



# FBT

A V O C A T S

## FBT NEWSLEX

N° 6 - JANVIER 2014

### CONTACT

Jean-Louis Tsimaratos

[jltsimaratos@fbt.ch](mailto:jltsimaratos@fbt.ch)

T. +41 (0)22 849 60 40

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

### REVUE PÉRIODIQUE D'INFORMATIONS EN MATIÈRE JURIDIQUE ET FISCALE

#### SOMMAIRE

**P02** Cession de biens immobiliers en France: les vendeurs suisses sont enfin traités comme les vendeurs français

**P04** Interdiction de communiquer notifiée par le Ministère public et révision: quelle information une banque suisse peut-elle transmettre à son réviseur?

**P06** Séquestre d'actifs déposés en Suisse en marge d'une procédure pénale ouverte en Italie – qu'en est-il du produit d'une infraction fiscale?

**P08** Les héritiers peuvent-ils invoquer l'erreur du de cuius en droit suisse?

**P10** Permis de séjour et de travail pour les ressortissants UE: activation de la clause de sauvegarde par la Suisse

**P12** Le droit suisse oblige chaque entreprise à mettre en place en son sein un dispositif de gestion des conflits

**P14** Fouilles corporelles des employés par l'employeur: les limites posées par le droit suisse

## CESSION DE BIENS IMMOBILIERS EN FRANCE : LES VENDEURS SUISSES SONT ENFIN TRAITÉS COMME LES VENDEURS FRANÇAIS

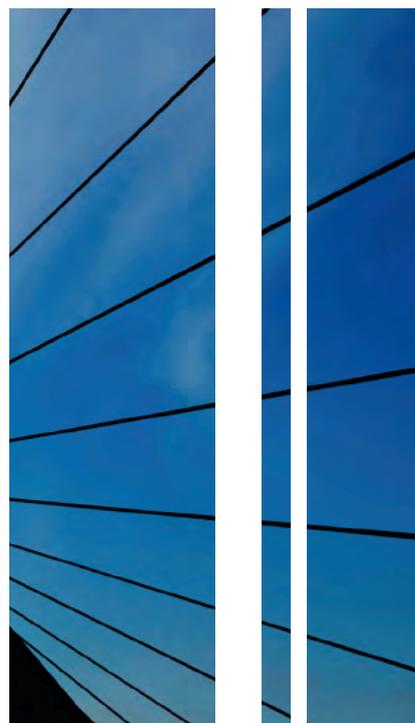
*Depuis de nombreuses années, l'administration fiscale française, et en amont les « représentants fiscaux agréés » devant nécessairement intervenir lors d'une cession immobilière en France impliquant un vendeur non résident de France, s'évertuent à considérer que les cédants résidents de Suisse doivent être discriminés. La plus haute instance judiciaire française leur a donné tort.*

Rappelons qu'en matière d'imposition des plus-values immobilières, la France pratique, dans son droit interne, un taux différencié d'imposition selon la localisation du cédant, à savoir un taux réduit de 19% actuellement pour les cédants résidents de France ou de l'Union européenne, contre un taux de 33,1/3% pour tous les autres cédants où qu'ils se trouvent (et notamment en Suisse).

Assurément, cette position discriminatoire de l'administration fiscale contrevenait non seulement au texte de la Convention fiscale franco-suisse en matière d'impôt sur le revenu et la fortune, mais également aux principes de liberté de circulation des capitaux, comme le notait le Tribunal Administratif de Montreuil dans un jugement du 25 février 2011.

Dans un nouveau jugement très récent du 29 novembre 2013, dont FBT Avocats est à l'origine, les juges de première instance du Tribunal Administratif de Montreuil (compétent pour les non-résidents) concentrent désormais exclusivement leur argumentation sur le fondement des stipulations de la Convention fiscale, et notamment de son article 15-4: « Les gains provenant de l'aliénation des biens mentionnés aux paragraphes 1, 2 et 3, tels qu'ils sont retenus pour l'assiette de l'impôt sur les plus-values, sont calculés dans les mêmes conditions que le bénéficiaire soit résident de l'un ou de l'autre Etat contractant. Si ces gains sont soumis dans un Etat contractant à un prélèvement libératoire de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés, ce prélèvement est calculé dans les mêmes conditions que le bénéficiaire soit résident de l'un ou de l'autre Etat contractant ».

Telle est désormais également la position des juges suprêmes du Conseil d'Etat (Conseil d'Etat, 20 novembre 2013, n° 361167) qui, tranchant en dernier ressort, viennent eux aussi de confirmer la primauté des stipulations conventionnelles sur les dispositions de droit interne français (article 244 bis A du Code Général des Impôts).



Le Conseil d'Etat est en effet très péremptoire et clair dans ses considérants indiquant que la plus-value immobilière «doit être déterminée de la même manière que le contribuable ait sa résidence fiscale en France ou en Suisse», précisant ensuite que «le taux de ce prélèvement ne peut excéder, pour un résident fiscal suisse, celui applicable à un résident fiscal français».

Le débat est donc désormais clos, au plus grand bénéfice des contribuables qui ont finalement obtenu gain de cause contre l'administration fiscale. Reste maintenant à tous ceux qui ont acquitté à tort le taux de prélèvement de 33,1/3% en 2013 d'en demander le remboursement par le biais du dépôt d'une réclamation contentieuse auprès du Directeur des Services fiscaux des résidents à l'étranger.

Une telle réclamation, qui ne revêt pas de forme spécifique, doit néanmoins être dûment motivée sur le fond

et apporter la preuve que le contribuable non résident est bien susceptible de bénéficier des stipulations conventionnelles franco-suisse.

A ce titre, comme l'ont déjà noté les juges du Tribunal administratif de Montreuil dans leur décision du 29 novembre 2013, la preuve devra être apportée par le demandeur en restitution de l'impôt trop versé qu'il est assujéti en Suisse de manière illimitée, et justifie ainsi de sa qualité de résident fiscal suisse à la date de cession du bien.

En d'autres termes, un cédant résident suisse imposé selon le régime du forfait, même majoré, pourrait être exclu de bénéfice du remboursement.

*Contact: Alain Moreau*

## NOTRE AVIS

Tous les cédants résidents suisses au rôle ordinaire ayant engagé une procédure en remboursement à l'encontre des autorités fiscales françaises auront rapidement gain de cause et se verront restituer le différentiel d'imposition entre 19% (autrefois 16%) et 33,1/3%.

Pour ceux qui n'ont entamé aucune procédure, seuls ceux ayant procédé à une vente en 2013 peuvent encore prétendre à une restitution par le biais du dépôt d'une réclamation contentieuse.

Enfin, un nouveau front doit être ouvert à l'encontre du fisc français en matière immobilière s'agissant de cédants non résidents : la contestation de l'application des prélèvements sociaux sur les transactions immobilières. En effet, les propriétaires non-résidents de France – suisses par exemple – cotisent dans leur pays de résidence à leur propre protection sociale. Le fait de les contraindre à cotiser en France à la protection sociale française, sans pour autant qu'ils n'aient droit à des prestations françaises quelles qu'elles soient, constitue à notre sens une nouvelle discrimination à soumettre à l'appréciation des juges français, eu égard notamment au règlement communautaire N° 883/2004.

Gageons qu'il s'agira de la prochaine victoire jurisprudentielle des résidents suisses sur les autorités fiscales françaises.

## INTERDICTION DE COMMUNIQUER NOTIFIÉE PAR LE MINISTÈRE PUBLIC ET RÉVISION: QUELLE INFORMATION UNE BANQUE SUISSE PEUT-ELLE TRANSMETTRE À SON RÉVISEUR?

*Il n'est pas rare que les établissements bancaires suisses se voient notifier des ordonnances du Ministère public, ordonnant par exemple un séquestre, et faisant interdiction à la banque d'informer tout tiers de cette mesure. Quel est l'effet de cette interdiction quant au réviseur de la banque ?*

Lorsqu'un établissement bancaire suisse se voit notifier une mesure de contrainte (séquestre, demande de renseignements, etc.) par le Ministère public, il est fréquent que l'ordonnance du magistrat comporte la mention selon laquelle il est fait interdiction à la banque de communiquer «à tout tiers» une quelconque information quant à la mesure diligentée. Les établissements bancaires paraissent ainsi se trouver devant un dilemme insoluble lorsque la réglementation applicable leur fait pourtant obligation de communiquer certaines informations, dont celles qui seraient couvertes par l'interdiction susmentionnée, à certain tiers.

A ce propos, et du point de vue du droit de la révision, on rappelle que l'article 18 de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargnes (LB) indique que «les banques chargent une société d'audit agréée d'effectuer un audit annuel. Celle-ci examine : (a) s'ils établissent leurs comptes annuels conformément aux prescriptions applicables (audit des comptes annuels); et (b) s'ils respectent le droit de la surveillance (audit prudentiel).»

Sous l'angle comptable d'abord, les procédures judiciaires en cours devront être mentionnées au réviseur, afin par exemple de former une provision en cas de perte du procès et de condamnation à payer une certaine somme.

Sous l'angle prudentiel ensuite, le réviseur devra également s'assurer que la banque respecte le droit de la surveillance. Cet audit prend en considération et examine si la banque a pris en compte et a géré de façon appropriée les risques, notamment ceux énumérés à l'article 9 al. 2 de l'Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne. Dans le cadre de cette analyse des

risques, l'auditeur devra en particulier prendre en compte les procédures judiciaires ouvertes, afin de s'assurer que l'établissement respecte ses obligations, notamment dans le cadre d'une décision ordonnant le blocage de comptes.

Que ce soit aux fins de permettre à l'auditeur de remplir ses missions d'audit comptable ou d'audit prudentiel, il est donc indispensable de l'informer de toute procédure judiciaire en cours.

L'information transmise par la banque à son réviseur est toutefois particulièrement bien protégée contre l'accès par des tiers.

En premier lieu, l'article 47 LB astreint légalement au secret bancaire non seulement la banque et son personnel, mais également certaines catégories de personnes particulières en raison de leur activité en lien direct avec un établissement bancaire. C'est notamment le cas des institutions de révision agréées.

En second lieu, les réviseurs sont soumis au secret professionnel par l'art. 730b al. 2 du Code des obligations suisse ainsi que par l'article 321 du Code pénal suisse.

Il s'ensuit que la banque qui communique des informations à son réviseur dans le cadre de l'exécution de leurs obligations respectives peut en principe compter sur le fait que ces informations resteront secrètes.

**Contacts : Frédérique Bensahel et Adeline Robin**



## NOTRE AVIS

Prise dans son sens littéral, une interdiction de communiquer promulguée par le Ministère public est claire : la banque doit s'abstenir d'informer quiconque de la mesure prise par les autorités pénales. S'agissant du réviseur, la banque est toutefois tenue légalement de l'informer de tout événement qui pourrait engager sa responsabilité. Compte tenu de la protection particulièrement efficace dont bénéficie l'information communiquée par la banque à son réviseur, aussi bien d'un point de vue civil que pénal, ainsi que du but d'intérêt public supérieur visé par les règles imposant à la banque la communication de certaines informations au réviseur, ce devoir de communication a le pas sur l'interdiction de communiquer émise par le Ministère public. Au surplus, dans des cas sensibles, il sera également possible de rendre anonyme l'information transmise, l'identité de la personne visée par la mesure ayant en général peu d'importance au regard de l'information nécessaire au réviseur pour mener à bien ses missions d'audit. Enfin, la banque pourra aussi faire valoir que le réviseur, organe de la société, n'est tout simplement pas un tiers.

## 6 SÉQUESTRE D'ACTIFS DÉPOSÉS EN SUISSE EN MARGE D'UNE PROCÉDURE PÉNALE OUVERTE EN ITALIE – QU'EN EST-IL DU PRODUIT D'UNE INFRACTION FISCALE ?

*En droit suisse, lors d'une procédure pénale, certaines valeurs patrimoniales appartenant au prévenu ou à des tiers peuvent être mises sous séquestre. La Suisse a conclu plusieurs conventions d'entraide judiciaire avec l'Italie permettant, à certaines conditions, l'exécution d'une telle mesure de contrainte sur demande de l'autorité pénale italienne. Un tel séquestre n'est pour l'heure pas possible en relation avec des valeurs provenant d'une infraction fiscale simple (soustraction fiscale), mais des changements législatifs en vue vont modifier la donne en la matière.*

La Confédération suisse et la République italienne sont toutes deux parties à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CEEJ) et ont passé un Accord en vue de la compléter et d'en faciliter l'application (Accord italo-suisse). Les articles 48 et suivants de la Convention d'application de l'Accord Schengen (CAAS) ainsi que la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (CBI) s'appliquent également dans le cadre de certaines infractions spécifiques.

Les dispositions de ces traités l'emportent sur le droit autonome qui régit la matière, soit la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) et son ordonnance d'exécution (OEIMP). Le droit interne reste toutefois applicable aux questions non réglées par les traités ou lorsqu'il est plus favorable à l'entraide.

La nature des différentes mesures de contrainte est précisée à l'art. X de l'Accord italo-suisse. Un séquestre peut être demandé sur les instruments ayant servi à commettre l'infraction faisant l'objet de la poursuite pénale, sur le produit ou sur le résultat de celle-ci. Le Tribunal fédéral a en outre rappelé dans l'ATF 121 II 241 que la procédure d'entraide judiciaire est régie par le principe de proportionnalité. L'intervention de l'Etat doit donc se limiter à ce qui est adéquat et nécessaire pour atteindre le but visé par la mesure de contrainte.

L'entraide judiciaire en matière pénale souffre néanmoins d'une exception fondamentale: la Suisse ne l'accorde pas lorsque la demande se rapporte à une infraction fiscale, à l'exception des cas d'escroquerie fiscale ou d'infraction aux impôts indirects.

Les demandes d'entraide concernant une infraction fiscale simple en matière d'impôts directs étant exclues du champ d'application des traités d'entraide, se pose la question de savoir si un séquestre peut être demandé aux autorités administratives suisses par le biais de l'entraide administrative en matière fiscale.

La réponse à cette question est négative. Premièrement, et conformément à l'art. 13 al. 1 lit. a de la Loi sur l'assistance administrative fiscale (LAAF), une mesure de contrainte telle que le séquestre d'avoirs ne peut être demandée que si le droit suisse prévoit une telle mesure; or, en Suisse, une telle mesure en matière d'impôts directs ne peut être prise que si l'administration fiscale fédérale rend vraisemblables des soupçons de fraude fiscale ou de graves infractions fiscales; par conséquent une demande de séquestre d'avoirs présentée par une autorité requérante étrangère ne peut aboutir que si, au cas particulier, la demande est en relation avec une situation que l'on peut décrire comme un cas de fraude fiscale ou une grave infraction fiscale, et non un cas de simple soustraction fiscale. Deuxièmement, la Convention de double imposition entre la Suisse et l'Italie ne contient pas de clause d'assistance administrative générale conforme au Modèle de Convention de l'OCDE. Une demande d'assistance ne doit par conséquent servir qu'à éviter la double imposition et non à recouvrer un impôt national.

**Contacts : Serge Fasel et Aurélien Bill**

## NOTRE AVIS

La Suisse s'est depuis toujours engagée à accorder à l'Italie une entraide judiciaire en matière pénale relativement large. En conséquence, le produit ou la contre-valeur d'une infraction commise en Italie se trouvant en Suisse pourrait faire l'objet d'une demande de séquestre de la part des autorités pénales italiennes, sous réserve du principe de la proportionnalité.

L'exception principale à l'entraide judiciaire pénale propre à la Suisse concerne les cas dans lesquels le justiciable est poursuivi en Italie pour une infraction ordinaire en matière d'impôts directs.

La durée de vie de cette exception semble cependant être limitée. En effet, le Conseil fédéral prévoit de la lever afin de s'aligner sur les standards européens, conformément au projet de révision du droit de l'entraide du 29 mai 2013, dans le cadre du projet de loi sur l'unification des procédures pénales en matière fiscale. En matière d'assistance administrative, la Convention de double imposition entre la Suisse et l'Italie fait l'objet de négociations depuis l'été 2012 afin d'y introduire une clause d'échange de renseignements élargie, à l'instar des accords passés avec la majorité des Etats voisins.



## 8 LES HÉRITIERS PEUVENT-ILS INVOQUER L'ERREUR DU DE CUJUS EN DROIT SUISSE?

*Il arrive que le défunt se soit trouvé dans l'erreur lorsqu'il a conclu un contrat avant son décès, mais qu'il n'a pas, de son vivant, invoqué cette erreur pour invalider le contrat, voire qu'il n'a pas pu constater cette erreur. La question se pose alors de savoir si son héritier, qui vient à son tour à découvrir l'erreur postérieurement au décès du de cujus, peut invoquer l'erreur du défunt.*

Conformément au droit suisse – cf. art. 23 du Code des obligations (CO) – le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de le conclure, était dans une erreur essentielle. Par ailleurs, la partie qui a laissé s'écouler une année à compter de la découverte de l'erreur sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas maintenir le contrat entaché d'erreur, ou sans répéter ce qu'elle a payé, est réputée accepter le contrat, et celui-ci est tenu pour ratifié (cf. art. 31 CO).

Lorsque la partie au contrat qui était dans l'erreur vient à décéder, et qu'elle n'a pas manifesté une éventuelle volonté d'invalider le contrat pour cause d'erreur ou de le ratifier avant son décès, se pose la double problématique factuelle de savoir si le de cujus a eu conscience, avant son décès, d'être dans l'erreur en relation avec un certain contrat qu'il a conclu et, dans l'affirmative, à quel moment la découverte de l'erreur par le de cujus est intervenue, étant entendu que si le de cujus a découvert l'erreur plus d'une année avant son décès, le contrat sera tenu pour ratifié du vivant du de cujus, un droit éventuel des héritiers d'invalider le contrat étant de toute façon exclu dans ce cas.

Le défunt n'étant plus là pour confirmer ou infirmer une éventuelle découverte de l'erreur, le moment de celle-ci et, à supposer qu'il eût effectivement découvert l'erreur et fût encore dans les délais pour la faire valoir, son intention éventuelle de ratifier (ou non) le contrat, il appartient en tout premier lieu à l'héritier d'établir soit que le défunt n'avait pas découvert l'erreur, soit que, l'ayant découverte, il ne s'est pas écoulé plus d'une année depuis cette découverte et que, au surplus, le défunt n'a pas ratifié le contrat avant son décès (avant l'écoulement du délai d'une année).

Si l'héritier réussit dans cette tâche difficile, se posera la question juridique de la possibilité pour l'héritier d'invoquer le vice du consentement du de cujus. Une réponse positive à cette question ne va pas de soi, étant rappelé que, traditionnellement, on retient que le droit d'invoquer un vice de consentement pour invalider un contrat est, en principe, de nature personnelle et inces-sible : l'erreur en question est celle du de cujus, et non de l'héritier.

Il faut toutefois admettre qu'il ne s'agit pas d'un droit strictement personnel, indissolublement lié à l'auteur de la manifestation de volonté viciée.

Bien qu'appartenant en principe à la partie contractuelle qui est victime du vice, certains auteurs reconnaissent ainsi à juste titre que le droit d'invoquer le vice de consentement est notamment transmissible par succession, en tout cas s'il vise un acte à caractère patrimonial : les héritiers, en tant que successeurs universels, doivent pouvoir invoquer l'erreur du de cujus dans la même mesure que celui-ci aurait pu l'invoquer.

*Contacts : Marco Villa et Laurent Schmidt*

### NOTRE AVIS

Une erreur ayant affecté la conclusion d'un contrat peut parfois être découverte par son héritier plusieurs années après le décès de la personne dont le consentement était vicié lors de la conclusion du contrat en question. Bien qu'il puisse paraître surprenant que, dans de telles circonstances, un héritier puisse faire valoir l'erreur du de cujus pour faire invalider le contrat, il faut néanmoins admettre que ce droit est transmis par voie successorale et peut être exercé par l'héritier dans la même mesure qu'il aurait pu être exercé par le de cujus. Cette solution correspond au principe de la succession universelle qui régit le droit des successions suisse et prévoit que l'ensemble des droits et des dettes transmissibles du de cujus passent aux héritiers dans leur globalité.



## PERMIS DE SÉJOUR ET DE TRAVAIL POUR LES RESSORTISSANTS UE : ACTIVATION DE LA CLAUSE DE SAUVEGARDE PAR LA SUISSE

*La Suisse a activé la clause de sauvegarde face à l'augmentation massive des demandes de permis de séjour et de travail en provenance de ressortissants des Etats membre de l'Union européenne. La délivrance de permis de séjour (permis B) est désormais à nouveau contingentée.*

Rappelons que les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne peuvent s'établir et travailler en Suisse s'ils obtiennent soit une autorisation de séjour de plus d'une année (permis B), soit une autorisation de trois mois, dite de courte durée (permis L). Depuis 2007, ces autorisations étaient délivrées par la Suisse en nombre illimité et sans examen préalable des conditions relatives au marché du travail.

Lors de la signature des Accords bilatéraux conclus en 2002 avec l'Union européenne, la Suisse s'était toutefois réservée la faculté de soumettre au contingentement le nombre de permis B. Aux termes de cette dis-

position, appelée clause de sauvegarde, la Suisse pouvait ainsi soumettre à contingentement le nombre des autorisations de séjour de plus d'un an si celles-ci dépassaient un certain seuil, soit si le nombre de ces autorisations pendant une année dépassaient d'au moins 10% la moyenne annuelle de ce type d'autorisations émises durant les trois années précédentes.

Ce seuil est calculé en distinguant deux groupes d'Etats membres. Le premier groupe, appelé UE-8, regroupe les Etats suivants : Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Slovénie. Le seuil a été atteint il y a déjà plusieurs mois et a été prolongé jusqu'au 30 avril 2014. Le nombre d'autorisations de séjour de plus d'une année se limite pour les ressortissants de ces pays à 2'180 unités par an. Le second groupe d'Etats membres (groupe UE-17) rassemble les quinze plus anciens pays membre de l'Union européenne, soit l'Allemagne, la France, l'Italie, la Belgique, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Grande-Bretagne, l'Ir-



lande, le Danemark, la Grèce, l'Espagne, le Portugal, la Suède, la Finlande, l'Autriche ainsi que Malte et Chypre. Le seuil a été atteint le 14 mai 2013 et cela pour la première fois dans l'histoire des Accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne. Relevons que la situation des ressortissants de la Bulgarie et de la Roumanie, ainsi que de ceux de la Croatie depuis son entrée dans l'UE, a toujours été et restera soumise au contingentement et à un examen particulier.

Désormais, et ce jusqu'au 31 mai 2014, le nombre de permis B est contingenté à 53'700. Ce chiffre correspond à la moyenne de ce type d'autorisations de séjour délivrées au cours des trois dernières années majoré de 5%. Les contingents sont débloqués trimestriellement. Ainsi, chaque trois mois, le 31 mai 2013, le 30 août 2013, le 29 novembre 2013 et le 28 février 2014 à 8 h.

30, un contingent de 13'428 unités a été sera libéré. Les permis seront attribués dans l'ordre de leur demande.

Seules les autorisations initiales sont soumises au contingent. La prolongation d'une autorisation de séjour n'est pas imputée sur les contingents quelle que soit la date de la délivrance.

Les autorisations de courte durée (permis L) échappent au contingentement. Toutefois, le Conseil fédéral recommande expressément aux autorités cantonales de délivrance de ces permis de porter une attention particulière à leur octroi afin de ne pas contourner par ce biais le contingentement des permis B.

*Contact: Christophe Wilhelm*

#### **NOTRE AVIS :**

Ce contingentement est la conséquence naturelle de la disparité des conditions économiques prévalant entre les pays du groupe UE-17 et celles que connaît actuellement la Suisse. Il devrait disparaître avec la reprise économique annoncée dans la zone Euro. La situation des pays du groupe UE-8 ainsi que celle de la Roumanie, de la Bulgarie et de la Croatie restera toutefois particulière. Les employeurs suisses doivent cependant y prendre garde dans leur planification de ressources humaines durant au moins les prochains mois.

## LE DROIT SUISSE OBLIGE CHAQUE ENTREPRISE À METTRE EN PLACE EN SON SEIN UN DISPOSITIF DE GESTION DES CONFLITS

*Dans son arrêt du 9 mai 2012, le Tribunal fédéral suisse a jugé que le droit du travail oblige chaque entreprise sise en Suisse à mettre en place en son sein un dispositif approprié de gestion des conflits. Cet arrêt a fait jurisprudence et pose désormais une importante obligation aux entreprises helvétiques quels que soient leur taille et leur domaine d'activité.*

Le Tribunal fédéral suisse a déduit cette obligation de la teneur de l'article 6 de la loi suisse sur le Travail (LTr) qui oblige l'employeur à prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle de ses employés. Selon la Haute Cour, au nombre de ces mesures figurent toutes celles visant à instaurer un « bon climat de travail », une « bonne formation », de même que la « possibilité pour les personnes concernées de trouver un soutien auprès d'une personne de confiance ».

Le Tribunal fédéral a souligné que si l'article 6 LTr ne prévoit pas la liste des mesures concrètes à prendre par les entreprises pour atteindre un tel but, ces mesures peuvent être précisées par voie d'ordonnance, telle

l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (OLT 3). À cet égard, les juges du Tribunal fédéral ont souligné que la formulation de l'article 2 al. 1 OLT 3 qui impose à l'employeur de prendre « toutes mesures nécessaires afin de notamment garantir la santé physique et psychique des travailleurs » permet de faire référence à « l'état de la technique et à l'expérience qui évoluent en permanence ». Partant, selon la Haute Cour, « pour déterminer de façon concrète quelles mesures doit prendre l'employeur [...], il faut examiner non seulement les ordonnances, mais aussi les différentes recommandations et normes techniques correspondant aux standards de protection à prendre en considération au moment déterminant ». Le Tribunal fédéral a alors relevé que le Secrétariat à l'Economie (SECO) est l'autorité fédérale habilitée à édicter de telles recommandations et que cette autorité énumère certaines mesures importantes que l'employeur doit prendre. Parmi celles-ci figure la désignation d'une personne interne ou externe à l'entreprise à laquelle les employés concernés peuvent s'adresser en cas de conflits. Cette personne doit bénéficier à la fois de la confiance des employés et de la formation nécessaire.



Même si cette obligation doit être imposée avec proportionnalité, le Tribunal fédéral a jugé qu'une telle mesure devait également s'appliquer à une entreprise comptant dix employés. Dans ce cas, la Haute Cour a jugé qu'une petite entreprise peut en effet s'adresser à une association professionnelle pour mettre en place un système commun. Les juges ont relevé qu'il ne s'agit pas de mettre en place une structure compliquée et coûteuse mais de désigner une ou plusieurs personnes de confiance, hors hiérarchie, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise et à qui le personnel puisse

s'adresser en toute connaissance de cause. Relevons enfin que dans le cas qu'il avait à trancher, le Tribunal fédéral a jugé que le fait que l'entreprise ait désigné son directeur général comme personne de confiance n'était pas conforme à cette obligation car le recours à une personne hors hiérarchie n'était pas prévu dans le système interne de gestion des conflits mis en place en l'espèce.

*Contact: Christophe Wilhelm*

#### **NOTRE AVIS :**

Le Tribunal fédéral étend dangereusement la notion du principe de la légalité en permettant à l'administration fédérale de légiférer en matière de droit du travail à la place du législatif. Chaque employeur est désormais lié à cette jurisprudence et devra mettre en place un système interne de gestion des conflits, soit de manière indépendante, soit sous l'égide des associations professionnelles de sa branche.

## FOUILLES CORPORELLES DES EMPLOYÉS PAR L'EMPLOYEUR : LES LIMITES POSÉES PAR LE DROIT SUISSE

*La législation suisse et les décisions du Tribunal fédéral en matière de protection de la personnalité et de la santé ont petit à petit modelé les règles applicables en matière de surveillance des employés par l'employeur. Les fouilles corporelles ne font toutefois pas l'objet de règles spécifiques et la jurisprudence y relative est rare. Les principes jurisprudentiels développés dans le domaine de la surveillance des employés en général doivent pourtant trouver application également dans le domaine des fouilles corporelles.*

La surveillance des employés a donné lieu ces derniers temps à plusieurs décisions marquantes du Tribunal fédéral en raison des nouveaux outils à disposition des employeurs pour contrôler l'activité de leurs subordonnés.

Sur son principe, la surveillance n'est pas contestée. Cependant, les dispositions légales en matière de protection de la personnalité (cf. art. 328 du Code des obligations suisse) et de la santé des travailleurs (cf. art. 26 al. 2 de l'Ordonnance sur le travail n° 3), ainsi que l'interprétation qui en a été faite par le Tribunal fédéral, imposent certaines limites à la surveillance. Ces limites ont été assez clairement définies en lien avec le contrôle des communications par téléphone ou des courriers électroniques, l'utilisation d'Internet, le dépistage des drogues, l'installation d'appareils GPS dans les véhicules de service ou l'usage de caméras notamment. En revanche, l'on peine à trouver des informations sur le droit de procéder à des fouilles sur le personnel. Pourtant, les vols commis par des employés ne sont pas rares et peuvent représenter des préjudices considérables pour l'employeur.

Dans ce contexte, l'application des principes généraux dégagés par la jurisprudence en matière de surveillance des employés s'impose également, et il s'ensuit les considérations suivantes.

Tout d'abord, le travailleur est libre de refuser de se soumettre à une fouille par son employeur dès lors qu'elle constitue une atteinte à sa personnalité. Ce der-

nier devra donc obtenir le consentement libre, spécifique et exprès de son subordonné. Cela signifie premièrement que, s'il refuse la fouille, l'employé ne doit subir aucune sanction. Deuxièmement, le consentement doit être formulé ou renouvelé avant chaque fouille et se référer clairement à celle-ci. Une acceptation générale au début des rapports de travail n'est pas suffisante. Troisièmement, le consentement ne saurait résulter d'actes concluants. Aussi, l'usage d'un document écrit sur lequel l'employé est invité à apposer sa signature avant la fouille, contenant la déclaration de consentement, la date, l'heure et le lieu de la mesure, ainsi que l'indication du droit de la refuser, est indispensable. A noter finalement que l'employeur peut solliciter l'intervention de la police qui, seule, dispose du droit de fouiller quelqu'un sans son consentement.

Ensuite, l'employeur doit respecter le principe de proportionnalité. Il en découle en premier lieu que la fouille doit être apte à confondre un éventuel voleur. Elle sera notamment proscrite si elle ne vise qu'un objectif de dissuasion. En deuxième lieu, l'atteinte à la personnalité doit être limitée au strict nécessaire eu égard à l'intérêt à protéger, à savoir le patrimoine de l'entreprise. L'employeur évitera, en particulier, toute exposition ou traitement dégradant. Finalement, la fouille doit être justifiée. Or, si l'on peut aisément admettre qu'un employé cleptomane doit être découvert et sanctionné, déterminer la nature et l'intensité des soupçons justifiant une fouille, puis définir la fréquence et les sujets de cette mesure représente une tâche bien plus ardue. Dans cette pesée des intérêts, l'effet de dissuasion peut valablement être pris en compte. L'on relèvera encore que si la mesure ne vise qu'à surveiller le comportement des travailleurs et non pas à déjouer des vols, elle constitue une atteinte illicite à la personnalité.

En outre, l'employeur doit ménager le principe de transparence. Généralement, ce n'est qu'une fois qu'il est confronté à des soupçons de vols au sein de son entreprise que l'employeur va réagir. Dans ces cas-là, l'information préalable sur la mesure de surveillance ne saurait



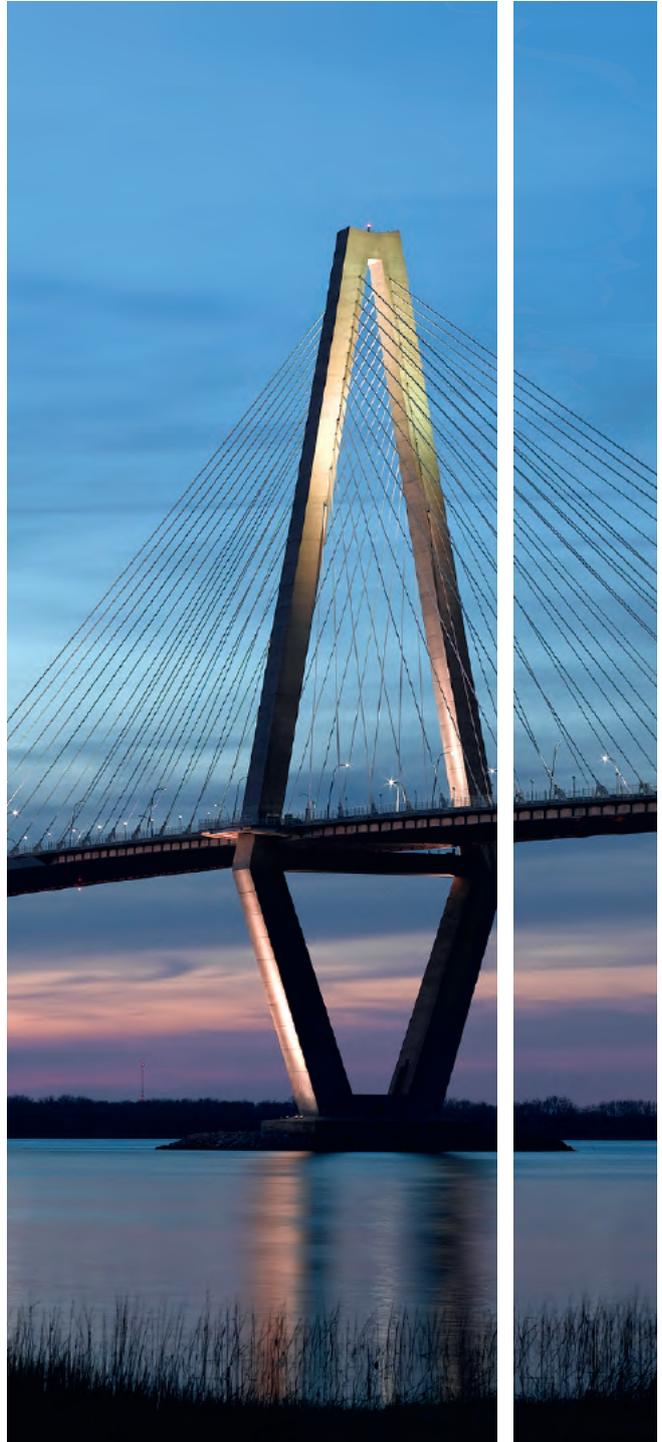
être exigée et s'avérerait contreproductive. Cependant, si l'employeur entend procéder à des fouilles de manière répétée, il convient que le personnel en soit informé et en connaisse le déroulement. Edicter les modalités de la fouille dans le règlement du personnel ou dans tout autre support d'information adéquat permet, en effet, de réduire la surprise en résultant.

Finalement, la fouille doit être réalisée par une personne du même sexe. La présence d'un tiers neutre, comme référant à disposition de l'employé, est recommandable.

*Contacts : Serge Fasel et Alexis Dubois-Ferrière*

## NOTRE AVIS

Il est justifié d'appliquer aux fouilles corporelles conduites par l'employeur les principes dégagés par la jurisprudence et la doctrine dans le cadre plus général des mesures de contrôle et de surveillance prises par l'employeur concernant ses salariés. Ces principes tendent à garantir le respect des droits de la personnalité de l'employé tout en ménageant les intérêts légitimes de l'employeur. Leur application concrète dans un cas d'espèce reste toutefois complexe et délicate au vu du caractère très sensible d'une fouille corporelle, et le recours aux conseils de spécialistes expérimentés du droit du travail peut s'avérer utile, voire nécessaire selon les cas.



**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

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