

GENÈVE / PARIS

PERSPECTIVES

DANS UN MONDE EN MUTATION / AUTOMNE 2024



F B T
AVOCATS

« Connaître, ce n'est point démontrer,
ni expliquer. C'est accéder à la vision. »

Antoine de Saint-Exupéry

Éditorial

Au XXI^e siècle, entreprises comme particuliers sont confrontés à de nombreux défis juridiques. Le cadre légal et réglementaire s'est densifié, et certains diront qu'il s'est aussi rigidifié. La vie économique ou personnelle ne se limite plus aux simples interactions avec les seuls habitants de son propre village ; les acteurs économiques ont des activités à l'étranger ; les personnes physiques voyagent ou travaillent dans un autre pays que celui de leur résidence ; les autorités étendent la portée de leurs réglementations au-delà de leurs frontières.

Une bonne gestion des risques juridiques passe par l'acquisition et la maîtrise des connaissances adéquates.

Le présent Perspectives se veut informatif et didactique.
Nous vous en souhaitons bonne lecture.



Marco Villa
Avocat Associé, Genève



Alain Moreau
Jean-Luc Bochatay
Droit fiscal
page 5

Modernisation de la Convention fiscale
franco-suisse sur les revenus et la fortune

Jérôme Bissardon
Droit fiscal
page 13

Dispositif Dutreil & trésorerie excédentaire :
la jurisprudence semble s'affiner pour
l'appréciation de l'activité principale

Michel Abt
Droit fiscal
page 21

Échange international de renseignements
fiscaux : mieux vaut agir tard que jamais

Frédérique Bensahel
Droit bancaire et financier
page 27

Accès au marché financier du Royaume-Uni
par les prestataires suisses selon le
« Berne Financial Services Agreement » :
quelle musique d'avenir ?

Marco Villa
Droit des sociétés et contrats
page 33

Le cycliste, le vélo défectueux,
le responsable civil et le tribunal compétent

Serge Fasel
Colombe Jacob
Droit du travail
page 39

Fin des rapports en droit du travail,
conventions et cotisations sociales

Olivia de Weck
Rodrigo Domingos Da Silva
Contentieux et arbitrage
page 45

Impact de la conclusion d'un bail sur le gage
immobilier : intérêts du créancier gagiste
vs intérêts du locataire

page 50

Compétences

page 62

Nouveaux profils



Alain Moreau
Avocat Associé, Paris
Droit fiscal (responsable)
amoreau@fbt-avocats.fr

MODERNISATION DE LA CONVENTION FISCALE FRANCO-SUISSE SUR LES REVENUS ET LA FORTUNE

Alors que les discussions entre la France et la Suisse semblent être définitivement au point mort concernant les négociations relatives à une nouvelle Convention fiscale en matière de succession, la France entame le processus de ratification du dernier avenant à la Convention fiscale franco-suisse en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune.

Le présent avenant a pour objectifs de créer un nouveau régime d'imposition des revenus en matière de télétravail ainsi que d'intégrer dans la convention les derniers standards internationaux développés par l'OCDE dans le cadre du projet de lutte contre l'érosion des bases d'imposition et les transferts de bénéfices (BEPS).

1. Création d'un régime spécifique d'imposition des rémunérations perçues au titre d'un emploi salarié exercé en télétravail

La France et la Suisse, du fait de leur proximité géographique, culturelle et économique, entretiennent des relations particulièrement étroites. À ce titre, la première communauté française à l'étranger est en Suisse (170'000 personnes) et la première communauté suisse à l'étranger (200'000 personnes) est en France !

En matière de revenus d'emploi, la rédaction actuelle de l'article 17 de la Convention fiscale prévoit que les rémunérations sont imposables dans l'État d'exercice de l'activité professionnelle.

La règle de l'imposition dans l'État de résidence s'applique néanmoins aux rémunérations des travailleurs frontaliers couverts par l'accord du 11 avril 1983 conclu entre la France et huit cantons suisses (à savoir Berne, Soleure, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Vaud, Valais, Neuchâtel et Jura). Les frontaliers travaillant dans les dix-huit autres cantons suisses, et notamment le canton de Genève, sont, eux, soumis exclusivement aux stipulations de la Convention fiscale de 1966 amendée.



Jean-Luc Bochatay
Avocat Associé, Genève
Droit fiscal (responsable)
jlbochatay@fbt.ch

Avant la pandémie de COVID-19, les travailleurs frontaliers pouvaient télétravailler à hauteur de 25% de leur activité sans impact sur le lieu d'imposition de leur rémunération.

Pendant la pandémie, face à l'urgence de la situation, la France et la Suisse ont signé le 13 mai 2020 un accord amiable temporaire en vue de déroger aux règles en vigueur. Ce régime fiscal et social dérogatoire a pris fin en matière fiscale le 31 décembre 2022, aussi bien pour les travailleurs frontaliers relevant de l'accord de 1983 que pour ceux relevant de la Convention fiscale de 1966.

Concernant les travailleurs frontaliers relevant de l'accord de 1983, il a été convenu que l'exercice du télétravail, dans la limite de 40% du temps de travail annuel, ne remettait en cause ni le statut de frontalier, ni les règles d'imposition à la résidence des revenus d'activité salariée qui en découlent. Ces règles sont précisées dans un accord amiable conclu le 22 décembre 2022 concernant les dispositions applicables aux salaires, traitements et autres rémunérations similaires.

Concernant les travailleurs qui relèvent des règles définies par la Convention fiscale de 1966, l'avenant signé le 27 juin 2023 instaure un régime fiscal pérenne pour l'emploi salarié exercé en télétravail, prenant la forme d'un nouveau Protocole additionnel à la Convention.

Aux termes de ce Protocole additionnel, il est stipulé que « les activités exercées en télétravail depuis l'État de résidence du salarié pour le compte d'un employeur situé dans l'autre État contractant sont considérées effectuées auprès de cet employeur dans cet autre État dans la limite de 40% du temps de travail par année civile ».

Afin de permettre le contrôle par les Autorités françaises et suisses des nouvelles modalités d'imposition des salariés exerçant en télétravail, un nouvel article prévoit un dispositif d'échange automatique de renseignements entre administrations fiscales portant sur les données relatives à l'imposition des revenus issus du télétravail.

2. Intégration des derniers standards internationaux développés par l'OCDE dans le cadre de la réglementation BEPS

L'avenant à la Convention de 1966 introduit dans la Convention les derniers standards minimaux obligatoires et les clauses optionnelles retenues par la France et la Suisse de la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion des bases d'impositions et le transfert de bénéfices.

L'actuel préambule de la Convention franco-suisse est ainsi remplacé par un préambule stipulant que :

« Le Président de la République française et le Conseil fédéral de la Confédération suisse,

Soucieux de promouvoir leurs relations économiques et d'améliorer leur coopération en matière fiscale,

Entendant conclure une convention pour l'élimination de la double imposition en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite par l'évasion ou la fraude fiscale (y compris par des mécanismes de chalandage fiscal destinés à obtenir les allégements prévus dans la présente convention au bénéfice indirect de résidents d'États tiers),

Sont convenus ce qui suit : »

Dans le même esprit, un nouvel article 29 bis est ajouté à la Convention stipulant : « Un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de fortune s'il est raisonnable de conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était l'un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à moins qu'il soit établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente convention ».

« La France et la Suisse sécurisent durablement ces nouvelles formes d'exercice d'une activité professionnelle. »

L'avenant à la Convention de 1966 ajoute un nouveau paragraphe au Protocole additionnel de la Convention qui a pour objet de ne pas entraver les États contractants dans la mise en œuvre des règles de droit interne relatives à l'imposition minimale des groupes d'entreprises (au taux de 15%), prises en application des règles globales de lutte contre l'érosion de la base d'imposition (pilier deux) élaborées par l'OCDE.

3. Mesures d'ajustements à caractères techniques de la Convention de 1966

Dans le cadre de l'avenant présenté devant le Sénat le 26 juin dernier pour approbation, figurent enfin deux mesures techniques destinées à fluidifier et simplifier la situation des contribuables dans un contexte transfrontalier franco-suisse.

La première mesure crée un mécanisme d'ajustement corrélatif qui permet d'éliminer la double imposition susceptible de résulter de la mise en œuvre des règles applicables en matière de prix de transferts entre entreprises associées.

Dans la même logique de règlement amiable des différends entre États, l'article 27 de la Convention de 1966 est modifié afin d'élargir les possibilités offertes aux contribuables de saisir les Autorités compétentes de leur situation. Le règlement par voie d'accord amiable entre les Autorités compétentes en cas de difficultés rencontrées est, par ailleurs, étendu aux doutes qui peuvent résulter de l'interprétation ou de l'application de la Convention.

En créant un nouveau régime d'imposition des revenus en matière de télétravail, la France et la Suisse sécurisent durablement ces nouvelles formes d'exercice d'une activité professionnelle, lesquelles ont connu un essor considérable ces dernières années et qui devraient se confirmer dans le futur.

PERSPECTIVES





« Le leadership naît d'une relation exigeante entre un leader et son collectif de travail. »

Geoffroy Roux de Bézieux



Jérôme Bissardon
Avocat Associé, Paris
Droit fiscal
jbissardon@fbt-avocats.fr

DISPOSITIF DUTREIL & TRÉSORERIE EXCÉDENTAIRE : LA JURISPRUDENCE SEMBLE S'AFFINER POUR L'APPRECIATION DE L'ACTIVITÉ PRINCIPALE

La Cour de cassation, dans un arrêt du 13 mars 2024, rappelle que la prépondérance de l'activité s'apprécie en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice, en matière d'exonération « Dutreil-ISF ». À cet égard, elle reproche notamment à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si les liquidités et titres de placement détenus par la société découlaient de son activité sociale.

À titre liminaire, rappelons qu'en matière d'ISF, l'article 885 I bis du Code général des impôts exonérait d'ISF, à hauteur des trois quarts de leur valeur, les parts ou actions de sociétés faisant l'objet d'un engagement collectif de conservation dans le respect de certaines conditions.

L'ISF ayant été abrogé à compter du 1^{er} janvier 2018, la solution mérite d'être analysée en vue d'en tirer d'éventuels enseignements pour les transmissions à titre gratuit d'actions et de parts de sociétés, bénéficiant du dispositif « Dutreil-transmission », exonérant de droits de donation et de succession à concurrence des trois quarts de leur valeur, dans le respect de certaines conditions (article 787 B du Code général des impôts).

1. L'exposé du litige et de la procédure

La société Parasol production est une société qui exerce une activité dans le domaine de l'audiovisuel. À ce titre, elle réalise des prestations de services de nature immatérielle nécessitant peu de matériel. Elle dispose à son actif des liquidités, des valeurs mobilières de placement, des participations dans des sociétés de production d'énergie renouvelable et des créances sur ces participations, le tout provenant de bénéfices non distribués et représentant environ 80% de son actif réévalué entre 2010 et 2014. Son chiffre d'affaires procuré par l'activité commerciale représente moins de 50% de son chiffre d'affaires total au titre de ces années.

Un engagement collectif de conservation de six ans est pris dans le cadre d'un « pacte Dutreil » conclu le 5 décembre 2003 et enregistré auprès de l'administration fiscale le 17 décembre 2003, sur les titres de cette société, représentant 94,84% de son capital.

« La Cour de cassation retient que la cour d'appel n'a pas examiné l'ensemble des indices dont se prévalait le contribuable pour démontrer le caractère principalement commercial de la société. »

Le contribuable a revendiqué l'exonération partielle notamment au 1^{er} janvier de chaque année de 2011 à 2015, soit après la période d'engagement collectif de conservation de six ans, étant précisé que l'exonération partielle reste applicable après l'expiration de l'engagement collectif, « à la condition que les parts ou actions restent la propriété du redéposable » (article 885 I bis, c. du Code général des impôts).

L'administration fiscale a notifié au contribuable des propositions de rectification portant rappel d'ISF pour les années 2011 à 2015 et de contribution exceptionnelle sur la fortune au titre de 2012. Elle remet en cause l'exonération partielle de 75% de la valeur des actions de la société Parasol production au motif que cette société exercerait à titre principal une activité civile, non éligible au dispositif « Dutreil-ISF ».

Un avis de mise en recouvrement est émis le 15 décembre 2017, suivi d'une réclamation contentieuse adressée le 16 février 2018.

La réclamation contentieuse du contribuable ayant fait l'objet d'un rejet implicite, il a donc assigné l'administration fiscale devant le tribunal de grande instance de Paris, le 13 septembre 2018.

Par un jugement du 30 octobre 2020 (TJ de Paris, RG n° 18/11902), le tribunal judiciaire de Paris a débouté le contribuable de ses demandes, lequel a formé un appel devant la cour d'appel de Paris, lui demandant d'infirmer le jugement rendu par le tribunal judiciaire.

Devant la cour d'appel, le contribuable soutient que « (...) la condition d'activité commerciale éligible n'est imposée que durant la seule période d'engagement collectif de conservation. Il ajoute qu'à l'issue de cette période, l'exonération partielle de l'ISF ne s'applique qu'à la seule condition que les titres en question soient conservés par le contribuable. Il souligne qu'au cas présent, la condition d'activité éligible était remplie depuis la conclusion du pacte Dutreil en 2003 jusqu'à la fin de la période d'engagement collectif de conservation en 2009 (...) ».

Il soutient à titre subsidiaire que la société exerçait principalement une activité commerciale et « que la prépondérance de l'activité doit s'apprécier en considération d'un faisceau d'indices. Il précise que la réalisation de prestations de services dans le domaine de l'audiovisuel constitue la seule activité de la société, le contribuable ayant simplement placé auprès de divers établissements financiers les bénéfices non distribués issus de cette activité.

À ce titre, il fait valoir que la composition du chiffre d'affaires, le temps consacré aux activités ainsi que l'expertise de la société seraient des indices suffisants. Il souligne qu'au cas présent, l'appréciation de la condition d'activité sur la base d'un critère de bilan n'est pas appropriée en ce que l'exercice de l'activité de la société nécessite peu de moyens matériels ».

Par un arrêt du 14 mars 2022 (CA Paris, pôle 5 - ch. 10, 14 mars 2022, n°20/16924), la cour d'appel souligne que « (...) la société Parasol Production consacre une partie de ses moyens à des opérations de placement, et exerce en cela une activité de gestion de son patrimoine,

par nature civile ; qu'il en résulte que la société Parasol Production exerce à la fois une activité commerciale et une activité civile (...) ». Elle estime que le contribuable ne rapporte pas la preuve « (...) que les actifs affectés à l'activité commerciale représenteraient plus de 50% de son actif brut (...) » et relève que « (...) Le chiffre d'affaires procuré par l'activité commerciale est inférieur à 50% du montant du chiffre d'affaires total pour chacune des années considérées (...) ». Le jugement du tribunal judiciaire de Paris est donc confirmé.

Le contribuable a formé un pourvoi contre larrêt de la cour d'appel dans ce litige l'opposant à l'administration fiscale.

2. La motivation de l'arrêt du Conseil d'État

La Cour de cassation confirme en premier lieu l'analyse de la cour d'appel concernant la période d'appréciation de l'éligibilité des titres au dispositif, la société devant exercer une activité éligible durant la période d'engagement collectif d'une durée minimale de deux ans et postérieurement, au 1^{er} janvier de chaque année.

Elle souligne ensuite « que ce régime de faveur peut également s'appliquer aux parts ou actions de sociétés qui, ayant pour partie une activité civile autre qu'agricole ou libérale, exercent principalement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, cette prépondérance s'apprécient en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice. »

La Cour de cassation retient que la cour d'appel n'a pas examiné « (...) l'ensemble des indices dont se prévalait le contribuable pour démontrer le caractère principalement commercial de la société, en particulier les éléments relatifs à la nature de l'activité exercée et les conditions de son exercice, et sans rechercher, comme elle y était invitée, si les liquidités et titres de placement inscrits au bilan de la société Parasol production constituaient des actifs dont l'acquisition découlait de son activité sociale (...) ».

La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel en toutes ses dispositions et renvoie l'affaire devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

3. La portée de cet arrêt : quelles perspectives ?

Retenons en premier lieu que la Cour de cassation semble conférer à cet arrêt une certaine importance en le publiant au bulletin.

L'appréciation de la prépondérance de l'activité éligible est réalisée en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice, selon une jurisprudence bien établie à présent pour l'application du dispositif « Dutreil-transmission » (Cass. com. 11 oct. 2023, n° 21-24.761 ; Cass. com. 25. jan. 2023, n° 20-23.137 ; CE 23 janv. 2020, 8e-3e ch. n° 435562 ; Cass. com. 14 oct. 2020 n° 19-17.955). Le législateur a pris le soin de préciser désormais que l'activité opérationnelle éligible doit être exercée « à titre principal » (art 23 de la loi de finances pour 2024), en phase avec les jurisprudences susvisées de la chambre commerciale de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

« L'activité opérationnelle éligible doit être exercée à titre principal »

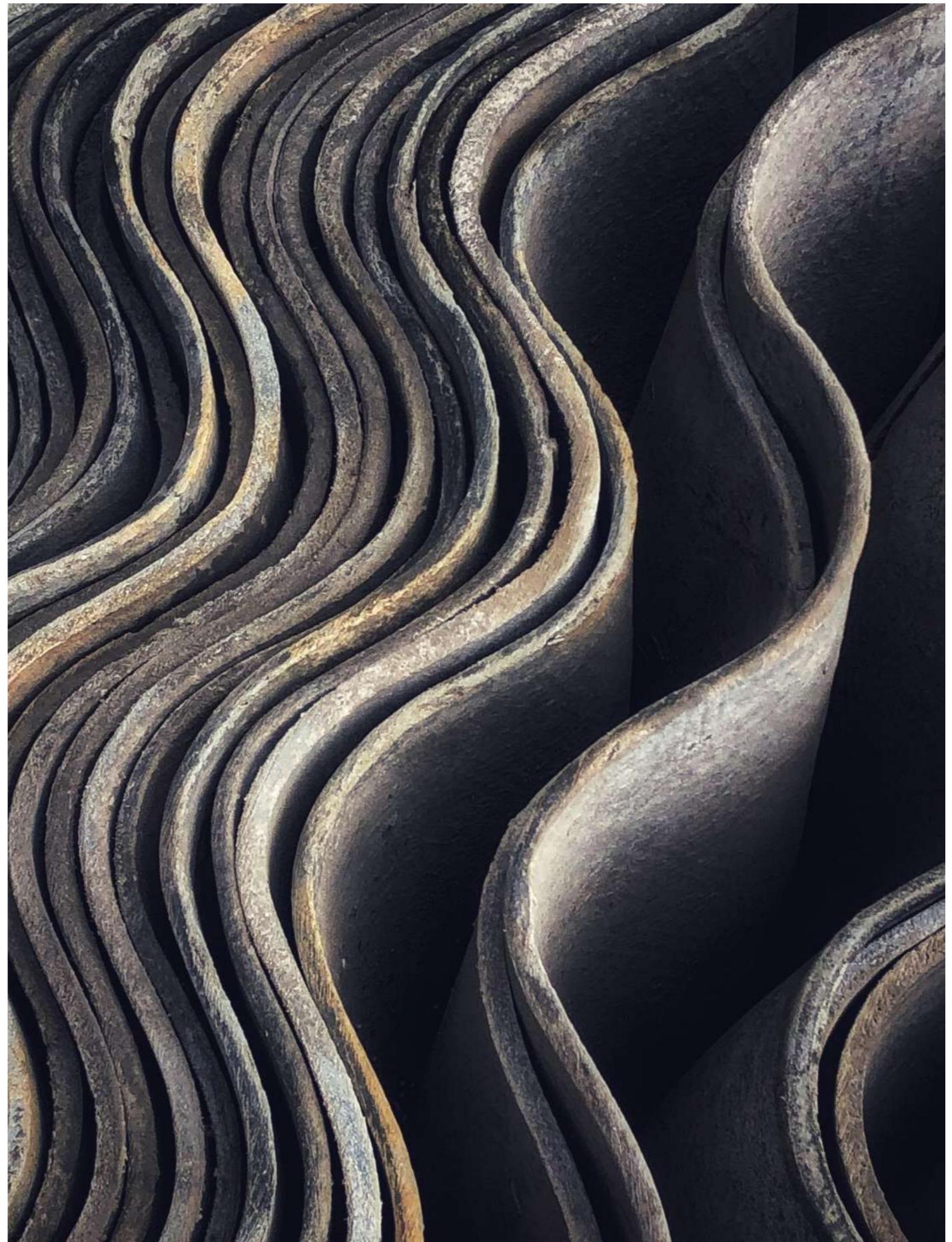
La Cour de cassation n'opère pas un revirement de principe à raison de la trésorerie excédentaire qui ne découlerait pas directement de l'activité opérationnelle éligible.

Elle semble toutefois apporter une nuance concernant la trésorerie provenant de bénéfices découlant de l'activité éligible, mis en réserves et non distribués : elle constituerait un indice à prendre en compte dans l'appréciation du caractère principal de l'activité de la société, en sus de celle directement affectée à l'activité éligible pour les besoins de son fonds de roulement.

Nous pouvons accueillir avec enthousiasme cette solution et serons attentifs à la décision de la cour d'appel de Paris appelée à trancher sur le fond, laquelle devra vraisemblablement apprécier l'ensemble des indices pour apprécier l'activité principale de la société, parmi lesquels la valeur vénale des actifs affectés à l'activité commerciale.

Rappelons que cet arrêt vise le dispositif « Dutreil-ISF » et non pas le dispositif « Dutreil-transmission ». Nous serons donc attentifs à l'évolution de la jurisprudence en matière de « Dutreil-transmission » qui pourrait évoluer dans le même sens ; sauf interprétation plus restrictive de la chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de « Dutreil-transmission » en raison de l'ajout par le législateur, dans le cadre de la loi de finances pour 2024, de l'exclusion pour une société exerçant une activité mixte « *de l'activité de gestion de son propre patrimoine mobilier ou immobilier* ».

PERSPECTIVES



« Au milieu de toute difficulté se trouve
cachée une opportunité. »

Albert Einstein





Michel Abt
Avocat Associé, Genève
Droit fiscal
mabt@fbt.ch

ÉCHANGE INTERNATIONAL DE RENSEIGNEMENTS FISCAUX : MIEUX VAUT AGIR TARD QUE JAMAIS

Bien que les contribuables mis en cause résident souvent à l'étranger, le droit suisse leur confère la possibilité de participer aux procédures en Suisse.

Les droits de participation aux procédures suisses d'assistance fiscale internationale demeurent toutefois souvent lettre morte, faute pour les contribuables étrangers d'être avisés à temps des prérogatives dont ils jouissent. Cela étant, un droit capital apparaît potentiellement imprescriptible: celui de connaître quels renseignements ont été transmis à l'étranger.

1. Droit de participation à la procédure : un mirage dans bien des cas

Lorsqu'une autorité fiscale étrangère enquête sur l'un de ses ressortissants et requiert à cet effet le concours actif de la Suisse, en vue par exemple de se faire remettre des extraits des comptes bancaires de l'intéressé, l'Administration fédérale des contributions (AFC) est alors légalement tenue de notifier à ce contribuable les droits de partie dont il jouit dans le cadre de la procédure suisse.

Le contribuable étranger doit tout d'abord se voir notifier l'existence de la procédure et sa faculté d'y participer.

À cet effet, la Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (LAAF) prévoit, selon un ordre de priorité défini par la loi, pas moins de cinq modalités de notification, lesquelles doivent permettre – dans la mesure du possible – d'atteindre effectivement le destinataire résidant à l'étranger.

En pratique, il n'est toutefois pas rare, pour ne pas dire habituel, que faute de parvenir à notifier directement leurs droits aux parties étrangères, l'AFC s'en remette subsidiairement à une notification par voie de publication dans la Feuille fédérale, canal de communication officiel de la Confédération suisse.

« Le droit d'accéder a posteriori aux renseignements communiqués à l'étranger est une faculté sous-exploitée. »

La communication prend alors une forme laconique du type suivant:

«Communication de l'Administration fédérale des contributions (AFC) – Assistance administrative

1. *Afin de lui permettre de faire valoir son droit d'être entendu, l'AFC invite Madame «Exemple», née le 1^{er} janvier 1920, à désigner, dans un délai de 10 jours dès publication, un représentant en Suisse autorisé à recevoir des notifications, respectivement à transmettre à l'AFC une adresse actuelle en Suisse.*
2. *Le nom et l'adresse du représentant, respectivement l'adresse actuelle en Suisse de la personne habilitée à recourir, doivent être communiqués à l'AFC par e-mail, à administrative.assistance@estv.admin.ch, ou à l'adresse suivante: Administration fédérale des contributions, Eigerstrasse 65, CH-3003 Berne »*

Si les personnes désignées ne se manifestent pas, la procédure se poursuit sans elles. À l'issue de la phase de récolte et d'examen des renseignements, la LAAF impose à l'AFC de procéder à une nouvelle tentative de notification, concernant cette fois-ci la décision finale statuant sur la portée de l'assistance accordée.

En l'absence de réaction, la décision finale autorisant l'assistance sollicitée par l'État requérant devient exécutable à l'issue du délai de recours de 30 jours.

Dans nombre de cas de figure, les renseignements parviennent ainsi à l'autorité fiscale étrangère sans que les contribuables visés aient été concrètement à même de faire usage de leurs «droits suisses de défense».

Faute d'avoir été menée, et donc gagnée en Suisse, la bataille a ensuite toutes les chances de se relocaliser dans l'État requérant, sous forme d'un contrôle fiscal, prélude à un rappel d'impôt et à des sanctions (amendes, voire peines de prison).

2. Droit d'accéder a posteriori aux renseignements communiqués à l'étranger : une faculté sous-exploitée

Une fois nantie des renseignements sollicités via les voies de la coopération interétatique, l'administration fiscale étrangère se retrouve en position de force : elle possède des informations financières sensibles obtenues en Suisse et compte bien s'en servir pour faire pression sur le contribuable.

Il existe éventuellement une solution pour remédier à cette inégalité des armes: celle de requérir et d'obtenir, postérieurement à la clôture de la procédure suisse d'assistance fiscale internationale, un droit de regard sur les renseignements qui ont été communiqués.

Si ce droit d'accès «rétroactif» au dossier est très vraisemblablement inexploité à ce jour, ses assises juridiques apparaissent néanmoins relativement sûres et solides.

Depuis un arrêt de 1969, le Tribunal fédéral reconnaît en effet aux parties à une procédure un droit d'accéder au dossier postérieurement à sa clôture.

Réservé dans un premier temps à des cas exceptionnels, ce droit s'est peu à peu libéralisé.

En l'état actuel de la jurisprudence, l'accès au dossier post-procédure est conditionné à la vraisemblance d'un intérêt

digne de protection (alors qu'il est inconditionnel en cours de procédure). Les exigences jurisprudentielles relatives à la densité de cet intérêt sont toutefois désormais minimales ; le simple fait de vouloir accéder à un dossier en vue d'explorer la pertinence d'une demande de reconsideration a été jugé suffisant.

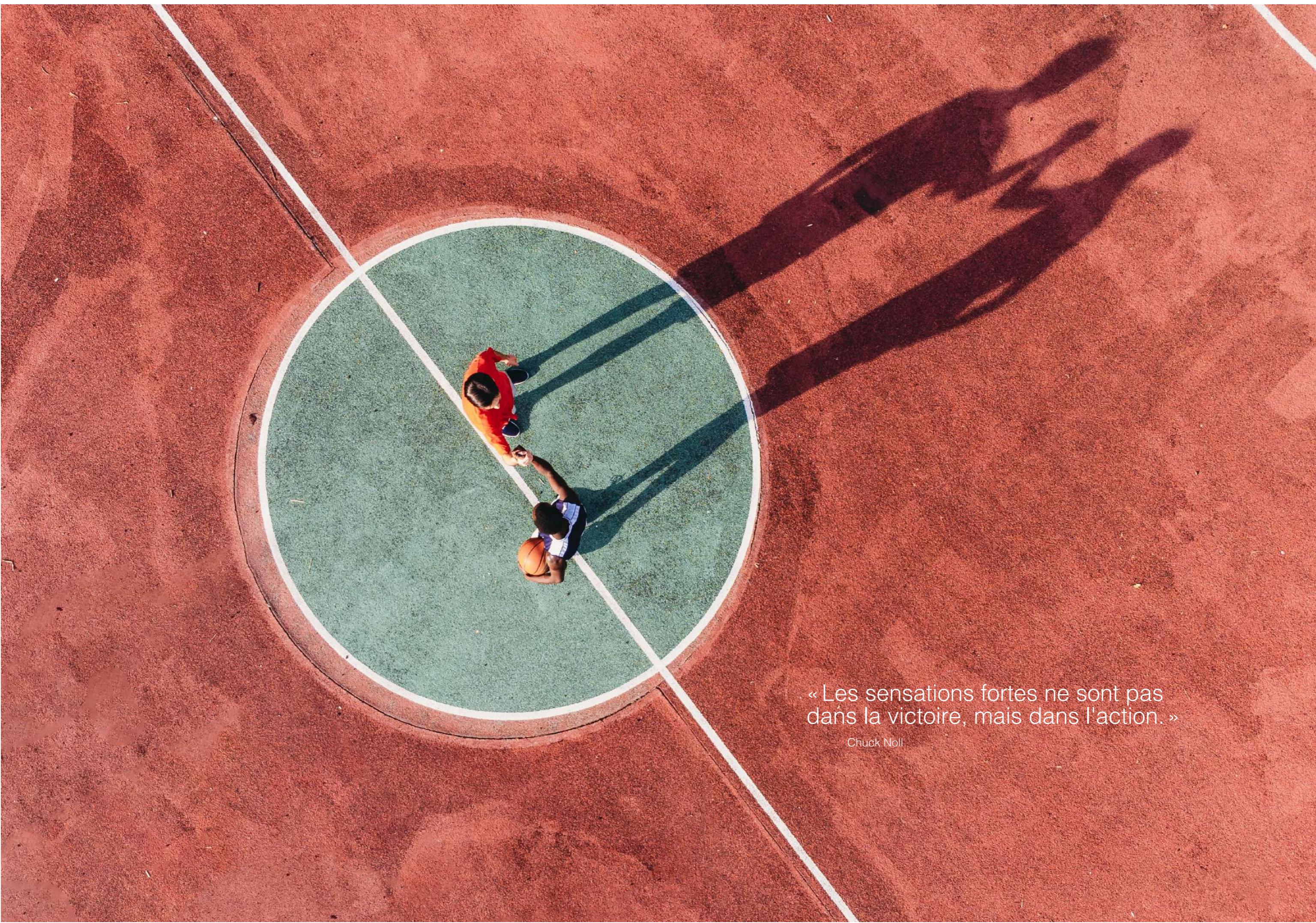
Le droit de consulter un dossier archivé peut cependant être supprimé ou limité si l'intérêt public ou un intérêt prépondérant l'exige. Sous cet angle, une pesée des intérêts doit ainsi intervenir et peut, théoriquement, faire échec à une demande d'accès rétrospectif au dossier.

On l'aura donc compris, les nombreux contribuables étrangers qui auraient manqué de participer à la procédure d'assistance fiscale internationale ouverte en Suisse à leur encontre ont irrémédiablement perdu la faculté de faire échec à la demande d'entraide fiscale les visant.

Cependant, le droit interne suisse permet vraisemblablement de fonder en leur faveur un droit extra procédural d'accès au dossier qui, bien loin de constituer un «gadget judiciaire», représente une arme fondamentale dans la perspective de la défense fiscale (voire pénale) dans l'État requérant.

Sans cela en effet, les contribuables sont doublement perdants: d'une part, ils ont été privés de la possibilité de s'opposer en Suisse à la coopération interétatique dont ils font l'objet et, d'autre part, ils se retrouvent, dans l'État requérant, sous la menace de rappels d'impôt, de lourdes amendes, voire – dans les cas graves – exposés à des peines privatives de liberté, tout en ignorant la nature et la portée des données obtenues en Suisse que l'on ne manquera pas d'exploiter à leur encontre.

PERSPECTIVES



« Les sensations fortes ne sont pas dans la victoire, mais dans l'action. »

Chuck Noll



Frédérique Bensahel
Avocate Associée, Genève
Droit bancaire et financier
(responsable)
fbensahel@fbt.ch

ACCÈS AU MARCHÉ FINANCIER DU ROYAUME-UNI PAR LES PRESTATAIRES SUISSES SELON LE « BERNE FINANCIAL SERVICES AGREEMENT » : QUELLE MUSIQUE D'AVENIR ?

Après plus de deux ans de négociations et d'évaluations approfondies de leurs réglementations respectives, la Suisse et le Royaume-Uni – deux États confrontés à des difficultés d'accès aux marchés financiers européens – ont signé le 21 décembre 2023 le « Berne Financial Services Agreement », un accord de reconnaissance mutuelle dans de nombreux segments financiers.

Les deux États ont reconnu l'équivalence de leur réglementation et de leur système de surveillance dans le domaine bancaire, la gestion d'actifs, les services d'investissement, les assurances et les infrastructures de marchés financiers.

Une fois l'accord ratifié par le Parlement des deux pays, les banques, maisons de titres, directions de fonds, gestionnaires de fortune collective et gestionnaires de fortune suisses pourront fournir une large palette de services d'investissement au Royaume-Uni à la condition qu'ils soient autorisés par la FINMA à rendre les mêmes services en Suisse – et qu'ils les fournissent effectivement – et qu'ils ne soient pas déjà autorisés au Royaume-Uni selon le *Financial Services and Markets Act 2000*. Les établissements suisses seront ainsi dispensés de se conformer aux conditions d'autorisation et aux mesures prudentielles du Royaume-Uni, ce dernier s'appuyant sur l'autorisation d'exercer et les mesures prudentielles suisses. Les services pourront être rendus sur une base cross-border ou par la présence temporaire d'employés sur territoire britannique, pour autant que cette présence ne crée pas un établissement stable.

Avant la fourniture de tout service d'investissement, les établissements financiers suisses devront notifier à la *Financial Conduct Authority* (FCA) et la FINMA, selon les modalités convenues, les services autorisés qu'ils entendent fournir au Royaume-Uni, le type d'instruments financiers qui feront l'objet de ces services et les clients visés. Ils seront ensuite inscrits dans un registre.

Les services d'investissement autorisés sont nombreux et l'autorisation de les fournir dépendra de la question de savoir si l'établissement suisse est autorisé à les rendre en Suisse. Pour les prestataires de services financiers de droit suisse, sont couverts par l'accord la réception et la transmission d'ordres portant sur les instruments financiers désignés par l'accord (comme les valeurs mobilières, les instruments du marché monétaire, les parts de fonds, les options et les dérivés),

« L'intérêt de cet accord pour la place financière suisse réside dans l'accès, à des conditions facilitées, au marché du Royaume-Uni sur une base transfrontalière. »

l'exécution d'ordres pour le compte de clients, la gestion de fortune, le conseil en placement et l'octroi de crédits pour exécuter des opérations sur instruments financiers.

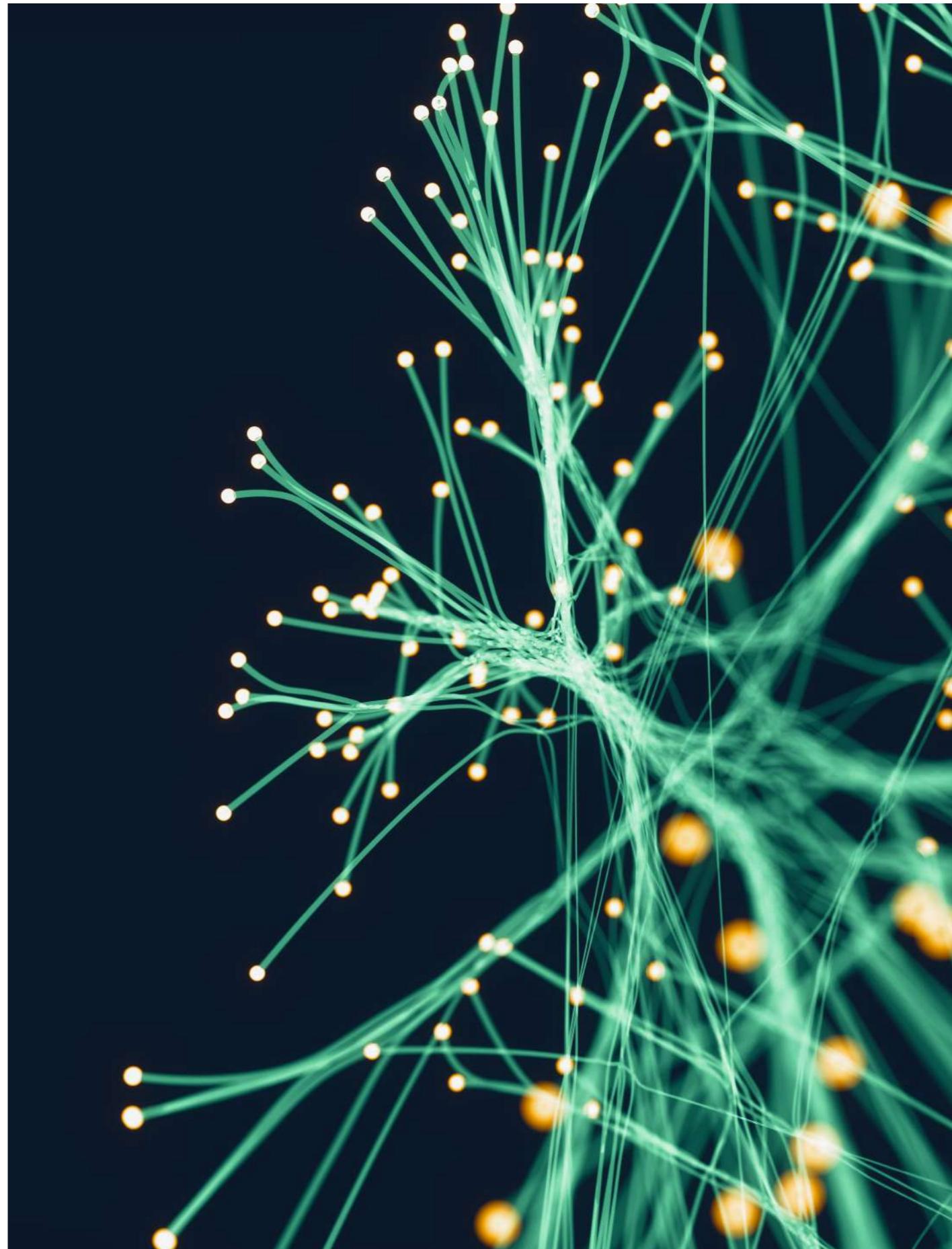
Une fois annoncés à la FCA et inscrits au registre britannique, les prestataires de services financiers suisses pourront fournir des services aux clients désignés selon l'accord, soit les contreparties éligibles (catégorie similaire à celle des clients institutionnels), les clients professionnels *per se* et les clients fortunés (*High Net Worth Covered Clients* (HNWCC)). Cette dernière catégorie diffère légèrement de celle de client privé fortuné habilité à demander à être traité comme un client professionnel selon la LSFIn. Il s'agit de personnes physiques disposant d'une fortune nette de plus de GBP 2 millions qui, compte tenu du service offert et des transactions envisagées, sont en mesure de prendre leurs propres décisions d'investissement et de comprendre les risques impliqués, pour autant qu'ils aient déclaré par écrit qu'ils souhaitent être traités comme des HNWCC pour le service qui va leur être presté et qu'ils comprennent ce faisant renoncer à la protection offerte par la législation du Royaume-Uni. Des règles similaires sont prévues pour les structures d'investissement privées qui agissent pour le compte de personnes physiques résidant au Royaume-Uni.

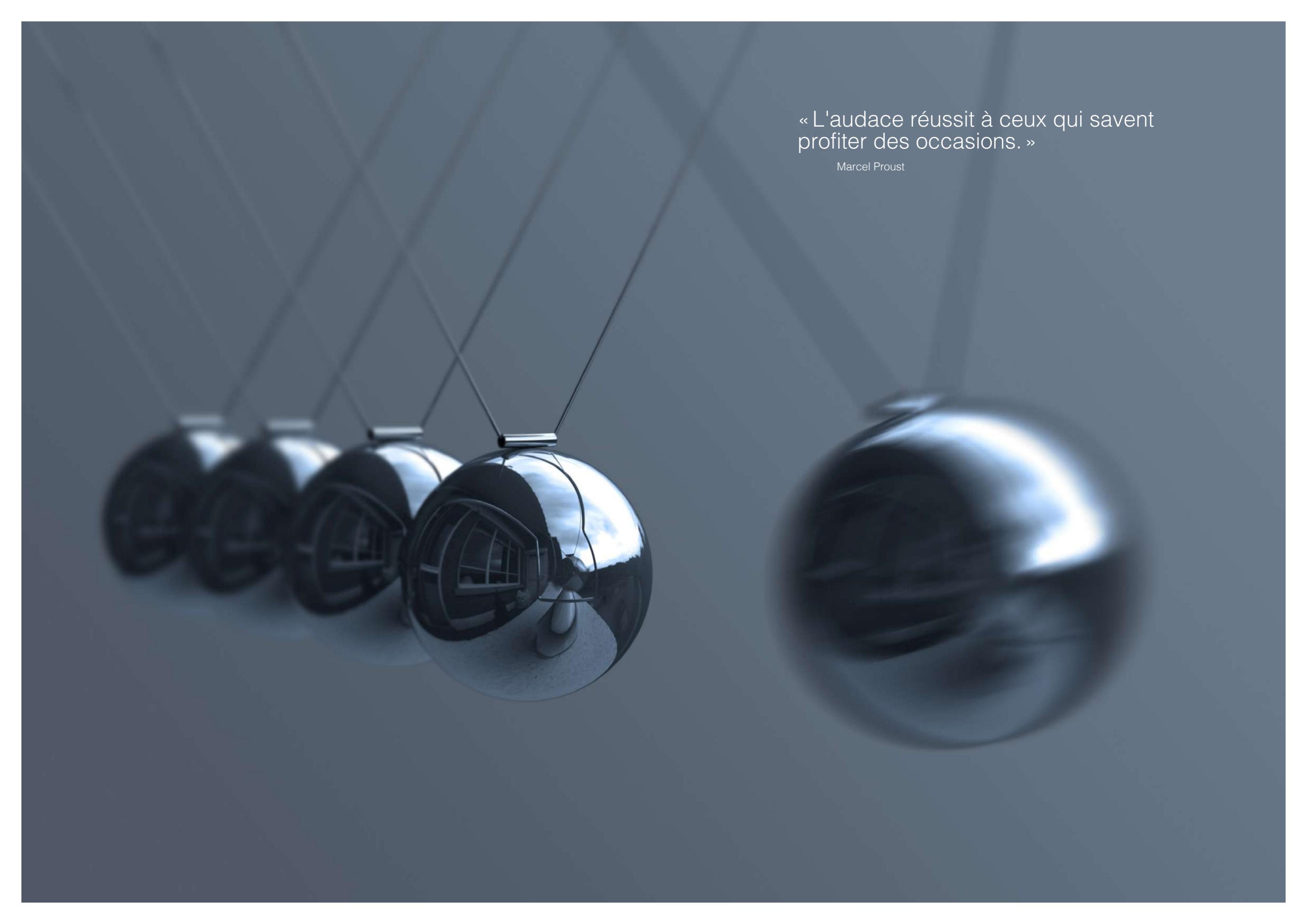
Les prestataires de services financiers suisses qui fourniront leurs services financiers au Royaume-Uni seront assujettis aux règles applicables en Suisse, comme les règles de conduite de la LSFIn. Ils seront toutefois tenus de communiquer des informations supplémentaires aux clients britanniques préalablement à la fourniture des services, relatives notamment à leur absence d'autorisation au Royaume-Uni, au droit applicable à la relation d'affaires ou encore à l'absence de certains droits découlant de la

réglementation britannique. Ils seront aussi tenus de rapporter annuellement certaines informations à la FCA.

La gestion des risques cross-border constitue un défi de taille et un coût pour les prestataires de services financiers; elle constitue aussi une préoccupation importante pour la FINMA. La fourniture de services financiers est en principe réglementée par chaque État et la réglementation étrangère est loin d'être uniforme, ce qui rend généralement l'accès à un marché étranger – lorsqu'il est possible – onéreux et très complexe au niveau opérationnel. Le Berne Financial Services Agreement permettra aux prestataires suisses de faire la promotion et de rendre des services financiers non seulement sans obligation d'autorisation mais encore dans l'application de leurs propres règles prudentielles. La gestion des risques des prestataires s'en trouvera ainsi largement facilitée. L'adoption de l'accord laisse présager de réjouissantes perspectives de développement pour l'industrie financière suisse sur l'une des principales places financières mondiales.

PERSPECTIVES





« L'audace réussit à ceux qui savent profiter des occasions. »

Marcel Proust



Marco Villa
Avocat Associé, Genève
Droit des sociétés et contrats
(responsable)
mvilla@fbt.ch

LE CYCLISTE, LE VÉLO DÉFECTUEUX, LE RESPONSABLE CIVIL ET LE TRIBUNAL COMPÉTENT

Dans une récente décision relative à l'application de la Convention de Lugano (CL) en matière de compétence et de reconnaissance de décisions étrangères, le Tribunal fédéral a eu à se prononcer sur la question de savoir s'il existait un *for civil* au lieu de la *conception* d'une chose défectueuse, lorsque l'action civile est fondée sur la responsabilité du fait des produits.

Dans cette affaire, un cycliste italien avait acheté un vélo en Italie. Lors d'un trajet avec ce vélo, toujours en Italie, le cycliste avait chuté et s'était blessé. Le cycliste a soutenu que la fourche du vélo était défectueuse. Le vélo en question a été conçu par une entreprise en Suisse ; les pièces nécessaires à sa construction ont été fabriquées en Chine et le vélo a été assemblé aux Pays-Bas ; la distribution de ce produit s'est par ailleurs faite depuis la Belgique. La société suisse a contesté tout défaut et soutenu que la chute du cycliste trouvait son origine dans des modifications apportées par le cycliste au vélo. La société suisse, devançant le cycliste, a ouvert action en constatation de droit négative en Suisse : il s'agissait pour la société suisse de faire constater (en Suisse) qu'elle avait vérifié que le produit répondait à toutes les normes de sécurité, de sorte qu'il n'y avait pas lieu à responsabilité.

La société suisse, reconnaissant sa qualité de « productrice » du vélo, soutenait que, s'agissant d'une action en lien avec un cas de responsabilité du fait des produits, un *for en Suisse* devait être retenu au titre de l'article 5 paragraphe 3 de la Convention de Lugano. Cette disposition prévoit en substance qu'il existe un *for*, en cas d'acte illicite (auquel se rattache la problématique de la responsabilité du fait des produits), au lieu de la « commission de l'acte illicite ». Pour la société suisse, le *lieu* – en Suisse – de la *conception* du vélo prétendument défectueux devait être retenu comme lieu de la « commission de l'acte illicite ».

Le cycliste italien, pour sa part, soutenait au contraire qu'il devait être attrait soit au *for ordinaire* de son domicile, soit – s'agissant du lieu relatif à la « commission de l'acte illicite » – au *lieu où l'accident causé par le défaut allégué s'était produit*, en Italie.

« La décision du Tribunal fédéral est riche d'enseignements pour les sociétés suisses qui conçoivent en Suisse mais font produire à l'étranger des produits. »

Quant au Tribunal cantonal, il a considéré que le lieu de commission de l'acte illicite, c'est-à-dire le lieu de l'événement causal à l'origine du dommage, était le lieu de fabrication du produit en cause. Constatant que le lieu de fabrication « matérielle » du produit ne se trouvait pas en Suisse, mais en Chine, voire aux Pays-Bas pour ce qui est de l'assemblage du vélo, il a considéré qu'il n'y avait pas de for en Suisse, dans la mesure où la conception du vélo n'était pas remise en cause puisque c'était un défaut de fabrication matérielle de la fourche du vélo qui était invoqué.

Saisi de la question, le Tribunal fédéral commence par rappeler que l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire » au sens de l'article 5 par. 3 CL vise à la fois le lieu de l'événement causal qui est à l'origine du dommage, autrement dit le lieu de commission de l'acte, et le lieu de la matérialisation du dommage, c'est-à-dire le lieu du résultat de l'acte. Si ces lieux ne sont pas identiques, le défendeur peut être attrait, au choix du demandeur, devant les tribunaux compétents d'un lieu ou de l'autre.

Le Tribunal fédéral retient ensuite que le choix du for selon l'article 5 par. 3 CL est ouvert non seulement à celui qui se prétend victime d'un acte délictuel (par exemple : le cycliste) mais également à celui qui cherche à faire constater par une action négatoire de droit qu'il n'est pas responsable ou débiteur d'une prétendue créance fondée sur un acte illicite (par exemple : la société suisse).

Enfin, le Tribunal fédéral se penche sur la notion du « lieu de commission de l'acte illicite » dans le cadre d'un litige portant sur un cas de responsabilité du fait des produits. À ce propos, le Tribunal fédéral observe qu'il n'est guère aisément déterminer ce lieu, précisément parce que le défaut d'un

produit peut découler de sa conception, de sa fabrication, voire de la façon dont il est commercialisé.

En premier lieu, le Tribunal fédéral écarte l'approche selon laquelle seraient compétents les tribunaux de tous les lieux où le produit prétendument défectueux a pu être réalisé, respectivement où tous les composants ont été fabriqués. En particulier, le producteur d'un bien défectueux ne saurait être attrait dans tous les États de fabrication matérielle de toutes les pièces détachées qui composent le produit. Il ne convient donc pas de considérer que sont pertinents pour l'application de l'article 5 par. 3 CL tous les lieux où le concepteur/producteur fait réaliser ses produits par des tiers.

En second lieu, le Tribunal fédéral retient que le lésé, même s'il n'est pas demandeur à l'action, entend en fait bien mettre en cause la responsabilité de la société suisse qui a conçu et produit (ou plutôt : fait produire) le vélo prétendument défectueux. Corollaire du point précédent, le Tribunal fédéral constate également que le cycliste ne prétend pas qu'il aurait souhaité agir en Chine contre une société sous-traitante chinoise qui fabrique les pièces dont est composé le vélo, ni contre la société sous-traitante hollandaise qui assemble les pièces, deux entités qui lui sont certainement inconnues. Comme le dit le Tribunal fédéral : les fabricants de pièces détachées et l'assembleur ne sont que des auxiliaires de la société suisse, dont celle-ci est responsable vis-à-vis de l'acquéreur du produit fini.

Le Tribunal fédéral conclut donc en retenant qu'il existe bel et bien un for en Suisse, au lieu où le responsable auquel le cycliste impute le défaut a conçu et produit (plus exactement : fait produire) le vélo prétendument défectueux.

La décision du Tribunal fédéral est riche d'enseignements pour les sociétés suisses qui conçoivent en Suisse mais font produire à l'étranger des produits. Premièrement, le lieu de conception d'un produit s'avère être pertinent s'agissant du for d'une action fondée sur la responsabilité du fait des produits. Deuxièmement, une telle action peut prendre la forme d'une action en constatation négative de droit, et les sociétés bien conseillées ne manqueront pas de « prendre les devants » pour créer une litispendance au for de leur siège plutôt que d'être attraites à l'étranger. Troisièmement, ces principes sont aussi susceptibles de s'appliquer à des actions analogues, comme une action en constatation de droit négative fondée sur le droit des cartels ou portant sur une absence de responsabilité délictuelle en matière de concurrence.

PERSPECTIVES



« Il n'y a point d'avantages trop éloignés
à qui s'y prépare par la patience. »

Jean de La Bruyère



Serge Fasel
Avocat Associé, Genève
Droit du travail
(responsable)
sfasel@fbt.ch

FIN DES RAPPORTS EN DROIT DU TRAVAIL, CONVENTIONS ET COTISATIONS SOCIALES

Le règlement conventionnel des fins litigieuses des rapports de travail génère régulièrement des questions en lien avec la soumission (ou pas) aux charges sociales des indemnités payées par l'employeur.

Cette contribution a pour objet de faire un point de situation.

Pour saisir les enjeux des cotisations sociales, il est essentiel de comprendre ce qu'est le salaire déterminant. Selon la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivant (LAVS), le salaire déterminant inclut toute rémunération pour un travail dépendant fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Cette rémunération comprend toutes les sommes touchées par le salarié à condition que leur versement soit économiquement lié au contrat de travail. Peu importe que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole. Le salaire déterminant est soumis aux cotisations sociales.

Ainsi, toute indemnité ou prestation ayant une relation avec les rapports de service est considérée comme un revenu faisant partie du salaire. Si les rétributions n'ont aucun lien direct sur le plan juridique et économique avec la prestation de travail, alors, elles ne rentrent pas dans le salaire déterminant et ne seront donc pas soumises aux cotisations sociales.

Les rétributions versées par l'employeur suite à la cessation totale des rapports de service font partie du salaire déterminant et des cotisations devront ainsi être payées. Le motif juridique de la résiliation des rapports de travail est sans importance. Pour le Tribunal fédéral, sont considérées comme des rétributions entrant dans le salaire déterminant : les paiements effectués lors du licenciement d'un directeur, la créance du salarié en raison de la résiliation anticipée des rapports de service suite à la faillite de l'employeur, des indemnités versées à un travailleur sans travail effectif dues à la volonté de poursuivre la relation de travail, des indemnités versées en contrepartie de la renonciation à l'exercice d'une activité lucrative ainsi que le transfert du capital de couverture versé sans obligation réglementaire lors d'une retraite anticipée, ou encore la créance en dommages-intérêts lors d'un licenciement immédiat injustifié.

« Lors de la cessation des rapports de travail, certaines indemnités ou transactions peuvent être soumises aux cotisations sociales. »

Concernant les prestations sociales versées au salarié en cas de prévoyance professionnelle insuffisante ou lors de la résiliation des rapports de travail pour des impératifs d'exploitation, celles-ci sont en revanche exceptées du salaire déterminant jusqu'à concurrence de la moitié de la rente vieillesse mensuelle minimale dans le premier cas, et jusqu'à quatre fois et demi la rente vieillesse annuelle maximale dans le second cas.

En cas de litige avec son employeur, les indemnités perçues par l'employé à la suite d'une résiliation abusive ou d'une résiliation immédiate injustifiée fixées par le juge ne font pas partie du salaire déterminant. Les indemnités perçues ont une double finalité ; celle d'être punitive mais également réparatrice, elles ne sont donc pas assimilables à un salaire provenant d'une activité lucrative. En revanche, en cas de licenciement immédiat injustifié, le salaire manquant versé jusqu'au délai de congé ordinaire sera soumis aux cotisations sociales. Par ailleurs, les intérêts, et les intérêts composés, versés sur des salaires payés en retard par l'employeur ne font pas partie du salaire déterminant et ne sont donc pas soumis à cotisation.

Sur le plan fiscal, l'indemnité pour licenciement abusif entre dans le cadre des versements à titre de réparation de tort moral prévu par la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD). Il s'agit donc d'un revenu exonéré d'impôt fédéral. Peu importe que le versement intervienne sur la base d'un jugement ou d'un accord passé entre les parties. Cependant, un accord mentionnant qu'il est « sans reconnaissance de faute de la part de l'employeur » ne sera pas considéré comme un versement à titre de réparation de tort moral et sera soumis à l'impôt fédéral direct. Par ailleurs, certaines

administrations fiscales cantonales acceptent les honoraires d'avocat nécessaires pour obtenir le versement d'un revenu (par ex. salaire, heures supplémentaires) comme des « frais d'acquisition du revenu » qui pourront être déduits du revenu.

Dans le cadre d'un accord de résiliation, plus communément connu sous le nom de convention de départ, l'employé et l'employeur se mettent d'accord sur une fin des rapports de travail. La convention de résiliation doit impérativement respecter deux conditions, à savoir (1) la volonté des parties de se départir du contrat doit être clairement établie et (2) elle doit contenir des concessions réciproques. Selon le Tribunal fédéral, une telle convention représente une perte d'avantage pour l'employé du point de vue du droit du travail et des assurances sociales. En effet, avec ces conventions, l'employé renonce, en principe, à la protection contre les licenciements abusifs et elles entraînent des pénalités au niveau de l'assurance-chômage. La convention doit donc contenir des concessions équivalentes de la part de l'employeur, comme par exemple : verser une indemnité de départ, octroyer un outplacement ou encore libérer immédiatement l'employé de l'obligation travailler. Si les concessions ne sont pas considérées comme équivalentes, alors l'accord est considéré comme nul et sera interprété comme un licenciement. L'accord de résiliation vaut quittance pour solde de tout compte et prétention. Par précaution, il est recommandé à l'employeur de ne verser les prestations en argent qu'après que l'employé a, par écrit, confirmé qu'il est toujours en accord avec la convention et qu'il confirme sa renonciation à toute autre prétention. Cette confirmation intervient, en principe, un mois et un jour après la fin des rapports de travail.

Lorsque la transaction ne touche pas à la résiliation des rapports contractuels, il s'agit d'une transaction limitée aux modalités de la fin des rapports de travail. Dans ce cas, les parties n'ayant pas écarté contractuellement la protection contre les congés, elles y restent soumises. Pour le surplus, même dans une transaction limitée aux modalités de résiliation, le travailleur ne peut pas disposer librement des créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. En particulier, il ne peut pas y renoncer sans contrepartie correspondante. Ainsi, lors d'une transaction limitée aux modalités de la fin des rapports de travail, il faut aussi qu'il y ait une équivalence appropriée des concessions réciproques, c'est-à-dire que les prétentions auxquelles chaque partie renonce soient de valeur comparable.

Enfin, une indemnité pour licenciement abusif ou licenciement immédiat injustifié résultant d'une transaction judiciaire ou extrajudiciaire peut également être exceptée du salaire déterminant si le texte de la transaction remplit deux conditions cumulatives. Ainsi, il faut présenter à la caisse de compensation une documentation qui ne laisse aucun doute sur le fait qu'il s'agit (1) exclusivement d'une indemnité pour transaction et qu'elle ne comprend pas d'autres créances, et (2) le montant de l'indemnité est clairement établi. La première condition n'est pas toujours facile à remplir, l'employeur ne souhaitant généralement pas reconnaître de faute. Le bon maniement de la plume est indispensable dans la rédaction d'une telle transaction. Il est, par ailleurs, toujours possible et recommandé, avant de signer ladite transaction, de demander à la caisse de compensation si la formulation comprise dans la convention respecte bien ces conditions.

Lors de la cessation des rapports de travail, certaines indemnités ou transactions peuvent être soumises aux cotisations sociales. Afin d'en limiter la portée, une attention particulière devra être apportée sur le libellé et le contenu des conventions.

PERSPECTIVES



« La divinité de l'homme réside
dans sa singularité. »

Ursula Le Guin



Olivia de Weck
Avocate Associée, Genève
Contentieux et arbitrage
odeweck@fbt.ch

IMPACT DE LA CONCLUSION D'UN BAIL SUR LE GAGE IMMOBILIER : INTÉRÊTS DU CRÉANCIER GAGISTE VS INTÉRÊTS DU LOCATAIRE

Lorsqu'une banque octroie un crédit à un tiers, elle s'efforce de minimiser les risques inhérents et de garantir le remboursement intégral. Le recours aux gages immobiliers s'inscrit comme une stratégie courante pour sécuriser ces prêts. Le droit de gage immobilier, qui est un droit réel limité, permet au propriétaire d'un immeuble de tirer profit de la valeur de celui-ci en l'affectant à la garantie d'une créance.

Parallèlement, il permet au créancier d'exiger, une fois la créance exigible, la réalisation forcée de l'immeuble. Le droit de gage réserve au créancier une partie ou la totalité de la valeur de l'immeuble, lui permettant de contester toute action du propriétaire pouvant réduire cette valeur (art. 808 ss CC).

En d'autres termes, le gage offre au créancier gagiste la possibilité de recouvrer ses créances en cas de non-remboursement par le débiteur, notamment par la vente aux enchères publiques de l'immeuble grevé.

L'art. 812 al. 1 CC accorde au propriétaire d'un immeuble déjà grevé d'un droit de gage la possibilité de le grever d'autres droits réels. Cependant, l'alinéa 2 de cet article dispose que le droit de gage prévaut sur les servitudes ou charges foncières établies ultérieurement, à moins que le créancier n'ait autorisé leur constitution. Cette règle de la priorité temporelle du gage est reprise dans le droit des poursuites à l'art. 142 LP, qui prévoit dans ces cas la procédure de la double mise à prix, destinée à protéger le créancier gagiste.

Cette procédure permet au créancier gagiste de rang antérieur de faire supprimer de l'état des charges les charges potentiellement dépréciatives constituées sans son autorisation. Les charges potentiellement dépréciatives sont énumérées de manière exhaustive aux articles 812, alinéa 2 CC (servitudes ou charges foncières : des droits réels limités) et 142, alinéa 1 LP (servitudes, charges foncières, droits réels limités, droits personnels annotés dans les cas expressément prévus par la loi, art. 959, alinéa 1 CC). Ces charges doivent apparaître dans l'extrait du registre foncier, communiqué ou vérifié par l'office des poursuites (art. 28, alinéa 1 ORFI), ou avoir été produites et inscrites dans l'état des charges passé en force (form. ORFI No 9b P).

S'agissant de la question du bail, prémissse de cet article, il convient de souligner qu'un contrat de bail n'est ni une servitude, ni une charge foncière, ni un droit réel limité au sens du Code civil.

«Un immeuble assorti d'un bail, alors que l'acheteur potentiel souhaite y vivre, est d'ores et déjà susceptible de déprécier la valeur d'adjudication, et ce, indépendamment du critère de la durée.»

Un bail, conclu postérieurement à la constitution du gage, peut néanmoins entamer la valeur de garantie du gage. En effet, selon le principe « *la vente ne rompt pas le bail* » (art. 261 al. 1 CO), l'acquéreur de l'immeuble réalisé aux enchères l'acquiert avec le bail, ce qui limite l'usage que le nouveau propriétaire peut en faire.

La question qui en découle est de savoir si la procédure de double mise à prix peut s'appliquer aux baux ?

Le Tribunal fédéral s'est penché sur cette problématique il y a plus de vingt ans et a conclu, dans deux arrêts distincts, que la double mise à prix est admissible pour les baux de longue durée, qu'ils soient annotés ou non.

En effet, selon le Tribunal fédéral, tout bail d'une durée résiduelle supérieure au délai légal de congé de trois mois (habitations) ou six mois (local commercial) fixé par l'art. 266c et 266d CO est susceptible de dévaluer l'objet du gage et donc de faire l'objet d'une double mise à prix.

Plusieurs raisons l'ont mené à cette solution.

Tout d'abord, lors de l'adoption de l'art. 261 CO, qui établit le principe du transfert légal du bail à l'acquéreur, le législateur visait à protéger le locataire de manière pragmatique. Toutefois, cette protection a été instaurée sans une évaluation approfondie de toutes les conséquences de cette nouvelle règle.

Ensuite, l'examen des travaux préparatoires et parlementaires révèle que le rapport entre l'art. 261 CO et la problématique

spécifique de l'exécution forcée n'a jamais été abordé, que ce soit lors de la révision du droit du bail ou de la loi sur la poursuite pour dettes et faillite (LP). Aucun élément ne permet donc de penser qu'il aurait été envisagé de favoriser les locataires par rapport aux créanciers gagistes dans le cadre de l'exécution forcée.

Enfin, il serait illogique de privilégier les locataires, dont le lien réel avec le bien est limité, par rapport aux titulaires de véritables droits réels, tels que les droits d'habitation, de superficie ou d'usufruit. Ces derniers, ayant des droits réels sur le bien, méritent une protection plus grande dans le cadre de l'exécution forcée.

Le Tribunal fédéral en a déduit que le législateur ne s'est pas rendu compte qu'il remettait en question la cohérence du concept de la double mise à prix de l'art. 142 al. 1 LP. Le Tribunal fédéral a en conséquence considéré que l'on n'était pas en présence d'un silence qualifié du législateur, mais d'une lacune de la loi, à combler selon l'art. 1 CC, par analogie au modèle de l'art. 812 CC et des dispositions correspondantes du droit des poursuites.

En conclusion, la décision du Tribunal fédéral de permettre la double mise à prix pour tous les baux de longue durée, qu'ils soient annotés ou non, s'aligne avec la logique juridique et la protection équilibrée des intérêts des créanciers gagistes et des locataires.

Cela étant dit, quelle est l'issue d'une double mise à prix dans l'hypothèse où l'immeuble est adjugé sans le bail ?

Dans ce cas de figure, le Tribunal fédéral considère que, conformément à l'art. 261 al. 1 CO, le bail est transféré à l'adjudicataire selon le principe « *la vente ne rompt pas le bail* » mais que la portée de cette disposition est limitée : le bail pourra être résilié pour le prochain terme légal, même sans besoin urgent du nouveau propriétaire.

S'agissant de la solution à laquelle parvient le Tribunal fédéral, nous sommes d'avis qu'elle est suffisante mais pas satisfaisante. Le législateur devrait se pencher sur cette problématique.

En effet, premièrement, le Tribunal fédéral n'admet cette possibilité que pour les baux de longue durée.

Deuxièmement, le critère de la durée résiduelle du bail n'est certes pas érigé en condition de la double mise à prix par les normes sur lesquelles celle-ci se fonde (art. 812 CC et 142 LP), mais il s'avère déterminant dans le choix du créancier gagiste de faire usage ou non de la faculté d'exiger la double mise à prix.

Troisièmement, le Tribunal fédéral est d'avis que l'intérêt du créancier gagiste ne se justifie en principe pas lorsque cette durée est courte, en tout cas égale ou inférieure au délai légal fixé par les art. 266c et 266d CO, ce qui signifie que le Tribunal fédéral ne reconnaît pas l'impact dépréciatif d'un bail pour les baux « de courte durée ».

Or, nous considérons qu'un immeuble assorti d'un bail, alors que l'acheteur potentiel souhaite y vivre, est d'ores et déjà susceptible de déprécier la valeur d'adjudication, et ce, indépendamment du critère de la durée.

En effet, la simple idée de devoir résilier le contrat de bail d'un locataire inconnu, et de ne pas pouvoir exclure que ce dernier ne s'oppose à la résiliation, ou pire encore, intente des actions judiciaires pour ralentir coûte que coûte son départ, devrait à notre sens suffire pour considérer tout bail comme susceptible de déprécier la valeur de l'objet du gage. Du côté du locataire, ce dernier devrait, à notre sens, pouvoir se retourner contre le bailleur précédent. En effet, en raison des actions ou inactions de ce dernier, le nouveau bailleur peut résilier le contrat de bail sans se prévaloir de l'urgence. Le locataire perd donc une partie de la protection accordée par l'art. 261 al. 2 let. a CO pour une raison qui ne lui est pas imputable.

À notre sens, le législateur devrait songer à modifier l'art. 261 CO en intégrant un alinéa selon lequel « *si le nouveau propriétaire résilie le contrat au motif de la double mise à prix, le bailleur précédent répond de tous les dommages ainsi causés au locataire* ». Cet ajout garantirait une protection équitable pour les locataires tout en préservant les droits des créanciers gagistes.

PERSPECTIVES



“La sérénité, c'est l'absence de doute.”

Jean-Michel Wyl

NOS COMPÉTENCES

PERSPECTIVES / AUTOMNE 2024

DROIT FISCAL

FBT Avocats SA est l'une des rares études 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.



Alain Moreau
Avocat Associé, Paris



Jean-Luc Bochatay
Avocat Associé, Genève



Michel Abt
Avocat Associé, Genève



Stéphanie Barreira
Avocate Associée, Paris

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



Jérôme Bissardon
Avocat Associé, Paris



Romain Baume
Avocat, Genève



Hasna Prêtre
Juriste fiscaliste, Genève



Clémence Jeulin
Juriste fiscaliste, Paris



Alix Caillard
Juriste fiscaliste, Paris



Camille Fournier
Juriste fiscaliste, Paris



Ludovic Pallas
Juriste fiscaliste, Paris

NOS COMPÉTENCES

PERSPECTIVES / AUTOMNE 2024

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER

Depuis près de 30 ans, le droit bancaire et financier est l'un des cœurs de métier de l'étude. 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 étude 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.



Frédérique Bensahel
Avocate Associée, Genève



Jean-Louis Tsimaratos
Avocat Associé, Genève



Marco Villa
Avocat Associé, Genève



Michel Abt
Avocat Associé, Genève

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.



Jean-Marie Kiener
Avocat Counsel, Genève



Aurélie Moyal-Azra
Avocate, Genève



Julien Le Fort
Avocat, Genève



Noémie Pauli
Avocate, Genève



Jean de Skowronski
Of Counsel, Genève



Joanna Ybarra
Avocate, Genève



Véronique Chatelain
Juriste, Genève

NOS COMPÉTENCES

PERSPECTIVES / AUTOMNE 2024

DROIT DES SOCIETES 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'étude 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'activité. Nos avocats assistent et accompagnent les clients dans la structuration et la prise de décisions complexes.



Marco Villa
Avocat Associé, Genève



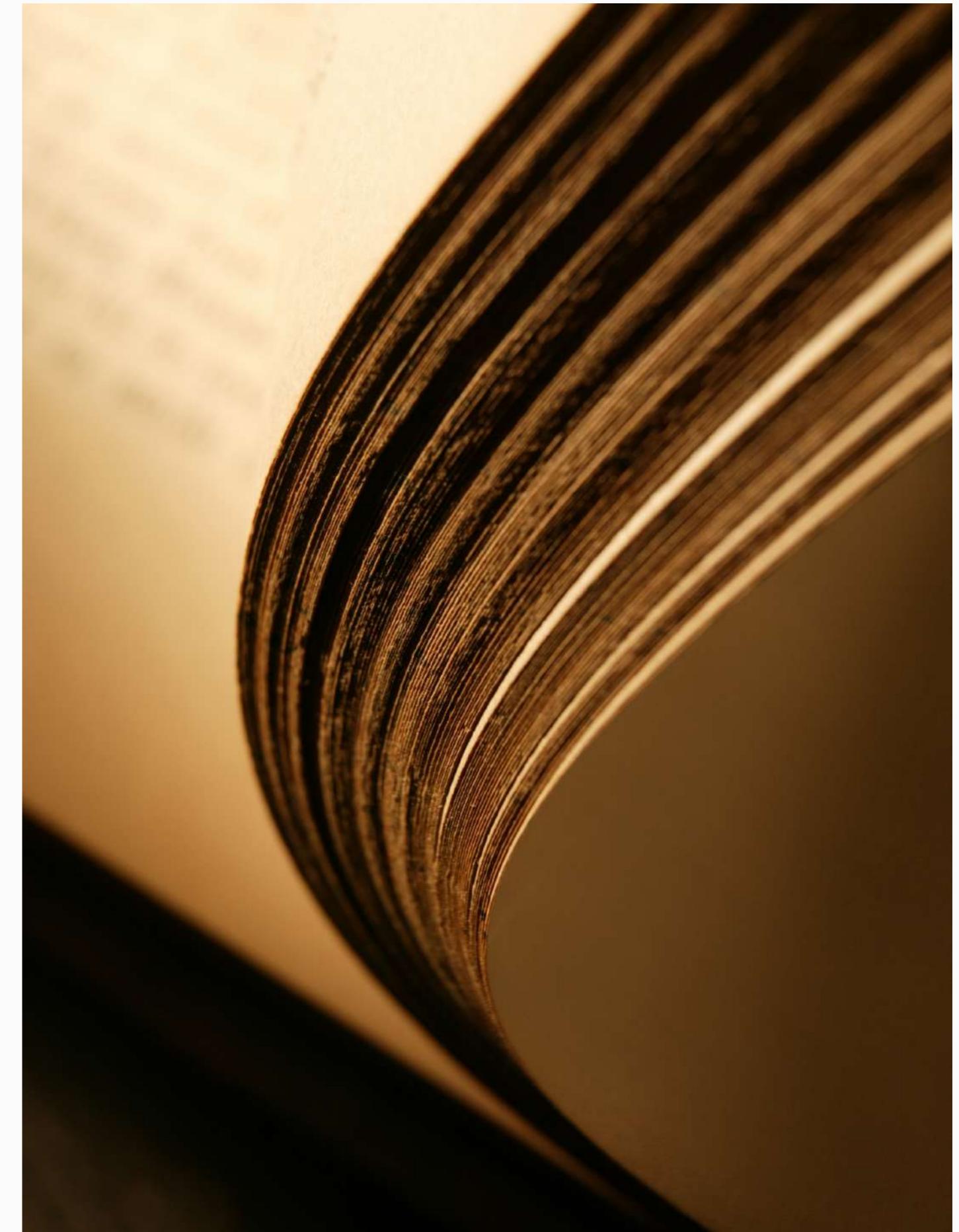
Jean-Luc Bochatay
Avocat Associé, Genève



Jérôme Bissardon
Avocat Associé, Paris



Julien Le Fort
Avocat, Genève



CONTENTIEUX ET ARBITRAGE

Depuis plus de 30 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 permet 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.



Serge Fasel
Avocat Associé, Genève



Olivia de Weck
Avocate Associée, Genève

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 pour certains d'un cursus militaire, offrent à nos clients un service performant.

L'étude 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.



Sara Pugliese-Charfadi
Avocate, Genève



Joanna Ybarra
Avocate, Genève



Colombe Jacob
Avocate stagiaire, Genève



Rodrigo Da Silva
Avocat stagiaire, Genève



Mehdi Lasbet
Avocat stagiaire, Genève

NOS COMPÉTENCES

PERSPECTIVES / AUTOMNE 2024

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 30 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, 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.

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



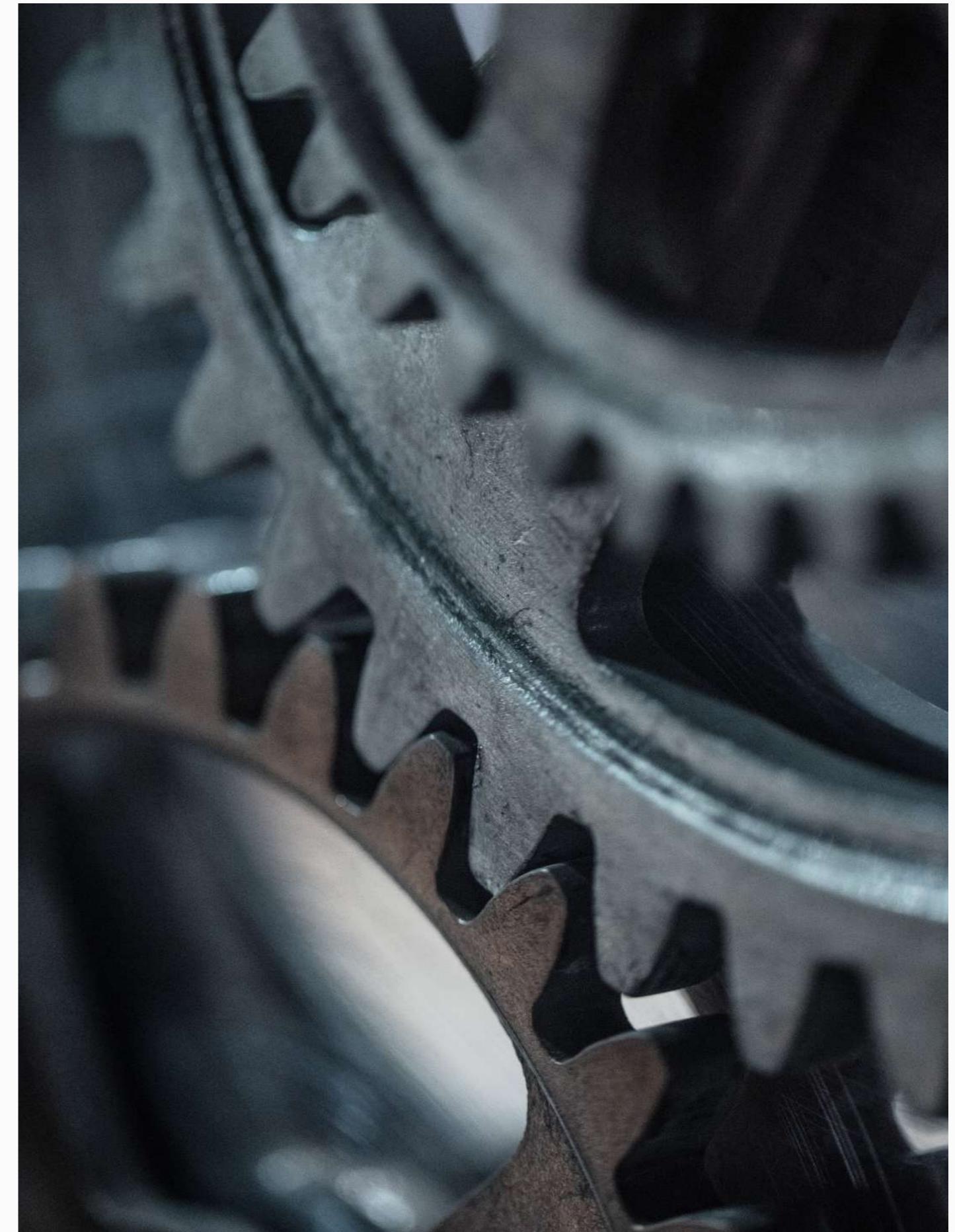
Serge Fasel
Avocat Associé, Genève



Olivia de Weck
Avocate Associée, Genève



Sara Pugliese-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 à leurs domaines d'activité. Nos avocats gèrent des dossiers complexes impliquant des enjeux transfrontaliers, motivant l'intervention de nos deux entités basées à Genève et à Paris.



Pascale Cano
Avocate, Paris



Jean-Luc Bochatay
Avocat Associé, Genève



Frédérique Bensahel
Avocate Associée, Genève



Jean-Louis Tsimaratos
Avocat Associé, Genève

Les équipes travaillent également en étroite collaboration avec les autres groupes de compétences de FBT Avocats SA, afin de fournir le meilleur conseil juridique à nos clients.

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



Michel Abt
Avocat Associé, Genève



Stéphanie Barreira
Avocate Associée, Paris



Jérôme Bissardon
Avocat Associé, Paris



Véronique Chatelain
Juriste, Genève

NOUVEAUX PROFILS



Colombe Jacob
Avocate stagiaire, Genève



Rodrigo Domingos Da Silva
Avocat stagiaire, Genève

M^e Colombe Jacob est titulaire d'un bachelor en relations internationales, d'un master en droit général et d'un certificat de droit transnational décernés par l'Université de Genève. Elle a perfectionné son approche internationale par diverses mobilités universitaires à l'Université Complutense de Madrid ainsi qu'à l'Université Laval au Canada. Avant de rejoindre notre étude en qualité d'avocate stagiaire dans les groupes judiciaire et fiscal, M^e Colombe Jacob a travaillé en tant que Tax and Regulatory Compliance Officer au sein d'une grande banque genevoise. Elle a par ailleurs effectué plusieurs stages dans des banques internationales durant ses études. M^e Colombe Jacob est de langue maternelle française, parle couramment l'anglais et maîtrise l'espagnol.

M^e Rodrigo Domingos Da Silva est titulaire d'un master en droit général et d'un certificat en droit transnational, obtenus à l'Université de Genève. Avant de rejoindre notre étude (groupes judiciaire et bancaire) en tant qu'avocat stagiaire, il a acquis une expérience significative au sein d'une étude d'avocats genevoise, notamment sur un dossier complexe et médiatique relatif aux crimes contre l'humanité, renforçant ses compétences en matière de procédures devant le Ministère public de la Confédération. M^e Rodrigo Domingos Da Silva se distingue par son sens aigu du détail, en mettant l'accent sur des aspects qui, bien que parfois mineurs, peuvent avoir une importance cruciale. Il a une affinité particulière pour le contentieux et un intérêt marqué pour le droit des poursuites, développé durant son stage au sein de FBT Avocats, où il a eu l'opportunité de rédiger deux articles aux côtés de M^e Serge Fasel. Il est de langue maternelle française et portugaise, parle couramment l'italien et l'anglais, et maîtrise l'espagnol.



Mehdi Lasbet
Avocat stagiaire, Genève

M^e Mehdi Lasbet est titulaire d'un master en droit général et d'un certificat de droit transnational, obtenus à l'Université de Genève. Il a perfectionné son approche de la justice et des règlements des conflits avec un semestre au sein de l'Université de Keio à Tokyo. Avant de rejoindre notre étude en qualité d'avocat stagiaire dans les groupes judiciaire et fiscal, M^e Mehdi Lasbet a travaillé en tant qu'avocat stagiaire au sein d'une étude d'avocats au cœur de Genève. M^e Mehdi Lasbet est également fortement attaché à l'art oratoire lui permettant de participer à des concours et d'enseigner la rhétorique au sein de divers établissements scolaires durant ses études. Il est de langue maternelle française et arabe, parle couramment l'anglais et possède des notions de japonais.



Ludovic Pallas
Juriste fiscaliste, Paris

M. Ludovic Pallas est titulaire d'un master 1 en droit des affaires, obtenu à l'Université d'Aix-en-Provence, et d'un master 2 en droit fiscal international de l'Université Paris 12. Avant de rejoindre FBT Avocats en tant que fiscaliste, il a acquis une solide expérience dans plusieurs cabinets parisiens, où il a perfectionné ses compétences, notamment en matière de fiscalité patrimoniale des particuliers, le tout dans un contexte transfrontalier. M. Pallas a également travaillé au sein du département Ingénierie patrimoniale de la Société Générale Private Banking. Au sein de FBT Avocats, M. Pallas assiste les clients dans la structuration, la transmission et le développement de leur patrimoine, tant professionnel que privé, en France comme à l'étranger. Il intervient également dans le cadre de contrôles et contentieux fiscaux, accompagnant entreprises et particuliers dans leurs négociations avec l'administration fiscale. M. Pallas, de langue maternelle française, parle et travaille couramment en anglais.

Impressum

Conduite du projet	Olivia de Weck, Marco Villa
Concept & Design	Yann Bellini
Photolithographie	Studio Images Plus
Impression	Atar Roto Presse SA
Papier	Munken FSC mix credit (SQS-COC-100166)
Crédit photographique	Istockphoto: Kerrick, Lamyai, Borchee, Ignatiev, Martin Barraud, Tolgart, Vitalii Petrushenko, Filippo Bacci, Imaginima, Imaginaire, OGphoto, Nuttapol Sangthongchay, Sebastian Gorczowski, heureuxphoton, DNY59, Sankai, Borchie, Mikhaïl Konoplev
Édition:	FBT Avocats SA Genève - Paris
	© 2024: les auteurs pour les textes et les photographies



Genève
Rue du 31-Décembre 47
1207 Genève
T +41 22 849 60 40
info@fbt.ch

Paris
4, avenue Hoche
75008 Paris
T +33 1 45 61 18 00
info@fbt-avocats.fr

