

Fiscalité

Fonds de placement et profits offshore

Par Federico Abrar le 27 juin 2020

Par arrêt du 20 décembre 2019, le Tribunal fédéral a confirmé le redressement fiscal infligé en 2013 par l'Administration fiscale cantonale genevoise à une banque suisse (arrêt du TF [2C_1073/2018](#), [2C_1089/2018](#) du 20 décembre 2019), rappelant ainsi que les promoteurs de fonds de placement s'exposent à des risques fiscaux non négligeables.

En 1999, la banque constitue à Guernesey une société filiale, fournissant des véhicules de placements collectifs à des investisseurs, dirigeant plusieurs fonds en échange de commissions de gestion (CG) et de performance (CP), et qui bénéficiera notamment d'actifs provenant d'anciens portefeuilles collectifs d'investissements liquidés par la banque, de sa renommée et de certains de ses employés. La filiale délègue à la banque l'activité de conseil en investissement de certains fonds, lui octroie à cette fin des pouvoirs relativement étendus, dont celui de choisir les investissements de manière autonome, et lui rétrocède un montant de sa CG, couvrant l'activité de passation d'ordres. En revanche, aucune rétrocession de la CP n'est prévue, pas plus qu'une quelconque rémunération de l'activité de distribution. La banque fournit aussi des services de passation d'ordres à d'autres fonds, dirigés par la filiale, dont elle n'assume pas le conseil en investissement, contre une rémunération *ad hoc*.

L'imposition des commissions perçues par la filiale aurait entièrement été soumise à la souveraineté fiscale de Guernesey, sans l'intervention *via* une procédure en rappel d'impôt de l'AFC-GE, dont l'appréciation du cas a presque intégralement été confirmée par le TF. En substance, il a jugé que les rémunérations suivantes devaient revenir à la banque :

- une **rétrocession partielle de la CP**, au titre de son activité (déléguée) de conseil en investissement. Le TF a considéré que, dans une situation similaire, un tiers n'aurait pas accepté de renoncer à sa part de CP. D'ailleurs, *in casu*, tous les délégataires tiers ont bénéficié d'une telle rétrocession. Vu l'activité étendue de la banque, le TF a considéré qu'un montant de 70 % de rétrocession n'était pas insoutenable ;
- une **rémunération pour l'activité de passation d'ordres**, lorsque la banque s'était vu déléguer l'activité de conseil en investissement, puisqu'une telle rémunération était prévue lorsque la banque était mandatée pour passer des ordres dans des fonds simples (à l'exclusion des fonds de fonds) dont l'activité de conseil avait été déléguée à des tiers ;
- une **rémunération pour l'activité de distribution**, vu son implication notable dans les activités de sa filiale et la reprise, par la filiale, de certains actifs de la banque.

Ces considérants, sévères et probablement inespérés, méritent que l'on s'interroge sur leur applicabilité aux établissements financiers ayant mis en place des structures comparables.

Le TF, n'analysant le fondement juridique des reprises (c. 15) qu'après les avoir confirmées (c. 12 à 14), appréhende ces dernières comme des prestations appréciables en argent, alors que la renonciation à un produit d'une société-mère en faveur de sa fille constitue un apport dissimulé dont les conséquences fiscales ne s'imposent pas avec la même évidence. Il convient en effet de distinguer deux cas de figure :

1. Lorsque les apports dissimulés sont incompatibles avec le droit comptable, le principe de détermination matériel conduit à une correction de bilan, intervenant d'office par l'autorité fiscale. Puisque, selon le TF, la non-comptabilisation d'un produit viole le principe de sincérité et d'intégralité du bilan (c. 17.2.1), cette conclusion aurait dû s'imposer à notre Haute Cour, sans autres développements ;
2. La situation diffère si les apports dissimulés sont compatibles avec le droit comptable, ce que le TF ne reconnaît pas, contrairement à la position défendue – à juste titre, selon nous – par la doctrine majoritaire. Selon elle, la renonciation par l'actionnaire au produit résultant d'une opération avec sa filiale ne viole pas le droit comptable. Dans un tel cas, une correction de bilan ne peut pas intervenir et une reprise fiscale doit trouver son appui sur une norme correctrice fiscale. Or la seule d'entre elles permettant d'imposer un produit non comptabilisé est l'[art. 58 al. 1 let. c LIFD](#), disposition exigeant un appauvrissement de l'actionnaire, inexistant en cas d'apport dissimulé, comme en l'espèce. Dans un tel cas, comme le relève le TF (c. 15.2), il convient de réserver les cas d'abus de droit – à l'instar, suivant la situation, d'un déplacement de bénéfice en faveur d'une filiale étrangère – dont notre Haute Cour s'est pourtant gardée de faire application, en vertu de l'interdiction de la *reformatio in pejus* ([art. 107 al. 1 LTF](#) ; c. 5). En effet, l'application du principe de pleine concurrence n'est qu'une des méthodes dont les administrations fiscales disposent pour procéder à des reprises. Le recours à la théorie de l'évasion fiscale ou le rapatriement, en Suisse, de l'administration effective peuvent conduire à des résultats plus sévères encore, notamment si la substance à l'étranger fait défaut ([art. 51 al. 2 LIFD](#)). L'inventivité de notre Haute Cour s'était déjà fait remarquer lorsqu'elle avait échafaudé, en 1995, une relation de mandat entre une société *holding* suisse et sa filiale panaméenne, pour justifier une reprise fondée sur la non-comptabilisation de ce que le TF avait qualifié de créance en restitution ([art. 400 al. 1 CO](#)), de la *holding* envers sa fille.

En pratique, nous retiendrons les points suivants :

- gager l'applicabilité de l'arrêt face à des schémas similaires, sans égard à la situation concrète, serait sans doute trop dogmatique. Néanmoins, dans des situations analogues, d'autres méthodes anti-abus – et un certain éclectisme dans leur application par les autorités fiscales et judiciaires – demeurent susceptibles de fonder des reprises fiscales ;
- la méthode retenue déploie des effets variables sur le plan pénal aussi (étant rappelé que la peine menace, en cas de soustraction consommée, se fixe au triple du montant de l'impôt soustrait [[art. 175 al. 2 LIFD](#)] ; 50 % à 75 % de ce montant *in casu*). À titre d'exemple, sous cet angle, l'absence ou l'insuffisance de comptabilisation d'un produit n'ont pas la même portée : le premier cas, violant le principe de sincérité et d'intégralité du bilan, conduit toujours à une condamnation pour soustraction, infraction

non nécessairement réalisée dans le second cas (arrêt du TF [2C_11/2018](#) du 10 décembre 2018, c. 10.1) ;

- afin de regagner en sécurité juridique et de s'assurer du traitement fiscal que l'administration fiscale réservera à une structure de détention d'un fonds de placement, s'agissant en particulier des questions délicates soulevées par les prix de transfert, il est conseillé d'obtenir un *ruling*, la prudence coûtant moins qu'un redressement fiscal. À cette fin, les autorités exigent souvent une analyse rigoureuse des prix de transfert, exposant la façon dont les fonctions sont réparties dans la structure de détention du fonds. Les rétrocessions sur les commissions convenues seront partagées sur cette base. L'on tâchera d'envisager de manière exhaustive, dès la mise en place du fonds, l'ensemble des rémunérations possibles, y compris les commissions (de distribution notamment) non contractuelles et d'en prévoir le paiement, même minime, au délégataire suisse.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Federico Abrar, Fonds de placement et profits offshore, publié le 27 juin 2020 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/fr/1136/>