



**F B T**  
A V O C A T S

# Perspectives

— *Automne 2021*



# Édito

« Perspectives » : Notre nouveau rendez-vous annuel

**F B T**  
A V O C A T S

**Adieu « NewsLex », Bonjour « Perspectives ». Après dix années de bons et loyaux services, notre newsletter juridique et fiscale trimestrielle prend fin pour être remplacée par une publication annuelle : « Perspectives ». Cette évolution vient du constat qu'au cours des dix dernières années, la diffusion de l'information, et notamment professionnelle, a connu une accélération phénoménale, nous amenant, pour coller toujours plus à l'actualité, à publier désormais systématiquement nos articles sur d'autres supports que Newslex : Tax focus, Bank and Finance Newsletter, notamment. Avec son format trimestriel, Newslex devait donc faire sa révolution !**

En instaurant une publication annuelle, direz-vous ? Cela n'a pas beaucoup de sens !

Au contraire, nous avons pensé « Perspectives » comme un canal de diffusion d'informations plus global et moins tourné vers l'immédiateté de l'actualité. Pour vous tenir informés « en direct » des dernières actualités, nous accentuerons la diffusion de nos « flashs ». En revanche, « Perspectives » prendra du recul sur l'actualité brûlante, fût-elle juridique ou fiscale, pour ne retenir que les thèmes forts et pérennes de l'année écoulée. Telle sera notre nouvelle ligne rédactionnelle !

Pour son numéro 1, Perspectives revient ainsi sur des thèmes de fonds qui ont marqué les derniers mois, en Suisse comme en France : validation de la FINMA quant aux gérants et trustees étrangers, anticipation des choix fiscaux en vue de l'élection présidentielle française, actualité immobilière transfrontalière, droit aux renseignements des actionnaires, ou encore, notamment, la modernisation du droit des faillites.

« Perspectives » a également vocation, au-delà de son volet « publication », à devenir le miroir de l'Etude FBT AVOCATS en vous ouvrant annuellement nos portes, ceci pour toujours mieux nous connaître : profil de nos nouveaux arrivants, actualité de nos groupes de travail, etc.

En espérant que vous adopterez « Perspectives » comme digne successeur de Newslex, nous vous souhaitons une bonne lecture !



*Serge Fasel*  
*Avocat associé*



*Alain Moreau*  
*Avocat associé*

# Table des matières

## Nos profils

- 4.** Nouveaux profils
- 9.** Nos anniversaires de travail

## Droit bancaire & financier

- 10.** Gérants de fortune et trustees étrangers : quand l'autorisation de la FINMA est-elle nécessaire ?
- 12.** Proposition d'un nouveau type de placement collectif en Suisse: le L-QIF

## Droit fiscal

- 14.** Investissement immobilier locatif en France : faites le bon choix fiscal !
- 16.** Présidentielle 2022 en France et fiscalité : comment anticiper ?
- 18.** Transfert de résidence en Suisse: fin de la discrimination !
- 20.** Retour d'expérience sur les régularisations d'entités étrangères
- 22.** Exercice d'une activité indépendante via une SA
- 24.** Cession de titres de sociétés immobilières en France : les tribunaux français réservent des surprises !

## Droit des contrats et des sociétés

- 26.** Assemblées générales : de l'usage de la vidéoconférence
- 28.** Droit aux renseignements de l'actionnaire : la porte étroite
- 30.** Opération boursière manquée, dommage !

## Contentieux & arbitrage

- 32.** Recension d'ouvrage : « Les instruments financiers, aspects juridiques et fiscaux » par A. Richa, N. Béguin et J. Merhai
- 34.** Faillite et revendication - modernisation d'un vieil outil en 2021

- 36.** Licenciements collectifs et plans sociaux : synthèse

## Droit patrimonial de la famille

- 44.** Tester, encore et toujours

## Nos compétences

- 46.** Présentation des groupes

# Nouveaux profils



Avocate | Genève

## Compétences

Droit bancaire & financier

## Langues

Français, anglais,  
allemand, espagnol,  
hébreu

## Aurélie Moyal-Azra

Avocate et membre du groupe bancaire et financier de FBT. Elle conseille des établissements bancaires suisses et étrangers, des sociétés actives dans la gestion de fortune, ainsi que des gestionnaires de fonds suisses et étrangers. Son expérience s'étend notamment au conseil aux personnes morales dans le cadre des lois sur les marchés financiers, du droit des obligations ou du droit pénal économique. Aurélie Moyal-Azra conseille également une clientèle privée.

**Si j'étais un article de loi, je serais :** l'art. 398 al. 2 CO puisqu'il concrétise le devoir de diligence du mandataire qu'est l'avocat

**Si j'étais un-e écrivain-e, je serais :** Jules Verne, pour sa passion des voyages.

**Si j'étais un sentiment, je serais :** l'enthousiasme !

**Si j'étais un arbre, je serais :** l'olivier, l'arbre qui aime soleil et chaleur

**Si j'étais une personne célèbre, je serais :** Simone Veil, pour sa carrière impressionnante

**Si j'étais une planète, je serais :** la Terre

**Ma devise :** « Dans la vie, rien n'est à craindre, tout est à comprendre » – Marie Curie

## David Masson

Avocat stagiaire et membre des groupes contentieux et arbitrage et droit des sociétés et contrats de FBT. Ses domaines d'activité comprennent toutes les formes de contentieux du droit des affaires.

**Si j'étais un article de loi, je serais :** l'art. 59 de la Constitution fédérale, car je suis très attaché à mon pays et le servir est une belle marque de reconnaissance. Le service militaire m'a aussi permis de faire de très belles rencontres et d'apprendre beaucoup de choses sur moi-même et sur la conduite d'hommes

**Si j'étais un livre, je serais :** « Les travailleurs de la mer », de Victor Hugo : Le personnage principal est inspirant. Simple, courageux, humble, il s'affaire seul pendant des mois à sauver un bateau coincé dans des rochers, au milieu de la mer, motivé par l'amour d'une jeune femme. On aimerait volontiers lui ressembler

**Si j'étais une personne célèbre, je serais :** Indiana Jones, parce que j'ai toujours rêvé de devenir archéologue étant petit. Et puis, Harrison Ford est tout de même un acteur génial ! Aujourd'hui je fais des fouilles dans les codes de droit, c'est un peu différent mais tout aussi passionnant

**Si j'étais un objet du quotidien, je serais :** une machine à café ! Parce que j'aime redonner le sourire et de l'énergie aux personnes que je croise

**Si j'étais un plat cuisiné, je serais :** un papet vaudois, parce que vous l'aurez compris, mon accent me trahissant un chouille quand je batoille, je ne suis pas genevois

**Si j'étais une chanson, je serais :** « Debout les gars », de Hugues Aufray. Parce que le monde appartient à ceux qui se lèvent tôt !

**Ma devise :** toujours regarder les choses du bon côté ! Les choses arrivent telles qu'elles sont, soit on essaie d'en faire quelque chose de positif, soit on se lamente. Je suis d'avis qu'on doit toujours rester optimiste et savoir tirer le meilleur parti de la vie



Avocat stagiaire | Genève

## Compétences

Contentieux et arbitrage  
Droit des sociétés  
et contrats

## Langues

Français, anglais,  
allemand

## Charlotte Andrey

Avocate et membre des groupes contentieux et arbitrage et du droit patrimonial de la famille de FBT. Ses domaines d'activité comprennent toutes les formes de contentieux du droit des affaires. Charlotte Andrey est également active dans les domaines du droit de la famille, du droit public et du droit pénal.

**Si j'étais un article de loi, je serais :** l'art. 10 (présomption d'innocence) du code de procédure pénale

**Si j'étais un livre, je serais :** Da Vinci code, pour son intrigue

**Si j'étais un-e sportif-ive, je serais :** Lara Gut

**Si j'étais un jour de la semaine, je serais :** le jeudi

**Si j'étais une des 7 merveilles du monde, je serais :** les pyramides de Gizeh, mémoire de l'Égypte pharaonique

**Si j'étais un plat cuisiné, je serais :** une fondue vacherin fribourgeoise

**Ma devise :** «Un problème sans solution est un problème mal posé» – Albert Einstein



Avocate | Genève

### Compétences

Contentieux et arbitrage

Droit patrimonial de la famille

Droit du travail

### Langues

Français, anglais, allemand



## Julien Le Fort

Avocat et membre des groupes de droit des sociétés et contrats et de droit bancaire et financier de FBT. Il est spécialisé en droit commercial et de l'entreprise et conseille des individus ainsi que des sociétés en matière de droit interne et transfrontalier, notamment dans le domaine des opérations de fusion et acquisition, des accords d'agence et de distribution et autres accords commerciaux. Il collabore également avec le groupe de droit bancaire et financier en matière de contentieux financiers et de réglementation bancaire et conseille dans ces domaines des établissements bancaires suisses et étrangers, des sociétés actives dans la gestion de fortune, ainsi que des fonds de placement et des gestionnaires de fonds suisses et étrangers. En outre, Julien Le Fort dispose de solides connaissances de droit pénal et de procédure pénale.

**Si j'étais un article de loi, je serais :** l'art. 1 du Code civil, ancré dans le réel et dans l'histoire

**Si j'étais un film, je serais :** un James Bond, un film sérieux qui ne se prend jamais vraiment au sérieux.

**Si j'étais un fait historique, je serais :** Le Rapport du Grütli, ce moment de rassemblement où l'on réunit ses forces pour assurer son indépendance

**Si j'étais une ville, je serais :** Caromb, une petite ville de Provence qui ne manque de rien et qui m'évoque des joies simples.

**Si j'étais une personne célèbre, je serais :** Martin Luther et je composerais « Ein feste Burg », un chant d'une très belle spiritualité

**Si j'étais un chiffre, je serais :** 3, ce chiffre qui symbolise l'équilibre. Et aussi les étapes du raisonnement thèse-antithèse-synthèse.

**Ma devise :** « Ouverture du cœur et fermeté de la doctrine » : savoir où l'on va, mais toujours avec sourire et enthousiasme !

Avocat | Genève

### Compétences

Droit des sociétés et contrats

Droit bancaire & financier

Contentieux et arbitrage

### Langues

Français, anglais, allemand



Avocate stagiaire | Genève

**Compétences**

Contentieux et arbitrage

Droit fiscal

**Langues**

Français, anglais,  
allemand

## Audrey Ciucchi

Avocate stagiaire des groupes contentieux et arbitrage et fiscal de FBT. Ses domaines d'activité comprennent toutes les formes de contentieux du droit des affaires. Audrey Ciucchi est également active dans les domaines du droit de la famille, du droit public et du droit pénal.

**Si j'étais un article de loi, je serais :** l'art. 1 LEg (Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes)

**Si j'étais un livre, je serais :** La vie devant soi, de Romain Gary sous le nom d'Émile Ajar

**Si j'étais un plat cuisiné, je serais :** un poké bowl, de chez Elua

**Si j'étais un mot, je serais :** cookie, pas un jour sans le dire (ou le manger)

**Si j'étais un-e sportif-ive, je serais :** Roger Federer, sans hésiter (avec un moins bon revers sans doute)

**Si j'étais un endroit, je serais :** une plage à Hawaii ou une piste de ski à Chamonix

**Ma devise :** «If your dreams do not scare you, they are not big enough» – Ellen Johnson Sirleaf

## Sara Charfadi

Avocate et membre du groupe contentieux et arbitrage de FBT. Ses domaines d'activité comprennent toutes les formes de contentieux du droit des affaires. Elle est également active dans les domaines du droit du travail et des assurances sociales et du droit pénal.

**Si j'étais un article de loi, je serais :** l'art. 2 CC, parce que la mauvaise foi n'a jamais sauvé personne. Il est important de maintenir une certaine éthique dans nos procédures judiciaires et elle commence avec la bonne foi de chacun

**Si j'étais une période historique, je serais :** l'antiquité pour en apprendre plus sur les amazones, ces redoutables guerrières

**Si j'étais un chiffre, je serais :** le chiffre 5, non sans rappeler qu'il joue un rôle important dans toutes les cultures et toutes les religions du monde; il représente l'union et le centre de l'équilibre, qu'il convient à mon sens de tenter d'atteindre

**Si j'étais un arbre, je serais :** le figuier pour ses délicieuses figues. Il est par ailleurs productif et tenace

**Si j'étais l'une des sept merveilles du monde, je serais :** Le Temple d'Artémis à Éphèse pour la richesse de ses décorations et son rôle protecteur. Toute personne y trouvant refuge est protégée par un droit d'asile. Déesse de la chasse et de la nature, Artémis sait néanmoins se montrer redoutable envers ceux qui lui manquent de respect

**Si j'étais une saison, je serais :** l'automne pour ses belles balades colorées en forêt

**Ma devise :** « Comme jouer du violon ou du piano, penser exige une pratique quotidienne. » – Charlie Chaplin



Avocate | Genève

**Compétences**

Contentieux et arbitrage

Droit du travail

**Langues**

Français, anglais,  
allemand, italien

## Joanna Ybarra



Avocate stagiaire | Genève

### Compétences

Contentieux et arbitrage  
Droit bancaire & financier

### Langues

Français, anglais,  
allemand

Avocate stagiaire et membre des groupes contentieux et arbitrage et banque et finance de FBT. Ses domaines d'activité comprennent toutes les formes de contentieux du droit des affaires. Joanna Ybarra est également active dans les domaines du droit de la famille, du droit public et du droit pénal.

**Si j'étais un article de loi, je serais :** l'art. 10 CEDH. J'accorde beaucoup d'importance à la liberté d'expression et d'opinion. Le degré de tolérance d'un gouvernement à l'égard des opinions défavorables et des critiques est d'ailleurs souvent un bon indicateur du traitement qu'il réserve aux droits humains de façon générale

**Si j'étais un objet, je serais :** un billet d'avion, pour aller à la rencontre du monde

**Si j'étais un-e écrivain-e, je serais :** Harper Lee, notamment en raison de son premier roman, « To Kill a Mockingbird » (Ne tirez pas sur l'oiseau-moqueur)

**Si j'étais une couleur, je serais :** le bleu, symbole de fidélité, de sagesse et de justice

**Si j'étais une fleur, je serais :** le tournesol, qui ne souhaite jamais manquer un rayon de soleil

**Si j'étais une ville, je serais :** Rome, pour sa richesse historique et culinaire

**Ma devise :** « La différence entre le possible et l'impossible se trouve dans la détermination. » – Gandhi



## Noémie Pauli

Avocate et membre du groupe bancaire et financier de FBT. Elle conseille des établissements bancaires suisses et étrangers, des sociétés actives dans la gestion de fortune, ainsi que des gestionnaires de fonds de placement suisses et étrangers.

**Si j'étais un article de loi, je serais :** l'art. 8 (égalité) de la Constitution fédérale de la Confédération suisse

**Si j'étais un film, je serais :** « Interstellar », de Christopher Nolan

**Si j'étais une chanson, je serais :** « Viva la Vida », de Coldplay (mais je préfère le morceau de musique)

**Si j'étais un moment de la journée, je serais :** le crépuscule

**Si j'étais un instrument, je serais :** la guitare classique

**Si j'étais un mot, je serais :** espoir

**Ma devise :** « Vis comme si tu devais mourir demain. Apprends comme si tu devais vivre toujours. » – Gandhi

Avocate | Genève

### Compétences

Droit bancaire & financier

### Langues

Français, anglais,  
allemand



Avocat | Paris

**Compétences**

Droit fiscal

Droit patrimonial de la famille

**Langues**

Français, anglais

## Jérôme Bissardon

Avocat fiscaliste senior (DJCE) et membre des groupes de droit fiscal et de droit des sociétés et contrats de FBT.

Expert en fiscalité individuelle et patrimoniale, il conseille les personnes physiques dans le cadre de la recherche d'une structuration fiscale optimale de leur patrimoine professionnel et privé, en France comme à l'étranger, en vue de sa transmission (vente, donation, succession), ou dans une logique de rendement ou d'investissement à long terme, ou s'inscrivant dans un projet de transfert de domicile en France ou hors de France, ou encore pour la réalisation d'un projet philanthropique.

Il intervient également à l'occasion des contrôles et contentieux fiscaux impliquant des entreprises et des particuliers, qu'il assiste dans la recherche et la conclusion de transactions avec l'administration fiscale.

**Si j'étais un article de loi, je serais :** l'art. 787 B du Code général des impôts, dit « Dispositif Dutreil-transmission », pour sa technicité, ses subtilités, les débats passionnés au Parlement et auprès des juridictions, outil efficace pour transmettre une entreprise à ses enfants à un coût fiscal maîtrisé

**Si j'étais un livre, je serais :** le Code général des impôts ... Non, soyons honnêtes ! Ma passion pour le droit n'éclipse aucunement celle pour l'univers de Tolkien (« Le Seigneur des Anneaux ») ou pour l'Histoire (les biographies écrites par Stefan Zweig)

**Si j'étais une victoire militaire, je serais :** réellement aucune, car elles ont toutes un arrière-goût très amer de sang et de douleurs. Mon expérience de militaire de réserve de la gendarmerie n'était fondée que sur la volonté de porter assistance à la population et de défendre des valeurs humaines auxquelles je crois, principalement le respect, la lutte contre le racisme, l'homophobie, les violences conjugales

**Si j'étais un instrument de musique :** la lyre, pour mon goût pour l'histoire des civilisations, s'agissant d'un instrument romain emprunté aux Grecs

**Si j'étais une personne célèbre, je serais :** probablement un acteur, pour mon goût pour le théâtre : Louis de Funès ou Bourvil, deux immenses génies du rire

**Si j'étais une saison, je serais :** « l'été », qui sonne chaque année la fin de la période fiscale, intense et passionnante

**Ma devise :** « Labor omnia vincit improbus » (un travail acharné a raison de tout)

# Nos anniversaires de travail

FBT Avocats SA est fière de vous annoncer les anniversaires de travail. Nous sommes très reconnaissants et sommes ravis de voir nos collaborateurs évoluer au fil du temps au sein de l'Etude.

**10 ans**  
c'est 120 mois

**521 semaines**

**3'650 | 87'600**  
**jours | heures**

**5'259'492 minutes**



**Olivia de Weck**  
Avocate | Genève

« Que d'expérience accumulée en 10 ans ! Je me réjouis déjà de relever les prochains défis qui m'attendent au sein de l'Etude et de pouvoir œuvrer dans l'intérêt des clients. Je remercie FBT Avocats SA, en particulier Me Serge Fasel, pour sa confiance. »



**Stéphanie Barreira**  
Associée | Paris

« En 2010, nous nous sommes lancé le pari ambitieux de créer la succursale française de notre maison mère genevoise.

Après ces dix années d'activité, je peux saluer le courage et la détermination de l'ensemble de nos équipes.

Ces dix années d'expérience ont été marquées par notre développement et la fidélisation d'une clientèle toujours plus exigeante.

L'année 2010 constitue le début pour moi d'une belle aventure professionnelle, éprouvante parfois mais tellement enrichissante !

J'ai vécu des moments de profonde humanité au sein de FBT, que je n'aurais probablement pas vécu ailleurs.

Cet anniversaire est donc pour moi l'occasion de remercier l'ensemble de nos clients, partenaires, associés et collaborateurs qui m'ont accordé leur confiance.

Les années à venir seront, j'en suis certaine, l'occasion de relever des défis encore plus ambitieux.

Merci à vous tous. »

# GÉRANTS DE FORTUNE ET TRUSTEES ÉTRANGERS : QUAND L'AUTORISATION DE LA FINMA EST-ELLE NÉCESSAIRE ?

*Frédérique Bensahel*

**La loi sur les établissements financiers (LEFin), entrée en vigueur le 1er janvier 2020, a entraîné avec elle un nombre important de changements dans l'industrie de la gestion de fortune au sens large.**

L'un des changements notables est l'assujettissement à l'autorisation et à la surveillance prudentielle de la FINMA des gérants de fortune et des trustees. Le choix d'intégrer les gérants de fortune et les trustees à une réglementation qui s'applique par ailleurs à toutes les institutions financières – à l'exception des banques et des assurances soumises à des lois spécifiques – comporte certaines conséquences que le marché est loin d'avoir appréhendées.

Les gérants de fortune et les trustees étrangers, soit ceux dont le siège et la direction effective se situent à l'étranger, se préoccupaient peu, avec raison, de la nécessité de disposer en Suisse d'une autorisation de la FINMA. De nouvelles dispositions leur imposent dorénavant d'obtenir – souvent en plus de leur licence à l'étranger – une autorisation pour leurs opérations en Suisse. Une telle obligation peut naître lorsqu'ils maintiennent une présence dite permanente en Suisse pour autant que celle-ci génère un certain revenu. Une telle présence s'entend lorsque le gérant de fortune ou le trustee étranger occupent en Suisse des personnes physiques ou morales qui agissent pour leur compte ou en

leur faveur. La relation qui lie ces personnes au gérant de fortune ou au trustee étranger peut prendre la forme d'un contrat de travail, d'un mandat ou d'un autre type de collaboration.

L'autorisation de succursale est nécessaire lorsque l'activité déployée en Suisse est celle d'un gérant de fortune ou d'un trustee ou encore lorsqu'elle consiste à conclure des affaires pour le compte de l'établissement étranger. Si l'intervention des personnes en Suisse se limite à une activité de représentation ou de marketing, une autorisation de représentation est requise. Tel sera le cas lorsqu'un individu ou une personne morale transmet de manière régulière des mandats de clients ou représente l'établissement étranger à des fins publicitaires.

L'obtention de l'autorisation de la FINMA ne tient pas de la simple formalité. La succursale suisse d'un gérant de fortune ou d'un trustee ne pourra être autorisée que dans la mesure où ces derniers disposent,



à l'étranger, d'une organisation, de ressources et d'un personnel adéquats leur permettant d'exploiter la succursale en Suisse. La loi exige par ailleurs une surveillance consolidée par l'autorité prudentielle étrangère, ainsi que l'engagement de cette dernière d'informer immédiatement la FINMA dans l'hypothèse de la survenance de faits de nature importante du point de vue de la surveillance. Plus généralement, l'autorité étrangère doit accorder l'assistance administrative à la Suisse. Au cas par cas, la FINMA peut soumettre l'octroi de l'autorisation à des exigences supplémentaires. Les conditions d'autorisation de la représentation sont plus légères, dans la mesure où les personnes qui agissent dans ce cadre ne pratiquent pas elles-mêmes l'activité soumise à autorisation – soit celle de gérant de fortune ou de trustee – mais contribuent à sa promotion.

#### PERSPECTIVES

Si des années de réglementation des institutions financières déjà assujetties, telles que les banques et les gérants de fonds, ont permis à l'industrie suisse et étrangère de s'adapter, les gérants de fortune et trustees étrangers ont bien du mal à appréhender le fait qu'une présence en Suisse puisse fonder une obligation d'autorisation, alors même que leur siège se situe à l'étranger. Or, nombre de gérants de fortune et de trustees étrangers ont recours, en Suisse, à des personnes qui effectuent pour eux des démarches de marketing ou qui leur adressent régulièrement des clients. Par ailleurs, il n'est pas rare que des personnes domiciliées en Suisse soient employées par des gérants de fortune ou des trustees étrangers en tant que salariés ou mandataires. Si, jusqu'à présent, une telle activité n'était pas soumise à autorisation, la situation juridique a fondamentalement changé. Il est donc impératif pour tout gérant de fortune ou trustee ayant son siège à l'étranger de se poser la question de la nécessité d'une autorisation pour ses activités en Suisse pour éviter toute intervention de la FINMA, laquelle a souvent pour conséquence de compromettre le maintien de cette activité.



*Frédérique Bensahel*



# PROPOSITION D'UN NOUVEAU TYPE DE PLACEMENT COLLECTIF EN SUISSE : LE L-QIF

*Frédérique Bensahel*

Le 9 juin 2021, le Conseil des Etats a adopté sans opposition le projet de loi visant à introduire dans la législation suisse sur les placements collectifs de capitaux (LPCC) un type de fonds exclusivement réservé aux investisseurs qualifiés (le « Limited Qualified Investor Fund » ou « L-QIF »), exempté de toute autorisation ou approbation de la FINMA. Certaines modifications ont toutefois été apportées au projet du Conseil fédéral.

Le Conseil fédéral entend renforcer la compétitivité du marché suisse des fonds de placement en offrant un nouveau type de fonds soumis à une réglementation simplifiée. Au-delà des placements traditionnels, le L-QIF pourra investir, à titre d'exemple, dans des biens immobiliers, des matières premières, des projets d'infrastructure, des cryptomonnaies, du vin ou encore des objets d'art.

Ce placement collectif pourra être créé sans passer par la FINMA. L'industrie de la gestion de fortune, les milieux immobiliers ou encore le secteur des assurances pourront ainsi mettre en œuvre rapidement un véhicule de placement flexible, sans les contraintes actuelles (le plus souvent très onéreuses) liées à la constitution d'un fonds autorisé de droit suisse.

Les nouvelles dispositions exigent toutefois qu'une direction de fonds de droit suisse, nécessairement autorisée par la FINMA, agisse en qualité d'administrateur du fonds. Cet organe sera le garant du respect des prescriptions légales et notifiera toute prise en charge ou abandon d'un L-QIF au Département fédéral des finances. Dans l'hypothèse où la direction de fonds délègue la gestion du fonds, comme

elle sera autorisée à le faire, une telle délégation ne sera possible qu'en faveur d'un gestionnaire de placements collectifs autorisé par la FINMA ou soumis dans son pays de domicile à une surveillance appropriée.

Les dispositions de la LPCC devront en principe aussi s'appliquer au L-QIF. Ce dernier sera fiscalisé de la même manière que les autres fonds de droit suisse et soumis à un régime d'audit équivalent (audit prudentiel et révision des comptes annuels).

Les techniques et les restrictions de placement du L-QIF seront précisées par voie d'ordonnance. Elles devraient s'orienter vers les prescriptions applicables à la catégorie des autres fonds de placement alternatifs, voire être moins restrictives que ces dernières. Le Conseil fédéral aura toutefois la possibilité de limiter le droit de demander le rachat en tout temps, sans que la durée maximale de cinq ans ne s'applique.

Seuls des investisseurs qualifiés au sens de la LPCC pourront souscrire aux parts d'un L-QIF. Avec l'entrée en vigueur de la LFin et la modification simultanée de la LPCC, les clients sous mandat de conseil et mandat de gestion ainsi que les clients professionnels sont automatiquement considérés comme des investisseurs qualifiés, à moins qu'ils ne demandent à ne pas être traités comme tels. L'accès au statut d'investisseur qualifié est par



ailleurs ouvert aux clients privés qui demandent (par opt-out) à être traités comme des clients professionnels (et, par voie de conséquence et automatiquement, comme des investisseurs qualifiés). Cette possibilité est offerte aux clients privés qui disposent d'une fortune mobilière de CHF 500'000 et des connaissances nécessaires pour comprendre les risques des placements. Elle est par ailleurs offerte sans autre condition aux clients privés qui disposent d'une fortune mobilière de CHF 2'000'000.

Les clients privés fortunés et les structures d'investissements instituées pour ceux qui ont demandé à être traités comme des clients professionnels (par opt-out) et, par voie de conséquence, comme des investisseurs qualifiés, ne pourront pas souscrire aux parts d'un L-QIF qui investit directement ses avoirs dans des valeurs immobilières, contrairement aux (parts de) fonds autorisés. En effet, les revenus provenant de la propriété directe de biens immobiliers de même que la valeur de ces derniers sont imposés au niveau du fonds, au taux plus favorable applicable aux personnes morales, et non au niveau des porteurs de parts. Le législateur entend ici éviter que le L-QIF ne soit utilisé pour contourner les règles générales d'imposition.

#### **PERSPECTIVES**

En conclusion, le L-QIF offre aux investisseurs qualifiés une alternative aux fonds comparables de droit étranger, en particulier le « RAIF » (« Reserved Alternative Investment Fund ») luxembourgeois ou le « QIAIF » (« Qualifying Investor Alternative Investment Fund ») de droit irlandais. Il faut espérer que le L-QIF amène la Suisse à franchir le pas d'un marché de distribution – dans lequel les deux tiers des fonds autorisés et l'immense majorité des fonds distribués sont des fonds étrangers – vers une place de production de fonds, à l'instar du Luxembourg et de l'Irlande. Compte tenu du retard pris dans le domaine, le chemin est néanmoins encore long. Le L-QIF rencontrera les mêmes écueils que les autres fonds suisses dans la mesure où ils ne pourront être distribués dans l'Union Européenne et devront par conséquent tirer parti des régimes de placement privé, lorsqu'ils existent. Cela étant, dans l'hypothèse où le L-QIF remplit ses promesses, les investisseurs tant institutionnels que privés pourraient commencer à privilégier les L-QIF plutôt que de choisir systématiquement des véhicules de droit étranger. Une dernière question reste toutefois à résoudre : celle de l'impôt anticipé de 35 % sur les bénéfices distribués ou thésaurisés par le fonds.

Le projet de L-QIF doit à présent être examiné par le Conseil national. L'entrée en vigueur de la loi est attendue pour 2023.



*Frédérique Bensahel*



# INVESTISSEMENT IMMOBILIER LOCATIF EN FRANCE : FAITES LE BON CHOIX FISCAL !

*Stéphanie Barreira*

## **Le régime de la location meublée non professionnelle de biens immobiliers en France : une niche fiscale encore à explorer !**

Quelles que soient les motivations d'un investissement immobilier en France, que ce soit pour constituer un patrimoine à transmettre à ses futurs héritiers, des revenus additionnels, améliorer sa retraite ou même préparer son impatriation en France, le choix de la stratégie fiscale d'investissement locatif est crucial.

La fiscalité française des revenus locatifs peut paraître dissuasive. Toutefois, certains dispositifs fiscaux permettent encore aux non-résidents de réduire considérablement l'assiette taxable de leurs revenus locatifs, voire de la supprimer purement et simplement.

Rappelons que les particuliers non-résidents louant des biens immobiliers en France, meublés ou non, sont imposables en France selon les règles françaises. Les conventions fiscales signées par la France réservent presque toujours à la France le droit d'imposer les revenus des biens immobiliers. La particularité pour les non-résidents réside dans l'application au revenu net immobilier imposable en France (comme pour tous les revenus imposables de source française soumis au barème progressif) d'un taux minimum d'imposition de 20 % pour des revenus perçus à hauteur de 25.710 € et 30 % au-delà (pour les revenus perçus au titre de l'année 2020).

La bonne stratégie fiscale d'investissement locatif s'attellera donc à réduire au maximum l'assiette des revenus imposables en France, assiette déterminée de façon identique à celle des résidents fiscaux de France.

La location d'un local d'habitation garni de meubles est regardée comme une location meublée, lorsque les meubles loués avec le local sont suffisants pour donner à ce dernier un minimum d'habitabilité. La location meublée constitue une activité commerciale et relève au regard de l'impôt sur le

revenu de la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux, par opposition à la location nue de locaux d'habitation qui relèvent de la catégorie des revenus fonciers.

La location meublée non professionnelle de biens immobiliers constitue indéniablement un dispositif fiscal incitatif pour tout investisseur dès lors que la déduction des frais est plus qu'avantageuse : la déduction peut être portée forfaitairement à 50 % du revenu locatif (71 % pour les meublés de tourisme et les chambres d'hôtes) lorsque les loyers annuels sont inférieurs à 72.600 € (contre 30 % dans le cadre des revenus fonciers).

Un non-résident aura tout intérêt à opter pour la déduction réelle des frais supportés en présence de charges importantes (régime réel BIC) compte tenu de la large déduction offerte par ce régime (bien plus restreinte dans le cadre des revenus fonciers). En effet, un non-résident peut notamment déduire du résultat imposable les frais d'acquisition de l'immeuble, les amortissements du bien immobilier et des meubles le garnissant, l'amortissement des travaux de construction ou de reconstruction, les intérêts d'emprunt, aboutissant fréquemment d'ailleurs à la suppression pure et simple de toute imposition à l'impôt sur le revenu en France. La prise en compte fiscale de la dépréciation du bien est d'autant plus avantageuse qu'elle ne correspond pas à un décaissement effectif de trésorerie pour l'investisseur.

Lorsque les charges déduites sont supérieures aux loyers encaissés, ce qui est fréquemment le cas l'année d'acquisition du bien et pendant la durée d'amortissement de celui-ci, les déficits

**Exemple chiffré :**

<b>Prix d'acquisition du bien immobilier</b>	<b>400'000.00 €</b>
<b>Montant des loyers annuels</b>	<b>15'000.00 €</b>
<b>Charges annuelles diverses</b>	<b>2'000.00 €</b>

	Revenus fonciers (location nue)		BIC (location meublée)	
	Micro	Réel	Micro	Réel
<b>Abattement spécifique</b>	<b>4'500,00 €</b>	<b>0,00 €</b>	<b>7'500,00 €</b>	<b>0,00 €</b>
<b>Amortissement</b> immobilier/travaux/meubles		<b>0,00 €</b>		<b>8'000,00 €</b>
<b>Frais de notaire déductibles en N</b>		<b>0,00 €</b>		<b>30'000,00 €</b>
<b>Résultat imposable</b>	<b>10'500,00 €</b>	<b>13'000,00 €</b>	<b>7'500,00 €</b>	<b>0,00 €</b>
<b>Impôt dû si TMI à 30%</b>	<b>3'150,00 €</b>	<b>3'900,00 €</b>	<b>2'250,00 €</b>	<b>0,00 €</b>
<b>Déficit généré</b>		<b>0,00 €</b>		<b>-23'000,00 €</b> <small>*Déficit imputable pendant 10 ans</small>
<b>Net en poche</b> (après charges et impôts)	<b>9,850.00 €</b>	<b>9,100.00 €</b>	<b>10,750.00 €</b>	<b>13,000.00 €</b>

générés pourront s'imputer sur les revenus générés des dix années suivantes.

En cas de revente du bien, le non-résident est taxable en France sur la plus-value réalisée selon les règles françaises, dans la catégorie des plus-values immobilières privées au taux de 19 % (majoré de 6% maximum de la taxe spécifique sur les plus-values importantes et 4 % maximum de contribution exceptionnelle sur les hauts revenus). Les non-résidents peuvent bénéficier d'abattements pour durée de détention et être totalement exonérés d'impôt de plus-value au bout de 23 ans et de prélèvements sociaux au bout de 30 ans.

Les cotisations et prélèvements sociaux en France peuvent parfois constituer une charge importante pour les non-résidents. Néanmoins, un investisseur étranger ne sera redevable d'aucune cotisation sociale en France à raison des revenus de location meublée non professionnelle.

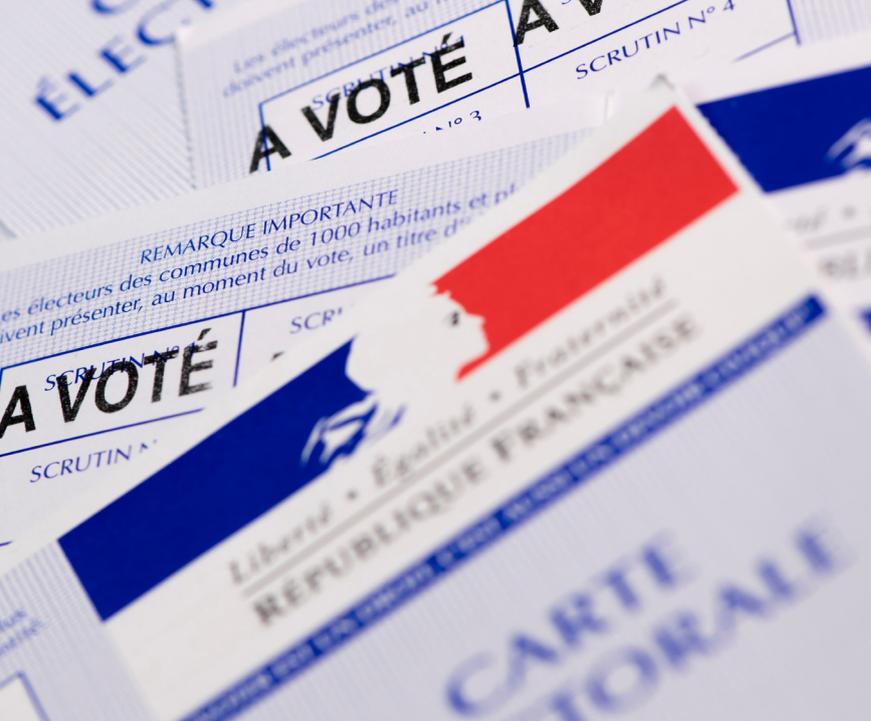
S'agissant des plus-values réalisées en cas de vente d'un bien loué en meublé non professionnel, les investisseurs étrangers ne seront soumis à aucune cotisation sociale en France s'ils sont affiliés au régime de sécurité sociale d'un Etat de l'Union européenne, de l'EEE ou de la Suisse, et s'ils ne sont pas à la charge d'un régime de sécurité sociale en France. Les non-résidents affiliés à des Etats tiers restent soumis à des cotisations sociales et prélèvements de solidarité au taux global de 17.2 % sur ces mêmes plus-values immobilières.

**PERSPECTIVES**

Le régime fiscal de la location meublée non professionnelle, perçu comme l'une des dernières niches fiscales en France en ce qu'il permet la neutralisation des revenus locatifs pendant une très longue période d'investissement, se révèle sensiblement complexe à mettre en œuvre. On ne peut donc que recommander la plus grande prudence à l'investisseur étranger désireux de se lancer dans cette stratégie fiscale d'investissement, rentable mais épineuse !



Stéphanie Barreira



## PRÉSIDENTIELLE 2022 EN FRANCE ET FISCALITÉ : COMMENT ANTICIPER ?

Alain Moreau

### Plusieurs dispositions fiscales sont aujourd'hui sujettes à discussions et pourraient être remises en cause lors des prochaines élections en 2022

Traditionnellement en France, tous les cinq ans, l'élection présidentielle est l'occasion de vifs et passionnés débats autour de la fiscalité, rapidement traduits en Lois de finances par le vainqueur. C'est ainsi qu'en 2017, Emmanuel Macron, nouvellement élu, avait abrogé l'impôt de solidarité sur la fortune (remplacé par un impôt sur la seule fortune immobilière) et instauré un régime d'imposition forfaitaire sur les revenus financiers (« flat tax » de 30 %).

La question de la dette « COVID » et de son remboursement sera assurément au cœur des débats de la future élection présidentielle, et par ricochet, la question de la fiscalité française pour la période 2022/2027.

Il n'est pas question ici de spéculer sur les futures mesures fiscales susceptibles d'être adoptées, ni d'anticiper comme nous avons pu le faire dans un précédent article, sur la mise en place d'une possible « contribution exceptionnelle COVID ». Il s'agit plutôt d'analyser les anticipations qui peuvent être mises en œuvre d'ici les prochaines échéances électorales afin de profiter de mesures encore favorables et qui pourraient être remises en cause.

Nous ne nous attarderons pas sur la question des droits de donation ou de succession. En effet, même s'il y a des débats récurrents autour de leur allègement ou de leur alourdissement, il est aujourd'hui beaucoup trop aléatoire d'anticiper quoi que ce soit sur le sujet, même si aucune réforme n'est exclue à court terme.

En revanche, une restauration de l'impôt sur la fortune doit déjà être anticipée dans les schémas d'organisation patrimoniale mis en place aujourd'hui. Même s'il est illusoire de prétendre anticiper une imposition future et hypothétique, l'histoire fiscale française a des racines, des grands principes et, l'expérience le montre, se répète souvent. Dans ce contexte, lorsqu'il s'agit en 2021 de structurer de manière pérenne, sécurisée et optimisée un patrimoine, il convient de garder en tête des notions fiscales aujourd'hui désuètes, mais qui pourraient très prochainement revenir sur le devant de la scène, comme les notions de « biens professionnels », « plafonnement des revenus », « interposition de sociétés holding », etc. Une telle anticipation doit permettre de ne pas avoir à déconstruire, avec les coûts induits, des structurations planifiées pour le long terme.

La taxation forfaitaire au taux de 30 % (prélèvements sociaux de 17,2 % inclus) sur les produits financiers (dividendes et intérêts) ainsi que sur les gains de cession de valeurs mobilières est, depuis 2018, un véritable avantage pour des investisseurs privés. N'oublions pas qu'antérieurement, ces revenus financiers étaient taxés au même taux que n'importe quel autre revenu, à un taux marginal de 45 %, hors prélèvements sociaux (soit 62,2 % aujourd'hui).

Afin d'anticiper toute modification sur la fiscalité de l'épargne, il peut être conseillé, lorsque cela est possible – notamment au sein de sociétés familiales – des distributions de réserves aux actionnaires, à charge pour eux, le cas échéant, de laisser l'argent dans l'entreprise (compte courant d'associés) afin de ne pas obérer la trésorerie. Des opérations sur le capital peuvent, dans le même sens, permettre d'externaliser des plus-values.

#### PERSPECTIVES

Enfin, en cas de projet de transfert de domicile à l'étranger, il peut faire sens que la délocalisation intervienne plutôt avant le 31 décembre 2021. En effet, depuis les assouplissements intervenus début 2019, l'« exit tax » sur la fortune mobilière a été réduite de 15 ans à 5 ans (voire 2 ans). Il n'est pas du tout certain qu'un tel assouplissement perdure, comme il n'est pas certain non plus que d'autres mesures restrictives au transfert de résidence ne soient pas instaurées, notamment comme corollaire à de fortes augmentations d'impôts.

Il faut impérativement que les opérations envisagées par le contribuable interviennent avant le 31 décembre 2021 pour être certain qu'elles bénéficieront du régime actuel d'imposition. En effet, toute opération réalisée début 2022 pourrait être impactée par une réforme votée fin 2022. C'est ce que l'on appelle la « petite rétroactivité », très injuste mais considérée comme légale par les juridictions françaises.



*Alain Moreau*



# TRANSFERT DE RÉSIDENCE EN SUISSE : FIN DE LA DISCRIMINATION !

*Stéphanie Barreira et Jean-Luc Bochatay*

## **La Conseil d'Etat français consacre une identité totale de traitement fiscal entre le résident suisse et français dans l'imposition des plus-values de cessions immobilières**

Rappelons que la France a étendu, à compter du 1er janvier 2019, l'exonération des plus-values immobilières réalisées par les contribuables ayant cédé leur résidence principale postérieurement à leur transfert de domicile. Jusqu'à cette date, seules les personnes résidentes de France jusqu'au jour de la signature de l'acte de vente pouvaient bénéficier d'une exonération d'impôt de plus-value sur la cession de leur résidence principale, nonobstant le fait qu'elles aient libéré les lieux avant la cession et transféré leur domicile (ailleurs mais en France).

A compter du 1er janvier 2019, les non-résidents ont pu également bénéficier de cette exonération, sous réserve que le transfert de domicile soit effectué dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un Etat ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement d'impôts.

Les contribuables français désireux de transférer leur résidence en Suisse n'ont pas eu d'autre choix que de céder leur résidence principale avant de quitter le territoire français s'ils voulaient bénéficier de l'exonération de plus-

value, dès lors que la France et la Suisse ne sont liées que par une convention en vue d'éliminer les doubles impositions, dépourvues de toute clause d'assistance au recouvrement d'impôt. Si cette discrimination pouvait à notre sens être combattue à la fois sur le terrain de la libre circulation des personnes instaurée par l'Accord entre la Communauté européenne et la Suisse du 21 juin 1999, mais aussi sur le terrain de la libre circulation des capitaux, c'est sur le fondement de la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966 modifiée que les résidents suisses ont obtenu gain de cause devant le Conseil d'Etat français.

Il est utile de souligner que l'imposition en France des plus-values immobilières réalisées par les non-résidents n'est envisageable que « sous réserve des conventions internationales ». Le paragraphe 4 de l'article 15 de la convention précise que les plus-values résultant de la cession de biens immobiliers sont imposées dans les mêmes conditions, quelle que soit la résidence du bénéficiaire, en France ou en Suisse, ce qui implique notamment qu'un résident de Suisse ne peut être exclu du bénéfice de l'exonération s'il en remplit les conditions.



Dans une décision remarquable du 12 février 2020 (CE 12 février 2020 n°415475, 9e et 10e ch.), la Haute juridiction a prononcé la décharge de l'impôt français supporté par les résidents suisses au visa de la clause d'égalité conventionnelle. Les juges français ont ainsi précisé très clairement la portée de cette clause d'égalité, en ce qu'elle implique non seulement un alignement des règles de détermination de l'assiette de l'imposition, du taux d'imposition, mais inclut aussi le bénéfice pour les contribuables d'un Etat des exonérations prévues par le droit interne de l'autre Etat.

#### PERSPECTIVES

Cette décision signifie que les modalités d'impositions des cessions de biens immobiliers, qui constituent d'ailleurs l'ancienne résidence principale ou la résidence secondaire des contribuables, ne peuvent différer selon que l'Etat de résidence est la France ou la Suisse. Des réclamations contentieuses restent encore envisageables en France jusqu'au 31 décembre 2021 pour des cessions immobilières intervenues en 2019, les réclamations pouvant être déposées jusqu'au 31 décembre 2022 pour des cessions intervenues en 2020.



*Stéphanie Barreira et Jean-Luc Bochatay*



# RETOUR D'EXPÉRIENCE SUR LES RÉGULARISATIONS D'ENTITÉS ÉTRANGÈRES

Alain Moreau

**Ouvert il y a plus de deux ans en France, le SMEC, guichet fiscal dédié aux régularisations des sociétés, vient de voir son champ de compétence élargi.**

En date du 28 janvier 2019, une circulaire avait instauré une nouvelle procédure de régularisation pour les sociétés, françaises et étrangères, ainsi que pour toutes les entités assimilées (fondations, trusts, etc.). Le Service de Mise en Conformité des Entreprises (SMEC) voyait ainsi le jour. Après plus de deux années d'existence, et perturbé par la pandémie, le SMEC n'a pas encore fait le plein de dossiers. C'est sans doute pour cette raison qu'une nouvelle circulaire a été publiée le 6 mars 2021 en vue d'assouplir encore ses modalités d'intervention et d'élargir son champ de compétence.

Le champ de compétence du SMEC est désormais très large, puisqu'il intègre, outre les problématiques fiscales de l'entreprise proprement dite, celles de ses dirigeants et même de ses actionnaires, qu'ils soient français ou étrangers.

Ainsi, peuvent être soumises au SMEC des problématiques de fiscalité patrimoniale internationale considérées comme potentiellement abusives, car notamment opérées au travers d'entités étrangères. Sans que cette liste soit exhaustive, on peut évoquer les cas de figure suivants :

- Détention d'actifs immobiliers en France ;
- Abus de convention fiscale, abus de droit et manœuvre frauduleuse ;
- Activité en France non déclarée, constitutive d'un établissement stable ;
- Contournement des règles des droits de donation ou succession ;
- Management package, régime des impatriés et pacte Dutreil ;

Et, plus généralement, tout montage international illicite ou abusif impliquant des structures françaises ou étrangères.

Les conséquences fiscales de la démarche de régularisation sont relativement similaires à celles que nous connaissions pour les particuliers. Elles s'avèrent même, sur certains aspects, bien plus favorables. En effet, cette démarche, qui doit toujours revêtir un caractère spontané – c'est-à-dire réalisée avant toute procédure fiscale ou judiciaire – permet d'obtenir des réductions significatives des pénalités, mais également, chose exceptionnelle, des intérêts de retard.

Autre élément notable, les dossiers constitutifs de manœuvres frauduleuses ou d'abus de droit sont éligibles à la régularisation et voient même les taux de majoration réduits de 80 % ou de 40 % à 30 % ou 15 % (les intérêts de retard étant quant à eux décotés de 40 %).

Pour rendre la procédure attractive, et finalement viable, il est expressément prévu que le dépôt spontané d'un dossier de régularisation devant le SMEC exonérera l'administration fiscale de sa nouvelle obligation de saisine automatique du juge pénal. En d'autres termes, la transaction mettant fin à la procédure restera entre les mains de la seule administration fiscale pour les besoins du recouvrement de l'impôt. De même, la régularisation initiée devant le SMEC ne constitue pas un antécédent fiscal pour apprécier l'existence d'une éventuelle réitération d'infraction.

L'expérience du SMEC depuis plus de deux ans amène aux conclusions suivantes :

- Une équipe d'interlocuteurs dédiés et réactifs a été constituée avec laquelle des discussions ouvertes et constructives peuvent être engagées ;
- Des dossiers «exotiques» quant aux pays (Samoa, BVI, Bahamas) et quant aux structures (sociétés offshores et fondations) sont bien éligibles à la procédure de régularisation ;
- Bien que les interlocuteurs soient particulièrement spécialisés en matière de fiscalité des sociétés, il est possible de gérer également par leur intermédiaire les conséquences collatérales patrimoniales touchant les ayants droit économiques (IFI, déclarations de trust, etc.) ;
- La notion d'activité occulte, avec un délai de reprise de dix ans, est d'application assez systématique par le SMEC, y compris en matière de détention immobilière en France par des entités étrangères, ce qui pourrait vraisemblablement être contesté devant les tribunaux.

**PERSPECTIVES**

Assurément, le SMEC n'a pas encore rencontré le succès qu'a connu son prédécesseur, le STDR, avec 51'000 dossiers et 32 milliards de droits rappelés. Cependant, son champ d'intervention étendu – international et domestique, « corporate » et patrimonial – traité hors du cadre pénal et à des conditions préférentielles, en fait un interlocuteur précieux et fiable pour purger certaines situations précontentieuses, notamment alimentées par l'échange automatique d'informations fiscales.



*Alain Moreau*





# EXERCICE D'UNE ACTIVITÉ INDÉPENDANTE VIA UNE SA

*Michel Abt et Romain Baume*

## **Retrait anticipé du 2ème pilier en vue de l'exercice d'une activité indépendante : mauvaise surprise fiscale à l'arrivée**

Une activité lucrative exercée par le truchement d'une société anonyme unipersonnelle ne constitue pas une activité lucrative indépendante. L'ancien salarié qui retire son capital de deuxième pilier pour l'investir dans sa société anonyme (SA) nouvellement créée ne peut bénéficier d'une imposition privilégiée du versement reçu de sa caisse de prévoyance.

## **L'obtention du déblocage du 2ème pilier auprès de la caisse ne préjuge pas du traitement fiscal**

Courant 2013, une contribuable valaisanne déployant précédemment une activité salariée a entrepris diverses démarches en vue de se réorienter professionnellement vers une activité d'indépendante dans le domaine des rencontres en ligne et de l'organisation de voyages.

Quelques mois plus tard, après avoir préalablement informé sa caisse de compensation qu'elle exerçait désormais à titre d'indépendante, l'intéressée a requis sa caisse de retraite de débloquenter en sa faveur son avoir de vieillesse, au sens défini par la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

Le 4 mars 2014, l'entrepreneuse a perçu un capital de CHF 240'000.-, au titre de son début d'activité professionnelle indépendante.

Le 26 mars 2014, l'intéressée a fondé – en qualité de fondatrice unique – une société anonyme se vouant statutairement à « toute activité dans le domaine des rencontres, de l'hôtellerie, de la restauration, du tourisme, des voyages et d'autres secteurs convergents », laquelle a repris des sites Internet et l'activité commerciale y relative.

## **Les avantages fiscaux du retrait en capital sont multiples et conséquents... mais conditionnés**

Procédant à la taxation de la contribuable pour l'année 2014, le Service cantonal des contributions du Valais a nié la qualité d'indépendante de la contribuable et, cela fait, a refusé d'imposer de manière privilégiée le retrait du capital de prévoyance dont elle a bénéficié.

En dernière instance, le Tribunal fédéral (arrêt 2C\_406/2020 du 10 février 2021) a validé l'approche adoptée par l'administration cantonale.

En l'état du droit des assurances sociales, les personnes assurées auprès d'une caisse de pension – soit la quasi-totalité des travailleurs salariés en Suisse – peuvent demander le versement en espèces de leur prestation de sortie, autrement dit de leur avoir de prévoyance accumulé, lorsqu'ils s'établissent à leur compte et qu'ils ne sont ainsi plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire, ce en vertu de l'article 5 alinéa 1 lettre b de la Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP).

Au plan fiscal, les attributions financières dérivées de l'exercice de ce droit bénéficient d'un double avantage fiscal : d'une part, les versements reçus sont imposés séparément du reste des revenus, ce qui occasionne une neutralisation de l'effet progressif du taux d'imposition, et d'autre part, le taux pratiqué est lui-même divisé par cinq par rapport au taux ordinairement appliqué dans le cadre de l'impôt sur le revenu. Ces avantages



fiscaux substantiels sont conditionnés à l'exercice effectif d'une activité lucrative indépendante par le contribuable.

### **Conditions de reconnaissance du statut d'indépendant et conséquences en cas de non-reconnaissance**

Au sens défini par la jurisprudence, relève d'une activité d'indépendant toute activité – principale ou accessoire, durable ou temporaire – par laquelle un entrepreneur participe à la vie économique à ses propres risques, avec l'engagement de travail et de capital, selon une organisation librement choisie, dans le but d'obtenir un gain.

En raison de la limitation de la responsabilité au montant du capital social, les activités exercées par le biais de sociétés de capitaux (société anonyme et société à responsabilité limitée) sont par nature exclues du champ des activités indépendantes.

Au cas particulier, compte tenu de la chronologie des faits, les juges fédéraux ont retenu que l'intéressée avait d'emblée l'intention d'exercer son activité commerciale par le truchement d'une société anonyme et d'être engagée au sein de celle-ci en tant que salariée. Contrairement à ce qu'elle prétendait, la contribuable n'avait donc exercé aucune activité indépendante entre le 1er janvier 2014 et la fondation de sa société anonyme, le 26 mars 2014. Dans ce cadre, le fait que seulement 22 jours se

soient écoulés entre la perception du capital et la création de la société anonyme a été jugé propre à établir qu'elle n'avait pas retiré le capital en question pour s'établir à son compte, mais bien pour l'investir dans la société anonyme nouvellement créée. Aussi, en l'absence d'exercice effectif d'une activité lucrative indépendante, il n'existait aucun motif de versement en espèces de la prestation de prévoyance.

Ce constaté, le Tribunal fédéral aboutit à la conclusion que c'est à juste titre que la prestation en capital litigieuse a été soumise à l'imposition ordinaire et ajoutée aux autres revenus de la contribuable, étant précisé que quand bien même elle en a eu la faculté – reconnue par la jurisprudence en de telles circonstances – l'intéressée s'est refusée à restituer à son institution de prévoyance le montant indûment perçu.

### **PERSPECTIVES**

Le second pilier présente de sérieux atouts du point de vue de la planification patrimoniale, tant à l'entrée (déduction des rachats de cotisations LPP en vue du comblement de lacunes de prévoyance) qu'à la sortie (imposition séparée des prestations de prévoyance perçues sous forme d'un versement de capital, taux réduit). Habituellement peu enclin aux jugements de valeur, le Tribunal fédéral qualifie dans le cadre de l'arrêt présenté l'imposition des prestations en capital issues de la prévoyance professionnelle de « particulièrement privilégiée ». A juste titre. Des déconvenues de la contribuable concernée se déduisent un enseignement : en vue de tirer au mieux parti des avantages fiscaux offerts par les retraits d'avoir de prévoyance, la prévoyance s'impose... Une analyse juridique préalable est ainsi indispensable, sous peine de requalification susceptible de mettre à néant le bénéfice fiscal escompté.



*Michel Abt et Romain Baume*

# CESSION DE TITRES DE SOCIÉTÉS IMMOBILIÈRES EN FRANCE : LES TRIBUNAUX FRANÇAIS RÉSERVENT DES SURPRISES !

Stéphanie Barreira et Jean-Luc Bochatay

**L'instabilité des décisions jurisprudentielles françaises contribue à obscurcir la situation fiscale en France des investisseurs immobiliers étrangers.**

Si d'importants progrès ont été effectués et d'autres sont en voie d'aboutir, il existe encore un certain nombre d'obstacles à l'attractivité des investissements étrangers sur le sol français.

Force est de constater une certaine défiance de la part des pouvoirs publics pour les investissements immobiliers réalisés en France sous couvert de structures d'investissement. Si l'assimilation en droit fiscal français des titres de sociétés immobilières françaises à des immeubles constitue la règle en droit interne, en revanche ces titres ne sauraient recevoir cette qualification pour l'application des conventions fiscales internationales. Des jurisprudences récentes nous rappellent l'insécurité fiscale entourant les investissements immobiliers sur sol français.

Bien que l'acquisition d'un bien immobilier ne présente pas de spécificité fiscale particulière pour les non-résidents, les règles entourant les cessions immobilières au travers de sociétés immobilières sont plus incertaines. Ce même constat peut être opéré lors de la taxation de ces mêmes titres en matière de droits de succession.

## **1. Conséquences fiscales en France de la cession de titres de sociétés immobilières**

Pour tenir en échec l'excès d'habileté fiscale, les cessions de titres de sociétés à prépondérance immobilière française sont assimilées fiscalement en France à des cessions immobilières. Par les dispositions combinées des articles 244 Bis A et 209 I du Code général des impôts, et sous réserve des exonérations éventuellement applicables, il ne fait pas de doute qu'en droit interne français, les plus-values de cession de titres de sociétés immobilières françaises réalisées par des

non-résidents sont imposables en France, au taux de 19% de la plus-value, majorée des prélèvements sociaux au taux de 17.2% (ou 7.5% pour les résidents européens non affiliés au régime de sécurité sociale en France).

En droit conventionnel, la France est parvenue à insérer dans plusieurs conventions fiscales récentes un alinéa disposant que l'expression « biens immobiliers » comprend aussi « les actions, parts, ou autres droits dans une société ou personne morale dont l'actif est constitué pour plus de la moitié, directement ou par l'interposition d'une ou plusieurs autres sociétés ou personnes morales, d'immeubles situés dans un Etat contractant ou de droits portant sur de tels biens ». Ces actions, parts ou autres droits sont ainsi considérés comme situés dans l'Etat contractant où les immeubles sont situés. Il s'agit notamment des conventions fiscales conclues avec les Etats-Unis, l'Allemagne, la Turquie, l'Italie, les Emirats Arabes Unis et l'Espagne.

En revanche, si la convention fiscale ne qualifie pas les titres de sociétés immobilières de biens immobiliers ou ne prévoit pas spécifiquement que les plus-values résultant de la cession de tels titres sont imposables en France, la France ne devrait pas avoir la possibilité d'imposer de telles plus-values. Dans cette hypothèse, les cessions relèveront alors du régime des biens mobiliers, ce qui conduit en général à réserver l'imposition à l'Etat de résidence du cédant.



Telle n'est pas la position de l'administration fiscale française, qui cherche systématiquement à procéder de manière extensive en matière de qualification des gains attachés aux cessions de titres de sociétés immobilières. Validant la position hautement contestable du fisc français, le Tribunal Administratif de Montreuil, par deux décisions en date du 17 avril 2017 (n°1701414) et 26 juin 2018 (n°1703431), a en effet considéré que la convention franco-belge, qui ne contient pas de clause spécifique aux gains de cession, attribue néanmoins le droit d'imposer les plus-values de cession de titres de sociétés immobilières à la France.

Le Tribunal considère que la convention fiscale doit être interprétée par référence au seul droit fiscal français. Le droit fiscal français assimilant les titres de sociétés immobilières à des immeubles, le droit d'imposer les plus-values de cession de ces titres est donc attribué à la France par l'article 3 de la convention relative aux revenus immobiliers.

La décision récente du Conseil d'Etat du 24 février 2020 (CE n°436392) poursuit et conforte la véritable révolution initiée par les juridictions de première instance dans la manière d'interpréter et d'appliquer les accords internationaux.

L'orthodoxie juridique aurait dû conduire le Conseil d'Etat à se référer en premier lieu aux règles du droit civil français pour interpréter la convention fiscale franco-belge et qualifier les titres de sociétés immobilières. En droit civil, les parts d'une société, fût-elle à prépondérance immobilière, sont des biens de nature mobilière et non des immeubles. Cette qualification de biens mobiliers aurait ainsi réservé à la Belgique le droit d'imposer cette plus-value de cession de titres de sociétés immobilières.

## 2. Modalités de taxation des titres de sociétés immobilières en droits de succession

Rappelons que d'une manière générale, le droit fiscal français s'arrogé le droit d'imposer en droits de succession, les titres de sociétés immobilières,

françaises ou étrangères dont l'actif est principalement constitué d'immeubles ou de droits immobiliers sur le territoire français, même en l'absence de résidence fiscale en France du défunt et des héritiers.

Par un arrêt de principe de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation du 2 octobre 2015 (n°14-14.256), la Cour Suprême a rappelé la primauté du droit conventionnel, qui définit les titres de telles sociétés comme des « autres biens », et non comme des immeubles (ce qui exclut en principe l'imposition en France de titres de sociétés immobilières françaises lorsque le défunt n'est pas résident de France, si la convention suit le modèle OCDE). Il a donc été jugé que compte tenu de la nature mobilière des titres d'une société civile monégasque à prépondérance immobilière en France, qui appartenait à un défunt domicilié à Monaco, ces titres ne sont pas taxables en France au titre des droits de succession.

### PERSPECTIVES

Insatisfaite de la perte de masse taxable en France en raison de l'interposition de ces structures de détention, la France n'a eu de cesse ces dernières années que de renégocier ses anciennes conventions fiscales en étendant le champ des biens immobiliers considérés comme imposables en France (cas des Etats-Unis et de l'Allemagne notamment).

Les acteurs internationaux souhaitant investir sur le sol français devront nécessairement évaluer dans leur stratégie d'investissement les éventuels frottements fiscaux français, et devront surtout adapter la structuration de leurs investissements au gré de l'évolution des règles fiscales françaises.



*Stéphanie Barreira et Jean-Luc Bochatay*



# ASSEMBLÉES GÉNÉRALES : DE L'USAGE DE LA VIDÉOCONFÉRENCE

Marco Villa et Julien Le Fort

## Assemblées et Covid-19

Alors que le législateur suisse a longtemps semblé tenir aux assemblées générales en présentiel, la pandémie a créé les conditions d'un changement forcé.

Les «règles Covid-19» permettent de tenir une assemblée par vidéoconférence mais il subsiste une assemblée résiduelle réunissant président, secrétaire, éventuellement représentant indépendant et notaire. L'organisateur de l'assemblée ordonne que les participants exercent leurs droits à distance (par écrit, sous forme électronique ou par l'intermédiaire d'un représentant indépendant désigné par l'organisateur). Cette modalité « à distance » peut être ordonnée dans la convocation, mais également par une annonce ultérieure, au moins quatre jours à l'avance avant la tenue de l'assemblée. Elle s'applique aussi bien aux assemblées ordinaires qu'aux assemblées extraordinaires (et même, d'une certaine manière, aux assemblées universelles).

Ces dispositions provisoires, rendues nécessaires par la pandémie, constituent une adaptation du droit en vigueur, non une révolution : l'assemblée se tient normalement (assemblée résiduelle), avec pour seule différence que les participants, interdits de se réunir, sont tenus physiquement à l'écart et exercent leurs droits de manière médiate, par exemple à travers la vidéoconférence. Grâce à ces règles, les sociétés, associations et assemblées PPE peuvent tenir leurs assemblées *in absentia* sans base statutaire et sans consultation préalable des participants. L'organisateur se voit conférer les pleins pouvoirs pour dicter les modalités de la réunion. Il est de sa responsabilité d'organiser les votes et de s'assurer de leur exactitude – ce qui n'est pas évident avec la vidéoconférence s'il y a plusieurs dizaines de participants.

Comme des pleins pouvoirs, ces « règles Covid-19 » sont de circonstance ; elles ne sauraient durer toujours, quand bien même la pandémie semble s'éterniser.

Toutefois, en juin 2020, le Parlement fédéral a adopté la révision du droit de la société anonyme, qui ancrera définitivement dans la loi la possibilité de tenir des assemblées par vidéoconférence.

## Assemblées par vidéoconférence dans le nouveau droit

Le droit révisé de la société anonyme permet le recours à la vidéoconférence dans plusieurs hypothèses :

1. Lorsqu'une assemblée générale se tient en présentiel, en un endroit, le conseil d'administration peut autoriser les actionnaires qui ne sont pas présents au lieu où se tient l'assemblée générale à exercer leurs droits par voie électronique. Ainsi, dans ce cas, l'assemblée se tient normalement et certaines personnes, empêchées de s'y rendre, peuvent participer à la réunion à distance. Le conseil d'administration doit avoir autorisé cette participation à distance – ce qu'il est libre de ne pas faire.
2. Une assemblée générale peut se tenir en plusieurs lieux simultanément. Dans ce cas, les interventions sont retransmises en direct par des moyens audiovisuels sur tous les sites de réunion ; les différents sites sont ainsi reliés par vidéoconférence. L'assemblée est alors divisée en plusieurs sous-assemblées reliées entre elles.
3. Une assemblée générale peut enfin être tenue sans lieu de réunion



physique, uniquement par visioconférence. Cette troisième possibilité est soumise à deux exigences : (i) qu'une telle assemblée virtuelle soit expressément prévue dans les statuts de la société et (ii) qu'un représentant indépendant soit désigné. Le représentant indépendant est une personne à qui chaque actionnaire peut confier l'exercice de ses droits par procuration. Sans représentant indépendant, il serait compliqué de faire exercer ses droits par un tiers : si A confie une procuration à B pour exercer ses droits dans une assemblée virtuelle, comment B attestera-t-il qu'il a une procuration de A ? Dans une assemblée ordinaire, B exhibe une procuration de A signée de la main de celui-ci. Comment transposer cela dans une réunion virtuelle ? Le législateur a répondu à cet enjeu en obligeant les sociétés à désigner un représentant indépendant ; celui-ci peut recevoir les procurations de tiers et règle de manière bilatérale, avec la société, les questions liées à ses pouvoirs de représentation. Ainsi, nul actionnaire ne sera contraint de participer à une visioconférence pour exercer les droits sociaux d'actionnaire dont il dispose.

Tandis que les « règles Covid-19 » ne posaient pas d'exigences claires quant à la fiabilité de la visioconférence, le nouveau droit cherche à accroître la sécurité juridique en posant les exigences suivantes :

- l'identité des participants doit être établie;
- les interventions à l'assemblée générale doivent être retransmises en direct;
- tout participant doit pouvoir faire des propositions et prendre part aux débats;
- le résultat du vote ne doit pas pouvoir être falsifié.

## PERSPECTIVES

Au vu de ces exigences, le recours à la visioconférence ne sera pas forcément la solution la plus simple pour l'organisateur d'une assemblée générale. On en jugera mieux lorsqu'on connaîtra les dispositions d'exécution que le Conseil fédéral aura rédigées pour répondre aux exigences susmentionnées. A notre sens, au sein de petites structures et d'associations de bénévoles, le fonctionnement avec des bulletins de vote sur papier, même s'il peut paraître désuet, offre une bonne sécurité juridique et demeure simple à mettre en place. En outre, afin de ménager l'interaction, il est possible d'organiser une visioconférence préalable (le vote intervenant par correspondance dans les jours qui suivent).

En substance, on retient donc que le recours à la visioconférence dans les assemblées générales sera perpétué au-delà de la pandémie, mais dans un cadre plus rigoureux que l'actuel. Cela doit permettre, à long terme, de tenir des assemblées générales virtuelles sans créer d'incertitude quant à la validité des décisions prises. Les exigences techniques précises ne sont pas encore connues. D'ici à l'entrée en vigueur de ce nouveau droit en 2023, il y a fort à parier que les « règles Covid-19 » seront maintenues, pandémie ou non.



*Marco Villa et Julien Le Fort*

# DROIT AUX RENSEIGNEMENTS DE L'ACTIONNAIRE : LA PORTE ÉTROITE

Marco Villa et Julien Le Fort

**La société anonyme est une société de capitaux. Par conséquent, l'actionnaire est considéré comme un apporteur de capitaux. Le contenu de ses droits à l'égard de la société est déterminé par la nécessité qui est la sienne de défendre son double rôle de bailleur de fonds et de propriétaire. L'actionnaire ne dispose en conséquence pas de la gestion courante de la société, tâche qui incombe au conseil d'administration. Ainsi, son droit d'obtenir des renseignements sur la marche des affaires, auxquelles il a pourtant donné la première impulsion, demeure limité.**

## Le contexte

Le Tribunal fédéral a récemment eu à se prononcer sur le droit aux renseignements de l'actionnaire dans le contexte suivant (arrêt 4A\_561/2020 du 21 février 2021, en allemand) : Pierre, Jacques et Jean sont trois frères qui détiennent ensemble la société anonyme familiale, holding d'un groupe. Chaque frère est actionnaire à hauteur de 33%. Tous trois sont membres du conseil d'administration. En juin 2017, suite à un différend, Pierre et Jacques unissent leurs voix à l'assemblée générale pour destituer Jean. A partir de ce moment, le conseil d'administration est constitué de Pierre et Jacques, des deux fils de celui-ci, ainsi que d'un tiers, docteur de son état. Jean en est réduit à exercer ses droits d'actionnaire.

Durant les années 2019 et 2020, plusieurs assemblées générales de la société ont lieu. Jean, qui ne fait plus partie du conseil d'administration, formule des demandes de renseignements quant aux prestations perçues par les administrateurs. A l'occasion de l'assemblée générale du 30 juin 2020, le conseil d'administration informe Jean que la rémunération globale de l'ensemble des membres du conseil d'administration s'est élevée à CHF 1'689'649.- pour l'année 2019 ; ce montant comprend également les salaires de ceux des membres du conseil d'administration qui sont salariés de la société. Dix jours plus tard, estimant n'avoir pas été renseigné de manière conforme aux exigences légales, Jean saisit le Tribunal de commerce de Zurich d'une demande fondée sur l'article 697 CO. Rappelons que l'article 697 CO a la teneur suivante :

1. Lors de l'assemblée générale, tout actionnaire peut demander des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société et à l'organe de révision sur l'exécution et le résultat de sa vérification.
2. Les renseignements doivent être fournis dans la mesure où ils sont nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire. Ils peuvent être refusés lorsqu'ils compromettraient le secret des affaires ou d'autres intérêts sociaux dignes de protection.

3. Les livres et la correspondance ne peuvent être consultés qu'en vertu d'une autorisation expresse de l'assemblée générale ou d'une décision du conseil d'administration et pour autant que le secret des affaires soit sauvegardé.
4. Si les renseignements ou la consultation ont été refusés, le tribunal statue sur requête.

Dans sa requête au Tribunal, Jean demande principalement (i) à être informé des rémunérations perçues par chaque membre du conseil d'administration et (ii) à avoir accès aux contrats de mandat ou de travail des membres du conseil d'administration. A l'appui de sa démarche, Jean expose que si les rémunérations sont excessives, la société pourrait prétendre au remboursement de l'excès. Dans cette mesure, il s'estime concerné en sa qualité d'actionnaire. Après avoir été débouté sur ces points par le Tribunal de commerce (statuant en instance unique), Jean recourt au Tribunal fédéral qui doit répondre à cette question : l'information communiquée à Jean (la rémunération globale annuelle du conseil d'administration) satisfait-elle pleinement le droit d'information de l'actionnaire ?

## L'arrêt

Devant le Tribunal fédéral, Jean soutient que l'information qu'il a reçue est un «renseignement d'une généralité inadmissible», car (i) il mêle plusieurs membres du conseil d'administration, (ii) il mêle des honoraires d'administrateurs et des salaires pour des prestations de travail et (iii) il mêle des activités effectuées au bénéfice de diverses entités du groupe.

En se référant à une jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral rappelle d'emblée que le droit à l'information sert à fournir à l'actionnaire les informations nécessaires à l'exercice effectif de ses droits et que c'est à l'actionnaire qu'il incombe d'alléguer et de prouver que les informations demandées sont nécessaires à l'exercice de ses droits. En principe, il suffit que l'actionnaire justifie de l'intérêt d'un actionnaire moyen, sans avoir à faire état de circonstances spécifiques à sa situation personnelle. Toutefois, si la société s'oppose à la demande en soutenant que les informations demandées ne sont pas nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire, il revient à l'actionnaire de démontrer que les informations

sont nécessaires à l'exercice effectif de ses droits dans sa situation spécifique.

S'agissant des rémunérations versées aux membres du conseil d'administration, le Tribunal fédéral admet que cette information présente, de manière évidente, un intérêt considérable pour l'exercice des droits des actionnaires, notamment pour l'introduction d'une éventuelle action en restitution (cf. art. 678 CO). Cela étant, il y a lieu de tenir compte du droit au respect de la vie privée des administrateurs.

Le Tribunal fédéral affirme alors qu'il n'existe pas de réponse générale à la question de savoir si les actionnaires peuvent exiger des informations sur les rémunérations individuelles des administrateurs sur le fondement de l'article 697 CO. Les demandes formées par des actionnaires doivent être passées au crible de l'article 697 alinéa 2 CO, en prenant en considération les intérêts dignes de protection de la société. Dans ce contexte, en l'absence d'indices concrets de la réalisation des conditions d'une action en restitution ou en responsabilité, se prévaloir de la possibilité d'une telle demande ne suffit pas à justifier un droit à l'information portant sur les honoraires individuels des membres du conseil d'administration. En conclusion, le recours de Jean est rejeté quant à sa demande de renseignements.

Mais Jean avait également sollicité l'accès aux contrats liant les administrateurs à la société.

Sur ce point, le Tribunal fédéral applique l'article 697 alinéa 3 CO : les documents de la société ne peuvent être consultés « qu'en vertu d'une autorisation expresse de l'assemblée générale ou d'une décision du conseil d'administration et pour autant que le secret des affaires soit sauvegardé ». Le Tribunal fédéral rappelle que l'octroi ou le refus est à la discrétion de l'assemblée générale ou du conseil d'administration. Le juge ne peut intervenir que si l'assemblée générale ou le conseil d'administration a pris une décision qualifiable d'arbitraire.

Le recours de Jean est par conséquent intégralement rejeté et Jean ne pourra pas connaître les rémunérations de chacun de ses frères et neveux, ni du tiers administrateur.

## PERSPECTIVES

Cet arrêt avait la tâche difficile d'arbitrer entre le droit de regard d'un actionnaire et la juste distribution des rôles entre actionnaires et administrateurs. Une société doit éviter de tomber dans le piège footballistique, où chaque spectateur se considère plus capable de gérer l'équipe que l'entraîneur. En ce sens, il paraît juste et conforme à une saine répartition des tâches qu'un actionnaire n'ait pas accès à des informations détaillées sur la marche des affaires, sauf à démontrer un intérêt particulier lié à l'exercice de ses propres droits.

Suite à l'initiative « contre les rémunérations abusives » (« initiative Minder »), adoptée il y a quelques années par le peuple et les cantons, les sociétés cotées en bourse sont tenues de publier les rémunérations versées aux membres du conseil d'administration et de la direction. Cette obligation ne s'applique pas aux sociétés non cotées. Dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme (adoptée le 19 juin 2020 par les Chambres fédérales, non encore en vigueur), il a été question d'étendre aux sociétés non cotées l'obligation de révéler les rémunérations de leurs administrateurs ; le projet du Conseil fédéral le prévoyait. Toutefois, les Chambres fédérales n'ont pas voulu d'une telle obligation générale et l'ont biffée. L'arrêt ci-dessus s'appuie sur cet élément et y trouve un appui sûr.

La lecture de l'arrêt donne l'impression d'un triste feuilleton familial où Jean, écarté par ses deux frères, effectue des démarches qui ont plus vocation à le faire exister comme un « empêcheur de tourner en rond » qu'à véritablement faire valoir ses droits.

Cela étant, la rémunération des administrateurs demeure un sujet délicat parce que les administrateurs décident eux-mêmes de leur rémunération. Le conflit d'intérêts n'est jamais très loin. Il semble donc légitime que les actionnaires non administrateurs se préoccupent de cet aspect.

Le Tribunal fédéral soumet le droit aux renseignements à la démonstration d'un intérêt particulier. Il faut par exemple fournir des indices que les administrateurs ont perçu des prestations excessives, soumises à restitution à la société. Or l'actionnaire ne peut précisément pas faire cette démonstration, car il n'a pas accès à l'information qui lui permettrait de la fonder. Il en est réduit à essayer d'obtenir des renseignements par un biais détourné, voire extralégal.

Si Jean avait conclu une convention d'actionnaires avec ses frères (à l'époque où l'entente était cordiale) et qu'il y avait inséré des dispositions sur le droit aux renseignements, il aurait évité l'échec judiciaire qu'il a enduré. Il aurait ainsi pu obtenir, en application de la convention d'actionnaires, les renseignements auxquels la loi ne lui donne pas accès. Dans une société impliquant plusieurs partenaires, il apparaît donc opportun d'adopter une convention d'actionnaires et d'y fixer des règles de partage de l'information.



Marco Villa et Julien Le Fort

# OPÉRATION BOURSIÈRE MANQUÉE, DOMMAGE !

Marco Villa et Julien Le Fort

## Acquisition de titres non exécutée : l'investisseur prétend à un dommage mais ne démontre pas qu'il aurait revendu les titres avec une plus-value.

A l'annonce de l'entrée en bourse de Twitter le 7 novembre 2013, un client donne l'ordre à sa banque d'acquiescer pour son compte 25'000 actions au cours de USD 25. Le 6 novembre, la banque confirme par erreur au client l'acquisition des actions (valeur 11 novembre). La banque ne parvient toutefois pas à souscrire aux actions pour le compte de ses clients à l'occasion de l'IPO. Le 11 novembre 2013, la banque informe son client que les titres n'ont en fin de compte pas pu être acquis. A ce moment, l'action vaut USD 42,90.

En avril 2014, l'investisseur agit contre la banque (i) en exécution, soit pour obtenir la livraison des actions au prix unitaire de USD 25 et, (ii) subsidiairement, en paiement d'un dommage de USD 447'500 (soit 25'000 \* (42,90 - 25)). L'investisseur décède le 30 septembre 2015 ; ses héritiers lui succèdent dans la procédure mais ne maintiennent que les conclusions en paiement d'un dommage (probablement parce que l'action Twitter valant entre USD 25 et 27 à ce moment-là, il n'y avait que peu d'intérêt à en exiger la livraison par une procédure judiciaire, alors qu'elles étaient disponibles en bourse au même prix). Tant le Tribunal de première instance que la Cour de justice de Genève rejettent leur action.

Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral est appelé à se prononcer sur la question du dommage invoqué par les héritiers de l'investisseur.

Le Tribunal fédéral rappelle que le dommage peut prendre la forme d'une non-augmentation de l'actif. Dans un tel cas, on parle de « gain manqué » (*lucrum cessans*). Si une

banque manque à ses obligations et n'exécute pas un ordre d'achat d'actions, le dommage éventuel prend la forme d'un gain manqué pour l'investisseur. L'investisseur supporte toutefois le fardeau de la preuve et doit démontrer le gain manqué.

Dans le cas d'espèce, l'investisseur n'a pas donné l'ordre de revendre ses 25'000 actions. Il n'est donc pas établi qu'il les aurait revendues avec une plus-value s'il avait pu les acquiescer. Son gain (et, partant, son dommage) repose, selon le Tribunal fédéral, sur une « pure supposition ». Le fait que, au printemps 2014, l'investisseur ait agi en exécution pour obtenir les titres au prix unitaire de USD 25, démontre, selon le Tribunal fédéral, qu'il n'avait pas l'intention de revendre ses titres pendant les jours qui ont suivi leur acquisition. Il semble au contraire que l'investisseur misait sur une hausse durable de la valeur du titre, raison pour laquelle il a agi en exécution. Lorsque les héritiers ont repris la procédure, la valeur du titre avait chuté ; obtenir les titres au prix de USD 25 par action ne présentait plus d'intérêt.

Retenant que l'investisseur n'avait pas établi qu'il aurait revendu les titres peu après leur acquisition et qu'il aurait dès lors réalisé un profit, le Tribunal fédéral a jugé qu'un dommage n'était pas établi et n'a pas analysé les autres conditions de la responsabilité de la Banque. Selon nous, d'autres obstacles s'élevaient sur le chemin des recourants. Ils auraient en effet dû démontrer par ailleurs que la banque avait violé ses obligations. Or, la banque a expliqué qu'elle



n'avait pas pu obtenir les actions demandées en raison d'une demande trente fois supérieure à l'offre. Dans ces circonstances, il n'est pas évident que la banque ait violé ses obligations. Certes, la banque a commis une erreur en confirmant l'achat des titres alors qu'il n'avait pas eu lieu ; toutefois, cette erreur n'est pas la source directe de dommage. L'investisseur soutenait qu'il aurait acquis les titres par un autre biais s'il n'avait pas reçu la confirmation erronée de la banque. La banque le conteste. Il s'avère en effet que le 6 novembre 2013, il n'était déjà plus possible de participer à l'IPO. L'investisseur aurait alors dû acquérir les titres sur le marché secondaire, le premier prix à l'ouverture s'élevant à USD 45.10.

## PERSPECTIVES

Le Tribunal de première instance avait en outre retenu que les recourants avaient failli à leur obligation de diminuer leur dommage, car en 2015 le cours de l'action Twitter était descendu plusieurs fois en dessous de USD 25 et les recourants avaient renoncé à en acquérir. Cet argument – qui n'a pas été repris en instance supérieure – nous paraît en effet théorique. Une acquisition de titres manquée ne peut pas forcément être « rattrapée » par une acquisition analogue deux ans plus tard, car les conditions de marché ne sont plus forcément les mêmes (*a fortiori* sur un titre comme Twitter).

Cet arrêt rappelle qu'une occasion manquée ne génère pas nécessairement un dommage. Le dommage est une notion juridique déterminée. Il ne suffit pas de s'écrier « dommage ! » pour y avoir droit.

(arrêt du Tribunal fédéral 4A\_606/2020 du 1<sup>er</sup> septembre 2021, destiné à la publication ; arrêt de la Cour de justice du canton de Genève ACJC/1196/2020 du 1<sup>er</sup> septembre 2020)



Marco Villa et Julien Le Fort





## RECENSION D'OUVRAGE : « LES INSTRUMENTS FINANCIERS, ASPECTS JURIDIQUES ET FISCAUX » PAR A. RICHA, N. BÉGUIN ET J. MERHAI

*Serge Fasel*

**Cette récente publication vient à point nommé éclairer certains aspects de ce que l'on appelle couramment (en tout cas dans la pratique) les instruments financiers, leurs avantages économiques et leurs conséquences pour le portefeuille du contribuable investisseur.**

A point nommé, compte tenu des nombreuses évolutions législatives et réglementaires et des contraintes diverses qui en résultent. Un point de situation était donc nécessaire. A point nommé également car une recension des différents types d'instruments financiers manquait à ce jour : leurs définitions étaient éparses et relèvent de plusieurs sources – en particulier la LSFIn – et de réglementations où la cohérence fait défaut. C'est donc utile.

Après une revue des différentes catégories d'actifs sous l'angle formel (titres intermédiés, valeurs mobilières, droits-valeurs et jetons) et matériel (les instruments classiques), les auteurs s'attachent aux conséquences fiscales liées aux

instruments financiers. La forte orientation « source de financement » attachée à tous les instruments financiers souligne avec pertinence l'importance économique qu'incorporent lesdits instruments.

La distinction opérée entre aspect formel et matériel facilite la compréhension, même si la démarche ne permet pas toujours d'appréhender chaque instrument, tant il est vrai qu'en cette matière le principe «*substance over form*» a son rôle à jouer (arrêt 4A\_223/2007 du 30 août 2007 consid. 6.2.4) ; il suffit pour s'en convaincre d'examiner la jurisprudence rendue en matière fiscale et les diverses circulaires de l'AFC, ce qui traduit la volonté de l'administration d'appréhender toute forme d'instrument financier pour en taxer le revenu (fortune mobilière).



Gageons que l'édition suivante de cet ouvrage comportera des références jurisprudentielles additionnelles en lien avec la nature et le risque lié aux instruments financiers dont le Tribunal fédéral a eu à connaître – et à trancher. On pense en particulier aux décisions suivantes : 4A\_525/2011 du 3 février 2012 consid. 5.2 et 4A\_624/2012 du 16 avril 2013 consid. 2.1 (produits structurés) ; 4A\_223/2007 du 30 août 2007 consid. 6.2.4 (Notes) ; 4C.20/2005 du 21 février 2006 consid. 4.2.1 (placement privé de Kassenscheinen) ; 2C\_77/2009 du 11 mars 2010 consid. 5.4 (contract for difference) et 4C.47/2005 du 1er novembre 2005 consid. 3.1. et 3.2 (fonds de placement). A noter par ailleurs deux décisions où le TF se prononce, dans la partie FAITS, sur la nature juridique des Notes (4A\_434/2007 du 22 février 2008) et de l'emprunt synthétique (4C.243/2006 du 10 juillet 2007), reprenant purement et simplement les considérations émises par les instances cantonales concernées.

Cela dit, cet ouvrage a sa place dans la bibliothèque de tous ceux que le droit des marchés financiers intéresse. Et il est en français, ce qui vient aussi à point nommé.

«Les instruments financiers: aspects juridiques et fiscaux »  
Alexandre Richa,  
Nicolas Béguin,  
Joseph Merhai

Helbing Lichtenhahn  
Bâle 2021  
ISBS: 978 - 3 - 7190 - 4361 - 2



*Serge Fasel*

# FAILLITE ET REVENDICATION - MODERNISATION D'UN VIEIL OUTIL EN 2021

Serge Fasel

**Pour tenir compte de la dématérialisation croissante, plusieurs lois fédérales sont modifiées. Zoom sur les modifications de la LP, entrées en vigueur le 14 août 2021.**

Ces dernières années, la (r)évolution numérique est rapide. Elle a accéléré depuis 2008 avec la technologie des registres distribués et de la blockchain. De ce fait, le législateur a souhaité adapter plusieurs lois fédérales pour tenir compte des nouvelles technologies dont la popularité ne cesse de croître et ainsi garantir l'attractivité de la Suisse, tout en assurant une forte sécurité juridique. Le parlement fédéral a ainsi adopté, le 25 septembre 2020, un « pack » de modifications législatives pour s'adapter aux registres distribués.

Parmi ces lois adaptées figure la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), modifiée afin de régler deux problématiques « immatérielles » : (i) la revendication de cryptoactifs dans une faillite et (ii) l'accès aux données (sans valeur patrimoniale) détenues par un failli.

Rappelons que, selon la LP, lorsque la faillite d'une société est prononcée, l'Office des faillites procède à l'inventaire des biens du failli et prend les mesures nécessaires pour leur conservation (art. 221 LP). L'Office constitue ainsi ce qu'on appelle « la masse active » de la faillite. Pour déterminer si un objet doit être rattaché à la masse active, la loi présume que les biens du failli sont ceux dont il a la disposition. Les objets indiqués comme étant la propriété de personnes tierces ou réclamés par des tiers sont néanmoins inclus dans la masse active ; le droit allégué par le tiers fait l'objet d'une mention sur l'inventaire (art. 225 LP). Par la suite, l'administration de la faillite devra se prononcer sur le droit allégué par le tiers (art. 242 LP) : elle acceptera ou non d'extraire les biens en question de la masse en faillite pour les restituer au tiers. En cas de refus de l'administration de la faillite, le tiers pourra intenter dans les 20 jours l'action en revendication.

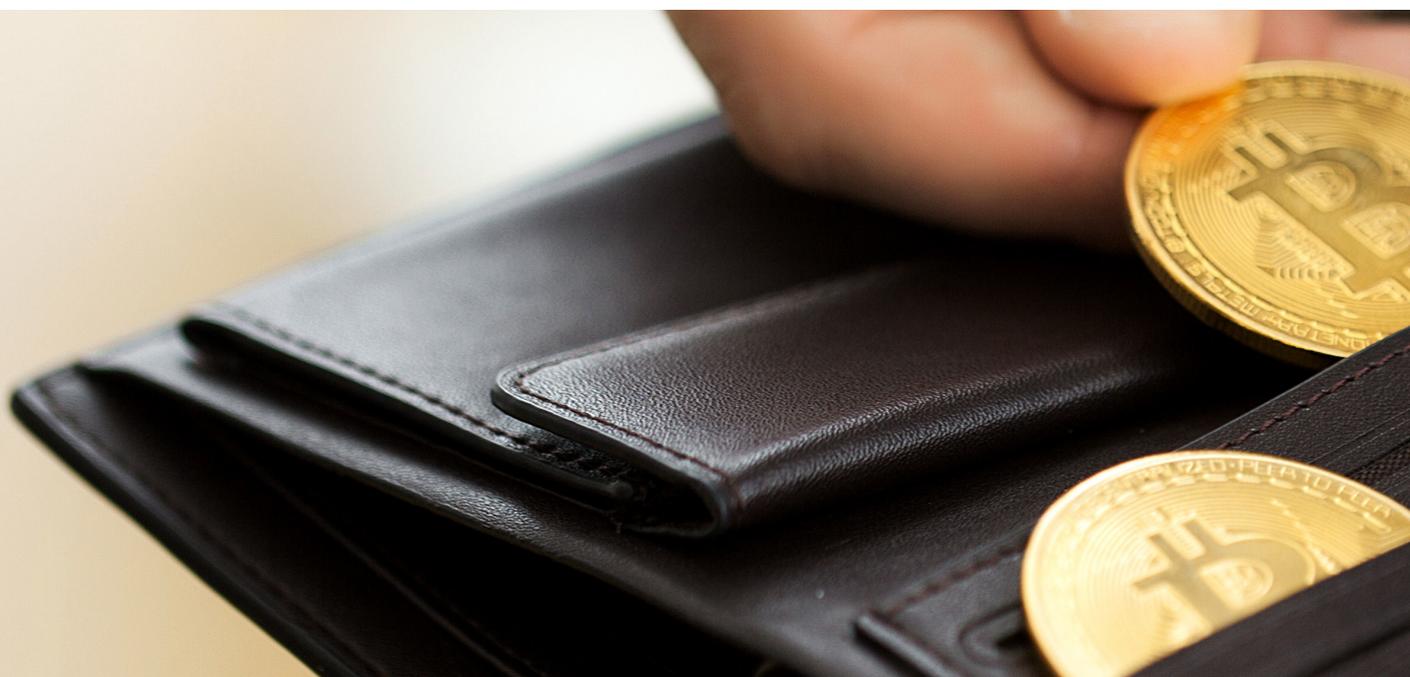
Cette action en revendication prévue par l'article 242 LP permet alors au tiers de faire valoir un droit préférentiel afin

de sortir son bien de la masse active de la faillite (et de le récupérer). L'action en revendication peut être ouverte et n'a de sens que si la masse de la faillite est en possession des biens. Pour être en possession des biens, la masse de la faillite doit avoir sur ceux-ci un pouvoir de disposer effectif et exclusif.

Ce système fonctionne facilement lorsque la revendication porte sur une chose corporelle, mobilière ou immobilière. La situation est plus complexe lorsque l'objet n'est pas saisissable ni tangible. Quid si le tiers revendique des données, par exemple des photos de famille, hébergées sur un serveur d'une société qui a fait faillite ? Quid également si le tiers revendique des cryptoactifs (bitcoins, par exemple) qu'il avait placés dans un wallet exploité par une société désormais en faillite ?

S'agissant des cryptoactifs, ils ne sont en général détenus que par l'exploitant du wallet et non par leur ayant droit économique. En effet, l'exploitant est chargé d'exécuter les transactions de cryptoactifs et détient les différentes clés d'accès pour le compte de l'ayant droit économique. Dans un tel cas, la loi considère que le failli a un pouvoir de disposer effectif et exclusif sur les biens ; elle présume alors qu'il en est l'ayant droit économique et les cryptoactifs en question entrent dans la masse active de la faillite, sous réserve de revendication.

Or l'article 242 LP ne se prête pas à une action en revendication de cryptoactifs, car il vise des objets. En l'état actuel du droit, les cryptoactifs seraient ainsi perdus pour leur ayant droit économique. Par conséquent, le législateur a adopté un article 242a LP qui permet à l'ayant droit économique de revendiquer ses



cryptoactifs dans la faillite de l'exploitant du wallet. En substance, les cryptoactifs peuvent être revendiqués lorsque le failli s'était engagé à les tenir constamment à disposition de son client et que ces cryptoactifs lui sont attribués individuellement. Cette disposition devrait ainsi éviter aux propriétaires de cryptoactifs de courir un risque lié à l'insolvabilité de leur dépositaire (l'exploitant du wallet).

Le second aspect que le législateur a souhaité traiter concerne la revendication d'informations détenues par une administration de faillite. Il faut imaginer le cas d'un hébergeur informatique qui a fait faillite ; pour limiter les coûts, l'administration de la faillite a mis tous les serveurs à l'arrêt. Les clients n'ont ainsi plus accès aux données qu'ils ont stockées sur ces serveurs. Ces données peuvent être constituées de photos personnelles sans grande valeur, mais également, par exemple, de données commerciales indispensables à la poursuite de l'exploitation d'une entreprise (fichier clients, comptabilité) hébergée sur les serveurs du failli.

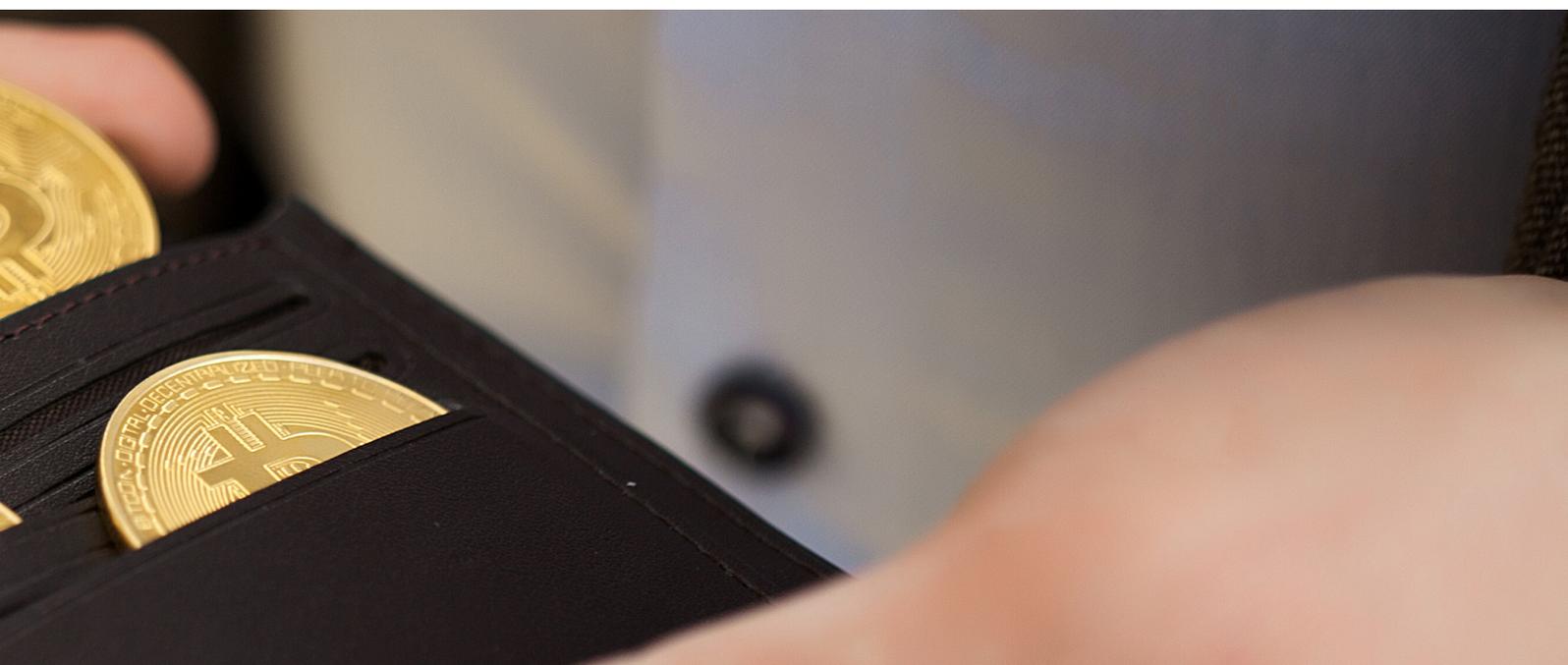
Le législateur a alors créé un article 242b LP pour permettre au tiers, qui atteste un droit légal ou contractuel à des données dont l'administration de la faillite a le pouvoir de disposer, d'obtenir l'accès à ces données ou leur restitution. Si l'administration de la faillite refuse l'accès ou la restitution, le tiers peut agir dans les 20 jours, comme il le ferait pour revendiquer un objet.

#### PERSPECTIVES

Cette révision marque un tournant de la revendication prévue par la LP qui, jusqu'alors, envisageait uniquement une revendication d'objets matériels. Elle répond à la dématérialisation grandissante des données et assure la sécurité juridique nécessaire dans ce contexte. En termes de technique législative, on apprécie cette manière assez suisse d'utiliser une institution existante (la revendication d'objets) et de simplement l'étendre quelque peu pour répondre à de nouveaux besoins. Ainsi, les catégories et les procédures juridiques demeurent les mêmes et sont relativement faciles à appréhender.



*Serge Fasel*





# LICENCIEMENTS COLLECTIFS ET PLANS SOCIAUX : SYNTHÈSE

*Serge Fasel et Romain Baume*

## I. Notion de licenciement collectif

### 1. Des congés donnés par l'employeur pour un motif non imputable à la personne du travailleur...

Pour qu'un congé entre dans le champ d'application des art. 335d ss. CO, il doit intervenir à l'initiative de l'employeur.

Sont ensuite seuls significatifs les licenciements prononcés pour des raisons économiques, techniques ou organisationnelles. Ne sont par conséquent pas pris en considération les licenciements pour performances insuffisantes ou pour raison disciplinaire, dont le motif réside dans la personne même du travailleur ; si des motifs inhérents à la personne du travailleur et d'autres motifs expliquent le licenciement, la question est alors de savoir quelles sont les raisons déterminantes du congé (FACINCANI / SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 208-209).

A noter que les règles encadrant les licenciements collectifs ne s'appliquent pas en cas de cessation d'activité de l'entreprise intervenue sur ordre du juge, ni en cas de licenciement collectif par suite de faillite, ni en cas de concordat par abandon d'actifs (art. 335e al. 2 CO).

#### A. Cas particulier des congés-modification

On distingue deux types de congé-modification : le congé-modification à proprement parler (congé prononcé de manière formelle avec cette précision qu'il n'est pas applicable si les nouvelles conditions contractuelles sont acceptées) et le congé-modification au sens large (l'employeur soumet au travailleur une offre contractuelle, l'intention sous-jacente étant toutefois de le licencier s'il n'accepte pas cette offre) (FACINCANI / SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 209).

S'agissant des congés-modification à proprement parler (ou au sens étroit), il fait globalement congruence que

l'employeur, qui envisage de procéder à des licenciements assortis simultanément d'une offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées, doit d'emblée respecter la procédure de licenciement collectif si les seuils numériques (cf. infra I 3) sont atteints, puisque l'employeur ne peut prétendre qu'il n'a pas atteint le stade où il envisage de procéder au licenciement (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 677 ; FACINCANI / SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 209).

Pour le congé-modification au sens large, la question est plus débattue. Certains postulent que l'obligation de respecter la procédure de licenciement collectif ne prend naissance que si, ensuite des refus des travailleurs d'accepter les modifications proposées, l'employeur envisage de procéder à des licenciements dont le nombre atteint les seuils de l'art. 335d CO, étant précisé que ce nombre est calculé en fonction des travailleurs concernés par la résiliation, à l'issue du processus ayant conduit certains d'entre eux à accepter les modifications proposées et d'autres à les refuser (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 676).

D'autres font valoir que du moment que l'employeur a clairement signifié qu'il envisageait de résilier les contrats (ou s'en réservait le droit) au cas où les nouvelles conditions proposées ne seraient pas acceptées, la totalité des congés-modification proposés doit être prise en compte pour déterminer si le seuil pertinent est atteint, indépendamment du nombre de travailleurs qui sont effectivement licenciés parce qu'ils n'ont pas accepté les nouvelles conditions et indépendamment de l'intention de l'employeur de ne prononcer que les licenciements des

seuls travailleurs n'acceptant pas les nouvelles conditions (SCHWAAB, *Le licenciement collectif*, 2018, p. 34).

## B. Cas particulier des accords de résiliation

A suivre certains auteurs, les relations de travail qui prennent fin par convention ne sont pas prises en compte dans le cadre d'un licenciement collectif, sauf abus de droit manifeste (FACINCANI / SUTTER, *Le processus du licenciement collectif* in TREX 2010 208, p. 209).

A contrario, une partie de la doctrine postule que les accords de résiliation ou de résiliation par accord mutuel doivent être pris en compte, s'ils interviennent à l'initiative de l'employeur dès lors que leur utilisation peut léser les autres travailleurs qui risquent tout simplement d'être privés de la procédure de consultation, faute pour le quorum légal pertinent d'être atteint. Aussi, s'il existe un plan tendant à favoriser les départs volontaires ou si c'est l'employeur qui propose bilatéralement de conclure un accord de résiliation durant la période de référence (cf. infra I 2) (SCHWAAB, *Le licenciement collectif*, 2018, p. 25-26), la fin des rapports de travail qui en découle doit être comptée comme congé donné par l'employeur au sens de l'art. 335d CO ou (SCHWAAB, *Le licenciement collectif*, 2018, p. 25-26).

### 2. ...dans une période de référence de 30 jours...

Il s'agit d'un délai de 30 jours nets entre le premier et le dernier licenciement, qui ne coïncident pas forcément avec un mois civil. Le délai commence à courir dès la résiliation des rapports de travail et non leur fin. La date faisant foi est celle de l'envoi de la résiliation par l'employeur et non celle de sa réception par le travailleur (SCHWAAB, *Le licenciement collectif*, 2018, p. 23).

Exemple : une entreprise licencie 15 collaborateurs le 1er octobre, 2 collaborateurs le 23 octobre et 29 collaborateurs le 17 novembre. Il se sera trouvé une période de 30 jours entre le 23 octobre et le 22 novembre durant laquelle 31 travailleurs auront été congédiés.

S'il lui est en principe loisible d'étaler plusieurs licenciements économiques sur une période de plus de 30 jours, l'employeur agit abusivement s'il étale des licenciements dictés par le même motif sur une période de plus de 30 jours sans raison objective relative au bon fonctionnement de l'entreprise, ou pour tenir compte de l'état du marché du travail, à plus forte raison si c'est dans le dessein de priver les travailleurs des droits que leur confèrent les règles encadrant les licenciements collectifs (SCHWAAB, *Le licenciement collectif*, 2018, p. 24).

### 3. ...excédant un certain seuil dans le même établissement

Fixés à l'art. 335d CO, les seuils pertinents sont les suivants :

- 10 licenciements lorsqu'un établissement emploie habituellement entre 21 et 99 collaborateurs ;
- 10% de licenciements lorsqu'un établissement emploie habituellement entre 100 à 299 employés ;
- 30 licenciements lorsqu'un établissement emploie habituellement au moins 300 collaborateurs.

La protection des travailleurs contre la résiliation en temps inopportun (art. 336c CO) subsiste en cas de licenciement collectif. Pour permettre le respect de la procédure de licenciement collectif tout en assurant la protection des travailleurs, il convient d'englober dans le calcul du nombre de travailleurs concernés par le licenciement collectif tous les employés dont le licenciement est envisagé, même s'ils bénéficient d'une protection contre le licenciement en temps inopportun. Dans le cas contraire, un établissement comptant plus de 20 mais moins de 100 travailleurs et qui souhaite licencier 10 employés dont une femme enceinte, pourrait soutenir qu'il n'est pas tenu de respecter la procédure de licenciement collectif dès lors qu'il ne peut licencier la travailleuse enceinte (WYLER / HEINZER, *Droit du travail*, 4e éd., 2019, p. 668).

Il n'est pas toujours facile de déterminer des seuils précis concernant le nombre d'employés. L'effectif du personnel peut fluctuer. La formule « habituellement » employée dans le texte de la loi autorise à conclure que des fluctuations à court terme ne sont pas prises en compte dans la détermination de ce chiffre. La disposition de l'art. 335d CO relative au licenciement collectif s'applique au groupe de travailleurs suivants : employés à plein temps ou à temps partiel, apprentis, stagiaires et volontaires, tous les collaborateurs qui effectuent leur temps d'essai ainsi que les personnes sous contrat de durée déterminée supérieure à trois mois. Les travailleurs qui ne sont engagés qu'en raison d'un cumul d'activité à court terme (soldes, période de Noël, travaux de clôture des comptes) ou pour remplacer des personnes en vacances ou malades, ainsi que les employés sous contrat de durée déterminée de moins de trois mois ne sont pas à prendre en considération (FACINCANI / SUTTER, *Le processus du licenciement collectif* in TREX 2010 208, p. 208).

La notion d'établissement n'est pas définie en droit suisse et, vu l'origine européenne des règles relatives au licenciement collectif, il est fréquent de tirer un parallèle avec la réglementation de l'Union européenne. Selon la Cour de justice européenne, le terme « établissement » désigne à l'art. 1 al. 1 let. a de la directive 98/59 l'entité dont font partie les travailleurs concernés par le licenciement. La question de savoir si cette entité a une direction habilitée à procéder à des licenciements collectifs de sa propre initiative n'est pas déterminante pour la définition du terme d'établissement. Dans l'arrêt Athinaïki Chartopoiia (C 270/05, EU:C:2007:101), la Cour de justice a précisé ce terme, considérant notamment qu'« aux fins de l'application de la directive 98/59, peut ainsi notamment constituer un « établissement » dans le cadre d'une entreprise, une entité distincte, présentant une certaine permanence et stabilité, qui est affectée à l'exécution d'une ou de plusieurs tâches déterminées et qui dispose d'un ensemble de travailleurs ainsi que de moyens techniques et d'une certaine structure organisationnelle permettant l'accomplissement de ces tâches ». En employant les expressions « entité distincte » et « dans le cadre d'une entreprise », la Cour de justice a établi clairement que les termes « entreprise » et « établissement » diffèrent l'un de l'autre et que l'établissement fait normalement partie d'une entreprise. Ce qui ne saurait toutefois exclure – dans la

mesure où une entreprise ne dispose pas de plusieurs entités distinctes – que l'établissement et l'entreprise puissent ne faire qu'un (FACINCANI / SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 209).

A noter que concurremment au droit privé (CO), le droit public fédéral impose aux employeurs d'annoncer (cf. infra II 4) à l'office du travail compétent toute fermeture d'entreprise et tout licenciement d'« un nombre important de travailleurs » (art. 29 al. 1 de la Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services ; RS 823.11 ; ci-après : LSE) et qu'est réputé « important » le licenciement de 10 travailleurs ou plus (art. 53 de l'Ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services ; RS 823.11 ; ci-après : OSE). Les cantons ont la faculté d'abaisser ce seuil. A l'exception de Vaud et de Berne, les cantons romands (Jura, Genève, Neuchâtel et Valais) imposent ainsi une obligation d'annonce dès lors que – dans la période de référence de 30 jours (cf. supra I 2) – 6 licenciements sont projetés.

## II. Déroulement de la procédure de licenciement collectif

### 1. Avant-propos

Le respect des obligations légales concernant un licenciement collectif naît au moment même où l'employeur envisage concrètement d'engager une telle mesure. Si le licenciement collectif est une simple option prise en considération, ces obligations ne s'imposent pas encore (ATF 123 III 176).

L'important est que la décision définitive de procéder aux licenciements ne puisse tomber qu'au terme de la procédure imposée par la loi. Aussi, toute communication faite aux travailleurs ou à la presse par l'employeur au cours de cette période doit impérativement être formulée avec circonspection sous peine de se voir reprocher l'absence d'une convenable consultation.

### 2. Phase d'information

L'employeur a un devoir d'information envers tous les travailleurs occupés dans l'établissement touché par le licenciement collectif et pas uniquement ceux qui sont concernés, soit ceux qui ont reçu la notification de leur licenciement (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 55).

La finalité du devoir d'information étant de permettre aux travailleurs de formuler des propositions et non d'informer des tiers ou le public, l'employeur est fondé à exiger un engagement de confidentialité des récipiendaires (ATF 137 III 162 in JdT 2012 II 198, p. 202).

Les devoirs de l'employeur à ce stade se subdivisent en une obligation de renseignement d'une part et de communication d'autre part.

#### A. Obligation de communication

L'obligation de communication aux travailleurs, ou à leur représentation, s'il en existe une, doit être satisfaite par écrit et porte au moins sur les informations suivantes (art. 335f al. 3 CO) :

- les motifs du licenciement collectif ;
- le nombre des travailleurs auxquels le congé doit être signifié ;
- le nombre des travailleurs habituellement employés ;

- la période pendant laquelle il est envisagé de donner les congés.

Une copie de la communication adressée à la représentation des travailleurs ou aux travailleurs doit impérativement être transmise à l'office cantonal du travail compétent (à Genève : il s'agit du service juridique de l'Office cantonal de l'emploi, OCE) ; la non-remise de cette copie constituerait une violation de l'obligation de consultation (FACINCANI / SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210).

#### B. Obligation de renseignement

L'obligation de renseignement est plus large et porte sur tous les renseignements utiles, soit ceux qui permettent à la représentation des travailleurs ou aux travailleurs d'examiner les possibilités de formuler des propositions alternatives en vue d'éviter les licenciements ou d'en atténuer les conséquences (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 678).

On entend généralement par là des informations sur la possibilité de transferts au sein de l'établissement ou du groupe, sur la réorganisation de la répartition des tâches, sur les moyens permettant d'indemniser les travailleurs qui quittent l'établissement à titre volontaire, ou sur des mises à la retraite anticipée (FACINCANI / SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210).

Par opposition aux éléments d'information devant de par la loi être communiqués en vertu de l'art. 335f al. 3 CO, l'employeur n'est pas tenu de transmettre les renseignements utiles de sa propre initiative (FACINCANI / SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210). Formellement, les renseignements doivent être fournis sous une forme appropriée permettant l'examen de solutions concrètes (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 678), si bien que la forme écrite n'est pas automatiquement requise (ATF 137 III 162 in JdT 2012 II 198, p. 202).

### 3. Phase de consultation

#### A. Finalité et obligations réciproques des parties prenantes

La consultation a pour but d'aboutir à un consensus ou, plus exactement, d'éviter si possible un licenciement collectif, d'en limiter le nombre ou à tout le moins d'en atténuer les conséquences (FACINCANI / SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210).

En vertu de l'art. 11 al. 1 de la Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises (RS 822.14 ; ci-après : Loi sur la participation) l'employeur et les travailleurs ont, dans le cadre de la participation dans l'entreprise – dont fait partie la procédure de consultation en cas de licenciement collectif (art. 10 let. c Loi sur la participation) – à collaborer selon le principe de la bonne foi.

Il s'ensuit que la procédure de consultation doit être menée avec sérieux, ce qui implique notamment que l'employeur examine les propositions formulées par les travailleurs ; il ne peut mener une procédure pour la simple bonne forme, en sachant d'emblée pertinemment qu'il ne l'examinera pas et n'entrera pas en matière sur d'éventuelles propositions (Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_571/2008 du 5 mars 2009, consid. 3.1).

## B. Durée et principe d'unicité

La consultation est réputée commencer au moment où l'employeur communique par écrit les informations prévues par l'art. 335f al. 3 CO et non dès l'instant où les travailleurs sont en possession de toutes les « informations utiles » (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 52).

Les travailleurs doivent disposer d'un délai raisonnable pour remettre leurs propositions. Ce délai varie en fonction de l'urgence et de la complexité du projet, ainsi que du degré d'organisation des travailleurs (FACINCANI / SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210).

A Genève, l'OCE préconise de manière générale « une dizaine de jours » de consultation, étant précisé qu'il s'agit là de jours ouvrables uniquement. Par sécurité toutefois, un employeur prudent sera invité à respecter un délai de 15 jours ouvrables, ce qui correspond par exemple au minimum requis par les autorités compétentes vaudoises.

Les travailleurs sont tenus de formuler simultanément toutes les propositions utiles à l'évitement et à l'accompagnement des licenciements projetés ; ils ne peuvent exiger d'agir en deux temps, à savoir, formuler dans un premier temps des propositions en vue d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, puis dans un deuxième temps, des propositions en vue d'atténuer les conséquences des licenciements envisagés (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 681).

## 3bis. Phase de négociation d'un plan social

### A. Notion et types de plans sociaux

Au sens de la loi, un plan social est une convention par laquelle l'employeur et les travailleurs fixent les moyens d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre ou d'en atténuer les conséquences (art. 335i al. 1 CO).

L'employeur peut décider de proposer ou de négocier un plan social de son propre chef. On parle alors de plan social facultatif. Il peut aussi être tenu de négocier un plan social, soit en vertu d'une obligation conventionnelle, soit – depuis le 1er janvier 2014 – en vertu d'une obligation légale ; le plan social est dans ce cas obligatoire.

## B. Conditions légales d'établissement d'un plan social obligatoire

En vertu de l'art. 335i al. 1 CO, l'obligation légale de négocier un plan social survient lorsqu'une entreprise ou établissement (l'unité de référence est débattue : voir à cet égard WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 694 et WITZIG, Droit du travail, 2018, p. 239 N 653) employant habituellement 250 personnes ou plus (cf. supra I 3) entend résilier le contrat d'au moins 30 travailleurs (cf. supra I 1) dans un délai de 30 jours (cf. supra I 2) pour des motifs de gestion non inhérents à leur personne (cf. supra I 1).

Les licenciements qui sont étalés dans le temps mais dictés par les mêmes motifs sont additionnés (art. 335i al. 2 CO) ; sont ici concernés les licenciements visés par une même décision économique (Message du Conseil fédéral du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 5871, p. 5913).

Lorsque l'employeur envisage *ab initio* un licenciement en plusieurs phases en raison de circonstances d'entreprise (délocalisation progressive par exemple), il doit additionner tous les licenciements envisagés. En revanche, si l'employeur envisage de bonne foi une seule vague de licenciement, mais que dans un deuxième temps, en raison de la non-réalisation de ses prévisions initiales ou d'autres circonstances, il envisage de nouveaux licenciements à titre de mesure nouvelle, il n'y a pas lieu de procéder à l'addition des différents licenciements. En présence d'une nouvelle vague de licenciements, il appartient à l'employeur de justifier les motifs qui lui permettent de se soustraire à l'addition prescrite par l'art. 335i al. 2 CO puisque lui seul détient ces informations. Le temps écoulé entre les vagues de licenciements est un critère important. Sauf circonstances particulières, il est présumé qu'à partir de six mois, il n'y a en principe plus lieu d'additionner les licenciements (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 694).

## C. Situations excluant ou tempérant l'obligation d'établir un plan social

Le régime juridique régissant les plans sociaux obligatoires ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, tant en cas de faillite que de concordat (art. 335k CO).

En tout état, le plan social ne doit pas mettre en danger l'existence de l'entreprise (art. 335h al. 2 CO). Par ce biais, le législateur a entendu exclure que des entreprises souhaitant se restructurer pour des raisons économiques ne renoncent à leur projet parce que la loi les oblige à mettre en place un plan social (Message du Conseil fédéral du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 5871, p. 5912).

La mise en danger de l'entreprise est une notion non encore déterminée entraînant une grande insécurité juridique. On en déduit généralement que l'application du plan social ne doit pas créer de mise en danger pour d'autres emplois au sein de l'entreprise. L'appréciation ne doit pas uniquement porter sur les liquidités ou le bilan de l'entreprise, mais tenir également compte de sa capacité concurrentielle sur les marchés considérés (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 698-699 et la référence citée).

Lorsqu'un plan social mettrait en danger l'existence de l'entreprise, il peut soit en résulter une dispense d'établir un plan social ou une limitation de son étendue, appréciée au regard des implications financières qu'il présente (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 699). Il revient à l'employeur de prouver que l'existence de l'entreprise est menacée par les moyens à engager pour le plan social (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 123).

#### **D. Articulation avec les obligations en matière de licenciement collectif**

Les obligations relatives aux licenciements collectifs (art. 335f et 335g CO) et celles relatives aux plans sociaux (335i CO) sont cumulatives. En principe, la négociation devrait débiter dès que l'employeur envisage de procéder aux licenciements d'au moins 30 travailleurs, soit simultanément à la procédure de consultation prévue à l'art. 335f CO. Cela étant, l'employeur peut procéder aux licenciements dès qu'il a respecté les exigences figurant aux art. 335f (cf. supra II 2 et 3) et 335g (cf. supra II 4) CO si les négociations au sujet d'un plan social n'ont pas abouti ou même commencé. Aussi, l'obligation de négocier un plan social est une conséquence et non une condition de ces licenciements (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 695-696).

#### **E. Obligation de négociation**

Lorsque les conditions de l'art. 335i CO sont réunies, l'employeur est tenu de négocier dans le but de conclure un plan social, avec une obligation de résultat (Message du Conseil fédéral du 8 septembre 2010 relatif à une modification de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (droit de l'assainissement), FF 2010 5871, p. 5913). Aussi, par opposition à l'obligation de consultation prévalant en matière de licenciements collectifs, l'obligation de négocier un plan social instaure au bénéfice des travailleurs un véritable droit à la codécision (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 696).

Il n'est pas rare que des employeurs prévoyants aient – hors de toute contrainte conjoncturelle – négocié avec leurs travailleurs ou leurs représentants des plans sociaux « pour le cas où », destinés à ne trouver application qu'au cas où ils devraient procéder à un licenciement collectif avec négociation obligatoire. Toutefois, de tels « plans sociaux » ne satisfont pas aux réquisits des art. 335h ss. CO prescrivant que le plan social doit être négocié au moment du licenciement collectif, en tenant compte de la situation de l'employeur, des travailleurs et du marché de l'emploi au moment considéré (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 120).

#### **F. Parties à la négociation**

Trois cas de figure sont à distinguer :

Dans les cas où l'employeur est lié en qualité de partie à une Convention collective de travail (ci-après : CCT), ce qui est en particulier le cas en présence d'une CCT d'entreprise, il est tenu de négocier avec le ou les syndicats contractants (art. 335i al. 3 let. a CO) ; tel n'est en revanche pas le cas lorsque la CCT s'applique en raison de l'appartenance de l'employeur à une association patronale, d'une décision d'extension (art. 4 de la Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail ; RS 221.215.311) ou de soumission individuelle à la CCT en vertu de l'art. 356b CO (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 697).

Lorsqu'il n'est pas directement partie à une CCT et qu'une représentation des travailleurs a été constituée conformément aux art. 5 et suivants de la Loi sur la participation, l'employeur est tenu de négocier avec cette représentation (art. 335i al. 3 let. b CO), qui bénéficie alors d'une compétence exclusive (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 697).

Lorsqu'il n'est pas directement partie à une CCT et qu'aucune représentation des travailleurs n'a été constituée, l'employeur négocie directement avec les travailleurs (art. 335i al. 3 let. c CO), qui bénéficient d'un droit collectif de négociation pour lequel ils doivent s'organiser (Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_173/2011, consid. 4.2) ; tous les travailleurs doivent être associés à la négociation du plan social, y compris ceux qui ne seraient par hypothèse pas directement touchés par les licenciements envisagés (WITZIG, Droit du travail, 2018, p. 239-240 N 656).

En toute hypothèse, les associations de travailleurs, les représentants des travailleurs ou les travailleurs peuvent se faire assister par des experts lors des négociations (art. 335i al. 4 CO).

#### **G. Contenu du plan social**

Le plan social est une convention par laquelle l'employeur et les travailleurs fixent les moyens d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre ou d'en atténuer les conséquences (art. 335h al. 1 CO).

Le contenu d'un plan social ne connaît guère de limite. Il peut contenir toutes sortes de mesures visant à atténuer la rigueur des licenciements, soit sous forme de compensation financière, soit d'aide à la recherche d'un nouvel emploi ou à l'exercice d'une nouvelle activité (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 108).

A titre exemplatif, le catalogue suivant peut être établi (<https://www.lausanne.ch/vie-pratique/travail/protection-des-travailleurs/travailleur/contrat-de-travail-regles/licenciement-collectif.html>) :

- mise en place de délai de congé plus court, rallongement du délai de préavis, libération de l'obligation de travailler ;
- paiement d'indemnité en fonction de la situation du travailleur (âge, ancienneté, position hiérarchique) ;
- soutien au reclassement professionnel, prise de contact avec d'autres entreprises, aide à l'élaboration d'un dossier de candidature (lettre de motivation, curriculum vitae, etc.) ;
- prise en charge des frais de formation continue visant la réintégration du travailleur dans la vie active ;
- compensation du salaire en cas de nouvel emploi moins bien rémunéré ou de chômage pendant une certaine durée ;

- encouragement aux départs volontaires avec indemnités ;
- priorité au réengagement dans une autre entreprise du groupe ;
- paiement de «rentes de ponts» jusqu'à ce que le travailleur atteigne l'âge de la retraite ;
- prise en charge des frais de déplacement pour le travailleur dont la nouvelle activité serait plus éloignée ou mise à disposition d'un logement de service dont le loyer est pris en charge ;
- prolongation de la couverture de l'assurance-accident de 180 jours aux frais de l'employeur ou transfert dans l'assurance individuelle perte de gain avec prise en charge des primes (ou d'une partie) par l'employeur.

#### H. Conséquences en cas d'inaboutissement des négociations

Lorsque les parties à la négociation ne parviennent pas à un accord, un tribunal arbitral peut être saisi (art. 335j al. 1 CO). Ce tribunal arbitral peut être choisi librement ; il peut être saisi par l'une des parties ou les deux (WITZIG, Droit du travail, 2018, p. 240 N 657). En cas de désaccord sur le choix du tribunal arbitral, l'office de conciliation fédéral ou cantonal est compétent (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 132).

Le tribunal arbitral arrête un plan social obligatoire (art. 335j al. 2 CO). A cet effet, il doit se mettre à la place des partenaires sociaux ayant mené une négociation constructive d'égal à égal, qui n'ont certes pas accepté n'importe quoi, mais ont été disposés à faire des compromis raisonnables compte tenu de la situation de l'entreprise, de sa branche, de la conjoncture et du marché du travail ; sa marge de manœuvre sera d'autant plus grande qu'il ne dispose pas de propositions formulées et chiffrées provenant des parties (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 134).

#### I. Conséquences en cas de violation de la procédure de négociation

Si l'employeur viole l'obligation de négocier, en se soustrayant ou en retardant de manière infondée les négociations (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 696), il ne respecte pas la procédure imposée par la loi (art. 335i CO) et il s'ensuit que tous les licenciements sont abusifs en vertu de l'art. 336 al. 2 let. c CO ; chaque travailleur licencié est alors en droit de réclamer une indemnité s'élevant au maximum à un montant correspondant à 2 mois de son salaire (art. 336a al. 3 CO).

#### 4. Phase de notification

Une fois la consultation achevée, l'employeur est tenu de notifier par écrit à l'office cantonal de l'emploi le projet de licenciement collectif ; copie de cette notification doit être transmise aux travailleurs (art. 335g al. 1 CO).

La notification doit contenir les résultats de consultation, à savoir les contre-propositions non retenues des travailleurs, ainsi que tous les renseignements utiles (pour l'office) concernant le projet de licenciement collectif (art. 335g al. 2 CO) (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 90).

Comme évoqué ci-avant (cf. supra I 3), le droit public - tant fédéral que cantonal - peut se superposer aux règles du CO. Applicable sur l'ensemble du territoire national, l'art. 53 al. 3 OSE oblige, dès que le projet de licenciement collectif concerne un minimum de 10 travailleurs, l'employeur à annoncer :

- le nombre, le sexe et la nationalité des travailleurs touchés ;
- le(s) motif(s) des licenciements ;
- la branche à laquelle appartient l'entreprise qui licencie des employés ;
- la date de la fin des rapports de service.

A Genève, l'art. 24A de la Loi sur le service de l'emploi et la location de services (RS J 2 05 ; ci-après : LSELS) impose supplétivement aux employeurs que soient notamment communiqués à titre de renseignements utiles :

- le nombre total des employés de l'entreprise, le nombre et la liste nominative des travailleurs concernés, avec des renseignements d'état civil complets, la fonction exercée, le nombre d'années de service ainsi que le dernier salaire annuel réalisé dans l'entreprise ;
- les dispositions envisagées par l'entreprise en faveur du personnel licencié ;
- la situation économique de l'entreprise.

Le but de la notification est de permettre à l'autorité cantonale de « trouver des solutions aux problèmes posés par le licenciement collectif projeté » (art. 335g al. 3 CO) et donc de faire, elle aussi, des contre-propositions pour atténuer la rigueur du licenciement collectif, sur la base des effets que ce dernier pourrait avoir sur le marché local de l'emploi (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 90).

Les travailleurs sont libres de faire part de leurs propres observations à l'office du travail (art. 335g al. 3 2ème phr. CO). Celui-ci n'a toutefois pas pour mandat de vérifier que la procédure de consultation a été respectée, cette prérogative relevant de la seule compétence des tribunaux, au cas où les travailleurs feraient valoir que les licenciements sont abusifs (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 91).

### III. Conséquences du licenciement collectif

#### 1. Lorsque la procédure légale est respectée

##### A. Fin des rapports de travail

Les contrats de travail résiliés dans le cadre d'un licenciement collectif prennent fin 30 jours après la notification du projet de licenciement collectif à l'office cantonal du travail, à moins que, selon les dispositions contractuelles ou légales, le congé ne produise effet à un terme ultérieur (art. 335g al. 4 CO).

Ce délai de 30 jours se présente ainsi comme un délai minimum, en ce sens que le contrat de travail prend fin à la

plus lointaine des deux échéances entre le délai contractuel de résiliation de chaque contrat individuel et l'expiration du délai de 30 jours (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 684). Autrement dit, un contrat de travail dénoncé dans le cadre d'un licenciement collectif prend fin au plus tôt 30 jours après la notification du projet de licenciement collectif à l'office du travail (FACINCANI / SUTTER, Le processus du licenciement collectif in TREX 2010 208, p. 210).

Le délai de 30 jours se calcule en jours calendaires, sans report au prochain terme. Ainsi, en cas de notification faite à l'office cantonal du travail le 15 juillet, le délai arrive à échéance le 15 août (Message du Conseil fédéral du 27 mai 1992 sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, FF 1992 V 1, p. 407). De nature relativement impérative, le délai de 30 jours peut être prolongé mais non abrégé (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 684).

## B. Risque relatif aux contrats de durée déterminée

Aux termes de la loi, les dispositions relatives au licenciement collectif s'appliquent aux contrats de durée déterminée, lorsque du fait de celui-ci, ceux-là prennent fin avant l'expiration de la durée contractuellement convenue (art. 335e al. 1 CO).

Le sens et la portée de cette disposition sont controversés. D'aucuns en déduisent qu'un contrat à durée déterminée peut être résilié avant le terme convenu pour justes motifs, lorsque aucune autre alternative n'est possible ; les difficultés doivent être admises d'autant plus largement que la durée du contrat restant à courir est longue (WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 673-674).

D'autres y voient simplement l'indication qu'au moment de calculer si les seuils de l'art. 335d CO sont atteints, il faut compter les résiliations avec effet immédiat de contrats de durée déterminée intervenues au cours de la période de référence de 30 jours, à moins qu'elles n'aient été prononcées pour un motif inhérent à la personne du travailleur, et concluent sur ce que l'employeur, qui résilie un contrat de durée déterminée avant son échéance au motif d'une mauvaise situation économique, sera vraisemblablement condamné à verser l'indemnité de l'art. 337c CO, équivalant au salaire qu'aurait perçu le travailleur jusqu'à l'expiration convenue du contrat (SCHWAAB, Le licenciement collectif, 2018, p. 38-39).

## 2. Lorsque la procédure légale n'est pas respectée

### A. Conséquences de droit privé

#### i. Indemnité pour licenciement abusif

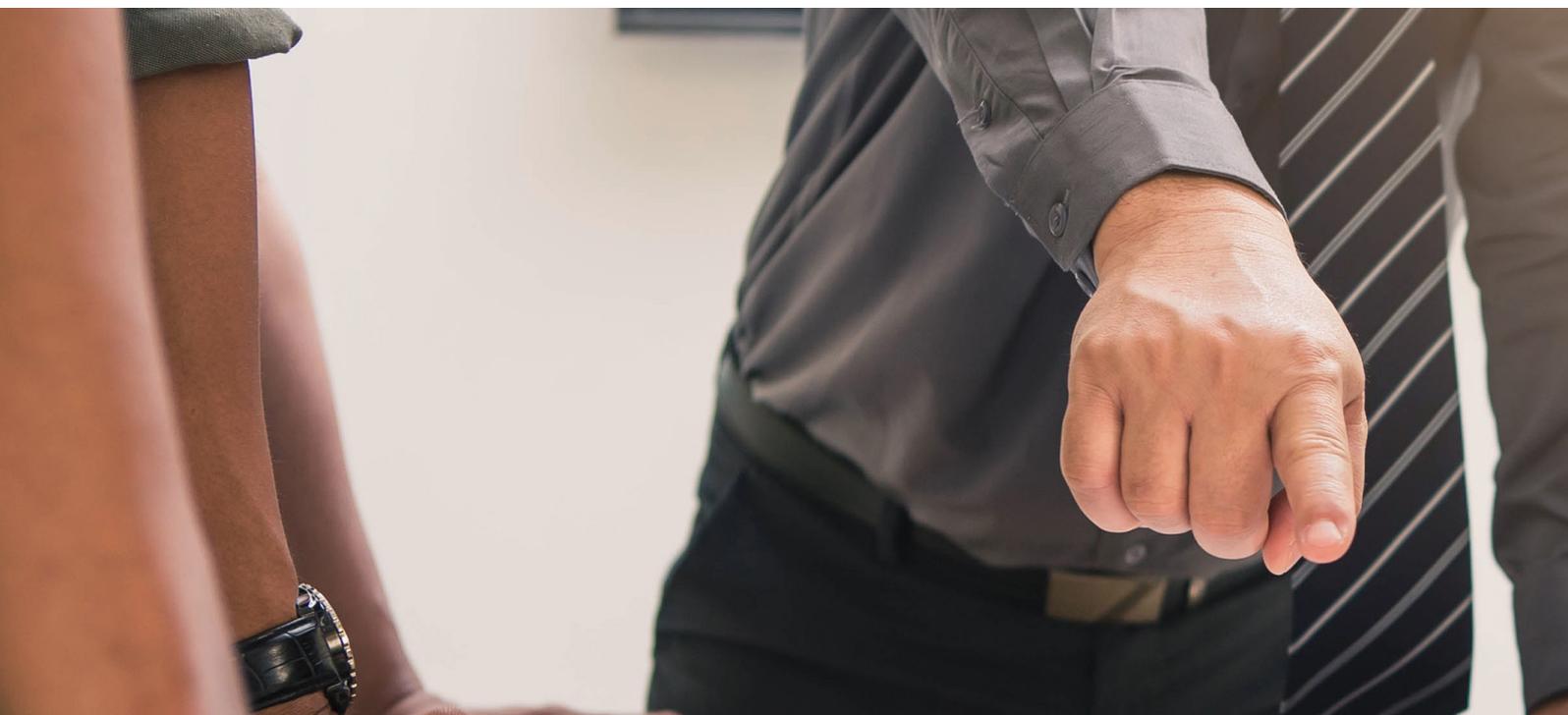
L'art. 336 al. 2 let. c CO prévoit que si l'employeur ne respecte pas la procédure de consultation en cas de licenciement collectif (supra II 2 et 3), tous les licenciements sont réputés abusifs, ce qui permet à chaque travailleur licencié de réclamer une indemnité s'élevant au maximum à un montant correspondant à 2 mois de salaire (art. 336a al. 3 CO).

#### ii. Fin des rapports de travail

Une résiliation prononcée suite à une violation des prescriptions formelles en matière de licenciement collectif demeure valable (ATF 132 III 406, consid. 2.3 in SJ 2007 I 129). Aussi, le délai contractuel de congé court dès la réception de la résiliation par chaque travailleur concerné, mais le contrat ne prendra toutefois fin qu'à la double expiration du délai de congé contractuel et du délai légal de 30 jours ; si un travailleur reçoit dans le contexte d'un licenciement collectif son congé le 30 juin pour le 31 juillet et que l'office n'en est informé que le 15 juillet, le congé demeurera valable, mais ne produira effet que le 15 août (Message du Conseil fédéral du 27 mai 1992 sur l'adaptation du droit fédéral au droit de l'EEE, FF 1992 V 1, p. 407).

Lorsque par hypothèse l'employeur omet totalement d'informer l'office compétent des licenciements, le délai légal de 30 jours ne peut commencer à courir et se pose alors la question de savoir à quel moment le rapport de travail a pris fin.

Dans ce cas de figure, l'employeur qui ne remplit pas ses devoirs et qui empêche ce faisant toute intervention conciliatrice de l'office cantonal du



travail ne doit pas être mieux placé que celui qui procède à un avis tardif et qui, cela fait, ne peut résilier les rapports de travail que pour un terme plus lointain. Le rapport de travail est alors réputé se poursuivre jusqu'au moment où aucune intervention de l'office n'eût pu avoir d'effet utile, soit en principe au plus tôt au moment où le travailleur a commencé un nouvel emploi, étant précisé à cet égard que l'employeur n'est en demeure de verser la rémunération que si le travailleur a fourni sa prestation de travail ou offert ses services, car ce dernier ne peut rester totalement inactif et prétendre ensuite au paiement rétroactif de son salaire (ATF 132 III 406, consid. 2.5 et 2.6 in SJ 2007 I 129 ; WYLER / HEINZER, Droit du travail, 4e éd., 2019, p. 685 et la référence citée).

#### B. Conséquences de droit public

En vertu du droit fédéral (art. 29 al. 1 et 39 al. 2 let. b LSE cum art. 53 al. 1 OSE), l'employeur qui omet d'annoncer tout licenciement collectif de 10 personnes ou plus est sanctionné d'une amende pouvant s'élever à CHF 40'000.-. Le droit cantonal prévoit ses propres sanctions s'agissant des prescriptions qu'il fixe. Sur le territoire genevois, le contrevenant à la LSELS encourt une

amende de CHF 5'000.- au plus, étant signalé que le droit genevois allant plus loin que la LSELS et son ordonnance, une violation du droit fédéral s'accompagne toujours d'une inobservance des obligations cantonales.

#### IV. Proposition de marche à suivre condensée pour satisfaire dans les meilleurs délais aux prescriptions légales

##### 1. Simultanément :

- Transmission aux travailleurs ou à leur représentation des informations prévues par l'art. 335f al. 3 CO (cf. supra II 2 A) en impartissant un délai suffisant (cf. supra II 3 B) pour formuler des propositions ;
- Transmission à l'office cantonal du travail d'une copie de l'ensemble des documents adressés aux travailleurs.

##### 2. A l'expiration du délai de consultation imparti, transmission à l'office cantonal du travail du résultat de la consultation (cf. supra II 4) ;

##### 3. Après examen sérieux (cf. supra II 3 A) des contre-propositions des travailleurs et de l'office cantonal du travail, notification des licenciements.



*Serge Fasel et Romain Baume*



# TESTER, ENCORE ET TOUJOURS

Pascale Cano

**Tester est à la mode depuis quelque temps, et il est des moments où nous aimerions que cela cesse, pouvoir passer à autre chose et dormir tranquille.**

Jusqu'à l'arrivée salutaire des vaccins, que de temps passé à nous faire tester ... test antigénique, test PCR, auto-test. Au moindre déplacement, tester devenait incontournable.

Pourquoi le test ? Pour savoir. Savoir pour pouvoir se soigner et éviter de contaminer, et plus encore, pour ne pas risquer de mourir et de faire mourir.

La pandémie a été l'occasion de tester à bien des niveaux :

- tester notre résistance au stress, à la peur, à l'enfermement et à l'isolement,
- tester la solidité de nos économies,
- tester notre aptitude à la solidarité,
- tester nos talents de résilience,
- tester notre capacité à faire des courses utiles et raisonnées,
- tester de nouveaux moyens de communication.

Ensuite est venu le temps de tester les vaccins, avant une diffusion massive et planétaire.

Pourquoi le vaccin ? Pour agir. Eviter la maladie et la contamination, éviter de mourir et de faire mourir. Passer à autre chose, et dormir tranquille, enfin !

Cette période incertaine et douloureuse nous a fait réfléchir à notre propre condition, à notre propre fragilité. Et si demain c'était moi ? Et si demain je ne suis plus là ? Qu'advient-il de ma famille, de mes enfants, de mon patrimoine ? Ai-je fait ce qu'il fallait ?

Et le verbe « tester » apparaît alors dans sa forme intransitive ... et signifie faire son testament !

Pourquoi faire son testament ? Eviter de mourir ? Certainement pas ! Dormir plus tranquille ? Assurément !

Tester a de nombreuses utilités et vertus :

- exprimer ses volontés sur le devenir et la répartition de son propre patrimoine, éviter les indivisions, clarifier ses intentions ;
- protéger au mieux son conjoint, son partenaire, son concubin ;
- reconnaître un enfant ;
- réduire ou augmenter les droits des héritiers légaux, dans la limite légale ;
- encadrer la gestion des biens des héritiers mineurs, voire écarter le père ou la mère de l'administration et de la jouissance des biens dont le mineur hérite ;
- désigner un exécuteur testamentaire ;
- avantager la personne de son choix en disposant de sa quotité disponible à sa guise ;
- imposer certaines conditions et charges aux légataires ;
- léguer à une œuvre philanthropique ;
- assurer la transmission sur deux générations ;
- dans les contextes internationaux, user de la *professio juris* pour désigner sa loi nationale comme loi applicable à sa succession ;

ALPHA  
TEST

BETA  
TEST



- assurer le bien-être futur de son animal de compagnie ;
- délivrer des messages d'amour et de bienveillance à ceux qui nous survivront.

La liste pourrait être poursuivie jusqu'à plus soif tant les dernières volontés peuvent être diverses ...

Le contenu d'un testament va du plus simple au plus complexe et nécessite parfois d'être accompagné par un professionnel du droit.

Les questions soulevées dans le processus d'établissement pourraient se résumer ainsi :

- Si je ne fais rien, que se passe-t-il à mon décès ? Que dit la loi ? Est-ce conforme à ce que je souhaite ?
- Quelles sont mes volontés ? Si je pouvais librement décider, que voudrais-je vraiment ?
- Mes volontés sont-elles réalisables ? Dans quel cadre légal peuvent-elles s'inscrire ? Quelles sont les règles à respecter ? Sous quelle forme établir mon testament ? la forme olographe (écrit, daté et signé de la main du testateur) ou authentique (établi par un notaire) ?
- Qui peut me conseiller et m'assister pour coucher mes volontés sur papier ?
- Arrivé au bout de ce processus, un écueil bien connu à éviter : la procrastination.

On reporte au lendemain, on se dit qu'on a le temps, et puis toutes ces règles juridiques sont bien compliquées, on souhaite prendre de la

hauteur. Comme lors de l'arrivée des vaccins, on préfère attendre un peu, prendre du recul. Mais en matière de testament comme en matière de vaccin, à force d'attendre, il est parfois trop tard.

Nous ne pouvons pas encore tomber le masque, mais nous pouvons tester à volonté.

Tester ne fait pas mourir, et aide à dormir tranquille !

Alors ayez la satisfaction non pas d'être testés, mais d'avoir testé.



*Pascale Cano*



# Droit fiscal

FBT Avocats SA est l'une des rares Etudes à disposer tant, à Genève qu'à Paris, d'équipes expérimentées dans le domaine fiscal.

Nos avocats et fiscalistes conjuguent une connaissance approfondie des systèmes fiscaux suisse et français avec une réelle expérience des problématiques domestiques ou transfrontalières, dans un contexte économique en constante évolution. Pour répondre aux besoins de nos clients, nous intégrons systématiquement dans notre approche la dimension internationale, en particulier l'interaction des législations nationales, ainsi que l'impact des conventions bilatérales ou multilatérales en matière d'impôt, d'assistance fiscale et d'échange de renseignements.

La multiplication des situations et circonstances transfrontalières est source d'insécurité juridique, par exemple le risque de double imposition, mais offre également des opportunités en matière d'organisation et de structuration fiscale. Nos équipes vous assistent et vous conseillent dans ce contexte, afin de trouver et d'implémenter la solution la mieux adaptée à votre spécificité.



**Alain Moreau**  
Associé | Paris



**Jean-Luc Bochatay**  
Associé | Genève



**Michel Abt**  
Associé | Genève



**Stéphanie Barreira**  
Associée | Paris



**Jérôme Bissardon**  
Avocat | Paris



**Romain Baume**  
Avocat | Genève



**Alix Caillard**  
Juriste fiscaliste | Paris



**Camille Fournier**  
Juriste fiscaliste | Paris



**Clémence Jeulin**  
Juriste fiscaliste | Paris



**Audrey Ciucchi**  
Avocate stagiaire | Genève

# Droit bancaire & financier

Depuis près de 30 ans, le droit bancaire et financier est l'un des cœurs de métier de l'Etude. Le groupe de droit bancaire et financier conseille des intermédiaires financiers tels que les banques, les assurances, les maisons de titres, les gérants de fonds, les gérants de fortune indépendants et les trustees dans leurs problématiques réglementaires et contractuelles.

Composée d'avocats expérimentés et spécialisés, formés de manière continue sur tous les thèmes actuels d'intérêt pour l'industrie, notre équipe conseille et représente ses clients avec le plus haut niveau d'exigence. Les années d'expérience du groupe bancaire et financier et la qualité des dossiers qu'il traite placent notre Etude au nombre des acteurs de référence en Suisse dans le domaine. Notre équipe est régulièrement distinguée pour sa compétence et la qualité de ses services.

Notre priorité est d'offrir un conseil fondé sur la connaissance de l'environnement réglementaire, l'expérience de nos avocats et la pratique du marché. Notre volonté est d'établir une relation de confiance durable avec nos clients. Nous nous distinguons par l'implication dans les dossiers d'avocats expérimentés et notre capacité à mobiliser nos équipes et nos correspondants étrangers.



**Frédérique Bensahel**  
Associée | Genève



**Jean-Louis Tsimaratos**  
Associé | Genève



**Marco Villa**  
Associé | Genève



**Michel Abt**  
Associé | Genève



**Aurélie Moyal-Azra**  
Avocate | Genève



**Jean-Marie Kiener**  
Avocat | Genève



**Julien Le Fort**  
Avocat | Genève



**Noémie Pauli**  
Avocate | Genève



**Véronique Chatelain Gomez**  
Collaboratrice | Genève



**Joanna Ybarra**  
Avocate stagiaire | Genève



**Jean de Skowronski**  
Of Counsel | Genève

# Droit des sociétés et contrats

FBT Avocats SA dispose de compétences de premier plan dans le secteur de la défense des entreprises et des entrepreneurs.

La combinaison des connaissances de l'Etude dans tous les domaines du droit des sociétés et des contrats, associée à l'expérience incomparable d'un ancien professeur spécialisé en la matière, permet à FBT Avocats SA d'accompagner ses clients dans les différentes étapes de leur développement. La force des membres de l'équipe « droit des sociétés et contrats » réside dans l'anticipation des problématiques auxquelles les entreprises pourraient être confrontées.

Dans toute la Suisse, FBT Avocats SA est un intervenant majeur du marché des transactions commerciales. Notre expérience couvre l'éventail complet des pratiques essentielles, des fusions-acquisitions au private equity en passant par le contentieux et les restructurations dans différents secteurs d'activités. Nos avocats assistent et accompagnent les clients dans la structuration et la prise de décisions complexes.



**Marco Villa**  
Associé | Genève



**Jean-Luc Bochatay**  
Associé | Genève



**Julien Le Fort**  
Avocat | Genève



**Sara Charfadi**  
Avocate | Genève



**David Masson**  
Avocat stagiaire | Genève

# Contentieux et arbitrage

Depuis plus de 40 ans, FBT Avocats SA a une réputation établie dans la résolution de litiges difficiles et stratégiques, par la voie du contentieux judiciaire et de l'arbitrage en Suisse.

Notre expérience pratique extensive de la procédure et du procès permettent d'anticiper et de gérer efficacement les litiges qui surviennent. Notre équipe associe l'excellence juridique, le pragmatisme et la disponibilité pour offrir un service et des conseils à la hauteur des exigences élevées de nos clients. Nos avocats interviennent et conseillent à tous les stades du conflit et vous accompagnent avant même le déclenchement des litiges : gestion de crise, audits de risques et mise en place de stratégies précontentieuses. FBT Avocats SA opère dans le cadre des procédures devant toutes les juridictions, notamment civiles, pénales, commerciales, administratives et arbitrales.

Notre groupe possède une parfaite connaissance des rouages judiciaires et des institutions arbitrales. L'alliance des compétences de FBT Avocats SA associée à la rigueur et à la persévérance d'avocats, augmentées par certain/e/s d'un cursus militaire, offrent à nos clients un service performant. L'Etude peut mobiliser des équipes pluridisciplinaires les mieux adaptées aux besoins de chaque dossier. FBT Avocats SA a obtenu la confiance d'une clientèle exigeante et variée d'entreprises et de dirigeants réunissant l'ensemble des acteurs économiques, dont des banques, des institutions de grande renommée industrielle et de services.



**Serge Fasel**  
Associé | Genève



**Olivia de Weck**  
Avocate | Genève



**Charlotte Andrey**  
Avocate | Genève



**Sara Charfadi**  
Avocate | Genève



**Audrey Ciucchi**  
Avocate stagiaire | Genève



**Joanna Ybarra**  
Avocate stagiaire | Genève



**David Masson**  
Avocat stagiaire | Genève

# Droit du travail

FBT Avocats SA assiste et représente ses clients dans le conseil et les contentieux en matière de droit du travail et ne cesse de développer cette activité, aux enjeux majeurs pour la clientèle.

FBT Avocats SA aide ses clients à mieux maîtriser les règles et à en faire des vecteurs de leur développement. La spécificité et la constante évolution des règles juridiques en matière de droit du travail requièrent l'intervention d'une équipe réactive et capable de traiter l'ensemble des problématiques de droit du travail, en particulier celles relatives à la négociation avec les organisations syndicales. Avec bientôt 40 ans d'expérience, FBT Avocats SA peut compter sur des spécialistes aguerris dans ce domaine. En relation constante avec les administrations et le pouvoir judiciaire, ils ont une parfaite connaissance du contexte légal et juridictionnel, politique, local et économique. Les meilleurs spécialistes du droit du travail sont mobilisés pour chaque dossier, afin de répondre aux problématiques complexes, souvent compliquées, difficiles et délicates, auxquelles nos clients doivent faire face dans la conduite de leurs activités professionnelles. Nos avocats s'impliquent avec succès dans toutes les procédures administratives, civiles et pénales.

Fort de son expérience, FBT Avocats SA conseille avec détermination une clientèle de premier plan, intervenant dans des secteurs d'activités variés, tels que des banques, des sociétés financières, des assurances ou encore dans le secteur de l'industrie du transport ou du luxe.



**Serge Fasel**  
Associé | Genève



**Olivia De Weck**  
Avocate | Genève



**Charlotte Andrey**  
Avocate | Genève



**Sara Charfadi**  
Avocate | Genève

# Droit patrimonial de la famille

Constitué d'une équipe à Genève et à Paris, le groupe de droit patrimonial de la famille est composé d'avocats pluridisciplinaires aux compétences reconnues.

FBT Avocats SA conseille activement et assiste les personnes physiques et les familles, les entrepreneurs et les dirigeants, les établissements bancaires, les gestionnaires de fortune, les Family Offices, les fiduciaires ainsi que les fondations caritatives rencontrant des problématiques liées à leur contexte patrimonial ou leurs domaines d'activités. Nos avocats gèrent des dossiers complexes impliquant des enjeux transfrontaliers, motivant l'intervention de nos deux entités basées à Genève et Paris. Les équipes travaillent également en étroite collaboration avec les autres groupes de compétence de FBT Avocats SA, afin de fournir le meilleur conseil juridique à nos clients.

En plus de leur rôle de conseils, nos avocats publient régulièrement dans les différents domaines du droit patrimonial de la famille dans des revues spécialisées.



**Pascale Cano**  
Avocate | Paris



**Jean-Luc Bochatay**  
Associé | Genève



**Frédérique Bensahel**  
Associée | Genève



**Jean-Louis Tsimaratos**  
Associé | Genève



**Michel Abt**  
Associé | Genève



**Stéphanie Barreira**  
Associée | Paris



**Charlotte Andrey**  
Avocate | Genève



**Jérôme Bissardon**  
Avocat | Paris



**Véronique Chatelain Gomez**  
Collaboratrice | Genève



## Genève

Rue du 31-Décembre 47  
Case postale 6120  
CH – 1211 Genève 6

T +41 22 849 60 40  
info@fbt.ch



## Paris

4, avenue Hoche  
F – 75008 Paris

T +33 1 45 61 18 00  
info@fbt-avocats.fr



FBT Attorneys at Law



FBT Attorneys at Law



Recognised in