



FBT

A V O C A T S

FBT NEWSLEX

N° 4 - OCTOBRE 2012

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

P.02 Et si la France mettait en place une imposition basée sur la nationalité ?

P.04 La Cour de justice de l'Union européenne consacre le droit à la restitution des retenues à la source françaises au profit des OPCVM étrangers

P.06 Les nouvelles règles suisses applicables à la distribution de placements collectifs de capitaux

P.08 Le droit suisse contiendra-t-il des dispositions en matière de rémunération des organes dirigeants des sociétés anonymes ?

P. 10 Le nouveau Règlement suisse d'arbitrage

P. 11 La rectification ou l'interprétation du dispositif d'un jugement selon le nouveau Code de procédure civile suisse : un défi pour le praticien

P. 14 Prescription de la créance récursoire fondée sur une solidarité imparfaite: maintien des règles prétoriennes malgré une tentative de novelle.



2 ET SI LA FRANCE METTAIT EN PLACE UNE IMPOSITION BASÉE SUR LA NATIONALITÉ ?

La France réfléchit à l'introduction d'un système d'imposition où l'un des critères de rattachement résiderait dans la nationalité du contribuable. Qu'en est-il ?

Lors de la dernière campagne électorale, plusieurs candidats – dont Monsieur François Hollande (ou ses conseillers) – ont évoqué, **pour lutter contre les délocalisations**, la mise en œuvre d'une **imposition basée sur la nationalité française**.

Ce concept d'«impôt citoyen» n'est pas nouveau ; il revient, de manière récurrente, depuis une dizaine d'années dans le débat politico-fiscal français.

A titre préliminaire, il convient de rappeler que la nationalité n'a jamais constitué en France un fait générateur d'imposition, contrairement, par exemple, aux Etats-Unis (pour l'impôt fédéral).

Dans l'hypothèse où la France souhaiterait désormais intégrer la notion de nationalité, il conviendrait alors :

- de modifier profondément le droit interne français pour intégrer, parallèlement au principe d'imposition des revenus mondiaux sur le fondement de la résidence, une exception à ce principe pour les contribuables non-résidents, mais citoyens français ;
- de réviser les conventions fiscales actuellement ratifiées par la France pour permettre à cette dernière l'application de son droit interne. A ce titre, rappelons que, pendant la campagne électorale, Monsieur François Hollande a déclaré, en matière de renégociation des conventions fiscales, vouloir «se concentrer sur trois pays : la Suisse, la Belgique et le Luxembourg» ;
- de mettre en place un système d'échange de renseignements performant au niveau des établissements financiers étrangers pour permettre à la France de recouper les informations concernant les non-résidents de France à raison de leurs revenus mondiaux (système pouvant s'assimiler au système FATCA).

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Exit Tax au printemps 2011, et eu égard aux actuelles réformes visant les gros patrimoines, on ne peut pas exclure que,

devant une fuite massive des contribuables aisés, la France envisage la mise en place d'une mesure dissuasive à l'égard des candidats à l'exil fiscal.

Dans ce cadre, la France pourrait prendre exemple sur certains de ses voisins européens qui imposent ceux de leurs citoyens qui s'installent dans des pays à fiscalité privilégiée. Ainsi :

- **l'Allemagne** se réserve le droit d'imposer ses citoyens, même après leur départ d'Allemagne, et ceci pendant dix années, à raison de leurs revenus dont **l'origine ne peut être justifiée** ;
- **l'Italie** réserve un «**droit de suite fiscal**» pour ses citoyens se délocalisant dans un paradis fiscal, à charge pour eux de prouver que leur nouveau domicile fiscal n'est pas fictif ;
- **l'Espagne**, enfin, prévoit une imposition illimitée de ses citoyens pendant les quatre années suivant leur départ vers un pays fiscalement attractif.

Contact : Alain Moreau

NOTRE AVIS

Si un tel texte devait être instauré en France, nous pensons qu'il resterait dans la philosophie de l'Exit Tax actuellement en vigueur et devrait être limité aux **seuls exilés fiscaux** (à savoir les citoyens quittant ou ayant quitté récemment la France pour des motifs autres que professionnels) qui se seraient dirigés vers des **pays à fiscalité privilégiée** (taux de pression fiscale inférieur de plus de moitié à celui qui aurait été appliqué par la France).

Un système de rattachement fiscal temporaire à la France serait alors mis en place, lequel pourrait, par exemple, et par mimétisme avec l'Exit Tax, **être limité à huit ans**.



LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE CONSACRE LE DROIT À LA RESTITUTION DES RETENUES À LA SOURCE FRANÇAISES AU PROFIT DES OPCVM ÉTRANGERS

Comme nous l'avions présagé dans notre article paru dans notre deuxième édition de novembre 2011, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) vient de confirmer que le droit de l'Union européenne s'oppose à la réglementation française qui prévoit l'imposition à la source des dividendes d'origine nationale lorsqu'ils sont perçus par des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) résidant dans un autre Etat alors que de tels dividendes sont exonérés d'impôts pour les OPCVM résidant en France.

Le tribunal administratif de Montreuil, saisi de dix actions en restitution de retenues à la source litigieuses, avait porté ces affaires devant le Conseil d'Etat.

Ce dernier avait alors, par un avis du 23 mai 2011, renvoyé devant la CJUE la problématique de la légalité des retenues à la source appliquées aux dividendes versés à des fonds communs d'investissements étrangers.

Par un arrêt du 10 mai dernier (CJUE, 10 mai 2012, *Santander Asset Management SGIIC SA*, n° C-338/11), la Cour a jugé que la réglementation française constitue une restriction au principe européen de libre circulation des capitaux et, par conséquent, est en principe contraire au droit européen; la CJUE a de surcroît refusé d'admettre que cette restriction discriminatoire puisse être justifiée au titre de dispositions particulières du droit européen.

En effet, la CJUE a non seulement conclu à la comparabilité objective de situations entre les OPCVM résidents et non-résidents (de sorte qu'un traitement différencié n'est pas justifié), mais aussi à l'absence de raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de motiver une différence de traitement fiscal.

Il incombe désormais aux juridictions françaises, liées par cette décision de la CJUE, d'accorder, aux OPCVM étrangers ayant introduit une demande à cet effet **avant le 31 décembre 2014**, la restitution des retenues à la source prélevées à tort entre 2009 et 2012.

Il en ressort donc que les fonds éligibles devront veiller à déposer dans les meilleurs délais auprès du Centre des impôts des non-résidents en France une **réclamation contentieuse** tendant à obtenir la restitution des sommes litigieuses.

La somme que la France devra rembourser s'élève à près de 4 milliards d'euros.

Pour compenser la perte de recettes pérennes liée à la suppression de cette retenue à la source, le gouvernement français propose d'instaurer une contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés (IS) de 3% sur les montants distribués par les sociétés et organismes français ou étrangers passibles de l'IS en France, dont seraient cependant exonérés les organismes de placements collectifs.

Contact: Alain Moreau



NOTRE AVIS

Si le droit à restitution des retenues à la source payées à tort à la France est clairement reconnu aux fonds étrangers, il n'en demeure pas moins que ces fonds étrangers devront procéder à l'introduction d'une réclamation devant les juridictions administratives françaises d'ici au 31 décembre 2014, délai qui ne pourra en aucun cas être prolongé.

Il est donc vivement conseillé aux établissements bancaires étrangers commercialisant des fonds investis en actions françaises d'auditer les retenues à la source éventuellement pratiquées à tort par la France et de se rapprocher de conseillers fiscaux français avisés afin de réunir les justifications pertinentes venant à l'appui de la réclamation contentieuse appelée à être présentée auprès des juridictions françaises.

LES NOUVELLES RÈGLES SUISSES APPLICABLES À LA DISTRIBUTION DE PLACEMENTS COLLECTIFS DE CAPITAUX

Le 18 juin dernier, le Conseil des Etats a approuvé le projet de révision de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (P-LPCC). Le Conseil national devrait quant à lui se prononcer durant la session d'automne. L'entrée en vigueur de la révision de la loi est attendue d'ici au début de l'année prochaine. Le projet de révision comporte d'importantes modifications qui touchent à l'activité de distribution, dans le sens d'un renforcement de la protection de l'investisseur. Ce renforcement se traduit par une redéfinition des notions de distribution et d'investisseur



qualifié, ainsi que par de nouvelles règles applicables à la distribution, en Suisse ou depuis la Suisse, de placements collectifs étrangers. Les changements introduits par ce projet de révision s'inscrivent dans une logique d'harmonisation du droit suisse des placements collectifs de capitaux avec les prescriptions européennes, notamment la directive européenne sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (Directive AIFM), entrée en vigueur au mois de juillet 2011.

Le projet de révision de la LPCC remplace la notion d'«appel au public» par celle de «distribution». A la différence de ce qui prévaut sous le droit actuel, toute entité qui distribue des parts de fonds devra obtenir une autorisation en qualité de distributeur, même si elle ne s'adresse qu'à des investisseurs qualifiés (art. 19 al. 1 P-LPCC). Le projet de révision prévoit un certain nombre d'exceptions à cette obligation d'assujettissement. Parmi celles-ci, on relèvera que l'acquisition de placements collectifs dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune conclu avec un intermédiaire financier soumis à surveillance (p. ex. une banque) ou, à certaines conditions, avec un gérant de fortune indépendant n'est pas considérée comme de la distribution. En d'autres termes, le gérant de fortune indépendant (remplissant les conditions de l'art. 3 al. 2, lit. c P-LPCC) qui place des parts de fonds de placement dans le portefeuille de ses clients sous mandat écrit de gestion discrétionnaire ne devra pas solliciter d'autorisation en qualité de distributeur. En revanche, en l'état actuel du projet de révision, celui qui fait la promotion de placements collectifs de capitaux auprès de gérants de fortune indépendants est considéré comme un distributeur et doit demander une autorisation.

Lorsque l'activité de distribution porte sur des parts d'un placement collectif étranger, le promoteur doit avoir mandaté un représentant du fonds, lequel observera les obligations prévues à l'art. 124 LPCC, soit celles d'annoncer, de publier et d'informer, ainsi que les règles de conduite des organisations professionnelles. Au surplus, il convient de distinguer selon que la distribution s'adresse à des investisseurs qualifiés ou

non. En effet, à l'instar du régime actuel, la distribution au public de placements collectifs étrangers requiert l'approbation de la FINMA, alors qu'une telle approbation n'est pas requise lorsque seuls des investisseurs qualifiés sont visés. Le projet de révision ajoute une nouvelle condition d'approbation, à savoir la conclusion d'une convention de coopération et d'échange de renseignements entre la FINMA et l'(es) autorité(s) étrangère(s) concernée(s) par la distribution. Vraisemblablement, cette nouvelle condition ne devra être mise en œuvre, dans le texte définitif de la loi, que pour autant que le pays de domicile du placement collectif l'exige.

La notion d'investisseur qualifié est également modifiée. Ainsi, les particuliers fortunés, de même que les investisseurs qui ont conclu un contrat écrit de gestion

de fortune avec un intermédiaire financier soumis à surveillance ne sont plus automatiquement et de manière inconditionnelle considérés comme investisseurs qualifiés. Les premiers peuvent demander, par une déclaration écrite, à être considérés comme investisseurs qualifiés (*opt-in*; le projet prévoit que le Conseil fédéral devra toutefois fixer les conditions auxquelles ils doivent satisfaire, notamment l'obligation de posséder des compétences techniques), alors que les seconds sont considérés comme investisseurs qualifiés à moins qu'ils n'aient déclaré par écrit ne pas vouloir être traités comme tels (*opt-out*; art. 10 al. 3bis et 3ter P-LPCC). Le Conseil fédéral a la possibilité de désigner, par voie d'ordonnance, d'autres catégories d'investisseurs qualifiés (art. 10 al. 4 P-LPCC).

Contacts : Frédérique Bensahel et Pierre-Olivier Etique

NOTRE AVIS

Les nouvelles règles en matière de distribution, dans la version approuvée par le Conseil des Etats, répondent en partie aux préoccupations de l'industrie, lesquelles ont été exprimées lors de la procédure de consultation. Ainsi, l'exigence dans le cadre de la distribution de placements collectifs étrangers initialement prévue dans le projet du Conseil fédéral, selon laquelle une convention de coopération et d'échange de renseignements devait être conclue entre la FINMA et les autorités étrangères de surveillance concernées par la distribution, y compris lorsque la distribution s'adressait à des investisseurs qualifiés, n'a pas été maintenue par la Chambre haute. Il en serait résulté un resserrement dommageable de l'offre de produits provenant de places financières dites offshore (BVI ou Iles Caïmans, par exemple). On peut également saluer l'exemption introduite par le projet du Conseil fédéral et confirmée dans le projet voté par le Conseil des Etats, en faveur des gestionnaires de fortune indépendants, lesquels pourront poursuivre leurs activités de gestion discrétionnaire, aux conditions de l'art. 3 al. 2, lit. c P-LPCC, sans besoin d'une autorisation de distributeur. En revanche, la redéfinition de la notion d'investisseur qualifié constitue un important changement qui aura des conséquences directes sur le marché de la distribution de placements collectifs étrangers en Suisse. Il conviendra ici de suivre attentivement les débats à venir au Conseil national, ainsi que le projet d'ordonnance relative à la LPCC, lequel devrait apporter un éclairage sur les questions laissées ouvertes par le projet de révision.

8 LE DROIT SUISSE CONTIENDRA-T-IL DES DISPOSITIONS EN MATIÈRE DE RÉMUNÉRATION DES ORGANES DIRIGEANTS DES SOCIÉTÉS ANONYMES?

Le droit suisse actuel est très libéral sur la question de la fixation des rémunérations des administrateurs de sociétés anonymes. Les propositions de modifications du droit des sociétés contenues dans un récent contre-projet à une initiative populaire pourraient changer considérablement les règles du jeu.

La seule disposition prévue actuellement par le Code des obligations en matière de rémunération des administrateurs porte sur les tantièmes, soit l'attribution des bénéfices réalisés par la société en faveur des administrateurs. Selon la loi, les statuts de la société doivent prévoir une telle distribution. Celle-ci est de la compétence inaliénable de l'assemblée générale des actionnaires. La distribution de tantièmes étant tombée en désuétude, le silence de la loi a permis de réserver dans la pratique au conseil d'administration le soin de fixer en faveur de ses membres une rémunération sous des formes très variées telles que l'octroi d'options, d'actions, ou encore le paiement d'honoraires. Par conséquent, en droit suisse, les actionnaires ne peuvent actuellement avoir accès ni au principe, ni à la quotité de ces rémunérations, ni même en connaître les détails

comme leur montant ou les raisons de leur attribution. Il en va de même de la rémunération des organes dirigeants non membres du conseil d'administration.

La crise financière de 2008 a déclenché en Suisse la réaction «citoyenne» de M. Thomas Minder, chef d'une PME du canton de Schaffhouse au nord de Zurich, par le dépôt d'une initiative populaire prévoyant en substance les trois obligations suivantes pour les sociétés suisses cotées en bourse en Suisse ou à l'étranger: (i) le vote, chaque année, par l'assemblée générale, de la somme globale des rémunérations du conseil d'administration mais aussi de celle des membres de la direction et du comité consultatif; (ii) l'interdiction des indemnités de départ et des primes pour des achats et des ventes d'entreprises, les statuts devant prévoir expressément le montant des rentes, des crédits et des prêts octroyés aux membres des organes, les plans de bonus et de participation et le nombre de mandats externes de ces derniers, de même que la durée du contrat de travail des membres de la direction, (iii) le principe de l'élection annuelle et individuelle des membres du conseil d'administration.



Le dépôt et la validation de cette initiative ont forcé les chambres fédérales à réagir. Après plusieurs années de délibérations et de débats politico-juridiques, le parlement s'est dernièrement accordé pour proposer au vote du peuple un contre-projet en la forme d'une modification du Code des obligations en matière de droit des sociétés.

Cette modification prévoit d'imposer une réglementation beaucoup plus stricte aux indemnités des membres du conseil d'administration, mais aussi de la direction et du conseil consultatif de sociétés suisses dont les actions sont cotées en bourse. Ainsi, le conseil d'administration de telles sociétés devrait édicter un règlement spécifique sur ces indemnités. Celles-ci doivent être fixées en considération de la situation économique de l'entreprise, de sa prospérité à long terme ainsi qu'en adéquation avec «les tâches, la prestation et la responsabilité du bénéficiaire». L'assemblée générale devrait approuver ce règlement et pourrait même, dans certaines circonstances, le modifier. Le conseil d'administration devrait également établir un rapport de rémunération dont le Code des obligations préciserait le contenu minimal. Ce rapport, à l'instar du rapport de gestion, serait présenté au vote de l'assemblée générale. Celle-ci devrait également se prononcer annuellement sur l'approbation du montant global décidé par le conseil d'administration pour les

indemnités susmentionnées, tant celles destinées au conseil d'administration que celles prévues pour la direction. Selon les statuts, ce vote pourrait avoir un caractère contraignant ou consultatif. Il devrait être pris à la majorité des deux tiers. Les indemnités de départ et les indemnités anticipées seraient interdites, à moins que l'assemblée générale n'accepte de déroger à cette interdiction, ce qu'elle pourrait faire uniquement si ces indemnités étaient dans l'intérêt de la société. En ce qui concerne l'élection au conseil d'administration, le projet de loi prévoit que cette élection devrait avoir lieu individuellement tous les ans et que le Président serait élu par l'assemblée générale à moins que les statuts ne réservent expressément cette compétence au conseil d'administration.

En revanche, à l'instar de ce que prévoit l'initiative Minder, ce projet de modification du Code des obligations n'impose pas de telles obligations aux sociétés non cotées. Pour ces dernières, le projet de loi n'introduit que des dispositions permettant l'utilisation de médias électroniques pour l'organisation de l'assemblée générale et des modalités légèrement plus précises quant au recours à un représentant indépendant des actionnaires.

Contact: Christophe Wilhelm

NOTRE AVIS

Les récents excès des entreprises, même suisses, en matière de rémunération de leurs dirigeants ont malheureusement rendu inévitable un renforcement de la loi à ce sujet. Les termes du projet de révision du Code des obligations vont dans le bon sens et constituent la réponse la plus adéquate à cette problématique.

Le 1^{er} juin 2012 est entré en vigueur le nouveau Règlement suisse d'arbitrage (en anglais: Swiss Rules of International Arbitration), lequel remplace le règlement qui était en vigueur depuis 2004. Il s'impose de faire un bref résumé des nouveautés qu'apporte ce nouveau règlement.

Les Chambres de commerce et d'industrie en Suisse (Bâle, Berne, Genève, Neuchâtel, Tessin, Vaud et Zurich) ont suivi la tendance de la plupart des institutions arbitrales consistant à prévoir des procédures plus efficaces et moins dispendieuses. La révision du Règlement suisse d'arbitrage (le Règlement) s'inscrit dans un effort constant de promotion de la place arbitrale suisse. Les parties qui désirent soumettre leur litige au Règlement doivent pouvoir bénéficier du meilleur outil possible. Cependant, la révision s'est voulue *light*, afin de ne pas transfigurer des règles qui ont fait leurs preuves.

Les principales innovations sont les suivantes :

- création d'une nouvelle entité, la Swiss Chamber's Arbitration Institution (le nom officiel n'existe qu'en anglais), qui sera chargée de fournir les services proposés par les Chambres de commerce et d'industrie en matière d'arbitrage ;
- applicabilité du Règlement aux arbitrages internationaux et internes ;
- extension des compétences de la Cour d'arbitrage (anciennement «Comité d'arbitrage»), qui pourra prolonger et réduire les délais, ainsi que prononcer la récusation d'un arbitre ;
- devoir des parties d'agir de bonne foi et de contribuer à la bonne marche de la procédure sous peine de se voir sanctionnées dans l'allocation des frais et dépens ;
- raccourcissement des délais de désignation et de récusation des arbitres ;
- exigence de production des preuves simultanément au dépôt d'écritures ;
- plus grande flexibilité en ce qui concerne l'intervention de tiers ;
- clarification des dispositions sur la jonction ;
- pouvoir conféré au tribunal arbitral de prononcer des mesures provisoires comprenant également la possi-

bilité de rendre une ordonnance préliminaire avant même que le défendeur ait pu exercer son droit d'être entendu ;

- instauration de procédures d'urgence avec un arbitre d'urgence.

Le format de la présente contribution ne nous permet pas de développer en détails chacune de ces innovations. Nous nous limiterons à préciser que l'instauration de l'arbitre d'urgence est la nouveauté majeure, puisqu'elle permet désormais aux parties de requérir des mesures provisoires urgentes d'un arbitre qui sera nommé exclusivement à cette fin. Les parties n'auront donc plus obligatoirement à passer par les tribunaux ordinaires pour obtenir des mesures provisoires urgentes. Cela étant, bien que cette innovation soit importante, il convient d'en relativiser la portée pratique. La Chambre de commerce de Stockholm, qui a introduit le régime de l'arbitre d'urgence en janvier 2010 déjà, n'a eu à connaître que quatre cas lors de la première année.

Contacts : Christophe Wilhelm et Etienne Campiche

NOTRE AVIS :

L'introduction d'une procédure d'urgence a été largement saluée par les praticiens. Tout en nous associant à cet élan d'enthousiasme, nous souhaitons cependant nuancer la portée pratique d'une telle innovation, puisque seuls des cas très particuliers justifieront l'application d'un tel régime qui n'est au demeurant pas encore éprouvé. Nous saluons davantage le fait que le Règlement suisse d'arbitrage s'applique désormais de façon indifférenciée tant aux arbitrages internationaux qu'aux arbitrages internes, ce qui facilitera le développement de ce mode alternatif de résolution des litiges auquel les sociétés actives en Suisse ne pensent pas assez souvent. Compte tenu des difficultés que peut poser le fait de plaider une cause dans une autre langue nationale peu maîtrisée, la Suisse est une terre propice au développement de l'arbitrage interne.

LA RECTIFICATION OU L'INTERPRÉTATION DU DISPOSITIF D'UN JUGEMENT SELON LE NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE SUISSE : UN DÉFI POUR LE PRATICIEN

Lata sententia, judex desinit esse judex. Une fois son jugement rendu, le juge ne peut revenir en arrière. Pour pallier ce fait, la défunte loi de procédure civile genevoise (LPC-GE) prévoyait par exemple aux articles 153 à 159 du chapitre « interprétation et révision » les différentes voies de recours possibles lorsqu'une erreur de droit ou de fait s'était glissée dans le dispositif d'une décision. Une disposition spécifique (art. 160 LPC-GE) était notamment prévue pour régler le cas de l'erreur matérielle, et offrait un mode non formaliste de rectification d'un jugement. Le nouveau Code de procédure civile fédéral (CPC) règle désormais quant à lui dans le cadre d'une seule disposition (art. 334 CPC: « interprétation et rectification ») les moyens de droit permettant de clarifier une décision. La révision – problématique distincte de l'interprétation ou de la rectification d'un jugement – fait l'objet d'un chapitre séparé du CPC qui ne sera pas traité dans la présente réflexion.

L'art. 334 CPC prévoit, dans les limites étroites qu'impose le respect de la chose jugée, une possibilité de faire modifier un dispositif peu clair, contradictoire, incomplet ou qui ne correspond pas à la motivation, voire qui est affecté d'une erreur matérielle. Une distinction formelle entre l'interprétation et la rectification du dispositif existe toujours, mais le CPC soumet la question de la rectification et celle de l'interprétation aux mêmes règles de forme et de compétence, de sorte que les deux problématiques sont traitées de la même manière.

La rectification peut être nécessaire dans plusieurs cas, notamment pour la partie qui entend obtenir l'exécution forcée du jugement, mais qui subirait un échec si le dispositif comportait par exemple une erreur sur le montant de la condamnation, sur la monnaie utilisée ou sur le numéro de poursuite, erreurs généralement commises par inadvertance, mais ennuyeuses.

Selon le Message du Conseil fédéral, toutes les décisions sur le fond et de procédure peuvent faire l'objet d'une interprétation ou d'une rectification. Il est par ailleurs désormais acquis que le requérant n'est soumis à aucune contrainte de délai: il peut agir en tout temps

devant le tribunal qui a rendu le jugement problématique, même après que ce jugement a été exécuté.

La procédure en interprétation et rectification soulève toutefois des questions délicates.

Par exemple, la jurisprudence n'a pas encore tranché de façon claire la question de savoir s'il est possible de déposer une requête en rectification ou interprétation contre un jugement de première instance alors même qu'un recours ou un appel est encore possible, voire qu'un recours ou un appel a été effectivement formé contre le jugement de première instance et est encore pendant. Dans ces cas en effet, il existe un risque de jugements contradictoires (entre celui de première instance rectifié, et celui qui sera rendu sur appel ou recours).

A ce propos, on relève que l'art. 334 CPC n'exige pas expressément que la décision concernée soit définitive, ni même exécutoire; par ailleurs, cette disposition sous-entend que la compétence matérielle et locale pour décider d'une rectification ou d'une interprétation appartient au tribunal qui a rendu la décision. Il s'ensuit qu'un tribunal de rang inférieur devrait pouvoir rectifier, le cas échéant d'office, une décision encore susceptible d'appel ou de recours dans laquelle il constate une contradiction ou une lacune au sens de l'art. 334 al. 1 CPC. Cependant, il nous paraît difficilement concevable qu'il reste en droit de le faire si une juridiction de deuxième instance est déjà saisie du dossier, du moins sur des points soumis à celle-ci; en revanche une rectification ou une interprétation sur un point du dispositif non visé par le recours ou l'appel devrait rester possible. Le tribunal de rang inférieur devrait également surseoir à statuer tant qu'il n'est pas établi qu'un recours ou un appel a été déposé ni sur quels points il porte, et se dessaisir de la requête en rectification si un recours ou un appel est déposé et porte sur des points du dispositif pour lesquels la rectification est demandée.

Comme on peut le voir, la résolution de ces questions implique probablement qu'une forme de coordination soit mise en place entre les juridictions concernées.



Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que les décisions interprétées ou rectifiées sont à nouveau communiquées aux parties (cf. art. 334 al. 4 CPC), ce qui fait courir un nouveau délai d'appel ou de recours. Dans ce contexte une deuxième question délicate se pose : un tel système de « deuxième départ » du délai d'appel ou de recours est-il opportun ? Si oui, doit-on limiter les droits des parties à cet égard ?

Admettons, par exemple, qu'un tribunal de première instance ne se dessaisisse pas – faute de coordination – d'une requête en rectification alors même qu'une procédure est pendante contre ledit jugement devant une autorité de seconde instance : la notification d'une nouvelle décision de première instance pourrait faire courir un nouveau délai d'appel ou de recours, permettant peut-être à l'une des parties de faire valoir de nouveaux arguments devant l'autorité de seconde instance où la même affaire serait déjà pendante. Faut-il le permettre ?

Même dans l'hypothèse où une décision sur requête en rectification intervient alors qu'aucun appel ou recours

contre la décision dont la rectification est demandée n'est pendante, un « deuxième départ » du délai d'appel ou de recours peut être problématique si les possibilités d'appel ou de recours ne sont pas limitées. En effet, il serait inacceptable que l'une ou l'autre partie puisse, à la suite de la renotification d'un jugement rectifié, porter devant l'autorité de recours ou d'appel cette décision alors même qu'elle l'avait précédemment acceptée (à l'exception peut-être du point sur lequel la rectification a porté).

Dans une telle situation, la LPC-GE prévoyait expressément que la notification ultérieure d'un jugement rectifié faisait courir un nouveau délai de recours, mais à l'encontre *seulement* des éléments de la décision qui faisaient l'objet de la rectification. Une telle précision en ce qui concerne l'application du CPC serait la bienvenue et, à défaut de disposition légale explicite, on escompte qu'elle sera adoptée par la jurisprudence.

Contacts : Serge Fasel et Olivia de Weck

NOTRE AVIS

Le CPC est encore jeune et toutes les réponses aux questions que la procédure soulève ne sont de loin pas résolues. Nous ne pouvons qu'espérer que les tribunaux, sur les suggestions éclairées des avocats, sauront se montrer pragmatiques.

PRESCRIPTION DE LA CRÉANCE RÉCURSOIRE FONDÉE SUR UNE SOLIDARITÉ IMPARFAITE: MAINTIEN DES RÈGLES PRÉTORIENNES MALGRÉ UNE TENTATIVE DE NOVELLE.

Le régime de la prescription légale a toujours fait couler beaucoup d'encre et animé les esprits. Il est vrai que dans l'ordre juridique helvétique, la question de la prescription, principalement traitée aux articles 127 à 142 du Code des obligations (CO), n'est pas abordée de manière uniforme. Elle constitue de ce fait une porte ouverte à des réflexions doctrinales aussi diverses que variées. La prescription de la créance récursoire fondée sur une solidarité imparfaite ne fait pas exception à ce principe. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de trancher plusieurs questions relatives à ce thème par le passé avant de proposer une analyse approfondie de la question dans un arrêt du 26 septembre 2006 (ATF 133 III 6). Un avant-projet de modification du CO en matière de règles applicables à la prescription aurait pu apporter du neuf, toutefois la

question de la prescription de l'action récursoire n'y est pas traitée, du moins en l'état.

A l'exception de certaines lois spéciales, l'ordre juridique suisse ne compte pas de disposition générale relative à la prescription de l'action récursoire. Notre Haute Cour bénéficie ainsi d'une grande marge de manœuvre lorsqu'il s'agit de traiter ce sujet.

Il est à ce jour établi que l'action récursoire se dote d'un caractère autonome ; elle doit donc se prescrire de manière indépendante de la créance principale.

De ce fait, la créance récursoire ne naît qu'à l'instant où le demandeur de l'action récursoire indemnise la victime et où il a connaissance de l'identité du coresponsable qu'il souhaite rechercher. Ce n'est qu'une fois ces deux conditions cumulatives remplies que le délai de prescription relatif d'un an, fixé par voie prétorienne, commence à courir. Le *dies a quo* de cette prescription peut donc différer s'il y a plusieurs coresponsables, ces derniers n'étant en effet pas toujours découverts au même moment.

L'action récursoire ne peut néanmoins pas être intentée *ad aeternam*. Le Tribunal fédéral en a décidé ainsi en imposant un délai absolu de prescription de l'action récursoire d'une durée de dix ans et ce à compter du jour où le fait dommageable s'est produit. Cette solution se fonde sur la volonté d'harmoniser les régimes de la prescription des créances principale et récursoire dans le domaine de la responsabilité civile. Elle comporte néanmoins le défaut de faire courir un délai de prescription avant même que la créance n'existe, puisqu'au moment de la survenance du fait dommageable, le demandeur de l'action récursoire n'a pas encore dédommagé la victime.

Si, comme le délai relatif, le délai absolu peut être suspendu ou interrompu en application des règles des articles 134 ss CO, il n'est toutefois pas aisé de parvenir à un tel résultat. En effet, une procédure de poursuite ne peut pas être entamée par le demandeur de



l'action récursoire avant le paiement à la victime, une créance récursoire n'existant pas encore. De même, une action en vue du paiement d'une créance encore inexistante paraît difficilement admissible. Il semble donc que seul l'appel en cause au sens des articles 81 ss du Code de procédure civile (CPC), voire la dénonciation d'instance au sens des articles 78 ss CPC, serait susceptible d'interrompre valablement le délai de prescription absolu de l'action récursoire. Ce point mériterait d'être analysé par le Tribunal fédéral qui, à notre connaissance, n'a pas encore eu l'occasion de trancher cette question sous l'angle du CPC.

En revanche, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question des conséquences de la prescription de l'action principale de la victime sur l'action récursoire. Il ressort de son analyse que cette prescription ne peut être opposable au demandeur dans l'action récursoire. Toutefois, la jurisprudence lui impose d'aviser le coresponsable déjà libéré à l'égard de la victime par la prescription et ce dès qu'il est possible de l'exiger de lui en application des règles de la bonne foi: en effet, le coresponsable peut se croire à l'abri d'une action de la victime (cette action étant prescrite) et renoncer à

conserver des moyens de preuve, de sorte que ses moyens de défense à l'égard du demandeur dans l'action récursoire en seront également amoindris. A défaut de cet avis, le demandeur dans l'action récursoire est déchu de son droit de poursuivre le coresponsable.

Rappelons enfin qu'un avant-projet de loi visant à modifier le Code des obligations (Droit de la prescription) a été publié en date du 31 août 2011 par le Conseil fédéral. La procédure de consultation y relative a pris fin le 30 novembre 2011. Est-ce à dire que le droit suisse comptera, dans un futur proche, des dispositions générales sur la prescription de l'action récursoire? Probablement pas, l'avant-projet n'introduisant aucune règle générale sur la question du régime de la prescription de la créance récursoire.

Tout laisse donc penser que la jurisprudence n'a pas fini d'édicter des règles qui permettront, peut-être un jour, d'obtenir un régime légal complet en matière de prescription de la créance récursoire fondée sur une solidarité imparfaite.

Contacts : Serge Fasel et Laure Baumann

NOTRE AVIS

Le Tribunal fédéral a clairement admis que l'action récursoire devait être perçue comme une action autonome et qu'elle devait, de ce fait, se prescrire de manière indépendante de la créance principale. Si cet avis doit être salué, il n'en reste pas moins que notre Haute Cour contredit son raisonnement en décidant d'appliquer à cette action récursoire un délai de prescription absolu de dix ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit, lui faisant ainsi perdre une grande partie de son caractère autonome.

De surcroît, ce délai de prescription absolu, au demeurant difficile à suspendre ou interrompre, fait courir un délai de prescription avant même que la créance n'existe, ce qui ne peut être que déploré. Il semble en effet que l'action récursoire basée sur une solidarité imparfaite se doit d'être entièrement différenciée de l'action principale. En toute logique, le délai de prescription absolu dans ce domaine ne saurait être maintenu.

Il est fort regrettable que l'avant-projet de loi publié par le Conseil fédéral reste muet sur la question du régime de la prescription de la créance récursoire. Divers intervenants n'ont d'ailleurs pas manqué de le relever lors de la procédure de consultation, et l'on ne peut que souhaiter que leurs remarques seront prises en compte.

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