



# FBT

AVOCATS

## CONTACT

Jean-Louis Tsimaratos  
jltsimaratos@fbt.ch  
T. +41 (0)22 849 60 40  
www.fbt.ch

## FBT NewsLex / N°1 - JUIN 2011

REVUE PÉRIODIQUE D'INFORMATIONS  
EN MATIÈRE JURIDIQUE ET FISCALE

**P.03** Sentences arbitrales internationales  
sous l'oeil du Tribunal fédéral

**P.04** Notification électronique  
des actes procéduraux

**P.06** Le nouvel article 15 de la  
Convention de Lugano et Internet

**P.08** Les employeurs face au nouveau  
Code de procédure civile

**P.10** Action en libération de dette:  
changements liés à l'entrée en vigueur  
du nouveau Code de procédure civile

**P.12** De l'intérêt d'un démembrement  
de propriété de titres d'une société  
civile immobilière française endettée

**P.14** L'apport en capital /  
Nouvelles dispositions légales

**P.16** Activités transfrontalières  
du tiers gérant et réglementation  
prudentielle française

**P.18** La rémunération des dirigeants  
d'entreprise – Les enjeux de l'initiative Minder



*En Suisse, lorsqu'une sentence arbitrale internationale est portée devant le Tribunal fédéral – la plus haute instance judiciaire du pays –, les motifs pouvant être invoqués en vue de son annulation sont très limités et l'ordre public est sans doute celui qui est le plus fréquemment soulevé. Plusieurs arrêts ont été rendus récemment à ce propos.*

Ces deux dernières années, le Tribunal fédéral s'est penché à plusieurs reprises sur la portée du grief de violation de l'ordre public en relation avec des demandes relatives à l'invalidation de sentences arbitrales.

Rappelons à titre liminaire qu'il y a lieu de distinguer entre l'ordre public matériel et l'ordre public procédural.

Selon la définition désormais bien établie, «une sentence est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants; au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle, le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que la protection des personnes civilement incapables» (Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 132 III 389 consid. 2.2.1).

L'arrêt non publié 4A\_458/2009 du 10 juin 2010 (SJ 2010 I 417), rendu en matière de droit du travail et de sport, présente tout d'abord un intérêt car il revient largement sur la notion d'ordre public matériel et le principe «*pacta sunt servanda*». Pour le Tribunal fédéral, ce principe est violé si le tribunal arbitral refuse d'appliquer une clause contractuelle tout en admettant qu'elle lie les parties ou, à l'inverse, s'il leur impose le respect d'une clause dont il considère qu'elle ne les lie pas. En revanche, le processus d'interprétation du contrat et les conséquences juridiques qui en sont logiquement tirées ne sont pas régis par le principe de la fidélité contractuelle. Ainsi, il a été jugé que la condamnation d'un footballeur professionnel

à verser une indemnité de EUR 17 173 990 à son club à titre de dommages-intérêts suite à la violation grave du contrat de travail de droit anglais qui les liait ne violait pas l'ordre public matériel.

Quant à l'ordre public procédural, il «garantit aux parties le droit à un jugement indépendant sur les conclusions et l'état de fait soumis au Tribunal arbitral d'une manière conforme au droit de procédure applicable; il y a violation de l'ordre public procédural lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus ont été violés, ce qui conduit à une contradiction insupportable avec le sentiment de la justice, de telle sorte que la décision apparaît incompatible avec les valeurs reconnues dans un Etat de droit» (ATF 132 III 389 consid. 2.2.1).

A ce propos, l'ATF 136 III 345 du 13 avril 2010 (SJ 2010 I 530) mérite d'être cité car le Tribunal fédéral y a, pour la première fois, admis qu'une sentence arbitrale était contraire à l'ordre public procédural. L'instance arbitrale avait en effet méconnu l'autorité de la chose jugée dont était revêtue une décision régulièrement rendue par le Tribunal de commerce de Zurich à une époque où la voie de l'arbitrage devant un tribunal arbitral n'était pas prévue.

Egalement en matière d'ordre procédural, l'arrêt non publié 4A\_233/2010 du 28 juillet 2010 (SJ 2010 I 571) rappelle qu'un tribunal arbitral doit présenter des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, et les parties doivent pouvoir demander la récusation des arbitres qui ne remplissent pas ces conditions. Toutefois, un motif de récusation doit être invoqué sans délai faute de quoi le moyen se périmé.

#### NOTRE AVIS

La Suisse a développé un large savoir-faire dans le domaine de l'arbitrage et la retenue dont fait preuve le Tribunal fédéral lorsqu'il est appelé à examiner des sentences arbitrales contribue à faire de ce pays un siège d'arbitrage privilégié.

Contacts: Serge Fasel, Vanessa Déglise, Genève

## NOTIFICATION ÉLECTRONIQUE DES ACTES PROCÉDURAUX

*Avec la refonte complète de ses lois de procédure, la Suisse s'ouvre aux nouvelles technologies dans le domaine des échanges entre la justice et les justiciables en prévoyant la possibilité de communications par voie électronique.*

Le 1<sup>er</sup> janvier 2011 est entré en vigueur le Code de procédure civil suisse (CPC), lequel prévoit la transmission des écritures et la notification des actes par voie électronique (art. 130 et 139 CPC). Les modalités sont réglées par le Conseil fédéral dans l'Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite (OCEPCP).

Chronologiquement, ce sont d'abord la Loi sur le Tribunal fédéral (art. 42 al. 4 et art. 60 al. 3) et la Loi fédérale sur la procédure administrative (art. 11b al. 2, art. 21a et art. 34 al. 1<sup>bis</sup>) qui ont instauré la possibilité de communications électroniques. La Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (SCSE), ainsi que les ordonnances y afférentes, ont posé les principes concrets de la signature des actes par voie électronique.

En matière de procédure civile, l'art. 130 CPC permet aux parties de déposer leurs écritures auprès des autorités juridictionnelles par voie électronique. Il faut pour cela que le document soit certifié par la signature électronique de son expéditeur, respectant ainsi les prescriptions édictées par le Conseil fédéral.

Selon certaines modalités, la notification des actes judiciaires par les autorités aux parties peut également se faire électroniquement en vertu de l'art. 139 CPC. Par actes judiciaires, on entend ceux mentionnés à l'art. 136 CPC, à savoir notamment les citations, les ordonnances et décisions, ainsi que les actes de la partie adverse.

Comme cela ressort du texte de l'art. 139 al. 1 CPC, il est nécessaire que le justiciable ait donné son accord concernant de telles notifications. En effet – du moins en l'état actuel des technologies – on ne saurait contraindre les personnes concernées à accepter un mode de communication électronique, ce d'autant que celui-ci requiert une installation informatique et des compétences en la matière.

En pratique, cet accord de la personne concernée peut s'analyser en deux phases.

Premièrement, la personne désireuse de recevoir des notifications par voie électronique doit se faire enregistrer sur une plateforme reconnue (art. 9 al. 1 OCEPCP). Une notification électronique permet, au même titre qu'un courrier recommandé postal, de faire courir des délais procéduraux. De ce fait, une plateforme, pour être reconnue, doit répondre à certains critères (art. 2 OCEPCP), notamment :

- l'utilisation, pour la signature et le chiffrement, des clés basées sur des certificats délivrés par un fournisseur de services de certification reconnu conformément à la SCSE ;
- la délivrance sans délai d'une quittance, munie d'une signature électronique, lors du dépôt d'écrits sur la plateforme et lors de leur remise au destinataire, avec indication du moment de la réception des écrits ou de leur remise par la plateforme ;
- le blocage de manière appropriée de l'accès aux écrits et aux décisions par des tiers non autorisés.

Deuxièmement, il faut l'acceptation explicite du justiciable (art. 9 al. 2 à 4 OCEPCP) de recevoir des communications électroniques des autorités, pour une procédure déterminée ou pour l'ensemble des procédures le concernant devant une autorité déterminée. Ce consentement peut être révoqué en tout temps. Tant l'acceptation que l'éventuelle révocation doivent être faites sous une forme permettant d'en garder une trace écrite, y compris en les faisant consigner dans un procès-verbal d'audience. Même

si le justiciable indique son adresse électronique dans ses correspondances ou dépose une écriture électroniquement (au sens de l'art. 130 CPC), le consentement ne saurait en aucun cas être présumé.

### NOTRE AVIS

La notification des actes procéduraux par voie électronique en est encore à ses premiers balbutiements. Les bases juridiques ont été posées récemment, puis les questions pratiques et de sécurité ont trouvé des réponses adéquates, notamment avec la SCSE en 2005 et l'OCEPCP en 2011. Néanmoins, seule la pratique pourra nous dire quel sera l'impact réel de ce mode de communication résolument moderne, peu coûteux et rapide. Le rôle des avocats à cet égard sera crucial : leur acceptation et leur concours à la mise en œuvre de ce type de communications, au bénéfice de leurs clients, sont essentiels.

*Contacts : Serge Fasel, Aurélien Flückiger, Genève*



## LE NOUVEL ARTICLE 15 DE LA CONVENTION DE LUGANO ET INTERNET

*Le 1<sup>er</sup> janvier 2011 est entrée en vigueur la Convention de Lugano (CL) révisée instaurant un élargissement notable du champ d'application du for du consommateur (art. 15 CL) principalement dans l'idée d'une adaptation à l'ampleur prise par Internet.*

Avec la nouvelle mouture de la CL sont entrées en vigueur des règles offrant une protection plus étendue aux consommateurs européens, notamment en ce qui concerne leurs achats de biens ou de services transfrontaliers.

Ainsi, outre une notion élargie du consommateur qui englobe à présent toute personne physique qui requiert des prestations «pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle», la CL prévoit désormais que ledit consommateur peut se prévaloir d'un for à son domicile si la partie qui offre la prestation «exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat» (signataire de la CL) de domicile du consommateur, sans nécessairement y disposer d'une succursale ou d'un établissement, ou qu'elle «dirige, par tous moyens, ses activités vers cet Etat ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités».

Dirige-t-on dès lors ses activités vers un autre Etat par la seule exploitation d'un site Internet ?

Comme l'a relevé le Conseil fédéral dans son Message, cette question doit être examinée au cas par cas et il revient à la jurisprudence de préciser les critères pertinents.

A cet égard, il convient de s'inspirer des solutions adoptées par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) en application du Règlement Bruxelles I dont la CL n'est qu'une extension pour certains membres de l'AELE comme la Suisse.

On relèvera ainsi l'arrêt rendu le 7 décembre 2010 dans les causes jointes n° C-585/08 et C-144/09 qui précise les circonstances dans lesquelles on peut considérer qu'un commerçant dirige son activité vers un autre Etat membre à travers un site Internet.

La CJCE a jugé que «la simple utilisation d'un site Internet par le commerçant ne déclenche pas en elle-même l'application des règles de compétences protectrices à l'égard des consommateurs des autres Etats membres». Il faut en outre que le commerçant ait manifesté sa volonté d'établir des relations commerciales avec ceux-ci.

Selon la CJCE, cette volonté peut ressortir notamment des indices suivants: «La nature internationale de l'activité, la mention d'itinéraires à partir d'autres Etats membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi, l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autre que la langue ou la monnaie habituellement utilisée dans l'Etat membre dans lequel est établi le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international, l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans d'autres Etats membres l'accès au site du commerçant ou à celui

*de son intermédiaire, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'Etat membre où le commerçant est établi et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents Etats membres.»*

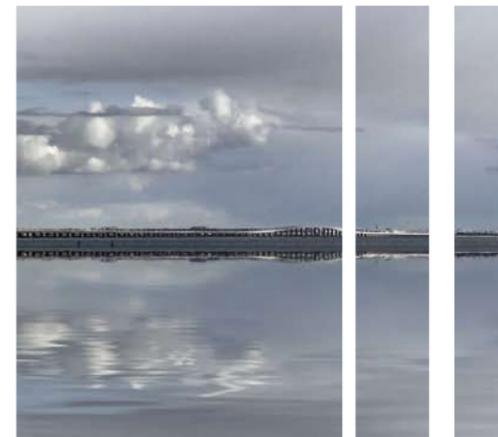
*«En revanche, la simple accessibilité du site Internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié est insuffisante. Il en va de même de la mention d'une adresse électronique ainsi que d'autres coordonnées ou de l'emploi d'une langue ou d'une monnaie qui sont la langue et/ou la monnaie habituellement utilisées dans l'Etat membre dans lequel le commerçant est établi.»*

Cet arrêt devrait être en mesure de rassurer les commerçants qui exploitent un site Internet. Il conviendra toutefois d'être vigilant vu l'importante diversité de critères susceptibles de faire admettre la volonté de diriger son activité vers un autre Etat.

### NOTRE AVIS

Avec l'élargissement de la notion de consommateur et avec la protection accrue offerte à celui-ci par la Convention de Lugano dans le cadre des échanges transfrontaliers, les commerçants de biens ou de services qui proposent ceux-ci en tout ou en partie par le biais d'Internet seront bien avisés de s'enquérir au préalable des contraintes et des critères posés par la loi et la jurisprudence, au besoin en faisant appel à un professionnel pour apprécier et maîtriser correctement ces risques juridiques.

*Contacts: Serge Fasel, Alexis Dubois-Ferrière, Genève*



## LES EMPLOYEURS FACE AU NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

*L'adoption du nouveau Code de procédure civile suisse (CPC) va bouleverser la stratégie et la façon dont les employeurs se préparent pour affronter les procédures qui leur sont intentées par leurs ex-employés.*

Le CPC, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, s'applique à tous les litiges de nature civile et commerciale, y compris, désormais aux litiges en droit du travail.

Le CPC a entraîné la disparition des codes cantonaux de procédure civile. Les conséquences sont plus ou moins importantes en fonction des cantons et des domaines visés. À Genève, le domaine du droit du travail est susceptible de connaître une révolution qui risque de concerner directement les employeurs.

L'une des nouveautés de l'introduction du CPC est la fin de tout régime spécial réservé aux litiges en droit du travail. Dorénavant, tout litige en lien avec un contrat de travail se verra appliquer, sauf exceptions, les mêmes règles de procédure que tout autre litige civil ou commercial, lesquelles prévoient deux types de procédure.

En effet, après la phase de conciliation, le CPC distingue les procédures dont la valeur litigieuse est égale ou inférieure à CHF 30 000.00, (procédure simplifiée) et les litiges dont la valeur litigieuse est supérieure à CHF 30 000.00 (procédure ordinaire).

### Procédure simplifiée

La procédure simplifiée est peu formaliste s'agissant des déterminations des parties, en particulier pour le demandeur, et donne au juge une grande flexibilité dans la conduite du procès.

La demande en paiement de l'employé peut se faire brièvement au Tribunal, par écrit ou même oralement.

Le CPC prévoit qu'aucune motivation de la demande n'est nécessaire.

En l'absence d'une telle motivation, la décision relative à un échange de déterminations écrites appartient exclusivement au tribunal et demeure, à teneur de la loi, l'exception.

S'agissant du déroulement de la procédure, celui-ci est entièrement décidé par le tribunal, lequel doit amener les parties, par des questions appropriées, à compléter leurs allégations et à désigner des moyens de preuve.

Dans ce contexte, l'employeur qui est attaqué en justice par l'un de ses (ex)employés peut donc se trouver dans une situation où il doit être en mesure d'apporter, par oral à l'audience, tous les éléments de fait dont il entend se prévaloir dans le cadre de sa défense avec une indication précise de ses moyens de preuve.

### Procédure ordinaire

Pour les litiges dont la valeur litigieuse est supérieure à CHF 30 000.00, la procédure devient beaucoup plus stricte.

Les parties doivent déposer des mémoires écrits. Ceux-ci doivent répondre à des exigences formelles strictes, notamment en lien avec la présentation des faits et la désignation des moyens de preuve. En pratique, ces mémoires ne pourront être rédigés que par un mandataire professionnellement qualifié.

Même si la procédure ordinaire permet à l'employeur de préparer sereinement son mémoire de réponse, cette procédure est considérablement plus rigide que celle que les parties connaissaient sous l'ancien régime. En particulier, la nouvelle procédure ordinaire implique que l'employeur doit avoir une parfaite maîtrise de tous les éléments du dossier qu'il souhaite pouvoir apporter au Tribunal ainsi que des

moyens de preuve correspondants. Il ne sera notamment plus possible pour l'employeur de modifier sa ligne de défense par la suite, et il ne pourra ajouter des allégués de fait ou des moyens de preuve qu'oralement et lors de la première audience.

### NOTRE AVIS

Dans les deux types de procédure décrits, l'employeur peut être appelé à fournir, oralement à l'audience, des informations qui seront déterminantes pour l'issue du litige. Lorsque l'employeur a fait appel à un avocat – ce qui paraît impératif en tous les cas dans le cadre de la procédure ordinaire – cette réactivité ne sera possible que si l'employeur et son mandataire ont eu suffisamment de temps pour préparer tous les éléments de leur ligne de défense.

Nous ne pouvons dès lors que conseiller aux employeurs qui ont connaissance d'un possible litige relevant du droit du travail, de consulter le plus tôt possible leur mandataire afin que la ligne de défense puisse être définie et documentée à temps pour la procédure.

*Contacts: Serge Fasel, Michael Biot, Genève*



## ACTION EN LIBÉRATION DE DETTE : CHANGEMENTS LIÉS À L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

*L'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse (CPC) a entraîné d'importantes modifications non seulement dans les procédures judiciaires civiles ordinaires, mais aussi dans les procédures judiciaires relevant de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP). C'est en particulier le cas de l'action en libération de dette.*

En application de l'article 83 alinéa 2 LP *in fine*, l'action en libération de dette est instruite en la forme ordinaire. Par procédure ordinaire, le législateur entend la procédure applicable *ratione valoris*. Ainsi, la procédure applicable sera la procédure simplifiée si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30 000.00 (article 243 CPC). Pour les autres cas, la procédure applicable sera la procédure ordinaire (article 219 CPC). Dans les deux cas, les demandes doivent être complètes et répondre aux exigences des articles 221 et 244 CPC.

Le nouveau CPC a instauré le principe de la conciliation obligatoire sauf dans les cas expressément prévus par la loi (articles 197 et 198 CPC). L'action en libération de dette figure au nombre des excep-

tions prévues par le législateur (article 198 lit. e ch. 1 CPC) et il n'est pas possible de déroger à cette exception qui tient compte du besoin de célérité requis en matière d'exécution forcée.

Dans le cas de l'action en libération de dette, le délai pour agir est de 20 jours dès le prononcé de mainlevée.

L'un des points fondamentaux liés au changement de procédure est le point de départ du délai de 20 jours. En effet, jusqu'au 31 décembre 2010, les cantons connaissaient des pratiques diverses en la matière.

De jurisprudence constante, rendue après l'entrée en vigueur du nouvel article 83 alinéa 2 LP (01.01.1997), le Tribunal fédéral avait posé comme règle que, dans les cantons connaissant un recours extraordinaire dirigé contre le prononcé de mainlevée – sans effet suspensif *ex lege* –, le délai de 20 jours commençait à courir dès le lendemain de la notification du prononcé de mainlevée, ce qui était le cas à Genève.

En revanche, dans les cantons qui connaissaient un recours ordinaire, c'est-à-dire assorti d'un effet suspensif *ex lege*, le délai de 20 jours ne commençait à courir qu'après l'échéance du délai de recours cantonal et pour autant que le poursuivi n'eût pas déposé de recours. Tel était notamment le cas dans le canton de Vaud.

Le plaideur vaudois avait ainsi pour habitude de déposer un acte de recours (sans motivation) dans le délai de dix jours. Dès lors que la motivation du recours se faisait ultérieurement et qu'il pouvait demander des prolongations de délai à l'autorité de recours pour déposer son mémoire motivé, l'action en libération de dette pouvait être préparée paisiblement pendant plusieurs semaines, voire plusieurs mois, en attendant que l'autorité de recours statue.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, le délai de 20 jours court dès la notification du prononcé de mainlevée rendu en première instance, à moins que l'autorité de recours n'accorde l'effet suspensif au recours, qui doit être immédiatement motivé et déposé dans un délai de dix jours. L'effet suspensif aura alors pour effet d'interrompre le cours du délai de l'action en libération de dette.

### NOTRE AVIS

Compte tenu du caractère très aléatoire de l'octroi de l'effet suspensif par l'autorité de recours et tant qu'il n'y aura pas une jurisprudence bien établie en la matière, le plaideur prudent, nonobstant le dépôt d'un recours dans les dix jours et avec requête d'effet suspensif, préparera une demande en libération de dette complète et motivée qu'il sera prêt à déposer dans les 20 jours dès notification du prononcé de mainlevée, pour le cas où l'autorité n'aurait pas encore statué sur sa requête d'effet suspensif à l'échéance du délai de 20 jours, ou l'aurait rejetée.

*Contacts : Serge Fasel, Regina Andrade, Genève*



## DE L'INTÉRÊT D'UN DÉMEMBREMENT DE PROPRIÉTÉ DE TITRES D'UNE SOCIÉTÉ CIVILE IMMOBILIÈRE FRANÇAISE ENDETTÉE

*La législation fiscale française offre d'intéressantes possibilités d'économies d'impôts par le biais de la donation de la nue-propiété de parts de sociétés civiles immobilières, le donateur conservant par ailleurs l'usufruit des parts données.*

Afin de limiter les droits de mutation à titre gratuit, de nombreux contribuables français sont tentés de donner la nue-propiété des parts sociales de sociétés civiles immobilières (ci-après «SCI») qu'ils auront pu constituer. Le schéma de transmission est alors le suivant : les parents constituent une société civile à faible capital social et transmettent ensuite la nue-propiété des parts sociales à leurs enfants, tout en conservant l'usufruit. La SCI acquiert ensuite, ou a acquis préalablement, un immeuble intégralement financé par un emprunt bancaire, immeuble appelé à être mis en location.

L'intérêt direct d'un tel **démembrement de propriété** réside dans la possibilité de faire profiter les enfants nus-propiétaires de **l'accroissement de la valeur de l'immeuble**. A titre d'exemple, si un immeuble est acquis par la SCI pour une valeur de EUR 1 million et que sa valeur à la date du décès des parents s'élève à EUR 2 millions, la plus-value constatée, soit EUR 1 million remonte au niveau des enfants en franchise d'impôt, aussi bien en matière de plus-value que de droits de succession.

Une autre problématique, plus complexe, touche le sort des **revenus immobiliers générés par la SCI** entre la date d'acquisition et le décès des usufruitiers. La mise en réserve de ces revenus peut s'avérer un outil efficace au service de la transmission de patrimoine. En effet, chaque année, lors de l'assemblée générale d'approbation des comptes de la SCI, les parents usufruitiers ont le choix entre deux options :

### - Décider la distribution totale ou partielle du bénéfice annuel de la SCI

Une SCI fortement endettée disposera de peu de

liquidités (voire aucune) pour rémunérer ses associés, de sorte que les bénéfices ainsi distribués ne pourront être mis en paiement que par leur inscription en compte courant d'associé-usufruitier.

Si cette décision n'entraîne finalement aucun avantage de trésorerie pour les associés, elle présente au contraire un **inconvenient important en cas de décès des parents usufruitiers**. En effet, lors de leur décès, la totalité de leur compte courant figurera à l'actif de leur succession et supportera alors les droits de succession.

Ou

### - Voter la mise en réserve de ce résultat

Il résulte des règles du Code civil français que les réserves d'une SCI appartiennent aux seuls nus-propiétaires. L'affectation de tout ou partie des bénéfices en réserve permet aux enfants nus-propiétaires de bénéficier, au décès de leurs parents usufruitiers, de la **totalité des bénéfices de la SCI (qui n'ont pas été distribués) en franchise d'impôt de succession**.

Cette mise en réserve du résultat social permet également, durant la durée de vie de l'emprunt, de ne pas augmenter le montant du compte courant d'associé-usufruitier, lequel, comme nous l'avons vu, est taxable entre les mains des nus-propiétaires au décès des usufruitiers.

Certains auteurs, et surtout l'administration fiscale, considéraient que **l'affectation systématique** par les usufruitiers de la SCI **des bénéfices au profit des nus-propiétaires** encourait le risque d'une requalification en **donation indirecte**.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a heureusement écarté un tel risque de requalification par une décision du 10 février 2009 (Cass. Com., 10 février 2009 n°07-21.802, Cadiou), déci-

sion confirmée par un arrêt du 31 mars 2009 (Cass. Com., 31 mars 2009 n°08-14.053, Audureau).

Dans les affaires précitées, l'administration fiscale avait notifié un rappel de droits de donation aux enfants, estimant que la politique constante d'inscription en réserves des bénéfices de la SCI avait entraîné un dessaisissement de l'usufruitière, animée d'une intention libérale, au bénéfice des enfants.

Empruntant une formulation de principe, la Cour suprême écarte la qualification de donation en considérant que l'usufruitier ne peut pas renoncer au bénéfice social dès lors que ce bénéfice ne lui appartient pas. L'usufruitier a seulement droit aux dividendes, c'est-à-dire aux **bénéfices distribués**, lesquels n'existent qu'après la décision de distribution prise par l'usufruitier lui-même, lors de l'assemblée générale d'approbation des comptes. Ainsi, en participant à l'assemblée qui décide la mise en réserve des bénéfices, l'usufruitier ne consent aucune donation au nu-propiétaire.

### NOTRE AVIS

En écartant tout risque de requalification en donation indirecte d'une opération de donation de la nue-propiété des titres de SCI, suivie de la mise en réserves des bénéfices sociaux, la Cour de cassation ouvre **d'intéressantes perspectives** en matière de **transmission de patrimoine**.

Par une décision du même jour (Cass. Com du 31 mars 2009, n°08-14.645), la même Cour a également confirmé l'un des avantages considérables résidant cette fois-ci dans **l'acquisition en direct de la nue-propiété** d'un bien immobilier. En effet, la Haute juridiction a entériné le principe selon lequel **le nu-propiétaire est bien en droit de déduire de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) la dette d'acquisition du bien démembré**, bien que celui-ci soit compris dans le patrimoine taxable de l'usufruitier.

L'acquisition de la nue-propiété d'un immeuble, dont l'usufruit est acheté temporairement par un usufruitier-bailleur qui le mettra en location, présente de nombreux autres avantages, principalement du fait que le prix d'acquisition ainsi démembré ne correspond qu'à une quote-part seulement de la valeur en pleine propriété. Ainsi, pour un usufruit de quinze ou vingt ans, il est usuel d'appliquer un abattement de 40 à 50% de la valeur en pleine propriété. A l'expiration de ce délai de quinze ans, l'investisseur nu-propiétaire récupérera en franchise d'impôt l'usufruit attaché. En cas de revente du bien immobilier, l'exonération de la plus-value réalisée sera acquise à l'expiration d'un délai de quinze ans suivant l'acquisition de la nue-propiété (à législation constante).

*Contacts: Alain Moreau, Stéphanie Barreira, Paris*



## L'APPORT EN CAPITAL / NOUVELLES DISPOSITIONS FISCALES SUISSES

*La Suisse a introduit d'importantes modifications législatives, notamment dans les normes fiscales, qui ouvrent d'intéressantes possibilités sous l'angle fiscal dans les cas de restitutions aux actionnaires de précédents apports en capital.*

Lors de l'émission d'actions de sociétés anonymes ou de parts de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés coopératives, le droit suisse autorise le virement de l'apport en partie sur le compte capital et en partie comme une prime d'émission (ou agio) comptabilisée dans les comptes de réserves. Les montants crédités au compte de capital correspondent à la valeur nominale des actions, laquelle est pertinente en particulier pour la mesure des droits patrimoniaux et des droits de vote des actionnaires.

En cours de vie sociale, de nouveaux apports peuvent affecter les réserves notamment lors d'augmentations de capital souscrites par de nouveaux actionnaires (la prime d'émission correspond alors à l'accroissement de valeur enregistrée depuis la fondation), mais encore lors de versements supplémentaires non crédités au compte capital ou encore lors d'abandons de créance consentis par les détenteurs de parts sociales.

Jusqu'au 31 décembre 2010, le remboursement aux actionnaires de ces apports était régi par le principe de la valeur nominale pour l'impôt anticipé et pour les impôts directs des actionnaires personnes physiques détenant les titres dans leur fortune privée, avec pour conséquence que la partie de l'apport remboursé qui excédait la valeur nominale du capital apporté était assujettie à l'impôt anticipé et prise en compte notamment dans le calcul de l'impôt sur le revenu desdits actionnaires.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, l'attrait de l'investissement dans des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives suisses a été significativement renforcé par l'introduction du **principe de l'apport en capital**. Par cette nouvelle mesure, le remboursement des apports des actionnaires pourra bénéficier plus largement de l'exonération.

Ainsi, le remboursement des apports consentis par les détenteurs de parts sociales et crédités, au moment de l'apport, aux comptes de réserves, pourra à l'avenir être traité comme un remboursement du capital. Les nouveaux cas d'exonération ne sont de surcroît pas liés à la personne qui a fait l'apport mais à la participation elle-même: le bénéfice de l'exonération passe sans changement à l'acheteur de la participation.

Cette nouvelle réglementation profite en premier lieu aux personnes physiques résidant en Suisse, lesquelles peuvent dorénavant obtenir des versements de dividendes francs d'impôts dans une certaine mesure. Elle profite également aux personnes morales détenant des participations de moins de 20% qui ne peuvent bénéficier de la procédure de déclaration en matière d'impôt anticipé ou encore aux détenteurs étrangers ayant un droit limité à la récupération de l'impôt anticipé suisse.

Plus généralement, cette mesure aura un **impact important sur les ventes de participations**. Elle a pour effet de réduire la charge fiscale latente liée à une participation cédée et permet ainsi une meilleure valorisation aussi bien pour les vendeurs étrangers que pour les vendeurs suisses. Les actionnaires pourront également se verser sans impact fiscal une part des réserves existantes pour prévenir une liquidation partielle indirecte, une transposition, la prise en compte d'an-

ciennes réserves voire un cas de vente d'un manteau d'actions. Ils pourront alternativement trouver des compromis plus souples avec leurs acheteurs.

Pour bénéficier de cette mesure lors de prochains versements de dividendes ou en vue d'une cession des participations, il est nécessaire de procéder à une évaluation des apports privilégiés fiscalement en tenant compte des opérations d'apport intervenues à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1997.

Relevons encore que **la notion fiscale de réserve issue d'apports ne correspondra pas toujours à la réserve issue d'apports qui sera constituée comptablement**. Enfin, l'Administration fédérale des contributions (AFC) entend imposer une interprétation très restrictive de la notion d'apports.

Les sociétés de capitaux et les coopératives suisses **doivent remettre à l'AFC un décompte des apports privilégiés** au plus tard **30 jours après un remboursement** si une telle opération intervient au cours de l'exercice clos en 2011 mais **dans tous les cas, même en l'absence de toute opération, 30 jours après l'approbation des comptes clos en 2011**. Il convient donc de s'atteler sans tarder à cette tâche qui pourra s'avérer complexe dans certains cas, notamment en présence de restructurations antérieures.

En cas de désaccord avec l'AFC il sera possible d'obtenir une décision formelle s'il apparaît justifié de prolonger les débats devant les tribunaux en vue de clarifier cette notion nouvelle. La décision définitive liera également les autorités chargées des impôts directs.

### NOTRE AVIS

L'introduction du principe de l'apport s'inscrit dans le cadre d'un train de mesures introduites progressi-

vement depuis 2007 ayant pour but l'allègement de la fiscalité des entreprises.

Cette mesure présente un effet d'aubaine pour les entreprises qui pourront faire valoir des opérations de financement (dès 1997) admises fiscalement comme apports. Pour le futur, elle facilitera notamment le choix des méthodes de financement des entreprises en réduisant l'écart de traitement fiscal entre la création de valeur nominale, la création de réserves supplémentaires et le financement par prêts.

Au vu de la complexité de la législation, on ne peut que recommander aux sociétés susceptibles d'être concernées ou aux actionnaires qui envisagent une cession de participations, de s'assurer de la collaboration d'experts fiscaux qualifiés pour bénéficier pleinement des opportunités de cette nouvelle réglementation.

*Contacts: Monica Favre, Jean-Marc Wasem, Genève*



## ACTIVITÉS TRANSFRONTALIÈRES DU TIERS GÉRANT SUISSE ET RÉGLEMENTATION PRUDENTIELLE FRANÇAISE

*Le tiers gérant établi en Suisse qui dirige son activité vers une clientèle établie en France doit être conscient du fait que son activité peut tomber sous le coup de règles prudentielles françaises qui l'exposent à des risques importants s'il ne les respecte pas.*

Dans une prise de position du 22 octobre 2010, l'Autorité suisse de surveillance des marchés financiers (FINMA) a exigé des entités assujetties à sa surveillance qu'elles réduisent ou éliminent les risques de violation du droit étranger (risques juridiques et de réputation) encourus du fait de la fourniture de services financiers et/ou de l'offre de produits financiers à des clients domiciliés à l'étranger. N'étant pas soumis au contrôle prudentiel de la FINMA, les tiers gérants établis en Suisse ne sont pas visés par cette prise de position.

Cela étant, à l'instar des entités assujetties, ils s'exposent aux mêmes risques lorsqu'ils s'adressent à une clientèle établie à l'étranger. Ces risques peuvent être de sources diverses. Du point de vue du droit français de la surveillance, la fourniture de prestations de gestion de fortune ou de conseil en placement à des clients français peut déclencher l'application de deux types de règles traitant de questions différentes mais liées dans leur application : le démarchage et l'exercice d'une activité réglementée.

### Règles en matière de démarchage

En droit français, «*toute prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit, avec une personne physique ou une personne morale déterminée,*

*en vue notamment d'obtenir de sa part un accord sur la fourniture d'un service d'investissement*», est soumise à un agrément (art. L 341-1 du Code monétaire et financier). L'activité de démarchage de clients français sans agrément peut entraîner une peine d'amende et/ou d'emprisonnement, ainsi que la publication éventuelle de la sanction. Bien que le Code monétaire et financier français prévoit un certain nombre d'exceptions à l'exigence de l'agrément, en particulier lorsque le client est un investisseur qualifié, ces exceptions n'ont que peu de portée pratique pour le tiers gérant. En effet, si ce dernier démarché des investisseurs qualifiés au sens réglementaire français, il sera certes dispensé de l'agrément relatif à cette activité de démarchage, mais pourra néanmoins tomber sous le coup des règles liées à l'exercice d'une activité réglementée – définie ci-après –, celles-ci ne prévoyant pas d'exception de type «investisseur qualifié».

### Exercice d'une activité réglementée

L'activité de gestion de fortune et de conseil en placement est une activité réglementée et est soumise à l'agrément de l'Autorité des marchés financiers (AMF), respectivement de l'Autorité de contrôle prudentiel, si elle est exercée en France. La question de savoir si un tiers gérant exerce en France ou, ce qui revient au même, oriente son activité sur le marché français du point de vue prudentiel dépend d'un ensemble de circonstances. On peut mentionner les principaux critères de rattachement suivants :

- sollicitation active de clients résidant en France ;
- contrat de mandat soumis au droit français ;
- matérialisation de l'exécution des prestations de

services financiers sur le territoire français, que ce soit par la présence physique du tiers gérant en France, par l'accomplissement d'actes concrets sur le territoire français (par ex. : signature du contrat en France, remise de documents contractuels sur le territoire français) ou par l'utilisation de moyens de communication (e-mails, fax, courriers ou téléphone) depuis la Suisse vers la France.

En cas d'exercice illégal d'une activité réglementée, le tiers gérant s'expose à des sanctions pénales (amende et/ou emprisonnement).

### NOTRE AVIS

Le tiers gérant établi en Suisse doit intégrer, dans la définition de son modèle d'affaires, les restrictions que lui impose l'environnement juridique étranger dans lequel il entend offrir ses prestations et prendre le conseil nécessaire à cet égard afin de suivre au plus près la législation étrangère concernée. Sous l'angle particulier du droit français de la surveillance, cela implique que le tiers gérant s'interdise toute «démarche marketing» active orientée vers des clients résidant en France (règles sur le démarchage). Quant à l'exécution proprement dite du mandat (règles sur l'exercice d'une activité réglementée), le tiers gérant devrait privilégier le mandat de gestion de fortune discrétionnaire, en limitant les contacts avec le client au territoire suisse, à l'activité de conseil en placement, laquelle implique des contacts plus fréquents avec le client et, par voie de conséquence, des risques accrus pour le tiers gérant.

*Contacts: Frédérique Bensahel, Pierre-Olivier Etique, Genève*



## LA RÉMUNÉRATION DES DIRIGEANTS D'ENTREPRISE – LES ENJEUX DE L'INITIATIVE MINDER

L'initiative populaire fédérale «contre les rémunérations abusives», désignée par le nom de son auteur, Thomas Minder, a pour but de réglementer les indemnités versées à la haute direction de sociétés anonymes suisses cotées en bourse.

Lancée en octobre 2006 et déposée en février 2008, l'initiative «Minder» s'inscrit dans le contexte de crise prévalant à l'époque en raison du procès Swissair et du sauvetage d'UBS.

L'initiative Minder se distingue d'autres projets similaires par le milieu duquel elle est issue. En effet, alors que la rémunération des dirigeants est traditionnellement la cible des partis de gauche, le schaffhousois Thomas Minder est le patron de la société de cosmétique Trybol. Il s'est fait le défenseur des entrepreneurs et est parti en croisade contre les salaires, bonus et autres parachutes dorés de certains managers.

L'initiative se différencie également par les mesures qu'elle propose pour lutter contre les abus. Celles-ci reposent sur un renforcement de la gouvernance d'entreprise ainsi que sur la possibilité donnée à l'actionnaire de pouvoir influencer la politique de rémunération des cadres de la société. Ces mesures constituent une alternative à la fixation de plafonds préconisée par certains. Elles ne constituent pas moins une intrusion majeure dans l'autonomie des sociétés.

En cas d'acceptation de l'initiative, des dispositions relatives aux mesures suivantes devraient être inscrites dans la Constitution fédérale:

- le vote par l'assemblée générale de la somme globale des rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif;
- l'interdiction des indemnités de départ, des rémunérations anticipées et des primes en cas d'achat et de vente d'entreprises;
- l'obligation de réglementer dans les statuts de la société le montant des crédits, des prêts et des ren-

tes octroyés aux membres des organes, les plans d'intéressement et de participation, ainsi que la durée des contrats de travail des membres de la direction;

- l'introduction de sanctions pénales en cas de violation des règles sur la rémunération des dirigeants.

Selon ses détracteurs, l'ancrage dans la Constitution des mesures préconisées par l'initiative Minder nuirait à l'attractivité de la place économique suisse, avec les conséquences que cela implique en termes d'emplois et de recettes fiscales. Conscients de ce risque, les lobbies et les partis se sont mobilisés pour lutter contre l'initiative et mettre sur pied une contre-offensive. En vain. Trois ans après le dépôt de l'initiative, les parlementaires ne sont toujours pas parvenus à se mettre d'accord sur un contre-projet, direct ou indirect, à lui opposer en votation populaire.

Hasard du calendrier? Au moment où le National annonçait la reprise de l'examen de l'initiative Minder, la jeunesse socialiste déposait officiellement à Berne l'initiative fédérale dite «1:12 – pour des salaires équitables», qui demande que le salaire le plus élevé versé par une entreprise ne puisse être plus de douze fois supérieur au salaire le plus bas.

### NOTRE AVIS

Si l'initiative, ou un contre-projet, aboutit, on peut s'attendre à des bouleversements profonds en ce qui concerne la corporate governance. Ceux-ci ne resteront probablement pas cantonnés aux grandes sociétés cotées mais concerneront aussi tôt ou tard de plus petites entités. Un conseil judicieux aux chefs d'entreprises sur l'organisation de leur société s'avèrera alors sûrement nécessaire.

*Contacts: Christophe Wilhelm, Patricia Pache, Lausanne*



**FBT Avocats SA**  
Genève | Lausanne | Paris

[www.fbt.ch](http://www.fbt.ch)

Rue du 31-Décembre 47  
Case postale 6120  
CH-1211 Genève 6  
T. +41 22 849 60 40  
F. +41 22 849 60 50

Avenue de Rhodanie 60  
Case postale 151  
CH-1000 Lausanne 3 Cour  
T. +41 21 711 71 00  
F. +41 21 711 71 50

Rue de la Bienfaisance 37-39  
F-75008 Paris  
T. +33 1 45 61 18 00  
F. +33 1 45 61 73 99