



FBT

A V O C A T S

FBT NEWSLEX

N° 7 - MAI 2014

CONTACT

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

REVUE PÉRIODIQUE D'INFORMATIONS EN MATIÈRE JURIDIQUE ET FISCALE

SOMMAIRE

- P02** Lutte contre le blanchiment de « fraude fiscale » : la Suisse suit le mouvement
- P06** Problématiques fiscales liées à la détention d'actifs immobiliers en Suisse par des Français
- P08** Récents développements en Suisse en matière d'entraide fiscale
- P10** Enregistrement du temps de travail des employés : évolution de la pratique
- P12** Les principales modifications de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 1^{er} janvier 2014 relatives au droit de l'assainissement
- P14** Le plan social obligatoire : une modification discrète mais très importante du droit du travail apportée par le nouveau droit de l'assainissement

LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT DE « FRAUDE FISCALE » : LA SUISSE SUIT LE MOUVEMENT

Sous la pression internationale, la Suisse adopte de nouvelles règles pour rendre punissable le blanchiment d'argent en relation avec des infractions fiscales

Aujourd'hui encore, les actes de blanchiment qui portent sur les valeurs patrimoniales provenant d'une infraction fiscale ne sont pas punissables en Suisse, à l'exception d'actes criminels en matière d'impôts indirects (en particulier droits de douane et TVA) commis en bande.

Conformément à l'article 305bis du Code pénal (CP), le blanchiment est en substance un comportement propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont l'auteur sait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime.

Pour que quelqu'un puisse être puni pour blanchiment, il faut, d'une part, que les valeurs patrimoniales concernées proviennent d'un crime (peine d'emprisonnement supérieure à 3 ans) et non d'un simple délit (peine d'emprisonnement inférieure à 3 ans) et, d'autre part, que celui que l'on poursuit pour blanchiment ait entravé la confiscation de ces valeurs.

Dans le système fiscal suisse actuel et sous réserve des cas exceptionnels susvisés (crimes en matière d'impôts indirects), aucune infrac-

tion fiscale n'est considérée comme un crime; dès lors, les valeurs patrimoniales « produites » à l'occasion d'une infraction fiscale ne peuvent pas faire l'objet de blanchiment.

RECOMMANDATIONS DU GAFI RÉVISÉES EN 2012

Le GAFI – dans le cadre de ses dernières recommandations révisées en 2012 – impose à tous les Etats membres de rendre punissables, au titre du blanchiment d'argent, les infractions pénales à caractère fiscal, tant dans le domaine des impôts indirects que dans celui des impôts directs.

Aujourd'hui, la Suisse n'est pas en conformité avec ces engagements internationaux puisque notre législation ne prévoit pas que l'on puisse être puni au titre de blanchiment en relation avec des infractions fiscales dans le domaine des impôts directs.

Sous la pression internationale, le Conseil fédéral (« CF ») a élaboré – en 2013 – deux avant-projets de loi (le premier concernant la modification de la procédure pénale fiscale – et la création d'un crime d'escroquerie fiscale –, le second ayant trait à la mise en œuvre des recommandations du GAFI) intégrant tous les deux la pénalisation du blanchiment d'argent résultant d'infractions fiscales. Il était ainsi proposé d'introduire dans notre législation un crime d'escroquerie fiscale, consistant à sanctionner d'une peine d'emprisonnement supérieure à 3 ans le contribuable

qui aurait soustrait des impôts non seulement en recourant à des documents faux ou falsifiés, mais aussi en faisant preuve d'astuce (concept central de l'escroquerie), pour autant que la valeur des éléments imposables non-déclarés atteigne le seuil de CHF 600'000.—.

DÉLIT FISCAL QUALIFIÉ

La proposition d'ériger en crime certaines infractions fiscales a été fortement critiquée lors de la procédure de consultation. Le CF a finalement suivi une approche « plus mesurée » consistant à modifier directement l'article 305bis CP relatif aux actes de blanchiment pour préciser désormais que seront punissables **les actes de blanchiment en relation** non seulement avec des valeurs patrimoniales provenant d'un crime, mais également lorsque ces **valeurs patrimoniales proviennent d'un délit fiscal qualifié**.

CE PROJET EST EN DISCUSSION DEVANT LE PARLEMENT.

Il s'agit cette fois-ci non pas de créer un nouveau crime fiscal, mais bien de rendre punissable le blanchiment des valeurs patrimoniales qui (a) proviennent d'une soustraction fiscale (b) lorsque l'auteur fait usage d'un faux ou d'un titre falsifié et (c) pour autant que les impôts soustraits atteignent au minimum la somme de CHF 200'000.— par période fiscale.

Dans la mécanique de l'application de cet article 305bis CP révisé,



pour que l'auteur suspecté d'actes de blanchiment puisse être puni, il faudra que l'acte de blanchiment ait porté sur des valeurs découlant d'un tel délit fiscal qualifié.

INTERMÉDIAIRES FINANCIERS

S'agissant de l'infraction de blanchiment proprement dite, il faut souligner que l'auteur qui est par ailleurs un intermédiaire financier (au sens de la Loi sur le blanchiment d'argent – «LBA») peut être poursuivi non seulement en raison de ses agissements mais également en cas d'omission. En effet, la jurisprudence considère que l'intermédiaire financier revêt une «position particulière» du fait précisément de sa fonction et des obli-

gations qui y sont associées, en particulier l'obligation de diligence imposée à l'article 6 LBA.

Sur ce fondement, les tribunaux considèrent que les intermédiaires financiers sont en quelque sorte les garants des intérêts que vise à protéger la disposition de l'article 305bis CP, à savoir une saine administration de la justice. Dans ce contexte, le (simple) fait de ne pas respecter les obligations de diligence imposées par la LBA peut rendre l'intermédiaire financier punissable au titre du blanchiment.

Par ailleurs, conformément à la jurisprudence, le lésé d'un acte de blanchiment peut s'en prendre à

l'auteur de cet acte pour obtenir la réparation de son dommage, même si l'auteur du blanchiment n'est pas la personne qui a commis l'infraction (préalable) qui est à l'origine des valeurs patrimoniales blanchies ; la victime de l'infraction préalable, par exemple l'administration fiscale, pourrait ainsi en théorie et suivant les circonstances, réclamer non seulement au contribuable indélicat le montant des impôts impayés, mais également réclamer le montant soustrait à l'auteur d'un acte de blanchiment, même lorsque celui-ci (par exemple un intermédiaire financier) n'est pas l'auteur de l'infraction préalable.

INFRACTIONS FISCALES COMMISES À L'ÉTRANGER

Qu'en est-il des actes de blanchiment commis en Suisse mais en relation avec des valeurs patrimoniales qui proviennent d'un délit fiscal qualifié commis à l'étranger ?

Selon le projet en cours d'adoption devant le Parlement, de tels actes seront également punissables, pour autant que le principe de la double incrimination soit respecté. Conformément à ce principe, il faudra d'une part que les actes qui

constituent l'infraction préalable soient punissables à l'étranger et, d'autre part, que ces actes, s'ils avaient été commis en Suisse, (au détriment d'une autorité fiscale suisse) soient également punissables au titre d'un délit fiscal qualifié en Suisse.

Il conviendra donc de déterminer si le comportement de l'auteur, tel que transposé en Suisse, réalise les éléments du délit fiscal qualifié, à savoir une soustraction d'impôts consommée au moyen de l'usage d'un titre faux ou falsi-

fié et ayant produit un montant d'impôts soustraits de plus de CHF 200'000.—.

La difficulté, en particulier pour les intermédiaires financiers, réside dans l'application pratique de cette disposition; chacun d'eux devrait ainsi maîtriser l'ensemble des législations fiscales étrangères – auxquelles ses clients sont (potentiellement) soumis (rattachement fiscal selon les critères de résidence, de nationalité, de lieu de situation des biens, etc.) – pour déterminer de façon adéquate si les impôts sous-



traits à l'étranger sont inférieurs ou supérieurs à CHF 200'000.—. Inutile de digresser sur l'impossibilité pratique de procéder de la sorte : dès lors qu'il existe des indices de soustraction fiscale commise au moyen d'un titre faux ou falsifié, l'intermédiaire financier sera bien avisé – sauf exception – de ne pas considérer qu'il peut néanmoins poursuivre son activité, au motif que l'estimation des impôts éludés semble être en dessous de ce seuil de CHF 200'000.—.

S'agissant de l'usage d'un titre faux ou falsifié – élément constitutif du « délit fiscal qualifié » – on ne peut exclure un débat sur la question de savoir si une simple déclaration incomplète remplie à l'étranger adressée à des autorités étrangères doit être considérée comme un faux parce que c'est ainsi qu'elle serait, par hypothèse,

qualifiée à l'étranger, alors même que ce n'est pas (encore) le cas en Suisse.

APPLICATION DANS LE TEMPS

Comment cette nouvelle disposition de l'article 305bis CP s'appliquera-t-elle dans le temps ?

Selon le message du CF, cette nouvelle disposition ne devrait pas avoir d'effet rétroactif, tant en ce qui concerne les actes de blanchiment (ce qui semble parfaitement conforme au principe de non rétroactivité de la loi pénale) qu'en ce qui concerne l'infraction préalable, à savoir le « délit fiscal qualifié » (ce qui ne va pas de soi, puisque cette infraction préalable est déjà punissable aujourd'hui, en tant que délit).

Espérons que les tribunaux partageront le point de vue du CF.

PERSPECTIVES

Les modifications législatives prévues vont entraîner de nouvelles responsabilités à la charge des intermédiaires financiers : ceux-ci pourront à l'avenir être rendus responsables pénalement d'actes de blanchiment en relation avec des valeurs patrimoniales qui proviennent d'un délit fiscal qualifié, que celui-ci soit commis en Suisse ou à l'étranger. Il importe que les intermédiaires financiers se préoccupent dès aujourd'hui de cette problématique, en procédant à un examen de la situation de la clientèle de façon à être prêts à réagir dès l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, entrée en vigueur qui est prévue à relativement brève échéance.

*Contacts : Jean-Luc Bochatay et
Marco Villa*

PROBLÉMATIQUES FISCALES LIÉES À LA DÉTENTION D'ACTIFS IMMOBILIERS EN SUISSE PAR DES FRANÇAIS

Alors que les problématiques fiscales liées à la détention d'actifs financiers en Suisse par des résidents français défraient constamment la chronique depuis quelques années, nous avons décidé de nous arrêter sur une problématique connexe : celle de la détention de biens immobiliers en Suisse par des résidents fiscaux français.

Cette détention peut revêtir plusieurs formes, par exemple :

- Détention directe d'un immeuble de jouissance (chalet familial dans les montagnes suisses) ;
- Investissement dans un immeuble de rapport, détenu directement ou sous couvert d'une société immobilière suisse ou étrangère.

Dans tous les cas, la localisation en Suisse du bien immobilier rend

exigible les impositions immobilières suisses qui peuvent être communales, cantonales ou fédérales.

L'objet du présent article n'est pas de développer les aspects de la fiscalité immobilière suisse, mais au contraire d'appréhender la fiscalité dans un cadre dynamique transfrontalier appliqué aux investisseurs français. En effet, l'imposition systématique du bien immobilier en Suisse n'exonère pas le résident fiscal français de ses propres obligations fiscales nationales.

EN MATIÈRE D'IMPÔT SUR LE REVENU ET DE PRÉLÈVEMENTS SOCIAUX

Si l'article 6 de la Convention fiscale franco-suisse stipule le droit exclusif pour la Suisse d'imposer les revenus locatifs d'un immeuble qui y est situé, elle pré-

voit également que ces mêmes revenus suisses doivent être intégrés dans la base imposable du contribuable français. La double imposition est cependant évitée par l'octroi au contribuable français d'un crédit d'impôt. Toutefois ce dernier ne neutralise pas totalement les conséquences du barème progressif de l'impôt sur le revenu français.

EN MATIÈRE DE PLUS-VALUES DE CESSION / GAINS EN CAPITAL

Ce qui est vrai en matière de revenus immobiliers l'est également en matière de plus-values de cession / gains en capital.

En effet, la plus-value de cession est taxable une première fois en Suisse selon les modalités fiscales suisses, puis une seconde fois en France selon les règles d'assiette et de taux français.



Le contribuable peut à cet égard bénéficier pleinement en France des abattements pour la durée de détention qui, rappelons-le, permettent une exonération totale de l'impôt de plus-value au-delà de 22 ans de détention (l'exonération n'étant totalement acquise en matière de prélèvements sociaux qu'au bout de 30 ans).

Il faut cependant noter qu'en matière de plus-values de cession / gains en capital, le résident fiscal français pourra déduire de l'impôt payable en France un crédit d'impôt correspondant à l'impôt payé en Suisse.

EN MATIÈRE D'IMPÔT SUR LA FORTUNE

La Suisse et la France connaissent toutes deux le principe de l'impôt sur la fortune.

Ceci entraîne donc des risques accrus de double imposition, fort heureusement neutralisés par l'actuelle Convention fiscale franco-suisse.

La Suisse bénéficie en effet du droit d'imposer les biens situés sur son territoire, à charge pour la France, qui impose une seconde fois la fortune, d'accorder à son résident fiscal un crédit d'impôt égal à l'impôt payé en Suisse.

En matière d'impôt sur la fortune, l'enjeu véritable est finalement celui des critères de valorisation à retenir en France pour les biens

immobiliers suisses (et notamment la possibilité de retenir la valeur fiscale suisse comme valeur vénale en France).

EN MATIÈRE DE DROITS DE SUCCESSION

Nous ne reviendrons pas sur les derniers rebondissements concernant la Convention franco-suisse sur les successions, qui pourraient conduire à brève échéance à la dénonciation par l'une ou l'autre partie de la toujours actuelle convention de 1953.

Aux termes de cette convention, très dérogatoire eu égard à son ancienneté, les biens immobiliers ne sont taxés aux droits de successions que dans l'Etat dans lequel ils sont situés, c'est-à-dire en l'espèce en Suisse.

Cette imposition exclusive en Suisse ne vaut que pour les biens immobiliers détenus en direct par le résident fiscal français et non ceux détenus sous couvert d'une société immobilière.

La fin probable de cette convention entraînera très vraisemblablement le retour à un mode d'imposition donnant le droit à la France, en sa qualité de pays de résidence du *de cuius*, voire de pays de résidence des héritiers de ce dernier (notamment en cas d'application du droit interne français), de prélever les droits de succession également sur les biens immobiliers sis en Suisse,

ce qui pourra entraîner une double imposition si le canton suisse dans lequel se trouvent les biens immobiliers a maintenu l'impôt sur les successions.

PERSPECTIVES

D'un point de vue purement fiscal, et sous réserve des contraintes réglementaires suisses, il s'avère assez attractif pour un résident fiscal français de détenir des biens immobiliers en Suisse dès lors que cette détention n'entraîne aucun surcoût fiscal (par le jeu des crédits d'impôts conventionnels).

Cependant, une telle détention n'exonère pas les investisseurs français de leurs obligations fiscales en France. Ainsi, après une vague massive de régularisations portant sur les actifs financiers (en particulier comptes bancaires détenus en Suisse par des résidents fiscaux français), nous constatons un début de mouvement tendant désormais à la régularisation des biens immobiliers sis en Suisse détenus par ces mêmes contribuables français.

Dans ce domaine, une parfaite connaissance de la fiscalité immobilière suisse et française est alors nécessaire afin de gérer en neutralité fiscale (autant que faire se peut) la restructuration du patrimoine immobilier de l'investisseur français.

RÉCENTS DÉVELOPPEMENTS EN SUISSE EN MATIÈRE D'ENTRAIDE FISCALE

Le 13 mars 2009, le Conseil fédéral a décidé d'abandonner la réserve au sujet de l'art. 26 du modèle de convention de l'OCDE. Depuis lors, la Suisse participe à la lutte menée au niveau mondial contre la fraude fiscale et la soustraction d'impôt.

Le **Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales** veille à ce que les normes internationales en matière de transparence et d'échange de renseignements soient respectées et appliquées de la même manière au niveau international par un processus d'examen par les pairs en deux phases. 100 juridictions, sur plus de 120 membres que compte le Forum mondial, ont déjà passé avec succès la première phase.

Selon le rapport d'évaluation de 2011 du Forum mondial, la Suisse ne remplit pas les conditions pour accéder à la deuxième phase. Elle doit démontrer avoir mis en œuvre au moins un des éléments mentionnés dans ce rapport. Autrement dit, elle doit à nouveau montrer patte blanche pour éviter de se retrouver sur une liste noire de paradis fiscaux. C'est à cette fin que, le 16 octobre 2013, le Conseil fédéral a transmis au Parlement le message concernant la **révision de la loi sur l'assistance administrative (LAAF)**. Le 6 mars 2014, le Conseil des Etats a adhéré au projet tel que modifié légèrement, au préalable, par le Conseil national

en décembre 2013. Le texte est désormais définitif. Il prévoit notamment une procédure d'information spécifique aux demandes groupées afin d'améliorer l'efficacité en la matière. Selon le texte adopté, toutes les personnes faisant partie d'une demande groupée devront correspondre à un modèle de comportement identique. Le Conseil fédéral se voit attribuer la compétence de définir le contenu des demandes groupées. Ce texte prévoit également qu'exceptionnellement les clients étrangers visés par une demande d'entraide puissent n'en être informés qu'a posteriori à condition qu'une notification ordinaire (préalable) compromette à la fois le but de l'assistance administrative et l'aboutissement de l'enquête. Ces modifications devraient entrer en vigueur en été 2014.

Dans la même optique de coopération internationale, le 15 octobre 2013, la Suisse a signé la **convention de l'OCDE et du Conseil de l'Europe concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale**. Cette convention prévoit l'échange de renseignements sur demande et l'échange spontané de renseignements. En outre, elle donne la possibilité aux Etats parties de s'entendre, à condition de signer une convention complémentaire, sur un échange automatique de renseignements, sur des contrôles fiscaux simultanés ou sur la participation à des contrôles fiscaux à l'étranger. La convention comporte, par ailleurs,

une clause de rétroactivité, pouvant être limitée à une période de trois ans avant l'entrée en vigueur de la convention, qui oblige les Etats à fournir une assistance administrative pour les infractions fiscales commises avant son entrée en vigueur. En Suisse, cette entrée en vigueur est encore subordonnée au processus ordinaire de ratification applicable aux traités internationaux et ne doit être attendue qu'à fin 2014.

Enfin, le Conseil fédéral a déclaré le 14 juin 2013 être disposé à collaborer avec l'OCDE au développement d'un **standard mondial pour l'échange automatique de renseignements** tout en posant ses exigences: la norme devra inclure le principe de spécialité (utilisation des renseignements transmis exclusivement aux fins prévues par l'accord passé entre les Etats), prévoir la confidentialité et la protection des données, être fondée sur la réciprocité et permettre d'identifier de manière fiable les ayants droit économiques de toutes les structures juridiques. Le 13 février 2014, l'OCDE a publié la première partie de cette nouvelle norme. La deuxième partie (commentaire interprétatif et solution informatique) est prévue pour l'été 2014. Le Conseil fédéral attend cette présentation globale pour se prononcer sur son adoption.



PERSPECTIVES

La Suisse sait que pour pouvoir jouer sur l'échiquier international, il faut en respecter les règles. En respectant ses engagements, elle peut faire valoir ses atouts et assurer sa crédibilité, l'attractivité et la stabilité de sa place économique et financière, tout en se soustrayant aux pressions internationales. Elle n'entend toutefois pas tout accepter, comme l'illustre l'opposition massive, dans le cadre de la révision de la LAAF, à toute possibilité pour un Etat étranger d'utiliser des données volées pour

fonder une demande d'entraide. Il faut également saluer la volonté du Conseil fédéral de rechercher, avec les pays partenaires importants, un règlement équitable de la question des avoirs non fiscalisés, avant une éventuelle introduction d'un échange automatique de renseignements, tout comme celle de garantir, ou améliorer, l'accès aux marchés étrangers pour les établissements financiers helvétiques.

*Contacts : Alexis Dubois-Ferrière
et Serge Fasel*

ENREGISTREMENT DU TEMPS DE TRAVAIL DES EMPLOYÉS : ÉVOLUTION DE LA PRATIQUE

Soucieux de tenir compte de la réalité du terrain et du décalage toujours plus fréquent entre l'obligation formelle de contrôler la durée du travail, d'une part, et une évolution de l'organisation de celui-ci dans certains domaines d'activité, d'autre part, le SECO invite les Inspections cantonales du travail à adapter leur pratique lors des contrôles du temps de travail menés dans les entreprises soumises à la loi fédérale sur le travail.

Selon l'article 46 de la Loi fédérale sur le travail (LTr), chaque entreprise est tenue de documenter et de tenir à la disposition des autorités

d'exécution et de surveillance les registres ou autres pièces contenant les informations nécessaires pour vérifier le bon respect des dispositions de la loi et de ses ordonnances.

L'article 73 alinéa 1 de l'Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail (OLT 1) prévoit que les registres prévus à l'article 46 LTr doivent notamment comporter les durées (quotidienne et hebdomadaire) du travail effectivement fourni, travail compensatoire et travail supplémentaire inclus, ainsi que ses coordonnées temporelles. Ils doivent également indiquer

l'horaire et la durée des pauses d'une durée égale ou supérieure à une demi-heure.

Cette législation n'est pas à prendre à la légère. Faute d'être respectée, elle peut en effet se révéler défavorable à l'employeur, notamment en cas de litige sur le nombre d'heures supplémentaires de travail réclamées. En effet, des lacunes dans l'organisation interne de l'employeur quant à la documentation du temps de travail peuvent conduire non seulement à renverser le fardeau de la preuve de ces heures supplémentaires en faveur de l'employé, mais encore à



considérer que les heures supplémentaires réclamées ont bien été effectuées, faute pour l'employeur de pouvoir démontrer le contraire.

S'agissant en particulier du contrôle du temps de travail, les Inspections cantonales du travail sont néanmoins toujours plus souvent confrontées à un décalage entre l'obligation de cette documentation formaliste d'une part, et l'évolution de l'organisation du travail de plus en plus flexible notamment dans certains secteurs professionnels, d'autre part.

Désireux de tenir compte de la réalité du monde du travail, le SECO a adopté une nouvelle Directive, entrée en vigueur le 1er janvier 2014. Celle-ci répartit les travailleurs en trois catégories pour lesquelles l'application de l'article 73 OLT 1 varie :

A) Aucun enregistrement de la durée du travail : l'employeur n'est pas tenu de procéder à un enregistrement pour les travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée. Cela ressort déjà de l'article 3 lettre d LTr, et de l'article 9 OLT 1, lequel prévoit une définition très étroite de cette catégorie.

B) Enregistrement simplifié de la durée du travail : il s'agit là de la nouveauté instaurée par cette Directive du SECO. Pour les collaborateurs de cette catégorie, seul le nombre d'heures de travail fourni par jour doit être consigné.

Sont visés les travailleurs qui n'exercent pas une fonction dirigeante élevée, mais disposent d'une large marge de manœuvre dans leur travail et peuvent décider eux-mêmes du moment où ils travaillent, pour autant qu'ils ne travaillent pas régulièrement de nuit ou le dimanche.

Il s'agit typiquement, selon le SECO, d'un chef de projet, d'un cadre qui supervise des subordonnés ou d'un collaborateur avec un cahier des charges qui lui transfère la responsabilité du résultat de son activité et qui ne reçoit pas d'instructions quant à la manière de remplir son mandat.

La renonciation à l'enregistrement complet de la durée du travail est toutefois soumise à la condition qu'un accord individuel écrit soit signé par le collaborateur concerné. Cet accord doit impérativement indiquer comment les périodes de repos et les pauses prescrites par la loi doivent être prises et préciser que le travail de nuit et du dimanche est interdit.

Finalement, un entretien de fin d'année portant sur la charge de travail (sous l'angle du temps de travail fourni) doit avoir lieu et être consigné par écrit.

C) Enregistrement ordinaire de la durée du travail conformément à l'article 73 OLT 1 : cette règle s'applique à tous les autres employés.

PERSPECTIVES

Suite à l'abandon d'un projet de révision de l'OLT 1 en juillet 2013, on ne peut que se réjouir de cette Directive du SECO, qui prend en considération les conditions particulières liées à l'exercice de certaines fonctions, tout en préservant la santé des travailleurs concernés. Rappelons que la valeur des Directives du SECO est contraignante, au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui les considère comme la manifestation de la pratique obligatoire en droit du travail (cf. Newslex n° 6, p. 12).

Contacts : Christophe Wilhelm et Aurélie Cornamusaz

LES PRINCIPALES MODIFICATIONS DE LA LOI SUR LA POURSUITE POUR DETTES ET LA FAILLITE DU 1^{ER} JANVIER 2014 RELATIVES AU DROIT DE L'ASSAINISSEMENT

Le 21 juin 2013, les Chambres fédérales ont accepté le projet de révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, dont le but est avant tout de simplifier l'assainissement des entreprises. Les Chambres considérant que l'ancien droit était malgré tout adapté, il a été décidé qu'une modification générale du droit suisse de l'exécution forcée n'était pas indispensable.

La procédure concordataire a subi quelques remaniements importants.

Comme le prévoyait l'ancien droit, la requête peut notamment être introduite par le débiteur. Toutefois, il n'est plus exigé de ce dernier qu'il remette, en sus de sa requête, un projet de concordat. Dès lors, afin que le juge puisse statuer sur l'octroi du sursis concordataire en toute connaissance de cause, il est désormais prévu que le débiteur joigne à sa demande un plan d'assainissement provisoire.

Dès que la requête a été déposée, le juge statue sur l'octroi du sursis provisoire.

Dans la mesure où les exigences quant à la motivation de la requête ont été réduites, un ou plusieurs commissaires sont nommés, afin de procéder à un examen plus approfondi des possibilités d'assainissement ou d'homologation d'un concordat. Dans les cas où cela se justifie, il peut être renoncé à la nomination d'un commissaire provisoire.

Dorénavant, le sursis provisoire peut être confidentiel si le débiteur en fait la requête.

Concernant son octroi, le nouveau droit prévoit qu'il ne peut faire l'objet d'aucun recours. Il en a été jugé de même concernant la nomination du commissaire provisoire.

Le sursis provisoire sera d'une durée maximale de quatre mois pour ensuite déboucher soit sur un assainissement, soit sur un sursis définitif, soit encore sur une faillite.

En effet, si durant le sursis provisoire il existe des perspectives d'assainissement ou d'homologation d'un concordat, un sursis définitif de quatre à six mois doit être accordé. Il peut être prolongé jusqu'à douze mois, voire vingt-quatre mois dans des cas extrêmement compliqués.

En revanche, le juge prononce d'office la faillite s'il n'existe aucune perspective d'assainissement ou d'homologation d'un concordat. Ainsi, une requête spéciale du créancier n'est plus exigée.

Lorsque le sursis définitif est octroyé, le juge du concordat nomme en tout cas un commissaire. Ses tâches sont plus ou moins les mêmes que celles qui prévalaient sous l'ancien droit. Dans les cas d'une certaine importance, le juge du concordat institue en outre une commission des

créanciers chargée de surveiller le commissaire dans sa mission. Toutes les catégories de créanciers doivent y être représentées.

Alors que l'ancien droit ne permettait un recours que contre la nomination du commissaire, la présente réforme institue un recours sans limite des créanciers ou du débiteur contre les décisions du juge du concordat.

Dorénavant, le débiteur peut, avec l'accord du commissaire, mettre fin aux contrats de durée qui rendent impossible l'assainissement; ceci contre indemnisation du co-contractant. Une telle indemnité devient alors une simple créance concordataire. Une exception est toutefois prévue pour les contrats de travail. En matière de contrat de bail, le bailleur acquiert le statut de créancier gagiste grâce à son droit de rétention qui est maintenu.

Une autre grande nouveauté est celle qui prévoit l'abrogation du privilège en faveur des créances de TVA. En effet, celles-ci n'ayant alors plus besoin d'être garanties, l'obtention du concordat en est grandement facilitée.

L'on peut également citer en tant que point important de la présente réforme, l'instauration d'une coordination des procédures en cas d'insolvabilité de groupes de sociétés. Une procédure spéciale n'a toutefois pas été jugée nécessaire dans de tels cas.



PERSPECTIVES

L'on peut saluer le principe de cette réforme dite ponctuelle qui ne remet ainsi pas en cause l'intégralité du droit suisse de l'assainissement. Toutefois, en facilitant ainsi l'obtention du sursis concordataire, elle ne tient a priori pas suffisamment compte des intérêts des créanciers. Même si ceux-ci bénéficient dorénavant d'une plus forte implication dans la procédure de sursis concordataire, il suffit d'un simple espoir d'assainissement pour que le concordat soit accordé et que le remboursement qui leur est dû

soit ainsi reporté à une date inconnue. En outre, comme le dit d'ailleurs le groupe d'experts chargé de réexaminer la procédure concordataire dans son rapport d'avril 2005, « un assainissement ne doit en définitive pas être un but en soi. Les entreprises structurellement démunies de chance de succès doivent être éliminées, afin que l'économie puisse se renouveler et rester concurrentielle sur le plan international ».

*Contacts : Serge Fasel et
Ambre Arber*

LE PLAN SOCIAL OBLIGATOIRE : UNE MODIFICATION DISCRÈTE MAIS TRÈS IMPORTANTE DU DROIT DU TRAVAIL APPORTÉE PAR LE NOUVEAU DROIT DE L'ASSAINISSEMENT

Le nouveau droit de l'assainissement est entré en vigueur le 1er janvier 2014 et des nouveautés ont été introduites dans la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et dans le Code des obligations. Une de ces grandes nouveautés est l'introduction d'une obligation légale de plan social en cas de licenciement « collectif » hors du cadre de l'insolvabilité de l'employeur. Malgré l'ampleur de cette nouveauté, elle est passée quasiment inaperçue dans la mesure où elle semble avoir été « noyée » dans la modification du droit de l'assainissement.

Jusqu'au 1er janvier 2014, la règle en droit suisse était le transfert automatique de tous les contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en vertu de l'article 333 CO, à moins que le travailleur ne s'y oppose.

Afin d'améliorer le droit de l'assainissement des entreprises qui ont des difficultés de paiement et qu'il s'agit de sauver de la faillite, le transfert des rapports de travaux lors d'une reprise d'entreprise durant un sursis concordataire, dans le cadre d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs, n'est plus automatique. Le transfert n'aura lieu que s'il en a été convenu avec l'acquéreur. Le nouvel article 333b CO prévoit en effet que, dans ces situations, « les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent pour autant que ce transfert ait été

convenu avec l'acquéreur et que le travailleur ne s'y oppose pas ».

Afin de faire accepter le projet de révision du droit de l'assainissement par les milieux salariés et en contrepartie, une obligation légale de plan social en cas de licenciement « collectif » hors du cadre de l'insolvabilité a été introduite.

Il s'agit d'un élément nouveau en droit suisse qui ne connaissait pas, jusqu'au 1er janvier 2014, l'obligation d'offrir ou de négocier un tel plan social.

Jusqu'au 1er janvier 2014, les licenciements collectifs étaient définis et régis par les articles 335d à 335g CO. Ces articles sont main-



tenant complétés par les articles 335a al. 2, 335h, 335i, 335j et 335k CO qui sont de droit impératif.

Le nouvel article 335i CO – et c’est là la grande nouveauté – prévoit dorénavant **une obligation à la charge de l’employeur de mener des négociations avec les travailleurs en vue d’établir un plan social**. Cette obligation incombe à 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.

L’alinéa 2 de cet article confirme ce qui était déjà admis par la doctrine suisse, à savoir que si l’employeur échelonne les licenciements afin de les répartir sur une durée allant au-delà de 30 jours alors qu’ils reposent tous sur la même décision économique, tous les licenciements sont additionnés.

Avec l’introduction de ce nouvel article, une différence est maintenant faite entre l’obligation de consulter la représentation des travailleurs ou les travailleurs eux-mêmes – obligation qui existait déjà avant le 1er janvier 2014 et qui incombe à toute entreprise qui remplit les critères établis à l’article 335d – et l’obligation de négocier un plan social avec obligation de résultat.

Le plan social est défini au nouvel article 335h CO, selon lequel « le

plan social est une convention par laquelle l’employeur et les travailleurs fixent les moyens d’éviter les licenciements, d’en limiter le nombre ou d’en atténuer les conséquences. Il ne doit pas mettre en danger l’existence de l’entreprise ».

Cette définition est volontairement brève et générale. Ainsi, peuvent notamment être prévus dans un plan social des cours de reconversion payés, un service de placement, une compensation du salaire en cas d’affectation à un autre poste, une indemnité, une retraite anticipée, etc.

La condition première que doit remplir un plan social est que l’employeur dispose des ressources financières nécessaires pour concrétiser les mesures prévues. Ainsi, le plan social ne doit pas mettre en danger l’existence de l’entreprise.

Si les parties ne parviennent pas à s’accorder sur un plan social alors que l’employeur a l’obligation de négocier et de conclure un tel plan en vertu de l’article 335i CO, le nouvel article 335j CO prévoit que le plan devra être établi par un tribunal arbitral. Par parties, 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, les représentants des travailleurs de l’entreprise, ou, à défaut, les travailleurs directement.

Cette disposition laisse toute liberté aux parties pour désigner l’instance d’arbitrage mais la procédure d’arbitrage est régie par les articles 353 et suivants CPC.

Dans la logique de la modification du droit de l’assainissement, le nouvel article 335k CO prévoit cependant que l’obligation de négocier un plan social est supprimée en cas de faillite ou de sursis concordataire.

PERSPECTIVES

Bien que certains auteurs suisses estiment que « l’obligation de négocier un plan social contribue à la sécurité du droit » et même si de nombreuses entreprises proposent déjà des plans sociaux sur une base volontaire, ces nouveautés, et notamment l’intervention d’un tribunal arbitral si les parties ne parviennent pas à s’accorder, posent de nombreuses questions – questions qui n’ont pas encore reçu de réponse à ce jour. A titre d’exemple : quel est le statut des employés pendant la procédure d’arbitrage ? Est-ce que l’employeur peut les licencier ou doit-il attendre la fin de la procédure ? Si l’employeur procède à des licenciements pendant la procédure, est-ce que le tribunal arbitral peut ordonner la réintégration de certains employés ? Seule la pratique future permettra de répondre à ces questions.

Contacts : Christophe Wilhelm et Sandra Gerber



FBT Avocats SA
Genève | Lausanne | 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

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