



FBT

A V O C A T S

FBT NEWSLEX

N° 8 - OCTOBRE 2014

CONTACT

Marco Villa

mvilla@fbt.ch

T. +41 (0)22 849 60 40

www.fbt.ch

REVUE PÉRIODIQUE D'INFORMATIONS EN MATIÈRE JURIDIQUE ET FISCALE

SOMMAIRE

- P02** Quelques aspects pratiques de la rédaction de la convention d'actionnaires en droit suisse
- P05** Emirats Arabes Unis : les particularités de la convention de double imposition conclue avec la France
- P08** Projet de loi sur les services financiers et projet de loi sur les établissements financiers : début du processus législatif en Suisse
- P10** France : les nouvelles opportunités offertes aux opérations de donation-cession
- P13** Modification par la Poste Suisse SA du délai de garde des actes judiciaires et de poursuite

QUELQUES ASPECTS PRATIQUES DE LA RÉDACTION DE LA CONVENTION D'ACTIONNAIRES EN DROIT SUISSE

Les conventions d'actionnaires sont largement utilisées afin de régler contractuellement les rapports juridiques entre les différents actionnaires alors que le cadre légal du droit suisse des sociétés anonymes n'impose qu'une seule obligation à l'actionnaire, à savoir la libération des actions. Cet article illustre certains aspects concrets et pratiques liés à la rédaction des conventions d'actionnaires.

Bien que sa qualification juridique fasse parfois encore débat, on assimile en général la convention d'actionnaires à un contrat de société simple au sens des articles 530 et suivants du Code des obligations (CO), soit un contrat par lequel des associés unissent leurs efforts et mettent en commun des ressources ou des apports de chacun d'eux en vue de la réalisation d'un but commun. La convention d'actionnaires crée ainsi une société simple comportant des aspects «corporatifs», liés au droit des sociétés.

Dans la pratique, la rédaction d'une convention d'actionnaires tend principalement à permettre aux parties d'établir des modalités de gestion de leurs relations différentes et plus complexes que celles prévues par le système légal, lequel ne répond bien souvent pas, à cet égard, aux besoins ou aux souhaits des actionnaires.

À ce titre, il est rappelé qu'il est utile et important de se pencher sur

les problématiques suivantes lors de la rédaction d'une convention d'actionnaires :

- Le cas du **décès d'un actionnaire** : même si les parties, au moment de négocier la convention d'actionnaires, ne souhaiteront probablement pas envisager ce cas, il est vivement recommandé de traiter de cette situation. Sans réglementation particulière à cet égard, la convention d'actionnaires prendrait purement et simplement fin au décès de l'un des actionnaires. Pour éviter ce problème, les clauses usuelles en cas de décès prévoient soit une clause dite de continuation (la convention est maintenue entre les actionnaires survivants), soit une clause successorale (les héritiers du défunt viennent aux droits de ce dernier). En tout état, il convient d'éviter les dispositions vagues et imprécises.
- Les cas d'**exécution forcée sur les biens d'un actionnaire** (et donc y compris sur ses actions) devraient également être réglés dans la convention, par exemple par le biais de l'attribution d'un droit aux autres actionnaires leur permettant de racheter les actions de l'actionnaire défaillant.
- La **position de la société** comme partie éventuelle à la convention d'actionnaires devrait aussi être clarifiée. Il est maintenant communément admis

que la société dont les actionnaires détiennent des parts peut elle-même être partie à la convention. Cependant, elle devrait l'être uniquement pour les clauses ne concernant pas les droits particuliers des actionnaires. Pour plus de clarté, la convention pourra par exemple lister les articles applicables à la société par le biais d'une formulation idoine, selon le modèle suivant «la société est partie pour les articles...».

- La question de la **concordance entre les statuts de la société et la convention d'actionnaires** mérite aussi une attention particulière. Ainsi, si des majorités spécifiques sont prévues dans la convention, on veillera à les répercuter autant que possible dans les statuts.
- S'agissant des **clauses électorales** prévues dans les conventions d'actionnaires, on rappelle qu'elles sont admissibles dans leur principe, mais qu'en cas de violation de ces clauses lors d'un vote à l'assemblée générale, la décision prise lors de l'assemblée prime. C'est pourquoi il est utile de prévoir dans la convention d'actionnaires une clause pénale qui est un moyen efficace d'en garantir le respect.
- Pour **s'assurer de la composition du cercle des actionnaires**, on prévoira une clause dite de «right of first refusal», qui s'ap-



proche d'un droit de préemption. Il est rappelé qu'il est utile, pour limiter les risques de transfert d'actions en violation de ces clauses, de prévoir qu'un tiers-séquestre restera détenteur des titres (s'ils ont été physiquement émis). Ce tiers s'engagera à l'égard de l'ensemble des actionnaires à ne détenir les titres que pour le compte d'un cercle déterminé d'actionnaires, jusqu'à ce qu'il soit informé par l'ensemble des actionnaires d'une modification dudit cercle.

- Les possibles **situations de blocage** doivent être traitées dans la convention d'actionnaires, et faire l'objet de clauses *ad hoc*

tendant à les éviter. On insérera à cet égard, par exemple, des clauses dites de «Texas shoot out» (chaque partie adresse à un tiers neutre une offre de rachat des parts de l'autre partie à un prix déterminé; les deux offres sont ouvertes en même temps par le tiers neutre et la partie qui a fait l'offre la plus élevée est tenue de racheter les parts de l'autre qui est tenue de les vendre pour ce prix) et de «roulette russe» (une partie adresse à l'autre une offre de rachat de ses parts pour un certain prix; la partie récipiendaire doit soit accepter cette offre, soit acheter elle-même les parts de la première partie au prix offert par celle-ci).

- L'insertion d'une **clause de prohibition de concurrence** dans la convention d'actionnaires peut s'avérer utile, voire nécessaire. Par ce biais, notamment lorsque la société compte peu d'actionnaires associés dans un projet où leur savoir-faire et leur connaissance de la clientèle sont des éléments centraux, les parties pourront se rapprocher de ce qu'il est possible de réaliser dans le cadre des dispositions statutaires d'une société à responsabilité limitée. A nouveau, il est préférable d'associer à une clause de prohibition de concurrence une clause pénale, voire de prévoir un mécanisme de droit d'emption (option *call*)



avec une valorisation prédéterminée basse, au détriment de celui qui viole la clause, pour assurer au moins un effet dissuasif, sinon une efficacité certaine.

PERSPECTIVES

Les conventions d'actionnaires sont de plus en plus utilisées et souvent rédigées de façon mécanique, reprenant parfois un modèle qui pourrait s'avérer inadapté tant les situations concrètes et les buts recherchés peuvent être différents. Le processus d'adoption doit dès lors faire l'objet d'une discussion approfondie

entre les parties afin qu'elles clarifient et s'entendent sur les objectifs recherchés, sans craindre d'aborder les thèmes les plus délicats. Alors même qu'au moment de la conclusion de la convention d'actionnaires les parties sont dans une dynamique de construction, il est primordial de mettre en place des mécanismes de sortie et de résolution des conflits car la convention d'actionnaires est essentiellement un contrat de durée qui doit pouvoir répondre aux éventuelles crises qui pourront ponctuer la vie de la société et de ses actionnaires. La rédaction

étant souvent confiée à un juriste, celui-ci ne doit pas perdre de vue que son application en reviendra au quotidien à des non-juristes, et des clauses concrètes voire exemplatives seront souvent les bienvenues. Prévoir les possibles sources de conflits et les stratégies de résolution sont le défi majeur de la rédaction efficace d'une convention d'actionnaires.

*Contacts : Marco Villa,
Béatrice Viertel Bujard*

EMIRATS ARABES UNIS : LES PARTICULARITÉS DE LA CONVENTION DE DOUBLE IMPOSITION CONCLUE AVEC LA FRANCE

Les Emirats Arabes Unis (ci-après «EAU») ne disposent pas d'un système fiscal comparable à celui des pays industrialisés occidentaux; en particulier, ils ne soumettent pas les personnes physiques à l'impôt sur le revenu, à l'impôt sur la fortune, ou aux droits de succession. Dans ce contexte, une convention en vue d'éviter la double imposition présente un intérêt particulier dans la mesure où les règles de répartition du droit d'imposer entre les Etats signataires peuvent conduire à une absence totale d'imposition lorsque le droit d'imposer est attribué de manière exclusive aux EAU.

La Convention en vue d'éviter les doubles impositions conclue avec la France le 19 juillet 1989 (ci-

après «CDI») présente notamment les caractéristiques suivantes :

EN MATIÈRE D'IMPÔT SUR LA FORTUNE (ISF):

En droit interne français, les personnes qui ne sont pas domiciliées en France sont soumises à l'ISF (dont le taux marginal s'élève à 1,50%) sur leurs biens immobiliers et mobiliers situés en France, y compris les titres de participation dans une société française, ainsi que les actions/parts d'une société étrangère dont l'actif est constitué principalement (+ de 50%) de biens immobiliers sis en France («société à prépondérance immobilière»).

Les dispositions de la CDI en matière d'impôt sur la fortune ont

pour effet d'exonérer les personnes domiciliées aux EAU d'ISF, non seulement pour leurs actifs mobiliers (y compris valeurs mobilières) situés en France, mais également pour leurs biens immobiliers français, à condition – s'agissant de ces derniers – que les personnes concernées procèdent à certains placements financiers dont l'émetteur (respectivement l'emprunteur) est soit un Etat membre de l'Union européenne (UE) soit une société cotée résidente d'un Etat membre, pour un montant au moins égal à la valeur de ces biens immobiliers.

EN MATIÈRE DE PLUS-VALUES:

En droit interne français, sont imposables en France les plus-values réalisées par un non-résident lors de la cession de biens



immobiliers situés en France ou de titres de sociétés à prépondérance immobilière (le taux s'élève à 33 1/3% pour les personnes non résidentes d'un Etat de l'Espace économique européen, auquel s'ajoutent les prélèvements sociaux au taux de 15,5%).

La CDI attribue également l'imposition de la plus-value sur la cession d'immeubles ou de titres de sociétés «à prépondérance immobilière» au lieu de situation de(s) l'immeuble(s), mais circonscrit le concept de «prépondérance immobilière» aux sociétés dont l'actif est composé à plus de 80% de biens immobiliers situés en France; ainsi, un résident des EAU qui cède une société implantée par exemple aux EAU dont l'actif est constitué pour 75% de biens immobiliers en

France et pour 25% d'autres biens (placements financiers ou actifs immobiliers hors de France) n'est pas imposé sur l'éventuelle plus-value réalisée (ni en France, ni aux EAU).

EN MATIÈRE DE DIVIDENDES :

Selon le droit fiscal français, les dividendes versés par une société française à des actionnaires domiciliés hors de France font l'objet d'une retenue à la source de 30%; ce prélèvement est également opéré sur les bénéfices réalisés par des sociétés étrangères au travers de leur établissement stable en France (nonobstant toute distribution effective ou non).

La CDI consacre la règle de l'imposition exclusive des dividendes dans l'Etat de résidence du bénéficiaire;

dès lors, les dividendes distribués par une société française à un résident des EAU ne sont imposés ni en France, ni aux EAU.

La CDI exclut par ailleurs l'application de la retenue à la source sur les bénéfices «réputés distribués» réalisés en France par l'établissement stable d'une société des EAU.

EN MATIÈRE DE REVENUS IMMOBILIERS :

Des revenus immobiliers provenant des EAU perçus par une personne domiciliée en France sont imposables aux EAU (lesquels ont instauré une «municipal tax» sur les loyers résidentiels et commerciaux qui varie entre 5 et 10%); ces revenus sont également imposables en France, mais le contribuable bénéficie d'un crédit d'impôt égal



au montant de l'impôt français correspondant (ce qui revient à une exonération d'impôt en France).

En définitive, le résident français qui est propriétaire d'immeubles de rendement aux EAU subit une imposition globale sur ses revenus fonciers de l'ordre de 5 à 10%.

EN MATIÈRE DE DROITS DE SUCCESSION :

Selon la fiscalité française, tous les biens meubles et immeubles – où qu'ils soient situés (en France ou à l'étranger) – sont imposables en France dès lors que le défunt était domicilié en France ou que le bénéficiaire (héritier) est domicilié en France et l'a été pendant au moins 6 ans sur les 10 dernières années. Dans l'hypothèse inverse (le défunt et les héritiers sont domiciliés hors de France), seuls les biens situés en France (meubles corporels, immeubles, créances et valeurs mobilières françaises) sont imposables en France

Selon la CDI :

- le droit d'imposer les successions revient **exclusivement** à l'Etat de domicile du défunt (le critère de rattachement lié au domicile de l'héritier est écarté) ;
- la seule exception à ce principe est l'imposition des biens immobiliers, qui est réservée à l'Etat de situation de l'immeuble ; on notera ici que la notion de biens immobiliers visée par l'article de

la CDI en matière de succession ne fait pas référence aux sociétés à prépondérance immobilière.

Ainsi, aucun droit de succession ne sera dû en France sur le patrimoine d'un résident des EAU - qui décède en laissant des héritiers en France - constitué d'une part de biens meubles corporels et incorporels situés à l'étranger comme en France (tableaux, véhicules, participations dans des sociétés françaises, etc.) et d'autre part de titres de sociétés détenant des biens immobiliers situés en France.

Il ne sera pas non plus perçu d'impôts de succession en France sur le patrimoine immobilier situé aux EAU détenu en nom par une personne qui était domiciliée en France avant son décès.

PERSPECTIVES

Les dispositions de la CDI conclue entre la France et les EAU méritent une attention particulière dans le contexte de l'analyse de l'organisation patrimoniale de ceux des contribuables - domiciliés dans l'un des deux Etats - qui détiennent des actifs dans l'autre Etat ou qui envisagent de s'y établir ou encore de procéder à des investissements, notamment en matière immobilière.

Le positionnement d'Abu Dhabi et de Dubaï dans l'économie mondiale, leur volonté de jouer un rôle majeur non seulement dans leur

secteur traditionnel - les ressources pétrolières pour le premier, le commerce et la finance pour le second - mais également dans les domaines d'innovation sont autant de facteurs qui contribuent à la stimulation des échanges avec les EAU.

Dans ce contexte, les spécificités de cette CDI révèlent des avantages qui sont loin d'être négligeables lorsqu'il s'agit d'analyser et de comparer différentes options en termes de résidence ou encore d'investissements.

*Contacts : Alain Moreau,
Jean-Luc Bochatay*

PROJET DE LOI SUR LES SERVICES FINANCIERS ET PROJET DE LOI SUR LES ÉTABLISSEMENTS FINANCIERS: DÉBUT DU PROCESSUS LÉGISLATIF EN SUISSE

Le 27 juin dernier, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation du projet de loi sur les services financiers (LSFin) et du projet de loi sur les établissements financiers (LEFin). Ces textes règlent la surveillance des établissements financiers et l'offre de services et de produits financiers. Ils instaurent par ailleurs un régime de surveillance des gérants indépendants. L'objectif annoncé est la protection des investisseurs, l'égalité de traitement entre les acteurs du marché et l'harmonisation du droit suisse avec le droit européen.

La LEFin a pour objectif de régir **la surveillance de tous les acteurs** du marché financier, soit les banques, les maisons de titres, les représentants de placements collectifs, les gestionnaires de placements collectifs et d'actifs de caisses de pension, mais également les gérants de fortune indépendants, à ce jour non soumis à surveillance.

La LSFin contient quant à elle de nouvelles **règles de conduite** à la charge des prestataires de services financiers, telles qu'un devoir d'information et de renseignement en faveur des clients et l'obligation de vérifier l'adéquation et le caractère approprié des services financiers proposés.

Le **devoir d'information** comporte des règles relatives au contenu, à la forme et au moment

de la transmission de l'information au client. En particulier, le prestataire doit informer son client sur le type de service proposé: conseil en placement, gestion de fortune ou simple distribution d'instruments financiers. En cas de conseil en placement ou de gestion de fortune, le prestataire a, par ailleurs, l'obligation de préciser si le service est réalisé de manière indépendante, si l'adéquation des instruments financiers est contrôlée régulièrement et si une analyse de marché a été effectuée. Le prestataire ne peut qualifier son service d'indépendant que s'il prend en considération un nombre suffisant d'instruments financiers proposés sur le marché et s'il ne perçoit pas d'avantages de tiers (rétrocessions), ou si les avantages perçus sont entièrement transférés au client. Le prestataire ne peut de surcroît se présenter comme étant indépendant que s'il respecte ces conditions de manière permanente.

En cas de gestion de fortune ou de conseil en placement, le prestataire a l'obligation, à l'instar de ce qui prévaut en droit européen, de **contrôler l'adéquation** d'un service au regard de la situation financière, des objectifs de placement, des connaissances et de l'expérience du client. Pour les autres types de services, le prestataire a l'obligation de vérifier le **caractère approprié** du service, compte tenu des connaissances et de l'expérience du client.

Le projet de LSFin comporte par ailleurs des **exigences de formation** des conseillers à la clientèle et l'inscription de ces derniers, ainsi que des prestataires de services financiers étrangers déployant une activité en Suisse, dans un registre *ad hoc*.

Concernant les produits, la LSFin prévoit l'obligation de **publier un prospectus** à quiconque propose des valeurs mobilières dans le cadre d'une offre publique ou demande que le négoce de valeurs mobilières soit autorisé sur une plate-forme de négociation. Le prospectus, dont le contenu est décrit par la loi, doit être vérifié avant sa publication par un organe de contrôle externe et indépendant de l'autorité de surveillance mais disposant d'une autorisation de la FINMA.

Enfin, la LSFin contient de nouvelles **règles relatives à la mise en œuvre des prétentions civiles du client**. Ainsi, pour qu'il soit en mesure de faire valoir ses droits, la LSFin aménage au client un droit d'obtenir en tout temps la remise gratuite d'une copie de son dossier. Le client a par ailleurs la possibilité de soumettre un litige avec un prestataire à un organe de médiation, par la voie d'une procédure d'arbitrage. Le client privé qui a soumis son litige à un organe de médiation peut ensuite saisir un tribunal arbitral, ce qui permet le règlement du litige par une seule instance. Dans cette hypothèse, le



client peut également demander à ce que ses frais de procès soient pris en charge par un fonds pour les frais de procès – créé par la LSFIn – en cas de litige portant sur des services financiers.

PERSPECTIVES

A n'en pas douter, les projets de LSFIn et la LEFin apportent des

changements majeurs à la réglementation des prestataires et des services financiers en Suisse. Même s'il ne s'agit en l'état que de projets, qui devront être approuvés par les Chambres fédérales et précisés par ordonnance, ces textes marquent la volonté claire du Conseil fédéral de renforcer la protection des investisseurs. La

mise en œuvre de ces lois représentera une charge financière importante, en particulier pour les plus petites structures telles que les gérants indépendants.

*Contacts : Frédérique Bensahel,
Adeline Robin*

FRANCE : LES NOUVELLES OPPORTUNITÉS OFFERTES AUX OPÉRATIONS DE DONATION-CESSION

Dans une récente décision, le Conseil d'Etat français a fixé de manière claire les conditions de la licéité d'une opération de donation-cession, ouvrant de nouvelles perspectives à la structuration de telles opérations.

En France, toute cession d'un actif, qu'il soit immobilier ou financier, est en principe soumise à l'impôt sur les plus-values (gains en capital).

Une fois la cession réalisée, et l'impôt de plus-value payé, le solde des liquidités résultant de ladite cession, qui sont transmises

à titre gratuit par le vendeur, notamment à ses enfants, sont alors imposées une seconde fois, cette fois-ci aux droits de mutation à titre gratuit (droits de donation).

Le cumul de ces deux impositions successives peut porter la pression fiscale de la «cession-donation» à presque 80%.

C'est pour remédier à ce cataclysme fiscal que les praticiens ont conseillé, depuis de nombreuses années, d'**inverser la chronologie** des opérations et de mettre plutôt en place une opération de donation

des actifs suivie de la cession de ces derniers par les donataires.

En effet, l'articulation de ces opérations dans ce sens entraîne alors :

- le paiement des droits de donation sur la mutation à titre gratuit dans les conditions de droit commun, soit en ligne directe une pression fiscale variant entre 20% et 45% (selon que les droits de donation sont ou non pris en charge par celui qui donne);
- mais permet à celui qui a reçu la donation (le donataire) de procé-



der immédiatement à la vente des actifs reçus, ceci en exonération totale d'impôt de plus-values. En effet, la donation préalable dûment taxée, a permis de rehausser le prix d'acquisition des actifs vendus, neutralisant totalement l'assiette de la plus-value (cette assiette étant constituée, rappelons-le, de la différence de valeur à l'entrée et à la sortie du patrimoine du cédant).

La simple interversion des opérations permet donc de diminuer de moitié la pression fiscale sur ce type d'opérations, soit 40% environ.

Afin d'optimiser encore plus la pression fiscale, il est tout à fait possible de prévoir également une donation de la seule nue-propriété aux enfants, les parents conservant l'usufruit du bien donné. Dans ce cas, les droits de donation sont calculés en fonction de l'âge de l'usufruitier en vertu du barème prévu à l'article 669 du Code Général des Impôts, permettant là encore de réduire très sensiblement les droits de donation.

L'administration fiscale a vu d'un mauvais œil les schémas d'optimisation fiscale de donation-cession et a régulièrement tenté, depuis plus de 20 ans, de requalifier ces opérations sur le **fondement de l'abus de droit**, considérant notamment que les donations réalisées revêtaient un **caractère fictif**

et n'avaient pu avoir d'autre objet que d'atténuer l'imposition (caractère exclusivement fiscal).

Fort heureusement, aussi bien le Comité de l'abus de droit fiscal (CADF) que les Tribunaux ont régulièrement débouté l'administration fiscale de ses prétentions.

Ainsi, les Tribunaux recherchent systématiquement si l'élément matériel de la donation (le dépouillement irrévocable et définitif du donateur) et l'élément moral (l'intention libérale) étaient caractérisés dans les cas qui leur étaient soumis.

Pour contrecarrer cette jurisprudence trop favorable au contribuable, le Législateur a tenté de mettre à la charge du donataire l'impôt sur la plus-value si ce dernier cédait les actifs reçus par voie de donation dans un délai de 2 ans (3^e Loi de finances rectificative pour 2012).

Mais, cette fois-ci, c'est le Conseil constitutionnel qui a censuré ce projet de loi, dans une décision du 29 décembre 2012.

Enfin, le 9 avril 2014, le Conseil d'Etat, juge suprême en matière de fiscalité directe, a clos, à notre sens, le débat, en **déboutant de manière très claire et très détaillée** l'administration sur un dossier qui pourtant permettait de s'interroger sur les intentions véritables des contribuables. En effet,

des parents avaient procédé à la donation de la nue-propriété (conservant l'usufruit pour eux-mêmes) de titres de sociétés à leurs trois enfants avec un certain nombre de clauses restrictives de propriété prévues dans l'acte de donation (à savoir l'interdiction pour les enfants d'aliéner les titres et l'obligation pour ces derniers de les apporter, à première demande des parents, à une société civile de participations constituée à cet effet). Les enfants avaient alors apporté leurs titres à une société civile financière qui a procédé à leur cession un instant de raison après ledit apport. Le produit de cession avait été conjointement réinvesti en valeurs mobilières de placement et bons de capitalisation et il était prévu que les revenus dégagés reviennent aux parents usufruitiers. L'acte de donation s'étant traduit par un dépouillement immédiat et irrévocable des parents donateurs, la procédure d'abus de droit n'a pas pu être mise en œuvre, et ce malgré les clauses restrictives de propriété, la rapidité d'enchaînement des opérations et les pouvoirs de gestion et de décision conférés aux donateurs usufruitiers dans les statuts de la société civile financière.

PERSPECTIVES

L'arrêt du Conseil d'Etat du 9 avril 2014 présente l'immense avantage de fixer de manière très claire les conditions de la licéité d'une opération de donation-cession.



Il en ressort que, dès lors (i) qu'un donateur a manifesté son intention de donner, (ii) que la donation qui s'en est suivie a été matérialisée préalablement à la vente (même si le délai a été très court) et (iii) que le donateur est définitivement et irrévocablement dessaisi des actifs, l'administration fiscale n'est pas en droit de requalifier l'opération, ceci même si des aménagements conventionnels substantiels ont été convenus entre le donateur (les parents) et les donataires-cédants (les enfants).

Il est donc désormais possible de réaliser des opérations de donation-cession à brefs délais, tout en prévoyant un certain nombre d'aménagements conventionnels, notamment entre parents et enfants, afin que les parents «gardent la main» sur les actifs donnés à leurs enfants et puissent assurer une bonne gestion des biens donnés ainsi que des revenus et produits générés par ceux-ci. Au nombre de ces aménagements, nous pouvons citer la possibilité de prévoir des clauses d'inaliénabilité, des clauses d'in-

terdiction de nantissement des actifs, une politique particulière de distribution des bénéfices aux parents usufruitiers en cas de démembrement, ou encore une obligation de emploi dans une société holding, etc.

Contact : Alain Moreau

MODIFICATION PAR LA POSTE SUISSE SA DU DÉLAI DE GARDE DES ACTES JUDICIAIRES ET DE POURSUITE

A partir du 1^{er} avril 2014, si un client de La Poste Suisse SA (ci-après: la Poste) donne à celle-ci un ordre de « garde du courrier à l'office de poste » supérieur à sept jours, tous les actes judiciaires et de poursuite reçus durant cette période seront retournés à l'expéditeur, apparemment sans « invitation à retirer un envoi ». Ce n'est que pour les périodes de garde jusqu'à sept jours qu'une telle invitation devrait encore être déposée dans la boîte aux lettres ou case postale du destinataire.

FICTION DE LA RÉCEPTION APRÈS SEPT JOURS

La Poste Suisse a modifié avec effet au 1er avril 2014 le point 6 de

ses Conditions générales «Demande de garde du courrier à l'office de poste», qui prévoit désormais notamment que «les actes de poursuite et les actes judiciaires sont gardés sept jours au maximum».

Ainsi, si – suite à une demande de garde formulée par le destinataire – la période de garde est supérieure à sept jours, les actes judiciaires et de poursuite seront retournés à leur expéditeur, apparemment sans que le destinataire n'en soit même informé (c'est-à-dire sans qu'une «invitation à retirer un envoi» ne soit déposée dans sa boîte aux lettres, puisque, précisément, le destinataire aura fait garder le courrier).

L'insécurité juridique qui en découle est considérable: les clients de la Poste qui ont donné un ordre de garde de plus de sept jours risquent de se voir notifier, de manière fictive, des actes dont ils n'auront même pas eu la possibilité de prendre connaissance.

En effet, le non-retrait d'actes judiciaires et de poursuite est envisagé dans plusieurs dispositions légales selon lesquelles, d'une manière générale, un acte judiciaire ou de poursuite est réputé notifié en cas d'envoi recommandé, lorsque celui-ci n'a pas été retiré à l'expiration d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise, si le destina-



taire devait s'attendre à recevoir la notification.

Quant aux cas où un ordre de garde du courrier a été passé à la Poste, la même fiction vaut de manière analogue. Ainsi, l'envoi est considéré comme communiqué le dernier jour du délai de sept jours dès réception du pli par l'office postal du domicile du destinataire. Par exemple, si la date de réception est le 7 février, l'envoi est réputé communiqué au plus tard le 14 février.

En d'autres termes, le délai n'est pas prolongé lorsque la Poste accepte de garder le courrier pour un délai plus long, ce qui est typiquement le cas suite à une demande de garde.

CONSÉQUENCES DE LA NOUVELLE PRATIQUE DE LA POSTE

Au vu de cette nouvelle manière de procéder de la Poste, afin de ne pas être présumé s'être fait notifier des actes judiciaires ou de poursuite,

sans même avoir connaissance desdits actes, il est vivement conseillé de ne pas donner d'ordre de garde du courrier à la Poste supérieur à sept jours.

La Fédération Suisse des Avocats a d'ores et déjà demandé à la Poste de revoir ce changement de pratique, subsidiairement d'aviser les destinataires de la date de réception d'un envoi non retiré, à défaut de quoi ceux-ci ne seront pas en mesure de savoir qu'un acte judi-



ciaire ou de poursuite leur a été notifié.

PERSPECTIVES

Compte tenu de la portée que revêt un tel changement de pratique, tant au regard de l'importance des actes qui sont touchés qu'au nombre de personnes et entreprises concernées, il est choquant que les clients de la Poste n'aient pas été davantage informés sur cette modification des conditions générales. Bien qu'un retour au

mécanisme antérieur ne semble pas envisagé par la Poste, il est au moins souhaité qu'elle mette en œuvre rapidement un système permettant d'avertir ses clients à qui des actes judiciaires ou de poursuite ont été envoyés puis retournés à l'expéditeur, en raison d'un ordre de garde du courrier supérieur à sept jours.

*Contacts : Christophe Wilhelm,
Aurélie Cornamusaz*





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