domicile fiscal français du couple. On ne pouvait ainsi pas considérer que les renseignements demandés étaient « vraisemblablement pertinents ». De plus, aucun document contenant le nom de tiers ne pouvait être transmis dans le contexte de l'assistance administrative conformément au droit suisse. L'AFC recourt contre ce jugement.

Selon le Tribunal fédéral, il n'y a pas lieu de poser des exigences élevées lorsqu'il s'agit d'examiner la question de savoir si les informations requises sont « vraisemblablement pertinentes ». Dans le cas d'espèce, l'autorité fiscale française a expliqué que des investigations démontraient que les époux séjournaient de manière prépondérante en France, où était établi le centre de leurs intérêts vitaux. En outre, l'époux exer-



çait une fonction dirigeante dans des entreprises françaises. Dès lors, les documents demandés sont vraisemblablement pertinents pour procéder à leur imposition. Le secret bancaire ne s'oppose pas à l'assistance administrative, soit à la remise de l'état des comptes, les attestations d'intérêts ainsi que les détails des mouvements qui sont intervenus sur les comptes et mentionnent des tiers. Le Tribunal fédéral admet donc le recours de l'AFC et confirme la décision d'octroi de l'assistance administrative.

Tribunal fédéral, arrêt du 24 septembre 2015, Administration fédérale des contributions et Service d'échange d'informations en matière fiscale c/ A.X. et B.X. (2C_1174/2014)

GE/FIN – Assujettissement illimité en Suisse; notion de résident au sens de la CDI – FIN

Art. 4 al. 1 lit. a et 7 LIFD

A. est une société en nom collectif inscrite au registre du commerce du canton de Genève qui a pour but le conseil dans le domaine fiscal, administratif et commercial. En 1985, l'Administration fiscale cantonale a accordé à A. un statut fiscal qui prévoyait une imposition au taux de 8% des rendements et bénéfices provenant de valeurs ou d'activités étrangères. Les revenus qui provenaient de Suisse ou des rendements de titres pour les pays avec lesquels une convention de double imposition avait été conclue étaient taxés selon le droit commun. L'accord reconduisant un statut octroyé en 1982 était valable cinq ans à partir de l'année 1985. X., un des quatre associés indéfiniment responsable de A. a reçu l'entier du bénéfice 2006 de la société, soit CHF 83348.–. Il était domicilié à l'époque en Finlande.

L'administration cantonale a imposé A. sur un revenu de CHF 83348.– imposé au taux de CHF 240104.– et un revenu de 833000.– (ICC) imposé à un taux de CHF 240100.– (IFD). X. recourt contre cette décision. D'après l'art. 4 par. 1 CDI – FIN, la notion de résident comprend également «une société de personnes constituée en application de la législation de l'un ou l'autre État contractant et qui n'est pas considérée comme une personne morale aux fins d'imposition par l'un ou l'autre État contractant». Selon la convention, la SNC est un résident d'un État contractant. C'est la SNC qui exploite l'entreprise en vertu de l'art. 3 par. 1 lit. e CDI- FIN et c'est à son État de résidence, la Suisse, que fait référence l'art. 7 par. 1

CDI – FIN. L'art. 23 par. 3 CDI-FIN n'a aucune influence sur la possibilité pour la Suisse d'imposer les revenus (suisses) de X. au taux global en application de l'art. 7 al. 1 LIFD. L'art. 23 par. 3 CDI s'applique en effet seulement à l'État de résidence du contribuable mais il laisse cependant libre l'État de la source de prévoir un taux mondial dans sa législation interne. D'après le commentaire officiel du Modèle OCDE, l'art. 23A par. 3 du Modèle, qui correspond exactement à l'art. 23 par. 3 CDI-FIN se réfère uniquement à l'État de la résidence et ne préjuge pas l'application par l'État de la source des dispositions de sa législation interne sur la progressivité.

Tribunal fédéral, arrêt du 7 juin 2015, X. c/ Administration fiscale cantonale genevoise (2C_888/2014 et 2C_889/2014)

RF 9/2015 p. 688; RDAF 2015 II p. 311

CH/ALL – Imputation forfaitaire; clause «subject to tax»

Art. 7 al. 1 LHID; art. 8 al. 2 OIFI; art. 20 al. 2 lit. c CDI CH–D

Les CDI prévoient un droit subsidiaire limité pour l'État de la source de conserver une imposition à la source sur les dividendes distribués. S'agissant de tels dividendes, l'exclusion ou la limitation du droit de taxer de l'État contractant permet d'écarter la double imposition grâce à la méthode de l'imputation. En Suisse, ce principe prévoit à l'art. 8 al. 2 OIFI que «le montant de l'imputation forfaitaire d'impôt correspond (...) à la somme des impôts qui ont été perçus dans les États contractants, conformément aux conventions applicables, sur les revenus échus au cours d'une année (année d'échéance); il ne peut toutefois excéder la somme des impôts suisses afférents à ces revenus (montant maximum)». Conformément à cette clause dite de *subject to tax*, si un revenu n'est pas imposé en Suisse, aucune double imposition n'est réalisée, et ainsi le contribuable n'a pas droit à une imputation suisse de l'impôt étranger.

Le Tribunal fédéral estime que les rendements de participations constituent dans un premier temps des revenus complètement imposés indépendamment de la méthode choisie pour la réduction de l'imposition. Dans un deuxième temps, concernant la double imposition internationale, la même base d'imposition est touchée fiscalement à l'étranger, où l'État de source conserve une part d'impôt non dégrevable. Le

Tribunal fédéral juge que le texte de l'art 5 al. 4 OIFI est en contradiction avec ce qui précède car il formule la fiction selon laquelle des rendements de participations partiellement imposés constituent des rendements non imposés, excluant de fait l'imputation forfaitaire d'impôt.

Tribunal fédéral, arrêt du 9 octobre 2014, AA., BA et C. c/ Administration fiscale du canton de Zurich (2C_750/2013)

RDAF 2015 II p. 78

4. Revenu des assurances privées et LPP

SZ – Rachat LPP; délai de blocage

Art. 79b al. 3 LPP

AC. a travaillé jusqu'en 2011 comme médecin chef. En 2009, AC. a fait un versement au titre de 2^{ème} pilier d'un montant de CHF 150000.– à AXA Fondation Winterthur. Il a également effectué des versements à la caisse de pension de l'Association des médecins de l'hôpital de direction en Suisse. Pour la période fiscale 2009, le rachat de CHF 150000.– a été admis en déduction du revenu imposable. En 2011, AC. a reçu de la caisse de pension de l'Association des médecins de l'hôpital la somme forfaitaire de CHF 800000.–. L'administration annule la déduction pour le rachat du 2^{ème} pilier qu'elle avait accordé en 2009.

Selon l'art. 79b al. 3 LPP, les prestations d'un rachat ne peuvent être versées sous forme de capital par les institutions de prévoyance avant l'échéance d'un délai de trois ans. Dans le cas d'espèce, l'administration fiscale a refusé, à bon droit, la déduction du rachat réalisé par le recourant dès lors qu'il a effectué un prélèvement auprès de sa caisse de prévoyance avant l'échéance du délai de 3 ans à compter du dernier rachat. Selon le Tribunal fédéral, le rachat versé à une institution de prévoyance autre que celle qui effectue le prélèvement ne permet pas de juger le cas différemment.

Tribunal fédéral, arrêt du 15 janvier 2015, A. et B.C. c/ Administration du canton de Schwyz (2C_488/2014 et 2C_489/2014)

RF 4/2015 p. 345

SO – Revenus de la prévoyance; prélèvement anticipé

Art. 3 al. 3 lit. c OPP 3; art. 83a LPP

En mars et avril 2011, AA. et BA. ont reçu deux prestations en capital d'un montant X. de leur 3^{ème} pilier A. Ils avaient autrefois déjà reçu une prestation en capital qui a servi à amortir une hypothèque grevant l'immeuble utilisé comme résidence principale. AA. et BA. ont utilisé les deux prestations en capital versées en 2011 pour augmenter une autre hypothèque grevant également la résidence principale. L'administration fiscale a considéré que le montant X en cause ne pouvait pas être considéré comme un versement anticipé encourageant à la propriété du logement.

Ne sert pas à la prévoyance le prélèvement en capital dont les conditions le permettant ne sont pas remplies. Il en va de même si le prélèvement en espèces n'a pas été utilisé de manière conforme. Cela vaut aussi pour les mesures d'encouragement à la propriété du logement. En l'espèce, l'amortissement d'une hypothèque qui grève l'immeuble utilisé comme résidence principale, suivi de l'augmentation peu de temps après d'une autre hypothèque grevant l'immeuble en question, n'est pas admissible en tant que remboursement d'un emprunt hypothécaire au sens de l'art. 3 al. 3 lit. c OPP 3. Partant, le prélèvement en capital est imposé avec les autres revenus.

Tribunal fédéral, arrêt du 29 janvier 2015, A.A et B.A c/ Administration fiscale du canton de Soleure (2C_325/2014 et 2C_326/2014)

RF 5/2015 p. 424

5. Autres aspects fiscaux du patrimoine

5.1. Activité lucrative indépendante

VD – Commerce professionnel d'immeubles

AX. exerce à titre d'indépendant la fonction d'associé gérant et de président de deux sociétés. En 2000, AX. acquiert avec trois autres personnes une parcelle à raison d'un quart chacun pour le prix de CHF 405000.–. En 2009, ils vendent ce bien-fonds pour le prix de CHF 1000000.–. Pour la période fiscale 2010, l'Office d'impôt ajoute au revenu de AX. sa part du gain immobilier réalisée lors de la vente de la parcelle au titre d'activité lucrative indépendante.



La question litigieuse est ici de savoir si le bénéfice de la vente du bien-fonds est un gain en capital privé, non imposable, ou un bénéfice commercial provenant d'une activité lucrative indépendante, qui lui est imposable. Selon le Tribunal cantonal le bénéfice de la vente de la parcelle par le recourant ne peut pas être qualifié de gain en capital, réalisé de manière fortuite dans le cadre de la simple administration de la fortune privée. Il considère que le bénéfice tiré de la vente est un revenu provenant d'une activité lucrative indépendante. Parmi les critères posés par la jurisprudence la part élevée de fonds étrangers pour financer l'acquisition du bien-fonds ainsi que la fréquence des opérations ont notamment été réalisées. Le recourant a également eu recours à une société de personnes, il a réinvesti le produit de la vente dans d'autres opérations et il avait l'intention de réaliser un gain. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le bénéfice tiré lors de la vente de la parcelle doit être qualifié de revenu provenant d'une activité lucrative indépendante de commerçant d'immeubles.

Tribunal cantonal vaudois, arrêt 24 octobre 2014, AA c/ Administration cantonale des impôts et Administration fédérale des contributions (FI.2014.0037) RF 3/2015 p. 232

5.2. Autres

ZH – Délimitation entre revenu d'une activité dépendante et gain en capital

Art. 17 al. 1 et 16 al. 3 LIFD

Il y a revenu d'une activité dépendante lorsqu'il existe entre la prestation que reçoit un contribuable et son activité une relation telle que la prestation en question est la conséquence de l'activité. En d'autres termes, une telle prestation doit résulter de son activité. Dans le cas d'espèce, le goodwill a été constitué uniquement parce que le contrat comprenait un élément important relevant du droit du travail. Dès lors que les droits du contribuable (le vendeur) découlant du contrat excèdent la valeur nominale des actions, ils constituent une combinaison entre un bonus d'entrée (la première tranche) et une prime de fidélité (tranche 2 à 4). Partant il s'agit d'éléments de salaire qui doivent être imposés comme tels.

Tribunal fédéral, arrêt du 3 avril 2015, AA. c/ Administration fiscale du canton de Zurich (2C_618/2014) RF 6/2015 p. 512

TI – Revenu imposable ou gain en capital

Art. 16 al. 3 LIFD; art. 12 al. 2 lit. c LHID

En 2008, la communauté héréditaire composée de AA., B. et CA. a accordé à D. SA un droit de superficie indépendant et permanent pour construire un magasin de détail et un parking. Pour la période fiscale 2009, AA. a déclaré le montant qu'il a reçu au titre de la constitution du droit de superficie comme gains immobiliers. L'administration fiscale a estimé que l'octroi du droit de superficie ne devait pas être imposé comme gain immobilier mais comme revenu. Il convient de distinguer le revenu et le gain en capital en faisant appel au critère de la consommation de la fortune. La constitution d'un droit de superficie limité dans le temps ne constitue pas une aliénation dans le sens d'une consommation de la fortune même s'il est inscrit au registre foncier en tant qu'immeuble. C'est la raison pour laquelle l'indemnité en question n'est pas soumise à l'impôt sur les gains immobiliers et doit être imposée comme revenu. Les juges cantonaux estiment à raison que le caractère durable de la servitude, c'est-à-dire le droit de superficie, doit être interprété dans le sens d'illimité pour que dite servitude soit soumise à l'impôt sur les gains immobiliers. *Tribunal fédéral, arrêt du 5 juin 2015, AA. c/ Division des contributions du canton du Tessin (2C_1035/2013) RF 10/2015 p. 779*

GE – Déduction d'une contribution d'entretien

Art. 16 al. 1 et 33 al. 1 lit. c LIFD

A., vivant séparé de son épouse, a été condamné à verser à celle-ci une contribution d'entretien d'un montant CHF 6640.-, somme qui inclut un montant de CHF 1400.- pour l'entretien de B., enfant majeur des époux A. qui est resté vivre avec sa mère. Dans sa déclaration d'impôt pour la période fiscale 2008, A. a déduit un montant de CHF 79680.- au titre de contributions d'entretien et il a fourni à l'Administration fiscale les justificatifs concernant ces contributions, pour un montant de CHF 58429.-. L'administration cantonale a admis la déduction d'un montant de CHF 46000 au titre de contributions d'entretien au lieu des CHF 79680.-.

Afin de pouvoir déduire une pension alimentaire, il faut qu'elle ait été effectivement payée. Selon le jugement qui fixe le montant global pour l'entretien de toute la famille, une partie de cette somme était destinée à l'entretien du fils aîné de A., majeur ainsi qu'à

celui de la fille de A. majeure en 2008. Le Tribunal fédéral estime qu'il aurait fallu évaluer, sur la base du montant total effectivement versé par A., quelle partie de cette somme pouvait être fiscalement considérée comme consacrée à l'entretien des enfants majeurs du recourant. Une telle somme ne pouvait pas être déduite du revenu imposable de ce dernier.

Tribunal fédéral, arrêt du 13 février 2015, A. c/ Administration fiscale cantonale genevoise (2C-585/2014 et 2C_586/2014)

RF 6/2015 p. 518

VS – Revenus provenant d'une activité; passage de la fortune commerciale à la fortune privée

Art. 16 al. 3 et 18 al. 2 LIFD

X. a travaillé comme employée dans une agence immobilière. En 1989, elle reprend cette agence à son compte et l'exploite sous la forme d'une raison individuelle. L'agence s'occupait de la gestion et de l'administration de la société coopérative Z., dont le but était de construire des logements à caractère social en faveur des familles nombreuses. En juin 2003, elle a reçu une part sociale de la coopérative Z. Elle n'a pas intégré cette part aux comptes de sa raison individuelle. La recourante a transformé en 2004 sa raison individuelle en société à responsabilité limitée. La part sociale reçue de Z. ne figurait pas au bilan de cette société et elle ne l'a pas non plus déclarée comme titre.

En 2009, la société coopérative Z. a été transformée en société anonyme Z. SA. Le capital-actions de cette nouvelle société était de CHF 100 000.– et réparti en 100 000 actions nominatives d'une valeur nominale de CHF 1.–. Chaque part sociale de l'ancienne société coopérative donnait droit à 4000 de ces actions. La recourante a vendu ses actions de la société Z. SA. Pour la période fiscale 2010, le Service cantonal des contributions a imposé X. sur le revenu en prenant en compte le gain réalisé lors de la vente des actions Z. SA.

D'après la jurisprudence, lorsqu'un commerçant d'immeubles cesse son activité lucrative indépendante mais ne déclare pas à l'autorité fiscale qu'il procède à un décompte fiscal sur les réserves latentes afférentes aux éléments qui font partie de la fortune commerciale, ces derniers demeurent dans la fortune commerciale. Ils ne sont pas transférés dans la fortune privée par l'écoulement du temps. Le contribuable

doit donc déclarer expressément ou par actes concluants aux autorités fiscales, qu'il a la volonté de retirer la valeur patrimoniale en question de sa fortune commerciale.

En 2004, la recourante a fait savoir aux autorités fiscales en transformant sa raison individuelle en société anonyme à responsabilité limitée qu'elle cessait son activité indépendante et que tout ce qui n'était pas repris dans sa nouvelle société passait dans sa fortune privée. Partant, la participation en question a été transférée dans la fortune privée de la recourante car elle n'a pas été reprise par la Sàrl faute de figurer au bilan. L'instance précédente a à tort considéré que le gain réalisé lors de l'aliénation des actions de la société Z. SA était du revenu. Le montant en cause est un gain en capital exempté d'impôt en application de l'art. 16 al. 3 LIFD.

Tribunal fédéral, arrêt du 9 février 2015, X. c/ Service des contributions du canton du Valais (2C_370/2014 et 2C_371/2014)

RF 7-8/2015 p. 599

GE – Revenus de la fortune immobilière; droit d'usage

Art. 21 al. 1 LIFD; art. 13 al. 2 et 72 al. 2 LHID

En 2010, AX. acquiert de Y. et Z. un immeuble à Neuchâtel pour le prix de CHF 2 000 000. L'acte prévoyait la constitution d'une servitude de jouissance par AX en faveur de Y. qui accordait à cette dernière la possession, l'usage et la jouissance des locaux jusqu'en 2020. L'acte prévoit également que le droit est gratuit dans le sens où aucune redevance ne sera versée par le bénéficiaire en faveur du propriétaire de l'immeuble. Il est indiqué que la valeur de la servitude équivaut à CHF 450 000.– et qu'il a été tenu compte de ce montant dans le prix de vente. L'acte précise aussi qu'en cas de renonciation volontaire anticipée à la servitude par Y. ou en cas de décès, le propriétaire du fond grevé l'indemniserait *pro rata temporis* dès la libération des locaux mais au plus tôt dès l'échéance de la renonciation à raison de CHF 45 000.– par année restante et ce jusqu'à l'extinction contractuelle du droit de jouissance.

Le service cantonal des contributions du canton de Neuchâtel a considéré pour la période fiscale 2011 qu'il s'agissait d'un contrat de bail, imposé un loyer de CHF 45 000.– en tant que rendement locatif et pris en compte une dette du propriétaire envers Y. qui



s'élevait initialement à CHF 450 000.– mais diminuant chaque année de CHF 45 000.–. Pour l'année 2011, la dette s'élevait donc à CHF 405 000.–. Recours admis par le Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel. Le service cantonal des contributions demande l'annulation de l'arrêt rendu.

D'après la jurisprudence constante, si le transfert de propriété d'immeuble et la constitution d'une servitude ont lieu simultanément, soit un transfert de propriété avec réserve d'usage, l'immeuble ne change pas de propriétaire libre de toute charge et ensuite l'acquéreur en rétrocède un droit d'usage contre un montant compensé avec le prix de vente. L'immeuble est transféré *uno actu* déjà grevé du droit d'usage en question et ce à une valeur inférieure.

Dans le cas d'espèce, Y. a obtenu ce droit d'usage à titre gratuit dès lors qu'elle n'est tenue à aucune contre-prestation périodique. Le Tribunal fédéral n'admet pas l'argument du service des contributions qui affirme qu'en raison de la théorie de l'acte unique qui prévaut en matière de droits réels, le « versement » d'un capital par réduction du prix de vente ne permet pas de considérer que le droit d'usage a été obtenu à titre onéreux. La stipulation d'une indemnisation *pro rata temporis* constitue en effet seulement une modalité de compensation en cas de renonciation volontaire anticipée ou en cas de décès du bénéficiaire. Le Tribunal fédéral confirme l'annulation de l'imposition d'un rendement locatif dans le chapitre des nouveaux propriétaires de l'immeuble grevé de la servitude personnelle irrégulière.

Tribunal fédéral, arrêt du 7 mai 2015, Service des contributions du canton de Neuchâtel c/ AX et BX (2C_892/2014 et 2C-893/2014) RF 9/2015 p. 695; RDAF 2015 II p. 279

ZG – Compétence pour conclure des *rulings*; révocation

Art. 52 LIFD

X. SA. est une filiale de la société X. Holding dont le but principal est la fourniture de services dans le secteur financier. A cette fin, X. SA. a un établissement stable aux Iles Caïmans où quatre employés travaillent dans des bureaux loués. Par une décision de *ruling* le 10 août 1999 entre X. Holding et les autorités fiscales cantonales, il a été décidé que les bénéfices des établissements stables sis à l'étranger seraient exonérés de l'impôt en Suisse. L'administration fédé-

rale des contributions a demandé aux autorités fiscales cantonales de révoquer le *ruling* car elle était d'avis que l'entreprise aux Iles Caïmans n'était pas un établissement stable.

Dans le cas d'espèce, il s'agit de l'appréciation des conséquences fiscales d'un produit prévu en ce qui concerne l'impôt fédéral direct. Selon le Tribunal fédéral, l'AFC n'a pas la compétence de fixer le traitement fiscal d'un état de fait prévu au sens d'un *ruling* de manière à ce qu'il lie les autorités. D'après la recourante, les autorités cantonales sont de manière générale seules compétentes pour conclure des *rulings* et de tels *rulings* conclus sont également déterminants pour l'AFC sous réserve d'une révocation éventuelle. Elle confirme ainsi une base de confiance pour les contribuables.

En général, lors d'une révocation d'un *ruling* il faut accorder au recourant une période de transition raisonnable pour qu'il puisse avoir le temps d'adapter ses structures à la nouvelle situation afin de respecter les délais contractuels et légaux auxquels il est soumis. Le Tribunal fédéral estime qu'en l'espèce un délai court d'adaptation est justifié.

Tribunal fédéral, arrêt du 24 août 2015, Administration fédérale des contributions c/ X. (2C_807/2014) ATF 141 I 161; RF 11/2015 p. 906; RDAF 2016 II p. 127

VD – Assujettissement limité en Suisse; répartition des dettes et des intérêts passifs

Art. 4 et 6 LIFD; art. 4 LHID; art. 6 LI/VD

BA. et AA., domiciliés à Londres, sont copropriétaires chacun pour une demie, d'une quote-part d'une parcelle sise dans le canton de Vaud. Leur immeuble dont la valeur fiscale est de CHF 776 000, leur a rapporté CHF 81 600 de revenus locatifs en 2008. Les époux sont également propriétaires d'un bien-fonds en Espagne, d'une valeur de CHF 105 000 ainsi que bénéficiaires de titres et créances pour un montant de CHF 1 710 000. L'Office d'impôt a fixé le revenu imposable à CHF 55 100.– au taux de CHF 485 200 pour l'ICC et le revenu imposable à CHF 63 300.– au taux de CHF 882 000 pour l'IFD. Il est parvenu à ces montants après avoir procédé à une répartition proportionnelle des intérêts passifs en fonction de la situation des actifs (27.23% pour la Suisse et 72.77% pour l'étranger). Les époux ont recouru contre la répartition internationale des intérêts hypothécaires.

Les dettes et les intérêts passifs doivent être répartis en fonction de la situation des actifs. Le raisonnement est le même lorsque les recourants ont une dette hypothécaire uniquement sur leur immeuble en Suisse et que les intérêts passifs sont attribués en grande majorité à l'étranger car la valeur des actifs qui s'y trouve est élevée. Au sens de l'art. 6 al. 2 2^{ème} phrase et 7 al. 2 LIFD, le revenu ainsi déterminé, constitue l'assiette et le taux minimum imposable en Suisse. En conclusion, on ne doit pas tenir compte d'un éventuel excédent d'intérêts passifs provenant de l'étranger qui réduirait le revenu à un montant inférieur à celui du revenu qui a été acquis en Suisse.

Tribunal fédéral, arrêt du 15 janvier 2015, AA et BA. c/ Administration cantonale des impôts du canton de Vaud et Tribunal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public (2C_1201/2013 et 2C_1202/2013)

RDAF 2015 II p. 162

TI – Anticonstitutionnalité du projet d'amnistie fiscale du canton du Tessin

Art. 127 al. 2 et art. 129 al. 2 Cst.; art. 53 al. 1, 56 al. 1bis et 57b al. 1 LHID

Le Grand Conseil du canton du Tessin a décidé à la suite d'une initiative parlementaire du 28 mai 2013, d'introduire des dispositions transitoires relatives aux cas de dénonciation spontanée non punissable. Il

était prévu notamment que le taux d'imposition applicable à la procédure en rappel d'impôt est réduit de 70%. Les dispositions ont été acceptées par le peuple tessinois malgré le lancement d'un référendum. L'adoption de ces articles a fait l'objet de recours en matière de droit public au Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral confirme la jurisprudence selon laquelle les contribuables qui sont domiciliés dans le canton concerné sont habilités à recourir pour contester un acte normatif cantonal qui modifie un barème fiscal. L'introduction de tarifs réduits en cas de dénonciation spontanée non punissable est contraire aux dispositions prévues par la LHID. On ne peut pas se prévaloir de l'art. 129 al. 2 Cst. pour justifier l'adoption de tels taux. L'introduction de ces taux réduits dans les cas de dénonciation spontanée non punissable viole les art. 8 al. 1 et 127 al. 2 Cst. Il est impossible de justifier la violation de ces dispositions en invoquant des objectifs généraux de nature politico-financière car la mise en œuvre a des répercussions importantes sur l'application de barèmes complets et partant favorise manifestement les personnes qui ont soustrait des impôts.

Tribunal fédéral, arrêt du 30 mars 2015, X. et Y. c/ Grand Conseil du canton du Tessin (2C_1194/2013 et 2C_645/2014)

ATF 141 I 78, RDAF 2015 II p. 229

* * *

Premier commentaire intégral de la loi révisée sur l'aménagement du territoire LAT



Commentaire pratique LAT: Planifier l'affectation

Heinz Aemisegger |
Pierre Moor |
Alexander Ruch |
Pierre Tschannen (éds)

octobre 2016

Livre

978-3-7255-8504-5
918 pages, relié
198.00 CHF

PrintPlus

978-3-7255-8624-0
918 pages
228.00 CHF

Éditeurs:

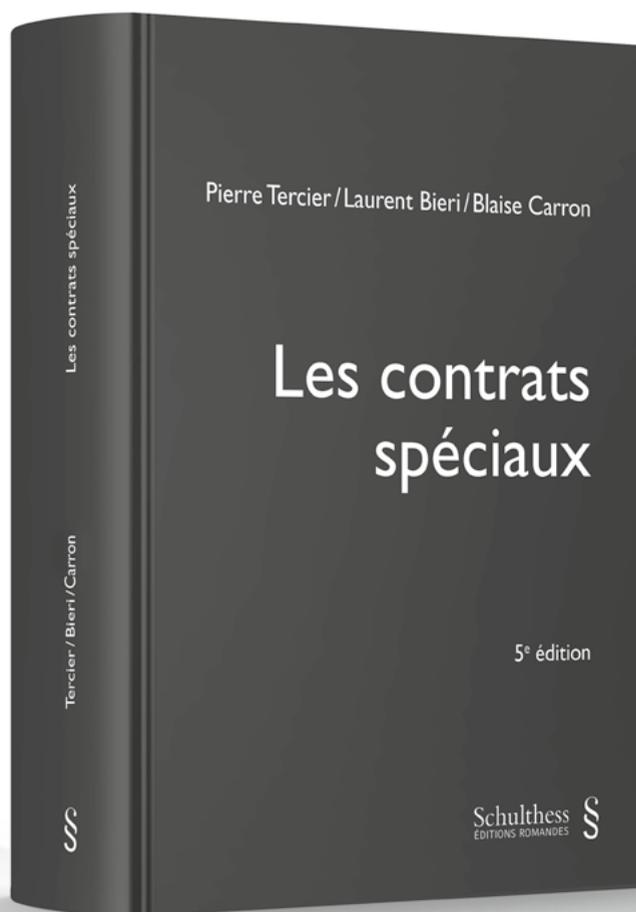
Heinz Aemisegger, docteur en
droit, docteur honoris causa
Pierre Moor, professeur
Alexander Ruch, professeur
Pierre Tschannen, professeur



La loi révisée sur l'aménagement du territoire LAT est en vigueur depuis le 1^{er} mai 2014. Elle a instauré un changement de paradigme: plutôt que d'étendre l'urbanisation, il s'agit de développer villes et villages vers l'intérieur. Ce sont avant tout les communes qui sont mises au défi; c'est de leur planification que dépendra la réussite de la mise en œuvre de la LAT. La planification de l'affectation est la clé de voûte du développement vers l'intérieur. Le *Commentaire pratique LAT* remplace l'ancien commentaire à feuillet mobile de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire. Le

premier volume de ce commentaire aborde les questions juridiques centrales de la planification de l'affectation que sont la compensation de la plus-value, les exigences liées aux nouvelles mises en zone, le dimensionnement des zones à bâtir et les déclassements, la mobilisation des terrains à bâtir, l'équipement et son financement, ainsi que le nouveau rôle du remembrement. «*Commentaire pratique LAT: Planifier l'affectation*» est également disponible en version «*PrintPlus*». «*PrintPlus*» comprend le livre et la version électronique à télécharger, ceci optimisé pour PC, Mac ou tablette.

Tout le droit des contrats spéciaux en un seul volume !



Les contrats spéciaux

5^e édition

Pierre Tercier
Laurent Bieri
Blaise Carron

décembre 2016

Livre

1500 pages, relié
ISBN 978-3-7255-6891-8
298.00 CHF

PrintPlus

1500 pages
ISBN 978-3-7255-8627-1
328.00 CHF

Auteurs :

Pierre Tercier, professeur
émérite

Laurent Bieri, professeur
Blaise Carron, professeur



La première édition de cet ouvrage a paru en 1988. Il a depuis fait son chemin et se trouve au seuil de la cinquième édition. Au fil du temps, l'auteur original s'est associé des contributeurs de la jeune génération. Pour cette édition, les professeurs Laurent Bieri (Lausanne) et Blaise Carron (Neuchâtel) se sont chargés de reprendre le texte, afin de le mettre à jour, le compléter, le corriger, l'améliorer. La matière évolue rapidement et cette mise à jour s'imposait. La nouvelle édition conserve toutes les caractéristiques qui font le

succès de l'ouvrage : il couvre l'intégralité des contrats spéciaux (à l'exclusion du contrat d'assurance), en fait une présentation systématique et générale, avec les références nécessaires à des approfondissements. Il est de ce fait principalement destiné aux praticiens, mais également à ceux qui se lancent dans la carrière juridique.

Vous recevez ainsi l'ouvrage sous format papier et ebook, à consulter sur votre PC, Mac ou tablette.

Impressum, Journal 4/décembre 2016

not@lex

Revue de droit privé et fiscal du patrimoine
Proposition de citation: Monod Michel/L'Eplattenier
Séverine, Tribunaux, p. 135, not@lex 4/2016
9e année

Éditeur scientifique

Centre de droit notarial
(Faculté de droit de l'Université de Lausanne)

Rédaction

Denis Piotet, professeur, Lausanne
Yves Noël, professeur, avocat, Lausanne
François Bianchi, chargé de cours, notaire, Aigle
Michel Mooser, professeur, notaire, Bulle
Stephan Wolf, professeur, Berne
Bernard Rolli, professeur, magistrat, Berne
Etienne Jeandin, notaire, Genève
Thierry Dubois, professeur, notaire, Nyon
Inge Hochreutener, professeure, HEG Fribourg

Parution quatre fois par an

Site internet

www.notalex-online.ch
José-Miguel Rubido, docteur en droit, notaire, Genève
Directeur scientifique
Tél. +41 (0)22 710 40 40, rubido@rubido.ch
www.lesnotairesunis-br.ch

Sophie Martin, doctorante, centre de droit notarial –
UNIL
Assistante diplômée
Tél. +41 (0)21 692 27 71, cdn@unil.ch

Abonnement

Abonnement annuel en Suisse:
CHF 158.–

Abonnement annuel pour étudiants en Suisse:
CHF 89.–

Prix de vente au numéro en Suisse:
CHF 40.–

Commandes dans les librairies et auprès de la Maison
d'édition

Abonnement annuel PrintPlus en Suisse:
CHF 179.–

Abonnement étudiant:
CHF 145.–

L'abonnement PrintPlus vous permet de télécharger
votre revue en version numérique. Cette version est la
reproduction exacte de l'édition papier et vous permet
donc de lire votre revue sur le support – papier ou/et
numérique – de votre choix. Vous trouverez davantage
d'informations en suivant ce lien : [www.schulthess.com/
printplus](http://www.schulthess.com/printplus)

Droits d'auteur et d'édition

Toutes les contributions publiées dans cette revue sont
protégées par les droits d'auteur, y compris les juge-
ments publiés et leurs lignes directrices, pour autant
qu'ils aient été commentés par l'auteur ou l'éditeur. La
protection découlant des droits d'auteur vaut égale-
ment à l'égard des banques de données ou installa-
tions de ce type.

Gestion et administration des abonnements

Schulthess Médias Juridiques SA
Zwingliplatz 2, 8021 Zurich
tél. +41 44 200 29 29, télécopie +41 44 200 29 28
e-mail: zs.verlag@schulthess.com
Internet: www.schulthess.com
ISSN 1662-7369

Annonces publicitaires

Schulthess Médias Juridiques SA
Zwingliplatz 2, 8021 Zurich
tél. +41 22 731 97 63, télécopie +41 44 200 29 28
e-mail: editions.romandes@schulthess.com
Internet: www.schulthess.com
ISSN 1662-7369

iusMail

DROIT CIVIL



La newsletter mensuelle
en droit civil

- » Restez connecté à l'actualité juridique
- » Gagnez un temps précieux
- » Facilitez votre travail quotidien

iusMail DROIT CIVIL vous offre chaque mois une vue rapide et synthétique des dernières jurisprudences du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l'homme dans tous les domaines du droit civil. Ces décisions sont accompagnées de résumés en français.

Vous trouverez également sur www.iusnet.ch des informations utiles pour votre activité professionnelle quotidienne (revue de presse, législation, documents de travail, éclairages, etc.).