

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz  
Prof. Dr. Alexander R. Markus  
Prof. Dr. Rodrigo Rodriguez

# Vorsorglicher Rechtsschutz

Vorsorgliche Massnahmen im internationalen  
Kontext, offene Fragen im neuen Arrestrecht und  
Sicherungsmassnahmen der ZPO

Beiträge von  
Dr. iur. Isabelle Chabloz  
Dr. iur. Richard Gassmann  
PD Dr. Pascal Grolimund  
Dr. iur. Jürg Roth  
Prof. Dr. Daniel Staehelin



Stämpfli Verlag AG Bern

**u<sup>b</sup>**

b  
**UNIVERSITÄT  
BERN**



## **Vorsorglicher Rechtsschutz**

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz  
Prof. Dr. Alexander R. Markus  
Prof. Dr. Rodrigo Rodriguez



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

---

Institut für Internationales Privatrecht und  
Verfahrensrecht

## **Vorsorglicher Rechtsschutz**

Vorsorgliche Massnahmen im internationalen  
Kontext, offene Fragen im neuen Arrestrecht und  
Sicherungsmassnahmen der ZPO

Beiträge von  
Dr. iur. Isabelle Chabloz  
Dr. iur. Richard Gassmann  
PD Dr. Pascal Grolimund  
Dr. iur. Jürg Roth  
Prof. Dr. Daniel Staehelin



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

© Stämpfli Verlag AG Bern

---

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

Gesamtherstellung:  
Stämpfli Publikationen AG, Bern  
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-7042-0



---

# La reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires

Dr. Isabelle Chabloz, avocate, chargée de cours à l'Université de Berne\*

## Table des matières

Bibliographie .....	96
1. Introduction.....	98
2. Portée pratique .....	99
3. Mesures provisoires en tant que décisions susceptibles d'être reconnues et exécutées .....	100
3.1 Selon la Convention de Lugano .....	100
3.2 Selon la LDIP .....	101
4. Motifs pouvant empêcher la reconnaissance.....	102
4.1 En général.....	102
a) Contrariété manifeste à l'ordre public suisse.....	102
b) Notification irrégulière: le problème des décisions prononcées <i>ex parte</i> .....	103
c) Inconciliabilité avec une autre décision .....	104
4.2 Motifs d'empêchement spécifiques aux mesures d'exécution anticipée.....	105
4.3 Pas d'examen de l'existence d'un lien de rattachement réel .....	106
5. Procédure de reconnaissance et d'exécution.....	106
5.1 Reconnaissance à titre principal .....	107
a) En première instance.....	107
b) En procédure de recours.....	107
5.2 Reconnaissance à titre incident par le juge de la mainlevée..	108
5.3 Compétence territoriale .....	109
5.4 Recours en matière civile au Tribunal fédéral.....	109
6. L'exécution des mesures provisoires .....	109
6.1 Lien avec les mesures conservatoires de l'art. 47 CLug .....	109
6.2 Effets de l'exécution en Suisse limités aux effets dans le pays d'origine.....	111
6.3 Cas d'application: l'exécution d'une <i>freezing injunction</i> .....	112
7. Conclusions.....	113

---

\* L'auteure tient à remercier M<sup>lle</sup> Nicolas Graber, LL.M., assistant à l'Université de Fribourg, pour la relecture du présent texte.

## Bibliographie

- BERNET MARTIN, Die Vollstreckbarerklärung englischer *Freezing Orders* in der Schweiz, in: Jusletter du 19 janvier 2004 (cité: BERNET, Vollstreckbarerklärung).
- BERNET MARTIN, Englische *Freezing (Mareva) Orders* – Praktische Fragen der Anerkennung und Vollstreckung in der Schweiz, in: Karl Spühler (édit.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht, Zurich 2001, p. 51-98 (cité: BERNET, Praktische Fragen).
- BERTI STEPHEN, in: Stephen Berti/Daniel Girsberger (édit.), « nur, aber immerhin », Festgabe für Anton K. Schnyder zum 50. Geburtstag, Zurich 2002, p. 11-17.
- BLOCH ANDRÉ/HESS MARTIN, Discussion of the protective measures available under Swiss law (attachment and provisional protective measure) with particular regard to the recognition and enforcement of an English Mareva (« freezing ») injunction in Switzerland, RSDA 1999, p. 166-180.
- DASSER FELIX, Englische *Freezing Injunction* vor dem schweizerischen Vollstreckungsrichter, Anmerkungen zu BGE 129 III 626 (4P.86/2003) vom 30. Juli 2003, in: Jusletter du 19 janvier 2004.
- DONZALLAZ YVES, Les mesures provisoires et conservatoires dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano: état des lieux après les ACJCE Mund, Mietz et Van Uden, PJA 2000, p. 956-983 (cité: DONZALLAZ, état des lieux).
- DONZALLAZ YVES, L'exequatur en Suisse d'une *Freezing Injunction* de la *High Court* de Londres, Commentaire de l'arrêt du 30.7.2003 de la 1<sup>ère</sup> Cour civile du Tribunal fédéral (4P.86/2003), ATF 129 III 626, PJA 2004, 204-207 (cité: DONZALLAZ, exequatur).
- FAVALLI DANIELE/AUGSBURGER THIERRY, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (édit.), Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, Bâle 2011.
- GRUNDMANN STEFAN, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer einstweiliger Massnahmen nach IPRG und Lugano-Übereinkommen, Bâle/Francfort-sur-le Main 1996.
- HAUENSTEIN ANDREAS, Die Vollstreckbarerklärung der englischen *Freezing order* unter dem Lugano- Übereinkommen und das rechtliche Gehör, RSPC 2007, p. 187-198.
- HESS BURKHARD/VOLLKOMMER GREGOR, Die begrenzte Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen nach Art. 24 EuGVÜ, IPRax 1999, p. 220-225.
- HOFMANN DIETER A./KUNZ OLIVIER M., in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (édit.), Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, Bâle 2011.
- HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome II: Compétence, délais, procédures et voies de recours, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2011.

- JAMETTI GREINER, Der vororgliche Rechtsschutz im internationalen Verhältnis, RJB 1994, p. 649-677.
- JEANDIN NICOLAS, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappis (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011.
- KREN JOLENTA, Anerkennbare und vollstreckbare Titel nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen, in: Ivo Schwander/Walter A. Stoffel (édit.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg 1991, p. 420-463 (cité: KREN, Annerkennbare).
- KREN KOSTKIEWICZ JOLENTA, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen IPRG: direkte Zuständigkeit, anwendbares Recht sowie Anerkennung und Vollstreckung", in: Mélanges Henri-Robert Schupbach, Bâle 2000, p. 289-308 (cité: KREN KOSTKIEWICZ, Vorsorgliche).
- KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9<sup>ème</sup> éd., Francfort-sur-le Main 2011.
- NAEGELI GEORG/VETTER MEINRAD, Zur Anerkennung und Vollstreckung euro-internationaler Arrestbefehle in der Schweiz, PJA 2005, p. 1312-1322.
- RODRIGUEZ RODRIGO/ROTH SANDRINE, Table de concordance commentée de la Convention de Lugano révisée du 30 octobre 2007 et de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, in: Jusletter du 26 novembre 2007.
- SCHWANDER DANIEL, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens, RSJB 2010, p. 641-699.
- SCHWANDER IVO, Einführung in das internationale Privatrecht, T. I, Allgemeiner Teil, 3<sup>ème</sup> éd., St-Gall/Lachen 2000.
- SOGO MIGUEL, Kleine Arrestrevision, grosse Auswirkungen – zur geplanten Anpassung des Arrestrechts im Rahmen der Revision des Lugano-Übereinkommens, RSPC 2009, p. 75-98 (cité: SOGO, Arrestrevision).
- SOGO MIGUEL, Vollstreckung ausländischer Entscheide über Geldforderungen: Prüfung der internationalen Vollstreckbarkeit im definitiven Rechtsöffnungsverfahren oder im separaten Exequaturverfahren ?, PCEF 2008, p. 29-81 (cité: SOGO, Prüfung).
- SPRECHER THOMAS, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2010.
- STADLER ASTRID, Erlass und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen im Anwendungsbereich des EuGVÜ, JZ 1999, p. 1089-1099.
- STAEHELIN ADRIAN, Das neue Bundesgesetz über das internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung: ZPO/Vollstreckung, in: Das neue Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung, Zurich 1990, SSIR volume 67, p. 101-114.

- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2008.
- STAEHELIN DANIEL, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (édit.), *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2011.
- STAEHELIN DANIEL/BOPP LUKAS, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (édit.), *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2011.
- STOLL DANIEL, *Die britische Mareva-Injunction als Gegenstand eines Vollstreckungsbegehrens unter dem Lugano-Übereinkommen*, RDS 1996, p. 104-110.
- TUNIK DANIEL, *L'exécution en Suisse de mesures provisionnelles étrangères: un état des lieux de la pratique*, SJ 2005, p. 275-331.
- WALTHER FRIDOLIN, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (édit.), *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2011.
- WALTER GERHARD, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 4<sup>ème</sup> éd., Berne 2007.

## 1. Introduction

Les mesures provisoires (ou provisionnelles; *vorsorgliche Massnahmen*) peuvent être définies comme les mesures qu'une partie peut requérir du juge pour la protection provisoire de son droit dans l'attente d'une décision au fond.<sup>1</sup> Tant les auteurs suisses que la jurisprudence européenne tendent à distinguer trois catégories de mesures: les mesures conservatoires (*Sicherungsmassnahmen*), les mesures de réglementation (*Regelungsmassnahmen*) et les mesures d'exécution anticipée (*Leistungsmassnahmen*).<sup>2</sup> Les mesures conservatoires visent à maintenir l'objet du litige dans l'état où il se trouve pendant toute la durée du procès (ex: consignation de l'objet du litige), les mesures de réglementation règlent le rapport de droit durable existant entre les parties pendant la durée du procès (ex: les mesures provisionnelles pendant la durée du divorce), alors que les mesures d'exécution anticipée tendent à obtenir à titre provisoire l'exécution (totale ou partielle) de la prétention qui fait l'objet des conclusions de la demande au fond (ex: contribution d'entretien en faveur de l'enfant de l'art. 303 al. 1 et 2 let. b CPC ou le référé provision du droit français).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Dans ce sens, HOHL, n. 1733. A noter que la preuve à futur est parfois considérée comme une catégorie de mesures provisoires, mais elle ne sera pas traitée spécifiquement ici.

<sup>2</sup> Pour la doctrine suisse, voir par ex., DONZALLAZ, état des lieux, p. 959; HOHL, n. 1737. Pour la jurisprudence européenne, voir en particulier les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), anciennement Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) du 17.11.1998, *Van Uden*, rec. C-391/95 et du 27.3.1999, *Mietz*, rec. C-99/96.

<sup>3</sup> Ibidem. L'abréviation CPC désigne le Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

Comme cela va être exposé, seule la CLug,<sup>4</sup> et non la LDIP,<sup>5</sup> permet de reconnaître et d'exécuter les mesures provisoires. Il s'agira donc essentiellement d'examiner les conditions et la procédure applicables à une telle reconnaissance selon la CLug ainsi que les problèmes liés à l'exécution selon le droit suisse d'une mesure provisoire étrangère. Avant cela, il faut toutefois se poser la question de l'utilité pratique d'une telle démarche.

## 2. Portée pratique

Concernant l'utilité pratique de faire reconnaître et exécuter en Suisse une mesure provisoire étrangère, le droit international privé donne en principe la possibilité de requérir directement du juge du lieu de l'exécution le prononcé de telles mesures (voir art. 10 lit. b LDIP et art. 31 CLug). Par conséquent, on peut se demander si cette question a uniquement une portée théorique ou s'il y a un intérêt pratique à faire reconnaître et exécuter une mesure provisoire étrangère.<sup>6</sup>

Premièrement, avec l'augmentation des échanges internationaux, il arrive souvent qu'un débiteur dispose d'avoirs dans plusieurs Etats ou qu'il soit en mesure de transférer très facilement ses avoirs d'un Etat à un autre pour échapper à ses créanciers. Les créanciers peuvent alors avoir un intérêt à centraliser la procédure et à s'adresser au juge d'un seul Etat pour par exemple interdire à la personne de disposer de ses biens situés dans et hors le territoire de cet Etat. Le droit anglais connaît une telle institution sous le nom de *freezing injunction* ou *order* (ou selon une ancienne terminologie *Mareva injunction*). La *freezing injunction* a été créée par la jurisprudence anglo-saxonne.<sup>7</sup> Il s'agit d'une mesure dirigée à l'encontre du débiteur *in personam*, lui faisant interdiction, sous réserve de certaines exceptions, de disposer de ses avoirs.<sup>8</sup> En cas de non respect de l'interdiction, la personne contre qui est dirigé l'ordre ainsi que les tiers à qui l'ordre est communiqué sont passibles de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement. Les développements jurisprudentiels permettent de conférer une portée extraterritoriale à ces mesures (*worldwide freezing injunction*).<sup>9</sup> A l'égard des tiers, la *freezing injunction* n'a d'effets hors du territoire anglais que si et

<sup>4</sup> Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano), RS 0.275.12.

<sup>5</sup> Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291.

<sup>6</sup> A ce propos voir TUNIK, p. 276 s.

<sup>7</sup> *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA* (1975) 2 Lloyd's Rep 509. Il est maintenant codifié: Civil Procedure Rules (CPR) r.25(1)(f). Pour un exemple voir: <[http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.justice.gov.uk/civil/procrules\\_fin/contents/practice\\_directions/pd\\_part25a.htm#IDASP0EC](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_part25a.htm#IDASP0EC)>.

<sup>8</sup> Voir par ex., BERNET, *Praktische Fragen*, p. 54 et 92 ss pour un exemple d'un tel ordre.

<sup>9</sup> *Banabaft International Co SA v Bassatne* (1990) Ch. 13

dans la mesure où elle a été reconnue par l'Etat concerné,<sup>10</sup> d'où l'intérêt de la faire reconnaître.<sup>11</sup> Cette mesure conservatoire s'applique en lien avec l'exécution d'obligations pécuniaires.<sup>12</sup> Dans un premier temps, elle est prononcée en procédure unilatérale (*ex parte*). Le droit d'être entendu du défendeur n'est garanti que dans un deuxième temps.<sup>13</sup> La *freezing injunction* est souvent accompagnée d'une obligation de publicité (*disclosure order*), qui oblige le défendeur à donner des informations sur l'étendue de son patrimoine en Angleterre ou ailleurs.<sup>14</sup> Cet aspect ne sera toutefois pas abordé ici.

Deuxièmement, la seule mesure de sûreté autorisée par le droit suisse pour les créances pécuniaires est le séquestre (art. 271 ss LP).<sup>15</sup> Or, lorsque le débiteur n'habite pas en Suisse, une telle mesure ne sera ordonnée que si la créance présente un lien suffisant avec la Suisse (art. 271 al. 1 ch. 4 LP) ou nouvellement si le débiteur dispose d'un titre de mainlevée définitive (art. 271 al. 1 ch. 6 LP). Par conséquent, il se peut qu'un créancier étranger ne puisse obtenir du juge suisse le prononcé d'une mesure provisoire. Il aura alors uniquement la possibilité de s'adresser au juge étranger et de tenter de faire reconnaître et exécuter la mesure étrangère en Suisse.

### **3. Mesures provisoires en tant que décisions susceptibles d'être reconnues et exécutées**

#### **3.1 Selon la Convention de Lugano**

La Convention de Lugano donne une définition autonome des décisions susceptibles d'être reconnues à son art 32: « [...] toute décision rendue par une juridiction d'un Etat lié par la présente convention quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès ». Dès la fin des années 1970, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'est prononcée pour une interprétation large de la notion de décision et a admis qu'elle incluait les mesures provisoires.<sup>16</sup> En conformité avec la pratique européenne à laquelle le Tribunal fédéral (TF) est en principe lié,<sup>17</sup> celui-ci admet que dans le champ d'application de la

---

<sup>10</sup> Cette règle qui ressort de l'arrêt Banabaft est connue sous le nom de *Banabaft Proviso*.

<sup>11</sup> BERNET, *Praktische Fragen*, p. 73; HAUENSTEIN, p. 189.

<sup>12</sup> BERNET, *Praktische Fragen*, p. 57.

<sup>13</sup> BERNET, *Praktische Fragen*, p. 58.

<sup>14</sup> BERNET, *Praktische Fragen*, p. 54.

<sup>15</sup> Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1.

<sup>16</sup> CJUE du 27.3.1979, *De Cavel I*, rec. C-143/78, et CJUE du 6.3.1980, *De Cavel II*, rec. C-120/79.

<sup>17</sup> ATF 135 III 185, consid. 3.2.

CLug, il est possible de faire reconnaître et d'exécuter les décisions de mesures provisoires.<sup>18</sup>

### 3.2 Selon la LDIP

Concernant la question de savoir si la LDIP permet de reconnaître et d'exécuter une mesure provisoire, l'art. 25 let. b indique qu'une décision qui n'est plus susceptible de recours ordinaire ou qui est définitive peut être reconnue. Une partie de la doctrine interprète l'exigence selon laquelle la décision doit être définitive (*endgültig*) comme excluant la reconnaissance des décisions ayant un caractère temporaire, telles que justement les mesures provisoires de droit étranger.<sup>19</sup> La lettre de l'art. 25 LDIP n'est cependant pas claire puisqu'elle indique que la décision ne doit plus être susceptible de recours ordinaire *ou* doit être définitive. Sur cette seule base, il n'est donc pas possible d'exclure une reconnaissance des décisions provisoires. En revanche, il ressort du message du Conseil fédéral que la LDIP ne traite pas de la reconnaissance de mesures provisoires étrangères, sous réserve de dispositions spéciales, telles que par exemple l'art. 96 al. 3 LDIP en matière de droit successoral.<sup>20</sup> Une interprétation systématique et historique plaide par conséquent plutôt en faveur de l'existence d'un silence qualifié que d'une lacune de la loi.<sup>21</sup> En conclusion, à moins que la loi ne le prévoie expressément, les mesures provisoires de droit étranger ne peuvent être reconnues sur la base des art. 25 ss LDIP.

A noter que la notion de décision définitive (*endgültig*) utilisée par la LDIP semble être une notion procédurale plutôt que matérielle. Par conséquent, à l'exemple de ce que prescrit l'art. 90 LTF,<sup>22</sup> même si une décision a une validité temporaire, elle devrait être considérée comme finale ou définitive lorsqu'elle est rendue dans une procédure indépendante d'une procédure principale et qu'elle met fin à la procédure.<sup>23</sup> Le TF a ainsi considéré qu'une décision de mesures protectrices de l'union conjugale est définitive au sens de l'art. 90 LTF.<sup>24</sup> La LDIP va du reste dans ce sens lorsqu'elle indique à son article 50 que les décisions ou mesures étrangères relatives aux effets du

<sup>18</sup> ATF 135 III 670, consid. 3.1.2; ATF 129 III 626, consid. 5.

<sup>19</sup> Voir par ex., WALTER G., p. 988; STAEHELIN A., p. 112 s.

<sup>20</sup> Message LDIP, FF 1983 255, p. 320.

<sup>21</sup> Du même avis, par ex., JAMETTI GREINER, p. 654 s.; WALTER G., p. 388 et 522. Contra, par ex., GRUNDMANN, p. 97; SCHWANDER I., n. 701; TUNIK, p. 288 ss. Indécise : KREN, *Anerkennbare*, p. 445 s'exprime en défaveur de la reconnaissance et KREN KOSTKIEWICZ, *Vorsorgliche*, p. 302 ss en faveur.

<sup>22</sup> Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110.

<sup>23</sup> ATF 133 III 589, consid. 1; ATF 124 I 83 consid. 3.1. A ce propos voir par ex., HOHL, n. 3086 s.

<sup>24</sup> ATF 133 III 393, consid. 5.

mariage sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle d'un époux.

## **4. Motifs pouvant empêcher la reconnaissance**

### **4.1 En général**

Comme pour les autres décisions au sens de l'art. 32 CLug, les mesures provisoires ne peuvent pas être reconnues si elles sont contraires aux exigences posées par l'art. 34 CLug (contrariété manifeste à l'ordre public, notification irrégulière et inconciliable avec une autre décision). Il ne s'agit pas ici d'examiner ces motifs dans le détail, mais uniquement de souligner les éventuelles spécificités en lien avec la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires.

#### **a) Contrariété manifeste à l'ordre public suisse**

L'art. 34 ch. 1 CLug indique qu'une décision n'est pas reconnue si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat requis. Le système juridique suisse n'admet les mesures provisoires qui ont pour objet le versement d'une prestation en argent que de manière très restrictive. Le Code de procédure civile suisse indique ainsi explicitement que cela est possible uniquement lorsque la loi le prévoit (art. 262 lit. e CPC). Le paiement « en avance » au demandeur est considéré comme représentant un risque trop important pour le défendeur si au final l'existence de sa dette est niée.<sup>25</sup> Le fait de devoir reconnaître en Suisse une décision étrangère prévoyant le paiement provisoire d'une somme d'argent n'est cependant pas en soi contraire à l'ordre public suisse.<sup>26</sup> L'argument de la contrariété à l'ordre public ne peut donc pas être opposé à la reconnaissance d'une mesure imposant le paiement d'une avance. La CJUE reconnaît cependant le risque lié aux mesures d'exécution anticipée d'une prestation (en argent ou non) pour le défendeur et soumet leur prononcé et leur reconnaissance à des conditions particulières (voir ch. 4.2 ci-dessous).

---

<sup>25</sup> Voir Message CPC, FF 2006 6841, p. 6962 s.: « L'introduction d'un système généralisé de paiements anticipés s'avèrerait en revanche problématique. Il exposerait d'une part le défendeur à un risque injustifié à l'encaissement de l'indu, dans l'hypothèse où l'existence de sa dette venait à être niée. Il serait d'autre part inutile dès lors que le projet offre à un créancier présumé d'autres moyens pour être désintéressé dans un délai raisonnable ». Critique, SPRECHER, BSK ZPO, art. 269 n. 9.

<sup>26</sup> Voir TF, arrêt du 31.8.2008, 4A\_80/2007, consid. 5.2. Pour la doctrine, par ex., WALTHER F., art. 34 n. 9.

b) Notification irrégulière: le problème des décisions prononcées *ex parte*

Aux termes de l'art. 34 ch. 2 CLug la décision n'est pas reconnue si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été notifié ou signifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire. La deuxième partie de l'art. 34 ch. 2 reprend une exigence posée par le règlement 44/2001 (Bruxelles I), mais n'est pas applicable à l'égard d'un défendeur dans une procédure de reconnaissance domiciliée en Suisse. En effet, la Suisse a jugé qu'il s'agissait d'une relativisation trop grande des droits du défendeur et a émis une réserve (voir art. III du Protocole no 1).<sup>27</sup>

Il ressort de l'art. 34 ch. 2 CLug que les décisions prononcées en l'absence de la partie adverse, telles les mesures superprovisoires, ne peuvent pas être reconnues. La CJUE a ainsi explicitement indiqué dans l'affaire *Denilauler* que seule une décision rendue en procédure contradictoire peut être reconnue et exécutée et non une mesure prononcée *ex parte*.<sup>28</sup> A propos de la reconnaissance de *freezing injunctions*, le Tribunal fédéral a interprété cette exigence dans le sens où il suffit, pour que la décision soit susceptible d'être reconnue, que le défendeur ait eu l'occasion de se défendre en procédure contradictoire avant le dépôt de la requête de reconnaissance et d'exécution.<sup>29</sup> Il a fondé son interprétation sur deux arrêts ultérieurs à l'arrêt *Denilauler*, les arrêts *Klomps* et *Brennero*,<sup>30</sup> dont la pertinence en l'espèce est discutable.<sup>31</sup> Une partie de la doctrine est d'avis que cette interprétation favorable au créancier n'a pas raison d'être et que la jurisprudence *Denilauler* exige que le défendeur soit entendu avant le prononcé de la mesure.<sup>32</sup> Ainsi, selon FAVALLI/AUGSBURGER, la possibilité offerte par l'art. 31 CLug de s'adresser directement au juge de l'Etat où la mesure sera exécutée justifie d'adopter une interprétation favorable aux droits de la défense.<sup>33</sup> Or, comme mentionné précédemment (voir ch. 2 ci-dessus), lorsque le créancier choisit la voie de la reconnaissance, c'est généralement que la voie de l'art. 31 CLug ne lui est pas ouverte ou n'est que très difficilement praticable. Même si elle repose sur des arrêts peu pertinents,

<sup>27</sup> Message CLug, FF 2009 1497, p. 1524.

<sup>28</sup> CJUE du 21.5.1980, *Denilauler*, rec. C-124/79, n. 13.

<sup>29</sup> ATF 129 III 626, consid. 5.2.2. Voir également TF, arrêt du 1.03.2006, 4P.331/2005, consid. 7 et arrêt du 31.08.2007, 4A\_80/2007, consid. 4.3.

<sup>30</sup> CJUE du 16.6.1981, *Klomps*, rec. C-166/80 et CJUE du 27.11.1984, *Brennero*, rec. C-258/83.

<sup>31</sup> A ce propos voir TUNIK, p. 300.

<sup>32</sup> DONZALLAZ, exequatur, p. 206 s.; FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 211 s.

<sup>33</sup> FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 212.

l'argumentation du TF est conforme à la jurisprudence de la CJUE favorable à la reconnaissance des décisions (provisaires ou définitives).<sup>34</sup>

La réserve émise par la Suisse concernant la deuxième partie de l'art. 34 ch. 2 CLug démontre, si nécessaire, l'importance attachée par notre pays au droit d'être entendu. Néanmoins, la réserve à elle seule ne devrait pas amener le TF à revoir sa jurisprudence. Elle ne fait que maintenir la situation telle quelle était au moment où le TF a rendu son arrêt (voir art. 27 ch. 2 aCLug)<sup>35</sup> et n'accorde pas plus de droit à la défense. Au surplus, la jurisprudence rendue en lien avec l'art. 34 ch. 2 du Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale confirme que la Convention doit être interprétée dans un sens favorable à la reconnaissance.<sup>36</sup>

### c) Inconciliabilité avec une autre décision

Selon l'art. 31 CLug, il est possible d'obtenir des mesures provisoires dans un autre Etat que l'Etat compétent en vertu des art. 2 à 24 CLug pour connaître de l'affaire au fond. Le fait qu'une procédure soit pendante devant le tribunal compétent au fond n'empêche pas de requérir des mesures provisoires sur la base de l'art. 31 CLug.<sup>37</sup> L'exception de litispendance ne s'applique pas dans ce cas. Il est donc tout à fait possible qu'il y ait collision entre plusieurs décisions de mesures provisoires rendues dans différents Etats.

L'art. 34 ch. 3 et 4 CLug règle cette situation. Selon cet article la décision n'est pas reconnue si elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat requis (ch. 3) ou dans un autre Etat lié par la CLug et qui remplit les conditions de la reconnaissance (ch. 4).

Il ressort de l'arrêt *Hoffmann* rendu par la CJUE qu'afin d'établir s'il y a inconcilabilité, il convient de rechercher si les décisions en cause entraînent des conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement.<sup>38</sup> Si tel est le cas, la décision interne l'emporte sur la décision étrangère (art. 34 ch. 3 CLug). La décision interne a la priorité absolue, indépendamment de la question de savoir si elle a été rendue par le tribunal compétent au fond ou sur la base de l'art. 31 CLug.<sup>39</sup> En présence de deux décisions étrangères inconciliables, le

<sup>34</sup> Dans le même sens, BERNET, Vollstreckbarerklärung, n. 13; TUNIK, p. 301.

<sup>35</sup> Convention de Lugano du 16 septembre 1988 (anciennement RS 0.275.11), maintenant remplacée par la Convention du 30 octobre 2007.

<sup>36</sup> Voir en particulier CJUE du 14.12.2006, *ASML*, affaire C-283/05. Selon cet arrêt: « une simple irrégularité formelle, qui ne porte pas atteinte aux droits de la défense, ne saurait suffire à écarter l'application de l'exception au motif justifiant le défaut de reconnaissance ou d'exécution ».

<sup>37</sup> DONZALLAZ, état des lieux, p. 978; FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 192.

<sup>38</sup> CJUE du 4.2.1988, *Hoffmann*, affaire C-145/86, n. 22.

<sup>39</sup> CJUE du 6.6.2002, *Italian Leather*, affaire C-80/00, n. 41.

tribunal doit uniquement reconnaître la décision rendue en premier (art. 34 ch. 4 CLug). L'existence d'une décision antérieure empêche la reconnaissance de la décision rendue postérieurement.<sup>40</sup>

## 4.2 Motifs d'empêchement spécifiques aux mesures d'exécution anticipée

Les mesures d'exécution anticipée ont ceci de particulier que souvent, de par leur nature, elles tendent à se substituer à la décision du juge du fond et donc à avoir un caractère définitif plutôt que provisoire.<sup>41</sup> Le risque d'insolvabilité est alors transféré du demandeur (qui a obtenu la prestation réclamée) au défendeur (qui devra récupérer sa prestation si l'action s'avère au final mal fondée). Dans le champ d'application de la CLug, la CJUE voit au surplus un risque de contournement des règles de compétence des art. 2 à 24 du fait de la possibilité de s'adresser à un autre juge que le juge compétent au fond (art. 31 CLug) pour obtenir ce type de mesure.<sup>42</sup> Par conséquent, elle pose des conditions supplémentaires au prononcé et à la reconnaissance des mesures d'exécution anticipée ordonnées par un tribunal dont la compétence est fondée sur l'art. 31 CLug.<sup>43</sup>

Il ressort ainsi de l'arrêt *Van Uden* que pour qu'une mesure d'exécution anticipée puisse être prononcée sur la base de l'art. 31 CLug, deux conditions doivent être remplies:<sup>44</sup>

- le remboursement au défendeur de la prestation allouée doit être garanti dans l'hypothèse où le demandeur n'obtiendrait pas gain de cause au fond de l'affaire et
- la mesure sollicitée ne doit porter que sur des avoirs déterminés du défendeur se situant, ou devant se situer, dans la sphère de la compétence territoriale du juge saisi.

Dans l'arrêt *Mietz*, la CJUE a précisé qu'en raison du risque de contournement des règles de compétence au fond, lorsque la mesure d'exécution anticipée a été ordonnée sur la base de l'art. 31 CLug, la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées si ces conditions ne sont pas remplies.<sup>45</sup> Par conséquent, le tribunal de la reconnaissance peut refuser de reconnaître

<sup>40</sup> FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 221.

<sup>41</sup> CJUE du 17.11.1998, *Van Uden*, affaire C-391/95, n. 46.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> A noter qu'une partie minoritaire de la doctrine est d'avis que ces conditions supplémentaires s'appliquent à toutes les mesures provisoires et non seulement aux mesures d'exécution anticipée, voir DONZALLAZ, état des lieux, p. 970, voir également ATF 129 III 626, consid. 5.3.1. D'un autre avis, BLOCH/HESS, p. 174; NAEGELI/VETTER, p. 1316. Pour une interprétation encore plus restrictive limitée aux mesures d'exécution anticipée consistant en le versement d'une somme d'argent FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 215 et n. 59 ss.

<sup>44</sup> CJUE du 17.11.1998, *Van Uden*, affaire C-391/95, n. 46.

<sup>45</sup> CJUE du 27.4.1999, *Mietz*, affaire C-99/96, n. 46 ss.

et d'exécuter une mesure d'exécution anticipée prononcée sur la base de l'art. 31 CLug si les conditions posées par l'arrêt *Van Uden* ne sont pas remplies. Lorsque la compétence du tribunal qui a prononcé la mesure est fondée sur les art. 2 à 24 CLug, ces conditions ne s'appliquent pas. Selon l'arrêt *Mietz*, le tribunal doit avoir explicitement fondé sa compétence sur une telle norme, sinon il faut partir du principe qu'il l'a fondée sur son droit national.<sup>46</sup>

En pratique, la condition posée par la jurisprudence *Van Uden* selon laquelle le juge ne peut ordonner une mesure que sur des biens situés ou devant se situer dans sa sphère de compétence territoriale exclut le prononcé d'une mesure d'exécution anticipée ayant des effets extraterritoriaux.<sup>47</sup> Le seul cas dans lequel une telle mesure pourrait être reconnue et exécutée dans un autre Etat est celui dans lequel le défendeur à la mesure déplace les biens habituellement dans la sphère de compétence du juge pour les soustraire à la mesure.<sup>48</sup>

### 4.3 Pas d'examen de l'existence d'un lien de rattachement réel

Selon l'arrêt *Van Uden*, lorsque la compétence pour ordonner les mesures provisoires est fondée sur l'art. 31 CLug leur octroi est subordonné, à la condition de l'existence d'un lien de rattachement réel (« *reale Verknüpfung* ») entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi.<sup>49</sup>

Le Tribunal fédéral semble admettre que l'existence de ce lien de rattachement réel est l'une des conditions de la reconnaissance.<sup>50</sup> A juste titre, la doctrine est d'avis qu'il s'agit d'une question liée à la compétence qui ne peut pas être revue par le juge de la reconnaissance (art. 35 ch. 3 CLug).<sup>51</sup>

## 5. Procédure de reconnaissance et d'exécution

Il faut distinguer, d'une part, la reconnaissance à titre principal par le juge de l'exécution et, d'autre part, la reconnaissance à titre incident par le juge de la mainlevée.

<sup>46</sup> Idem n. 55. Du même avis, FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 218; WALTER G., p. 527 s. Contra TUNIK, p. 304 s. selon qui lorsque le fondement de la compétence du juge étranger ne ressort pas du jugement lui-même, c'est au juge de l'Etat requis qu'il appartient de déterminer si une compétence virtuelle du juge de l'Etat d'origine peut être établie.

<sup>47</sup> Voir par ex., STADLER, p. 1098; FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 73; HESS/VOLLKOMMER, p. 223.

<sup>48</sup> Dans le même sens, FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 73.

<sup>49</sup> CJUE du 17.11.1998, *Van Uden*, affaire C-391/95, n. 43.

<sup>50</sup> ATF 129 III 626, consid. 5.3.3.

<sup>51</sup> Voir par ex., FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 227 ss.

## 5.1 Reconnaissance à titre principal

### a) En première instance

En ce qui concerne la reconnaissance à titre principal, il ressort de l'art. 39 ch. 1 CLug en lien avec l'annexe II que le juge cantonal de l'exécution est désormais compétent pour le prononcé de l'exequatur indépendamment de la question de savoir si la décision porte condamnation à payer une somme d'argent ou non (voir art. 32 aCLug).

La procédure devant le juge de l'exécution est unilatérale. Le juge peut uniquement procéder à un examen formel de la mesure provisoire. Il examinera en particulier si le demandeur a fourni, sous forme d'un formulaire (art. 54 et Annexe V CLug), la décision ainsi qu'une déclaration constatant la force exécutoire de la mesure (53 ch. 2 CLug). Les motifs d'empêchement de la reconnaissance (voir ch. 4 ci-dessus) ne sont examinés que dans un deuxième temps en procédure contradictoire de recours (voir lit. b ci-dessous).

Dans la plupart des cantons, le juge compétent à raison de la matière pour l'exécution est le même que le juge de la mainlevée (tel est par exemple le cas à Berne, voir art. 8 al. 1 en lien avec les art. 5 ss LiCPM).<sup>52</sup> Dans ces cantons, le demandeur a la possibilité de requérir du juge de la mainlevée à la fois la reconnaissance à titre principal de la mesure provisoire étrangère portant sur le paiement d'une somme d'argent ou la fourniture de sûretés et le prononcé de la mainlevée. En effet, les conditions du cumul d'actions sont remplies, puisque les mêmes parties sont concernées, le même tribunal est compétent à raison de la matière et la procédure sommaire est applicable aux deux requêtes (art. 90 CPC).<sup>53</sup> La reconnaissance figurera alors dans le dispositif du jugement et aura autorité de la chose jugée (limitée s'agissant d'une mesure provisoire).<sup>54</sup>

### b) En procédure de recours

Le tribunal cantonal supérieur est compétent pour connaître du recours contre la décision relative à la demande de déclaration constatant la force exécutoire (annexe III). Le délai de recours est d'un mois, voire de deux mois si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un autre Etat que la Suisse (art. 327a al. 3 CPC et 43 ch. 5 CLug). Le recours a en principe effet suspensif, néanmoins, en conformité avec l'art. 47 ch. 3 CLug, selon lequel

<sup>52</sup> Loi du 11 juin 2009 portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs, RSB 271.1.

<sup>53</sup> HOFMANN/KUNZ, BSK LugÜ, art. 38 n. 340.

<sup>54</sup> La reconnaissance ne pourra plus être remise en cause devant un autre tribunal, mais la mesure provisoire restera néanmoins provisoire et tombera dès que le jugement au fond aura été rendu (voir ch. 6.1 ci-dessous).

pendant le délai du recours il peut être procédé à des mesures conservatoires, l'art. 327a al. 2 CPC réserve les mesures conservatoires, en particulier le séquestre prévu par l'art. 271 al. 1 ch. 6 CLug.

Cette réserve doit logiquement également s'appliquer à la reconnaissance des mesures provisoires étrangères. En effet, l'effet suspensif vise à éviter que des mesures irréversibles ne soient exécutées, mais il ne doit pas empêcher l'exécution des mesures provisoires et donc par principe réversibles.<sup>55</sup> Par conséquent, l'art. 327a al. 2 CPC doit être interprété dans le sens où le recours dirigé contre la décision relative à la demande de déclaration constatant la force exécutoire n'a pas effet suspensif.

## 5.2 Reconnaissance à titre incident par le juge de la mainlevée

Dans tous les cantons, le créancier a également la possibilité, reconnue par le TF et explicitement mentionnée dans le message du Conseil fédéral relatif à la Convention de Lugano révisée,<sup>56</sup> de demander au juge de la mainlevée de prononcer l'exequatur à titre incident.<sup>57</sup> Dans ce cas, le juge de la mainlevée se prononce dans le dispositif uniquement sur la mainlevée. La reconnaissance n'a donc pas autorité de la chose jugée formelle et peut être remise en cause devant un autre tribunal. La procédure est régie par la LP et se déroule en contradictoire et non pas de manière unilatérale comme le prescrit la Convention (voir ch. 5.1.a ci-dessus).<sup>58</sup> Le Tribunal fédéral,<sup>59</sup> conformément à l'avis de la doctrine dominante,<sup>60</sup> admet en effet qu'en s'adressant au juge de la mainlevée, le créancier renonce aux garanties de procédure que lui offre la Convention. Une partie de la doctrine souligne toutefois le fait que la Convention de Lugano contient également des garanties à l'égard du débiteur, en particulier concernant l'effet suspensif du recours et les délais de recours, qui doivent s'appliquer.<sup>61</sup> Ces garanties sont néanmoins étroitement liées au caractère unilatéral de la procédure devant le juge de première instance.<sup>62</sup> Dans la mesure où la procédure a lieu en contradictoire, on peut douter de leur pertinence. Concernant l'exécution des

<sup>55</sup> Les conditions supplémentaires posées par la CJUE pour l'octroi et la reconnaissance des mesures d'exécution anticipée (voir ch. 4.2 ci-dessus) visent justement à éviter de conférer à de telles mesures un caractère définitif.

<sup>56</sup> ATF 135 III 324, consid. 3. Voir aussi Message CLug, FF 2009 1497, p. 1528.

<sup>57</sup> Du même avis, par. ex., SOGO, Prüfung, p. 30; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 n. 39. D'un autre avis, SCHWANDER D., p. 656 s. selon qui en vertu de l'art. 271 al. 3 LP, la reconnaissance à titre incident n'est plus possible lorsque la CLug est applicable.

<sup>58</sup> ATF 137 III 87, consid. 3.

<sup>59</sup> ATF 125 III 386, consid. 3a.

<sup>60</sup> KROPHOLLER/VON HEIN art. 47 n. 5; SOGO, Prüfung, p. 36 s. et la doctrine citée.

<sup>61</sup> HOFMANN/KUNZ, BSK LugÜ, art. 38 n. 300; SOGO, Prüfung, p. 37 s.

<sup>62</sup> Dans le même sens, STAEHELIN/BOPP, art. 38 n. 21.

mesures provisoires, cette question n'est pas primordiale puisque le recours n'a souvent pas effet suspensif (voir ch. 5.1.b ci-dessus).

### **5.3 Compétence territoriale**

Aux termes de l'art. 39 ch. 2 CLug, la compétence territoriale du juge de l'exequatur (à titre principal) est déterminée par le domicile de la partie contre laquelle l'exécution est demandée ou par le lieu de l'exécution. La compétence du juge du lieu d'exécution est maintenant alternative et non plus subsidiaire à celle du juge du lieu du domicile (voir art. 32 ch. 2 aCLug).<sup>63</sup> L'art. 39 ch. 2 CLug ne définit pas uniquement la compétence internationale, mais également la compétence territoriale interne.<sup>64</sup> Il n'y a donc pas place pour des règles nationales en matière de for, si ce n'est pour déterminer quel est le juge du lieu d'exécution (art. 339 al. 1 lit. b CPC pour les prestations autres que les prestations en argent et art. 46 ss LP pour les prestations en argent et les sûretés).

### **5.4 Recours en matière civile au Tribunal fédéral**

Au même titre qu'une décision de mainlevée, la décision de reconnaissance à titre principal d'une décision étrangère n'est pas une mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF.<sup>65</sup> Par conséquent, tous les motifs de recours peuvent être invoqués (art. 95 à 97 LTF), indépendamment de la question de savoir si la décision étrangère est une décision de mesure provisoire ou non. Dans les contestations de nature pécuniaire, le grief de l'application erronée du droit étranger ne peut cependant être invoqué (art. 96 let. b LTF a contrario). Concernant l'application du droit étranger, le TF limite son examen à l'interdiction de l'arbitraire.<sup>66</sup>

## **6. L'exécution des mesures provisoires**

### **6.1 Lien avec les mesures conservatoires de l'art. 47 CLug**

L'art. 47 ch. 2 CLug prévoit que la déclaration constatant la force exécutoire emporte l'autorisation de procéder à des mesures conservatoires. S'agissant de l'exécution des mesures provisoires étrangères, la plupart des auteurs se

---

<sup>63</sup> Voir Message CLug, FF 2009 1497, p. 1528. Voir par ex., RODRIGUEZ/ROTH, commentaire art. 32/39; HOFMANN/KUNZ, BSK LugÜ, art. 39 n. 19.

<sup>64</sup> Voir Message CLug, FF 2009 1497, p. 1528. Voir ég., HOFMANN/KUNZ, BSK LugÜ, art. 39 n. 20 s.

<sup>65</sup> ATF 135 III 670, consid. 1.3.2.

<sup>66</sup> ATF 135 III 670, consid. 1.4 et ATF 133 III 446, consid. 3.1.

réfèrent à cet article (ou à son ancêtre l'art. 39 ch. 2 aCLug).<sup>67</sup> Or, les ch. 2 et 3 de l'art. 47 visent à protéger le demandeur durant une éventuelle procédure de recours dirigée contre la décision déclarant la force exécutoire. Cela implique qu'il existe déjà une décision au fond (la décision à reconnaître et à exécuter) et que les mesures conservatoires ordonnées sur la base des art. 47 ch. 2 et 3 produisent en principe leurs effets jusqu'à ce que le tribunal du recours annule la déclaration constatant la force exécutoire,<sup>68</sup> ou alors jusqu'à ce que le jugement étranger soit exécuté (ou que le délai pour demander son exécution soit échu sans avoir été utilisé).<sup>69</sup> A noter que le nouvel art. 47 ch. 1 CLug permet désormais de demander des mesures conservatoires avant même le prononcé de la déclaration constatant la force exécutoire, mais il présuppose lui aussi l'existence d'une décision devant être reconnue en application de la Convention (voir texte de l'art. 47 ch. 1 CLug).<sup>70</sup> Il vise donc également la protection du demandeur en possession d'une décision exécutable.

Les mesures provisoires étrangères dont la reconnaissance et l'exécution sont demandées visent pour leur part la protection provisoire du droit du demandeur dans l'attente d'une décision (voir ch. 1 ci-dessus). Elles sont liées à la procédure au fond et non à la procédure de reconnaissance et d'exécution. Elles sont donc en principe valables jusqu'au prononcé de la décision au fond ou jusqu'à leur révocation par le tribunal compétent. Lorsqu'il s'agit d'exécuter ce type de mesure, le principe est que la décision étrangère reconnue doit déployer, dans l'Etat requis, les mêmes effets que ceux qu'elle a dans le pays d'origine.<sup>71</sup> Il s'agit alors de trouver la mesure du droit interne dont les effets se rapprochent le plus de la mesure étrangère. Peu importe en revanche de savoir si le droit interne prévoit une mesure spéciale visant à mettre en œuvre l'art. 47 ch. 2 CLug, tel le séquestre (voir art. 271 al. 1 ch. 6 LP).

Une fois que le demandeur a obtenu la déclaration constatant la force exécutoire de la mesure provisoire, on peut certes argumenter qu'il a droit à des mesures conservatoires au sens des art. 47 ch. 2 et 3 CLug. Néanmoins, cela présuppose d'admettre que le recours contre cette décision a effet suspensif. Or, tel n'est pas le cas (voir ci-dessus ch. 5.1.b) si la mesure est elle-même une mesure conservatoire. Par conséquent, une protection jusqu'à

<sup>67</sup> Voir par ex., BERNET, *Praktische Fragen*, p. 69 ss; BLOCH/HESS, p. 179; BERTI, p. 15; TUNIK, p. 320 ss.

<sup>68</sup> La doctrine majoritaire est d'avis que la mesure doit être annulée et ne tombe pas *ipso iure* lors de l'exécution du jugement STAEHELIN D., *LugÜ*, art. 47 n. 40. Voir également les auteurs cités par HOFMANN/KUNZ, *BSK LugÜ*, art. 47 n. 129.

<sup>69</sup> HOFMANN/KUNZ, *BSK LugÜ*, art. 47 n. 128 ss.

<sup>70</sup> STAEHELIN D., *LugÜ*, art. 47 n. 5 et 30.

<sup>71</sup> CJUE du 4.2.1988, *Horst Ludwig Martin Hoffmann*, rec. 145/86, n. 11 et CJUE du 28.4.2009, *Meletis Apostolides*, rec. C-420/07, n. 66.

l'exécution de la mesure conservatoire étrangère n'est pas nécessaire.<sup>72</sup> En revanche, une telle protection peut s'avérer nécessaire si la mesure est une mesure d'exécution anticipée.

## 6.2 Effets de l'exécution en Suisse limités aux effets dans le pays d'origine

En ce qui concerne l'étendue des effets de la décision étrangère, le principe prévaut selon lequel, la décision étrangère reconnue doit déployer, dans l'Etat requis, les mêmes effets que ceux qu'elle a dans le pays d'origine.<sup>73</sup>

Il ressort de ce principe, premièrement, que la décision étrangère reconnue ne peut en tous les cas déployer des effets allant au-delà des effets dans le pays d'origine.<sup>74</sup> Par conséquent, seule une mesure exécutable dans l'Etat d'origine peut être exécutée en Suisse.<sup>75</sup> Le Tribunal fédéral l'a explicitement confirmé dans un arrêt récent.<sup>76</sup> Ainsi, si un recours ayant effet suspensif dans l'Etat d'origine est encore pendant contre la décision de mesure provisoire, cette mesure ne peut pas être exécutée en Suisse. En revanche, il n'est pas nécessaire que la mesure ait autorité de la chose jugée, faute de quoi l'exécution de mesures provisoires ne serait pas possible.<sup>77</sup>

Deuxièmement, la décision étrangère doit être assimilée à une décision interne et doit être exécutée selon les procédures prévues par le droit interne, en l'occurrence le droit suisse. Cela vaut également pour les mesures provisoires étrangères qui doivent être assimilées aux mesures provisoires prévues par le droit suisse et exécutées selon la procédure prévue par le droit suisse. Ces mesures sont le séquestre (271 ss LP); la saisie provisoire (art. 83 I LP) ou l'inventaire (art. 162 ss LP) ou alors une mesure provisionnelle au sens du CPC (art. 261 ss).

La modification ou l'annulation de la décision dans le pays d'origine ne s'applique en principe pas automatiquement à la décision d'exécution.<sup>78</sup> Une

<sup>72</sup> Si l'on devait admettre que le recours a effet suspensif, la mesure la plus adéquate serait alors le retrait de cet effet pour pouvoir exécuter la mesure provisoire étrangère. En effet, les effets de la mesure provisoire suisse ne devraient de toute manière pas aller au-delà des effets de la mesure provisoire étrangère, donc autant exécuter la mesure provisoire étrangère que d'en prononcer une autre, dont les effets ne dépendraient de toute manière pas du résultat de la procédure de reconnaissance, mais du sort de la mesure provisoire étrangère (le résultat est le même). Le problème serait alors plutôt de savoir si un tel retrait pourrait être prononcé à titre de mesure conservatoire et par qui.

<sup>73</sup> CJUE du 4.2.1988, *Horst Ludwig Martin Hoffmann*, rec. 145/86, n. 11 et CJUE du 28.4.2009, *Meletis Apostolides*, rec. C-420/07, n. 66.

<sup>74</sup> FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 224; NAEGELI/VETTER, p. 1316.

<sup>75</sup> CJUE du 29.4.1999, *Eric Coursier*, rec. C-267/97, n. 32; CJUE du 28.4.2009, *Meletis Apostolides*, rec. C-420/07, n. 66.

<sup>76</sup> ATF 135 III 670, consid. 2 et 3.

<sup>77</sup> CJUE du 4.10.1991, *van Dalfsen*, rec. C-183/90, n. 28.

<sup>78</sup> Voir par ex., FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 225; HOFMANN/KUNZ, BSK LugÜ, art. 38 n. 232 et 234; KROPHOLLER/VON HEIN, art. 38 n. 14.

exception prévaut pour les mesures provisoires en raison de leur nature. Dans ce cas, lorsque la mesure provisoire étrangère cesse de produire ses effets dans le pays d'origine ou est modifiée, les mêmes effets s'appliquent automatiquement à la décision d'exécution en Suisse.<sup>79</sup>

### 6.3 Cas d'application: l'exécution d'une *freezing injunction*

La *freezing injunction* en tant que mesure conservatoire du droit anglais (voir ch. 2 ci-dessus) est généralement formulée de telle sorte qu'elle interdit au défendeur de déplacer ses actifs jusqu'à concurrence du montant litigieux. Le défendeur est en principe en droit d'user de ses biens pour la part qui excède le montant de la prétention et il est en outre autorisé à procéder à des dépenses raisonnables, notamment aux fins de sa défense légale.<sup>80</sup>

Malgré ses ressemblances avec le séquestre (art. 271 ss LP), la *freezing injunction* du droit anglais ne peut pas lui être assimilée.<sup>81</sup> En effet, alors que le séquestre vise à saisir certains biens du débiteur (mesure *in rem*), la *freezing injunction* a uniquement pour effet de lui interdire de disposer de ses biens au risque de se voir sanctionner pénalement (mesure *ad personam*). La mise en oeuvre d'une telle interdiction est donc réglée par le CPC et non par la LP.<sup>82</sup> La mesure la plus appropriée pour exécuter une interdiction est d'assortir la décision de la peine prévue à l'art. 292 CP (art. 343 al. 1 lit. a CPC).<sup>83</sup> On peut cependant douter qu'une amende d'un montant maximum de CHF 10'000 soit véritablement dissuasive dans un tel cas.

Au surplus, une application de l'art. 292 CP pose plusieurs problèmes. Le premier est que cet article ne peut s'appliquer que lorsque le comportement punissable est défini avec suffisamment de précision.<sup>84</sup> Or, habituellement une *freezing injunction* ne définit pas les actifs objet de l'interdiction, mais fixe uniquement un montant dont le défendeur n'a pas le droit de disposer, sauf exception (voir ch. 2 ci-dessus). A mon avis, le tribunal suisse de l'exécution devrait reprendre l'interdiction telle quelle dans le dispositif,<sup>85</sup> à moins que le défendeur n'établisse que la somme en cause est déjà bloquée à l'étranger. Plus délicate est la question de savoir si le défendeur

<sup>79</sup> ATF 129 III 626, consid. 5.2.3.

<sup>80</sup> TUNIK, p. 319.

<sup>81</sup> DASSER, n. 24.

<sup>82</sup> Voir par ex., FAVALLI/AUGSBURGER, BSK LugÜ, art. 31 n. 226; STOLL, p. 108. Le fait que le *freezing order* serve en principe à garantir une créance pécuniaire (voir ci-dessus) est ici sans importance puisqu'il s'agit d'exécuter la mesure provisoire étrangère au mieux selon les instruments prévus par le droit suisse et non d'accorder une mesure provisoire du droit suisse.

<sup>83</sup> BLOCH/HESS, p. 179 s.; HOFMANN/KUNZ, BSK LugÜ, art. 38 n. 391; STAEHELIN/BOPP, art. 38 n. 32.

<sup>84</sup> OGER ZH du 31. 3.2003, NL020147, consid. 7. BERNET, *Praktische Fragen*, p. 58; STAEHELIN/BOPP, art. 38 n. 32.; TUNIK, p. 320.

<sup>85</sup> Dans le même sens, BERNET, *Praktische Fragen*, p. 76.

dispose d'autres ressources pour couvrir ses besoins usuels. Cet argument n'est cependant pas un argument à prendre en compte par le juge de l'exécution, mais il s'agit d'un motif justificatif qui pourra être examiné par l'autorité de poursuite pénale si une procédure pénale est ouverte.

Le second problème est de savoir si l'interdiction peut être étendue à des tiers détenant les actifs (par exemple une banque). Certains auteurs y sont (ou y étaient) favorables.<sup>86</sup> Entretemps, l'art. 343 CPC est toutefois entré en vigueur et il ne prévoit pas une telle possibilité. De plus, contrairement à ce que prévoyait le projet,<sup>87</sup> la formulation retenue ne contient plus l'adverbe « notamment » et conduit la doctrine majoritaire à considérer que la liste des mesures prévues est exhaustive.<sup>88</sup> Le prononcé d'une mesure à l'égard d'un tiers, même si elle paraît adaptée, semble donc exclue.<sup>89</sup> De même, il paraît difficile d'appliquer à ces tiers l'art. 99 LP concernant la saisie de créances par analogie.<sup>90</sup> Cela reviendrait à octroyer un caractère *in rem* à la *freezing injunction* et à lui donner des effets allant au-delà des effets prévus par le pays d'origine.<sup>91</sup> L'exécution en Suisse d'une *freezing injunction* est donc largement inefficace. Néanmoins, lorsque le tiers est une banque active au niveau international, il n'en reste pas moins utile de demander aux tribunaux la reconnaissance de la (*worldwide*) *freezing injunction* pour éventuellement obtenir une sanction en Angleterre en cas de violation intervenue sur le territoire Suisse.<sup>92</sup>

## 7. Conclusions

La question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires, en particulier des *freezing injunctions*, a déjà été largement discutée par la doctrine suisse ces quinze dernières années, comme le montre le présent résumé de la discussion. Cette question a été abordée quasiment uniquement en lien avec l'application de la CLug, la LDIP ne permettant pas de reconnaître des mesures qui ne sont pas définitives au sens procédural du terme (voir art. 90 LTF par analogie).

Les modifications législatives entrées en vigueur récemment (la LTF au 1<sup>er</sup> janvier 2007 et la Convention de Lugano révisée ainsi que le Code de procédure civile suisse au 1<sup>er</sup> janvier 2011) n'apportent pas de bouleversements. Ainsi le fait que, suite à l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano révisée, la LP permet désormais de requérir un séquestre en pré-

<sup>86</sup> BERTI, p. 15 s.; TUNIK, p. 318 s.

<sup>87</sup> Message CPC, FF 2006 6841, p. 6992.

<sup>88</sup> JEANDIN, art. 343 n. 8 et la littérature citée.

<sup>89</sup> De cet avis, déjà avant l'entrée en vigueur de l'art. 343 CPC, BLOCH/HESS, p. 176.

<sup>90</sup> Dans ce sens, STOLL, p. 108.

<sup>91</sup> Dans le même sens, BLOCH/HESS, p. 179; DASSER, n. 24.

<sup>92</sup> A ce propos voir BLOCH/HESS, p. 176; HAUENSTEIN, p. 190, en particulier n. 10; STOLL, p. 108.

sence d'un titre de mainlevée définitive suisse ou étranger (art. 271 al. 1 ch. 6 LP) ne fait qu'introduire une possibilité de plus d'obtenir directement des sûretés du juge suisse sur la base de l'art. 31 CLug, mais n'empêche aucunement la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire étrangère autre qu'un séquestre. De même, la réserve émise en lien avec la deuxième partie de l'art. 34 ch. 2 CLug ne devrait pas conduire le TF à revoir sa jurisprudence concernant la reconnaissance des décisions rendues *ex parte*. Selon cette jurisprudence, la déclaration constatant la force exécutoire peut être délivrée si le défendeur a eu la possibilité de se défendre avant de demander la reconnaissance en Suisse. Quant à la reconnaissance à titre incident d'une décision étrangère par le juge de la mainlevée, elle reste possible malgré le transfert de la compétence de prononcer la force exécutoire au juge de l'exécution.

Les modifications législatives ont néanmoins apporté certaines précisions en lien avec la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires:

- L'art. 327a al. 2 CPC accorde l'effet suspensif au recours dirigé contre une décision du tribunal de l'exécution. Il réserve les mesures conservatoires. A mon sens, lorsque la décision à reconnaître est elle-même une mesure conservatoire, la réserve doit également s'appliquer au recours dirigé contre la décision constatant la force exécutoire de cette mesure. Un recours dirigé contre une telle décision n'a donc pas effet suspensif. Cela a également pour conséquence de rendre inutile le prononcé d'une mesure conservatoire selon les ch. 2 et 3 de l'art. 47 CLug.
- Selon la jurisprudence du TF, la décision de reconnaissance à titre principal (d'une mesure provisoire ou définitive) n'est pas une mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF. Tous les griefs peuvent être invoqués, sauf dans les contestations de nature pécuniaire où le TF limite son examen du droit étranger à l'interdiction de l'arbitraire (art. 96 let. b LTF *a contrario*).
- De l'avis de la doctrine majoritaire, l'art. 343 CPC prévoit une liste exhaustive des mesures d'exécution que le tribunal peut prononcer en lien avec une exécution en nature. Cet article limite donc la marge de manœuvre des tribunaux et peut les empêcher de prononcer la mesure adéquate pour mettre en œuvre une mesure provisoire étrangère.