FBT
AVOCATS

FBT NewsLex

N° 10 - NOVEMBRE 2015

REVUE PÉRIODIQUE D'INFORMATIONS EN MATIÈRE JURIDIQUE ET FISCALE

CONTACT
Marco Villa

mvilla@fbt.ch
T. +41 (0)22 849 60 40
www.fbt.ch

TABLE DES MATIÈRES

P02 La Cour de Justice de l'Union européenne interdit certains prélèvements sociaux français : à vos réclamations !

P05 Procédure civile suisse : le difficile exercice des questions aux témoins

P06 Une banque suisse a le droit de bloquer des avoirs de son client en garantie des actions révocatoires aux Etats-Unis dans le cadre de l'affaire Madoff

P08 Nouvelles obligations déclaratives des sociétés suisses et de leurs actionnaires

P10 La procédure judiciaire d'enquête fiscale en France : la procédure de tous les dangers

P12 L'avocat suisse face à l'argent du crime

P15 La négociation du plan social directement avec les travailleurs selon le droit suisse

P16 Les modifications clés de la loi suisse sur le blanchiment d'argent (LBA)

P18 Révision de la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 16)

LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE INTERDIT CERTAINS PRÉLÈVEMENTS SOCIAUX FRANÇAIS : À VOS RÉCLAMATIONS !

On se souvient du tollé médiatique causé par cette fameuse loi de finances rectificative pour 2012 (la loi n° 2012-958 du 16 août 2012, art. 29) qui a soumis aux prélèvements sociaux les revenus fonciers ainsi que les plus-values immobilières de source française, réalisés par les non-résidents. Moins de trois ans après la publication de cette loi, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), saisie d'une question préjudicielle par le Conseil d'État, a affirmé dans un arrêt du 26 février 2015 que cette loi française était contraire au droit communautaire (CJUE n° C-623/13), ce qu'a confirmé en outre le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 27 juillet 2015 (n°334551). ***La portée de ces arrêts est considérable en réalité, puisqu'ils concernent d'une manière générale l'ensemble des contribuables, résidents français ou non-résidents, qui supportent à tort des prélèvements sociaux !***

La CJUE s'est prononcée sur la qualification juridique des prélèvements sociaux français *(CSG, CRDS, prélèvement social, contribution additionnelle au prélèvement social)* pour déterminer s'il s'agit d'impositions de toute nature relevant le cas échéant des conventions fiscales bilatérales, ou au contraire, de cotisations sociales relevant d'un Règlement communautaire du 14 juin 1971 *(n°1408/71)*, modifié depuis.

Constatant que ces prélèvements participent au financement des régimes obligatoires de sécurité sociale, la CJUE juge que ces prélèvements constituent des cotisations sociales, et relèvent ainsi de ce Règlement communautaire.

Or, ce Règlement consacre l'interdiction de principe du cumul des législations de sécurité sociale (article 13.1 du Règlement). C'est ainsi qu'en règle générale, la législation sociale applicable est celle de l'État dans lequel l'intéressé exerce son activité salariée ou non salariée, et ce, indépendamment de son lieu de résidence.

En conséquence, les juges de la CJUE décident que dès lors qu'une personne est soumise à la législation sociale d'un Etat membre de l'Union européenne (UE) autre que la France ***(ou relève de la législation sociale de l'Islande, de la Norvège, du Liechtenstein, ou de la Suisse)*** **en application du droit communautaire, ses revenus du patrimoine ne doivent pas être soumis en France aux prélèvements sociaux.** La CJUE a donc étendu la solution qu'elle avait déjà retenue en 2000 pour les revenus d'activité et de remplacement dans deux arrêts *(C 34/98, C 169/98)*.

Cette décision ne dispense pas les contribuables concernés de s'acquitter des prélèvements sociaux sur leurs revenus de source française. Ils doivent continuer à le faire tant que la loi n'est pas modifiée.

Cependant, lorsqu'une disposition fiscale de droit interne se trouve en contradiction avec une norme supérieure révélée notamment par une décision juridictionnelle, la possibilité de présenter une réclamation contentieuse pour la restitution d'impositions indues est ouverte !

Sur l'aspect pratique, pour l'appréciation de l'opportunité d'une réclamation contentieuse, il est nécessaire en premier lieu de déterminer la législation sociale applicable conformément au droit communautaire.

Par conséquent, dans l'hypothèse où, selon les règles communautaires, la législation sociale française n'est pas applicable, la personne qui a supporté des prélèvements sociaux sur ses revenus est fondée à former une réclamation contentieuse pour obtenir un dégrèvement et un remboursement.

Cet arrêt met en lumière principalement deux situations dans lesquelles un intéressé est fondé à former une réclamation contentieuse :

- le non-résident qui perçoit des revenus fonciers de source française ou réalise un gain immobilier en France sur une résidence secondaire ou sur un bien loué, et qui relève de la législation sociale d'un autre Etat membre de l'UE, de l'Islande, de la Norvège, du Liechtenstein, ou de la Suisse. Celui-ci pourra réclamer

le remboursement des prélèvements sociaux sur ses revenus fonciers et gains immobiliers ;

- le frontalier qui réside en France et exerce une activité professionnelle dans un autre Etat membre de l'UE ou en Islande, en Norvège, au Liechtenstein, ou en Suisse, et qui relève à ce titre de la législation sociale étrangère. Celui-ci pourra réclamer le remboursement des prélèvements sociaux sur ses revenus fonciers et gains immobiliers, **mais également sur l'ensemble des autres revenus soumis aux prélèvements sociaux** ***(revenus de capitaux mobiliers, plus-values de cession de valeurs mobilières, rentes viagères à titre onéreux, revenus des locations meublées exercées à titre non professionnel, revenus perçus sur les contrats d'assurance-vie…).***

Le critère déterminant étant l'affiliation à la législation sociale d'un autre Etat membre de l'UE, ou de l'Islande, de la Norvège, du Liechtenstein, ou de la Suisse, il existe d'autres hypothèses pour lesquelles une réclamation peut être formée, aussi nombreuses que variées, nécessitant dès lors une expertise en cette matière.

On peut citer le cas particulier de celui qui ne réside pas en France et qui exerce une activité professionnelle dans plusieurs Etats, dont la France ; celui du fonctionnaire qui exerce une activité en France et qui relève d'une administration étrangère ; ou encore le cas du retraité qui réside en France et qui perçoit une pension ou une rente d'un autre Etat, et qui opte pour une non-application de la législation sociale française.

Par ailleurs, il y a lieu de souligner qu'un accord entre deux ou plusieurs Etats peut « déroger » aux règles de coordination prévues par le droit communautaire dans certaines conditions. Dans cette situation, la législation sociale applicable est déterminée en application de l'accord, dont dépend en conséquence le succès ou l'échec d'une réclamation contentieuse. **Lorsque par le jeu de certaines conventions, l'intéressé a la possibilité de choisir son affiliation à un régime de sécurité sociale, et qu'il opte pour la législation sociale française, il décide *de facto* de se soumettre aux prélèvements sociaux sur ses revenus !**

N'oublions pas en outre le cas problématique de l'intéressé qui est soumis à tort au régime français de sécurité sociale, en violation des règles de coordination communautaires. Dans cette situation, il sera pertinent de s'interroger sur l'opportunité d'un recours pour le remboursement des contributions

sociales sur ses revenus d'activité ou de remplacement, notamment, en sus de la formation d'une réclamation contentieuse pour le remboursement des prélèvements sociaux sur les autres revenus.

PERSPECTIVES

Pour les gains immobiliers, le contribuable devrait pouvoir présenter une réclamation contentieuse jusqu'au 31 décembre de la deuxième année suivant celle du versement de l'impôt. L'intéressé peut donc former une réclamation contentieuse au plus tard le 31 décembre 2015 pour solliciter un dégrèvement des prélèvements sociaux supportés à raison des gains réalisés en 2013 et 2014.

Pour les autres revenus, le délai de réclamation se prescrit en principe par deux ans à compter de la notification de l'avis de mise en recouvrement. Concrètement, il est possible de réclamer le remboursement de la totalité des prélèvements sociaux payés depuis 2012, pourvu que la réclamation soit adressée à l'administration le 31 décembre 2015 au plus tard.

Pour mémoire, le taux de ces prélèvements sociaux est de 13,5% entre le 1er janvier et le 30 juin 2012, et de 15,5% depuis le 1er juillet 2012.

La loi contestée de 2012 ayant pour objectif d'augmenter les recettes publiques notamment, il n'est pas certain que l'administration fiscale française se prononce favorablement dans l'immédiat, et renonce ainsi aux recettes correspondantes. Cela étant, le délai pour présenter une réclamation étant très court, il est impératif de l'adresser dans le respect du délai, quitte à essuyer éventuellement un refus de la part de l'administration fiscale, avant d'obtenir gain de cause devant le juge administratif avec l'appui d'un conseil fiscal expérimenté. A vos réclamations !

Contacts : Stéphanie Barreira et Jérôme Bissardon

PROCÉDURE CIVILE SUISSE : LE DIFFICILE EXERCICE DES QUESTIONS AUX TÉMOINS

Depuis l'entrée en vigueur Code de procédure civile suisse (CPC), la pratique genevoise en matière d'interrogatoire des témoins devant les juridictions civiles s'est vue bousculée. Certains magistrats, dans un souci de stricte mise en œuvre de la maxime des débats, refusent désormais les questions qui ne procèdent pas d'une offre de preuve formulée régulièrement et en temps utile. D'autres font preuve de plus de souplesse au profit de l'établissement des faits. Cette diversité de tendances engendre de l'incertitude.

Le contenu de l'audition du témoin est défini par l'article 172 CPC. Il se divise en trois thèmes.

Premièrement, le témoin doit décliner son identité (172 let. a CPC). Il s'agit notamment de vérifier qu'on est face à la bonne personne et que celle-ci peut être entendue en qualité de témoin et non pas de partie.

Deuxièmement, le témoin doit être interrogé sur ses relations personnelles avec les parties et les éventuelles autres circonstances de nature à influer sur la crédibilité de sa déposition (172 let. b CPC). Ceci doit permettre notamment de déceler d'éventuels intérêts en lien avec le résultat du procès, comme l'existence de rapports contractuels, ou d'autres liens personnels. Il peut aussi s'agir d'éprouver les capacités cognitives et mémorielles du témoin et de dévoiler d'éventuelles connaissances de l'objet du litige qu'il aurait acquises préalablement.

Troisièmement, le témoin doit être amené à exposer les faits de la cause qu'il a constatés (172 let. c CPC). Tout d'abord, il doit s'agir d'un fait pertinent et contesté (150 CPC). Ensuite, ce fait doit avoir été allégué et la partie qui l'allègue doit avoir offert de le prouver par le biais d'un témoignage, régulièrement et en temps utile, c'est-à-dire selon les formes et dans les temps prévus par le CPC en application de la maxime des débats (221, 222 et 229 CPC). Finalement, il faut que le témoin l'ait constaté, ce qui exclut notamment que ce dernier soit invité à émettre des suppositions ou à exprimer son opinion au sujet de la cause.

La possibilité de poser des questions aux témoins de la partie adverse découle du droit d'être entendu. Toutefois, il doit s'agir d'un contre-interrogatoire, ce qui implique que les questions doivent porter sur les mêmes allégués que ceux sur lesquels le témoin a été interrogé par la partie qui l'a fait citer. A défaut, il s'agirait d'un moyen de preuve nouveau susceptible d'être refusé.

Dans la mesure où c'est un exposé des faits qui est requis du témoin, et non pas une simple confirmation ou infirmation d'un allégué, les questions pour l'y amener peuvent être très variées et leur lien avec l'allégué visé plus ou moins ténu.

Cette souplesse étant voulue par le CPC, nous sommes d'avis que le tribunal doit en tenir compte au moment de décider de la recevabilité d'une question d'un avocat à son témoin ou à celui de la partie adverse. C'est un juste équilibre à trouver entre l'objectif d'établissement des faits et la maxime des débats.

PERSPECTIVES

L'avocat doit veiller à être constamment en mesure de démontrer qu'il existe un lien entre sa question et un allégué pour lequel le témoignage a été sollicité régulièrement et en temps utile, ou qu'il s'agit d'un contre-interrogatoire. Si malgré cette démonstration le tribunal rejette sa question, il appartient à l'avocat de la faire porter au procès-verbal (176 CPC) pour se réserver ainsi la possibilité de se prévaloir ultérieurement d'une violation du droit d'être entendu.

Contacts : Serge Fasel et Alexis Dubois-Ferrière

UNE BANQUE SUISSE A LE DROIT DE BLOQUER DES AVOIRS DE SON CLIENT EN GARANTIE DES ACTIONS RÉVOCATOIRES AUX ETATS-UNIS DANS LE CADRE DE L'AFFAIRE MADOFF

Le Tribunal fédéral suisse a rendu le 20 juillet 2015 l'arrêt n° 4A_429/2014 dans lequel il a confirmé le droit d'une banque de bloquer les avoirs d'une cliente en garantie des actions révocatoires auxquelles elle fait face aux Etats-Unis dans le cadre de l'affaire Madoff. Cette décision marque l'épilogue du litige zurichois qui avait donné lieu à l'arrêt n° 4A_443/2011 du 22 février 2012 qui se limitait à la question de l'existence d'un cas clair.

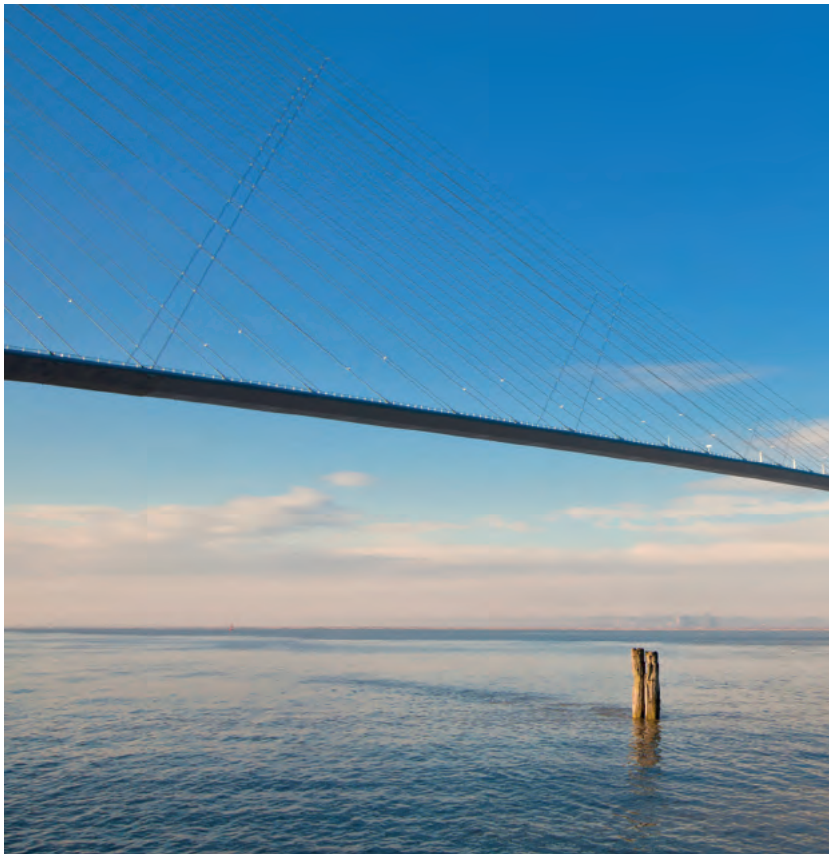
Les faits sont les suivants: en février 2000, une cliente d'une banque suisse avait chargé la banque d'investir dans le fonds Fairfield Sentry à hauteur de USD 499'998.86. En septembre 2008, la cliente a donné l'instruction à la banque de vendre ses parts du fonds précité. Après que la banque eut procédé à la vente conformément à l'instruction de la cliente, cette dernière a vu son compte crédité d'un montant de USD 994'996.21. Quelques semaines plus tard, suite à la découverte de l'escroquerie de Bernard Madoff, le fonds Fairfield Sentry, qui avait largement investi dans les sociétés de ce dernier, a été déclaré en faillite. Depuis avril 2010, la banque fait l'objet d'une action révocatoire (claw-back) intentée aux Etats-Unis par le liquidateur du fonds Fairfield Sentry, visant au remboursement du montant crédité sur le compte de la cliente suite à la vente de ses parts. En raison de ce procès, en 2011, la banque a refusé à la cliente la restitution d'un montant de

EUR 120'000 alors que le solde de ses comptes était de EUR 461'191.01 et USD 153'503.09. La cliente a alors porté en justice sa prétention contre la banque.

Après avoir vu son action déclarée irrecevable par le Tribunal fédéral pour défaut de cas clair (ATF 4A_443/2011), la cliente a agi contre la banque en procédure ordinaire.

Par arrêt du 27 mai 2014, le Tribunal de commerce de Zurich a jugé que la prétention du liquidateur du fonds Fairfield Sentry aux Etats-Unis contre la banque constituait une *obligation contractée* au sens de l'art. 402 al. 1 CO dont cette dernière devait être libérée par la cliente, fondant ainsi une créance de la banque à l'égard de sa cliente ; cette créance, à son tour, justifiait le blocage par la banque d'avoirs de la cliente en garantie de cette créance.

Dans son recours contre cette décision, la cliente a soutenu, notamment, que la prétention du liquidateur du fonds Fairfield Sentry contre la banque constituait tout au plus un *dommage* au sens de l'art. 402 al. 2 CO et que, dès lors qu'aucune faute n'était imputable à la cliente, et conformément à la disposition précitée, la banque ne pouvait exiger d'en être libérée. Selon la cliente, la banque ne disposait ainsi d'aucune créance contre la cliente dont la banque pouvait exiger d'être garantie en bloquant ses avoirs.



Par arrêt du 20 juillet 2015, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de la cliente. Il n'a cependant pas répondu à la question de savoir si la prétention du liquidateur du fonds Fairfield Sentry tombait sous le coup du premier ou du second alinéa de l'article 402 CO. En effet, il a simplement considéré que le droit de libération de la banque découlait de la convention entre les parties et que, partant, il n'était pas nécessaire d'en rechercher le fondement dans les règles générales du mandat.

Ainsi, selon le Tribunal fédéral, dès lors que la banque a acquis, conservé et vendu les parts du fonds Fairfield Sentry en son nom mais pour le compte de la cliente, de manière régulière et conforme au contrat, elle n'a pas à supporter les risques découlant de ces opérations. En particulier, la perte de valeur des parts du fonds résultant d'une escroquerie déjà réalisée au moment de leur vente pour le compte de la cliente est à la charge de cette dernière et non pas de la banque.

PERSPECTIVE

Cet arrêt, très attendu, devrait faire jurisprudence dans les litiges pendants pour des faits similaires dans lesquels une banque a agi en qualité de commissionnaire, soit en son nom mais pour le compte de son client.

Contacts : Serge Fasel et Alexis Dubois-Ferrière

NOUVELLES OBLIGATIONS DÉCLARATIVES DES SOCIÉTÉS SUISSES ET DE LEURS ACTIONNAIRES

Le Parlement suisse a adopté le 12 décembre 2014 la Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière révisées en 2012 (« Loi GAFI ») introduisant d'importantes modifications dans le dispositif suisse de lutte contre le blanchiment d'argent. Parmi celles-ci, un premier ensemble de règles visant à accroître la transparence des personnes morales est entré en vigueur le 1er juillet 2015. Le Code des obligations (CO) impose dorénavant deux devoirs d'annonce : celui des détenteurs d'actions au porteur de s'identifier, et celui de tout acquéreur de titres de participation (au porteur ou nominatifs) dont la participation dépasse un certain seuil d'en identifier les ayants droit économiques. Un second ensemble de règles, qui amende la loi sur le blanchiment d'argent (LBA), entrera en vigueur le 1er janvier 2016 et imposera aux intermédiaires financiers d'identifier l'ayant droit économique de sociétés opérationnelles, modifiant ainsi les principes qui prévalaient à ce jour. Seules les premières règles sont présentées ici.

Depuis le 1er juillet 2015, **toute personne qui acquiert des actions au porteur d'une société suisse non cotée en bourse** doit, dans un délai d'un mois à compter de l'acquisition, annoncer sa participation à la société, quel que soit le pourcentage d'actions acquises, et établir qu'il détient effectivement ces actions. Le nouvel actionnaire est tenu de s'identifier auprès de la société en lui communiquant ses nom et prénom ou sa raison sociale, ainsi que son adresse et en présentant une pièce de légitimation officielle, respectivement un extrait du registre du commerce ou tout document jugé équivalent. Ce devoir d'annonce s'applique également **à toute personne détenant ce type d'actions au 1er juillet 2015.**

Par ailleurs, **les acquéreurs d'actions ou de parts sociales de sociétés suisses non cotées en bourse qui détiennent seuls, ou de**

concert avec un tiers, une participation atteignant ou dépassant le seuil de 25% du capital-actions ou des voix doivent dorénavant en déclarer les ayants droit économiques à la société. Il s'agit là d'identifier les personnes physiques derrière les acquéreurs. Ce devoir d'annonce s'applique tant aux actions (au porteur ou nominatives) qu'aux parts sociales de sociétés à responsabilité limitée ou de coopératives, et reflète, au niveau du droit suisse des sociétés, l'obligation nouvelle imposée aux intermédiaires financiers d'identifier les ayants droit économiques de plus de 25% des actions de sociétés commerciales. Il s'applique à **tout transfert postérieur au 1er juillet 2015,** la loi n'imposant pas l'identification des ayants droit économiques des actionnaires existants.

Les sociétés suisses doivent dorénavant tenir un **registre** de leurs ayants droit économiques et, le cas échéant, la liste des détenteurs d'actions au porteur, et conserver toutes les pièces justificatives.

Il convient de noter que les nouvelles dispositions permettent toutefois à la société de désigner un intermédiaire financier auprès duquel sont effectuées les annonces relatives aux actions au porteur (cette possibilité n'est pas offerte pour les actions nominatives), permettant ainsi de préserver l'anonymat des actionnaires et de leurs ayants droit économiques vis-à-vis de la société.

Les conséquences pour l'actionnaire d'une violation de ses devoirs d'annonce sont significatives. En effet, la loi prévoit la privation de l'exercice de ses droits sociaux et de ses droits patrimoniaux, ces derniers s'éteignant même si l'actionnaire ne procède pas aux annonces requises dans le délai d'un mois. Pour renforcer le système, le conseil d'administration est tenu de veiller à ce qu'aucun actionnaire concerné n'exerce ses droits tant que les devoirs d'annonce n'ont pas été respectés.

PERSPECTIVES

Ces nouvelles obligations transposent la due diligence imposée jusqu'à présent aux intermédiaires financiers à toutes les sociétés suisses, leur faisant dorénavant obligation de connaître leurs actionnaires et, dans certaines circonstances, les personnes physiques derrière ces derniers. Les nouvelles règles tentent de prévenir l'utilisation abusive d'actions au porteur tout en maintenant la possibilité d'y avoir recours. Le nouveau dispositif prévoit aussi un mécanisme facilité de conversion des actions au porteur en actions nominatives, conçu pour pousser les sociétés à abandonner peu à peu les actions au porteur. Dans bien des cas, cette conversion constituera effectivement la solution de facilité en vue de l'allégement des obligations liées aux nouvelles règles.

Contacts : Frédérique Bensahel et Véronique Chatelain Gomez

LA PROCÉDURE JUDICIAIRE D'ENQUÊTE FISCALE EN FRANCE : LA PROCÉDURE DE TOUS LES DANGERS

Le 23 juin dernier, le Gouvernement français a annoncé le bilan 2014 en matière de régularisation : 1.4 milliard d'euro d'impôts recouvrés et 40 000 dossiers enregistrés. L'année 2015 s'annonce encore meilleure. Parallèlement à ces régularisations « spontanées », se développent, sous l'impulsion du Juge pénal, des régularisations « forcées », sous la conduite d'interlocuteurs encore peu connus : ***les officiers fiscaux judiciaires de la police fiscale.***

En France, jusqu'à la création de la procédure judiciaire d'enquête fiscale, les moyens de la police judiciaire ne pouvaient être utilisés pour lutter contre la fraude fiscale qu'après la mise en œuvre d'une procédure administrative, suivie d'un dépôt de plainte pénale par l'administration fiscale. Désormais, la Police judiciaire peut agir **en amont et par surprise,** sans que les contribuables ne soient informés de l'imminence des mesures d'enquête et de contrainte prévues, telle une perquisition.

Cette procédure pénale s'est accompagnée de la création d'un nouveau service d'enquête : la brigade nationale de répression de la délinquance fiscale (la BNRDF), plus communément appelée « police fiscale ». Ce service à compétence nationale est composé à parité d'officiers de police judiciaire et d'inspecteurs des impôts, lesquels ont le statut d'officiers fiscaux judiciaires.

La police fiscale ne peut intervenir, sous la direction d'un procureur, qu'en cas de **soupçon de fraude fiscale aggravée,** à savoir principalement :

- en cas de détention d'un compte bancaire à l'étranger ;
- en cas de fraude fiscale commise en bande organisée (en collusion avec des avocats, des notaires, des banquiers, des tiers gérants, des fiduciaires, etc.) ;
- en cas d'interposition – en relation avec le patrimoine du contribuable – de structures artificielles ou fictives sises à l'étranger (trusts, fondations, sociétés offshore, notamment) ;
- enfin, en cas de domiciliation du contribuable fictive ou artificielle à l'étranger.

Il faut noter que la police fiscale peut également intervenir sur le fondement de la seule infraction de **blanchiment de fraude fiscale aggravée,** ce qui autorise les juridictions pénales à engager des poursuites pour des faits de blanchiment sans être tenues par une plainte préalable de l'administration, comme c'est le cas nécessairement en matière de délit de fraude fiscale.

D'un point de vue pratique, le contribuable prend connaissance de la procédure judiciaire d'enquête fiscale diligentée contre lui lorsque les officiers de la BNRDF se présentent à

son domicile, souvent à l'aube, pour lui signifier l'engagement d'une perquisition. Celle-ci peut être étendue à plusieurs domiciles du contribuable (résidence secondaire, bureaux) ainsi qu'au domicile privé ou professionnel de tiers, soit impliqués, soit susceptibles de détenir des pièces ou documents.

La perquisition est fréquemment suivie du **placement en garde à vue du contribuable,** au commissariat de police de son lieu de domicile ou dans les locaux de la BNRDF à Nanterre. La garde à vue est un moment clé de la procédure. En effet, alors que les opérations de perquisition revêtent un caractère matériel, consistant à collecter des pièces (qui, en matière de détention d'avoirs financiers à l'étranger, se trouvent rarement au domicile du contribuable), la garde à vue est la **première confrontation directe** avec les officiers fiscaux judiciaires. Ces derniers disposent alors de 48 heures pour obtenir des « aveux circonstanciés ».

PERSPECTIVE

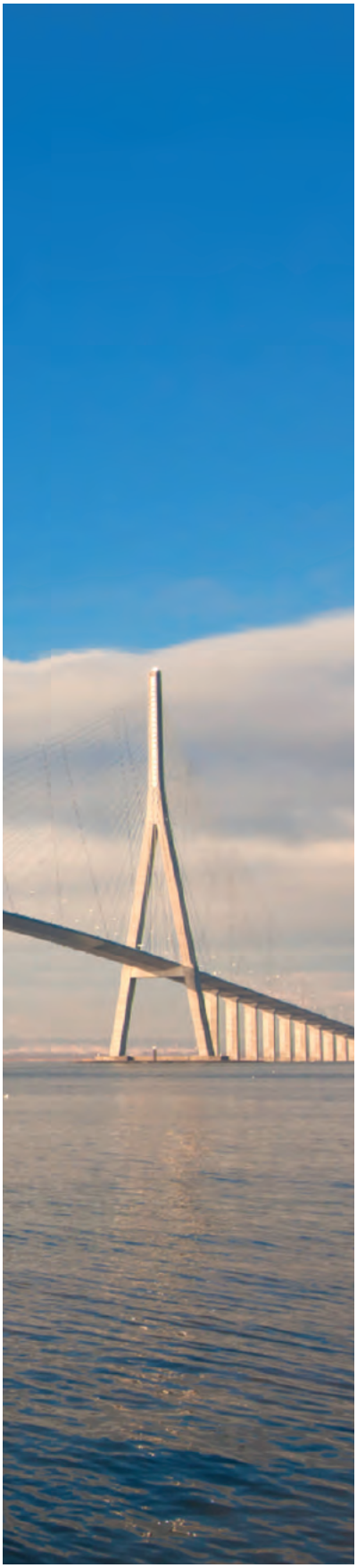
Notre expérience auprès de la police fiscale nous amène à la conclusion suivante : après avoir subi une perquisition matinale et traumatisante, suivie d'une garde à vue dont la durée peut s'étendre jusqu'à 48 heures, le plus aguerri des clients passera souvent aux aveux, et s'épanchera sur moult détails, évoquant ainsi les schémas alternatifs à la régularisation proposés par divers prestataires. Le rôle de l'avocat, qui pourra assister le gardé à vue dès la première heure, est alors essentiel.

En fonction de la nature de chaque dossier, et des éléments de preuve déjà en main de la police fiscale – notamment grâce au recours préalable aux écoutes téléphoniques, aux captations et interceptions de correspondances, emails, SMS, etc. – l'avocat devra guider habilement son client vers une stratégie de défense appropriée, dans une situation de crise.

Souvent, la reconnaissance des faits pertinents et l'engagement de régulariser les avoirs dans les meilleurs délais peuvent permettre d'éviter les saisies conservatoires sur les actifs français. La circulaire interministérielle (Ministère de l'Intérieur / Ministère du Budget) du 22 mai 2014 incite d'ailleurs les Procureurs de la République à la plus grande fermeté lorsque l'attitude des prévenus pendant la procédure traduit l'absence de toute volonté de s'amender (absence de toute coopération, manœuvre destinée à faire obstacle à l'action de l'administration).

Contact : Alain Moreau

L'AVOCAT SUISSE FACE À L'ARGENT DU CRIME



Même lorsque l'avocat exerce une activité dite typique de sa profession, à savoir les conseils juridiques et la représentation en justice, il peut être confronté à de délicates questions pratiques lorsque, une fois chargé d'un mandat par un client, il s'avère que ce dernier entend payer, ou a payé, la provision ou les honoraires de l'avocat aux moyens de fonds qui sont d'origine illicite, ou à tout le moins de fonds dont l'avocat nourri certains soupçons quant à leur provenance licite. Quel comportement doit alors adopter l'avocat et quelles conséquences ce comportement peut-il avoir sur les droits de son mandant ?

La problématique se pose au regard des règles pénales en matière de blanchiment d'argent, qui visent à punir toute personne ayant commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales, dont elle savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime.

On pourrait de prime abord penser que l'avocat qui accepte d'encaisser, à titre de provision ou d'honoraires, des fonds d'origine douteuse ajoute une étape supplémentaire à l'établissement de l'origine criminelle des fonds et que, partant, son comportement est propre à entraver le processus de confiscation des avoirs ainsi acceptés. Toutefois, le Tribunal fédéral a heureusement opté pour une interprétation plus restrictive de la norme pénale et a jugé que l'acte doit, concrètement, être propre à entraver l'origine des fonds. Pour que l'acte tombe sous le coup des dispositions pénales, il ne doit pas simplement être susceptible d'entraver la confiscation, mais doit être caractérisé comme un acte de dissimulation, à l'instar du voleur qui cache l'objet de son larcin en l'enterrant dans son jardin ou encore du criminel qui remet ses fonds à une connaissance dans le but de les cacher.

Le Tribunal fédéral a rappelé que le fait de cacher de l'argent liquide, de le placer ou encore de l'échanger constitue indéniablement une entrave à l'identification des fonds. Cependant, le simple versement de fonds d'origine criminelle sur son propre compte personnel, à son lieu de domicile, ne constitue pas en soi une entrave à l'identification ou la confiscation de ces fonds. Suivant la même idée, il paraît raisonnable de considérer que l'utilisation de ces fonds à des fins licites, comme le paiement d'honoraires d'avocat, à condition qu'ils soient justifiés, ne saurait donner lieu à un traitement pénal moins favorable que le versement par la personne de tels fonds sur son compte personnel ou lorsqu'elle en fait usage pour procéder à des paiements courants.

En conséquence, le risque encouru par l'avocat d'être reconnu coupable de blanchiment en relation avec l'encaissement de ses honoraires, sous réserve qu'ils soient excessifs, est relativement restreint.

Plus délicate est la question de la confiscation des sommes versées à titre de provision ou d'honoraires lorsque l'autorité découvre leur provenance. Dans de telles circonstances, l'autorité peut-elle les séquestrer et prononcer leur confiscation ?

En Suisse, le juge a le devoir de prononcer la confiscation de toutes valeurs patrimoniales qui proviennent d'une infraction. Néanmoins, il doit renoncer au séquestre de telles valeurs lorsqu'une personne les a acquises dans l'ignorance de leur origine criminelle et à la condition qu'elle ait fourni une contre-prestation adéquate. En d'autres termes, un avocat, comme tout autre justiciable, qui a effectué sa prestation de bonne foi, pourra s'opposer à la confiscation des sommes qu'il a reçues. Il va sans dire que le juge prononcera, à l'encontre de celui qui accepte des fonds illicites en toute connaissance de cause, le séquestre de l'ensemble des valeurs reçues.

L'affaire se complique lorsqu'au cours d'un mandat, l'avocat découvre l'origine illicite des fonds qu'il a acceptés, ou à tout le moins acquiert le soupçon que les fonds en question sont d'origine criminelle. Ne pouvant dès lors plus se prévaloir de sa bonne foi, quel comportement doit-il adopter ?

Dans le cadre d'un procès pénal, l'avocat pourrait, en cas de doute, demander à l'autorité compétente d'accorder à son client une défense d'office. L'avocat qui a déjà été mandaté par son client demanderait ainsi à ce que le Tribunal le désigne comme défenseur d'office et à être rémunéré par l'Etat dans le but d'éviter que sa provision ne soit confisquée. Cette solution pose néanmoins de multiples problèmes. Premièrement, le Tribunal pourrait très bien désigner un autre avocat que celui qui en a fait la demande, le vœu du prévenu n'étant pas contraignant. Secondement, la défense d'office n'implique pas toujours l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite ; partant, cette demande n'offre aucune réelle garantie et, dans la mesure où le client est solvable, cette demande pourrait être considérée, au moins implicitement, comme un aveu de culpabilité.

Par ailleurs, l'avocat pourrait tout simplement refuser le mandat qui lui a été confié ou renoncer à celui-ci. Toutefois, cette solution n'est pas satisfaisante dans la mesure où le droit de résiliation de l'avocat est limité. En effet, et notamment dans le cadre d'un procès pénal, cette résiliation serait inopportune et risquerait de porter préjudice au droit à une défense effective, droit qui comporte celui d'être assisté par un avocat. De plus, il n'est pas concevable d'imposer aux avocats de refuser de représenter une personne à chaque fois que celle-ci serait accusée d'infractions susceptibles d'avoir engendré des revenus illicites.

Enfin, l'avocat pourrait songer à retourner le solde des provisions qu'il a reçues. Mais cette solution doit aussi être écartée étant donné qu'elle priverait l'avocat de sa garantie de paiement et l'exposerait en outre à un risque pénal, la restitution pouvant éventuellement constituer un acte de blanchiment d'argent.

Pour résoudre ces différents problèmes, certains auteurs penchent pour un changement en faveur de la solution américaine, en application de laquelle l'avocat est rémunéré uniquement en fin de procédure, ce qui évite qu'il perçoive directement l'argent d'un crime. Toutefois, cette solution nécessiterait un changement important de pratique dans la mesure où, en l'état actuel, l'avocat qui ne sollicite pas une provision commet déjà une faute professionnelle.

D'autres pensent qu'un privilège consistant à autoriser les avocats à recevoir des paiements d'origine criminelle en paiement de leurs honoraires est nécessaire. Bien que cette solution semble de prime abord injustifiée, elle permettrait une garantie efficace des droits de la défense, garantie qui dépasse les simples intérêts pécuniaires des avocats. En effet, l'avocat est un élément essentiel à la défense du citoyen dans un Etat de droit. Le droit à un procès équitable garanti par l'art. 6 CEDH serait en effet rendu illusoire si l'avocat se trouvait dans une situation où ses propres intérêts (notamment au paiement de ses honoraires) viendraient à s'opposer à ceux de son client.

Certains vont plus loin encore et proposent, à l'instar des règles canadiennes, d'assurer une immunité totale pour les avocats aussi bien pour le blanchiment d'argent que pour les mesures de séquestres.

On pourrait enfin aussi envisager une refonte du système de l'assistance judiciaire permettant de l'octroyer aux personnes dont les avoirs sont bloqués ou sont soupçonnés d'être d'origine délictueuse.

PERSPECTIVES

L'activité des avocats participe de manière importante au bon fonctionnement de la justice dans un Etat de droit. Cette activité particulière est exercée non seulement dans l'intérêt du client mais, plus largement, au bénéfice des droits des citoyens qui doivent pouvoir compter sur une défense effective. Les particularités de cette activité doivent aujourd'hui être prises en compte. En effet, il s'agit de trouver de toute urgence une solution satisfaisante à la problématique de la position de l'avocat face à l'argent du crime en relation avec le paiement de ses honoraires ou de ses provisions. Même si les cas d'application demeurent rares, le développement de la réglementation tendant à la lutte contre le blanchiment d'argent ne fera qu'accroître le nombre de cas où le problème sera susceptible de se poser, et par conséquence l'insécurité juridique qui en résulte, au détriment des justiciables dans leur ensemble.

Contacts : Serge Fasel et Emmanuel Badoud

LA NÉGOCIATION DU PLAN SOCIAL DIRECTEMENT AVEC LES TRAVAILLEURS SELON LE DROIT SUISSE

Dans notre Newslex n° 7 de mai 2014, nous avons présenté l'obligation de négocier un plan social introduite par le nouvel article 335i du Code des obligations suisse (CO) le 1er janvier 2014 et mettions en évidence l'existence de nombreuses questions non résolues que cette obligation suscitait. Dans ce même contexte, notre premier retour d'expérience permet à présent de mettre en évidence les difficultés qui peuvent résulter de l'absence de représentation des travailleurs et de convention collective de travail avec un ou plusieurs syndicats.

Pour rappel, l'art. 335i CO prévoit une obligation à la charge de l'employeur – qui emploie habituellement au moins 250 travailleurs et qui entend licencier au moins 30 travailleurs dans un délai de 30 jours pour des motifs de gestion non inhérents à leur personne – de mener des négociations avec les travailleurs en vue d'établir un plan social. Si les parties n'y parviennent pas, un tribunal arbitral doit être saisi pour arrêter le plan social (335j CO). Par parties au sens de la disposition précitée, il faut entendre d'un côté l'employeur et de l'autre les syndicats qui sont parties à la convention collective si une telle convention existe, ou les représentants des travailleurs de l'entreprise, ou, à défaut, les travailleurs directement (335i al. 3 CO).

Cette troisième catégorie comprend l'ensemble du personnel de l'entreprise et non pas uniquement ceux qui pourraient faire l'objet du licenciement collectif. Aussi, en l'absence de syndicat et de représentation des travailleurs, l'employeur doit s'adresser à chaque travailleur individuellement en vue de conclure un plan social.

Partant, pour considérer que les parties sont parvenues à s'accorder sur un plan social, et ainsi voir tomber l'obligation de saisine d'un tribunal arbitral, un accord doit être conclu avec chacun des employés. L'effet normatif, par lequel l'ensemble des travailleurs se voit lié par un accord, ne s'attache qu'aux conventions conclues avec une représentation des travailleurs ou des syndicats.

On perçoit d'emblée l'effort logistique considérable que cela suppose, même si la doctrine admet la validité d'un plan social individuel conclu par acceptation tacite du travailleur suite à une offre unilatérale formulée par l'employeur. La préparation des offres – dont le contenu doit respecter le principe d'égalité de traitement – requiert, en outre, un soin tout particulier dès lors qu'elles sont destinées à modifier les contrats de travail.

Au regard de ces difficultés, il y a lieu de se demander si l'employeur risque une sanction, principalement au titre d'un licenciement abusif, dans le cas où il procède au licenciement collectif alors qu'un ou plusieurs employés licenciés n'a ou n'ont pas accepté l'offre unilatérale de plan social et qu'aucun tribunal arbitral n'a été saisi. Aucun nouveau cas de licenciement abusif spécifique au plan social n'a été introduit dans le catalogue prévu à l'art. 336 CO. La doctrine et la jurisprudence n'abordent pas non plus cette question.

PERSPECTIVES

Nous sommes d'avis que la mauvaise foi de l'employeur au moment de renoncer à saisir un tribunal arbitral doit être évidente pour que l'argument du licenciement abusif puisse être invoqué avec succès. Tel pourrait être le cas si une majorité d'employés refuse les offres unilatérales de plan social et que l'employeur n'entreprend aucune autre démarche dans ce sens. Dans tous les cas, vu les incertitudes qui règnent en la matière, la prudence est de mise.

Par ailleurs, même au-delà du cas spécifique du plan social obligatoire, nombreuses sont les situations où il est opportun d'avoir comme interlocuteur une représentation des travailleurs. Il est ainsi judicieux pour la grande entreprise qui n'en dispose pas d'envisager sa mise en place sous la forme d'une commission du personnel.

Contacts : Serge Fasel et Alexis Dubois-Ferrière

LES MODIFICATIONS CLÉS DE LA LOI SUISSE SUR LE BLANCHIMENT D'ARGENT (LBA)

Le groupe d'action financière (ci-après «GAFI») a, le 16 février 2012, procédé à la révision de ses recommandations en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Celles-ci constituent les normes internationales de référence en la matière. Ces recommandations révisées ont entraîné, en Suisse, l'introduction de nouvelles dispositions dans plusieurs lois, notamment dans la loi sur le blanchiment d'argent (LBA). Cette adaptation s'est faite par l'adoption, le 12 décembre 2014, de la «loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012».

Différentes modifications ont été introduites dans la LBA par l'adoption de la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI. Ces modifications entreront en vigueur en janvier 2016.

Premièrement, la loi introduit un nouvel assujetti: le «négociant». Le négociant est défini comme une personne qui, à titre professionnel, négocie des biens et reçoit en échange des paiements en espèces. Lorsque le négociant reçoit en paiement des espèces dépassant CHF 100'000.—, par exemple lors d'opérations de ventes immobilières ou mobilières, il a l'obligation de remplir certaines obligations de diligence notamment en ce qui concerne la vérification de l'identité du cocontractant, l'identification de l'ayant droit économique ou l'établissement et la conservation des documents. Cependant, le négociant n'est pas soumis à une surveillance (pas d'affiliation à un OAR, ni d'autorisation par la FINMA). En outre, le négociant n'a aucune contrainte réglementaire si la transaction dépassant les CHF 100'000.— est effectuée par le biais d'un intermédiaire financier.

Deuxièmement, la révision des recommandations du GAFI va introduire, pour les intermédiaires financiers, une obligation d'identification des personnes politiquement exposées («PPE») en Suisse ou à l'étranger, ainsi que les «PPE» d'organisations intergouvernementales et au sein de fédérations sportives internationales. La révision va en outre élargir les devoirs de diligence à ces catégories nouvellement créées selon le principe de l'approche fondée sur les risques.

Troisièmement, cette révision va introduire un renforcement des obligations des intermédiaires financiers lors de l'identification des ayants droit économiques de personnes morales. Actuellement, l'ayant droit économique d'une société opérationnelle est la société elle-même. Tel ne sera plus le cas dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI. En effet, dès janvier 2016, l'intermédiaire financier aura pour obligation d'identifier les détenteurs de contrôle d'une société opérationnelle.

A ce propos, la loi prévoit un système de définitions en cascade: pour une personne morale exerçant une activité opérationnelle, les ayants droit économiques sont réputés être le ou les actionnaires (personnes physiques) qui détiennent directe-

ment ou indirectement au moins 25% des droits de vote ou du capital-actions. Si l'on ne peut pas les identifier, c'est alors la personne qui contrôle la personne morale d'une autre manière qui est réputée être son ayant droit économique ou, si son identification est également impossible, le membre le plus haut placé de la direction.

Quatrièmement, le système en matière de communication au Bureau de communication en matière de blanchiment (MROS) sera renforcé. L'intermédiaire financier ne devra plus procéder au blocage des avoirs simultanément à la communication de soupçons de blanchiment au MROS (ce qui avait souvent l'effet indésirable de permettre à la personne dont les avoirs étaient soudainement bloqués de deviner qu'une procédure de communication au MROS était en cours). Le blocage interviendra désormais uniquement si le MROS communique le cas aux autorités pénales. Toutefois, le blocage restera automatique si le titulaire du compte figure sur la liste des personnes frappées par des sanctions internationales.

PERSPECTIVES

Ces nouvelles obligations vont immanquablement entraîner une charge réglementaire accrue pour les intermédiaires financiers. Par ailleurs, l'extension du champ d'application de la LBA aux « négociants », qui ne seront pas affiliés à un OAR et qui ne seront pas autrement surveillés pour l'application de cette réglementation (à l'exception du mandat à cet effet que les « négociants » doivent conférer à un organe de révision), est la promesse certaine de difficultés pratiques : au contraire des intermédiaires financiers classiques, qui sont confrontés depuis près de vingt ans à la problématique du blanchiment d'argent et éduqués à y faire face, un nombre important de ces « négociants » s'apprêtent à découvrir un monde qui leur est parfaitement inconnu et qui, pour ceux qui n'auront pas reçu le conseil juridique pertinent à cet égard, risque de se traduire par de lourdes sanctions pénales.

Contacts : Marco Villa et Victoria Surer

RÉVISION DE LA CONVENTION RELATIVE À L'OBLIGATION DE DILIGENCE DES BANQUES (CDB 16)

L'Association suisse des banquiers («ASB») a révisé sa Convention relative à l'obligation de diligence des banques («CDB 16»). La nouvelle CDB 16 met notamment en œuvre les dernières recommandations du Groupe d'action financière en matière d'identification des ayants droit économiques de sociétés commerciales. De nouvelles dispositions consacrées aux modalités d'identification du cocontractant et de l'ayant droit économique sont également introduites.

La principale nouveauté de la CDB 16 consiste dans l'obligation faite aux banques et aux négociants en valeurs mobilières d'identifier les ayants droit économiques de personnes morales ou de sociétés de personnes suisses ou étrangères (y compris les fondations, à l'exclusion des sociétés simples) qui exercent une activité opérationnelle, sans être cotées en bourse (Chapitre 3 CDB 16). A cet effet, l'ASB a élaboré le concept de «détenteur de contrôle».

Les détenteurs de contrôle sont les personnes physiques qui détiennent directement ou indirectement, seules ou de concert avec des tiers, une participation d'au moins 25 % du capital ou des droits de vote de la société. Si ces personnes ne peuvent être déterminées, la banque devra identifier la ou les personne(s) physique(s) qui exerce(nt) effectivement le contrôle sur la société ou, à défaut, le(s) membre(s) le(s) plus haut placé(s) de l'organe de gestion de la société, soit en principe son CEO (art. 20 CDB 16). L'identification des détenteurs de contrôle se fera au moyen d'un nouveau formulaire, le formulaire K.

Par ailleurs, la CDB 16 introduit une disposition destinée à faciliter l'ouverture de comptes bancaires à distance, en particulier par internet, en permettant l'identification électronique de personnes physiques. L'authentification de l'identité du client pourra se faire par l'obtention de la copie de la pièce d'identité du client certifiée par une entreprise de certification reconnue selon la Loi sur la signature électronique (SCSE), auprès de laquelle le client se sera préalable-

ment authentifié électroniquement (article 11 al. 2).

La CDB 16 contient également deux nouvelles dispositions en matière d'identification des trusts et des fondations (articles 40 et 41), lesquelles renvoient à l'utilisation du formulaire T, ainsi qu'à un nouveau formulaire S applicable aux fondations et aux structures similaires. Le formulaire T devra désormais être rempli dès qu'un trust est le cocontractant de l'établissement financier, même dans le cas où les bénéficiaires du trust sont déterminés (trust non discrétionnaire). Le formulaire T a ainsi été amendé afin de tenir compte des différents types de trusts (discrétionnaires/non discrétionnaires ; révocables/irrévocables). Le nouveau formulaire S est basé sur le même modèle que le formulaire T. Pour le surplus, les modalités d'identification des structures de détention patrimoniale ne subissent pas de changements matériels.

Une nouvelle disposition a en outre été introduite en matière d'identification des ayants droit économiques d'un placement collectif de capitaux comprenant plus de 20 investisseurs (art. 38 al. 2 CDB) : l'identification sera requise dans le cas où le placement collectif ne serait pas soumis à un régime de surveillance approprié en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Les autres exceptions à l'obligation d'identifier les ayants droit économiques d'un placement collectif prévues dans la CDB 08 sont reprises dans la CDB 16.

L'identification des assurances-vie avec gestion de compte/dépôt séparé (« *insurance wrappers* ») est à présent traitée dans la CDB 16. L'article 42 codifie les exigences posées par la FINMA dans sa communication 18 (2010) quant à l'obligation d'identifier le preneur d'assurance, ainsi que la personne qui paie effectivement les primes si celle-ci est différente. Le formulaire I est utilisé dans ce cas.

La CDB 16 s'appliquera aux banques et aux négociants en valeurs mobilières dès le 1er janvier 2016 pour toutes les relations d'affaires ouvertes après cette date. Elle s'appliquera aux relations déjà existantes lorsque la procédure d'identification du cocontractant et de l'ayant droit économique devra être renouvelée.

PERSPECTIVES

Le nouveau régime d'identification des ayants droit économiques de sociétés commerciales représente un véritable changement de paradigme pour les établissements financiers. La mise en œuvre du concept de détenteur de contrôle pourra s'avérer délicate en pratique, notamment lorsque le cocontractant est une société commerciale faisant partie d'un groupe international comprenant plusieurs niveaux de détention. L'ouverture de relation avec ce type de clientèle deviendra ainsi plus complexe et nécessitera une bonne compréhension de la structure actionnariale du client. Les établissements bancaires devront adapter leur processus compliance et leur documentation interne à ces nouvelles exigences.

Contacts : Pierre-Olivier Etique et Laurent Schmidt, Genève

FBT Avocats SA
Genève | Paris

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

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