

Etude juridique de l'évolution récente des relations entre la Suisse et la France en matière fiscale et cadre admissible de négociation pour la Suisse

Par

Philippe Kenel, Docteur en droit, avocat, associé au sein du cabinet Python & Peter

I. Introduction

Je rédige cette brève étude dans la mesure où la Suisse fait l'objet de plusieurs attaques de la part de la France en matière de fiscalité et que j'ai l'impression qu'une partie du monde politique et économique ne connaît pas avec précision le cadre juridique régissant les relations fiscales entre la Suisse et la France et n'a pas nécessairement conscience des intérêts en jeu.

L'objectif de ce document est de rappeler très brièvement le cadre légal régissant les relations entre la Suisse et la France en matière fiscale, d'expliquer les évolutions récentes et de tracer les lignes rouges que les négociateurs helvétiques ne doivent pas franchir au risque de desservir les intérêts de la Suisse.

Outre la question de l'imposition des frontaliers que je ne traiterai pas dans cette étude, les relations fiscales entre la Suisse et la France sont essentiellement régies par la Convention du 9 septembre 1966 en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (ci-après : CDI revenu/fortune) et la Convention du 31 décembre 1953 en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions (ci-après : CDI successions).

II. La remise en cause par la France du champ d'application de la Convention du 9 septembre 1966 en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales (CDI revenu/fortune)

A. Généralités

En guise d'introduction, il importe de souligner que lorsque deux Etats concluent une convention destinée à éviter les doubles impositions, ils définissent dans l'un des premiers articles de celle-ci les personnes qui sont en droit de se voir appliquer, et par conséquent, de bénéficier, des règles prévues dans la convention. Dans le jargon juridique, on dit qu'une personne appartenant au cercle des personnes pouvant bénéficier de la convention est domiciliée ou résidente dans l'un des deux Etats contractant au sens de la convention.

Dans un article rédigé par Alexis Favre paru dans le journal Le Temps du 14 décembre 2012, il était annoncé que l'Administration fiscale française avait décidé unilatéralement sans en avertir les autorités helvétiques de ne plus considérer comme domiciliés au sens de la CDI revenu/fortune les ressortissants français imposés d'après la dépense en Suisse.

B. Quel est le contenu de la décision de l'Administration fiscale française ?

L'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune stipule ce qui suit :

« N'est pas considérée comme résident d'un Etat contractant au sens du présent article :

a) [...]

- b) Une personne physique qui n'est imposable dans cet Etat que sur une base forfaitaire déterminée d'après la valeur locative de la ou des résidences qu'elle possède sur le territoire de cet Etat. »

Selon une circulaire du 29 février 1968 adressée par l'Administration fédérale des contributions aux administrations cantonales des contributions, des entretiens ont eu lieu entre les administrations fiscales suisse et française dans le cadre d'une procédure amiable régie par l'article 27 de la CDI revenu/fortune concernant l'application de l'article 4 par. 6 lit. b de la convention aux personnes imposées d'après la dépense domiciliées en Suisse. L'Administration fédérale des contributions écrit que les administrations suisse et française ont convenu ce qui suit :

« Une Personne assujettie à l'impôt à forfait en Suisse (art. 18 bis AIN et les dispositions semblables du droit cantonal) à la qualité de résident de Suisse au sens de l'article 4 de la convention

- a. si la base d'imposition fédérale, cantonale et communale, est supérieure à cinq fois la valeur locative de l'habitation du contribuable ou à une fois et demi le prix de pension qu'il paie, et
- b. si la base d'imposition cantonale et communale ne s'écarte pas notablement de celle qui est déterminante pour l'impôt fédéral direct (IFD) ladite base cantonale et communale devant, en tout état de cause, être égale ou supérieure aux éléments du revenu du contribuable qui proviennent de Suisse et de France, pour les revenus de source française, lorsqu'ils sont privilégiés par la convention (notamment dividendes, intérêts, redevances de licences) ».

En pratique, cet accord entre les administrations suisse et française a donné naissance à ce que l'on appelle le « forfait majoré ». En d'autres termes, si le contribuable imposé d'après la dépense accepte que le montant sur lequel il est imposé soit majoré de 30% environ, les autorités fiscales françaises considèrent qu'il est domicilié fiscalement en Suisse au sens de la CDI revenu/fortune. De manière exacte, les autorités suisses ont accepté, en dérogation à l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune, que seuls les ressortissants français s'acquittant d'un « forfait majoré » puissent bénéficier de la convention.

Le 12 septembre 2012, la base française BOFIP-Impôts (Bulletin officiel des finances publiques – impôts) n'a pas repris le contenu de l'accord entre les autorités fiscales françaises et helvétiques prévoyant que les ressortissants français domiciliés en Suisse au bénéfice d'un forfait majoré pouvaient bénéficier de la CDI revenu/fortune.

Le 26 décembre 2012, la Direction générale des finances publiques françaises a expressément prévu que cet accord ne s'appliquait plus à partir du 1^{er} janvier 2013.

Le chiffre 70 des règles d'interprétation relatives au champ d'application de la CDI revenu/fortune de la Direction générale des finances publiques françaises dans sa version du 26 décembre 2012 prévoit ce qui suit :

« Cette disposition concerne les personnes qui, bien qu'ayant la qualité de résident de l'un ou de l'autre Etat, au sens des critères généraux définis ci-avant, ne se trouvent imposées, dans cet Etat, que sur une base forfaitaire déterminée d'après la valeur locative de la ou des résidences qu'elles y possèdent.

Du côté français, se trouvent ainsi exclues du bénéfice de la convention les personnes imposées en application de l'article 164 C du code général des impôts (CGI), sur la base forfaitaire prévue audit article aussi bien que sur le total de leurs revenus de source française.

Du côté suisse, ne peuvent bénéficier de la convention, les personnes qui se trouvent soumises à l'impôt fédéral direct sur une base forfaitaire déterminée à partir du montant du loyer ou de la valeur locative de leur appartement ou du prix de pension (art. 18 bis de l'arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 et art. 1^{er} de l'ordonnance du Département fédéral des finances et des douanes du 15 octobre 1958) ainsi que celles qui sont assujetties à l'impôt cantonal sur une base forfaitaire analogue, même lorsqu'elles sont soumises à l'impôt fédéral d'après le montant réel de leurs revenus.

La tolérance de 1972 prévue par la DB 14 B-2211 n°7 mise à jour le 10 décembre 1972 n'ayant pas été reprise par la base BOFIP-Impôts est rapportée à compter du 12 septembre 2012, date d'ouverture de la base, conformément à l'instruction 13 A-2-12 du 7 septembre 2012. Toutefois, il est admis que cette tolérance continue à s'appliquer jusqu'aux revenus de l'année 2012 incluse. »

Trois remarques doivent être faites à propos du dernier paragraphe du chiffre 70 mentionné ci-dessus ajouté le 26 décembre 2012. D'une part, la Direction générale des finances publiques française considère que le système du « forfait majoré » est une tolérance sous entendu de la part de la France, datant de 1972, alors que dans sa circulaire du 29 février 1968 l'Administration fédérale des contributions précise expressément qu'il s'agit d'un accord entre les administrations suisse et française conclu dans le cadre de la procédure amiable prévue à l'article 27 de la CDI revenu/fortune. D'autre part, selon les propres déclarations des autorités helvétiques, celles-ci n'ont pas été informées par l'Administration française de cette décision.

C. Quelle est la validité juridique de la décision de l'Administration fiscale française ?

Outre le fait que, politiquement, il n'est pas élégant et inamicale de mettre fin à un accord entre administrations de manière unilatérale sans même en avertir l'autre partie, surtout lorsqu'il s'agit d'un Etat voisin avec lequel on prétend avoir des relations cordiales, il s'agit de déterminer quelle est la valeur juridique de la décision de la Direction générale des finances publiques française. En d'autres termes, un Etat a-t-il le droit de mettre fin de manière unilatérale à une décision prise dans le cadre d'une procédure amiable.

Avant de répondre à cette question, il importe de relever, qu'à ce jour, la décision prise dans le cadre de la procédure amiable n'a même pas été dénoncée unilatéralement dans la mesure où, selon les propres déclarations faite dans la presse par les autorités helvétiques, celles-ci n'ont même pas été informées formellement de la décision de l'administration fiscale française.

Cependant, même si une résiliation unilatérale de l'accord devait être adressée par l'administration française à son homologue suisse, l'OCDE, bien que cette question fasse l'objet de certains conflits dans la doctrine, précise clairement dans son Commentaire du Modèle de convention OCDE (ch.54 ad art. 25) que « les accords amiables réglant des difficultés générales d'interprétation ou d'application lient les administrations aussi longtemps que les autorités compétentes ne conviennent pas de modifier ou d'abroger l'accord

amiable ». Par conséquent, selon l'OCDE, les autorités fiscales françaises ne sont pas en droit de mettre fin à l'accord relatif au « forfait majoré ». La suppression ou la modification de cette pratique doit faire l'objet d'une décision commune des administrations suisse et française.

Néanmoins, comme je le montrerai ci-dessous (D), cette question n'est pas essentielle dans la mesure où l'application stricte de l'article 4 par. 6 lit. b CDI revenu/fortune sans tenir compte de la décision prise dans le cadre de la procédure amiable n'exclut absolument pas du champ d'application les personnes imposées d'après la dépense. Contrairement à ce que soutient la France, le forfait majoré est une tolérance suisse à l'égard de la France, et non pas une tolérance française à l'égard de la Suisse.

D. Quel est le contenu de l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune ?

Si l'on prend acte que les autorités fiscales françaises ne veulent plus appliquer la pratique « forfait majoré » résultant de la décision prise dans le cadre la procédure amiable, il sied d'étudier le contenu exact de l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune.

Or il résulte clairement, pour deux raisons, que cette disposition ne vise pas les bénéficiaires de l'impôt d'après la dépense en Suisse.

En premier lieu, il faut se référer au texte même de l'article 4 par. 6 lit. b qui exclut du champ d'application de la convention la personne « qui n'est imposable dans cet Etat que sur une base forfaitaire déterminée d'après la valeur locative de la ou des résidences qu'elle possède sur le territoire de cet Etat ». Or, une personne imposée d'après la dépense en Suisse conformément à l'article 14 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et de l'article 6 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) n'entre pas dans le champ d'application de l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune pour trois raisons.

1. Une personne imposée d'après la dépense en Suisse paie ses impôts, comme le nom de cette forme d'imposition l'indique, non pas sur un montant déterminé par rapport à la valeur locative de son bien immobilier, mais sur la base de ses dépenses et de celle de sa famille. Les articles 14 LIFD et 6 LHID prévoient expressément que l'impôt calculé sur ces dépenses ne doit pas être inférieur aux impôts calculés d'après le barème ordinaire sur l'ensemble des éléments suivants :
 - a) La fortune immobilière sise en Suisse et les revenus qui en proviennent
 - b) Les objets mobiliers se trouvant en Suisse et les revenus qui en proviennent
 - c) Les capitaux mobiliers placés en Suisse, y compris les créances garanties par gage immobilier et les revenus qui en proviennent
 - d) Les droits d'auteur et autres droits analogues exploités en Suisse et les revenus qui en proviennent
 - e) Les retraites, rentes et pension de source suisse
 - f) Les revenus pour lesquels le contribuable requiert un dégrèvement partiel ou total d'impôts étrangers en application d'une convention conclue par la Suisse en vue d'éviter les doubles impositions

On appelle la comparaison entre l'impôt calculé sur la dépense et celui calculé sur les éléments mentionnés aux lettres a à f ci-dessus le calcul de contrôle. Le contribuable paie

le montant d'impôts le plus élevé des deux. C'est uniquement dans son Ordonnance du 15 mars 1993 sur l'imposition d'après la dépense en matière d'impôt fédéral direct que le Conseil fédéral précise ce qui suit :

« L'impôt sur la dépense est calculé en fonction des frais annuels occasionnés, pendant la période de calcul, par le train de vie du contribuable et des personnes à sa charge vivant en Suisse. Il se fonde au minimum:

- a) pour les contribuables chefs de ménage: sur un montant égal au quintuple du loyer du contribuable locataire ou au quintuple de la valeur locative du logement qu'il occupe et dont il est propriétaire;
- b) pour les autres contribuables: sur un montant égal au double du prix de la pension pour le logement et la nourriture.

S'il résulte de l'article 14, 3^e alinéa, LIFD, un impôt plus élevé, celui-ci prévaut. ».

La révision des articles 14 LIFD et 6 LHID telle qu'elle a été adoptée par le Parlement au courant de l'année 2012 reprend exactement le même système sous réserve que le montant des dépenses ne peut pas être inférieur à CHF 400'000.- pour le calcul de l'impôt fédéral direct, que le seuil minimum des dépenses est fixé à sept fois la valeur locative si le contribuable loue ou est propriétaire d'un bien et à trois fois le prix de la pension annuelle dans les autres cas et qu'il appartient aux cantons de déterminer comment l'impôt d'après la dépense couvre l'impôt sur la fortune. Les nouvelles dispositions précisent également que l'impôt est calculé sur la base des dépenses annuelles effectuées durant la période de calcul en Suisse et à l'étranger par le contribuable et les personnes dont il a la charge pour assurer leur train de vie.

Par conséquent, il résulte clairement de ce qui précède que le contribuable imposé d'après la dépense en Suisse ne l'est pas sur une base forfaitaire déterminée d'après la valeur locative de la ou des résidences qu'il possède en Suisse. Le contribuable imposé d'après la dépense est imposé sur la base de ses dépenses et, s'il résulte du calcul de contrôle, que le montant d'impôts calculé sur les éléments mentionnés aux lettres a à f ci-dessus est plus élevé que celui calculé sur les dépenses, il est imposé sur ces éléments. La valeur locative du bien loué ou acheté n'entre pas en ligne de compte dans ces éléments. Le seul rôle joué par la valeur locative est qu'il permet de déterminer le montant planché des dépenses. De plus, en vertu du nouveau droit, la fortune du contribuable devra être prise en considération.

2. L'article 4 par. 6 lit. b se réfère à « la valeur locative de la ou des résidences » que le contribuable « possède ». Or, le montant servant de planché au calcul des dépenses d'une personne imposée d'après la dépense en Suisse n'est pas que la valeur locative d'une propriété possédée, mais également le loyer d'un bien immobilier loué. La disposition de la CDI revenu/fortune vise les propriétaires de biens immobiliers alors que le critère pris comme seuil minimum des dépenses pour un contribuable imposé d'après la dépense est aussi bien le loyer d'un bien loué que la valeur d'un bien possédé.
3. Même si, de manière tout à fait erronée, la France devait soutenir que le simple fait que la notion de valeur locative entre en ligne de compte pour la détermination du seuil minimum des dépenses fait que l'article 4 par. 6 lit. b s'applique à l'imposition d'après la dépense, il sied de mentionner que cette disposition exclut du champ de l'application de

la convention uniquement une personne physique qui n'est imposable « que sur une base forfaitaire déterminée d'après la valeur locative ». Or, comme je l'ai montré au chiffre 1 ci-dessus, une personne imposée d'après la dépense en Suisse n'est pas imposée « que » sur ses dépenses dont le montant minimum est déterminé par la valeur locative d'un bien loué ou acheté, mais également sur tous les éléments mentionnés aux lettres a à f ci-dessus et dès l'entrée en vigueur du nouveau droit sur sa fortune.

Il résulte de ce qui précède qu'une étude littérale et téléologique de l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune démontre à un triple titre que cette disposition ne vise pas les personnes imposées d'après la dépense en Suisse. Le fait que les autorités fiscales françaises fassent une mauvaise interprétation de cette disposition en raison d'une méconnaissance du système suisse de l'impôt d'après la dépense n'est pas étonnant dans la mesure où, alors que cette forme d'imposition est régie par l'article 14 LIFD et 6 LHID, la Direction générale des finances publiques françaises se réfère encore au chiffre 70 des règles d'interprétation relatives au champ d'application de la CDI revenu/fortune mentionné ci-dessus à des textes légaux suisses qui ne sont plus en vigueur en Suisse depuis des décennies.

En second lieu, cette étude juridique de l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune est confirmée par une analyse historique de cette disposition. En effet, il importe d'avoir à l'esprit que depuis plusieurs décennies la législation française prévoit que les personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal en France, mais qui y sont propriétaires d'une ou de plusieurs habitations, sont assujetties à l'impôt sur le revenu sur une base égale à un certain nombre de fois la valeur locative réelle de cette ou de ces habitations à moins que les revenus de source française des intéressés ne soient supérieurs à cette base. Actuellement, cette règle figure à l'article 164C al. 1 du Code général des impôts français qui prévoit ce qui suit : « Les personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal en France mais qui y disposent d'une ou plusieurs habitations, à quelque titre que ce soit, directement ou sous le couvert d'un tiers, sont assujetties à l'impôt sur le revenu sur une base égale à trois fois la valeur locative réelle de cet ou des ces habitations à moins que les revenus de source française des intéressés ne soient supérieurs à cette base, auquel cas le montant de ces revenus sert de base à l'impôt ». Il s'agit de l'imposition de manière forfaitaire en France d'une personne non domiciliée en France qui est propriétaire d'un bien immobilier.

Or, le Protocole final (Ad article 2 par. 4) de la Convention du 31 décembre 1953 en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune qui a été remplacé par la CDI revenu/fortune de 1966, tout en acceptant ce système, le subordonnait aux conditions suivantes :

- a) La base d'imposition retenue pour l'impôt forfaitaire ne pouvait dépasser une somme égale à cinq fois la valeur locative de l'habitation ou des habitations dont le contribuable disposait dans l'Etat considéré, ni excéder la moitié du revenu global de l'intéressé ;
- b) L'impôt forfaitaire devait être calculé dans la mesure du séjour effectif et ne pouvait être perçu que si ce séjour avait duré au moins 90 jours, soit en une période continue, soit par périodes successives ;
- c) L'Etat qui prélevait l'impôt forfaitaire renonçait par la même à imposer les revenus de l'intéressé à un autre titre.

Comme l'écrit le Conseil fédéral dans son Message du 18 octobre 1966 relatif à la CDI revenu/fortune (FF 1966, p. 598), la France était mécontente des conditions figurant dans le Protocole final (Ad article 2 par. 4) de la convention de 1953 mentionnée ci-dessus. C'est pourquoi la délégation française proposait soit de biffer les limitations précitées, soit de renoncer à toute imposition au titre d'une résidence secondaire. Cette dernière solution ayant été retenue, le Conseil fédéral écrit que « pour donner suite au vœu exprimé par la délégation française, il a été expressément précisé que ne peuvent être considérés comme résidents au sens de la convention et, par voie de conséquence, ne peuvent prétendre aux avantages de la convention réservés aux résidents (p. ex. réduction des impôts à la source de l'autre Etat) :

- [...]
- Les personnes physiques qui ne sont soumises qu'à un impôt calculé forfaitairement sur une base égale à cinq fois la valeur locative de leur habitation » (FF 1966, p. 602)

Par conséquent, il résulte clairement d'une interprétation historique de l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune que les personnes visées par cette disposition n'étaient absolument pas les ressortissants français domiciliés en Suisse et imposés d'après la dépense auxquels il n'est jamais fait allusion dans le message du Conseil fédéral, mais bien les personnes domiciliées en Suisse, propriétaires d'une résidence secondaire en France, imposées dans ce pays de manière forfaitaire sur la base de la valeur locative de leur propriété. Je ne saurais assez insister sur le fait qu'il s'agit de deux cas de figures qui n'ont strictement rien à voir. En effet, l'impôt d'après la dépense concerne l'imposition illimitée d'un ressortissant étranger domicilié en Suisse, alors que le cas visé par l'article 4 par. 6 lit. b de la convention CDI revenu/fortune et celui de l'imposition d'une personne domiciliée hors de France en raison du fait qu'il est propriétaire d'un bien immobilier sur le territoire français.

E. Pourquoi une procédure amiable entre les autorités suisse et française concernant l'interprétation de l'article par. 6 lit. B de la CDI revenu/fortune ?

Vu le contenu très clair comme je l'ai exposé à la lettre D ci-dessus du contenu de l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune, il y lieu de se demander pourquoi les autorités françaises ont soutenu que cette disposition concernait également les contribuables imposés d'après la dépense en Suisse.

Deux raisons peuvent expliquer cette mauvaise interprétation, volontaire ou non, de la part de la France, de l'article en question.

Tout d'abord, comme il résulte du Message du Conseil fédéral du 18 octobre 1966 relatif à la CDI revenu/fortune citée ci-dessus, la délégation française proposait soit de biffer les limitations figurant dans le Protocole final (Ad article 2 par. 4) de la Convention du 31 décembre 1953 en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, ou de renoncer à toute imposition au titre de résidence secondaire. Comme je l'ai indiqué ci-dessus, c'est la seconde solution qui s'est imposée, alors qu'il va de soi, que la France aurait préféré la première solution. Cette interprétation française peut, par conséquent, avoir été motivée par la mauvaise humeur ou par une mesure de « rétorsion » de la part de la France à l'égard de la Suisse.

En second lieu, et peut-être plus vraisemblablement, cette mauvaise interprétation peut résulter d'une confusion terminologique. En effet, contrairement à la terminologie utilisée dans la législation suisse actuelle relative à l'impôt d'après la dépense, aussi bien l'article 18 bis de l'Arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 concernant la perception d'un impôt pour la défense nationale que l'Ordonnance du 15 octobre 1958 du Département fédéral des finances et des douanes concernant la perception à forfait de l'impôt pour la défense nationale utilisaient l'expression « impôt à forfait ». Ajouté au fait que l'article premier de l'ordonnance du 15 octobre 1958 précitée ait fixé le montant minimum des frais annuels correspondant au train de vie du contribuable à cinq fois le montant du loyer ou de la valeur locative du bien immobilier, il est probable que les autorités françaises chargées de l'interprétation de la convention, par ignorance du droit suisse, ait assimilé ce système à la forme d'imposition française visée par le Protocole final (Ad article 2 par. 4) de la Convention du 31 décembre 1953 en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune qui se référait également au quintuple de la valeur locative de l'habitation et à la notion d'« impôt forfaitaire ». Or, comme je l'ai démontré ci-dessus, le système français d'imposition forfaitaire vise les personnes domiciliées en Suisse propriétaires d'un bien immobilier en France ce qui n'a, absolument rien à voir, avec l'imposition d'après la dépense qui concerne des personnes domiciliées en Suisse. Il faut souligner que la législation suisse actuelle n'utilise plus le terme d'« impôt à forfait », mais celui d'« impôt d'après la dépense ».

C'est en raison de cette mauvaise interprétation française de l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune, clairement contraire au contenu de cette disposition, que les autorités fiscales suisses ont accepté l'introduction du système de l'impôt à « forfait majoré ». Cependant, il est fondamental d'avoir à l'esprit que la tolérance ne provient pas des autorités françaises, mais des autorités suisses. En effet, contrairement à ce qu'écrit la Direction générale des finances publiques françaises au point 70 BOFIP-Impôts mentionné ci-dessus et ce qu'essaie de faire croire à la Suisse le gouvernement français, l'accord résultant de la procédure amiable n'est pas une tolérance accordée par la France à la Suisse, mais bien une tolérance accordée par la Suisse à l'égard de la France. En effet, si l'on appliquait strictement et légalement l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune, les personnes imposées d'après la dépense pourraient, comme je l'ai démontré ci-dessus (D), bénéficier des avantages de la convention même sans payer le « forfait majoré », c'est-à-dire sans même que la base imposable de leurs dépenses soit majorée de 30%.

Par conséquent, en annulant unilatéralement l'accord, les autorités fiscales françaises ont fait en sorte qu'il y a lieu de revenir à l'application pure et simple de l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune et par conséquent de permettre aux ressortissants français imposés d'après la dépense en Suisse de bénéficier de la convention sans même payer un forfait majoré.

F. Quelle attitude doivent adopter les autorités suisses ?

La France dispose de deux moyens si elle souhaite remettre en cause la pratique du « forfait majoré » résultant de la décision prise dans le cadre de la procédure amiable : soit elle trouve un nouvel accord avec la Suisse dans le cadre d'une nouvelle procédure amiable, soit elle demande à la Suisse de renégocier le contenu de la CDI revenu/fortune. Dans le cadre d'une nouvelle procédure amiable, les autorités suisses devront adopter une position très ferme et en aucun cas aller au-delà du système du « forfait majoré », dans la mesure où, comme je l'ai démontré ci-dessus, il s'agit d'une tolérance de la Suisse dans la mesure où en vertu d'une interprétation stricte de l'article 4 par. 6 lit. B de la CDI revenu/fortune une personne imposée d'après la dépense en Suisse peut bénéficier de la convention de double imposition peu

importe qu'elle paie un « forfait majoré » ou non. J'insiste sur le fait qu'en vertu des nouvelles dispositions concernant l'impôt d'après la dépense les contribuables bénéficiant de cette forme d'imposition seront encore moins concernés par l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune dans la mesure où ils devront également s'acquitter d'un impôt sur la fortune.

En revanche, les autorités françaises ne peuvent pas dénoncer l'accord résultant de la procédure amiable sans qu'un nouvel accord soit trouvé. D'ailleurs, une telle attitude, qui semble pourtant être celle qu'elles adoptent actuellement, est la pire pour la France. En effet, si la France renonce au système du « forfait majoré », il y a lieu d'appliquer à la lettre l'article 4 par. 6 lit. b de la convention ce qui a comme conséquence, que les ressortissants français imposés d'après la dépense en Suisse pourraient bénéficier de la convention sans même payer le « forfait majoré » !

III. La renégociation de la Convention du 31 décembre 1953 en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions (CDI successions)

A. Généralités

Lorsqu'une personne décède et qu'elle a des biens ou des héritiers dans un autre pays que celui de son dernier domicile, la question essentielle qui se pose en droit international fiscal est de déterminer le pays dans lequel la succession sera imposée. S'il n'existe pas de convention de double imposition entre les différents Etats concernés, chacun d'eux applique son droit interne sans se soucier de ce que fait l'Etat voisin. Par conséquent, l'absence de convention peut avoir comme conséquence que les héritiers paient l'impôt sur les successions dans plusieurs Etats de manière cumulative. Néanmoins, en pratique, ce problème ne se pose pas si les Etats appliquent les deux principes fondamentaux reconnus par le droit fiscal international soit que les biens immobiliers sont imposables à leur lieu de situation et que tous les autres biens, c'est-à-dire essentiellement tous les biens mobiliers, tels que par exemple les comptes bancaires, sont imposables uniquement dans l'Etat du dernier domicile du défunt quel que soit le domicile des héritiers et le lieu où se trouvent les biens. Le droit interne suisse respecte ces principes. Par exemple, si une personne est domiciliée en Belgique lors de son décès et que son fils vit en Suisse, bien qu'il n'y ait aucune convention de double imposition en matière de successions entre la Belgique et la Suisse, l'impôt sur les successions est payé en Belgique sans qu'aucune taxe ne soit prélevée en Suisse. La même règle s'applique dans le sens inverse si une personne est domiciliée en Suisse lors de son décès et que son héritier vit en Belgique.

Dans son Modèle de convention de 1983 ayant trait à l'impôt sur les successions, l'OCDE consacre à ses articles 5 et 7 les deux principes mentionnés ci-dessus.

A titre d'information, la Suisse a conclu dix conventions de double imposition en matière de successions, soit avec les Etats suivants : l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, les Etats-Unis, la Finlande, la France, la Grande-Bretagne, la Hollande, la Norvège et la Suède.

B. Le contenu de la Convention du 31 décembre 1953 en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions

Les deux principes essentiels découlant de la CDI successions sont les suivants.

En premier lieu, conformément au principe figurant à l'article 7 du Modèle de convention OCDE de 1983, la totalité des biens mobiliers est imposée au lieu de domicile du défunt même si les héritiers vivent en France. Par exemple, si une personne domiciliée en Suisse décède, qu'elle possède des comptes bancaires en France et en Suisse et que ses héritiers sont domiciliés en France, la totalité de ses avoirs est imposée en Suisse au taux du canton dans lequel le défunt était domicilié.

En second lieu, si une personne domiciliée en Suisse était propriétaire d'un bien immobilier en France il y a lieu, quel que soit le lieu de domicile des héritiers de distinguer deux hypothèses. Si le défunt était propriétaire du bien immobilier en nom propre, l'impôt sur les successions est prélevé par la France au taux français. En revanche, si le défunt détenait son bien immobilier par le biais d'une société, appelée communément société civile immobilière (SCI), la convention considère que dans ce cas le défunt n'était pas propriétaire d'un bien immobilier, mais des actions d'une société, soit d'un bien mobilier et qui, par conséquent, sont imposées en application de la règle mentionnée ci-dessus, soit en Suisse au taux du canton dans lequel le défunt était domicilié.

Pour éviter toute confusion, il importe de souligner que la question de l'interprétation de l'article 4 par. 6 lit. b de la CDI revenu/fortune faisant l'objet du point II ci-dessus, est sans aucune influence sur la CDI successions.

C. Contenu et étude critique du projet de convention négocié entre les autorités françaises et suisses en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions

Le projet de convention négocié entre les autorités françaises et suisses en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions (ci-après : Projet CDI successions) qui a été rendu public dans un article publié le 10 août 2012 par Le Temps sous la plume d'Alexis Favre contient quatre nouvelles règles par rapport à la CDI successions de 1953.

1. La notion de « centre des intérêts vitaux » permettant de déterminer le domicile d'une personne

Afin de déterminer dans lequel des deux Etats contractant à une convention de double imposition, une personne est domiciliée, l'un des premiers articles de chaque convention détermine la liste des critères qu'il y a lieu d'appliquer. De manière générale, le premier critère appliqué est celui du « centre des intérêts vitaux ». Dans les deux conventions en vigueur à ce jour entre la Suisse et la France, soit la CDI revenu/fortune de 1966 et la CDI successions de 1953, pour déterminer le centre des intérêts vitaux il y a lieu de prendre en considération uniquement les liens personnels. Par exemple, pour déterminer si une personne est domiciliée en France ou en Suisse, il faut prendre en considération, par exemple, le lieu où les enfants mineurs sont scolarisés. En revanche, le Projet de CDI successions prévoit que pour déterminer le centre des intérêts vitaux, il sied de prendre en considération non seulement les liens personnels, mais également les liens économiques. En d'autres termes, cela signifie qu'il y aura lieu de déterminer si les avoirs de la personne concernée se trouvent essentiellement en France ou en Suisse. Un individu possédant un parc immobilier important en France pourrait être considéré comme domicilié en France s'il ne bénéficie pas d'avoirs mobiliers ou immobiliers équivalents ou supérieurs en Suisse.

Personnellement, je ne suis pas partisan de faire intervenir les liens économiques pour déterminer le domicile d'un individu. En effet, une personne qui vit avec sa famille dans un Etat où elle y passe la grande majorité de son temps est clairement, à mon sens, domiciliée dans celui-ci peu importe qu'elle soit propriétaire d'avoirs immobiliers ou des actions d'une société se trouvant dans un autre Etat. D'ailleurs, le fait de retenir ce critère pénalise, en réalité, l'Etat qu'une personne fortunée quitte dans la mesure où il se prive non seulement de l'argent que cette personne aurait dépensé si elle était restée dans l'Etat quitté, mais il se prive également de son argent en qualité d'investisseur. En instaurant ce critère des liens économiques, la France oblige les personnes qui la quittent de vendre leurs investissements français. En d'autres termes, elle perd les personnes fortunées non seulement comme consommateurs, mais également comme investisseurs.

Néanmoins, si la France tient à cette modification, je pense que la Suisse n'est pas en position de force pour s'y opposer dans la mesure où l'OCDE aussi bien dans son Modèle de convention relatif aux successions que dans celui ayant trait aux revenus et à la fortune prévoit que pour déterminer le centre des intérêts vitaux, aussi bien les liens personnels qu'économiques doivent être pris en considération.

2. Lieu d'imposition des biens immobiliers

Comme je l'ai présenté à la lettre B ci-dessus, la CDI successions de 1953 prévoit que l'Etat d'imposition est le lieu de situation de l'immeuble si le bien était détenu en nom propre par le défunt et celui du lieu de domicile du défunt si le bien immobilier était détenu par le biais d'une SCI.

L'article 5 du Projet CDI successions met fin à cette distinction et prévoit que le bien immobilier est imposé dans l'Etat où il se trouve peu importe qu'il soit détenu par le défunt en nom propre ou par le biais d'une SCI.

Vu la différence de taux existant entre la France et les cantons suisses, il va de soi que cette nouvelle règle pénalise financièrement lourdement toutes les personnes, quelle que soit leur nationalité, domiciliées en Suisse qui sont propriétaires d'un bien immobilier en France. En effet, sous l'empire du droit actuel, il suffit qu'une personne domiciliée dans le canton du Valais détienne sa maison en Provence par le biais d'une SCI pour que son fils en hérite sans payer d'impôt en Valais puisqu'il n'existe pas d'impôt en ligne directe dans ce canton, alors que si cette nouvelle règle devait être retenue l'impôt serait dû en France à un taux maximum de 45%. Cependant, je crois qu'il serait vain de se battre pour maintenir cette distinction quelque peu artificielle. En effet, dans le contexte international fiscal actuel, il est difficile de prétendre que les règles en matière d'imposition doivent être fondamentalement différentes uniquement parce qu'une structure, telle une SCI, existe entre le bien immobilier et le propriétaire économique. Par ailleurs, l'OCDE ne fait pas cette distinction dans son Modèle de convention.

3. Restriction à l'application de la convention

L'article 10 du Projet CDI successions prévoit ce qui suit :

« Le bénéfice d'une exonération totale ou partielle résultant de l'application de la présente Convention n'est pas accordée lorsque l'objectif principal du défunt ou de son héritier ou légataire a été d'obtenir une position fiscale plus avantageuse et que l'octroi de

cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des stipulations concernées ».

Il va de soi qu'il y a lieu de lutter contre l'usage abusif des conventions de double imposition. D'ailleurs, le 14 décembre 1962 déjà, le Conseil fédéral a décidé l'Arrêté instituant des mesures contre l'utilisation sans cause légitime des conventions conclues par la Confédération en vue d'éviter les doubles impositions. Tel est notamment le cas, si une personne se prévaut d'une convention de double imposition alors qu'elle n'est en réalité pas domiciliée dans l'Etat en question ou si elle a recours à des structures, tel le rapport de fiduciaire, pour utiliser la convention.

Cependant, l'article 10 va beaucoup plus loin que la lutte contre l'usage abusif des conventions. En vertu de cette disposition, il y a lieu d'entrer dans le cerveau du défunt ou des héritiers afin de déterminer si la raison d'être de leur déménagement en Suisse était une raison fiscale. Si tel est le cas, même si la personne en question a un domicile réel en Suisse en vertu des critères de la convention, mais qu'il apparaît aux autorités chargées de l'appliquer que la motivation était d'ordre fiscal, les règles de la convention ne lui seront pas applicables. L'article 10 est en réalité la traduction juridique de la volonté du gouvernement français de taxer les personnes fortunées qui ont quitté la France pour des raisons fiscales. La Suisse doit refuser l'article 10 et appliquer, comme elle le fait depuis des décennies les règles classiques destinées à éviter l'usage d'une convention de double imposition.

4. L'imposition en France des biens meubles et immeubles situés en France et l'imposition en France de la totalité de la succession en cas de domicile de l'héritier en France

Comme je l'ai mentionné à la lettre A ci-dessus, le droit fiscal international est gouverné par le principe, qu'en cas de décès, l'ensemble de la succession est imposé au lieu de domicile du défunt, quel que soit le lieu de domicile de l'héritier, sous réserve des biens immobiliers qui sont imposés dans leur lieu de situation. Les Etats respectueux de la souveraineté de leur voisin telle la Suisse ou la Belgique, par exemple, prévoient ces principes d'imposition dans leur droit interne.

Or, la France a instauré en droit interne, à l'article 750 ter du Code général des impôts, une règle allant à l'encontre des principes mentionnés ci-dessus. En effet, cette disposition stipule qu'en cas de donation ou de succession, les droits de mutation sont dus en France, d'une part, sur les biens meubles et immeubles se trouvant en France quel que soit le lieu de domicile du donateur ou du donataire ainsi que du défunt ou de l'héritier et, d'autre part, sur la totalité des biens meubles et immeubles, situés en France ou hors de France, lorsque l'héritier ou le donataire a son domicile en France et qu'il l'a eu au moins six ans au cours des dix dernières années précédant celle au cours de laquelle il reçoit les biens.

Aussi longtemps que la CDI successions de 1953 est en vigueur, cette disposition de droit interne français est sans effet sur la succession des personnes qui décèdent en étant domiciliées en Suisse et qui ont des biens mobiliers ou des héritiers en France. En effet, vu que le droit international prime le droit interne et qu'en vertu de la CDI successions la totalité des biens mobiliers est taxée exclusivement au lieu de domicile du défunt, si une personne décède en étant domiciliée en Suisse et qu'elle a des biens mobiliers ou des

héritiers en France, l'impôt sur les successions est dû exclusivement en Suisse, au taux du canton dans lequel le défunt est domicilié.

De manière tout à fait surprenante, les négociateurs suisses ont accepté en négociant le Projet CDI successions de renoncer aux principes figurant dans la CDI successions de 1953 en insérant dans le Projet de convention lui-même le contenu du droit interne français à l'article 11 ch. 1 lit. b et c en ces termes :

« b nonobstant tout autre disposition de la présente Convention, lorsque le défunt au moment du décès était domicilié en Suisse, la France impose l'ensemble des biens meubles corporels et immeubles situés en France et accorde, sur cet impôt l'imputation d'un montant égal à l'impôt payé en Suisse pour les biens qui, à l'occasion du même événement, sont imposables ou ne sont imposables qu'en Suisse.

c nonobstant tout autre disposition de la présente Convention, lorsqu'un héritier ou un légataire est domicilié en France au moment du décès du défunt, et l'a été pendant au moins six années au cours des dix dernières années précédant celle au cours de laquelle il reçoit les biens, la France impose tous les biens reçus par cette personne et, conformément aux dispositions de la législation française concernant l'imputation de l'impôt étranger, elle impute sur l'impôt calculé selon sa législation l'impôt payé en Suisse sur tous les biens autres que ceux qui, conformément aux dispositions des articles 5, 6 et 7 sont imposables en France ».

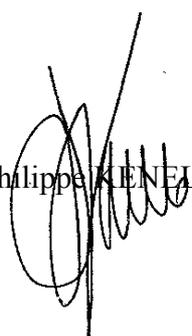
Cette disposition, qui est le réel enjeu de cette nouvelle convention et qui doit absolument être retirée du projet de convention qui sera signé par le Conseil fédéral est inadmissible pour les raisons suivantes. Tout d'abord, cette disposition qui est une reprise du droit interne français est, en quelque sorte, une acceptation de la violation de manière informelle par la France de la souveraineté fiscale de ses voisins. En effet, le seul moyen de respecter la souveraineté fiscale de chaque Etat est d'appliquer les deux principes mentionnés à lettre A ci-dessus. En introduisant les règles telles que celles qui figurent à l'article 750 ter du Code général des impôts, la France a fait preuve d'un impérialisme fiscal auquel la Suisse doit absolument ne pas prêter la main. En second lieu, les principes de l'imposition de la succession au lieu de domicile du défunt à l'exception des biens immobiliers, sont consacrés par l'OCDE dans son Modèle de convention de 1983. L'actualité de ces dernières années démontre que la Suisse, vu notamment le contexte international, ne s'oppose pas, ou plus, aux demandes de l'OCDE même quand, ce qui est le plus souvent le cas, elles ne lui sont pas favorables. Or, pour une fois que la Suisse aurait pu s'appuyer sur les principes consacrés par l'OCDE pour défendre la règle figurant dans la CDI successions de 1953 qui lui est favorable, il est incompréhensible que les négociateurs aient agi à l'encontre de ceux-ci. Enfin, d'aucuns soutiennent que si la Suisse n'avait pas négocié ce projet ou si elle n'accepte pas cette règle figurant à l'article 11, la France dénoncera la CDI de 1953 ce qui aura comme conséquence qu'une personne domiciliée en Suisse ayant ses héritiers en France verra sa succession imposée en France au taux français sans que les autorités françaises admettent la déduction des impôts déjà payés en Suisse. Ceci est exact vu que chaque partie a la possibilité de dénoncer la CDI de 1953 pour le 31 décembre de chaque année moyennant un préavis au 30 juin. Néanmoins, malgré les conséquences mentionnées ci-dessus, il est préférable que la Suisse sauve son honneur et ne signe pas ce projet de convention plutôt que de passer sous le joug fiscal français qui s'accompagne en réalité d'une forme de chantage. En effet, le message qu'adresse les autorités françaises à la Suisse est le suivant : soit vous

acceptez notre système impérialiste figurant à l'article 750 ter de notre Code général des impôts et vous concluez une convention prévoyant une disposition du type de celle de l'article 11 ch. 1 lit. b et c du Projet CDI successions ce qui permettra aux personnes concernées de déduire des impôts français les impôts payés en Suisse, soit vous contestez notre manière de faire et dans ce cas-là vous pénalisez les contribuables qui paieront deux fois l'impôt sur les successions. Ce chantage est inadmissible et la Suisse ne doit pas mettre la main dans cet engrenage qui pourrait créer un précédent et se reproduire.

Pour conclure l'analyse de ce projet, il sied de faire les remarques suivantes. Tout d'abord, il est impératif pour les motifs exposés ci-dessus que le Projet de convention qui sera renégocié et signé par le Conseil fédéral ne comporte ni la règle figurant à l'article 10, ni celle prévue à l'article 11 du Projet de CDI successions présentée et critiquée respectivement aux lettres c et d ci-dessus. La règle notamment figurant à l'article 11 par. 1 lit. b et c doit être éliminée purement et simplement et il faut maintenir le principe figurant dans la CDI successions de 1953. La France proposera peut-être d'exclure du champ d'application de cette disposition les cas où l'héritier, voire le défunt est de nationalité suisse. Cette manière de faire ne correspond pas ou plus aux exigences du droit international fiscal actuel qui se base sur le critère du domicile et non pas de la nationalité. En second lieu, il faut garder à l'esprit que l'enjeu économique est important dans la mesure où il a y plus de 155'000 Français en Suisse qui peuvent avoir des biens ou des héritiers en France et qu'il y a plus de 170'000 Suisses en France susceptibles d'être les héritiers de personnes domiciliées en Suisse. Je rappelle également que les taux sont très différents entre les deux pays. Par exemple, il n'y a pas d'impôt en ligne directe (6% si le défunt est imposé d'après la dépense) dans le canton de Genève, alors que dans une telle situation le taux maximum est de 45% en France. Enfin, les propositions de modification mentionnées ci-dessus sont raisonnables dans la mesure où elles s'inscrivent dans les principes prônés par l'OCDE. Par ailleurs, la France n'a pas renégocié dans ce sens les conventions de double imposition en matière de succession avec d'autres Etats, tel la Belgique.

Pully, le 23 janvier 2013

Philippe KENEL



Contact : Tél. : 021/721.04.40 (bureau)
GSM : 079/250.63.34
E-mail : pkenel@plex.ch