

Université de Neuchâtel
Faculté de droit et des sciences économiques

**L'exécution forcée transfrontière des
injonctions extraterritoriales non pécuniaires
en droit privé**

Thèse

présentée à la Faculté de droit et des sciences
économiques pour obtenir le grade de docteur en droit

par

Frank GERHARD

Avocat, LL.M.

Neuchâtel
2000

Schulthess Juristische Medien SA, Zurich

Université de Neuchâtel
Faculté de droit et des sciences économiques

**L'exécution forcée transfrontière des
injonctions extraterritoriales non pécuniaires
en droit privé**

Thèse

présentée à la Faculté de droit et des sciences
économiques pour obtenir le grade de docteur en droit

par

Frank GERHARD

Avocat, LL.M.

Neuchâtel
2000

Schulthess Juristische Medien SA, Zurich

Monsieur Frank GERHARD est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée:

"L'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé".

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 18 mai 2000

Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques

Pierre Wessner

Cet ouvrage paraît également comme volume 112 de la série

Etudes suisses de droit international / Schweizer Studien zum Internationalen Recht, publiées par la Société suisse de droit international, Schulthess Juristische Medien SA

© Schulthess Juristische Medien SA, Zurich 2000
ISBN 3 7255 4094 2

Impression: Huber Druck AG, Dübendorf

à mes parents

Remerciements

La présente étude a été acceptée comme thèse de doctorat le 18 mai 2000 par la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Neuchâtel. La dernière mise à jour des références de législation, de doctrine et de jurisprudence date du 1er août 2000.

Mes remerciements vont aux personnes et institutions suivantes, qui m'ont accompagné tout au long de ces quatre dernières années:

- Madame la professeure Ursula Nordmann-Zimmermann, juge fédérale, pour la très grande liberté laissée dans la phase de conceptualisation du projet alors que j'étais son assistant;
- le Fonds National pour la Recherche Scientifique, pour la mise à disposition d'une bourse qui m'a permis des études complémentaires à la Columbia Law School, New York, dont les ressources tant humaines que matérielles m'ont ouvert l'esprit aux richesses du droit comparé;
- les associés de l'Etude Homburger Rechtsanwälte, Zurich, pour le soutien moral et l'aménagement du temps nécessaire à l'élaboration du projet en parallèle avec mes activités professionnelles;
- Monsieur le professeur François Knoepfler, directeur de thèse, pour la disponibilité dont il a fait preuve et la rapidité avec laquelle il a examiné le manuscrit, et Messieurs les professeurs Henri-Robert Schüpbach et Paul Volken, rapporteurs, pour l'intérêt qu'ils ont porté à la matière et les judicieuses observations dont il m'ont fait bénéficier;
- enfin, mes parents qui m'ont soutenu, à distance, tout au long de l'exécution du projet.

Zurich, septembre 2000

Frank GERHARD

"Enforcement is the end of the law"

Chief Justice Marshall, in
U.S. v. Nourse, 9 Pet. 8, at 28, 11
US 268, at 271 (1835)

Sommaire

Sommaire	9
Abréviations	11
Avant-propos	25
PARTIE I: L'INJONCTION EXTRATERRITORIALE EN DROIT PRIVE	31
I. L'admissibilité de la compétence normative extraterritoriale en droit international	32
II. L'exercice et les limites de la compétence normative extraterritoriale dans l'espace judiciaire européen	94
III. Domaines d'application des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé	164
PARTIE II: LA PENALITE JUDICIAIRE EN DROIT PRIVE COMPARE EUROPEEN	233
I. France	234
II. Angleterre	265
III. Benelux	289
IV. Allemagne	313
V. Suisse	335
VI. Synthèse	373
PARTIE III: LA PENALITE JUDICIAIRE EXTRATERRITORIALE EN DROIT PRIVE	429
I. La pénalité judiciaire extraterritoriale en droit international public	430
II. La pénalité judiciaire extraterritoriale en droit international privé	475
III. La pénalité judiciaire extraterritoriale dans l'espace judiciaire européen	500
CONCLUSION GÉNÉRALE	561
Bibliographie	575
Index	627
Table des matières	637

Abréviations

a	ancien/ancienne (p. ex. aCC)
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases, Londres
AcP	Archiv für civilistische Praxis, Heidelberg
Actes et doc.	Actes et documents, Conférence de La Haye de droit international privé, La Haye
Act. dr.	Actualités du droit, Revue de la Faculté de droit de Liège, Liège
AELE	Association européenne de libre-échange
AFDI	Annuaire français de droit international, Paris
<i>aff'd</i>	<i>affirmed</i>
AG	Argovie (canton d')
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, Aarau
AI	Appenzell Rhodes-Intérieures (demi-canton d')
AJCL	American Journal of Comparative Law, Berkeley, Californie
AJIL	American Journal of International Law, Washington, D.C.
al.	alinéa(s)
All ER	All England Reports, Londres (depuis 1936)
AmtG	Amtsgericht
Ann.	Annuaire de l'Institut de droit international, Paris
Ann. dr. Louvain	Annales de droit de l'Université de Louvain, Louvain
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Allemagne
App. Cas.	Law Reports, Appella Cases (1875-1890)
AR	Appenzell Rhodes-Extérieures (demi-canton d')
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Arb.Int.	Arbitration International, Londres
ARIA	The American Review of International Arbitration, New York
art.	article(s)
Arr. Cass.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Bruxelles
Arr.Rb.	Arrondissementsrechtbank (Pays-Bas)
ASDI	Annuaire suisse de droit international/Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, Zurich
AT	Allgemeiner Teil
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne
BAG	Bundesarbeitsgericht (Allemagne)

BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Allemagne)
Bd.	Band
BE	Berne (canton de)
Beav.	Beavan's (Law Reports)
BerDtGesVR	Bericht der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Karlsruhe
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 (Allemagne)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (Allemagne)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Cologne/Berlin
BIE	Bijblad bij de industriële eigendom, La Haye
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Bâle
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale, Berne
BL	Bâle-Campagne (demi-canton de)
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs/Bulletin des préposés aux poursuites et faillites, Wädenswil
BO CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, Berne
BO CN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, Berne
BPatG	Bundespatentgericht (Allemagne)
BS	Bâle-Ville (demi-canton de)
Bull. ASA	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage, Bâle
Bull. Cass.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Bruxelles
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour cassation, chambre civile, Paris
Bull. stén., CE	Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats, Berne
Bull. stén., CN	Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale, Conseil national, Berne
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen
BW	Burgerlijk Wetboek (Pays-Bas)
BYIL	British Yearbook of International law, Oxford
c.	considérant(s)/contre
CA	Cour d'appel/Court of Appeal
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile, Paris
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale, Paris

Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale, Paris
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCFr.	Code civil français du 5 mars 1803
CCR	County Court Rules 1981
CDE	Cahiers de droit européen, Bruxelles
CE	Conseil d'Etat/Conseil des Etats
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne
CEE	Communauté économique européenne
<i>cert. denied</i>	<i>certiorari denied</i>
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
Ch.	Chambre / Law Reports, Chancery Division (depuis 1891)
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division (1875-1890)
chap.	chapitre(s)
chron.	chronique (Recueil Dalloz Sirey)
CIA	Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (RS 279)
CIJ Recueil	Cour Internationale de Justice, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, La Haye
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes, Luxembourg
CILJ	Cornell International Law Journal, Ithaca, NY
Cir.	Circuit
CJQ	Civil Justice Quarterly, Londres
CLJ	Cambridge Law Journal, Cambridge
CMLR	Common Market Law Review, Londres
CN	Conseil national
CNUDCI	Commission des Nations-Unies pour le droit du commercial international
CO	Code des obligations, Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livres cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)
COLJ	Consumer Law Journal, Londres
COJTL	Columbia Journal of Transnational Law, New York, NY
com.	commercial/de commerce
CPC	Code de procédure civile
CPIJ	Cour permanente de justice internationale

CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CR	Computer und Recht, Munich
Cst. féd. (1874)	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
Cst. féd. (1999)	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CVIM	Convention des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (RS 0.221.211.1)
D.	Recueil Dalloz, Recueil Dalloz/Sirey (sans précision, partie jurisprudence), Paris
D. (année), Chr.	Recueil Dalloz/Sirey, Chroniques, Paris
D. (année), I.R.	Recueil Dalloz/Sirey, Informations rapides, Paris
D. (année), L.	Recueil Dalloz/Sirey, Législations, Paris
D. (année), Panor.	Recueil Dalloz/Sirey, Panorama de jurisprudence, Paris
D. (année), Somm.	Recueil Dalloz/Sirey, Sommaires commentés, Paris
DC	Droit de la construction/Baurecht, Zurich
D.H	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence (1924-1940)
DIP	Droit international privé
disp.	dispositif
DIT	Droit de l'informatique et des télécoms, Paris
D.M. & G	De Gex, Macnaghton and Gorden (Law Reports)
doc.	document(s)
D.P.	Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (1896-1940)
DPCI	Droit et pratique du commerce international, Paris
E. & B.	Ellis & Blackburn (Law Reports)
ECLR	European Competition Law Review, Oxford
éd.	édition
édit.	éditeur
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896, amendée par la loi du 25 juillet 1986 (Allemagne)
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974 (Allemagne)
EIPR	European Intellectual Property Review, Londres
ELJ	European Law Journal, Cambridge
ELR	European Law Review, Londres

ERPL	European Review of Private Law/Revue européenne de droit privé/Europäische Zeitschrift für Privatrecht, Dordrecht
etc.	<i>et cetera</i>
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Munich, etc.
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, Cologne
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Bielefeld
fasc.	fascicule
FF	Feuille fédérale, Berne
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 5. April 1990 (Allemagne)
FILJ	Fordham International Law Journal, New York, NY
FJS	Fiches juridiques suisses, Genève
FLR	Family Law Reports, Londres
FR	Fribourg (canton de)
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure (Etats-Unis)
FS	Festschrift
F.Supp	Federal Supplement (Etats-Unis)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais, Paris
GE	Genève (canton de)
Ger. Hof	Gerechthof (Pays-Bas)
GL	Glaris (canton de)
GR	Grisons (cantons des)
GRUR	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Weinheim
GRUR Int.	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil, Weinheim
GVP-SG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons St. Gallen, Saint-Gall
GYGL	German Yearbook of International Law, Göttingen, puis Berlin
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht (Allemagne)
HG	Handelsgericht
HILR	Harvard International Law Review, Cambridge, MA

HL	House of Lords
HLR	Harvard Law Review, Cambridge, MA
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
IBL	International Business Lawyer, Londres
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly, Londres
ICR	Industrial Cases Reports, Londres
<i>id.</i>	<i>idem</i> , même auteur que précédemment
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen/Dordrecht
<i>i.f.</i>	<i>in fine</i>
<i>i.i.</i>	<i>in initio</i>
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law, Weinheim
ILA	International Law Association
ILM	International Legal Materials, Washington, D.C.
ILR	International Law Reports, Londres
ILPr.	International Legal Practitioner, Londres
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	IPRax, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, Bielefeld
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1989 (RS 291)
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts im Jahre [...], Berlin/Leipzig, puis Tübingen
IRLR	Industrial Relations Law Reports, Londres
ISDC	Institut suisse de droit comparé, Lausanne
IZP	Institut für Zivilprozess, Saint-Gall
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J.	Justice (s)
JB	Juristische Blätter, Vienne
JCP	La Semaine Juridique / Juris-Classeur périodique, Paris
JCP, éd. Gén.	La Semaine Juridique / Juris-Classeur périodique, édition générale, Paris
J.-Cl. civ.	Juris-Classeur civil, Paris
J.-Cl. proc. civ.	Juris-Classeur de procédure civile, Paris
JDI	Journal du droit international (Clunet), Paris
JO	Journal officiel, Paris

JOCE	Journal officiel des Communautés européennes, Luxembourg
JR	Juristische Rundschau, Berlin
JT	Journaux des tribunaux, Lausanne
J.T.	Journal des tribunaux, Bruxelles
J.T.T	Jurisprudence des tribunaux de travail, Bruxelles
JU	Jura (canton du)
Jur. Benelux	Cour de Justice Benelux - Gerechthof, Jurisprudentie - Jurisprudence
Jur. Liège	Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, Liège
JW	Juristische Wochenschrift, Berlin
JWT	Journal of World Trade, Genève
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
KB	Law Reports, King's Bench (1901-1952)
KG	Kammergericht/Kort Geding/Kantonsgericht
Law&CP	Law and Contemporary Problems, Durham, NC
LBI	Loi fédérale du 20 décembre 1954 sur les brevets d'invention (RS 232.14)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (RS 231.1)
LDMI	Loi fédérale du 30 mars 1900 sur les dessins et modèles industriels (RS 232.12)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LF	Loi fédérale
LG	Landgericht (Allemagne)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide, Lucerne
lit.	<i>littera</i>
LJ	Lord Justice
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports, Londres (depuis 1968)
LLMCLQ	Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly, Londres
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
LPC	Loi de procédure civile

LPM	Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (RS 232.11)
LQR	Law Quarterly Review, Londres
LR Ex.	Law Reports, Exchequer Cases (1865-1875)
LU	Lucerne (canton de)
LugÜ	Lugano-Übereinkommen
LTo	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs (Loi sur les topographies) (RS 231.2)
MCF	Message du Conseil fédéral, Berne
MDR	Monatsschrift des deutschen Rechts, Cologne
Medialex	Medialex, Revue de droit de la communication, Berne
MJIL	Michigan Journal of International Law, Ann Arbor, MI
MIZVZH	Mitteilungen aus dem Institut für zivilgerichtliches Verfahren in Zürich, Zurich
MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law, Dordrecht
MLR	The Modern Law Review, Londres
MR	Master of the Rolls
MuR	Medien und Recht, Vienne
n.	note(s)
n°	numéro
NE	Neuchâtel (canton de)
NILR	Netherlands International Law Review, La Haye
NJ	Nederlandse Jurisprudentie, Zwolle
NJB	Nederlands Juristen Blatt, La Haye
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Munich/Francfort
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht, Munich/Francfort
NW	Nidwald (demi-canton de)
N.Y.2d	New York Court of Appeals Reports, Second Series
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law, Leyden
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Vienne
obs.	observation(s)
OG	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof (Autriche)
OJF	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire) (RS 173.110)

OJLS	Oxford Journal of Legal Studies, Oxford
OLG	Oberlandesgericht (Allemagne)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen, Munich
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
OPEP	Organisation des pays exportateurs de pétrole
Ord	Order
OW	Obwald (demi-canton de)
p.	page(s)
P.	Law Reports, Probate Division, Courts of Probate, Divorce and Admiralty
P.2d	Pacific Reporter, Second Series
parlem.	parlementaire(s)
Pas.	Pasicrisie belge, Bruxelles
Pas. Lux	Pasicrisie luxembourgeoise, Luxembourg
PC	Privy Council
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273)
PJA	Pratique Juridique Actuelle/Aktuelle Juristische Praxis, Lachen
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden/La prassi del Tribunale cantonale dei Grigioni, Coire
Pres.	President
Prés.	Président
QB	Law Reports, Queen's Bench (1891-1900, depuis 1952)
QBD	Law Reports, Queen's Bench Division (1875-1890)
r	rule
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen
Rb.	Rechtbank (Pays-Bas)
RBDI	Revue belge de droit international, Bruxelles
RCDIP	Revue critique de droit international privé, Paris
RDAl	Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal, Paris
RdC	Recueil des cours de l'Académie de droit international, La Haye
RDI	Rivista di diritto internazionale, Milan
RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé, Bruxelles

RDIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale, Padoue
RDP	Rivista di diritto processuale, Padoue
RDPI	Revue de droit de la propriété intellectuelle, Paris
RDS	Revue de droit suisse/Zeitschrift für schweizerisches Recht/Rivista di diritto svizzero, Bâle
RDU	Revue de droit uniforme, Rome
rec.	recueil
Rec.	Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, Luxembourg
Rec. Lugano	Recueil de la Jurisprudence de la Cour des Communautés européennes et des Cours suprêmes des Etats parties relative à la Convention de Lugano
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Berne
REDC	Revue européenne de droit de la consommation, Bruxelles
réf.	référé/référence
Rep.	Repertorio di giurisprudenza patria, Bellinzona
Représ.	Représentants
Req.	Chambre des requêtes
Revue	Revue de l'avocat, Publications de la Fédération Suisse des Avocats, Bâle
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage: bulletin du Comité français de l'arbitrage, Paris
rev'd	reversed
Rev. huiss.	Revue des huissiers de justice, Paris
RG	Reichsgericht
RGDC	Revue générale de droit commercial, Bruxelles
RGDIP	Revue générale de droit international public, Paris
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Leipzig/Berlin
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur, Paris
RIDC	Revue internationale de droit comparé, Paris
RIDI	Rivista di diritto industriale, Padoue
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft, Heidelberg
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence, Porrentruy
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise, Neuchâtel
RO	Recueil officiel des lois fédérales, Berne
RPS	Revue pénale suisse, Berne
RRD	Revue régionale de droit, Namur
RRJ	Revue de la recherche juridique, Aix-en-Provence

RS	Recueil systématique du droit fédéral, Berne
RS 1848-1947	Recueil systématique des lois et ordonnances de 1848-1947, Berne
RSC	Rules of the Supreme Court 1965
RSDA	Revue suisse de droit des affaires/Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zurich
RSDIE	Revue suisse de droit international et de droit européen/Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht, Zurich
RSJ	Revue suisse de jurisprudence/Schweizerische Juristen-Zeitung, Zurich
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois/Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Berne
RSP1	Revue suisse de la propriété intellectuelle, Zurich
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil, Paris
RTDCE	Revue trimestrielle de droit commercial et économique, Paris
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen, Paris
RTDPC	Rivista trimestriale di diritto e procedura civile, Milan
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence/Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, Sion
RW	Rechtskundig Weekblad, Anvers
s.	et suivant(e)
S.	Recueil Sirey, Recueil général des lois et des arrêts, Paris (1971-1954; 1957-1964)
SAS	Société anonyme suisse/Schweizerische Aktiengesellschaft, Zurich
S.Ct.	Supreme Court Reporter, St. Paul, Minnesota
sess.	session(s)
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence/Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, Zurich
SG	Saint-Gall (canton de)
SH	Schaffhouse (canton de)
SJ	La Semaine judiciaire, Genève
SLT	Scottish Law Times, Edinburgh
SO	Soleure (canton de)
Sol.J.	The Solicitor's Journal, Londres
spéc.	spécialement
ss.	et suivant(e)s

StGB	Strafgesetzbuch
SZ	Schwyz (canton de)
T.	tome(s)
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral suisse
TG	Thurgovie (canton de)
TGI	Tribunal de grande instance
th.	thèse
TI	Tessin (canton de)
TILJ	Texas International Law Journal, Houston, TX
TPI	Tribunal de première instance
Travaux	Droit international privé, Travaux du Comité français de droit international privé, Paris
Trb.	Tractatenblad
Trib.	Tribunal
UCC	Uniform Commercial Code
UE	Union européenne
UR	Uri (canton d')
U.S.	United States, United States Supreme Court Reports
v.	<i>versus</i>
VC	Vice-Chancellor
VD	Vaud (canton de)
VJTL	Vanderbilt Journal of Transnational Law, Nashville, TN
vol.	volume(s)
VS	Valais (canton du)
W.	Weekblad van het Regt, La Haye
WLR	The Weekly Law Reports, Londres (depuis 1953)
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Francfort
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis, Francfort
WuR	Wirtschaft und Recht, Zurich
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung, Düsseldorf
y.c.	y compris
YJIL	Yale Journal of International Law, New Haven, CN

ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, Munich
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Vienne
ZG	Zoug (canton de)
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZH	Zurich (canton de)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Cologne
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht, Düsseldorf
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zurich
ZvglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, Archiv für Internationales Wirtschaftsrecht, Heidelberg
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess, Cologne
ZZPInt.	Zeitschrift für Zivilprozessrecht International, Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts, Cologne

Avant-propos

Le point de départ

1. L'idée d'une exécution forcée transfrontière que reflète le titre de la présente thèse est en soi contradictoire. En effet, l'exécution forcée constitue l'un des bastions les plus solidement enracinés dans les souverainetés étatiques. Les juridictions et la loi d'un pays sont exclusivement compétentes, respectivement applicable, lorsqu'il s'agit de prononcer des mesures de contrainte pratiquées sur le territoire national; elles n'ont, à l'inverse, aucun pouvoir d'intervention dans les procédures menées à l'étranger. La matière n'est, de ce fait, guère internationalisée. Il en va de la contrainte comme de la nationalité: conséquences des principes de souveraineté et de territorialité, ces matières sont réservées à la compétence exclusive d'un Etat. Nonobstant cette constatation, le but de la présente thèse est simple dans sa formulation: démontrer que la contradiction de son titre n'est qu'apparente et que l'exécution forcée transfrontière (*cross-border enforcement*, *grenzüberschreitende Vollstreckung*) est une réalité, à tout le moins désirable, notamment dans le système d'un marché unique.

2. Contrairement aux acteurs de l'application du droit, les acteurs du monde économique ne se sont jamais sentis enfermés dans le carcan des grands principes du droit international public. L'ouverture des marchés due à la libéralisation des économies nationales et les progrès des technologies de l'information et des télécommunications notamment ont conduit à un nouveau type de comportement économique: le *comportement global*. La concrétisation de ce nouvel espace unique sans frontières est aujourd'hui symbolisée par l'avènement de ce que l'on appelle communément les autoroutes de l'information: par la simple pression sur une touche, l'individu est désormais en mesure de créer un effet juridique à des milliers de kilomètres du lieu où il opère. La réalité juridique est donc en retard par rapport à la réalité économique, ce qui crée un déséquilibre entre les forces en présence: le pouvoir économique - global - est en main d'acteurs privés alors que le pouvoir de sanction - territorial - reste aux mains de l'Etat.

3. Le débat sur l'extraterritorialité en matière de droit des sanctions économiques - ordres de blocages, contre-mesures, etc. - est largement balisé par l'opposition des grands blocs politiques, à l'image des derniers excès de l'administration américaine dans le *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act* et l'*Iran and Libya Sanctions Act*, tous deux adoptés en 1996. Il semblait relever, jusqu'ici, pour l'essentiel du ressort du droit in-

temational public. Or, dans le procès civil international, et notamment en ce qui concerne les institutions de contrainte à disposition du juge civil, la question gagne également en importance et présente en outre l'avantage de ne pas être chargée politiquement. En effet, largement ignorée pour l'heure par la doctrine continentale, une profonde évolution s'accomplit progressivement dans le monde juridique anglo-américain, qui oblige à reconsidérer les termes dans lesquels est habituellement posée la question de l'exercice du pouvoir coercitif. La présente étude se propose d'abandonner les certitudes acquises afin d'examiner si le franchissement des frontières par les autorités d'exécution existe ou est souhaitable, voire même indispensable pour tenir en échec les excès des acteurs économiques en matière privée. En d'autres termes, elle se propose d'analyser le phénomène de l'émergence d'une globalisation de l'exécution forcée en matière de droit privé.

4. En matière de titres portant condamnation à une prestation pécuniaire, l'exécution forcée individuelle internationale est aujourd'hui relativement efficace. En effet, les droits patrimoniaux (droits réels sur des choses mobilières et immobilières, droits de la propriété intellectuelle, créances non incorporées dans un papier-valeur, etc.) sont, à l'exception des droits de créances, clairement localisables dans l'espace. Par ailleurs, la voie de l'exécution forcée usuelle en droit comparé - l'exécution directe, c'est-à-dire la réalisation forcée du patrimoine du débiteur - est considérée comme étant la plus aisée à mettre en oeuvre afin de désintéresser le créancier. La seule limitation au désintéressement du créancier sera l'insolvabilité éventuelle du débiteur. Les principes de la souveraineté et de l'unité de la procédure, chers au droit de l'exécution forcée, sont dès lors pleinement respectés: à la procédure méritoire (*Erkenntnisverfahren*, *procedure on the merits*) dans l'Etat d'origine, selon la règle de conflit du for, suit la procédure d'exécution forcée (*Vollstreckungsverfahren*, *enforcement procedure*) dans l'Etat de localisation des droits patrimoniaux à réaliser. La présente étude ne traitera dès lors pas de cette catégorie de titres.

5. En revanche, en matière de titres portant condamnation à une prestation non pécuniaire (obligations de faire, obligations de ne pas faire, obligations de livrer, obligations de faire une déclaration de volonté), l'égalité dans l'effectivité des titres n'est pas réalisée. Et la problématique gagne en importance avec l'avènement récent des mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux international. En effet, c'est principalement par ce moyen que l'on cherchera à assurer le respect des obligations de faire et de ne pas faire, fréquentes dans le domaine de la protection des droits absolus tels que la concurrence, la propriété intellectuelle ou la personnalité, ou la

protection de l'environnement. Or, en ces matières, l'exercice de la contrainte n'est pas clairement localisable ou alors présente une localisation multiple au domicile du débiteur dans le cas de la contrainte directe, au lieu d'exécution de la mesure et/ou au lieu de domicile du débiteur de la prestation en cas de contrainte indirecte. En fait, deux possibilités s'ouvrent au titulaire du droit violé. Il peut d'abord saisir le juge du lieu où son droit est mis en danger. Cette manière de faire peut s'avérer lourde si plusieurs pays sont touchés: à chaque endroit une procédure indépendante devra être engagée, ce qui implique la connaissance des remèdes que chaque ordre juridique met à disposition du plaideur, donc l'engagement de frais substantiels et des résultats incertains. Il peut aussi concentrer son action dans un seul pays et demander ensuite la reconnaissance et l'exécution du titre dans tous les autres pays où son droit est contesté. Or, *tertium datur*: le plaideur peut demander au juge saisi de prononcer une injonction extraterritoriale assortie d'un moyen de contrainte indirecte, que nous appellerons de manière générique *pénalité judiciaire*, et demander ensuite l'exécution forcée de la pénalité judiciaire, soit dans le pays du for, soit à l'étranger. C'est ce que nous appelons *l'exécution forcée transfrontière des injonctions extraterritoriales non pécuniaires*.

Structure de l'étude

6. L'étude est divisée en trois parties. Nous examinerons d'abord le pouvoir d'injonction extraterritoriale du juge en droit privé (Partie I). Un juge peut-il condamner une partie à adopter un certain comportement sur le territoire d'un Etat étranger? Nous étudierons d'abord les principes du droit international qui gouvernent l'exercice de la compétence normative extraterritoriale, en particulier les limites que le droit international fixe à l'exercice de cette compétence (I). Nous examinerons ensuite les potentiels, mais aussi les restrictions que la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la Convention "parallèle" de Lugano du 16 septembre 1988 sur la compétence judiciaire et les effets des jugements en matière civile et commerciale fixent à l'exercice de la compétence normative extraterritoriale. Cet examen sera analytique et portera sur les différents critères de compétence offerts par les Conventions, distinguant les injonctions au fond d'une part et les injonctions provisoires d'autre part, ces dernières, considérées comme partie intégrante de la procédure méritoire et distinctes de la procédure d'exécution forcée, gagnant de plus en plus d'importance dans la gestion des litiges transnationaux (II). Enfin, nous procéderons à un examen en fonction des domaines susceptibles de générer des injonctions extraterritoriales, notamment la protection des droits de la propriété intellectuelle, de l'environnement, de la

concurrence et de la personnalité, ainsi que la protection des droits procéduraux (III). Cet examen permettra de constater que la pratique suisse est peu constante en la matière. Elle semblerait plutôt timide, au regard par exemple de la pratique anglo-saxonne qui a même développé des injonctions au champ d'application mondial (*world-wide injunctions*) ou de la pratique néerlandaise en matière de protection des brevets, qui a développé des *euro-injunctions*. Cette timidité s'explique par l'interprétation stricte que font les autorités suisses du principe de souveraineté et peut-être encore par la relative faiblesse des moyens de contrainte indirecte à disposition du juge suisse.

7. Nous analyserons ensuite (Partie II) les différentes pénalités judiciaires prévues par les principaux systèmes européens (*astreinte* pour la France, *contempt of court* pour l'Angleterre, *dwangsom* pour les pays du Benelux, *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* pour l'Allemagne, sanction pénale pour insoumission à une décision de l'autorité au sens de l'art. 292 CPS, respectivement amendes ou astreintes prévues par les codes de procédure cantonaux pour la Suisse). Ces instruments seront passés dans une matrice traitant successivement les caractères généraux, la nature juridique, le bénéficiaire, le champ d'application et ses limites, la procédure menant à leur prononcé, ainsi que certaines questions propres à chaque droit examiné. Une emphase particulière sera donnée à la possibilité pour le titulaire du droit matériel d'obtenir l'exécution en nature de ce dernier. L'analyse pays par pays sera suivie d'une synthèse, incluant l'examen des pénalités judiciaires prévues dans les instruments d'unification ou d'harmonisation, tant du droit matériel (Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 1994, *Principles of European Contract Law* de 1995 et Convention des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises de 1980) que du droit de procédure ou d'exécution forcée (Travaux de la Commission *Storrie* de 1994, Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 1994 et Projet commun d'UNIDROIT et de l'*American Law Institute* (ALI) pour l'établissement des *Transnational Rules of Civil Procedure*). Cet examen mettra à jour la relative faiblesse de la pénalité judiciaire que nous connaissons en Suisse et suggérera l'adoption d'une pénalité judiciaire uniforme dans le cadre des travaux en cours sur l'unification de la procédure civile en Suisse.

8. Enfin, la Partie III liera les deux premières parties entre elles et traitera de l'injonction extraterritoriale assortie d'une pénalité judiciaire, que nous appellerons *pénalité judiciaire extraterritoriale*, instrument par excellence de l'exécution forcée transfrontière. Il s'agira, tout d'abord, d'examiner l'ad-

missibilité et les limites éventuelles posées par le droit international public à l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution ayant des effets extraterritoriaux (*jurisdiction to enforce, Vollstreckungsdurchgriff*), ainsi que de présenter les méthodes permettant de régler les conflits provoqués par l'exercice concurrent de la compétence d'exécution (I). Ensuite, l'analyse portera sur les aspects de droit international privé de la pénalité judiciaire extraterritoriale: qualification de l'exécution forcée générale en droit international privé, droit applicable à la pénalité judiciaire et problèmes soulevés par la reconnaissance de la pénalité judiciaire à l'étranger (II). Enfin, l'étude se penchera sur l'application de la pénalité judiciaire dans l'espace judiciaire européen, en particulier sur la brèche créée par l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, qui prévoit que les décisions étrangères condamnant à une astreinte sont exécutoires dans l'Etat requis si le montant en a été définitivement fixé par les tribunaux de l'Etat d'origine (III). Nous préconiserons une qualification autonome et fonctionnelle de la pénalité judiciaire, favorisant ainsi sa libre circulation et par la même les intérêts du créancier dans l'espace judiciaire européen. Cette interprétation laisse en effet au créancier le choix du lieu où il entend demander l'exécution forcée de son titre; elle permet aussi la mise à disposition des détenteurs de titres exécutoires portant sur une obligation non pécuniaire, des moyens d'exécution à efficacité égale dans les Etats requis, tout en maintenant les spécificités des droits d'exécution forcée nationaux. Nous devons malheureusement constater ici aussi que la pénalité judiciaire sous sa forme la plus répandue en Suisse, à savoir l'art. 292 CPS, est la seule des institutions examinées qui n'est pas eurocompatible, justifiant d'autant plus l'élaboration d'une pénalité judiciaire basée sur l'astreinte dans le cadre des travaux en vue de l'unification de la procédure civile en Suisse. Quant à la compétence pour prononcer une telle pénalité judiciaire, nous opterons pour celle du juge du fond plutôt que celle du juge du lieu d'exécution. Enfin, il sera de nouveau, sous l'éclairage cette fois-ci particulier des Conventions de Bruxelles et de Lugano, tenu compte des problèmes soulevés par la reconnaissance de la pénalité judiciaire prononcée dans l'Etat d'origine, respectivement par le prononcé d'une nouvelle pénalité dans l'Etat requis.

9. Cet examen nous permettra de confirmer l'hypothèse émise au départ, à savoir la réticence de ce domaine à se prêter à une uniformisation de ses règles, non seulement parce que l'*imperium* et l'exercice de la contrainte qui lui est inhérent constituent l'un des bastions les plus solidement enracinés dans les souverainetés étatiques, mais aussi parce que ses règles sont pour une grande partie imbriquées dans celles du droit matériel. En revanche, cette constatation justifiera d'autant plus une harmonisation de la matière par

des outils supranationaux ou conventionnels d'une part, mais surtout aussi, d'autre part, l'application des méthodes de droit international privé, telle que nous la développerons dans la troisième partie, à cette matière également, *a priori* hermétique à ce genre de raisonnement. Et nous permettra enfin de justifier le titre donné à notre étude.

PARTIE I

L'INJONCTION EXTRATERRITORIALE EN DROIT PRIVE

10. Le pouvoir de prononcer une injonction extraterritoriale en droit privé est un aspect de l'exercice de la compétence normative de l'Etat en matière de droit privé. Aussi, c'est à cette notion que nous consacrerons nos premiers développements (I)¹. Les différentes règles de conflit de juridictions en force dans l'espace judiciaire européen, consacrées par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la Convention "parallèle" de Lugano du 16 septembre 1988 sur la compétence judiciaire et les effets des jugements en matière civile et commerciale, nous serviront d'exemples de l'usage concret de cette compétence faite par la communauté des Etats (II). Enfin, c'est à une approche matérielle que nous consacrerons la dernière section de cette première partie. Il s'agira cette fois-ci de partir des principaux biens juridiques que les injonctions non pécuniaires visent à protéger et d'examiner l'opportunité de leur protection extraterritoriale (III).

¹ Le meilleur traitement du sujet est sans doute celui fait par MANN, *Doctrine of Jurisdiction*; Id., *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*. On citera également parmi d'autres les ouvrages et les contributions de AKEHURST, p. 145-257; BROWNLIE, p. 298-321; CARTER/TRIMBLE, p. 699-824; ERGEC, p. 1 ss; HENKIN/PUGH/SCHACHTER/SMIT, p. 820-890; HIGGINS, p. 3-14; JACQUET, p. 327-405; JOVANOVIĆ, p. 1 ss; MAYER, *Droit international privé et droit international public*; STERN, *Quelques observations*, p. 9-52; Id., *L'extraterritorialité revisitée*, p. 239-313; VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale*.

I. L'ADMISSIBILITE DE LA COMPETENCE NORMATIVE EXTRATERRITORIALE EN DROIT INTERNATIONAL

11. Dans cette première section, nous examinerons successivement la notion même de la compétence normative étatique en matière de droit privé, notamment la place qui lui est réservée en droit international (A), la nature et les sources des limites assignées aux Etats dans l'exercice de cette compétence (B) et, finalement, le contenu possible de ces limites (C).

A. La compétence normative étatique en droit privé

12. Après avoir défini et délimité la notion de compétence étatique (1), nous nous pencherons sur sa vocation à régir, faiblement certes, les règles de conflit de lois et de juridictions (2) pour conclure à la constatation de l'absence de réglementation directe de la compétence normative étatique par le droit international (3).

1. La notion de compétence

a) La compétence

13. En droits constitutionnel et administratif², la compétence est d'abord une qualité reconnue à une personne, plus précisément à une autorité ou à un organe. On dit d'un tribunal qu'il est compétent; on ne dit pas d'un jugement qu'il est compétent. Ensuite, la compétence définit ce que peut faire l'autorité. Telle activité est de sa compétence: elle peut - ou doit - l'accomplir; telle activité n'est pas de sa compétence: elle ne peut pas - ou ne doit pas - l'accomplir. La distinction entre les activités qui entrent dans les pouvoirs d'une autorité ou d'un organe et celles qui en sont exclues ne se rattache au concept de compétence que s'il existe une pluralité d'organes ou d'autorités et qu'il convient de répartir entre eux ces activités. En effet, si aucune autorité ou aucun organe ne peut statuer sur une situation de fait donnée, on ne dira pas de l'une d'elle qu'elle est incompétente, mais simplement qu'elle n'a pas le droit ou pas le pouvoir de le faire. Une autorité n'est donc compétente

² Le droit de procédure civile est aussi amené à s'intéresser à la notion de compétence lorsqu'il aborde le problème de la compétence du juge. Pourtant, les développements consacrés à cette notion et à son sens sont souvent marqués par la technicité de la procédure civile et présentent dès lors rarement un caractère de généralité permettant des comparaisons fructueuses.

que dans la mesure où une autre ne l'est pas. Dans cette optique, la règle de compétence apparaît comme *toute règle sur l'activité normative et exécutive d'un organe d'application du droit*³.

b) La compétence étatique en droit privé

14. Il est conforme au sens ordinaire du terme *compétence* de parler de répartition des compétences entre les Etats par le droit international public: les Etats constituent les autorités entre lesquelles les compétences sont réparties⁴. Ainsi, la compétence, bien qu'étroitement liée à la notion de souveraineté, doit en être clairement distinguée. La souveraineté, dans les relations entre Etats, signifie l'indépendance, c'est-à-dire le droit d'exercer sur un territoire, à l'exclusion de tout autre Etat, les fonctions étatiques⁵. Comme le précisait MANN⁶, la compétence est un aspect, un ingrédient ou une conséquence de la souveraineté. En d'autres termes, l'on peut dire que la compétence est un corollaire de la souveraineté: alors que la seconde renvoie aux droits et obligations inhérents d'un Etat en droit international, la première détermine plutôt jusqu'à quel point un Etat est légitimé à agir et à exercer certaines activités par rapport aux autres Etats.

15. Quant aux activités qui peuvent ainsi faire l'objet de règles de compétences, elles sont très diverses. Parmi les innombrables activités qu'exerce l'Etat contemporain, nul ne niera l'importance de tout premier ordre que revêt l'édiction des normes juridiques. L'activité normative de l'Etat se déploie notamment dans le domaine des relations qu'entretiennent mutuellement les personnes privées qui relèvent de ce dernier; ces relations sont habituellement dites *privées*, et le droit qui les régit est appelé *droit privé*. L'intervention que l'Etat opère ainsi, par le biais de ses normes, dans

³ En détail, cf. MAYER, *Droit international privé et droit international public*, p. 9-11.

⁴ Cf. art. 1 ch. 1 du Projet de résolution de la 19^e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats: "*La compétence s'entend du pouvoir de l'Etat de soumettre des personnes, physiques ou morales, ou des choses à son ordre juridique*", in: Institut de droit international (édit.), *La compétence extraterritoriale des Etats*, Tome I, p. 137.

⁵ Cf. la sentence arbitrale du 4 avril 1928 rendue par HUBER dans l'affaire de la souveraineté sur l'île de Palmas, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 838.

⁶ Cf. MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 10: "*International jurisdiction is an aspect or an ingredient or a consequence of sovereignty (or of territorial sovereignty or of the principle of non-intervention - the difference is merely terminological): laws extend so far as, but no further than, the sovereignty of the State which puts them into force nor does any legislator normally intend to enact laws which apply to or cover persons, facts, events or conduct outside the limits of his State's sovereignty. This is a principle, or perhaps one should say, an observation of universal application.*"

les rapports privés étant légitime, on souscrira sans difficulté au principe d'une compétence de l'Etat en matière de droit privé.

16. Certes, l'intervention de l'Etat dans les rapports de droit privé ne se fait pas uniquement par le biais de normes, mais aussi par le biais d'actes matériels, l'exemple le plus caractéristique de ce type d'intervention est celui du concours de la force publique que l'Etat fournit au créancier privé lorsque ce dernier n'est pas parvenu à obtenir le paiement de ce qui lui est dû par son débiteur. Il ne s'agit plus à ce stade, pour l'Etat, de donner au débiteur un ordre de payer, mais de procéder à l'exécution forcée de la créance, notamment en saisissant physiquement les biens du débiteur afin de désintéresser le créancier; l'intervention de l'Etat est alors exécutive et non plus normative. Cependant, en intervenant par la force publique dans les rapports de droit privé entre individus, l'Etat les publicise: le droit de l'exécution forcée n'est plus à la seule et libre disposition des parties. Le droit international public distingue dès lors la compétence *normative* de la compétence d'*exécution* d'un Etat⁷. Traditionnellement, la compétence normative de l'Etat en droit privé (*jurisdiction to prescribe*) s'entend du pouvoir que s'arrogue un Etat d'édicter des règles générales ou individuelles de droit privé, à travers ses organes législatifs, exécutifs ou juridictionnels⁸, de régler des compor-

⁷ Nous ne nous attarderons pas ici sur la distinction, introduite par le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)*, entre la compétence *normative* (*jurisdiction to prescribe*) et la compétence *juridictionnelle* (*jurisdiction to adjudicate*), considérant que la seconde suit habituellement la première. Cf. en ce sens également BROWNLIE, p. 298; HIGGINS, p. 4; STERN, *Quelques observations*, p. 11, note 10: "La nouvelle distinction introduite dans la dernière version du *Restatement* entre *jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to adjudicate* and *jurisdiction to enforce* ne semble pas vraiment pertinente."

⁸ Cf. STERN, *Quelques observations*, p. 11. Dans la littérature juridique américaine, le terme "jurisdiction", appliqué à l'activité normative, donne lieu à des définitions voisines: le *Restatement (Second) of the Foreign Relations Law (1965)*, § 6, p. 20, indique que la "jurisdiction", pour l'Etat, est "the capacity of a State under international law to prescribe or to enforce a rule of law"; le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)*, § 401 (b) quant à lui définit la *jurisdiction to prescribe* comme celle qui permet à un Etat "to make its law applicable to activities, relations, or status of persons, or the interests of persons in things whether by legislation, by executive act or order, by administrative rule or regulation, or by determination of a court [...]". La littérature anglaise va également dans ce sens, cf. notamment AKEHURST, p. 145, qui définit la *legislative jurisdiction* comme visant "the power of a State to apply its law to cases involving a foreign element." Enfin, on se référera aussi à la définition proposée à l'art. 1 ch. 3 du Projet de résolution de la 19^e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats selon laquelle la compétence législative s'entend du "pouvoir de l'Etat d'édicter des normes juridiques d'application générale ou limitée", in: Institut de droit international (édit.), *La compétence extraterritoriale des Etats*, Tome I, p. 137.

tements⁹, ou encore d'affecter des droits¹⁰. La compétence d'exécution de l'Etat en droit privé (*jurisdiction to enforce*), quant à elle, s'entend du pouvoir que possède un Etat de mettre en œuvre une règle générale ou une décision individuelle par des actes matériels d'exécution pouvant aller jusqu'à la mise en œuvre de la contrainte étatique¹¹.

c) La compétence en droit international privé

17. Ni la *compétence internationale* (directe ou indirecte) qui est au cœur du conflit de juridictions, ni la *compétence législative* reconnue par la règle de conflit de lois ne se confondent avec la compétence étatique au sens qui vient d'être défini: elles ne constituent pas des compétences véritables, mais reflètent, au contraire, l'usage que chaque Etat fait de sa compétence normative ainsi définie¹².

(1) La règle de conflit de lois

18. La compétence que l'Etat possède est définie par le droit international public. Aussi, les règles de conflit de lois n'attribuent pas compétence à l'Etat dont elles désignent la loi. Il n'appartient pas en effet à un Etat d'attribuer ou dénier compétence à lui-même ou aux autres Etats. La règle de conflit de lois constitue seulement la désignation que l'Etat donne par avance, à l'intention de ses tribunaux d'une part, de ses justiciables d'autre part, de la loi dont ses tribunaux feront en principe application dans une circonstance

⁹ Cf. notamment MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 9 qui entend par *jurisdiction* "the State's right under international law to regulate conduct in matters not exclusively of domestic concern."

¹⁰ Cf. notamment BEALE, *The Jurisdiction*, p. 241 qui entend par *jurisdiction*: "[...] the power of a sovereign to affect the rights of persons, whether by legislation, by executive decree, or by judgement of a court is called jurisdiction."

¹¹ Cf. STERN, *Quelques observations*, p. 11. La définition donnée par le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* (1987), § 401 (c) à la *jurisdiction to enforce* est similaire: "the authority of a State to induce or compel compliance or to punish non-compliance with its laws or regulations, whether through the courts or by use of executive, administrative, police or nonjudicial action." Cf. aussi la définition proposée par l'art. 1 ch. 5 du Projet de la 19e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale selon laquelle la compétence exécutive s'entend du "pouvoir de l'Etat de donner effet aux ordres émanant de son système juridique, que ce soit par un acte de police ou par une autre sanction officielle", in: Institut de droit international (édit.), *La compétence extraterritoriale des Etats*, Tome I, p. 137.

¹² Cf. notamment AUDIT, *Droit international privé*, n° 41; BATIFFOL/LAGARDE, vol. 1, n° 264, p. 443; BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 6; HOLLEAUX/FOYER/GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 291: "la règle de rattachement n'est pas réellement une règle de compétence"; JACQUET, p. 431, n° 24; MAYER, *Droit international privé et droit international public*, n° 6; VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale*, p. 40-60.

donnée. Le rapport entre la compétence de l'Etat et la règle de conflit de lois est celui qui existe de façon générale entre un droit et l'usage de ce droit: les règles de conflit de lois sont un produit résultant de l'usage par l'Etat de sa compétence étatique. La règle de conflit de lois ne reflète pas non plus la conception qu'aurait son auteur de ce à quoi devrait ressembler sur ce point le droit international public: le fait que les tribunaux appliquent en principe la loi désignée sans se préoccuper de savoir si l'Etat dont elle émane est reconnu par l'Etat d'origine¹³ ou si la décision qu'elle fonde sera reconnue à l'étranger¹⁴ en atteste. Aussi, les règles de conflit de lois ne sont pas des règles de compétence; elles n'attribuent à aucun organe le pouvoir de mener une activité; elles assurent aux produits de l'activité normative des Etats un rôle dans la solution des différends de droit privé¹⁵. L'adoption par traité d'une règle de conflit commune aux Etats signataires ne modifie pas la nature de celle-ci. Le traité n'est qu'une prise de position collective quant à l'usage que feront les Etats contractants de leur compétence étatique, prise de position assortie de l'obligation pour chaque Etat partie vis-à-vis des autres, d'assurer que ses tribunaux appliqueront la loi désignée par la règle de conflit adoptée et de ne pas contester l'usage que feront les autres du pouvoir qui leur est ainsi reconnu.

(2) La règle de conflit de juridictions

19. L'Etat ne peut qu'user de la compétence qui lui est reconnue par le droit international public, en rendant des jugements dans les limites de cette compétence. Tout comme la règle de conflit de lois, la règle de conflit de juridictions constitue seulement la désignation qu'un Etat donne par avance des cas dans lesquels il acceptera de connaître d'un litige. Cette dernière n'exprime aussi que l'usage que l'Etat entend faire de sa compétence internationale. Cet usage ne se recoupe d'ailleurs pas forcément avec la sphère de compétence au sens donné par le droit international public. Si l'Etat est respectueux du droit international public, on dira que ses règles de conflit de juridictions délimitent un cadre d'activité qui n'excède pas la compétence qui lui est reconnue. L'Etat peut aussi aller moins loin que le cadre dressé par le droit international public: l'activité juridictionnelle de l'Etat ne couvrira alors

¹³ Cf. notamment ATF 50 II 507 (pour l'ex-URSS), 91 II 117 (pour l'ex-RDA), ATF 114 II 1 (pour le Vietnam du Sud).

¹⁴ Sous réserve de cas où l'on pourrait envisager l'application de la clause d'exception selon l'art. 15 LDIP.

¹⁵ Cf. notamment MAYER, *Droit international privé et droit international public*, n° 16; STERN, *Quelques observations*, p. 7.

pas tout le champ de sa compétence. En revanche, il peut aussi dépasser sa compétence; on parlera alors d'abus de compétence.

20. La distinction entre règle de compétence étatique et règle de conflit de juridictions se manifeste aussi en ceci que la règle de compétence étatique précise à qui est confié un droit ou un pouvoir, tandis que la règle de conflit de juridictions décide seulement si le groupe d'organes en question est ou n'est pas habilité à statuer. Lorsque plusieurs Etats décident par traité d'adopter des règles communes de compétence internationale directe, ces règles ne justifient pas davantage leur dénomination que lorsqu'elles émanent d'un seul Etat, et ce pour les mêmes raisons qui font qu'une règle conventionnelle de conflit de lois ne répartit pas les compétences entre les divers Etats.

21. Enfin, la distinction se manifeste aussi dans la nature de la règle. En matière de conflit de lois, la règle peut être bilatérale: rien n'empêche un Etat de décider, en vertu de la règle de conflit de lois adoptée, que telle situation doit être considérée comme soumise à une loi étrangère et d'en faire application. S'agissant en revanche du conflit de juridictions, la règle ne peut être qu'unilatérale: un Etat ne peut que décider dans quelles circonstances ses propres tribunaux acceptent de se saisir. Lorsqu'aucune de ces circonstances ne se réalise dans le cas d'espèce, il n'appartient pas à l'un d'eux déclinant sa compétence d'imposer à un tribunal étranger de se saisir; il ne peut que renvoyer les parties à mieux se pourvoir. Ainsi, dans un pays donné, la question du conflit de juridictions, soulevée par la recherche d'une juridiction pour trancher un litige privé international, consiste uniquement à déterminer quelles juridictions nationales se reconnaissent compétentes pour connaître de telles litiges. A la différence de la règle de conflit de lois, il s'agit d'une règle matérielle et non de répartition; il s'agit d'une règle directe: elle fixe la compétence des tribunaux du pays qui l'édicte (et d'eux seuls). Il n'existe pas de "règles de conflit de juridictions" parallèles aux règles de conflit de lois et susceptibles de désigner une juridiction étrangère.

(3) La règle de compétence internationale indirecte

22. Ici également, l'Etat ne peut pas attribuer ou dénier compétence aux ordres juridictionnels étrangers, pas plus qu'il ne peut, on l'a vu¹⁶, s'attribuer ou se dénier compétence lui-même. Il se contente en fait de prendre parti di-

¹⁶ Cf. *supra*, Partie 1, I. A. 1. b. (2).

rectement sur l'efficacité du jugement étranger sur son territoire, en fonction de son origine, question qui est, elle, de son ressort. Les critères qu'il choisit sont ainsi des critères d'efficacité, et non des critères de compétence. Ils n'impliquent pas même l'adoption préalable d'un système idéal de répartition des compétences: un Etat peut très bien donner effet à un jugement qu'il considère lui-même comme rendu par un Etat incompetent. C'est ainsi que les Conventions de Bruxelles et de Lugano, tout en adoptant des critères de compétence directe qui s'imposent aux Etats signataires, ne prévoient pas qu'un Etat puisse dénier effet au jugement rendu dans un autre Etat partie au motif que celui-ci n'était pas compétent¹⁷.

23. Bien qu'assumant une fonction de répartition, au moyen de critères qu'elles posent à cet effet, les règles de compétence internationale indirecte ne méritent en réalité en aucune façon leur dénomination: elles ne donnent à aucun organe le pouvoir de mener une activité; elles assurent simplement aux jugements étrangers un rôle dans la solution des différends de droit privé en reconnaissant ou non leur efficacité sur son territoire. Les critères qui conviennent à une fonction peuvent ne pas convenir à une autre. C'est bien le cas d'ailleurs, car la reconnaissance des jugements étrangers doit subir l'influence de l'idée générale du respect des droits acquis, tandis que les règles de conflits de juridictions s'appliquent à un moment où le jugement n'est pas encore rendu, et où aucun droit n'est encore acquis.

2. La vocation des règles de compétence étatique à régir les règles de conflit de lois et de juridictions

a) L'absence apparente de vocation des règles de compétence étatique à régir les règles de conflit de lois et de juridictions

24. Les règles de compétence étatique sont, nous l'avons vu¹⁸, des règles de droit international public. Or, il y a plus de trois cents ans que le juriste s'interroge sur la vocation du droit international public à donner des indications pour résoudre les conflits de lois et de juridictions¹⁹, et plus de trois

¹⁷ Cf. art. 28 al. 3 des Conventions et les exceptions qu'il prévoit.

¹⁸ Cf. *supra*, Partie 1, I. A. 1. b).

¹⁹ Les théories territorialistes de l'école hollandaise du 17^e siècle (JOHANNIS VOET et surtout ULRICUS HUBER, dans son Traité de 1684, *De conflictu legu diversarum in diversis imperiis*) peuvent être regardées comme les premières à tenter de fonder un système de solution de conflit de lois sur des règles de partage de souverainetés. Au 19^e siècle, c'est la théorie du personnalisme italien, lancée par MANCINI, qui occupera ce rôle.

cents ans que la réponse est incertaine²⁰. Et le problème "*continue à agiter la doctrine contemporaine*"²¹.

25. D'abord, on ne peut nier la désaffection, dans la doctrine actuellement dominante, de l'idée selon laquelle les conflits de lois et de juridictions seraient des conflits de souverainetés²²: on se refuse aujourd'hui à les considérer comme des conflits entre Etats. Le rejet de cette manière de voir conduit à couper en grande partie les ponts qui pourraient relier le droit international privé au droit international public. Cette manière de voir a été grandement favorisée par l'avènement général du *privatisme*, cette école de pensée qui rattache le droit international privé au droit privé, induisant une marginalisation des interventions du droit international public en cette matière²³. Ne mettant en cause en général que des "*intérêts privés*"²⁴, ou ne concernant en toute hypothèse que les "*rapports entre particuliers*"²⁵ ou entre "*personnes privées*"²⁶, la question du conflit de lois - et dans son sillage, celle du conflit de juridictions²⁷ - ne semble trouver aucune réponse dans les règles de droit

²⁰ Sur l'évolution de la question, cf. VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale*, p. 19-33.

²¹ Cf. notamment MAYER, *Droit international privé et droit international public*, p. 2. Une des dernières manifestations de cette fébrilité doctrinale peut être trouvée dans la décision de l'Institut de droit international, à la session de Milan (1993), d'"examiner la question de la compétence extraterritoriale des points de vue du droit international public et du droit international privé", tandis que jusqu'alors, les travaux de la 19^e commission, dont le mandat portait sur "*la compétence extraterritoriale des Etats*" avaient "*pour principale orientation l'analyse des problèmes de droit international public.*" Cf. Institut de droit international, *La compétence extraterritoriale des Etats*, Annuaire - Institut de droit international, vol. 65, Tome II, p. 110.

²² Cf. notamment AUDIT, *Droit international privé*, n° 40; HOLLEAUX/FOYER/GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 534: "*On ne croit plus que l'application internationale des lois de droit privé intéresse la souveraineté des Etats*"; KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 152: "*De nos jours, le DIP est appréhendé [...] non plus comme un moyen servant à délimiter l'emprise respective de souverainetés juxtaposées*"; MAYER, *Droit international privé*, n° 71; VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale*, p. 33-60.

²³ Cf. notamment KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 152: "*De nos jours, le DIP est appréhendé comme un corps de règles destinées à régir des rapports entre particuliers, autrement dit comme un secteur du droit privé [...]*."

²⁴ Cf. MAYER, *Droit international privé*, n° 68 et 117.

²⁵ Cf. LOUSSOUARN/BOUREL, n° 101.

²⁶ Cf. AUDIT, *Droit international privé*, n° 7. Le droit suisse, contrairement au droit français, a une conception large du droit international privé, qui inclut notamment des règles relevant de la procédure et se rattachant donc au droit public, cf. notamment KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 21.

²⁷ L'*Introductory Note* du chapitre du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* relatif à la *jurisdiction to adjudicate* commence ainsi: "*Traditionally, public international law dealt with judicial jurisdiction only when exercised on government initiative [...]. The jurisdiction of courts in*

international public. Ensuite, la théorie du *particularisme*, accentuée par le fait que chaque Etat possède son propre système de conflits, a laissé apparaître le droit international privé comme un droit national ou interne ou, mieux, un "*droit privé international*"²⁶. Dans la mesure où ce droit interne permet à lui seul de résoudre les questions de conflit, le besoin disparaît de se référer au droit international public pour fonder des solutions²⁹.

26. Ces deux tendances doctrinales, *privatisme* et *particularisme*, font clairement du conflit de lois ou de juridictions un conflit qui, soumis à un droit à la fois interne et privé, est du même coup doublement distinct de ceux que le droit international public a vocation à trancher; elles conduisent forcément à penser que les questions de droit international privé tombent en dehors du domaine d'application du droit international public et favorisent, conformément à la théorie du dualisme, l'argument de l'inutilité, voire de l'illégitimité, de toute démarche sollicitant du droit international public des éléments de réponse aux problèmes de droit international privé.

b) L'influence effective des règles de compétence étatique sur les règles de conflit de lois et de juridictions

27. Il est pourtant surprenant de constater que, malgré ces données favorables au détachement du droit international privé et du droit international public, les auteurs qui se contentent de prendre acte purement et simplement une telle séparation sont de plus en plus rares³⁰.

28. En droit international public, d'abord, le déclin qui marque le dualisme pur, autorise à entrevoir des liens entre ces deux branches et il n'est pas rare aujourd'hui de voir des auteurs admettre clairement la connexité des questions de conflit de lois et de juridictions avec le droit international public³¹.

relation to private controversies was not an important concern of public international law, even when its exercise had transnational implications."

²⁶ AUDIT, *Droit international privé*, n° 4.

²⁹ Cf. RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles*, p. 9; VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale*, p. 52-60.

³⁰ Dans ce sens également, notamment KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 152: "*Il n'empêche qu'il existe des interférences nombreuses entre le DIP et le droit international public.*"

³¹ De manière générale, cf. AKEHURST, p. 157-210; COMBACAU/SUR, p. 367 et les tendances affirmées par LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, p. 9 ss; MAIER, *Extraterritorial Jurisdiction*, p. 280-320; MEESSEN, *International Law Limitations*, p. 38 ss et STERN, *Quelques observations*, p. 9-52; Id., *L'extraterritorialité revisitée*, p. 293-313. Cf. aussi la décision de l'Institut de droit international, à la session de Milan (1993), d'*examiner la*

En droit international privé, ensuite, les auteurs contemporains envisagent volontiers l'examen des règles de droit international général. Certains estiment que "le droit des gens constitue en effet la base sur laquelle repose toute règle de droit et s'édifie tout ordre juridique national ou international"³², d'autres estiment que "pour l'ensemble des solutions du droit international privé, la démarche spontanée consiste à examiner si elles ne trouveraient pas leur fondement [...] dans le droit international public"³³, tel autre encore juge "instinctive" "l'idée d'une intervention du droit international public [...] dans le conflit de lois"³⁴, enfin tel autre estime que le droit des gens exige "que chaque Etat, en fixant ses compétences juridictionnelles et législatives, respecte la souveraineté des autres Etats"³⁵. Ainsi, dans leur présentation des principes à employer pour trancher les questions de conflit, les internationalistes de droit privé commencent par scruter l'ordre international, dont la vocation à être entendu lorsque se posent de telles questions paraît ainsi indéniable et est d'ailleurs souvent même reconnue positivement³⁶.

c) Les raisons de la faiblesse de l'influence du droit international public sur le conflit de lois et de juridictions

29. La large permissivité des règles de droit international en matière de compétence étatique³⁷, voire même leur mutisme³⁸ semble expliquer la faiblesse de l'influence du droit international public sur le conflit de lois et de juridictions. Cependant, pour la majorité des auteurs, c'est au contraire au caractère embryonnaire de son système de répartition des compétences normatives entre Etats, et non à son absence de vocation à intervenir dans la ré-

question de la compétence extraterritoriale des Etats des points de vue du droit international public et du droit international privé." Cf. Institut de droit international, *La compétence extraterritoriale des Etats*, Annuaire - Institut de droit international, vol. 65, Tome I et II, 1993, Tome II, p. 110.

³² KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 152.

³³ BATIFFOL/LAGARDE, vol. 1, n° 264, p. 443.

³⁴ MAYER, *Droit international privé et droit international public*, p. 553.

³⁵ BUCHER, *Droit applicable*, n° 14.

³⁶ Cf. notamment BATIFFOL/LAGARDE, vol. 1, n° 264, p. 443: "Il semble difficile de nier que le conflit des lois concerne l'ordre international"; LOUSSOUARN/BOUREL, n° 51; KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 152; MAYER, *Droit international privé*, n° 27: "Les relations privées internationales intéressant par hypothèse deux ou plusieurs Etats, toute intervention de l'un d'eux est limitée par ses obligations à l'égard des autres."

³⁷ Cf. notamment BUCHER, *Droit applicable*, n° 14; MAYER, *Droit international privé*, n° 27 et 30.

³⁸ Cf. notamment BATIFFOL/LAGARDE, vol. 1, n° 25; LOUSSOUARN/BOUREL, n° 51.

solution des conflits de lois ou de juridictions, que le droit international public doit la faiblesse de son influence sur les solutions positives apportées aux problèmes de droit international privé³⁹. Ainsi, la doctrine de droit international privé rejoint, sur la question de la vocation du droit international à régir la matière du conflit de lois ou de juridictions, celle de droit international public évoquée plus haut⁴⁰, en laissant entendre que si le droit des gens n'était pas silencieux ou du moins réservé sur la question, c'est en lui qu'il faudrait puiser les solutions aux conflits de lois et de juridictions.

3. L'absence de réglementation directe de la compétence normative étatique par le droit international

a) Les tentatives du mouvement universaliste du XIXe siècle

30. Des réponses directes aux questions de conflit de lois et de juridictions se trouvent évidemment dans le droit international public conventionnel relatif au droit international privé. A ce titre, les travaux menés au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, organisation internationale plus que centenaire chargée de "*l'unification progressive du droit international privé*", couvrent indifféremment, quoique de manière encore partielle, les conflits de lois et de juridictions⁴¹. Plus proche de nous, les Conventions de Bruxelles et de Lugano sur la compétence juridictionnelle et la reconnaissance des jugements en matière civile et commerciale représentent sans doute l'exemple le plus parlant des réponses directes que le droit conventionnel est en mesure de fournir en matière de conflit de juridictions⁴². En revanche, l'identification de règles de conflit de lois ou de juridictions

³⁹ Les cours donnés à l'Académie de droit international de La Haye, et dans lesquels la question des rapports entre le droit international privé et le droit international public est soulevée, le démontrent aisément. Cf. par exemple, LIPSTEIN, p. 164-194; MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 1-162; Id., *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*, p. 9-116; VAN HECKE, p. 412-430.

⁴⁰ Cf. *supra* Partie 1, I. A. 2. b).

⁴¹ Sur notre sujet, cf. en particulier l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé, publiée sous <http://www.hcch.net/tf/conventions/draft36f.html>. Cf. BUCHER, *Vers une convention mondiale*, SJ 2000 II, n° 2, p. 77-133. D'une manière générale, cf. les rapports préliminaires n° 7 à 10 préparés entre 1997 et 1999 par KESSEDJIAN, cités dans la bibliographie et disponibles sous <http://www.hcch.net/tf/conventions/draft36f.html>, ainsi que la contribution de SCHACK, *Entscheidungszuständigkeiten*, ZEuP 1998, p. 931-956.

⁴² On prendra notamment connaissance avec intérêt des fors exclus par l'art. 3 al. 2 des Conventions, jugés exorbitants par leurs auteurs.

faisant partie du droit international général, en leur qualité d'usage que les Etats font de leur compétence, semble faire difficulté.

31. Au XIX^e siècle, le mouvement universaliste de droit international privé envisagea ce dernier comme une branche du droit international public. Il était conçu comme un ensemble de règles applicables aux conflits qui pouvaient surgir entre deux souverainetés lors de l'application de leur droit privé respectif. Les auteurs⁴³ s'efforçaient de dégager un système positif de règles de conflit de lois et de juridictions s'imposant à tous les Etats; les divergences constatées étaient considérées comme des errements passagers auxquels il pouvait être mis fin de manière rationnelle. Avec le temps, il est apparu que cette démarche était largement stérile, faute d'accord sur des principes universels, et surtout mal fondée: un litige opposant les ressortissants de deux Etats à l'occasion d'un contrat ou d'une affaire de famille n'est pas un litige entre ces Etats et en le soumettant à une loi donnée, on ne procède pas à la délimitation de la souveraineté respective des Etats concernés. Aussi, les constructions proposées, caractérisées par un excès de dogmatisme, sont-elles demeurées largement dénuées de positivité.

b) Les constructions fondées sur l'*opinio necessitatis*

32. Une autre démarche, celle-là pragmatique, consiste à rechercher parmi les règles de conflit effectivement appliquées par les Etats des convergences permettant de conclure dans tel ou tel domaine à l'existence d'un droit international coutumier doté d'une valeur internationale⁴⁴. Ainsi, en matière de conflit de lois, on constate de prime abord en droit positif comparé un très large *consensus* pour soumettre les questions de droit réel immobilier à la loi du lieu de situation de l'immeuble (*lex rei sitae*), la forme des actes à la loi du lieu où ils sont passés (*locus regit actum*), la substance des contrats internationaux à la loi voulue par les parties (*loi d'autonomie*), les questions de procédure à la loi du tribunal saisi (*lex fori*)⁴⁵. Or, la limite de telles constatations apparaît dès que l'on examine de plus près le domaine d'application de ces différentes règles, c'est-à-dire les questions plus précises auxquelles chacune s'applique. Ainsi, pour celle qui soumet les questions de droit réel

⁴³ Beaucoup de ces auteurs étaient des publicistes, tels MANCINI (1817-1898) et ANZILOTTI en Italie, ZITELMAN (1852-1923) en Allemagne ou PILLET (1857-1924) en France.

⁴⁴ Comme précurseurs de cette méthode, on cite en général GUTZWILLER, p. 1554; NIEDERER, *Einführung*, p. 105 et spécialement p. 146 et p. 153.

⁴⁵ Cf. par exemple KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 470-482 (*lex rei sitae*), n° 483-503a (*loi d'autonomie*), n° 507-508 (*locus regit actum*).

immobilier à la *lex rei sitae*, les différents systèmes sont partagés quant à son application en matière de successions: pour un certain nombre d'entre eux, celles-ci sont considérées comme touchant aux rapports de famille davantage qu'au statut des biens et relèvent donc à ce titre d'une autre loi (telle que celle de la nationalité, du domicile ou de la résidence du *de cuius*); de même, un contrat portant sur un immeuble est-il considéré ici relevant du statut réel et donc régi par la *lex rei sitae*, là par le statut contractuel et donc régi par la *loi d'autonomie*. Quant à la règle de la soumission de la forme des actes à la loi du lieu où ils sont passés, elle souffre également de certaines divergences d'interprétation qui l'empêchent d'être élevée au rang de loi universelle: la notion de forme diverge d'un Etat à un autre, les exceptions au principe sont plus ou moins nombreuses selon les Etats, le principe *locus regit actum* lui-même peut être considéré ici comme impératif et là comme facultatif, la notion même de lieu de l'acte peut faire l'objet d'interprétations divergentes⁴⁶. S'agissant de la règle de la soumission de la procédure à la *lex fori*, les différents systèmes ont une conception plus au moins large du contenu de cette catégorie: certains considèrent par exemple que la prescription extinctive en relève, tandis que pour d'autres elle est liée au fond. Il se révèle ainsi que l'unanimité de départ ne porte que sur la formule, dont la portée n'est pas la même partout: l'*opinio necessitatis*, c'est-à-dire la croyance des Etats dans le caractère internationalement obligatoire de cette pratique, fait défaut, ce qui prive les règles qu'on pouvait en inférer de la qualité de règles coutumières⁴⁷.

c) Conclusion

33. Aujourd'hui, la doctrine dominante ne croit plus guère en l'existence d'un système, même lacunaire, imposé par le droit international public général, en ce qui concerne l'exercice par les Etats de leur compétence en matière de relations privées internationales⁴⁸. Il en découle que le droit international

⁴⁶ Cf. les exemples donnés par AKEHURST, p. 223-224.

⁴⁷ Cf. notamment KELLER/SIEHR, p. 187 et KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 153.

⁴⁸ Pour les conflits de lois, cf. par exemple, AKEHURST, p. 222: "Attempts to discover choice of law rules laid down by public international law have not been successful"; AUDIT, n° 47, p. 37: "Le droit international public n'impose pratiquement aucune règle aux Etats en ce qui concerne l'exercice de leur compétence en matière de relations privées internationales"; BÄR, *Extraterritoriale Wirkung*, p. 11: "Das Völkergewohnheitsrecht nämlich hat nur wenig zu bieten"; id., *Auswirkungsprinzip*, p. 103: "Dass das Völkerrecht [...] keine exklusive Zuordnungen von legislatorischen Kompetenzen kennt ist kurz in Erinnerungen zu rufen"; BATIFFOL/LAGARDE, vol. 1, n° 28, p. 41: "Les principes non écrits du droit international public se bornent à quelques directives de teneur le plus souvent permissive, et très limitée quant elles peuvent être regardées comme impératives"; BUCHER;

contemporain non conventionnel ne fournit aucune réponse *directe* aux questions de conflits de lois et de juridictions en matière de droit privé, vues comme règles par lesquelles un Etat fait usage de sa compétence normative en droit privé. Avec Sir GERALD FITZMAURICE, il est cependant possible de constater ce qui suit:

"... Il est vrai qu'à l'heure actuelle le droit international n'impose aux Etats aucune règle rigide délimitant le domaine de leur compétence nationale ..., mais il leur laisse à cet égard une grande latitude. Néanmoins

a) il postule l'existence de limites, même si dans tout cas d'espèce, c'est au tribunal qu'il incombe éventuellement de les définir aux fins de l'affaire dont il s'agit, et

*b) il impose à tout Etat l'obligation de faire preuve de modération et de mesure quant à l'étendue de la compétence que s'attribuent ses juridictions dans les affaires qui comportent un élément étranger et d'éviter d'empiéter indûment sur la compétence d'un autre Etat quand celle-ci est mieux fondée ou peut être exercée de façon plus appropriée."*⁴⁹

Droit applicable, n° 14: "Le droit des gens ne sert pas de fondement au droit international privé"; COMBACAU/SUR, p. 354: "Il est difficile de tirer des règles internes de conflits et de la pratique à laquelle elles donnent lieu des enseignements utiles quant à l'opinio juris des Etats en matière de compétence normative"; DUPUY, n° 91, p. 64: "Au stade actuel de l'évolution du droit international, on doit constater l'absence d'une règle de résolution de conflits de compétence qui serait intégrée au droit international général"; HEINI, Jurisdiktion und Jurisdiktionsgrenzen, p. 94; HOLLEAUX/FOYER/GEOUFFRE DE LA PRADELLE, p. 13: "Les normes du droit international général jouent un rôle marginal en droit international privé"; KELLER/SIEHR, p. 192-193; KNOEPFLER/SCHWEIZER, Précis, n° 153: "L'existence de règles coutumières de droit international public réglant directement des questions de DIP est douteuse"; MANN, Doctrine of Jurisdiction, p. 19: "Public international law does not contain detailed rules regulating the application of this or that legal system"; Id., Doctrine of International Jurisdiction Revisited, p. 31: "Public international law does not tell us what law is to be applied in a given case."; MAYER, Droit international privé et droit international public, n° 86 à 88, p. 553-557.

Pour les conflits de juridictions, cf. par exemple, AKEHURST, p. 177; BÄR, Extraterritoriale Wirkung, p. 11: "Völkergewohnheitsrecht nämlich hat nur wenig zu bieten"; FRAGISTAS, p. 169-170: "On pourrait croire que les limites de la compétence judiciaire des différents Etats en matière d'affaires internationales sont prescrites par le droit international. Mais cette hypothèse ne correspond pas à la réalité"; MAYER, Droit international privé et droit international public, n° 85, p. 552.

⁴⁹ CII, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, 5 février 1970, CII Recueil 1970, p. 105.

34. On peut retenir de cette opinion individuelle que le droit international admet l'existence de certaines limites à la compétence juridictionnelle des Etats, mais qu'il ne les fixe pas directement lui-même. Il convient dès lors de cerner avec plus de précision ces limites.

B. L'existence de limites indirectes de droit international public en matière de compétence normative étatique en droit privé

35. Bien que critiqué, l'arrêt *Lotus* de la Cour Permanente de Justice Internationale constitue encore la base de toute réflexion sur la compétence internationale. Par conséquent, cette section lui est entièrement dévolue. En posant une présomption de liberté dans l'exercice de la compétence normative étatique (1), l'application de l'arrêt *Lotus* dans une communauté d'Etats souverains appelle immédiatement la question des limites à cette liberté. Comme résultat intermédiaire, nous parvenons à la conclusion que non seulement le droit international ne fixe pas de limites directes à la compétence normative étatique en droit privé (2), mais en outre qu'il ne contient pas non plus, inversement, une règle positive attribuant aux Etats une compétence normative totalement illimitée en droit privé (3).

1. La présomption de liberté de prononcer des injonctions extraterritoriales énoncée par l'arrêt *Lotus*

a) Le contenu de l'arrêt *Lotus*

36. L'arrêt rendu en 1927 par la Cour Permanente de Justice Internationale dans la fameuse affaire du *Lotus*⁵⁰ reste la contribution fondamentale de la jurisprudence internationale à la question des compétences étatiques: il ne confirme pas seulement qu'il n'y a aucune anomalie à ce que deux Etats exercent des compétences concurrentes pour réglementer le même comportement individuel, mais encore - c'est un autre aspect de la même règle - qu'il n'est pas systématiquement interdit aux Etats de réglementer un comportement se déroulant en dehors de leur territoire.

37. Dans cette affaire, la France faisait grief à la Turquie d'avoir excédé sa compétence, au regard des principes du droit international général, pour

⁵⁰ Arrêt du 7 septembre 1927, Publications de la CPJI, Série A, n° 10, arrêt n° 9, 1927, p. 19.

juger selon la législation pénale⁶¹ turque un officier français prétendu co-responsable de l'abordage accidentel et meurtrier d'un navire français et d'un navire turc en haute mer. La Cour Permanente, par une égalité de voix 6:6 mais avec la voix de son président MAX HUBER⁶², estima que le droit international n'avait pas été méconnu; elle a notamment relevé qu'il n'existait pas de règles attribuant, en pareille circonstance, compétence exclusive à l'Etat du pavillon du navire et que les poursuites pénales turques pouvaient légitimement se fonder sur le fait "*que les effets du délit se sont produits sur le navire turc, et partant, dans un lieu assimilé au territoire turc*"⁶³. La Cour fait précéder cette conclusion d'un exposé de ce qu'elle estime être "*l'état actuel du droit international*". Elle rappelle d'abord que

*"le droit international régit les rapports entre les Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. [...] Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas"*⁶⁴.

38. Elle souligne ensuite la nécessaire distinction entre compétence d'exécution et compétence normative: la première est "*certainement territoriale*", puisque "*la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure - sauf l'existence d'une règle permissive contraire - tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat*", alors que la seconde ne l'est pas:

"[...] il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il peut s'ap-

⁶¹ On notera que, dans cette affaire, c'était la juridiction de droit pénal de la Turquie qui était en cause, et que cette mesure ne concerne pas directement la compétence internationale en matière de droit privé. Cependant, pour trancher ce litige franco-turc, la Cour s'est fondée sur une argumentation de portée générale, valable d'une part tant pour la compétence juridictionnelle que pour la compétence législative, et d'autre part, tant en matière pénale qu'en matière civile.

⁶² Le juge MOORE vota cependant sur la question de présomption de liberté en faveur des Etats en accord avec la majorité, de sorte que sur ce point, le rapport des voix était de 7:5; Publications de la CPJI, Série A, n° 10, arrêt n° 9, 1927, p. 65.

⁶³ *Ibid.*, p. 19

⁶⁴ *Ibid.*, p. 18.

puyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne pourrait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux, des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs droits et leurs juridictions à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables [...]. Dans ces conditions, tout ce que l'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté⁵⁵.

39. La conséquence que la Cour tire de l'arrêt est importante: "cette liberté que le droit international laisse aux Etats [...] explique la variété des règles qu'ils ont pu adopter sans opposition ou réclamations de la part des autres Etats"; les inconvénients en sont d'inévitables "concurrences de compétences", que seuls des traités peuvent éliminer. De l'absence de répartition impérative des compétences entre les Etats, l'on en vient ainsi non seulement aux concurrences de compétences normatives à propos de la même situation, mais encore - c'est un autre aspect de la même règle - qu'il n'est pas systématiquement interdit aux Etats de réglementer des comportements, des biens ou des personnes à l'étranger, sauf dans les hypothèses où cet exercice est interdit par le droit international.

b) Les critiques formulées à l'égard de l'arrêt *Lotus*

(1) Le contenu des critiques

40. L'arrêt *Lotus* a fait l'objet de nombreuses critiques de fond⁵⁶, parfois même très vives⁵⁷. La plupart des auteurs s'accordent à reconnaître - bien

⁵⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁶ Cf. notamment MANN et les auteurs cités par lui-même, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 35, n° 49; HIGGINS, p. 13-14; JOVANOVIĆ, p. 60-77.

⁵⁷ WEIL, p. 32, parle même de "doctrinal storm."

souvent pour le regretter - que, dans l'affaire *Lotus*, la Cour Permanente de Justice Internationale envisage le droit international comme ne répartissant pas lui-même les compétences normatives entre Etats, ou, ce qui revient au même, comme n'attribuant pas aux Etats leur compétence pour juger ou pour légiférer⁵⁸. MANN note ainsi que "*these sentences seem to propagate the idea of the delimitation of jurisdiction by the State itself rather than international law*"⁵⁹. Son opinion résume parfaitement l'interprétation généralement retenue en doctrine⁶⁰.

41. Ainsi, la doctrine a multiplié les arguments tendant à minimiser l'importance de cette décision; on a cherché à en diminuer l'autorité en soulignant le partage des voix au terme duquel elle a été rendue⁶¹; on a cherché à la reléguer dans la catégorie des arrêts périmés (*overruled*), en notant que la solution qu'elle avait adoptée n'a pas été retenue ultérieurement par divers instruments internationaux⁶²; on a voulu en limiter la portée au strict domaine de la compétence répressive relative aux infractions commises en haute mer⁶³. Tous ces arguments ne paraissent pourtant pas avoir eu raison de la vigueur des principes se trouvant à la base de l'arrêt *Lotus* et, si l'on en juge par la mention que ne manquent pas d'en faire les études contemporaines sur la compétence internationale de l'Etat⁶⁴, l'on peut dire que l'arrêt *Lotus* reste encore aujourd'hui, en la matière, un point de passage obligé⁶⁵. Il est d'ailleurs aussi approuvé par nombre d'auteurs⁶⁶.

⁵⁸ Cf. notamment MANN et les auteurs cités par lui-même, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 35, n° 49.

⁵⁹ MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 35.

⁶⁰ Cf. en particulier les auteurs cités par VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale*, n° 314, note 14.

⁶¹ Cf. notamment JOVANOVIĆ, p. 64 et MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 35.

⁶² Notamment par l'art. 11 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur la haute mer et l'art. 97 de la Convention des Nations-Unies (Convention de Montego Bay) du 10 décembre 1982 sur le droit de la mer.

⁶³ Cf. par exemple MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 35.

⁶⁴ Ces études ont été remises à l'ordre du jour depuis les années 1980 par l'affaire du Gazoduc sibérien, le problème de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, l'élaboration aux Etats-Unis d'Amérique du nouveau *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)*, les injonctions extraterritoriales en matière de preuves à l'étranger, les travaux de la 19e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale et, enfin, par les derniers excès de l'administration américaine dans ses mesures répressives contre Cuba, la Lybie et l'Iran.

⁶⁵ Il est même mentionné dans le Message du Conseil fédéral concernant la nouvelle loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994, tiré à part, p. 65, à l'appui de

(2) La valeur des critiques

42. Le reproche essentiel qui a été fait à l'arrêt *Lotus* est d'avoir admis que le droit international ne pose pas de règles de compétence normative de l'Etat, mais laisse les Etats les poser eux-mêmes. On a tout d'abord fait valoir à l'encontre de cette solution décentralisée qu'elle revenait à consacrer le principe selon lequel "*en droit international tout est permis qui n'est pas défendu*"⁶⁷. Cette affirmation ne semble pas tout à fait correcte, dans la mesure où, après avoir admis que le droit international ne fixait pas lui-même directement la compétence législative ou juridictionnelle des Etats, la Cour a ajouté que les Etats, lorsqu'ils procèdent à cette détermination, devaient "*ne pas dépasser les limites que le droit international trace à [leur] compétence*"⁶⁸. Dès lors, même si le droit international est silencieux sur la compétence normative de l'Etat, cela ne signifie pas qu'il soit totalement permissif, puisqu'en contrepartie, il lui revient de régler la façon dont les Etats la délimitent⁶⁹.

43. On a également reproché à l'arrêt qu'en affirmant que le droit international ne fixe pas la compétence normative des Etats, la Cour aurait "*mis de côté*" le principe en vertu duquel "*la détermination des compétences incombe non aux Etats, mais au droit international*", alors qu'une telle détermination est "*la fonction propre*" du droit international et que, pour lui, "*cette fonction est à la fois nécessaire et suffisante*"⁷⁰. Nous ne pouvons pas partager cette critique. Il convient à cet effet de distinguer le problème de la vocation du droit international à régler la question et celui de la solution qu'il y apporte. Il est ainsi incorrect de reprocher à l'arrêt qu'il refuse d'attribuer au droit international la vocation de régler le problème des compétences des Etats. Au contraire, la Cour s'est bornée à constater l'absence, selon "*l'état actuel du droit international*"⁷¹, de solution internationale aux pro-

l'art. 2 al. 2 qui prévoit l'application de la loi aux états de faits qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger.

⁶⁶ Cf. notamment les auteurs américains GERBER, *Beyond Balancing*, p. 195-196, qui décrit l'arrêt *Lotus* comme "*the judicial opinion marking the beginning of the disintegration of the territorial system...*" et MAJER, *Extraterritorial Jurisdiction*, p. 281 qui précise que "*there is no general prohibition in customary international law against applying local law to foreign activities.*"

⁶⁷ Cf. l'opinion dissidente du juge LODER, Publications de la CPJI, Série A, n° 10, arrêt n° 9, 1927, p. 34 ss, spéc. p. 47; ROUSSEAU, *L'aménagement des compétences*, p. 423-424.

⁶⁸ Publications de la CPJI, Série A, n° 10, arrêt n° 9, 1927, p. 19.

⁶⁹ "Qui ne dit mot, ne consent pas forcément!"

⁷⁰ ROUSSEAU, *L'aménagement des compétences*, p. 421-422.

⁷¹ Publications de la CPJI, Série A, n° 10, arrêt n° 9, 1927, p. 19.

blèmes de compétences de l'Etat pour juger ou légiférer, sans pour autant affirmer l'absence de vocation du droit international à fournir de telles solutions. La Cour admet bien que les règles de compétence concernent les rapports entre Etats, en les envisageant sous l'angle des "*limitations de l'indépendance des Etats*", les uns à l'égard des autres, limitations dont elle nous dit expressément qu'elles procèdent de conventions ou d'usages établis "*en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes, ou en vue de la poursuite de buts communs*"⁷².

(3) La valeur de la motivation de l'arrêt *Lotus*

44. La solution de la Cour - affirmation de la vocation du droit international à poser des règles de compétence normative de l'Etat, mais constatation de l'absence de solution par ce dernier - ne semble pas surprenante, aujourd'hui encore. En effet, la mise en place d'une réglementation matérielle, directe, de la compétence normative, c'est-à-dire l'organisation d'un système de désignation des entités auxquelles l'exécution d'une certaine catégorie d'activité normative sera dévolue, présuppose une intégration suffisamment profonde de la société à l'intérieur de laquelle une telle réglementation est censée s'appliquer. Une répartition des compétences universelles ne sera possible que le jour où se manifesterait un législateur universel, qui aura seul la compétence pour déterminer et réglementer les compétences internationales des Etats⁷³. Or, dans ce domaine, le caractère inorganisé de la société internationale explique l'imperfection de son statut⁷⁴.

45. L'exemple de certains Etats fédéraux dont les législations internes ne sont pas unifiées, notamment les Etats-Unis d'Amérique, est assez révélateur. Dans ce pays, malgré l'existence d'une organisation fédérale assez forte pour que l'Union puisse être considérée comme un seul Etat au plan international, la distribution entre les différents Etats fédérés de la fonction normative - spécialement en matière de droit privé - n'est pas réalisée au niveau fédéral. Chaque Etat membre reste, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis, libre de fixer, dans les rapports interétatiques

⁷² *Ibid.*

⁷³ Cf. en ce sens notamment en particulier l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé.

⁷⁴ Dans le même sens, cf. notamment KELLER/SIEHR, p. 192-193.

(*multistate*)⁷⁵, l'étendue de sa compétence législative et juridictionnelle en droit privé, sous réserve du respect des principes constitutionnels américains contenus pour l'essentiel dans la *full faith and credit clause* ou, plus accessoirement, dans la *due process clause* de la Constitution fédérale⁷⁶. Ce régime américain de répartition des compétences entre Etats est riche d'enseignements lorsqu'on se retourne vers le droit international et que l'on s'interroge sur la façon dont celui-ci adresse la question de la délimitation des compétences de ses sujets: compte tenu de l'organisation très lâche à laquelle est seulement parvenue, en ce domaine, un Etat fédératif comme les Etats-Unis d'Amérique, on ne voit guère comment on pourrait espérer obtenir du droit international général, qui régit une communauté autrement moins intégrée, des règles plus précises sur la répartition internationale des compétences entre Etats.

46. En ce qui concerne la Suisse, bien que la compétence normative en matière de droit privé soit fédérale⁷⁷, l'hypothèse de conflits de compétences n'est pas à exclure. En effet, il peut arriver qu'un canton légifère dans un domaine attribué par la Constitution fédérale à la Confédération et que cette dernière n'ait pas usé de sa compétence. Le principe de la force dérogatoire du droit fédéral permettra cependant de résoudre le conflit⁷⁸, en consacrant la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal qui lui est contraire. En matière d'exercice de la compétence juridictionnelle, les conflits potentiels disparaîtront définitivement avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les fors en matière civile⁷⁹. En matière internationale tout d'abord, il est admis que la compétence d'édicter des normes de conflit de juridictions

⁷⁵ Les auteurs américains distinguent classiquement, en droit privé, les relations interétatiques (*multistate*) et les relations internationales (*multinational*). Seules les premières nous intéressent ici puisqu'elles seules concernent la coordination, à l'intérieur d'un ordre juridique supérieur (l'ordre juridique fédéral), des systèmes juridiques qui composent cet ordre (les droits des Etats membres).

⁷⁶ La position de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique sur le rôle de la Constitution dans le secteur des conflits de lois et de juridictions interétatiques a varié dans le temps; en matière de conflit de lois, la tendance semble être à la diminution des impératifs constitutionnels, cf. *Allstate Insurance Co. v. Hague*, 449 U.S. 302 (1981); en matière de conflit de juridictions, ces impératifs semblent légèrement plus importants (on parle traditionnellement de "*minimum contact*"); cf. *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186 (1977). Sur le système de compétence directe des tribunaux américains vu d'un point de vue suisse, cf. la thèse de DÖRIG, spéc. p. 121-200.

⁷⁷ Art. 122 al. 1 Cst. féd. (1999), art. 64 al. 1 et 2 Cst. féd. (1874).

⁷⁸ Art. 49 Cst. féd. (1999), art. 3 Cst. féd. (1874).

⁷⁹ Loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 (Loi sur les fors, LFors), FF 2000 p. 2080; cf. Message du Conseil fédéral concernant la nouvelle loi sur les fors du 18 novembre 1998, FF 1999 p. 2829, p. 2844 (édition en langue allemande). Pour une première lecture, cf. BRÖNNIMANN, *Vereinheitlichung des Gerichtsstandsrechts*, p. 8-11.

(*jurisdiction to adjudicate*) relève de la compétence normative de droit privé attribuée au législateur fédéral⁶⁰; en matière intercantonale ensuite, en revanche, la situation a changé. Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale, il était toujours admis que la compétence d'édicter des normes de conflit de juridictions relevait du droit de procédure⁶¹, attribué par la Constitution fédérale aux cantons⁶². Un canton pouvait dès lors user de son pouvoir normatif en matière de procédure civile et édicter des règles de compétence juridictionnelle intercantonale qui entraient en conflit avec celles d'un de ses pairs. Tout comme la Constitution des Etats-Unis d'Amérique prévoit des principes constitutionnels pour parer aux excès législatifs des Etats membres⁶³, l'art. 59 al. 1 Cst. féd. (1874), qui consacrait le for du domicile du défendeur, limitait également, de manière directe même, le pouvoir normatif des législateurs cantonaux en matière de droit de procédure pour les actions personnelles⁶⁴. En revanche, en raison de l'absence du contrôle de constitutionnalité du droit fédéral, le législateur fédéral, lui, a pu édicter tout au long de ce siècle des règles de compétence qui ont dérogé à l'art. 59 al. 1 Cst. féd. (1874)⁶⁵. Avec l'édiction de la nouvelle loi fédérale sur les fors, le législateur a usé de manière exhaustive la compétence qui lui est attribuée, cette fois-ci expressément, par la nouvelle Constitution fédérale⁶⁶. Les fors cantonaux disparaîtront⁶⁷, sauf dans les cas où ils sont réservés⁶⁸ et pour les affaires civiles de droit cantonal.

⁶⁰ Cf. déjà le Message du Conseil fédéral concernant la LDIP, FF 1983 I p. 470 (édition en langue allemande).

⁶¹ Sur le problème d'une manière générale, cf. la thèse de BERTI, *Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts*, *passim*.

⁶² Art. 64 al. 3 Cst. féd. (1874), repris par l'art. 122 al. 2 Cst. féd. (1999).

⁶³ Notamment la *full faith and credit clause* et la *due process clause*.

⁶⁴ Cf. ATF 81 III 9 pour un exemple d'action en matière de droit réel où l'art. 59 Cst. féd. (1874) ne trouvait précisément pas application.

⁶⁵ Sur la question, cf. HESS, *Die Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV*, *passim*.

⁶⁶ Cf. seconde phrase de l'art. 30 al. 2 Cst. féd. (1999).

⁶⁷ Cf. Message du Conseil fédéral concernant la nouvelle loi sur les fors du 18 novembre 1998, FF 1999 p. 2829, p. 2844 (édition en langue allemande).

⁶⁸ Cf. par exemple le for de l'action en intervention et en garantie (art. 8 LFors) et le for de l'action pénale en matière de conclusions civiles (art. 29 LFors). La réserve de l'art. 30 al. 2, 2e phrase Cst. féd. (1999) ne vise pas uniquement le législateur fédéral, mais également les législateurs cantonaux et les traités internationaux. Cf. Message du Conseil fédéral sur la révision de la Constitution fédérale du 20 novembre 1996, p. 184 (édition en langue allemande).

c) L'interprétation à donner à l'arrêt *Lotus*

47. Si le droit international ne fixe pas directement la compétence normative de l'Etat, il peut néanmoins réglementer la manière dont l'Etat fixe cette compétence. C'est ce que semble affirmer l'arrêt *Lotus* lorsqu'il précise, après avoir fixé que ce ne sont pas, directement, les règles "internationales", mais plutôt les "*principes [...] ou règles adoptés par les Etats*", qui fournissent en toute légitimité les solutions aux questions de compétence normative étatique, que cela n'est vrai que sous réserve du respect, par les dispositions que les Etats édictent dans l'exercice de cette fonction, des "*limites que le droit international trace*" à leur "compétence"⁸⁹.

48. Cette interprétation de la motivation de l'arrêt *Lotus* se trouve renforcée par d'autres décisions rendues par la Cour Internationale de Justice en matière de délimitation d'actes étatiques. En matière de délimitation par l'Etat du groupe de ses nationaux, la Cour estima, dans l'affaire *Nottebohm*⁹⁰, que le droit international ne vient pas délimiter directement le groupe d'individus sur lequel l'Etat a compétence personnelle⁹¹, mais qu'il réglemente la façon dont l'Etat délimite ce groupe, en précisant que la nationalité n'est internationalement opposable aux Etats tiers que si elle est en concordance "*avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat*"⁹². En matière de délimitation par l'Etat de son espace maritime, la Cour estima, dans l'affaire des *Pêcheries norvégiennes*⁹³, que le droit international ne délimite pas lui-même l'espace maritime, mais réglemente la délimitation de cet espace effectuée par l'Etat⁹⁴. Ces deux décisions démontrent bien le mode d'intervention du droit international en matière de délimitation des sphères d'influence étatique, notamment celle des compétences normatives étatiques de droit privé tel qu'elle transparaît dans l'arrêt *Lotus*: il laisse les Etats procéder à ces délimitations par des actes unilatéraux en émettant une norme de

⁸⁹ Cf. notamment BÄR, *Extraterritoriale Wirkung*, p. 13: "*Es bleibt [...] praktisch beim Satz, jeder Staat sei frei, doch unter Vorbehalt völkerrechtlicher Einschränkungen.*"

⁹⁰ Cour Internationale de Justice, 6 avril 1955, CJI Recueil 1955, p. 4.

⁹¹ *Ibid.*, p. 23.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Cour Internationale de Justice, 18 décembre 1951, CJI Recueil 1951, p. 116.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 132: "*La détermination des espaces maritimes a toujours un aspect international; elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l'Etat riverain telle qu'elle s'exprime dans son droit interne. S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'Etat a seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des Etats tiers dépend du droit international.*"

fond et n'intervient que pour réglementer la régularité de ces actes unilatéraux de délimitation.

49. Ainsi, la sphère d'influence de l'Etat, pour ce qui est des questions de droit privé, n'est pas délimitée directement par le droit international public, mais ce dernier régit l'acte unilatéral de délimitation auquel peut procéder l'Etat. Il apparaît aussi assez clairement que l'arrêt *Lotus* pose les seules bases réalistes pour une intervention du droit des gens dans les problèmes de compétence normative étatique en matière de droit privé: laisser les Etats régler ces questions eux-mêmes, se bouter à influencer la façon dont ils les règlent en précisant les limites à ne pas franchir, quitte, le cas échéant, à définir plus précisément ces limites au fur et à mesure du développement de la solidarité internationale et de l'intégration de la communauté internationale⁹⁵. En clair, cela signifie que les règles de compétence normative étatique, dans le monde contemporain, sont des règles étatiques et non des règles internationales. L'arrêt *Lotus* ne fournit par conséquent pas d'indication précise sur le contenu des limites internationales à la compétence normative extraterritoriale de l'Etat: il se prononce, certes, explicitement sur les conditions de conformité au droit international d'un acte par lequel un Etat exerce sa compétence d'exécution: "*la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure - sauf l'existence d'une règle permissive contraire - tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat*"⁹⁶. En d'autres termes, un Etat qui exercerait, sans y être spécialement autorisé, son pouvoir de contrainte sur le territoire d'un autre Etat commettrait certainement un fait internationalement illicite⁹⁷. Quant à la compétence de l'Etat pour procéder à des actes normatifs, après avoir posé qu'en la réglant lui-même, l'Etat ne doit "*pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence*", l'arrêt *Lotus* laisse des incertitudes. Les juges concluent en effet seulement qu'en l'espèce, aucune des règles dont la violation, par la Turquie, était alléguée par le gouvernement

⁹⁵ Cf. par exemple WEIL, p. 37: "*the conception of a permissive rule of international law may, in many cases, prove itself to be [...] an impetus for the development of international law.*"

⁹⁶ Publications de la CPIJ, série A, n° 10, arrêt n° 9, 1927, p. 18.

⁹⁷ Cf. parmi de nombreuses autres références, COMBACAU/SUR, p. 362. Certains auteurs vont encore plus loin, et pensent que le droit international contient "*une certitude qui est celle de l'incompétence opérationnelle absolue de l'Etat en dehors de son territoire*"; cf. STERN, *Quelques observations*, p. 16. Cette affirmation nous paraît excessive: l'arrêt *Lotus* exclut la compétence opérationnelle d'un Etat sur le territoire d'un autre Etat, mais non sur les espaces non soumis à une souveraineté étatique, comme l'atteste la faculté internationale qui existe pour tout Etat de constituer un titre territorial originaire sur un territoire sans maître, en y réalisant des actes matériels pour lesquels il n'est évidemment pas opérationnellement incompétent.

français, ne peut être considérée comme un "principe de droit international qui exclurait la compétence de la Turquie [...]".

2. L'absence de limites directes à la compétence normative étatique en droit privé

a) La thèse de l'existence de limites directes

50. Face à ce silence de l'arrêt *Lotus* sur le contenu exact des limites internationales s'imposant aux Etats dans la réglementation de leur compétence normative, il convient de se demander si le droit international contient effectivement, à côté du principe consacré par l'arrêt *Lotus*, certaines règles de compétence normative auxquelles l'Etat ne pourrait déroger en posant ses propres règles.

51. L'idée que le droit international contient de véritables règles de compétence unilatérales restreignant la liberté des Etats de prononcer des commandements extraterritoriaux a été développée en droit pénal. Il est exceptionnel qu'à propos d'un acte illicite quelconque il existe une compétence répressive universelle⁹⁸. Or, la même extraterritorialité qui caractérise certaines lois pénales ou autres réglementations de droit public se retrouve aussi, à l'occasion, devant le juge civil. Un texte anodin comme l'art. 97 al. 2 CO peut par exemple être une norme extraterritoriale; il suffit de penser, par exemple, à un contrat commercial expressément soumis au droit suisse et attribuant compétence au Tribunal de commerce de Zurich, mais qui a pour objet l'exportation de céréales hors du Canada. Ce contrat n'est obligatoire que parce que le CO le prévoit; du même coup, ce Code, tel que l'appliquera un tribunal suisse, en vient à prescrire une exportation de marchandise d'un territoire étranger. Ainsi, la plupart des auteurs qui se prononcent sur le problème de l'extraterritorialité, spécialement les publicistes¹⁰⁰, partent de la

⁹⁸ Publications de la CPJL, série A, n° 10, arrêt n° 9, 1927, p. 18.

⁹⁹ L'exemple classique en est la piraterie, selon une règle coutumière codifiée par l'art. 19 de la Convention de Genève du 29 avril 1958 sur la haute mer et l'art. 105 de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay) du 10 décembre 1982. Cf. aussi, du point de vue américain, le § 404 du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* (1987).

¹⁰⁰ Cf. notamment BROWNLIE, p. 300-305; CARREAU, n° 817-818; ERGEC, p. 36; HIGGINS, p. 10-17; MENG, *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, p. 787; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, n° 300-338; RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles*, n° 65-71; ROUSSEAU, *Droit international public*, Tome III: *Les compétences*, p. 136-137; STERN, *Quelques observations*, p. 21-26; Id., *L'extraterritorialité revisitée*, p. 250. Cf. aussi le § 402 du *Restatement*

même idée en ce qui concerne le droit privé: ils estiment qu'en cette matière également, à l'instar du droit pénal, la compétence normative de l'Etat est non seulement pas totalement illimitée, mais que le droit international contient effectivement des règles limitatives de compétence s'imposant aux Etats. Cette thèse repose sur l'idée que la compétence de l'Etat pour édicter des lois de droit privé est souvent considérée comme fondée soit sur le rattachement territorial, soit sur le rattachement personnel de la relation juridique visée avec l'Etat auteur de la règle de droit¹⁰¹. Significatifs à cet égard sont les développements contenus dans le récent *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)*, publié en 1987 sous les auspices de l'*American Law Institute*, qui consacre plus de 400 pages aux problèmes de *jurisdiction of States*, parmi lesquelles une bonne centaine est dévolue à la détermination des titres de compétence normative (*jurisdiction to prescribe* et *jurisdiction to adjudicate*) et des limites que celle-ci rencontre en droit américain et international¹⁰².

52. La prise de conscience des liens qui existent entre la souveraineté des Etats et leur pouvoir normatif, même si elle n'implique pas d'elle-même

(*Third*) of the *Foreign Relations Law (1987)* et le Projet de résolution de la 19^e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats, art. 2 ch. 3 et 2 ch. 5.

¹⁰¹ On a vu que ces critères de rattachement ont connu un réel succès doctrinal jusqu'au début du XX^e siècle.

¹⁰² On pourrait objecter que la référence, à cet endroit, au *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* est déplacée, parce que ce texte ne concernerait que les problèmes internationaux surgissant à l'occasion de questions de droit *public* (essentiellement de droit public économique), à l'exclusion des questions de droit *privé*, tombant elles, dans le domaine du *Restatement (Second) of the Conflict of Laws (1971)*. Cependant, eu égard aux observations qui suivent, cette objection ne tient pas: certes, il serait erroné de croire que le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* concerne les conflits internationaux de lois et de juridictions (*jurisdiction to prescribe and to adjudicate, recognition of foreign judgments*) quelle que soit la nature, publique ou privée, de la question à l'occasion de laquelle ils surgissent, tandis que le *Restatement (Second) of the Conflict of Laws (1971)* concerne les conflits à l'intérieur de l'Union (cf. par exemple la mise en garde de BRILMAYER, p. 12-13). Mais il serait tout aussi inexact (comme le souligne BRILMAYER, p. 12-13) de dire que le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* traite seulement des conflits de lois ou de juridictions en matière de droit public. La ligne de séparation entre les domaines de ces deux textes est, comme le rappelle BRILMAYER, p. 12-13, la suivante: "le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* s'occupe des conflits entre le droit fédéral américain et le droit d'une autre autorité (il faut entendre par là d'une autorité étrangère); le *Restatement (Second) of the Conflict of Laws (1971)* traite des conflits entre le droit d'un Etat membre de l'Union et celui d'une autre autorité, qu'il s'agisse d'un autre Etat membre de l'Union ou d'un Etat étranger." L'auteur remarque qu'ainsi certaines affaires de droit *privé* tombent dans le domaine du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)*.

l'adhésion à cette thèse¹⁰³, explique sans doute pour une bonne part le phénomène. Nombre d'auteurs passent ainsi du lien entre compétence et souveraineté à la détermination des titres de compétence reconnus par le droit international¹⁰⁴. Le premier chef de compétence est évidemment la compétence *territoriale*, qui donne à l'Etat compétence à l'égard des biens et des personnes situées sur son territoire ou des événements se produisant sur son territoire¹⁰⁵. On admet en général que la règle de rattachement territorial inclut à la fois ce que l'on appelle un principe de *territorialité subjective*, donnant compétence à l'Etat à l'égard des actes ayant reçu un commencement d'exécution sur son territoire¹⁰⁶, et un principe de *territorialité objective*, donnant compétence à l'Etat sur des actes commis à l'étranger, mais dont un des éléments constitutifs, qui peut être l'effet de l'acte, s'est produit sur le territoire¹⁰⁷. En dehors de ce critère territorial, celui de la *personnalité*

¹⁰³ Ainsi, pour MANN, *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*, p. 20, "International jurisdiction is an aspect or an ingredient, or a consequence of sovereignty [...]", mais en même temps, cet auteur considère que, relativement à l'activité législative des Etats en matière de droit privé, le droit international public n'intervient pas en posant des chefs de compétence, mais seulement en réglant la façon dont les Etats règlent les conflits de lois, *ibidem*, p. 31-32; cf. la position de l'auteur vingt ans plus tôt, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 16-17, p. 30-31 et p. 54-56.

¹⁰⁴ Cf. notamment ERGEC, p. 19 et p. 36-37; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, n° 279 et n° 299-300. De même, le Projet de résolution de la 19^e commission de l'Institut de droit international paraît bien déduire de la souveraineté de l'Etat l'étendue de sa compétence, en proposant un art. 2 ch. 2 qui précise que "La compétence de l'Etat est une expression de sa souveraineté [...]" et en retenant immédiatement après que "L'Etat est autorisé à exercer sa compétence dans les limites de son territoire [...]" (art. 2 ch. 3) et que "L'Etat n'est pas autorisé à exercer sa compétence à l'égard de personnes ou de choses situées sur le territoire d'un autre Etat (y compris les lieux assimilés à celui-ci par le droit international) que selon les termes des articles 3 à 8 (compétence extraterritoriale)" (art. 2 ch. 5).

¹⁰⁵ On connaît la formulation absolue de cette compétence normative territoriale de l'Etat énoncée par STORY, § 208: "[...] every nation possesses an exclusive sovereignty and jurisdiction within its own territory. The direct consequence of this rule is, that the laws of every state affect, and bind directly all property, whether real or personal within its territory; and all persons who are resident within it, whether natural born subjects, or aliens; and also all contracts made, and acts done within it."

¹⁰⁶ Le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* formule la compétence territoriale subjective comme suit:

"§ 402 Bases of Jurisdiction to Prescribe

Subject to § 403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect to

(1) (a) conduct that, wholly or in substantial part, takes place within the territory;

(b) the status of persons, or interests in things, present within the territory;

[...]."

¹⁰⁷ Le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* formule la compétence territoriale objective comme suit:

"§ 402 Bases of Jurisdiction to Prescribe

Subject to § 403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect to

(1) [...]

donne à l'Etat compétence à l'égard de ses nationaux où qu'ils se trouvent¹⁰⁸, qu'il s'agisse de personnes physiques qui lui sont rattachées par un lien de nationalité effectif ou qu'il s'agisse de personnes morales qui possèdent sa nationalité, soit en raison de la *situation* de leur siège social ou du lieu de l'administration effective, soit en raison de leur *incorporation*, ou enfin qu'il s'agisse de véhicules, tels que navires ou avions. Aux côtés de ces deux critères généraux, reliés à la souveraineté par le biais de la notion d'"*éléments constitutifs*" de l'Etat¹⁰⁹, est apparue la compétence fondée sur la souveraineté ou de respect de l'ordre interne. Celle-ci se concrétise par des règles de compétences spécifiques, comme celle fondée sur le principe de *protection*¹¹⁰, qui permet à tout Etat d'exercer sa compétence normative extraterritoriale à l'égard de tous faits menaçant son existence ou sa sécurité, celle fondée sur le principe d'*universalité*¹¹¹, permettant à tout Etat de poursuivre les crimes et délits internationaux contre l'humanité commis par des étrangers à l'étranger¹¹² ou celle relative aux *services publics*¹¹³, qui permet à tout

(c) conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory;

[...]."

¹⁰⁸ Le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* formule la compétence personnelle comme suit:

"§ 402 Bases of Jurisdiction to Prescribe

Subject to § 403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect to

[...]

(2) the activities, interests, status or relations of its nationals outside as well as within its territory;

[...]."

¹⁰⁹ STERN, *Quelques observations*, p. 23.

¹¹⁰ Cf. notamment BROWNLIE, p. 304; HIGGINS, p. 12; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, n° 335-336; STERN, *Quelques observations*, p. 25. Cf. également l'art. 7 du Projet de résolution de la 19e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats. Le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* formule ce critère de rattachement comme suit:

"§ 402 Bases of Jurisdiction to Prescribe

Subject to § 403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect to

[...]

(3) certain conduct outside its territory by persons not its nationals that is directed against the security of the state or against a limited class of other state interests."

¹¹¹ Cf. notamment BROWNLIE, p. 304-305; STERN, *Quelques observations*, p. 25; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, n° 335-336. Cf. également l'art. 8 du Projet de résolution de la 19e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats et le § 404 du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)*.

¹¹² Cf. par exemple l'art. 6bis CPS.

¹¹³ Cf. notamment NGUYEN/DAILLIER/PELLET, n° 335-336; STERN, *Quelques observations*, p. 25-26. Cf. également l'art. 11 du Projet de résolution de la 19e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats.

Etat d'exercer sa compétence normative à l'égard de ses services publics à l'étranger et en particulier à l'égard des étrangers qui participent à ces services¹¹⁴. A vrai dire, ces règles particulières, comme le montre leur objet, voient leur champ d'application limité soit au droit pénal, soit au droit public, si bien qu'en ce qui concerne le droit privé, il reste possible de dire que, dans l'esprit des auteurs adoptant la position ici examinée, les seules règles internationales de compétence limitant le pouvoir normatif des Etats sont les règles de compétence *territoriale* et de compétence *personnelle*. Ainsi, ces auteurs ont pu conclure, qu'*"une application extraterritoriale d'une norme qui ne se fonde pas sur l'un de ces rattachements est contraire au droit international"*¹¹⁵. Le droit international contiendrait donc bien, dans cette optique, des règles de compétence conditionnant l'activité législative des Etats, notamment en matière de droit privé.

b) Son rejet

53. Cette manière de présenter le droit international de la compétence a fait l'objet de nombreuses contestations. La majeure partie des auteurs estiment qu'elle est trop rigide¹¹⁶, et même pour ceux qui ne l'écartent pas formellement, sa fidélité au droit international positif n'est souvent admise que

¹¹⁴ Pour une illustration de ces trois principes de rattachement, cf. §§ 402 et 404 du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)*.

¹¹⁵ Cf. notamment STERN, *Quelques observations*, p. 26. Cf. aussi l'art. 3 ch. 1 du Projet de résolution de la 19^e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats: *"La compétence législative extraterritoriale peut être exercée sur la base des principes de personnalité active et passive, de protection et d'universalité énoncés aux articles 5 à 8."*

¹¹⁶ Un certain nombre d'auteurs rejettent implicitement cette manière de voir en adhérant à l'idée que le droit international ne réglemente pas directement la compétence des Etats, spécialement dans le domaine du droit privé. La plupart des internationalistes publicistes sont clairement favorables à l'existence de limites; cf. notamment CARREAU, p. 307; COMBACAU/SUR, p. 346, p. 354; DUPUY, p. 68; ERGEC, p. 25; HIGGINS, p. 4; JOVANOVIĆ, p. 85-88; MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 49; Id., *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*, p. 28; MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung*, p. 313; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, n° 291; STERN, *Quelques observations*, p. 25; ZIEGENHAIN, p. 244.

Nombre des internationalistes privatistes partagent également cet avis; cf. notamment NIEDERER, *Internationales Privatrecht*, p. 63-83; RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles*, n° 72-75; WENGLER, *Internationales Privatrecht*, p. 13-14; moins net, JACQUET, n° 30, qui estime que *"l'ordre juridique de l'Etat ne jouit pas d'une extension universelle"*, et, n° 33, qu'*"a priori l'Etat peut légitimement émettre une norme relativement à n'importe quelle situation [...], en vertu de la compétence normative qui est inhérente à sa qualité et reconnue par le droit international public."*

dubitativement¹¹⁷. Même certains des auteurs qui la soutiennent expriment leurs doutes sur cette parfaite fidélité¹¹⁸.

54. Quant à nous, nous pensons que les deux concepts de territorialité et de personnalité offrent prise à des interprétations multiples et extensives qu'ils en perdent toute précision, devenant source de nombreuses incertitudes¹¹⁹. Premièrement, en ce qui concerne la règle internationale dite de compétence territoriale, elle est interprétée de façon telle qu'en pratique, bien peu de lois ne passerait pas le test qu'elle impose¹²⁰. En outre, avec la globalisation croissante des économies nationales, l'extrême mobilité des facteurs des production, l'apport des nouvelles technologies, le principe dit de territorialité ne vise sans doute plus seulement aujourd'hui à soumettre aux Etats les personnes et les biens qui se trouvent sur son territoire, ou les activités qui s'y déploient, mais aussi celles qui y produisent leurs effets. L'interprétation extensive du critère de rattachement territorial, matérialisée par la doctrine des effets¹²¹, est ainsi à l'origine de l'application extraterritoriale des lois sur la concurrence par exemple¹²². Or, les auteurs sont loin d'un accord sur la

¹¹⁷ Cf. notamment AUDIT, *Extra-territorialité*, p. 426: "L'approche traditionnelle de la compétence internationale, qui fait coïncider les limites de la compétence normative avec celles de la souveraineté (territoire, personnes) n'est peut-être plus adoptée [...]"

¹¹⁸ Cf. notamment STERN, *Quelques observations*, p. 52, où l'auteur manifeste son accord avec l'opinion exprimée par AUDIT, *Extra-territorialité*, p. 426.

¹¹⁹ L'interprétation des principes internationaux de compétence personnelle et de compétence territoriale, et les difficultés qu'elle suscite, font l'objet d'études développées surtout à l'occasion du droit économique publicisé. Sur l'ensemble de la question, cf. notamment le cours général donné par LOWENFELD à l'Académie de droit international de la Haye en 1994, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*. Il ne semble pas que ces principes reçoivent un sens fondamentalement différent dans l'esprit des auteurs qui envisagent (soit pour la rejeter, soit pour y adhérer) leur transposition dans le domaine du droit privé; cf., au sujet de la compétence territoriale, MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 23-51; au sujet de la compétence territoriale et personnelle, cf. STERN, *Quelques observations*, p. 21-26 et p. 30-36.

¹²⁰ Cf. notamment COMBACAU/SUR, p. 351; MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 36-37; STERN, *Quelques observations*, p. 30-31.

¹²¹ La théorie des effets a été énoncée pour la première fois dans l'arrêt *Alcoa* par le juge LEARNED HAND, *Alcoa, US v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2nd 416 (2nd Cir. 1945). Elle a été appliquée récemment pour la première fois par le Tribunal de première instance des Communautés européennes en matière de contrôle des concentrations dans l'affaire *Gencor Ltd c. Commission*, 25 mars 1999, aff. T-102/96.

¹²² Récemment, la doctrine des effets a été invoquée par l'administration américaine pour justifier le § 302 (a) de la loi *Helms-Burton*, permettant aux citoyens américains, dont les biens ont été nationalisés il y a plus de trente ans par le régime cubain, de poursuivre, dans le cadre d'une procédure civile, toute personne physique ou morale qui se rendrait coupable de *trafficking in confiscated property*; cf. *infra*, Partie 1, C. 3. b).

nature de l'effet, ressenti par un Etat, nécessaire pour fonder sa compétence territoriale¹²³. Deuxièmement, en ce qui concerne la règle internationale dite de compétence *personnelle*, l'on se demande d'abord si la compétence personnelle est exclusivement fondée sur un critère de nationalité. En effet, on sait que l'Etat dispose, en droit international, d'une certaine marge de liberté dans la détermination de ses nationaux¹²⁴, ce qui élargit en conséquence le nombre de personnes virtuellement soumises à la compétence personnelle d'un Etat. Au surplus, la compétence personnelle rattache à un Etat non seulement ses ressortissants, mais aussi, au moins dans une certaine mesure, les personnes dont ses ressortissants sont victimes ou bénéficiaires¹²⁵. Viennent s'ajouter à ces difficultés celles que soulève la détermination de la nationalité des personnes morales¹²⁶, dès lors qu'on admet qu'elles aussi tombent sous le coup de la compétence personnelle de l'Etat dont elles ont la "nationalité"¹²⁷. Ici également, la tentative de retenir le critère du *contrôle* pour attribuer une nationalité à une société¹²⁸, et non ceux du siège social ou du lieu de l'incorporation, a contribué à favoriser l'application extraterritoriale du droit national; enfin, l'extension de l'emploi du concept de nationalité à l'égard des biens, et la multiplication des revendi-

¹²³ Notamment si l'effet doit être direct, dirigé ou substantiel, voire intentionnel. La bibliographie dans le domaine du droit économique est surabondante; on ne citera, à titre d'illustration, que quelques auteurs envisageant la question des effets du point de vue de la théorie générale, cf. ERGEC, p. 37; STERN, *Quelques observations*, p. 30-33. Cf. récemment le Projet de résolution de la 19e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats, art. 2 ch. 4. Les mêmes questions se posent à l'égard de l'art. 137 LDIP.

¹²⁴ L'arrêt *Nottebohm* (CII, 6 avril 1955, CII Recueil 1955, p. 4), exige seulement que "le lien juridique de la nationalité" corresponde avec "le rattachement effectif de l'individu à l'Etat."

¹²⁵ En vertu du principe controversé de la personnalité *passive*, sur lequel cf. récemment l'art. 6 du Projet de résolution de la 19e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats: "la compétence personnelle passive doit en tout état de cause, s'exercer dans des limites étroites: elle ne peut être exercée que dans l'hypothèse où l'administration de la justice se trouverait autrement entravée." Ce titre de compétence a également été invoqué par les Etats-Unis pour justifier l'extraterritorialité de la loi *Helms-Burton*; cf. *infra*, Partie 1, C. 3. b).

¹²⁶ En effet, l'entreprise multinationale constitue un groupe qui, comme tel, n'a pas de nationalité. Mais les différents éléments de ce groupe obéissent souvent à des directives communes élaborées par la société-mère. La tentation est donc grande, pour l'Etat sur le territoire duquel siège cette dernière, de considérer les filiales à l'étranger comme ses "nationaux", sinon par un lien de nationalité *stricto sensu*, du moins par une unité économique; cf. notamment ERGEC, p. 56; STERN, *Quelques observations*, p. 25 et 33.

¹²⁷ CII, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 5 février 1970, CII Recueil 1970, p. 1.

¹²⁸ Le contraire, à savoir la tentative de régir la société-mère à l'étranger pour les actes de ses filiales, est tout aussi véridique; cf. CJCE, *ICI Ltd v. Commission*, aff. C-48/69, Rec. 1972, p. 619.

cations de compétence personnelle fondées sur cette nationalité¹²⁹, achèvent de diluer le chef de compétence contenu dans la règle de compétence personnelle, et montrent que les limites que cette dernière pose demeurent extrêmement floues.

55. Il n'est pas rare non plus aujourd'hui que les auteurs estiment insuffisante la simple existence d'un rattachement personnel ou territorial pour fonder la compétence normative d'un Etat au regard du droit international: il faudrait en outre que le lien en question soit "raisonnable"¹³⁰ ou "effectif"¹³¹. Cette restriction aux principes de territorialité et de personnalité est sûrement le résultat de l'interprétation extensive que les Etats ont donné aux rattachements consacrés par ces principes. L'imprécision qui frappe ainsi les

¹²⁹ Quoiqu'en général, la "nationalité" de ces objets n'emporte pas de conséquence sur le terrain de la compétence personnelle de l'Etat auquel ils se rattachent. Ainsi, le problème s'est posé récemment de savoir si la compétence américaine pour interdire la ré-exportation vers l'Union soviétique de biens fondée sur une "nationalité" des biens à raison de leur origine technologique américaine est internationalement licite; cf. l'affaire du Gazoduc sibérien, Arr. Rb. Gravenhage, *Compagnie Européenne des Pétroles SA c. Sensor Nederland B.V.*, 17 septembre 1982, RCDIP 72 (1983), p. 473-479; *RabelsZ* 47 (1983), p. 141-172, obs. Basedow, Jürgen; *ILM* 22 (1983), p. 66; *AJIL* 77 (1983), p. 636.

¹³⁰ Cf. notamment DUPUY, n° 91, p. 68 pour qui, au moins en cas de conflit de compétences, la solution la plus proche du droit positif est "la référence à la notion de rattachement raisonnable de l'activité visée ou de son auteur soit à la compétence territoriale d'un Etat, soit à la compétence personnelle de l'autre"; ERGEC, p. 33-34: "La compétence extraterritoriale suppose en premier lieu qu'il existe un lien substantiel entre l'ordre juridique en question et la situation ou la personne appréhendée par la règle à portée extraterritoriale. Toutefois, il ne suffit pas que le lien soit substantiel, il faut en outre qu'il soit plus étroit que celui que la situation ou la personne pourrait avoir avec un autre ordre juridique"; STERN, *Quelques observations*, p. 45: "Il semble qu'aujourd'hui, il ne suffit plus d'un rattachement territorial ou personnel pour fonder la compétence de l'Etat, il faut encore que ce rattachement soit raisonnable"; Id., *L'extraterritorialité revisitée*, p. 253. Cf. aussi § 403 (1) *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* (1987): "Even when one of the bases for jurisdiction under § 402 is present, a state may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connection with another state when the exercise of such jurisdiction is unreasonable" et l'art. 4 ch. 1 du Projet de résolution de la 19e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats: "La compétence extraterritoriale, quel que soit le titre spécifique invoqué à cet effet, doit être exercée de manière raisonnable, les intérêts juridiques en cause devant être mis en balance."

¹³¹ D'une manière générale, cf. notamment les cours donnés par MANN à l'Académie de droit international de La Haye, *Doctrine of Jurisdiction*, *passim*; Id., *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*, *passim*, et notamment la thèse de ZIEGENHAIN, *passim*, qui reprend la théorie du *genuine link* développée par l'arrêt *Nottebohm*.

chefs internationaux de compétence rend bien peu satisfaisantes les règles qui les consacrent prétendument¹³².

56. Il est ainsi logique de conclure à l'inexistence de règles internationales de compétence venant limiter de manière directe l'activité normative des Etats relative au droit privé¹³³. Le droit international ne pose pas lui-même de chef de compétence législative restreignant la liberté des Etats dans leur activité d'édiction des lois de droit privé; par exemple, en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers, il est parfaitement admis qu'un Etat puisse, à l'occasion d'un rapport de droit purement interne à un autre Etat, et sans que le droit international ne soit violé, appliquer sa propre loi et trancher différemment une question précédemment tranchée par une autorité étrangère¹³⁴. On peut en déduire que le droit international ne contient pas de règle de compétence empêchant qu'un Etat n'intervienne par sa loi matérielle de droit privé dans la solution d'une question de droit surgie à l'occasion d'une relation juridique se déroulant entièrement à l'étranger¹³⁵. *A fortiori* n'en contient-il pas en ce qui concerne les relations de droit privé qui se rattachent à plus d'un Etat. Les règles de compétence *territoriale* et de compétence *personnelle* ne disent donc rien sur la titularité ou l'absence de titularité du pouvoir normatif d'un sujet de droit international. En d'autres termes, on peut affirmer qu'il n'existe pas de règle internationale limitant directement la compétence normative des Etats en matière de droit privé¹³⁶.

¹³² La surabondance de la bibliographie sur le problème dit de l'extraterritorialité des lois montre qu'aucun accord ne réunit définitivement la doctrine en la matière, ce qui est un signe clair de l'insatisfaction suscitée par les principes de territorialité et de personnalité des lois.

¹³³ Cf. notamment AKEHURST, p. 187 et MAYER, *Droit international privé et droit international public*, n° 86 à 89, p. 553-554, qui estiment tous deux que la compétence de l'Etat pour édicter des lois de droit privé est même *internationalement illimitée*, que ce soit directement ou indirectement. Cf. aussi KELLER/SIEHR, p. 183-186 et VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale*, n° 349, p. 221, qui estiment quant à eux que l'absence de réglementation internationale directe de la compétence législative de l'Etat dans le domaine du droit privé n'exclut pas l'existence d'un réglementation internationale du moins *indirecte* de cette même compétence.

¹³⁴ Par exemple, un mariage étranger peut ne pas être reconnu en Suisse, s'il est considéré contraire à l'ordre public matériel du for.

¹³⁵ VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale*, n° 351, p. 222.

¹³⁶ *Ibid.*, n° 353, p. 224.

c) L'assimilation - avec quelques exceptions - de la compétence juridictionnelle à la compétence législative

57. Les développements ci-avant valent *mutatis mutandis*, tant en ce qui concerne la compétence de l'Etat pour édicter des normes législatives de droit privé, qu'en ce qui concerne sa compétence pour édicter des normes juridictionnelles.

58. La plupart des auteurs qui s'interrogent sur le contenu du droit international de la compétence normative étatique soumettent à un régime indifférencié les actes législatifs et les actes juridictionnels¹³⁷. En droit privé, chaque jugement est doté d'une valeur normative autonome, au moins à l'égard des parties au litige qu'il tranche. Une fois qu'il est passé en force de chose jugée, c'est le jugement lui-même et non plus la règle générale qu'il concrétise qui réglera les rapports entre les parties sur le point qu'il tranche: le jugement vaut loi entre les parties. La jurisprudence internationale a d'ailleurs expressément consacré l'assimilation, aux yeux du droit international, de la loi et du jugement¹³⁸. Dans l'arrêt *Lotus* aussi, la Cour, en s'interrogeant sur la compétence des Etats, fait un parallèle permanent entre l'activité juridictionnelle et l'activité législative, ce qui pourrait donner à penser qu'aucune différence n'est reconnue, par le droit international de la compétence, entre ces deux phénomènes normatifs. Ainsi, en droit international, lois et jugements n'apparaissent, à quelques exceptions près, que comme deux manifestations de l'activité normative des Etats, soumises *mutatis mutandis* au même traitement en matière de compétence.

59. Il convient, cependant, d'apporter quelques tempéraments à cette assimilation. En effet, il faut bien admettre que le jugement est autre chose que la loi. Il est édicté à la suite d'une procédure à laquelle participent non seulement un organe de l'Etat, mais aussi les personnes qui souhaitent réaliser leur droit. Or, cette circonstance suscite des problèmes propres, d'ordre procédural et liés à la bonne administration de la justice, qui n'apparaissent pas

¹³⁷ Cf. notamment MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 13: "jurisdiction is concerned with the State's right of regulation [...]. It does not matter whether it is exercised by legislative, executive or judicial measures [...]"; Id., *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*, p. 73; STERN, *Quelques observations*, p. 11: "La compétence normative est le pouvoir qu'a un Etat d'édicter des règles générales ou individuelles, à travers ses organes législatifs, exécutifs ou juridictionnels" et ERGEC, p. 19.

¹³⁸ Cf. CPII, affaire portant sur *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, 25 mai 1926, Publications de la CPII, Série A, n°7, p. 19: "Au regard du droit international et de cette Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives."

lorsque l'on s'interroge sur la compétence de l'auteur d'une norme législative, celle-ci étant, en principe, une règle générale ne nécessitant, en l'absence de contentieux, pas de procédure particulière pour sa mise en œuvre. La question se pose dès lors de savoir si le droit international ne contient pas des règles de compétence juridictionnelle, dotées d'objectifs procéduraux, qui permettraient de rattacher tel litige aux tribunaux de tel Etat, abstraction faite de la question, différente, de la compétence législative de cet Etat relativement aux questions de droit à l'origine de ce litige. Cette question, sans être absolument ignorée par la doctrine internationaliste publiciste européenne¹³⁹, a initialement été envisagée outre-Atlantique, comme en témoigne le § 401 du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)*. Ce texte traite de la question de la compétence de l'Etat selon le droit international, non seulement sous l'angle de sa *jurisdiction to prescribe* (compétence législative) et de sa *jurisdiction to enforce* (compétence d'exécution), mais aussi, et distinctement, sous l'angle de sa *jurisdiction to adjudicate* (compétence juridictionnelle)¹⁴⁰. La même distinction a semblé,

¹³⁹ En fait, rares sont les internationalistes de droit public qui, en Europe, se la posent, ce qui est bien compréhensible, compte-tenu de la réduction généralisée, en droit des gens, du juridictionnel au législatif, et de l'unicité de régime de compétence qui en est communément déduit. Il existe cependant quelques exceptions; AKEHURST, par exemple, p. 152 et p. 179, montre bien, quoique tel ne soit pas son objectif, la différence des problèmes qui se posent, même en droit international, du point de vue de la compétence, selon qu'on est en face d'une question de compétence législative ou d'une question de compétence juridictionnelle.

¹⁴⁰ La distinction a été contestée, au sein même de l'*American Law Institute*, cf. les remarques de MEESSEN, *Conflict of jurisdiction*, p. 49-52, qui parle, au sujet de l'adjonction de la *jurisdiction to adjudicate* comme troisième catégorie de compétence, à côté de la *jurisdiction to prescribe* et de la *jurisdiction to enforce* d'un "considerable lack of enthusiasm for the distinctions made", et à l'extérieur, cf. STERN, *Quelques observations*, p. 11, note 10, pour qui "la nouvelle distinction introduite dans la dernière version du *Restatement* entre *jurisdiction to prescribe*, *jurisdiction to adjudicate* and *jurisdiction to enforce* ne semble pas vraiment pertinente". Les contestations ne sont pourtant pas venues à bout de cette distinction qui a été consacrée par le texte définitif du § 401:

"§ 401 *Categories of jurisdictions*

Under international law, a state is subject to limitations on (a) jurisdiction to prescribe, i.e., to make its law applicable to the activities, relations, or status of persons, or the interest of persons in things, whether by legislation, by executive act or order, by administrative rule or regulation, or by determination of court, (b) jurisdiction to adjudicate, i.e., to subject persons or things to the process of its courts or administrative tribunals, whether in civil or in criminal proceedings, whether or not a state is a party to the proceedings, (c) jurisdiction to enforce, i.e., to induce or compel compliance or to punish non compliance with its laws or regulations, whether through the courts or by use of executive, administrative, police, or other nonjudicial action."

jusqu'à maintenant, devoir être retenue par l'Institut de droit international, dans ses travaux sur la compétence extraterritoriale des Etats¹⁴¹.

60. A l'instar de la compétence normative, nous ne pensons pas qu'il existe aujourd'hui certaines règles internationales non conventionnelles de compétence posant des chefs procéduraux de compétence juridictionnelle que devraient respecter les Etats dont les tribunaux sont saisis d'un litige en matière de droit privé¹⁴². Contrairement à ce que nous avons pu constater dans le domaine de l'activité législative de l'Etat en matière de droit privé, il n'y a pas d'auteur, à notre connaissance, qui soutienne aujourd'hui la thèse de l'existence de véritables règles internationales de compétence à objectifs purement procéduraux, limitant la liberté des Etats de se prononcer sur un cas de droit privé litigieux *par voie juridictionnelle*. Il existe bien certains auteurs¹⁴³ pour soutenir que certains chefs de compétence, admis par des Etats pour fonder la compétence de leurs tribunaux, seraient illicites internationalement. Cependant, leur démarche ne consiste pas à s'interroger directement sur la licéité internationale de l'acte par lequel un Etat statue sur les droits et obligations des litigants, mais sur la licéité internationale de l'acte par lequel un Etat fonde la compétence de ses tribunaux pour statuer sur ces droits et obligations. Aussi, estimer que l'Etat ne pourrait pas retenir certains chefs de compétence sans violer le droit international ne nous paraît pas remettre en cause l'idée que le droit international ne régit pas directement de façon restrictive la compétence juridictionnelle des Etats; cela revient au contraire à admettre qu'il la régit indirectement, en réglant la façon dont les Etats agissent en la matière.

¹⁴¹ Cf. Annuaire de l'Institut de Droit International, session de Milan, vol. 65-1, 1993, p. 174 s. et art. 1 ch. 2 du Projet de résolution de la 19^e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats.

¹⁴² Cf. aussi en ce sens, notamment AKEHURST, p. 170-171: "*customary international law imposes no limits on the jurisdiction of municipal courts in civil trials*"; BUCHER, *Conflits de juridictions*, p. 18; MAYER, *Droit international privé et droit international public*, n° 85, p. 552; VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale*, n° 358, p. 226.

¹⁴³ Par exemple, MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 60, au sujet de la compétence des tribunaux du lieu de situation de l'immeuble. Cet auteur ajoute par ailleurs, p. 80, que l'art. 14 CCFr. "*far exceeds the recognised limits of jurisdiction*." Cette position, il est vrai, n'affirme pas encore l'existence d'une règle internationale de compétence juridictionnelle.

3. L'absence d'une compétence normative étatique totalement illimitée en droit privé

a) La thèse d'une compétence normative totalement illimitée

61. Si l'on admet, négativement, que le droit international général ne pose pas de règle de compétence directe *limitant* la liberté des Etats d'édicter des normes relativement à un rapport de droit privé donné, on peut alors légitimement se demander, positivement et *a contrario*, si le droit international général ne contient pas une vraie règle de compétence normative, mais de nature *totalement permissive*. L'existence d'une telle règle, si elle venait à être établie, anéantirait le principe que nous avons cru pouvoir tirer de l'arrêt *Lotus*, selon lequel le droit international n'interviendrait qu'indirectement dans la résolution des questions de compétence de l'Etat en matière de droit privé, en se bornant à régler la façon dont les Etats les règlent.

62. Dans les matières que l'on peut qualifier de droit public, le droit international confère une compétence exclusive et illimitée à l'Etat, en raison de son implication dans la situation juridique. En effet, *"la situation ne saurait [...] ni être réglée par un autre Etat, ni être abandonnée au néant juridique"*¹⁴⁴. Néanmoins, en matière de droit privé, les compétences ne sont pas exclusives, mais concurrentes. Or, en cette matière aussi, MAYER a soutenu récemment que le droit international confère, en vertu de *l'existence positive d'une règle internationale de compétence totalement permissive*, une compétence totalement illimitée à l'Etat en matière de compétence normative en matière de droit privé¹⁴⁵. Ce résultat est atteint par d'autres auteurs suivant d'autres voies: certains partent de *l'absence de vocation du droit international*¹⁴⁶ à régler ces problèmes; d'autres, sans contester la vocation du droit international en la matière, se bornent à constater *l'absence de règle internationale limitative de compétence*¹⁴⁷. Ce résultat est d'ailleurs vivement contesté par une partie importante de la doctrine¹⁴⁸.

¹⁴⁴ MAYER, *Droit international privé et droit international public*, p. 355.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 26, 349, 547 et 538: "tout Etat peut édicter les normes - lois, jugements, actes publics - qu'il lui plaît, et les déclarer applicable à qui il veut." (n° 30, p. 26).

¹⁴⁶ Cf. notamment, AGO, p. 257-260, et ses disciples. Cette doctrine, au moins à l'origine, fonde la liberté de l'Etat non pas sur une règle permissive du droit international, mais sur un certain dualisme en vertu duquel les questions de conflit de lois et de juridictions appartiendraient à la fameuse catégorie des questions "internationalement irrelevantes."

¹⁴⁷ Cf. notamment AKEHURST, pour qui, d'une part "customary international law imposes no limits on the jurisdiction of municipal courts in civil trials", p. 177, et, d'autre part "there are no rules of

63. La thèse de MAYER découle de deux données juridiques. La première concerne la compétence *juridictionnelle* et tient dans le principe que, du point de vue international, un Etat peut toujours être requis de trancher, par le biais de ses juges, une question de droit privé substantiel donnée: "*aucun Etat n'est incompétent pour prononcer un jugement sur un litige quelconque*"¹⁴⁹. La seconde concerne la compétence *législative* et tient dans le principe que, lorsqu'il est requis de trancher une question de droit privé substantiel, un Etat peut toujours, sans la moindre violation du droit international, écarter, le cas échéant, la norme étrangère dans laquelle se trouve la réponse à cette question, et, corrélativement, substituer à la norme ainsi écartée la sienne propre¹⁵⁰.

b) Le rejet de la thèse de l'existence d'une compétence *juridictionnelle* totalement illimitée

64. La première donnée (compétence *juridictionnelle* internationale systématique d'un Etat sur toute question de droit privé) est justifiée par MAYER de manière légèrement différente selon que le juge saisi est requis ou non "*de rendre possible un acte de contrainte*"¹⁶¹ sur le territoire du for.

65. Dans la première situation, lorsque le juge "*est requis de rendre possible un acte de contrainte sur le territoire*" du for, la justification de la compétence systématique de l'Etat du for, s'explique par le fait qu'en droit international, "*chaque Etat a compétence exclusive pour effectuer les actes de contrainte sur son propre territoire*"¹⁵² et que, par conséquent, "*les tribunaux de chaque Etat ont compétence pour ordonner ou refuser d'ordonner un acte de contrainte destiné à s'exécuter sur le territoire*"¹⁵³. A cet effet, les

international law limiting the legislative jurisdiction of States in questions of what might loosely be described as 'private law'", p. 187.

¹⁴⁸ Cf. notamment VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale*, qui rejette le point de départ des auteurs de la première catégorie, en affirmant la vocation du droit international à régler les questions de conflit de lois et de juridictions, n° 165, et qui critique l'insuffisance de la position des auteurs de la seconde position. Cf. aussi RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles*, n° 72, p. 103, SALMON, dans son intervention lors des délibérations de l'Institut de droit international à propos de la compétence extraterritoriale des Etats, in: *Annuaire - Institut de droit international*, vol. 65, Tome II, 1994, p. 157 et STERN, *Quelques observations*, p. 16-21.

¹⁴⁹ MAYER, *Droit international privé et droit international public*, n° 85, p. 552.

¹⁵⁰ *Ibid.*, n° 88, p. 555.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 547.

¹⁵² *Ibid.*, n° 78, p. 547.

¹⁵³ *Ibid.*, n° 81, p. 548.

tribunaux doivent normalement statuer sur le fond du litige pour vérifier si l'acte de contrainte sollicité correspond ou non aux droits du demandeur; le fondement de la compétence juridictionnelle sera ici la compétence pour contraindre. MAYER reconnaît que le juge saisi peut refuser de connaître du litige, s'il l'estime trop éloigné de lui par exemple. Cependant, ce n'est jamais au profit d'un juge étranger devant la décision duquel il s'inclinera que l'Etat renoncera, le cas échéant, à juger: sa décision reposera simplement sur sa liberté d'écarter toute norme juridictionnelle étrangère¹⁵⁴. Cette liberté a dès lors pour corollaire la liberté de l'Etat de "déterminer lui-même le contenu de l'ordre qu'il adressera à ses organes de contrainte, et donc aussi celle d'examiner par ses juges, le fond du litige"¹⁵⁵.

66. Avant d'aborder la seconde situation - lorsque "le juge n'est pas requis de rendre possible un acte de contrainte sur le territoire" du for - il convient brièvement d'apprécier la première branche de l'alternative proposée. Il est incontestable que les organes de contrainte d'un Etat ont compétence exclusive sur le territoire de cet Etat¹⁵⁶, et que l'Etat du for est le seul à pouvoir habiliter ses organes de contrainte à agir sur son territoire¹⁵⁷. Mais on ne peut pas déduire de ces deux règles, logiquement et nécessairement, que l'Etat a toujours compétence juridictionnelle pour connaître du fond de l'affaire au sujet de laquelle on lui demande de mettre en œuvre ses organes de contrainte. En effet, il ne suffit pas que le droit international permette à l'Etat d'ordonner un acte de contrainte, pour qu'il l'autorise automatiquement à juger le fond de l'affaire¹⁵⁸. Même si le droit international n'impose en principe pas à l'Etat de tenir compte d'un jugement étranger, cette liberté n'a pas pour "corollaire nécessaire" que le droit international autorise l'Etat en question de juger lui-même le litige tranché par la décision évincée. Cette solution n'entraînerait pas un déni de justice, mais consacrerait la liberté,

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ CIJ, affaire du *Lotus*, Publications de la CPJI, Série A, n° 10, arrêt n° 9, 1927, p. 19; cf. *infra*, Partie 3, I. A. 2.

¹⁵⁷ On doit évidemment réserver les cas où un Etat s'engage dans un instrument international à tolérer, sous certaines conditions, la présence ou l'action sur son territoire d'un représentant d'un organe de contrainte étranger; cf. par exemple l'administration de preuves par un *comissioner* du droit anglo-saxon selon l'art. 17 de la Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale du 18 mars 1970 (RS 0.271.132).

¹⁵⁸ Cf. notamment MANN, *Doctrine of Jurisdiction in International Law Revisited*, p. 53: "The existence in fact or in municipal law of the State's power to do a particular act does not by any means imply international right to do so"; STERN, *Quelques observations*, p. 18 *in fine*; VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale*, n° 367.

pour l'Etat requis, d'élaborer un jugement de substitution. En outre, si, tout en se déclarant lui-même incompétent sur le fond, l'Etat saisi refuse, au surplus, et comme il en a le droit, de laisser produire des effets sur son territoire au jugement étranger, la seule conséquence sera que son bénéficiaire ne disposera d'aucun titre juridictionnel permettant l'exercice de la contrainte sur ce territoire. Cette situation serait peut-être regrettable pour la personne qui invoque la décision, mais après tout, si le jugement étranger a été écarté par l'Etat du for, c'est probablement qu'il présentait un vice dont il est aussi injuste de faire pâtir celle des parties au litige qui refuse d'exécuter la décision; si même cette décision ne présentait aucun vice, et avait donc été écartée arbitrairement par l'Etat requis, ce ne serait pas tant l'incompétence d'un tribunal pour rejurer une affaire déjà correctement tranchée, qui serait regrettable, mais bien plutôt la possibilité pour l'Etat en question, d'écarter un tel jugement. *A fortiori*, nous allons voir que lorsque l'Etat n'est pas requis de rendre possible un acte de coercition sur son territoire, l'idée d'une compétence juridictionnelle internationalement illimitée est encore moins justifiée.

67. En effet, lorsque "*le juge n'est pas requis de rendre possible un acte de contrainte sur le territoire*" du for, MAYER affirme une compétence juridictionnelle systématique de l'Etat dont le juge est ainsi saisi, en se fondant sur l'idée de l'éventualité, qui peut toujours se réaliser ultérieurement, d'une requête tendant à la mise en œuvre sur le territoire de l'Etat du for, de mesures de contrainte directement ou indirectement liées au dispositif de la décision qu'on lui demande de rendre¹⁵⁹. Or, si l'on ne peut déduire, *a priori*, de la compétence pour contraindre, la compétence pour juger, on pourra encore moins déduire nécessairement cette dernière de la compétence pour contraindre virtuellement. Cette remarque devrait suffire à faire admettre que l'argumentation examinée ici ne justifie guère l'existence d'une règle internationale de compétence juridictionnelle totalement illimitée. Il convient encore de relever un argument particulier de MAYER, lorsqu'il affirme que si une personne tente d'obtenir un jugement en saisissant les tribunaux d'un Etat sur le territoire duquel il ne pourra pas être exécuté, cet Etat ne sera pas incompétent pour prononcer un tel jugement, car "*il n'en résultera d'effet réel pour les sujets de droit que si un Etat doté du pouvoir de contrainte décide - ce qu'il a toujours la possibilité de faire ou de ne pas faire - de lui donner effets sur son territoire*"¹⁶⁰. L'argument paraît particulièrement con-

¹⁵⁹ MAYER, *Droit international privé et droit international public*, n° 83, p. 550.

¹⁶⁰ *Ibid.*, n° 85, p. 552.

testable¹⁶¹. Tout d'abord, si le jugement émanant d'un Etat dépourvu du pouvoir de contrainte est, à lui seul, sans effet réel, et que cette donnée explique la légitimité systématique d'un tel jugement dans le secteur du droit privé, on ne voit pas pourquoi un Etat ne disposant pas d'un tel pouvoir de contrainte, par exemple dans une affaire où est en cause un souverain étranger agissant dans l'intérêt d'un service public, serait privé du pouvoir de juger cette affaire, et rendrait, s'il passait outre, un jugement irrégulier. De simples "*constructions de l'esprit*", des "*mots prononcés*"¹⁶² n'ont pas plus d'effets à l'égard des personnes publiques qu'à l'égard des personnes privées. Ensuite, à supposer qu'on puisse déduire de l'absence d'"*effet réel*" d'un jugement, l'absence de compétence de son auteur, il est douteux que le jugement qui émane d'un Etat dépourvu du pouvoir de contrainte soit sans effet réel. Dire, de ce point de vue, que les effets d'un jugement qui ne peut pas être exécuté sur le territoire de l'Etat où il est prononcé n'existeront "*que si un Etat doté du pouvoir de contrainte décide [...] de lui donner effet sur son territoire*"¹⁶³ revient à réduire de manière excessive la norme juridique. En effet, ce qui est important, ce n'est pas que la norme conditionne l'attitude des *organes de contrainte*, mais celle de la *partie* à qui on l'oppose. Le jugement d'un Etat, *même incompétent*, peut induire spontanément, chez tel de ses destinataires, un comportement conforme, simplement parce qu'il émane d'une autorité sentie comme compétente, voire simplement par crainte, même erronée, de conséquences néfastes qui risqueraient de résulter de sa violation, et ce d'autant plus que le caractère officiel de la norme, et les menaces de sanctions, astreintes ou autres, qui y sont éventuellement incluses, sont impressionnantes¹⁶⁴. Il n'est dès pas raisonnable de limiter la coercition au seul exercice effectif de la contrainte physique immédiate¹⁶⁵. Les actes législatifs peuvent avoir une incidence, qui sans être coercitive,

¹⁶¹ STERN, *Quelques observations*, p. 18 *in fine*; VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale*, n° 371.

¹⁶² C'est ainsi que MAYER qualifie les droits subjectifs consacrés par les jugements lorsqu'ils sont envisagés indépendamment de la contrainte, MAYER, *Droit international privé et droit international public*, n° 77, p. 545.

¹⁶³ *Ibid.*, n° 77, p. 544.

¹⁶⁴ Cf. dans le même sens, STERN, *Quelques observations*, note 33; VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale*, n° 373.

¹⁶⁵ Cf. RIGAUX, Communication sur l'avancement des travaux de la 19e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats, *Annuaire - Institut de droit international*, session de Strasbourg, 1997, vol. 67-II, 1998, p. 14-15.

serait néanmoins substantielle, sur des personnes situées en dehors du territoire de l'Etat¹⁶⁶.

68. Ainsi, il ne semble pas que d'un point de vue international, un Etat est toujours juridictionnellement compétent pour trancher un litige quelconque de droit privé. Les justifications données, qui reposent implicitement sur une conception faisant de la sanction juridictionnelle ou coercitive de la norme le critère même de la règle de droit, ne paraissent pas convaincantes.

c) Le rejet de la thèse de l'existence d'une compétence législative totalement illimitée en droit privé

69. Tout comme il affirme qu'un Etat est toujours juridictionnellement compétent pour trancher toute question de droit privé, MAYER plaide aussi dans sa seconde donnée pour l'existence d'une compétence législative internationale systématique d'un Etat pour toute question de droit privé, en affirmant qu'*"un juge n'est jamais obligé d'appliquer une loi étrangère, et il est donc toujours libre, s'il est compétent, d'appliquer sa propre loi"*¹⁶⁷.

70. Or, le fait qu'un juge compétent puisse toujours appliquer la loi du for n'implique pas forcément une compétence législative internationalement illimitée de l'Etat du for. La seule déduction qu'il est permis de faire de l'admission de l'idée selon laquelle tout Etat dont les tribunaux sont compétents peut prévoir l'application de la loi du for est uniquement celle de l'absence de règle internationale de compétence législative dont la violation, par un législateur, serait sanctionnée par l'inefficacité, dans les ordres internes, des lois émises. Autrement dit, dire que l'Etat ne viole jamais le droit international lorsque, pour répondre à une question de droit privé qui lui est posée, il écarte les normes posées par autrui, auxquelles il substitue sa propre loi, est inexact.

71. Aussi, l'existence d'une règle internationale de compétence consacrant le caractère illimité de la compétence normative (juridictionnelle ou législative) de l'Etat, dans le secteur du droit privé, n'est pas démontrée.

¹⁶⁶ Ainsi, la presse a analysé comme le résultat d'une pression de la législation *Helms-Burton* certains paiements effectués par un investisseur italien à Cuba, dont les dirigeants se virent refuser l'entrée aux Etats-Unis, en faveur d'une société américaine dont les biens furent confisqués par le régime de Castro et par conséquent susceptible d'introduire un recours en justice; cf. *International Herald Tribune*, 25 juillet 1997, p. 5.

¹⁶⁷ MAYER, *Droit international privé et droit international public*, n° 88, p. 555.

C. Le contenu de la réglementation internationale indirecte de la compétence normative étatique en droit privé

72. Avant de pouvoir se prononcer sur le contenu de la réglementation internationale de la compétence normative étatique de droit privé, il faut encore, faisant suite à la section précédente, évoquer, pour la rejeter, la thèse soutenue par certains de l'absence totale de limites internationales (1). Ce n'est qu'ensuite qu'il sera possible de constater le consensus général sur la conviction - bien souvent instinctive - de l'existence de limites, mais indirectes, à l'exercice de la compétence normative de droit privé (2). Enfin, nous verrons que le droit international offre néanmoins peu d'éléments permettant de définir le contenu de ces limites indirectes; seul le principe de la non-intervention dans les affaires intérieures des Etats constitue une valeur fiable et unanimement reconnue par la communauté internationale, à l'aune duquel les actes d'un Etat pourront être mesurés (3).

1. Le rejet de la thèse de l'absence totale de limites internationales à la compétence normative étatique en droit privé

a) L'existence d'une règle internationale indirecte

73. Il est aujourd'hui clair que le principe d'intervention indirecte du droit international dans la réglementation des questions de compétence relatives à une activité normative en droit privé des Etats, ne souffre ni exception, ni remise en cause: en effet, il n'existe pas d'éventuelles règles internationales fixant directement, positivement ou négativement, la compétence normative des Etats. Reste alors à chercher le contenu exact des règles internationales réglementant indirectement la compétence des Etats dans l'exercice de leurs activités normatives de droit privé. On sait la pauvreté des informations que nous offre sur ce point l'arrêt *Lotus*¹⁶⁸. Sa regrettable discrétion a nourri, en doctrine, les interprétations les plus contradictoires: nous avons déjà vu¹⁶⁹ comment elle a conduit nombre d'auteurs, cherchant, envers et contre tout, des règles internationales de compétence, dans des voies sans issue.

74. Même parmi ceux qui admettent que ce sont les Etats, et non le droit international général, qui règlent par leurs droits nationaux leur compétence, les opinions divergent sur l'emplacement précis des limites internationales.

¹⁶⁸ Cf. *supra*, Partie 1, I. B. 2. a).

¹⁶⁹ Cf. *supra*, Partie 1, I. B. 2. et 3.

Les auteurs peuvent être classés en deux catégories. L'une d'elle réunit ceux qui soutiennent que le droit international ne met aucun obstacle à la liberté des Etats à poser librement les règles de compétence (b); il conviendra de la rejeter (c). Dans l'autre se retrouvent ceux qui considèrent que certaines limites internationales - indirectes - existent (2); il conviendra de l'adopter.

b) La thèse de l'absence totale de limite internationale

75. Nous avons déjà eu l'occasion d'examiner, pour les rejeter, diverses positions doctrinales soutenant non seulement l'inexistence de toute limite internationale à la compétence normative de l'Etat en droit privé, mais soutenant en plus une compétence normative positive totalement illimitée¹⁷⁰.

76. Ici, la thèse que nous allons exposer est différente. Défendue par AKEHURST en Angleterre, HELDRICH en Allemagne et MATSCHER en Autriche¹⁷¹, elle n'affirme ni que le droit international n'a pas vocation à régler les questions de compétence normatives des Etats en matière de droit privé, ni que le droit international a vocation à les résoudre, mais qu'il les résout effectivement par une règle totalement permissive. De manière plus pragmatique, AKEHURST soutient qu'aucune des nombreuses et diverses revendications ou affirmations de compétence qui ont pu être effectuées par un Etat quelconque dans le domaine de la réglementation des rapports de droit privé, n'a jamais été sérieusement contestée ou protestée par la voie diplomatique par les autres Etats membres de la communauté internationale, même lorsque ces revendications ou affirmations de compétence portaient sur des affaires sans contact réel avec le juge ou la loi désignée par la règle de compétence. Et lorsque des protestations ont été élevées, elles n'ont pas porté sur l'exercice de la compétence, mais sur le contenu des décisions ainsi rendues¹⁷². Cette absence de réaction tendrait à démontrer, selon ces auteurs, que le droit international ne pose pas de limite à la compétence juridictionnelle¹⁷³ ou législative¹⁷⁴ des Etats en matière de droit privé.

¹⁷⁰ Cf. *supra*, Partie 1, I. B. 3.

¹⁷¹ Cf. les imposantes études respectives sur la compétence de AKEHURST et HELDRICH, citées dans la bibliographie, et la contribution de MATSCHER, *Überlegungen*, également citée dans la bibliographie.

¹⁷² AKEHURST, p. 176-177.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 170. En ce sens aussi le *Bundesgerichtshof* allemand, BGHZ 30, p. 3: "*Mangels allgemein gültiger internationaler Normen bestimmt jeder Staat selbst, in welchem Umfang er die Gerichtsbarkeit für sich in Anspruch annimmt.*"

c) Son rejet

77. L'argument développé par AKEHURST et HELDRICH n'emporte pas conviction, et ce pour trois raisons essentielles.

78. Tout d'abord, en matière privée, les intérêts étatiques ne sont que médiatement impliqués, sauf si un Etat étranger est directement intimé, dans lequel cas les règles en matière d'immunité des Etats fixent clairement les limites de compétences. Cette allocation des intérêts explique pourquoi les protestations par voie diplomatique ne sont que très rares. Au contraire, en matière de droit privé, c'est par la non-reconnaissance du jugement étranger par l'Etat requis que la protestation se matérialisera. Ainsi, la reconnaissance d'injonctions extraterritoriales a parfois été refusée si la compétence du tribunal étranger à l'égard du défendeur paraissait elle-même contestable¹⁷⁵ ou si le tribunal étranger conteste lui-même la compétence de l'Etat requis¹⁷⁶. La sanction, s'il y en a une, se situe donc au niveau de la décision individuelle, sans impliquer l'Etat en tant qu'acteur de la communauté internationale elle-même. Ensuite, il n'est possible d'inférer d'une abstention des Etats, et spécialement de leur absence de réclamation diplomatique relativement à une certaine pratique de leurs pairs, l'existence d'une règle internationale autorisant cette pratique qu'à condition que cette abstention repose effectivement, dans l'esprit de ceux à qui elle est imputable, sur le sentiment que la règle de droit international applicable à ladite pratique est permissive. Or, en cette matière, il est difficile de dire si la passivité des Etats satisfait la condition d'*opinio juris* nécessaire à la formation des règles coutumières. Par ailleurs, il semble que c'est bien plutôt le doute général quant à l'emplacement exact des limites internationales qui réfrène les velléités de protestations que pourraient susciter chez un Etat les revendications d'une compétence étendue

¹⁷⁴ AKEHURST, p. 177: "In practice the assumption of jurisdiction by a State does not seem to be subject to any requirement that the defendant or the facts of the case need have any connection with that State..." pour conclure "It is hard to resist the conclusion that [...] customary international law imposes no limits on the jurisdictions of municipal courts in civil trial." Dans le même sens déjà, HELDRICH, p. 766.

¹⁷⁵ Cf. notamment *British Nylon Spinners, Ltd v. Imperial Chemical Industries Ltd* [1953] Ch.D. 1925 (CA), interdisant l'exécution de l'injonction extraterritoriale américaine rendue dans *United States v. Imperial Chemical Industries, Ltd*, 105 F.Supp. 215 (S.D.N.Y 1952) tout en reconnaissant que "there is no doubt that it is competent for the country of a particular country, in a suit between persons who are either nationals or subjects of that country or are otherwise subject to its jurisdiction, to make orders in personam against one such party - directing it, for example, to do something or refrain from doing something in another country affecting the other party to the action."

¹⁷⁶ Dans le cadre des *anti-suit injunctions* notamment, développées par la jurisprudence anglo-saxonne; cf. plus en détail, *infra*, Partie 1, III. C. 3.

émises par un autre Etat en matière de droit privé. Ainsi, l'abstention des Etats devant les affirmations de leurs pairs relatives à la compétence de droit privé ne peut pas être analysée comme l'indice d'une absence de limites internationales en la matière. Enfin, on peut penser que l'absence généralisée de protestations des Etats face à la pratique habituelle de leurs pairs dans le domaine de la compétence en matière de droit privé a pour signification non pas l'absence de limite à la compétence normative de l'Etat, mais le respect généralisé de ces limites. Même si AKEHURST montre certains exemples de chefs de compétence législative ou juridictionnelle retenus par les Etats sans contestation de la part de leurs pairs, alors que tout lien entre ce litige ou ce rapport de droit et l'Etat en question est absent, nous ne pensons pas qu'on puisse précisément en déduire une absence totale de limite internationale à la compétence étatique: il est certain que si tel Etat décidait par exemple d'assujettir à sa loi privée et à ses tribunaux tous les ressortissants de tel autre Etat, un tel acte susciterait de la part de l'Etat ainsi défié sans aucun doute des protestations diplomatiques.

79. Ainsi, on peut affirmer que l'absence ou la relative rareté de protestations diplomatiques des Etats dans le secteur de la compétence législative ou juridictionnelle de droit privé ne permet pas d'inférer l'absence de limite internationale à la compétence normative de l'Etat en cette matière.

2. L'adoption de la thèse de l'existence de limites internationales indirectes à la compétence normative étatique en droit privé

a) Le consensus doctrinal sur l'existence de limites

80. Instinctivement, il semble incontestable que certaines limites existent¹⁷⁷. En outre, la Cour Permanente de Justice Internationale, dans l'affaire du *Lotus*, n'a pas dit que l'Etat pouvait en principe exercer une compétence normative extraterritoriale illimitée: elle a simplement énoncé qu'il n'y avait pas d'interdiction générale de l'exercice d'une certaine compétence normative extraterritoriale. En effet, elle n'a pas dit que le droit international était loin de défendre aux Etats d'étendre leurs droits et leurs juridictions à toutes les personnes, tous les biens, tous les actes situés hors de leur territoire, ce

¹⁷⁷ On se rappellera des paroles de Lord ELLENBOROUGH dans *Buchanan v. Ryder*, (1808) 9 East 192: "Can the Island of Tobago pass a law to bind the rights of the whole world? Would the world submit to such an assumed jurisdiction", citées par HEINI, *Jurisdiktion und Jurisdiktionsgrenzen*, p. 95.

qui aurait effectivement signifié l'existence d'une règle permissive générale de droit international public. D'ailleurs, en général, les auteurs s'accordent à reconnaître l'existence de limites internationales s'imposant à l'Etat dans son activité normative législative ou juridictionnelle. C'est l'emplacement exact de ces limites, autrement dit le contenu des règles internationales qui les posent, qui fait difficulté.

81. La plupart des internationalistes publicistes¹⁷⁸, sans compter les nombreux auteurs¹⁷⁹ pour qui la compétence normative étatique comporte les deux limites, territoriale et personnelle, traditionnelles, et nombre de leurs homologues de droit privé¹⁸⁰ qui se prononcent sur la question de l'étendue de la compétence normative étatique, considèrent que le droit international n'est pas totalement permissif ou silencieux en la matière, et qu'un Etat donné ne peut légitimement, au regard de l'ordre international, édicter des normes juridiques pour tous les rapports de droit privé au monde. La pratique internationale également nous enseigne que les Etats ne sont pas totalement libres dans l'édiction de leurs normes de compétence, soit législative, soit juridictionnelle¹⁸¹. On rappellera simplement à ce titre la bonne centaine de pages que consacre le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* à la détermination des titres de compétence (*jurisdiction to prescribe* et *jurisdiction to adjudicate*) et des limites que celle-ci rencontre en droit américain et international.

82. Présentée ainsi, la proposition ne devrait pas faire de doute. Cependant, cette relative harmonie dont fait montre la doctrine au sujet de l'existence de limites internationales s'imposant à l'Etat dans l'exercice de sa

¹⁷⁸ Cf. notamment CARREAU, p. 307-308; COMBACAU/SUR, p. 346 et p. 354; DUPUY, n° 91, p. 68; ERGEC, p. 25-26; FITZMAURICE, n° 119-120, p. 218-219; HIGGINS, p. 4-5; JOVANOVIĆ, p. 85-88; JIMENEZ DE ARECHAGA, p. 179-182; MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 49; Id., *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*, p. 31-32; NGUYEN/DAILLIER/PELLET, n° 291, p. 436; STERN, *Quelques observations*, p. 25; WILDHABER, *Jurisdiktionsgrundsätze*, p. 99-109.

¹⁷⁹ Cf. *supra*, Partie 1, I. B. 2. b) et HABSCHEID/RUDOLF, p. 7-45 et 47-76.

¹⁸⁰ Cf. notamment en général NIEDERER, *Internationales Privatrecht*, *passim*; RIGAUX, *Les situations juridiques individuelles*, n° 72-75, p. 103-108; WENGLER, *Völkerrechtliche Schranken*, *passim*; moins net, JACQUET, n° 30, p. 345, qui estime que "l'ordre juridique de l'Etat ne jouit pas d'une extension universelle", et qu'"a priori l'Etat peut légitimement émettre une norme relativement à n'importe quelle situation [...], en vertu de la compétence normative qui est inhérente à sa qualité et reconnue par le droit international public", n° 33, p. 346.

¹⁸¹ L'arrêt *Nottebohm* exige au moins que "le lien juridique de la nationalité" corresponde avec "le rattachement effectif de l'individu" à l'Etat, cf. *supra*, Partie 1, I. B. 1. c).

compétence, se transforme en confusion lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu précis des règles internationales en la matière¹⁸².

b) Les affirmations diverses de l'existence de limites internationales

83. Suivant les auteurs, l'exercice de la compétence normative par l'Etat varie entre un critère assez flou, qui serait valable pour toutes les activités de l'Etat (obligation de "modération et de mesure"¹⁸³, simple nécessité de "indirekten Inlandsbezugs"¹⁸⁴), et un critère plus précis (la compétence normative existerait au profit d'un Etat "si son contact avec un complexe de faits donné est si étroit, si substantiel, si direct, si pesant, que légiférer à leur égard est en harmonie avec le droit international [...]")¹⁸⁵).

84. Entre ces deux types de limites, on rencontre une multitude de variantes: interdiction, pour l'Etat, de régler les questions avec lesquelles il n'a "aucun rapport"¹⁸⁶; interdiction du rattachement territorial "purement fortuit ou dénué de tout caractère significatif"¹⁸⁷ ou "tenu"¹⁸⁸; nécessité d'un "point de contact significatif"¹⁸⁹; nécessité d'un "minimum contact"¹⁹⁰; nécessité d'un "genuine link"¹⁹¹, d'un lien "d'une certaine intensité"¹⁹², "substantiel"¹⁹³,

¹⁸² Cf. par exemple ERGEC, p. 29: "Si l'accord est quasi-unanime sur ce que la compétence extraterritoriale tombe sous l'empire du droit international, des divergences apparaissent en revanche quant à la portée et à l'étendue de cette réglementation."

¹⁸³ Cf. l'opinion du juge FITZMAURICE dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 5 février 1970, CIJ Recueil 1970, p. 105; cf. *supra*, Partie 1, I. A. 3. c).

¹⁸⁴ WENGLER, *Internationales Privatrecht*, p. 936.

¹⁸⁵ MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 49: "A State has (legislative) jurisdiction, if its contact with a given set of facts is so close, so substantial, so direct, so weighty, that legislation in respect of them is in harmony with international law and its various aspects (including the practice of States, the principles of non-interference and reciprocity and the demands of interdependence)."

¹⁸⁶ JIMENEZ DE ARECHAGA, p. 182.

¹⁸⁷ COMBACAU/SUR, p. 355.

¹⁸⁸ NGUYEN/DAILLIER/PELLET, n° 291, p. 436.

¹⁸⁹ VERDROSS/SIMMA, § 1183.

¹⁹⁰ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945); cf. aussi JIMENEZ DE ARECHAGA, p. 182.

¹⁹¹ Cf. l'affaire *Nottebohm* devant la Cour Internationale de Justice, CIJ Recueil 1955, p. 23 et la thèse de ZIEGENHAIN.

¹⁹² VAN HECKE, p. 418.

¹⁹³ ERGEC, p. 33; JOVANOVIĆ, p. 87.

"substantiel et bona fide"¹⁹⁴, "substantiel et significatif"¹⁹⁵, "suffisant"¹⁹⁶, "sinnvoll"¹⁹⁷ ou d'un "hinreichender Inlandsbezug"¹⁹⁸; nécessité "d'un certain rattachement des faits extraterritoriaux pris en compte ou de la situation extraterritoriale régie avec l'Etat"¹⁹⁹; voire nécessité d'un "intérêt raisonnable"²⁰⁰. En Suisse, deux textes législatifs mentionnent expressément, mais sans le définir, le "lien suffisant" avec la Suisse comme critère de rattachement, à savoir l'art. 3 LDIP, en vigueur depuis le 1er janvier 1989, prévoyant le for de nécessité²⁰¹ et l'art. 271 al. 1 ch. 4 de la LP, en vigueur depuis le 1er janvier 1997, prévoyant le for du cas du séquestre lorsque le domicile du débiteur est à l'étranger²⁰².

85. Ainsi que conclut la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères dans un avis de droit du 19 octobre

¹⁹⁴ BROWNLIE, p. 309.

¹⁹⁵ KESSEDIAN, Document préliminaire No 7, p. 37.

¹⁹⁶ DEMARET, p. 26.

¹⁹⁷ GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 374.

¹⁹⁸ BGH, 2 juillet 1991, BGHZ 115, p. 90 (restriction du for du patrimoine selon § 23 ZPO), DWiR 1991, p. 239, obs. Schütze, Rolf; JZ 1992, p. 51-56, obs. Schack, Haimo; NJW 1991, p. 3092-3095, obs. Geimer, Reinhold, *ibid.*, p. 3072; NJW 1992, pp. 3062, obs. Mark, Jürgen/Ziegenhain, Hans-Jörg; NJW 1992, p. 3066, obs. Fricke, Martin; RIW 1991, p. 856-858, obs. Fischer, Klaus; RIW 1992, p. 57-59; IPRax 1992, p. 160, p. 140, obs. Schlosser, Peter; WM 1991, p. 1692; ZZZ 105 (1992), p. 314-318, obs. Lüke, Wolfgang, et surtout la thèse de KLEINSTÜCK.

¹⁹⁹ STERN, *Quelques observations*, p. 20.

²⁰⁰ C'est la notion sous-jacente au *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* (1987), § 403 (pour la *jurisdiction to prescribe*), § 421 (pour la *jurisdiction to adjudicate*) et § 431 (pour la *jurisdiction to enforce*) et soutenue par l'un des pères du *Restatement (Third)*, LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*. Cf. en doctrine suisse SCHNYDER, *Wirtschaftskollisionsrecht*, p. 101.

²⁰¹ Art. 3 LDIP: "Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisse du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes." Cf., en dernier lieu, OTHENIN-GIRARD, *Quelques observations sur le for de nécessité*, p. 251.

²⁰² Art. 271 al. 1 ch. 4 LP: "Le créancier d'une dette échue et non garantie par un gage peut requérir le séquestre des biens du débiteur: [...]"

4. Lorsque le débiteur n'habite pas en Suisse, s'il n'y a pas d'autre cas de séquestre, pour autant que la créance ait un lien suffisant avec la Suisse ou qu'elle se fonde sur un jugement exécutoire ou sur une reconnaissance de dette au sens de l'article 82, 1er alinéa;"

Cf. en dernier lieu sur la notion du lien suffisant de la créance avec la Suisse: ATF 124 III 219, commenté par MUMENTHALER, *Le séquestre des biens du débiteur domicilié à l'étranger*, p. 302.

1979²⁰³, fondé sur une opinion de WILDHABER, aucune règle générale claire et concrète n'existe. WILDHABER a lui-même préconisé que "*pour l'ensemble des cas de ce genre, il s'agit de peser tous les éléments. Ce faisant, on partira de l'exigence d'un lien étroit entre l'Etat et l'acte considéré, exigence qui est fondée sur les principes de la souveraineté, de la courtoisie, de la non-ingérence, de la réciprocité, de la proportionnalité, de l'interdiction de l'arbitraire et de l'abus de droit, ainsi que sur le principe de la bonne foi*"²⁰⁴. Plus généralement, c'est sans doute l'idée de caractère raisonnable du rattachement qui se laisse percevoir derrière le foisonnement d'expressions que l'on vient de mentionner. Cette exigence peut être déduite du principe de bonne foi, duquel on peut retenir l'idée, en matière de compétence internationale, que les Etats ne doivent pas commettre d'abus dans l'usage de leur compétence qui les conduirait à empiéter sur la souveraineté d'un autre Etat et que tout exercice de compétence extraterritoriale doit être fondé sur un rattachement raisonnable de la situation avec l'Etat. Cette idée a également été exprimée par la Cour Internationale de Justice, par exemple dans l'affaire concernant les droits des citoyens des Etats-Unis d'Amérique au Maroc, où elle devait qualifier la manière dont la France avait exercé ses pouvoirs en estimant, pour des raisons douanières, la valeur des biens importés par les Américains, et qu'elle admit que "*la compétence de procéder aux estimations est conférée aux autorités douanières; cependant, cette compétence doit être exercée raisonnablement et de bonne foi*"²⁰⁵. L'idée du caractère raisonnable et de la protection de la bonne foi a également été exprimée par le juge FITZMAURICE dans son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, où il contestait la compétence des tribunaux espagnols pour connaître de la faillite de la *Barcelona Traction*²⁰⁶. Enfin, elle constitue le fondement de la *jurisdiction* dans le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* (1987)²⁰⁷.

²⁰³ reproduit dans CAFLISCH, *La pratique suisse en matière de droit international public* 1980, p. 246-253.

²⁰⁴ WILDHABER, *Multinationale Unternehmen*, p. 70: "*Es geht also in allen derartigen Fällen um ein sorgfältiges Abwägen, ausgehend vom Erfordernis einer engen Verbindung zur erfassten Handlungen, beruhend auf den Topoi der Souveränität, Courtoisie, Nichteinmischung und Reziprozität, der Verhältnismässigkeit, des Willkür- und Rechtsmissbrauchsverbots und des Vertrauensschutzes.*"

²⁰⁵ CIJ, 27 août 1952, CIJ Recueil 1952, p. 212 (soulignement par l'auteur).

²⁰⁶ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 5 février 1970, CIJ Recueil 1970, p. 105, reproduite *supra*, Partie 1, I. A. 3. c).

²⁰⁷ Cf. § 403 (1) sur les "*Limitations on Jurisdiction to Prescribe*":

c) L'insuffisance des limites traditionnelles

86. L'idée de la nécessité qu'existe, entre l'Etat et les relations juridiques soumises à son droit, un lien raisonnable, si elle a pour elle l'autorité attachée intuitivement à la raison²⁰⁸, manque de précision²⁰⁹ et connaît autant d'interprétations qu'elle a d'interprètes. Comme exemple extrême, on ne citera que GEIMER, qui estime que, dans un litige entre particuliers, le simple fait pour une partie d'introduire une action en un lieu quelconque crée déjà un lien raisonnable entre l'Etat du for et la cause qui lui est soumise²¹⁰. Les promoteurs d'une règle de compétence totalement illimitée n'ont pas manqué de le relever²¹¹. Le caractère *raisonnable* d'un acte s'apprécie en effet au regard de certains standards en vigueur dans l'ordre juridique appelé à évaluer et à juger cet acte; lorsque l'impératif de conformité à la raison est posé par l'ordre juridique international, c'est donc au regard des standards internationaux que le caractère raisonnable d'une conduite devra être apprécié. Or, ces standards sont largement passés sous silence par une grande partie de la doctrine, qui préfère se contenter de communiquer son intuition, sans faire de démonstration²¹². En l'absence d'informations plus précises, le résultat sera inmanquablement la divergence des interprétations étatiques du concept international de ce qui est *raisonnable*. Ces divergences pourraient certes être progressivement réduites par une oeuvre législative universelle ou une jurisprudence internationale

- (J) *Even when one of the bases for jurisdiction under § 402 is present, a state may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connections with another state when the exercise of such jurisdiction is unreasonable*" (soulignement par l'auteur).

²⁰⁸ Cf. MEESSEN, *Conflict of jurisdiction*, p. 56, qui demande très justement: "Who would like to be known as objecting to reasonableness?"

²⁰⁹ Sur la définition de la notion de "raisonnable", cf. le cours donné en 1994 à l'Académie de droit international de La Haye par LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*.

²¹⁰ GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 371. Le Tribunal fédéral admet déjà l'existence d'un lien suffisant de la créance avec la Suisse au sens de l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP lorsque les juridictions suisses, que ce soit en vertu des règles de compétence de la LDIP ou d'une élection de for, sont compétentes *ratione loci* pour connaître de l'action, cf. ATF 124 III 219 c. 3 b) bb), et ce alors même que la créance litigieuse n'a aucun lien physique avec la Suisse; cf. MUMENTHALER, *Le séquestre des biens du débiteur domicilié à l'étranger*, p. 305.

²¹¹ MAYER, *Droit international privé et droit international public*, p. 29: "Cette exigence est de celles que tout auteur d'une règle cherche naturellement à respecter, de sorte que le véritable guide est ici, directement, la raison, et que le détour par le droit international public est inutile. Celui-ci ne peut être d'une aide quelconque à l'auteur de la règle de conflit que dans la mesure où il a déjà donné un contenu précis aux exigences de la raison."

²¹² Cf. notamment VAN HECKE, p. 418; JOVANOVIĆ, p. 85-88.

sur les litiges auxquels elles donnent lieu²¹³. Mais ni une telle oeuvre législative universelle²¹⁴, ni une telle jurisprudence n'existe pour l'heure, laissant survivre les ambiguïtés du rattachement raisonnable²¹⁵.

87. Les rares auteurs qui, d'ailleurs, proposent des références destinées à permettre d'apprécier le caractère internationalement raisonnable d'un acte étatique de délimitation des compétences n'exploitent guère ces standards de façon satisfaisante²¹⁶. Il en résulte une sérieuse perte de crédibilité des propositions doctrinales traditionnelles relatives aux limites internationales de la compétence normative des Etats. Dire, par exemple, qu'un lien "*fortuit ou dénué de signification*"²¹⁷ entre un Etat et un rapport juridique ne fonderait pas la compétence normative de l'Etat en matière de droit privé, paraît parfaitement conforme à un éventuel principe international de rattachement raisonnable; il reste néanmoins douteux qu'un Etat ne présentant qu'un lien "*fortuit*" ou "*non significatif*" avec un rapport de droit privé donné ne puisse - au regard du droit international général - s'estimer compétent pour faire trancher par ses juges les litiges surgissant à l'occasion de ce rapport, et même déclarer, par son droit international privé, que sa loi y sera applicable²¹⁸. On saluera cependant l'effort tenté par les auteurs du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* au § 403 (2) de définir les éléments permettant de déterminer ce caractère raisonnable:

²¹³ Cf. notamment DEMARET, p. 28: "*La notion de lien suffisant ou de contact minimum ne prend un sens juridique que si son contenu se fixe à travers une jurisprudence.*"

²¹⁴ Cf. cependant en particulier l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé. Faut-il encore que son application soit contrôlée par une juridiction supranationale...

²¹⁵ Cf. notamment DEMARET, p. 28: "*En l'absence d'une juridiction internationale chargée de l'appliquer, le concept de lien suffisant n'est pas très utile: y a-t-il en effet beaucoup d'Etats qui édictent des normes applicables à des situations sans grand lien avec des intérêts dont leur territoire est le centre ?*"

²¹⁶ Ainsi, MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 49, qui propose qu'on analyse le caractère substantiel du lien rattachant un complexe de faits à un Etat, au regard de "*la pratique des Etats, des principes de non-interférence et de réciprocité, et des exigences de l'interdépendance*", va nettement au-delà de ces principes, en estimant, p. 57-59, que l'Etat internationalement compétent pour régler une question de responsabilité délictuelle est celui sur le territoire duquel le délit a été commis.

²¹⁷ STERN, *L'extraterritorialité revisitée*, p. 253.

²¹⁸ Un lien territorial fortuit est en effet de nature à fonder la compétence juridictionnelle d'un Etat au regard du droit international (par exemple, une "*visite*" sur le territoire anglais de quelques secondes serait suffisante pour fonder la compétence *in personam* du juge anglais), et le juge ainsi compétent peut toujours écarter, dans une situation concrète, pour contrariété à l'ordre public international du for, la loi d'un Etat tiers, substantiellement reliée au rapport litigieux, et appliquer la sienne propre.

"(2) *Whether exercise of jurisdiction over a person or activity is unreasonable is determined by evaluating all relevant factors, including, where appropriate:*

- a) the link of the activity to the territory of the regulating state, i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effects upon or in the territory;*
- b) the connections, such as nationality, residence or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom regulation is designed to protect;*
- c) the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted;*
- d) the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation;*
- e) the importance of the regulation to the international political, legal or economic system;*
- f) the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system;*
- g) the extent to which another state may have an interest in regulating the activity; and*
- h) the likelihood of conflict with regulation by another state."*

88. Enfin, on doit reconnaître que la sorte d'évidence axiomatique²¹⁹ dont est généralement créditée l'idée que la compétence normative de l'Etat en matière de droit privé n'est pas internationalement illimitée, en affaiblit le système de défense face aux attaques lancées à son encontre par les partisans de l'absence de limite. Il est sûr qu'en l'absence de démonstration de leur véracité, l'adhésion à ces principes premiers prend l'allure d'un acte de foi, ou alors d'une stipulation purement conventionnelle qui n'aurait de valeur que dans le système qui en découle. Il nous semble pourtant que les limites internationales à la compétence de l'Etat, lorsqu'est en cause son activité normative en matière de droit privé, ne sont pas posées par un axiome originel, mais sont contenues dans une règle déductible de certains principes incon-

²¹⁹ Cf. l'opinion individuelle du juge Fitzmaurice, dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, 5 février 1970, CIJ Recueil 1970, p. 105, où l'éminent auteur considère que le droit international "postule l'existence de limites" aux sphères de compétence des Etats; cf. *supra*, Partie 1, I. A. 3. c).

testés du droit des gens. Dès lors, il suffit de se référer à ces principes, et à leurs conséquences nécessaires sur les droits étatiques de la compétence, pour vérifier l'existence et le contenu des limites internationales s'imposant à l'Etat dans son activité de fixation des circonstances aptes, à ses yeux, à fonder sa compétence normative, ou celle d'un de ces pairs, relativement à une question de droit privé donnée²²⁰.

3. Le principe de la non-intervention dans les affaires intérieures d'un Etat comme limite indirecte à la compétence normative étatique en droit privé

a) Les deux éléments de l'intervention illicite

89. Le seul cas certain dans lequel le droit international estimera qu'un Etat outrepassa les limites internationales relatives à l'exercice de sa compétence normative en droit privé est celui dans lequel le *principe de non-intervention*, par un membre de la communauté internationale, dans les affaires d'un de ses semblables, a été violé. La prohibition des ingérences étrangères dans les affaires d'un Etat vise à protéger l'indépendance et la souveraineté de cet Etat contre les entreprises des autres Etats membres de la communauté internationale²²¹. Le principe de non-intervention fut affirmé par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans la Déclaration sur les principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats dans les termes suivants²²²:

"Aucun Etat ni groupe d'Etats n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat. En conséquence, non seulement l'intervention armée, mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace, dirigées contre la personnalité d'un Etat ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels, sont contraires au droit international ..."

²²⁰ Cf. RIGAUX, Communication sur l'avancement des travaux de la 19e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats, Annuaire - Institut de droit international, session de Strasbourg, 1997, vol. 67-II, 1998, p. 34-35: "[...] on ne saurait trouver dans le droit international en vigueur une règle limitant l'exercice d'une compétence aussi longtemps que pareil exercice n'inclut pas l'accomplissement d'actes matériels de coercition en dehors du territoire de l'Etat auquel un tel acte est imputable."

²²¹ Cf. notamment NGUYEN/DAILLIER/PELLET, n° 282, p. 415-416.

²²² Assemblée générale des Nations-Unies, Résolution 2625 (XXV), 25e session, A/8082, 24 octobre 1970.

90. Se prononçant à son tour sur la nature de l'intervention illicite, la Cour Internationale de Justice déclarait, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*²²³ :

"[...] l'intervention illicite doit porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des Etats permet à chacun d'entre eux de se décider librement... L'intervention est illicite lorsque à propos de ces choix qui doivent demeurer libres, elle utilise des moyens de contrainte."

91. La doctrine traditionnelle en a conclu que deux critères devaient être réunis pour qu'une intervention puisse être qualifiée d'illicite: d'une part, une atteinte au *domaine réservé* de l'Etat visé par l'intervention et, d'autre part, la nature *contraignante* de celle-ci. Nous verrons ci-après à l'aide d'un cas d'application ce que recouvrent ces deux notions²²⁴. Récemment, le Projet de résolution de la 19^e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale considérait, tout en postulant l'exigence du lien raisonnable, que les limites internationales devant être respectées par les Etats lorsqu'ils fixent leur compétence normative mutuelle sont à puiser dans le principe d'indépendance des Etats, et dans l'impératif qui en découle, d'interdiction pour un Etat d'immixtion dans les affaires intérieures d'autres Etats²²⁵. Le Conseil de l'Europe a également privilégié cette approche minimaliste dans un rapport consacré à la compétence extraterritoriale en matière pénale. Après avoir constaté que les Etats exercent différentes "catégories" de compétences extraterritoriales - telles que le principe de la nationalité de l'auteur ou de la victime, le principe du drapeau, etc. -, les auteurs du rapport recherchent les principes de droit international public qui limiteraient la compétence des Etats. Parmi les principes identifiés, figure celui de non-intervention: "A principle to which stronger binding force must be attached

²²³ CII, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, CII Recueil 1986, n° 205.

²²⁴ Cf. *infra*, Partie 1, I. C. 3. b).

²²⁵ Art. 4 ch. 1: "La compétence extraterritoriale, quel que soit le titre spécifique invoqué à cet effet, doit être exercée de manière raisonnable, les intérêts juridiques devant être mis en balance" et art. 4 ch. 2: "Aucune disposition de la présente résolution ne peut être interprétée comme autorisant un Etat à s'immiscer dans les affaires d'un autre Etat." La combinaison de ces deux approches était déjà préconisée par BROWNLEE, p. 310 et ERGEC, p. 33.

under public international law is that States must refrain from unjustified interference in the internal affairs of other States"²²⁶.

b) Cas d'application: la loi *Helms-Burton*

(1) Présentation de la loi

92. Le 12 mars 1996, le Président américain signait le *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1996*, plus connu sous le nom de législation *Helms-Burton*²²⁷, dont le but affiché était d'isoler le régime cubain en décourageant les ressortissants d'Etats tiers de commercer avec Cuba ou d'y investir²²⁸. A cet effet, le Congrès a introduit dans la loi un Titre III, intitulé "*Protection of Property Rights of United States Nationals*". Ce dernier devait permettre aux ressortissants américains actuels (c'est-à-dire aussi les immigrés cubains naturalisés), dont les biens ont été nationalisés en 1959 - 1960 par le régime cubain, de poursuivre dans le cadre d'une procédure civile devant les tribunaux américains, toute personne physique ou morale dans le monde qui se rendait coupable de "*trafficking in confiscated property*"²²⁹. Le terme de "*trafficking*" est défini de façon très large et recouvre toute activité de commerce ou d'investissement²³⁰.

²²⁶ *European Committee on Crime Problems, Extraterritorial Criminal Jurisdiction, Council of Europe Publications and Documents (Legal Affairs)*, Strasbourg, 1990, p. 21. Les auteurs du rapport ont identifié d'autres principes limitant la compétence extraterritoriale des Etats: "*The primacy of the principles of territoriality, comity, predicatability*", p. 21-25.

²²⁷ Le texte du *Libertad Act* est reproduit dans ILM (35) 1996, p. 357.

²²⁸ La même année, le 5 août, le Président américain signait la loi d'*Amato-Kennedy*, ou "*Iran and Libya Sanctions Act of 1996*". Cette loi est dirigée contre Téhéran et Tripoli et interdit pour l'avenir tout investissement de plus de 40 millions de dollars par an pour le développement du secteur pétrolier et gazier en Iran et en Lybie, à n'importe quelle entreprise dans le monde. Les sanctions sont différentes de celles qui sont prévues par la loi *Helms-Burton* et comportent, entre autres, le refus d'octroi de crédit par une institution bancaire américaine, l'interdiction d'exporter des biens destinés à la personne sanctionnée, l'interdiction d'importer des biens produits par la personne sanctionnée.

²²⁹ Cf. *Libertad Act*, Titre III, Section 302 (a). La loi comprend également un Titre IV, qui permet de refuser l'entrée sur le territoire des Etats-Unis aux ressortissants étrangers, y.c. leurs conjoint(e)s et enfants, se trouvant dans des situations similaires de "*trafficking*".

²³⁰ "[...] a person 'traffics' in confiscated property if that person knowingly and intentionally - (i) sells, transfers, distributes, dispenses, brokers, manages, or otherwise disposes of confiscated property, or purchases, leases, receives, possesses, obtains control of, manages, uses, or otherwise acquires or holds an interest in confiscated property, (ii) engages in a commercial activity using or otherwise benefiting from confiscated property, or (iii) causes, directs, participates in, or profits from trafficking [...] through an other person, without the authorization of any United States national who hold a claim to the property", Section 1 (b), Sec. 4 (13).

93. Le Titre III de la loi *Helms-Burton* représente un cas d'exercice de compétence normative extraterritoriale, dans la mesure où cette disposition tente d'appréhender des faits, désignés par les termes "*trafficking in confiscated property*", se déroulant à l'extérieur du territoire américain. Cette portée extraterritoriale fut immédiatement condamnée, notamment par la doctrine européenne²³¹ et par l'Union européenne²³². Si, à l'heure actuelle, aucune action n'a encore été introduite en conformité à la loi *Helms-Burton*, c'est que le Président des Etats-Unis a, jusqu'à présent, fait usage à répétition de la possibilité qui lui est laissée par la loi elle-même, de suspendre le droit d'action pour une durée de 6 mois²³³, afin de tenir compte de la forte vague de protestations qu'a soulevée l'adoption de la loi.

94. La question de savoir si la loi *Helms-Burton* constitue une intervention illicite dans les affaires intérieures d'autres Etats souverains se résout par l'examen des deux critères de la définition de l'intervention illicite, à savoir d'une part l'atteinte au *domaine réservé* de l'Etat visé par l'intervention et, d'autre part, la *nature contraignante* de celle-ci.

(2) Le critère du domaine réservé

95. En ce qui concerne le domaine réservé, le concept se définit négativement par rapport à l'engagement international. Le domaine réservé de l'Etat serait celui où "*chaque Etat jouit d'une entière liberté de décision en vertu du principe de souveraineté*"²³⁴. Ainsi, l'existence d'une obligation interna-

²³¹ Cf. par exemple, les critiques de GEBAUER, *passim*; LOWE, *Helms-Burton, passim*; MENG, *Extraterritoriale Jurisdiktion in der US-amerikanischen Sanktionsgesetzgebung, passim*; STERN, *Can the United States set Rules for the World?*, *passim*; Id., *De simples "commentaires" à une "action commune"*, *passim*. Le professeur LOWENFELD, l'un des pères du *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* (1987), a lui aussi condamné le caractère extraterritorial de la loi, en qualifiant les titres de compétence édictés de "*unreasonable by any standard*"; cf. LOWENFELD, *Congress and Cuba*, p. 431.

²³² Dans son action commune adoptée le 22 novembre 1996 (action commune 96/668/PESC, JOCE n° L 309, 29 novembre 1996, p. 7), le Conseil de l'Union européenne a clairement affirmé que cette loi violait le droit international. Cette action commune s'accompagne d'un règlement communautaire n° 2271/96, également en date du 22 novembre 1996 (JOCE, n° L 309, 29 novembre 1996, p. 1), directement applicable dans tout Etat membre, demandant à ces derniers de ne pas donner d'effet extraterritorial dans leur ordre interne à toute décision qui mettrait en oeuvre les législations américaines contestées (art. 4).

²³³ § 306 (c) (1).

²³⁴ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, CIJ Recueil 1986, n° 241.

tionale dans une matière spécifique fait sortir celle-ci des affaires intérieures de l'Etat.

96. Dans le cas du *Libertad Act*, la volonté des Etats-Unis est de provoquer un changement en matière de politique extérieure européenne, et plus particulièrement à propos des relations économiques entretenues par les Européens avec Cuba. Cela est dit dans un extrait tiré de la Déclaration faite par le Président des Etats-Unis le 16 janvier 1998 sur le report de l'application du Titre III²³⁵:

"[...] I said last January and reaffirmed last July that I expected to continue suspending this provision of Title III of the LIBERTAD Act so long as our friends and allies continue their stepped-up efforts to promote a democratic transition in Cuba ..."

97. Or, dans les considérants du "règlement miroir", adopté par l'Union européenne pour tenter d'empêcher que la loi ne déploie ses effets extraterritoriaux au sein de l'Union européenne, le Conseil affirme que les dispositions du *Libertad Act*, *"ainsi que les sanctions fondées sur elles ou en découlant, affectent ou sont susceptibles d'affecter l'ordre juridique établi et lèsent les intérêts de la Communauté et ceux des personnes physiques ou morales exerçant des droits sous le régime du traité instituant la Communauté européenne"*²³⁶. On peut, sans conteste, y voir des atteintes au "domaine réservé" communautaire en ce qui concerne l'orientation de la politique étrangère et l'ordre juridique communautaire.

(3) Le critère de la contrainte

98. La définition du second critère de l'intervention - la contrainte - présente certaines difficultés, à tout le moins lorsqu'elle s'exerce dans le domaine économique, dans la mesure où l'exercice d'un certain type de pression économique s'avère tout à fait admis dans la pratique contemporaine. La résolution 2625 (XXV) des Nations-Unies définit l'intervention comme *"l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature pour*

²³⁵ Cf. <http://www.library.whitehouse.gov>.

²³⁶ Règlement n° 2271/96, 22 novembre 1996, JOCE, n° L 309, 29 novembre 1996, p. 1.

*contraindre un autre Etat à subordonner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit*²³⁷.

99. La question se pose donc en ces termes: à partir de quel seuil la pression se mue-t-elle en contrainte assimilable à une intervention ? Pour déterminer l'intensité que doit atteindre la contrainte pour qu'elle puisse être qualifiée d'intervention, l'on peut se baser sur une interprétation *a contrario* de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du Nicaragua, dans laquelle l'embargo américain n'avait pas été qualifié d'intervention. Ainsi, la seule manière de qualifier les mesures d'embargo de non contraignantes est de considérer que les Etats-Unis n'ont, en les adoptant, rien "exigé" du Nicaragua. L'exigence, ou l'ultimatum, serait donc la limite au-delà de laquelle une mesure constituerait une intervention. Sans pouvoir affirmer que la loi *Helms-Burton* contienne un ultimatum explicite à l'égard des Etats étrangers, on soulignera cependant le caractère non équivoque - à l'égard des particuliers - des termes du dispositif de la loi²³⁸:

"[...] any person that after the end of the 3-month period beginning on the effective date of this title, traffics in the property which was confiscated [...] shall be liable [...] for money damages [...]."

100. Exigence, demande impérative, menace, c'est bien en ces termes que la loi *Helms-Burton* a été perçue par les Européens. Pour JACQUES SANTER et LEON BRITTAN²³⁹,

"[l]a législation Helms-Burton a provoqué une condamnation mondiale parce qu'elle cherche à imposer la politique américaine envers Cuba aux partenaires des Etats-Unis et les menace de représailles s'ils ne s'y conforment pas. Les Etats membres de l'Union européenne se sont opposés à cette législation avec constance et véhémence pour cette raison, considérant qu'elle constitue une sérieuse infraction aux obligations internationales américaines."

²³⁷ 3e principe, al. 2.

²³⁸ Titre III, Section 302 (a) (1) (A).

²³⁹ Déclaration de MM. SANTER et BRITTAN sur la décision du Président CLINTON, Bruxelles, 17 juillet 1996, in: Documents d'actualité internationale, 1er septembre 1996, n° 17, p. 712 (soulignement ajouté par l'auteur).

101. Le président de la Commission européenne déclarait également "[...] *we do not believe it is justifiable or effective for one country to impose its tactics on other and to threaten to its friends while targetting its adversaries*"²⁴⁰.

102. Que la loi *Helms-Burton* soit considérée comme une mesure constitutive d'intervention dans les affaires intérieures n'aurait rien de surprenant. En effet, les mesures extraterritoriales prises tant dans le cadre de l'embargo contre Cuba en 1992, que dans le cadre de l'affaire du gazoduc euro-sibérien ou encore lors du boycott d'Israël par les Etats arabes, ont fait l'objet de semblables critiques. Concernant le *Cuban Democracy Act*, le représentant du Royaume-Uni aux Nations-Unies affirmait en 1992 que la Communauté et ses Etats membres sont

*"opposés à l'extension unilatérale, par les Etats-Unis, de toute une série de mesures commerciales mettant en œuvre la politique commerciale ou de sécurité des Etats-Unis. [...] Ils sont opposés aux initiatives législatives comme le Cuban Democracy Act, qui vise à resserrer l'embargo commercial [...] par l'application extraterritoriale de la juridiction américaine. Ils y voient une violation des principes généraux du droit international et de la souveraineté de nations indépendantes"*²⁴¹.

103. Dans la résolution 47/19 adoptée le même jour, l'Assemblée générale, après avoir affirmé "[...] *among other principles, the sovereign equality of States, non-intervention and non-interference in their internal affairs and freedom of trade and navigation, which are also enshrined in many international legal instruments*" se disait "[c]oncerned about the promulgation and application by Member States of laws and regulations whose extraterritorial effects affect the sovereignty of other States and the legitimate interests of entities or persons under their jurisdiction [...]"²⁴².

104. Depuis 1992, l'Assemblée générale réitère chaque année sa condamnation de la dimension extraterritoriale de l'embargo américain à l'égard de

²⁴⁰ *European Report*, 15 juin 1996, n° 2140, p. 6 (soulignement ajouté par l'auteur).

²⁴¹ A/47/PV.70, du 11 décembre 1992, p. 80-81.

²⁴² A/Rés. 47/19 (1992).

Cuba²⁴³. Dans sa résolution 51/17, adoptée le 12 novembre 1996, elle a même évoqué en toutes lettres le *Libertad Act*. Dans le contentieux relatif au gazoduc euro-sibérien, la Communauté européenne n'avait pas non plus manqué d'invoquer, aux côtés de l'absence de titres de compétence valables, le principe de non-intervention²⁴⁴:

" [...] insofar as these amendments tend to enlist companies whose most ties are to the E.C. Member States for purposes of American Trade Policy vis-à-vis the U.S.S.R, they constitute an unacceptable interference in the independant Policy of the E.C."

105. Enfin, l'attitude des Etats-Unis, en édictant ce "boycott secondaire" est similaire à celle qu'ils n'avaient pas hésité à condamner lorsque, en 1977, ils qualifiaient les mesures prises par les Etats arabes à l'encontre des firmes qui traitaient avec Israël "d'interférence avec leur souveraineté"²⁴⁵.

106. Ainsi, il semble bien que la loi *Helms-Burton* réunisse les critères formulés par le droit international permettant d'affirmer que le principe de non-intervention dans les affaires intérieures d'un Etat est violé: un acte de contrainte portant atteinte au domaine réservé des Etats. Il ne s'agit pas d'une première, puisque la violation du principe a été invoquée, d'une part, à propos d'une autre loi à portée extraterritoriale, dans l'affaire du gazoduc euro-sibérien, et que, d'autre part, l'Assemblée générale des Nations-Unies a, à plusieurs reprises, attiré l'attention des Etats Membres sur ce point et précisément à propos de l'embargo américain à l'encontre de Cuba.

c) Conclusion

107. Il est clair que même si l'activité normative est une manifestation de la souveraineté d'un Etat, la non-application par un Etat des normes de droit privé d'un Etat tiers avec lequel un rapport de droit présenterait des liens tels que celui-ci aurait pu légitimement prétendre le régir, ne remet *per se* pas en cause la souveraineté ni l'indépendance de cet Etat. Il paraît clair aussi que l'application *occasionnelle*, par un Etat, de sa propre loi de droit privé à un

²⁴³ Cf. les résolutions de l'Assemblée générale des Nations-Unies concernant "la nécessité de lever le blocus économique, commercial et financier appliqué à Cuba par les Etats-Unis d'Amérique", adoptées depuis 1992: A/Rés. 47/19 (1992); A/Rés. 48/16 (1993); A/Rés. 49/9 (1994); A/Rés. 50/10 (1995); A/Rés. 51/17 (1996).

²⁴⁴ Cf. ILM (21) 1982, p. 864.

²⁴⁵ Cf. STERN, *Note d'actualité*, p. 999.

rapport de droit qui ne présenterait avec cet Etat que des liens fortuits, ténus, non substantiels, voire totalement inexistants, ne saurait être considéré en soi comme internationalement abusif, déraisonnable ou arbitraire et ne remet pas en cause la souveraineté ou l'indépendance de cet autre Etat²⁴⁶.

108. En revanche, il semble hors de discussion qu'un Etat qui édicterait *systématiquement* des normes de droit privé visant non seulement les relations juridiques de droit privé qui lui sont internes, mais aussi les relations juridiques de droit privé interne à tel autre Etat désigné, en violant la règle de non-intervention, outrepasserait les limites internationales à sa compétence normative de droit privé. Pour un Etat, tenter de se substituer au législateur étranger en réglant l'ensemble des affaires sur lesquelles il peut légitimement vouloir exercer son pouvoir normatif revient en effet clairement à intervenir directement dans les affaires d'un Etat tiers, en contrariété avec le principe de non-intervention tel qu'illustré par la Déclaration des Nations-Unies de 1970. Cependant, l'hypothèse nous paraît exceptionnelle. Il sera en effet très rare qu'Etat vise dans son ensemble une catégorie de rapports de droit privé appartenant originellement au domaine d'un ordre juridique étranger. La loi *Helms-Burton* par son caractère exceptionnel le démontre.

²⁴⁶ C'est peut-être ainsi qu'il convient de comprendre les positions de MAYER et d'AKEHURST.

II. L'EXERCICE ET LES LIMITES DE LA COMPETENCE NORMATIVE EXTRATERRITORIALE DANS L'ESPACE JUDICIAIRE EUROPEEN

109. Nous n'avons jusqu'à présent que fait de mentionner, sans l'examiner, l'usage que pouvait faire le titulaire de la compétence normative étatique en droit privé. L'Etat peut faire usage de sa compétence normative en adoptant soit des règles de conflit de juridictions, soit des règles de conflit de lois. Méthodologiquement, avant d'appliquer la règle de conflit de lois, désignant la loi applicable dans une circonstance donnée, tout organe sera appelé à appliquer préalablement la règle de conflit de juridictions de l'Etat du for, qui indiquera s'il est en mesure de connaître des faits soumis à son examen. C'est pour cette raison qu'il nous semble judicieux d'examiner les règles de conflit de juridictions à la lumière des principes dégagés dans la section I.

110. Les règles qui nous serviront de matière d'examen sont celles en vigueur dans l'espace judiciaire européen, à savoir celles consacrées initialement par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la Convention "parallèle" de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dans la mesure où elles ont été amendées par la *Proposition de règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* du 14 juillet 1999²⁴⁷.

²⁴⁷ Lors de sa session du 4 et 5 décembre 1997, le Conseil a donné mandat à un groupe *ad hoc* réunissant les représentants des Etats membres et des Etats de l'AELE parties à la Convention de Lugano (Islande, Norvège, Suisse) d'engager des travaux en vue d'une révision parallèle des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Dans ce contexte, la Commission a fait une proposition de convention remplaçant la Convention de Bruxelles, sur la base de l'article K.3.2) du traité sur l'Union européenne; cf. *Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution dans les Etats membres de l'Union européenne, des décisions en matière civile ou commerciale*, JOCE n° C 33/20 du 31 janvier 1998. Cette proposition a été soumise au Parlement européen de même qu'au Conseil. Les travaux se sont toutefois poursuivis sur la base de l'art. 293 (ex-art. 220), para. 4, du traité CE, en étroite association avec la Commission, et ce jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, le 1er mai 1999. Avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam et les nouvelles compétences communautaires conférées par ses art. 65 et 67, l'idée d'une révision de la Convention de Bruxelles a été remplacée par celle de la substituer par un acte communautaire, cf. *Proposition de règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, COM (1999) 348 final du 14 juillet 1999 - CNS 99/0154, publiée au JOCE n° C 376/1 E du 28 décembre 1999. Le choix de la forme d'un acte communautaire pour remplacer la Convention de Bruxelles a été accueilli de diverses manières par la doctrine, les positions allant d'un rejet clair et net, cf. SCHACK, *Die EG-Kommission auf dem Holzweg*, p. 807, jusqu'à une approbation voyant en elle la présence d'une chance, qu'il ne

Traités internationaux, ces conventions ne soulèvent pas entre les Etats signataires de conflits sur l'exercice de leur compétence normative réciproque en matière de compétence juridictionnelle²⁴⁸. En effet, lorsque les Conventions de Bruxelles et de Lugano sont applicables, la compétence du juge repose sur les règles de compétence directe conventionnelles: une application extraterritoriale éventuelle est couverte par l'existence d'un accord entre l'Etat qui applique la norme et l'Etat sur le territoire duquel elle déploie ses effets. Ainsi, leurs dispositions sur les conflits de juridictions se prêtent à un examen libéré de tout préjugé et de toute pression extérieure quant à leur potentiel d'extraterritorialité.

111. L'examen de ces conventions nous permettra de distinguer d'abord les limitations expresses au caractère extraterritorial des compétences juridictionnelles conventionnelles (A). Il nous restera ensuite à examiner de manière séparée les potentiels effets extraterritoriaux - ainsi que leurs limites implicites - des règles de compétence juridictionnelle, cela en matière de procédures au fond (B) et provisoire (C).

A. Les limitations expresses au caractère extraterritorial des compétences juridictionnelles conventionnelles

112. Nous avons déjà mentionné le caractère central des dispositions sur la compétence juridictionnelle, vu leur position en amont dans le schéma de raisonnement du droit international privé. L'explication de ce phénomène (1) précédera l'examen des techniques législatives par lesquelles les auteurs des Conventions de Bruxelles et de Lugano ont éliminé, soit de manière *néga-tive* par l'exclusion des fors exorbitants (2), soit de manière *positive* par l'instauration de fors exclusifs (3), les critères de compétence juridiction-

s'agit cependant pas de galvauder par un excès de précipitation, cf. HESS, *Die "Europäisierung" des internationalen Zivilprozessrechts*, p. 30-32. Les principales modifications entraînées par le projet de Proposition de règlement ont déjà été commentées par JAMETTI GREINER, *Die Revision des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens*, p. 1135-1139; MARKUS, *Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano*, 205-232 et JAYME/KOLLER, *Europäisches Kollisionsrecht 1999*, IPRAx 1999, p. 401-412. Il vaut la peine d'observer que la Convention de Lugano dans sa forme révisée sera une Convention "quadrilatérale" entre les Etats de l'AELE, Suisse, Norvège, Islande et l'UE; cf. JAMETTI GREINER, *Die Revision des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens*, p. 1137. Sur l'évolution du droit de la procédure civile en Europe, cf. en dernier, WALTER/WALTHER, *International Litigation*, p. 27 ss.

²⁴⁸ Cette explication se justifiera d'autant moins lorsque la Convention de Bruxelles se sera transformée en Règlement communautaire!

nelle extraterritoriale existants dans les droits nationaux des Etats signataires avant l'adoption des conventions.

1. Les raisons de l'importance croissante de la compétence juridictionnelle

a) Les enjeux traditionnels

113. Alors que jusqu'au début du XXe siècle, l'intérêt de la doctrine et des praticiens se portait sur les problèmes du droit applicable²⁴⁹, le XXe siècle a été marqué par le transfert de cet intérêt vers les problèmes de compétence juridictionnelle. Pourquoi ? Tout d'abord, dans le schéma de raisonnement applicable en droit international privé²⁵⁰, la question de la compétence juridictionnelle précède celle de la loi applicable. L'application de la règle de conflit de lois est subordonnée à l'acceptation par le juge saisi de sa compétence, examinée en vertu des règles de compétence juridictionnelle du for. Ensuite, de la compétence juridictionnelle dépend l'application de la loi de procédure, en vertu du principe largement admis de l'applicabilité de la *lex fori* à cette matière. Celle-ci déterminera aussi la langue de la procédure, ainsi que les questions liées au déroulement du procès lui-même, comme par exemple l'admissibilité des moyens de preuves, l'application de la maxime d'office ou des débats, le rôle du juge dans l'établissement des faits, la possibilité d'obtenir l'assistance judiciaire ou le mode de rémunération des avocats²⁵¹. Enfin, le droit international privé étant d'origine nationale, le choix d'un tribunal implique aussi celui d'un système de conflit de lois, donc, indirectement le choix de la loi applicable²⁵².

²⁴⁹ Cf. le survol historique chez KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 51-88, notamment l'exposé des sources du droit international privé moderne dans les théories développées au XIXe siècle par STORY (territorialité du droit), MANCINI (personnalité du droit) et SAVIGNY (universalité des règles de conflits).

²⁵⁰ Cf. les tableaux chez KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, p. 337-344.

²⁵¹ Cf. notamment KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 637-670.

²⁵² On mentionnera ici la tendance de plus en plus prononcée des plaideurs de vouloir saisir les juridictions américaines, notamment en matière d'actions en responsabilité civile, en raison des avantages escomptés par les règles de *discovery*, le principe du *contingency fee* comme méthode de rémunération des avocats et les sanctions pécuniaires élevées imposées par les *jury* (*punitive* ou *treble damages*). Récemment, la perspective de pouvoir grouper les prétentions des demandeurs dans les *class actions* a gagné en importance sur le continent européen et a amené une série de plaideurs européens, même suisses, à saisir les tribunaux américains, alors qu'*a priori* le litige n'avait aucun lien avec les Etats-Unis d'Amérique; cf. sur les *class actions* et leur reconnaissance en Suisse, ROMY, *Class actions américaines*, p. 783.

114. Cependant, dans une société où tout va toujours plus vite, deux éléments supplémentaires, liés au facteur temps, ont accentué ces dernières années encore l'importance de la compétence juridictionnelle dans la gestion de litiges transnationaux et ont par conséquent largement influencé les stratégies judiciaires en cette matière: il s'agit de l'avènement sur le plan international des mesures provisoires et conservatoires (b) et l'apparition d'une nouvelle discipline judiciaire, le *forum running* (c).

b) L'avènement des mesures provisoires et conservatoires dans la gestion des litiges transnationaux

115. La manière dont la plupart des litiges transnationaux trouvent aujourd'hui leur dénouement risque de décevoir le juriste classique, animé de cet esprit d'horloger, avide de raisonnements logiques, précis et minutieusement construits. En effet, aujourd'hui, peu d'actions atteignent leur issue naturelle, à savoir le prononcé d'un jugement au fond, appliquant le droit matériel aux faits démontrés. Aux côtés du dénouement transactionnel, les litiges trouvent de plus en plus leur fin sur l'autel des mesures provisoires et conservatoires. Celles-ci sont devenues l'épée du procès moderne. La longueur des procédures et les virtualités qu'offrent les frontières à ceux qui veulent soustraire leurs biens ou leur comportement à une exécution forcée démontrent l'utilité de ce type de mesures²⁵³. Cette forme de remède rapide est ainsi devenue l'outil privilégié des plaideurs transnationaux, au détriment des droits de la défense et de la sécurité juridique, ces mesures étant souvent prononcées sans que le débiteur-défendeur soit entendu, d'une part, et sur la base d'une appréciation superficielle des faits, d'autre part. Or, le choix des mesures provisoires et conservatoires dont dispose le juge reste encore largement ancré dans le droit de la procédure, qui relève de la *lex fori*: en pratique et en cette matière, le problème du conflit de lois se trouve donc absorbé par le conflit de juridictions²⁵⁴. Aussi, un plaideur peut avoir un intérêt à requérir d'un juge étranger un remède provisoire qui n'existe pas au lieu où la procé-

²⁵³ Sur le développement des mesures provisoires en matière de e-commerce, cf. la contribution de HARTWIEG/GRUNERT, p. 721-732.

²⁵⁴ Cf. récemment encore, en jurisprudence française, *consorts Denney c. Mme Denney et autre*, Cour de cassation (1ère Ch. civ.), 16 avril 1996, RCDIP 86 (1997), p. 716-725, obs. de Vareilles-Sommères, Pascal; cf. aussi, sur les conséquences découlant du for des mesures provisoires, JAMETTI GREINER, *Grundsätzliche Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes*, p. 14-15. Une certaine doctrine récente se prononce cependant en faveur de l'application de la *lex causae*, cf., parmi d'autres, MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 155. Pour une méthode d'application de la loi étrangère tenant compte des impératifs d'urgence des mesures provisoires, cf. DETHLOFF, *Ausländisches Wettbewerbsrecht*, p. 287-307.

du fond est pendante ou au lieu où la mesure doit être exécutée, et obtenir ensuite la reconnaissance et l'exécution de la mesure extraterritoriale prononcée dans ce lieu²⁵⁵.

c) L'apparition du *forum running* dans les litiges transnationaux

116. Outre l'avènement des mesures provisoires et conservatoires, un nouveau phénomène, celui du *forum running*, est venu s'ajouter aux aspects traditionnels de la compétence juridictionnelle internationale. L'avènement de cette discipline²⁵⁶ est le résultat de l'application des règles sur la litispendance. En effet, selon l'art. 21 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie, lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'Etats contractants différents. Il s'agit de l'application du principe de la priorité dans le temps: "*first come, first served*". En admettant que des conclusions condamnatoires et des conclusions constatatoires négatives ont le même objet²⁵⁷, la CJCE a favorisé l'essor de ces dernières²⁵⁸. Ainsi, le demandeur et le défendeur se sont vu reconnaître l'égalité des chances sur le plan procédural également²⁵⁹, égalité accentuée par la concurrence des fors offerts par les Conventions: le défendeur peut se muer en demandeur et par le dépôt immédiat d'une action constatatoire négative, il peut court-circuiter les velléités du prétendu demandeur.

²⁵⁵ Cf. pour un exemple impliquant la Suisse, l'arrêt rendu par la *Court of Appeal* anglaise le 11 juin 1997 dans l'affaire *Crédit Suisse Fides Trust SA v. Cuoghi*, [1997] 3 WLR 871 (CA), discuté dans CAPPER, *Further Trans-Jurisdictional Effects*; MCLACHLAN, *Jurisdictional Limits*; MUIR-WATT, *Extraterritorialité des mesures provisoires in personam*. Sur l'importance du for en matière de mesures provisoires, voir également que le caractère extraterritorial est déterminé par la *lex fori*, cf. JAMETTI GREINER, *Grundsätzliche Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes*, p. 18.

²⁵⁶ Pour des illustrations particulièrement représentatives du *forum running* et d'autres nouveaux outils en procédure civile internationale, cf., en dernier lieu, LOWENFELD, *Editorial Comment*; Id., *Editorial Comment. An Update*.

²⁵⁷ CJCE, *The owners of the cargo lately laden on board the ship Tatry c. The owners of the ship Maciej Rataj*, 6 décembre 1994, aff. C-406/92, Rec. 1994 I, p. 5439.

²⁵⁸ Sur les actions constatatoires négatives (*negative Feststellungsklage*, *negative declarations*), cf. ATF 123 III 414, commenté par JEGHER, *Mit schweizerischer negativer Feststellungsklage ins europäische Forum Running*, p. 31-49. En doctrine, le phénomène a trouvé un large écho ces dernières années, cf. notamment, en doctrine suisse, WIDMER/MAURENBRECHER, p. 263-284; en doctrine anglaise, BELL, *Negative Declaration in Transnational Litigation*; COLLINS, *Actions for Negative Declarations*; Id., *Negative Declarations*; en doctrine allemande, BORCK, *Zuständigkeitserschleichung*; HAU, *Positive Kompetenzkonflikte*.

²⁵⁹ KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 21, n° 8.

2. La limitation négative de la compétence juridictionnelle extraterritoriale: l'exclusion des fors exorbitants (art. 3 al. 2)

a) L'exclusion conventionnelle des fors exorbitants

117. Le droit international ne limite qu'indirectement les Etats dans l'édiction de normes de compétences juridictionnelles²⁶⁰. Tout le problème se trouve dans la sanction de cette violation de droit international public. En réalité, cette sanction se situe au plan pratique puisque les Etats pourront refuser de reconnaître la compétence ainsi exercée, soit en autorisant leurs propres tribunaux, dans la même affaire, à se déclarer compétent, soit en refusant de donner effet aux jugements rendus par les tribunaux de l'Etat qui se sont déclarés compétents hors des limites du droit international public, soit enfin, en alliant ces deux sanctions qui vont souvent de pair en pratique. Cependant, l'existence de cette liberté laissée aux Etats n'exclut pas la possibilité de sa limitation conventionnelle. C'est ce qu'ont fait les Etats signataires des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Ils ont tout d'abord créé un *numerus clausus* des compétences directes spéciales, puisque les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat signataire ne peuvent être attirées devant les tribunaux d'un autre Etat signataire qu'en vertu des règles énoncées aux art. 5 à 18 des Conventions²⁶¹. Cela n'exclut pas forcément l'utilisation par les Etats signataires de critères de compétence juridictionnelle extraterritoriale, mais transforme ces derniers, le cas échéant, en des critères de compétences agréés par les parties et les soustrait dès lors à toute velléité de contrôle à l'aune du droit international public par l'Etat où doit intervenir la reconnaissance de la décision. Parallèlement à cette mesure méthodologique, les auteurs des Conventions ont ensuite exclu, de manière non exhaustive, un certain nombre de fors qu'ils ont qualifiés d'*exorbitants*²⁶², parce qu'ils ne se fondent pas sur un lien substantiel entre l'Etat et le litige²⁶³,

²⁶⁰ Cf. *supra*, Partie I, I. A. 3.

²⁶¹ Cf. art. 3 al. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. L'art. 3 de la Proposition de règlement ne modifie pas le sens de l'art. 3 des Conventions. Les fors exorbitants figurent dorénavant dans l'annexe 1 à la Proposition de règlement.

²⁶² Cf. art. 3 al. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, respectivement annexe 1 à la Proposition de règlement. De manière générale sur les fors exorbitants, cf. seulement la thèse récente de KRAFFT, "*Exorbitante*" *Gerichtsstände*.

²⁶³ Ceci est exactement la formulation générale choisie par l'art. 18 al. 1 de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé. L'avant-projet (art. 18 al. 2) énumère en outre dix chefs de compétence, établis en termes

limitant ainsi *négativement* leur compétence juridictionnelle extraterritoriale. L'application de ces fors exorbitants est cependant exclue uniquement si le défendeur a son domicile dans un Etat signataire; lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat tiers, ce sont les règles nationales qui s'appliquent²⁶⁴. Ces fors exorbitants étaient cependant déjà le plus souvent écartés dans les conventions bilatérales antérieures sur l'exécution des jugements et ne pouvaient par conséquent qu'être exclus de cette convention "double" (compétence et reconnaissance). Leur exclusion constitue en fait une renonciation, par les Etats signataires, d'exercer les compétences juridictionnelles extraterritoriales qu'ils ont édictées et qu'ils pourraient user en vertu du droit international public général.

b) Le caractère extraterritorial des principaux fors exorbitants exclus

(1) Les fors fondés sur la situation de biens du défendeur

118. Les deux exemples traditionnels de fors fondés sur la situation de biens du débiteur sont, d'une part, le for du patrimoine et, d'autre part, le for du séquestre (*forum arresti*). En général, le premier permet l'ouverture d'une action au fond au lieu où le défendeur possède un élément de patrimoine quelconque, sans égard à la valeur de ce bien et sans qu'il ne soit nécessaire que la cause ait un lien avec ce bien. Le second permet à celui dont le débiteur est domicilié à l'étranger mais possède des biens dans un pays donné d'introduire action dans ce pays en vue d'y valider le séquestre ordonné auparavant. Ici aussi, en principe l'importance du montant séquestré ne limitera pas la compétence du juge du séquestre²⁶⁵. L'exemple classique du for du patrimoine est le *Vermögensgerichtsstand* du § 23 de la ZPO allemande, alors que celui du for du séquestre est le for de l'action en validation de séquestre de l'art. 4 LDIP.

abstrait, fondant des compétences considérées comme exorbitantes et, par conséquent, prohibées. Cf. BUCHER, *Vers une convention mondiale*, p. 79 et 101-102.

²⁶⁴ Cf. art. 3 en relation avec l'art. 4 al. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Cela augmente l'effet discriminatoire des Conventions à l'égard des défendeurs domiciliés dans les Etats tiers, étant donné que d'une part l'exclusion des fors exorbitants ne vaut pas à leur égard, mais que d'autre part, le régime facilité de reconnaissance instauré par les Conventions, notamment l'absence de contrôle de la compétence juridictionnelle directe par le juge de la reconnaissance, est applicable à ces jugements aussi. Cet effet discriminatoire n'a pas été supprimé par la Proposition de règlement.

²⁶⁵ Cette situation n'est pas choquante, dans la mesure où l'exécution proprement dite du jugement ne pourra porter vraisemblablement que sur les biens séquestrés, éventuellement sur d'autres biens situés dans le pays en question, mais probablement pas sur ceux qui sont situés à l'étranger.

119. La discussion sur la compatibilité du § 23 ZPO avec le droit international public a été abondante en Allemagne²⁶⁶. Le *Bundesgerichtshof*, dans une décision très remarquée de 1991, a exigé, outre la présence du patrimoine, la présence d'un lien suffisant avec le for²⁶⁷. Il est intéressant de relever que la Cour Suprême allemande n'exige cette condition supplémentaire non pas en raison d'une éventuelle non-conformité de la norme avec le droit international général, mais en vertu d'une interprétation historique de la norme, ainsi que de la pratique *conventionnelle* internationale, notamment l'art. 3 de la Convention de Bruxelles²⁶⁸. Le *Bundesgerichtshof* ne se prononce cependant pas sur les critères pouvant satisfaire l'exigence du lien suffisant; en revanche, le jugement de l'instance inférieure, à savoir l'*Oberlandesgericht* de Stuttgart, mentionne à titre d'exemple le domicile en Allemagne du demandeur, le centre de gravité du litige en Allemagne, l'application du droit allemand, la proximité du juge allemand en matière de preuves, la présence d'un autre intérêt digne de protection ainsi que la présence d'un for de nécessité en Allemagne²⁶⁹.

120. Le for suisse du séquestre est subsidiaire²⁷⁰: il n'est donné qu'en l'absence de tout autre for ordinaire ou élu en Suisse, ou exception d'arbitrage²⁷¹. En outre, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que, à l'instar de l'ancien droit, chaque séquestre, à l'exception du séquestre infructueux, fonde un for en Suisse au lieu du séquestre pour la totalité de la prétention objet de l'action en validation, pour autant que le séquestre ait été autorisé pour cette même prétention²⁷². Une somme de moindre valeur peut dès lors fonder la compétence pour une action portant sur un montant supérieur. Même si l'on peut argumenter que la seule supposition de la présence

²⁶⁶ C'est notamment le sujet de la thèse de KLEINSTÜCK. D'un point de vue suisse, cf. KRAFFT, "Exorbitante" *Gerichtsstände*, p. 46-76.

²⁶⁷ BGH, 2 juillet 1991, BGHZ 115, p. 90, DWIR 1991, p. 239, obs. Schütze, Rolf; JZ 1992, p. 51-56, obs. Schack, Haïmo; NJW 1991, p. 3092-3095, obs. Geimer, Reinhold, *ibid.*, p. 3072; NJW 1992, p. 3062, obs. Mark, Jürgen/Ziegenhain, Hans-Jörg; NJW 1992, p. 3066, obs. Fricke, Martin; RIW 1991, p. 856-858, obs. Fischer, Klaus, RJW 1992, p. 57-59; IPRax 1992, p. 160, p. 140, obs. Schlosser, Peter; WM 1991, p. 1692; ZZZ (105) 1992, p. 314-318, obs. Lüke, Wolfgang, et surtout la thèse de KLEINSTÜCK.

²⁶⁸ En 1988, le *Bundesgerichtshof* avait encore expressément admis la compatibilité du § 23 ZPO avec le droit international, cf. NJW 1989, p. 1431.

²⁶⁹ OLG Stuttgart, RIW 1990, p. 829.

²⁷⁰ Sur le for du séquestre, cf. KRAFFT, "Exorbitante" *Gerichtsstände*, p. 87-103 et p. 159-166.

²⁷¹ ATF 118 II 190, SJ 1992, 405.

²⁷² ATF 117 II 90, JT 1993 II 98.

d'avoirs susceptibles d'être séquestrés ultérieurement n'est pas suffisante pour étendre le pouvoir juridictionnel suisse à la part d'une prétention qui n'a littéralement aucun lien avec la Suisse, le Tribunal fédéral n'a pas, contrairement au *Bundesgerichtshof* allemand, examiné la question sous l'angle du droit international public. L'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois²⁷³ en est sans doute une raison importante. Cependant, il convient d'ajouter que depuis l'introduction de l'exigence d'un lien suffisant de la créance avec la Suisse (art. 271 al. 1 ch. 4 LP)²⁷⁴, la portée excessive du for du séquestre a été indirectement limitée.

121. En matière d'injonctions non pécuniaires, qui nous intéressent plus particulièrement dans ce contexte, le for du patrimoine peut s'avérer cependant très utile et très efficace en même temps. En effet, l'existence de patrimoine du défendeur sur le territoire du juge saisi permettra précisément au créancier-demandeur, si l'injonction est assortie d'un moyen de contrainte indirecte pécuniaire, de se payer par la réalisation forcée de ce patrimoine, tout en visant un comportement du défendeur qui aurait même lieu, éventuellement, à l'étranger. Le for du séquestre, en revanche, ne sera d'aucune utilité en cette matière: il ne permet d'intervenir qu'*a posteriori*, si la créance pécuniaire existe déjà, et non pas à un stade où la créance n'existe pas encore et qu'il s'agit d'abord de la faire fixer par un tribunal, par exemple par un jugement fixant une peine pécuniaire en cas d'inexécution d'une injonction non pécuniaire déjà prononcée auparavant.

(2) Les fors fondés sur la nationalité d'une partie

122. L'exemple classique de for fondé sur la nationalité d'une partie est le for de la nationalité de l'art. 14 CCFr., qui permet à chaque citoyen français de saisir son juge en France à l'égard de n'importe quel défendeur dans le monde et en se fondant sur n'importe quelle cause²⁷⁵. Même si le lien entre la nationalité et le for est le lien le plus étroit qui puisse exister entre une personne et un Etat, ce lien ne porte pas en l'occurrence sur les faits à l'origine

²⁷³ Art. 191 Cst. féd. (1999), reprenant l'art. 113 al. 3 Cst. féd. (1874).

²⁷⁴ Cf. en dernier lieu ATF 124 III 219, commenté notamment par MUMENTHALER, *Le séquestre des biens du débiteur domicilié à l'étranger*, p. 304-305.

²⁷⁵ En Suisse, la LDIP ne retient pas un for d'origine général. Ce dernier ne conserve qu'un rôle de protection des Suisses à l'étranger, celle-ci étant d'ailleurs soumise à des conditions strictes, afin que la prééminence du for du domicile de défendeur ne soit pas rendue illusoire (art. 47, effets généraux du mariage; art. 60, divorce; art. 67, filiation). On le retrouve aussi lorsque les intérêts étrangers ne sont pas concernés (art. 38 al. 2, changement de nom).

du litige entre les parties. En outre, ce critère de compétence semble inéquitable du point de vue de la partie adverse, car il protège exclusivement les intérêts du demandeur, sans justification par rapport aux faits à l'origine du litige entre les parties. Cependant, personne ne semble prétendre que ce for soit contraire au droit international, ni d'ailleurs celui de l'art. 15 CCFr., qui permet à n'importe qui d'intenter une action en France contre un citoyen français²⁷⁶.

123. En matière d'injonctions non pécuniaires, le for de la nationalité a un potentiel extraterritorial imprévisible, puisqu'il permet au juge saisi de prononcer une injonction quelconque contre un débiteur-défendeur domicilié n'importe où dans le monde et quelque que soit la nature des liens de la cause avec son territoire. Il suffit que le demandeur ait la nationalité du pays où siège le juge saisi.

(3) Les fors fondés sur le lieu de notification d'un acte judiciaire

124. Dans le système de la *common law*, une action *in personam* peut être dirigée contre toute personne qui se trouve temporairement au Royaume-Uni, même sans y résider, et qui s'est vue notifier un *writ*. Il s'agit de la *transient rule*²⁷⁷. Aux Etats-Unis, cette possibilité d'attirer un défendeur devant les tribunaux est aussi connue sous le nom de *tag jurisdiction*²⁷⁸. Cette compétence juridictionnelle se fonde sur la notion du pouvoir physique de l'Etat sur les parties, caractéristique de la *common law*. Aucun lien entre la présence du défendeur sur le territoire en question et l'objet de la demande n'est nécessaire²⁷⁹. En outre, en cas d'activité économique en Angleterre, la notification est également possible même si l'adverse partie n'est pas présente physiquement en Angleterre. L'étranger qui agit en Angleterre non pas sous une raison sociale ou d'une autre manière, mais sous son nom propre pourra

²⁷⁶ Cf. d'un point de vue suisse, cf. KRAFFT, "Exorbitante" *Gerichtsstände*, p. 108-117.

²⁷⁷ Cf. CHESIRE/NORTH/FAWCETT, p. 182. D'un point de vue suisse, cf. KRAFFT, "Exorbitante" *Gerichtsstände*, p. 127-136.

²⁷⁸ Cf. *Burnham v. Superior Court of California*, 495 U.S. 604 (notification d'une demande en divorce à l'époux domicilié au New Jersey en voyage d'affaires pendant trois jours en Californie); *Grace v. MacArthur*, 170 F. Supp. 442 (E.D. Ark. 1959) (notification d'une demande en paiement au cocontractant pendant le survol en avion des Etats-Unis); *Amusement Equipment, Inc. v. Mordelt*, 779 F. 2d 264 (5^e Cir. 1985) (notification d'une demande en paiement au représentant de la défenderesse allemande, alors que celui-ci visitait une foire sur sol américain).

²⁷⁹ *Colt Industries v. Sarlie* [1966] 1 All ER 673.

se faire notifier la demande à sa *place of business* anglaise²⁸⁰. Un autre cas est celui de la notification d'une demande à un *oversea principal* qui conclut un contrat en Angleterre par un agent, par remise de l'acte introductif d'instance à ce dernier²⁸¹. La compatibilité de cette compétence avec le droit international public est sérieusement remise en cause, du moins lorsqu'il n'existe pas d'autres liens avec le for²⁸².

125. En matière d'injonctions non pécuniaires, le for du lieu de notification d'un acte judiciaire offre également un potentiel extraterritorial imprévisible; il donne au juge saisi le pouvoir d'ordonner un comportement quelconque n'importe où dans le monde, quelque que soit le domicile du débiteur, sans que l'objet de l'injonction en cause n'ait un lien avec son territoire. Il suffit que le défendeur se trouve physiquement - même l'espace d'une seconde - sur le territoire du juge saisi.

3. La limitation positive de la compétence juridictionnelle extraterritoriale: l'instauration de fors exclusifs (art. 16)

a) La coïncidence territoriale entre la compétence juridictionnelle et le lieu d'exécution forcée

126. En principe, les fors exclusifs s'expliquent par le lien particulièrement étroit unissant l'objet du litige au territoire d'un Etat signataire²⁸³. Ils se justifient par le fait qu'un tribunal est le mieux placé, compte tenu de la proximité avec la cause, pour avoir une bonne connaissance de la situation de fait et pour appliquer les règles et usages qui sont, en général, ceux de l'Etat de situation²⁸⁴. Il s'agit aussi souvent de permettre la coïncidence du *jus* et du

²⁸⁰ RSC Order 81, rule 9, qui renvoie à la rule 1, 3.

²⁸¹ RSC Order 10, rule 2.

²⁸² Pour les Etats-Unis, cf. *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)*, § 421 (2) (a) et comment c.

²⁸³ Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6141; GAUDEMET-TALLON, n° 82. L'art. 12 de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé prévoit également dans les matières qui sont en principe les mêmes que celles visées par l'art. 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano; cf. BUCHER, *Vers une convention mondiale*, p. 97.

²⁸⁴ CJCE, *Sanders v. Vander Putte*, 14 décembre 1977, aff. C 73/77, Rec. 1977, p. 2382, n° 11; CJCE, *Ferdinand M.J.J. Duinjee c. Lodewik Goderbauer*, 15 novembre 1983, aff. 288/82, Rec. 1983, p. 3663, n° 18, 19, 22 à 27; CJCE, *Reichert c. Dresdner Bank*, 10 janvier 1990, aff. C-115/88, Rec. 1990, p. 27, n° 10.

forum, la loi applicable étant souvent celle des fors désignés par l'art. 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, soit à titre de *lex causae*, soit à titre de loi de police²⁶⁵.

127. Dans le contexte des injonctions extraterritoriales, l'intérêt des fors prévus par l'art. 16 des Conventions est de faire coïncider le *forum* et le *locus executionis*, en ce sens que le lieu du for sera souvent similaire avec le lieu de l'exécution forcée. Ce principe fait directement l'objet de l'art. 16 ch. 5, il est vrai, mais aussi indirectement celui des art. 16 ch. 1 à 4. On peut dès lors dire de ces critères de compétence juridictionnelle qu'ils limitent, cette fois-ci *positivement* vu leur nature impérative²⁶⁶, la compétence juridictionnelle extraterritoriale des Etats signataires: le juge qui prononce la mesure siège simultanément sur le territoire où la mesure doit être exécutée, c'est-à-dire le lieu où la contrainte sera, le cas échéant, exercée, ce qui permet d'éviter toute procédure de reconnaissance à l'étranger et coupe court à toute velléité d'injonctions extraterritoriales. Du point de vue de l'exécution forcée, ces fors, si l'on exclut le for de l'art. 16 ch. 5, peuvent être classés en deux catégories: les fors en matière de droits réels immobiliers (b) et les fors en matière d'inscription dans des registres publics (c).

b) Les fors en matière de droits réels immobiliers (art. 16 ch. 1)

128. Le fait que le jugement rendu dans le cadre d'une action réelle immobilière sera nécessairement exécuté au lieu de situation de l'immeuble plaide pour une compétence exclusive des tribunaux de l'Etat de ce lieu²⁶⁷.

129. Comme elle le fait pour d'autres concepts, la CJCE a opté pour une définition autonome de la notion de droit réel immobilier²⁶⁸. Elle ne soumet pas l'ensemble des actions qui concernent des droits réels immobiliers à

²⁶⁵ CJCE, *Sanders v. Vander Putte*, 14 décembre 1977, aff. C 73/77, Rec. 1977, p. 2382, n° 14.

²⁶⁶ Cf. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6154 et les références citées.

²⁶⁷ La Proposition de règlement n'a pas modifié l'art. 16 ch. 1 de manière déterminante pour l'objet de notre étude. Elle a assoupli le régime de la dérogation à la compétence de l'Etat du lieu de situation de l'immeuble pour les baux de courte durée. Pour que le défendeur puisse également être attiré devant un tribunal de son domicile, il suffit désormais que le locataire soit une personne physique, peu importe que le propriétaire soit une personne physique ou une personne morale, et que propriétaire et locataire aient leur domicile dans un même Etat membre. Cette solution constitue une voie médiane entre la solution retenue dans la Convention de Bruxelles et celle retenue dans la Convention de Lugano.

²⁶⁸ CJCE, *Reichert c. Dresdner Bank*, 10 janvier 1990, aff. C-115/88, Rec. 1990, p. 27, n° 8; CJCE, *Norbert Lieber c. Willi S. Sörgel et Siegfried Göbel*, 9 juin 1994, aff. C-292/93, Rec. 1994, p. 2535.

l'art. 16 ch. 1, mais seulement celles qui tendent à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété ou la possession d'un bien immobilier ou l'existence d'autres droits réels sur ces biens et à assurer aux titulaires de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre²⁸⁸. Ainsi, seules les actions déployant des effets *erga omnes* peuvent être introduites au for de l'art. 16 ch. 1. En d'autres termes, il faut que le droit réel lui-même soit l'objet de l'action²⁹⁰. Au contraire, les actions personnelles²⁹¹ (sous réserve des actions en matière de baux d'immeubles)²⁹² et les actions mixtes²⁹³, à savoir celles par lesquelles une personne se prévaut à la fois d'un droit réel et d'un droit personnel, issus tous deux de la même opération juridique, sortent du domaine d'application de cette disposition. Ainsi, les actions en annulation, résolution ou rescision de la vente, ou celles en délivrance d'immeubles ne tombent pas sous l'art. 16 ch. 1²⁹⁴. De même, les actions en paiement du prix de vente ou d'une astreinte pour non-exécution d'une vente, ainsi que les actions en dommages-intérêts consécutives à un usage indû de l'immeuble ou tendant à la réparation d'un dommage qui lui a été causé, ne relèvent pas non plus du champ d'application de l'art. 16 ch. 1 des Conventions²⁹⁵. Il en va de même de l'action paulienne²⁹⁶.

130. Dans le contexte des injonctions extraterritoriales, il importe de constater que les actions en cessation de trouble et en interdiction de trouble de

²⁸⁸ CJCE, *Reichert c. Dresdner Bank*, 10 janvier 1990, aff. C-115/88, Rec. 1990, p. 27, n° 11.

²⁸⁹ CJCE, *Webb c. Webb*, 17 mai 1994, aff. C-294/92, Rec. 1994, p. 1717, n° 14 et les conclusions de l'Avocat général DARMON, p. 1735. Sur l'effet absolu du droit réel, cf. SCHLOSSER, *Rapport*, ch. 166, p. 120 et CJCE, *Norbert Lieber c. Willi S. Sörgel et Siegfried Göbel*, 9 juin 1994, aff. C-292/93, Rec. 1994, p. 2535, n° 14.

²⁹¹ CJCE, *Webb c. Webb*, 17 mai 1994, aff. C-294/92, Rec. 1994, p. 1717, n° 14; cf. notamment KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 16, n° 14; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 16, n° 48.

²⁹² Art. 16 ch. 1 lit. a des Conventions de Bruxelles et de Lugano; cf. cependant l'exception définie à l'art. 16 ch. 1 lit. b.

²⁹³ Cf. GAUDEMET-TALLON, n° 85. La notion d'action mixte n'est pas connue en Suisse, où une action est soit réelle, soit personnelle, soit *propter rem*.

²⁹⁴ Cf. les conclusions de l'Avocat général DARMON dans l'affaire *Webb c. Webb*, 17 mai 1994, aff. C-294/92, Rec. 1994, p. 1717, p. 1723.

²⁹⁵ CJCE, *Norbert Lieber c. Willi S. Sörgel et Siegfried Göbel*, 9 juin 1994, aff. C-292/93, Rec. 1994, p. 2535; cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6212-6213; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 16, n° 48 et 75; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 16, n° 20; SCHLOSSER, *Rapport*, ch. 163, p. 120; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 16, n° 5.

²⁹⁶ CJCE, *Reichert c. Dresdner Bank*, 10 janvier 1990, aff. C-115/88, Rec. 1990, p. 27, n° 12; cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6216; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 16, n° 18.

la possession²⁹⁷, comme l'action en revendication et celle négatoire de droit²⁹⁸, peuvent être introduites au lieu de situation de l'immeuble, à l'exclusion de celles en dommages-intérêts consécutives aux comportements illicites de tiers²⁹⁹. Il en va de même des actions en bornage³⁰⁰ ou en interdiction d'immixtions liées à l'utilisation d'un bien-fonds voisin³⁰¹.

c) Les fors en matière d'inscription dans des registres publics

(1) Art. 16 ch. 2: compétence en matière de sociétés et de personnes morales

131. L'art. 16 ch. 2 confère une compétence exclusive aux tribunaux du siège des sociétés et des personnes morales, à condition que ce siège soit sur le territoire d'un Etat contractant, pour les litiges portant sur leur validité ou leur nullité, sur leur dissolution ou encore sur la régularité des décisions prises par leurs organes.

132. Sans s'arrêter sur la qualification de sociétés ou de personnes morales³⁰², ni sur celle de siège³⁰³, c'est à nouveau l'objet de la procédure qui retiendra notre attention. Les litiges visés par l'art. 16 ch. 2 concernent tout d'abord les procédures relatives à la régularité de la constitution de ces groupements. Il pourra s'agir de procès tendant à mettre à jour des vices formels ou matériels, portant sur des conclusions de type condamnatore, constataoire ou formateur³⁰⁴. Ensuite, l'art. 16 ch. 2 concerne les actions en nullité de

²⁹⁷ Art. 927 et 928 CC. Pour les art. 862 et 869 BGB allemand, cf. GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 16, n° 84.

²⁹⁸ Art. 641 al. 2 CC. Pour le droit allemand, cf. GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 16, n° 53.

²⁹⁹ KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 16, n° 22.

³⁰⁰ Art. 669 CC. Cf. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6224; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 16, n° 87.

³⁰¹ Art. 684 CC. Cette qualification est cependant controversée. Pour l'application de l'art. 16 ch. 1, cf. notamment SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 16, n° 4; pour l'application de l'art. 5 ch. 3; cf. notamment GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 16, n° 76; KOHLER, *Zivilrechtliche Schadenersatz- und Unterlassungsklagen*, p. 167; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 16, n° 22; SCHACK, *Das Internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten*, p. 329-330.

³⁰² Logiquement, une qualification autonome s'impose pour les deux termes; cf. en ce sens notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6302.

³⁰³ C'est en vertu du droit international privé du juge saisi qu'il faudra choisir entre le siège réel et le siège statutaire; cf. art. 53 al. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. La solution est maintenue dans la Proposition de règlement, par opposition à la règle de qualification autonome du siège, désormais prévue à l'art. 57 de cette dernière.

³⁰⁴ Cf. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6314.

ces groupements, par exemple parce que leur but est illicite ou contraire aux mœurs³⁰⁵; la dissolution peut être légale, conventionnelle ou judiciaire. Elle concerne aussi la liquidation qui s'en suit³⁰⁶. En Suisse, l'action en dissolution et la liquidation subséquente peuvent intervenir pour des motifs divers³⁰⁷. Enfin, les litiges ayant trait à la validité ou à la nullité des décisions des organes d'une société ou personne morale peuvent faire l'objet de contestations relevant de la compétence des juges désignés en fonction de l'art. 16 ch. 2. En Suisse, en matière de société anonyme par exemple, il s'agit en particulier des décisions de l'assemblée générale, du conseil d'administration ou des réviseurs. Toutes ces actions ne pourront donc pas être extraterritoriales.

133. En revanche, les actions des associés, respectivement des actionnaires, contre la société ne sont pas couvertes par l'art. 16 ch. 2³⁰⁸, et pourront par conséquent présenter certains éléments d'extraterritorialité.

(2) Art. 16 ch. 3: compétence en matière d'inscription dans des registres publics au sens strict

134. L'art. 16 ch. 3 donne compétence exclusive aux tribunaux de l'Etat signataire sur le territoire duquel les registres publics sont tenus pour toute contestation concernant la validité des inscriptions sur ces registres³⁰⁹. Cette règle est très généralement admise: ces litiges intéressent le fonctionnement des services publics que constituent ces registres. On conçoit mal la compétence d'autres tribunaux que ceux de l'Etat responsable du registre³¹⁰.

³⁰⁵ Cf., par exemple pour la société anonyme, les art. 52 al. 3 CC et 643 al. 3 CO.

³⁰⁶ Cf. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6316.

³⁰⁷ En matière de société simple: art. 545 al. 1 ch. 7 et 545 al. 2 CO (justes motifs); société en nom collectif: art. 574 al. 3 CO, 575 al. 1 et 2 CO, 577 CO, 545 al. 1 ch. 7 et al. 2 CO, 579 CO et 582-590 CO; société en commandite: art. 619 CO; société anonyme: art. 736 al. 4 CO, 742-745 CO; société à responsabilité limitée: art. 820 ch. 4 CO; société en commandite par actions: art. 770 al. 2 CO; société coopérative: art. 831 al. 2 CO, 911 ch. 4 CO, 914 et 915 CO.

³⁰⁸ Notamment les actions visant l'obtention de renseignements ou l'action tendant au paiement du dividende. Cf. les exemples chez KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 16, n° 38; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 16, n° 19.

³⁰⁹ L'art. 22 de la Proposition de règlement n'offre pas de changement en ce qui concerne l'actuel art. 16 ch. 3.

³¹⁰ Dans ce sens, cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6323; GAUDEMET-TALLON, n° 95; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 16, n° 40; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 16, n° 20.

(3) Art. 16 ch. 4: compétence en matière de droits de propriété intellectuelle

135. L'art. 16 ch. 4 pose une règle de compétence exclusive en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement³¹¹. Pour les litiges en ce domaine, la compétence exclusive appartient aux juridictions de l'Etat signataire sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué, ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale.

136. L'art. 16 ch. 4 ne vise que les litiges portant sur l'inscription ou la validité des droits de propriété intellectuelle donnant lieu à enregistrement³¹². Pour une certaine doctrine, la concession d'un droit de propriété industrielle est un acte de souveraineté de l'Etat concédant, de sorte que seuls les tribunaux de cet Etat seraient compétents pour statuer sur l'existence ou la validité d'un tel droit³¹³. Pour un autre courant doctrinal, cette compétence exclusive se justifierait en raison des liens étroits existant entre les actions visées à l'art. 16 ch. 4 et la procédure d'enregistrement mise en place par l'Etat concerné³¹⁴. Cette disposition exclut dès lors les litiges ayant trait à des droits de propriété intellectuelle qui ne sont pas soumis à enregistrement, tels les droits d'auteur ou des droits voisins³¹⁵, ainsi que les procès portant sur l'appartenance des droits de propriété intellectuelle, sur leur contrefaçon ou sur les contrats dont ils peuvent faire l'objet³¹⁶; dans de tels litiges, en effet, le fonctionnement du service public du dépôt n'est pas en cause et la compétence exclusive des tribunaux de l'Etat du registre perd sa raison d'être³¹⁷. Ce seront alors des actions délictuelles ou contractuelles qui doivent suivre les

³¹¹ L'art. 22 de la Proposition de règlement n'offre pas de changements relevant pour l'objet de notre étude en ce qui concerne l'actuel art. 16. ch. 4.

³¹² CJCE, *Ferdinand M.J.J. Duinjee c. Lodewik Goderbauer*, 15 novembre 1983, aff. 288/82, Rec. 1983, p. 3663.

³¹³ Cf. notamment GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 16, n° 220.

³¹⁴ Cf. notamment VISCHER, *IPRG-Kommentar*, ad Art. 109, n° 19.

³¹⁵ La solution est donc plus étroite que celle adoptée en Suisse par l'art. 109 LDIP, puisque ce dernier concerne toutes les actions relatives aux droits de propriété intellectuelle. Cf. de manière générale, la thèse de NOVIER, *La propriété intellectuelle en droit international privé suisse*.

³¹⁶ Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6344; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 16, n° 225-228; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 16, n° 46 et 48.

³¹⁷ Cf. GAUDEMET-TALLON, n° 97.

règles générales ou spécifiques applicables à la matière délictuelle ou contractuelle.

B. Les compétences juridictionnelles extraterritoriales en matière de procédure au fond

137. Lorsque les Conventions de Bruxelles et de Lugano sont applicables, la compétence du juge repose sur les règles de compétence juridictionnelles conventionnelles. Aux yeux des rédacteurs de la Convention de Bruxelles, un litige paraît suffisamment intégré à la Communauté européenne pour justifier la compétence au fond d'un tribunal d'un Etat signataire dans trois hypothèses, en sus de celle déjà examinée du lien si étroit de l'objet du litige avec un Etat contractant que la compétence de ce dernier s'impose exclusivement (art. 16): lorsque le défendeur a son domicile ou son siège dans un Etat contractant (1); lorsque l'une des alternatives au for du domicile du défendeur ouvertes par les compétences spéciales est établie (2); enfin, lorsque les parties ont voulu attribuer la compétence aux tribunaux d'un Etat contractant (3). C'est dans cet ordre que nous examinerons les potentiels et limites à l'extraterritorialité de ces chefs de compétence juridictionnelle.

1. La compétence générale: le for du domicile du défendeur (art. 2 al. 1)

a) Les fors ordinaires des Conventions

138. Malgré l'insuffisance démontrée de cette affirmation³¹⁸, il est communément admis que la compétence extraterritoriale ne peut exister que si les faits à l'origine du litige et justifiant la mesure prononcée entretiennent un lien *suffisant* ou *raisonnable* avec l'Etat du for³¹⁹. On admettra, comme hypothèse de travail, que cette condition du droit international général est réalisée chaque fois que le juge est saisi en vertu d'une règle de compétence juridictionnelle consacrée par les Conventions de Bruxelles et de Lugano. En effet, afin de pouvoir obtenir un consensus entre les Etats signataires sur ces critères, il semble *a priori* aller de soi qu'aucun de ces critères ne doive permettre, de manière contraire au droit international, à un de ces Etats de s'ingérer dans les affaires intérieures d'un de ses pairs. A l'inverse, lorsque la mesure est prise à un for ancré uniquement dans le droit national des Etats

³¹⁸ Cf. *supra*, Partie 1, I. C. 2. c).

³¹⁹ Cf. *supra*, Partie 1, I. C. 2. b).

signataires, l'admissibilité d'une mesure extraterritoriale sera appréciée par rapport au seuil d'exorbitance dudit for³²⁰. Si ce seuil devait être dépassé, rien ne justifie qu'un tel commandement puisse avoir vocation à s'étendre au-delà du territoire du for, visant des personnes, des biens ou des actes situés à l'étranger. Une reconnaissance de la mesure à l'étranger serait alors également exclue. Ainsi, par exemple, si la saisine du juge au fond repose uniquement sur la présence au for des avoirs à saisir, seule une mesure territoriale serait alors justifiée.

b) Le potentiel extraterritorial de la norme

139. Instinctivement, il s'avère cependant rapidement que l'hypothèse de travail posée - toute mesure prise à un for ordinaire des Conventions de Bruxelles et de Lugano peut être extraterritoriale - doit encore être affinée. En effet, tout for ordinaire des Conventions n'ouvre pas la possibilité de prononcer des mesures extraterritoriales. Afin de déterminer quels contacts sont nécessaires avec le for, une solution consiste à scinder la compétence ordinaire, à l'instar de la pratique américaine³²¹, en compétence générale et compétence spéciale, la première nécessitant des "*minimum contacts*" plus étroits avec le for que ceux exigés par la seconde. La compétence générale (*general jurisdiction*) serait alors celle fondée sur le domicile, la résidence habituelle³²² ou le siège du défendeur, qui permet au juge de prononcer toute mesure à l'égard du défendeur, quel que soit le lien des faits à l'origine du litige avec le for et le lieu d'exécution de la mesure prononcée. La compétence spéciale (*specific jurisdiction*) serait en revanche celle fondée sur le lien spécifique du litige avec le for, comme par exemple le lieu de commission ou de résultat d'un délit, le lieu d'exécution d'un contrat ou le lien existant entre les co-défendeurs, et ne permettrait au juge de prononcer qu'une mesure en rapport avec ce lien.

³²⁰ Cf. à ce titre la formulation de l'art. 3 al. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, non exhaustif quant aux fors énumérés et considérés comme exorbitants.

³²¹ La scission de la *personal jurisdiction* en *general jurisdiction* et *specific jurisdiction* a été développée par VON MEHREN/TRAUTMAN, p. 1136, p. 1144 et reprise par la *Supreme Court* en 1984 dans *Helicopteros Nacionales de Columbia, S.A. v. Hall*, 466 U.S. 408, 414 (1984); cf. BORN, *International Civil Litigation*, p. 77; PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit*, p. 565.

³²² L'art. 3 de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé consacre le for général dans l'Etat de la *résidence habituelle* du défendeur; cf. BUCHER, *Vers une convention mondiale*, p. 82.

140. Sur ce modèle, les Conventions de Bruxelles et de Lugano ont érigé en compétence générale le for du domicile du défendeur³²³, respectivement du siège social lorsque le défendeur est une société et une personne morale³²⁴. Cette règle du *actor sequitur forum rei* se retrouve d'ailleurs dans le droit autonome de tous les Etats signataires³²⁵, ainsi que dans les codes de procédure civile de tous les cantons suisses³²⁶. Selon la Cour de Justice, elle se justifie, par opposition à un for au domicile du demandeur, qui présenterait les mêmes liens avec la cause, parce que le défendeur est la partie la plus faible du fait qu'il subit l'action³²⁷. Le juge du domicile, respectivement du siège social du défendeur sera compétent pour toutes les actions dirigées contre ce dernier. La nature de l'action et l'intensité du lien avec le for qu'ont les faits sur lesquels cette action se base ne joueront aucun rôle³²⁸. Aussi, le potentiel extraterritorial de l'art. 2 al. 1 des Conventions est illimité. Cela ne semble d'ailleurs déranger personne: s'il y a un lieu où l'on doit pouvoir demander à une personne d'adopter un certain comportement, localisé au for ou à l'étranger, cela doit bien être à son domicile.

c) Les limites au caractère extraterritorial de la norme

141. Personne n'a encore pu démontrer que le for du domicile, respectivement du siège social du défendeur était issu d'une règle de droit international général³²⁹, bien que ce for semble en parfaite harmonie avec le principe de droit international de la territorialité au sens strict³³⁰. Cela ne semble d'ailleurs pas suffisant pour en faire une règle de droit international public général: la même constatation peut en effet également être faite au sujet de

³²³ Art. 2.

³²⁴ Art. 53 al. 1. L'art. 2 de la Proposition de règlement renvoie en outre à la qualification autonome du siège prévue à l'art. 57 pour la définition du domicile des personnes morales.

³²⁵ Cf. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit*, p. 596.

³²⁶ Cf. l'énumération chez VOGEL, *Grundriss*, p. 100, n° 30.

³²⁷ CJCE, *Farrell c. Long*, 20 mars 1997, aff. C-295/95, Rec. 1997, p. 1683.

³²⁸ GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 2, n° 106 parlent à juste titre de "*Allzuständigkeit des Wohnsitzstaates*."

³²⁹ Cf. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 395. D'ailleurs, le droit français (art. 14 et 15 CCFr.) et les droits qui en sont dérivés partent de la nationalité comme circonstance de rattachement première. Cette circonstance est fortement influencée par le droit international: l'Etat du for est redevable d'une certaine protection en faveur de ses nationaux, indépendamment de leur qualité procédurale - demandeur ou défendeur. Inversement, le national est soumis à la juridiction de son pays, indépendamment de son domicile - dans son pays ou à l'étranger.

³³⁰ MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 69: "*The basic principle ... is, of course, fully in harmony with the classical rule and the demands of territorial sovereignty.*"

la *tag jurisdiction* de la *common law*³³¹; or, celle-ci est précisément jugée exorbitante par les Conventions de Bruxelles et de Lugano³³².

142. Cependant, même si le for du domicile du défendeur ne peut être élevé au rang de règle du droit international public général, ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont fixé de limites - directes ou indirectes - au principe *actor sequitur forum rei*: le for du domicile du défendeur est, à l'heure actuelle, le seul for où toute action peut être portée, quelque soit le lien qu'elle entretient avec le territoire du domicile du défendeur. En effet, la règle *actor sequitur forum rei* permet de désamorcer tout éventuel conflit de souverainetés entre deux pays qui pourraient prétendre exercer leur compétence sur un même état de fait. La seule restriction qui pourrait encore venir limiter la compétence du juge du domicile, respectivement du siège du défendeur, serait l'existence d'une compétence exclusive d'un autre Etat signataire en vertu de l'art. 16 des Conventions ou l'attribution de la compétence à un autre Etat, signataire ou non, par une clause de prorogation de for. A vrai dire, il ne s'agit pas d'une limite au caractère extraterritorial de la norme, qui existe par définition dès que l'application de cette dernière est établie, mais plutôt d'une limite à son applicabilité elle-même. Le for du domicile du défendeur est dès lors la seule - comme nous le verrons - norme de compétence juridictionnelle établie par les Conventions de Bruxelles et de Lugano au caractère extraterritorial illimité.

2. Les compétences spéciales

a) Le for du lieu du délit: art. 5 ch. 3

(1) L'applicabilité de la norme aux injonctions non pécuniaires et/ou préventives

143. Selon l'art. 5 ch. 3 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant, en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit³³³.

³³¹ Cf. *supra*, Partie 1, II. A. 2. b). (3).

³³² Cf. art. 3 al. 2.

³³³ Le for du délit est également prévu à l'art. 10 de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la

144. Dans le contexte des injonctions extraterritoriales non pécuniaires, deux questions préalables se posent à la lecture de ce texte, ayant trait au type de conclusions requises et au moment de la saisine du juge: l'art. 5 ch. 3 s'applique-t-il, d'une part, aux demandes non pécuniaires, et, d'autre part, aux requêtes préventives destinées à écarter la menace d'un dommage³³⁴ ?

145. A la première question, la CJCE, dans son arrêt *Reichert II*³³⁵, a répondu par la négative. Saisie de la question de savoir si l'action paulienne relevait du champ d'application de l'art. 5 ch. 3, la Cour a jugé que le fait que ce type d'action ne nécessite pas, en droit français, un acte illicite ou une faute du défendeur justifie son exclusion du champ d'application de l'art. 5 ch. 3. En outre, elle a estimé que l'action paulienne ne vise pas la réparation d'un dommage, condition également jugée nécessaire par cet arrêt à l'application de l'art. 5 ch. 3. La conséquence de l'exclusion du champ d'application de l'art. 5 ch. 3 de toutes les actions qui visent autre chose que la réparation du dommage *stricto sensu* conduit à une atomisation injustifiée, à nos yeux, de la compétence juridictionnelle. En effet, l'application stricte de cette conséquence signifie que la victime qui entend cumulativement obtenir la cessation d'une atteinte illicite et la réparation du dommage subi ne pourra introduire que la seconde de ces prétentions au for de l'art. 5 ch. 3, la première devant l'être au for général de l'art. 2 al. 1³³⁶. Or, le texte même de l'art. 5 ch. 3 ne contient aucune précision qui permettrait de limiter son champ d'application aux seules actions en réparation du dommage³³⁷; d'ailleurs, en pratique, les tribunaux nationaux n'ont jamais tenu compte de cette limitation³³⁸. Pour notre part, nous estimons que la nature de la prétention que le plaideur peut faire valoir au for du lieu du délit est régie par le droit matériel applicable. Seul ce dernier est en mesure de déterminer les conséquences d'un acte illicite. Dès lors et *a priori*, rien n'empêche de faire

Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé; cf. BUCHER, *Vers une convention mondiale*, SJ 2000 II, n° 2, p. 95.

³³⁴ Des modifications profondes à cet article furent rejetées dans le cadre des travaux du groupe *ad hoc*. Cependant, et c'est la seule modification par rapport au texte actuel, en couvrant non seulement les cas où un fait dommageable s'est produit mais également les cas où un fait dommageable risque de se produire, le texte de l'art. 5 ch. 3 de la Proposition de règlement lève ainsi une ambiguïté de l'art. 5 ch. 3 des Conventions. Il permet clairement un for à la disposition des parties dans le cadre d'actions préventives.

³³⁵ CJCE, *Reichert c. Dresdner Bank (Reichert II)*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, Rec. 1992, p. 2149.

³³⁶ En ce sens, DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 5091.

³³⁷ Du même avis, notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 5117.

³³⁸ Cf. les références données par DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 5117.

valoir indistinctement une prétention condamnatoire - pécuniaire ou non pécuniaire -, constatatoire ou formatrice³³⁹ au for de l'art. 5 ch. 3 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, à condition que celle-ci soit admise par le droit matériel applicable.

146. A la seconde question concernant l'application du for de l'art. 5 ch. 3 aux requêtes préventives, la CJCE n'a pas eu l'occasion de donner une réponse. La question préjudicielle qui lui a été posée par le *Bundesgerichtshof* en date du 17 mars 1994 dans l'affaire "*Beta*" a été retirée du rôle par la suite³⁴⁰. La grande majorité des auteurs est cependant favorable à l'admissibilité des actions préventives au fond au for de l'art. 5 ch. 3³⁴¹, alors même que le texte même de la disposition parle d'un fait dommageable qui *s'est produit*. Il est vrai toutefois que, dans de nombreux cas, le lieu de survenance du dommage sera difficile à établir pour les actions préventives, en tout cas lorsqu'un premier dommage n'a pas déjà été causé³⁴². Il en va en revanche différemment lorsqu'il s'agit d'éviter la répétition d'un acte délictueux³⁴³. Le professeur BEHR³⁴⁴ a néanmoins plaidé avec conviction pour l'applicabilité de l'art. 5 ch. 3 aux actions préventives. Parallèlement à des arguments fondés sur la nécessité d'une interprétation de la Convention de Bruxelles visant la simplification et la réduction des obstacles existants aux procédures judiciaires, il démontre qu'au vu des législations nationales, dont les auteurs de la Convention ont tenu compte lors de son élaboration, il n'était prévu en aucune manière de mentionner spécialement les mesures préventives. Au contraire, il était prévu de créer une norme de compétence délictuelle pour toutes sortes d'atteintes, sans distinction quant au type de

³³⁹ Cf. en droit suisse interne, FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 10, n° 3; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, ad Art. 26, n° 2.

³⁴⁰ Question préjudicielle posée par le BGH le 17 mars 1994, GRUR Int. 1994, p. 762 et p. 963-966; NJW 1994, p. 3248; RfW 1994, p. 591, EWIR 1994, p. 215, p. 305, obs. Mankowski, Peter; IPRspr. 1994, n° 138. L'affaire avait été enregistrée sous le numéro C-136/94, cf. JOCE N° C 331, p. 4 du 26 novembre 1994.

³⁴¹ Pro: cf. notamment BETLEM, *Transboundary Enforcement*, p. 200; CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, p. 300, qui qualifient la non-inclusion de l'atteinte imminente dans le texte de l'art. 5 ch. 3 de "*serious omission*"; DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 5117; GAUDEMET-TALLON, n° 198; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 5 ch. 3, n° 169; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 5 ch. 3, n° 59; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 5, n° 16. Contra: cf. notamment BÜLOW/BÖCKSTIEGEL/GEIMER/SCHÜTZE (Linke, Hartmut), p. 606/26; KAYE, *Civil Jurisdiction*, p. 570.

³⁴² On parle dans ce cas de "*Erstbegehungsfahr*."

³⁴³ On parle dans ce cas de "*Wiederholungsfahr*."

³⁴⁴ Cf. BEHR, p. 604-608.

sanctions choisies. Pour lui, l'exclusion grammaticale des actions préventives est une "*nicht aussagekräftige legislative Zufälligkeit*"³⁴⁵. Cette interprétation est confirmée indirectement aussi par le Rapport JENARD, qui mentionne expressément les législations française et allemande comme ayant servi de modèles à l'art. 5 ch. 3³⁴⁶. Or, ces législations nationales ouvrent le for du délit aux actions préventives³⁴⁷. Ainsi, si l'on considère les buts de la norme, à savoir offrir un for ayant un lien procédural avec la cause, notamment en matière d'administration des preuves, alors il se justifie d'admettre les actions préventives au for du lieu du délit. En outre, la nature de la prétention accordée relève du droit matériel et non du droit de la compétence juridictionnelle. Aussi, si un droit national accorde une telle prétention à une victime potentielle, alors il convient aussi d'offrir à cette dernière un for lui permettant de la faire valoir³⁴⁸. Cette solution est codifiée aujourd'hui dans la Proposition de règlement du Conseil: le nouvel art. 5 ch. 3 couvre non seulement les cas où un fait dommageable s'est produit, mais également les cas où un fait dommageable risque de se produire³⁴⁹.

(2) Le potentiel extraterritorial de la norme

147. La compétence fondée sur l'art. 5 ch. 3 désigne par définition un juge qui n'est pas celui du domicile du défendeur; en effet, le cas échéant, c'est exclusivement en vertu de l'art. 2 des Conventions que le tribunal sera compétent³⁵⁰. La CJCE ayant admis le principe de l'ubiquité dans l'interprétation de l'art. 5 ch. 3³⁵¹, le juge compétent en matière délictuelle sera donc celui du

³⁴⁵ Id., p. 607.

³⁴⁶ Cf. JENARD, *Rapport*, p. 37.

³⁴⁷ Cf. notamment BEHR, p. 607.

³⁴⁸ En ce sens aussi les conclusions auxquelles arrive dans sa thèse WYSS, *Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, passim*.

³⁴⁹ L'art. 10 al. 3 de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé prévoit expressément que le for du délit s'applique aussi aux actions en cessation d'une atteinte qui menace de se produire; cf. BUCHER, *Vers une convention mondiale*, p. 95.

³⁵⁰ Cf. BGH, 12 octobre 1989, IPRax 1990, p. 318. Cette conclusion s'impose au regard du texte de l'art. 5 *in initio* de la Convention: "*Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré*, dans un autre Etat contractant (soulignement par l'auteur):

[...]

ch. 3: *en matière délictuelle* [...]"

³⁵¹ CJCE, *Handelskverkerij G. J. Bier BV c. Mines de Potasse d'Alsace SA*, 30 novembre 1976, aff. C-21/76, Rec. 1976, p. 1735.

lieu où l'acte délictuel a été commis ou celui du lieu où l'atteinte s'est produite, pour autant toujours que le juge ainsi désigné ne soit pas le juge du domicile de l'auteur de l'atteinte³⁵². La mesure prononcée à ce lieu sera donc forcément une injonction extraterritoriale, étant donné qu'elle ordonnera à un défendeur un comportement dont les effets auront lieu pour lui sur un territoire étranger à celui de son domicile. Cependant, il ne s'agit pas forcément de l'exercice d'une compétence juridictionnelle extraterritoriale illicite: en vertu du principe de souveraineté, un Etat est parfaitement en droit - voire même contraint - de régir un comportement dont les effets se font sentir sur son territoire, même si l'auteur du comportement n'est pas, lui, domicilié sur son territoire. La question devient en revanche plus épineuse si un tribunal saisi en vertu de l'art. 5 ch. 3 ordonne au défendeur de cesser une activité illicite non seulement en ce qui concerne les effets sur son propre territoire, mais également en ce qui concerne les effets sur le territoire d'un Etat tiers. En d'autres termes, la compétence juridictionnelle fondée sur l'art. 5 ch. 3 est-elle limitée au territoire de l'Etat saisi ou est-elle territorialement illimitée? La question se pose notamment en cas de délits à distance ou ramifiés³⁵³ dont les effets se font sentir dans plusieurs Etats, voire dans le monde entier, tels les délits commis par la presse, par la télévision ou par Internet³⁵⁴. Et elle se pose encore plus particulièrement dans le cas d'actions préventives visant à interdire la commission d'un tel délit à distance. En effet, potentiellement, n'importe quel juge européen, voire au monde pourrait se déclarer compétent, si l'acte dont est requise l'interdiction peut techniquement se faire sentir sur l'ensemble du territoire européen - que l'on pense à une pollution transfrontière -, voire même sur l'ensemble du territoire mondial - que l'on pense à un délit commis sur le réseau Internet.

(3) Les limites au caractère extraterritorial de la norme

148. La doctrine est partagée sur la portée territoriale de l'art. 5 ch. 3. La question est de savoir si le juge saisi en vertu de cette disposition ne peut que se prononcer sur les actes qui ont été ou doivent être exécutés sur son

³⁵² Sinon le juge serait compétent en vertu de l'art. 2 des Conventions.

³⁵³ On parle de *multistate torts* en anglais ou de *Streudelikte* en allemand.

³⁵⁴ Le Tribunal fédéral admet cependant, en matière de répartition de la compétence pénale intercan-tonale en matière d'infractions à la loi sur le droit d'auteur par le biais d'Internet, une compétence au lieu où les données ont été introduites et non au lieu d'exploitation du serveur; cf. arrêt du 11 août 1999, reproduit partiellement dans sic! 1999, p. 35-36 et Medialex 1999, p. 235-236, obs. Riklin, Franz. Le *Kammergericht* allemand admet en revanche une compétence internationale au lieu où les données sur un réseau électronique peuvent être appelées; cf. *Kammergericht*, 25 mars 1997, WM 1997, p. 2376, p. 2378 en matière de nom de domaine.

territoire ou s'il est libre de se prononcer aussi sur des actes qui ont été ou doivent être exécutés à l'étranger.

149. La compétence spéciale fondée sur l'art. 5 ch. 3 vise à créer un for spécial justifié par le lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître en vue de l'organisation utile du procès, notamment eu égard à la question de l'appréhension des faits et de l'administration des preuves³⁵⁵. On peut donc en inférer que ce for permet au juge de ne prononcer qu'une décision en rapport avec ce lien. Généralisée, cette limitation ressemble fortement à celle élaborée par MEIER³⁵⁶, qui propose de distinguer selon que la mesure est prise au for général du domicile du défendeur ou à un for spécial. En matière de concurrence déloyale par exemple, la mesure d'interdiction prise au for du domicile du défendeur selon l'art. 2 al. 1 peut être extraterritoriale. Le juge appliquera alors le cas échéant le droit étranger de l'Etat dans lequel le résultat s'est produit³⁵⁷. En revanche, la mesure d'interdiction prise au for du lieu de commission ou de résultat selon l'art. 5 ch. 3 ne peut être prononcée que pour le territoire du for. Ainsi, un juge suisse ne pourrait pas interdire sur le plan mondial un certain comportement à une multinationale domiciliée à l'étranger du seul fait que certains de ses actes contraires au droit de la concurrence ont des effets en Suisse. Cependant, il pourra le faire pour la Suisse, même si le défendeur est domicilié à l'étranger³⁵⁸.

150. Cette distinction n'est finalement pas non plus étrangère à la Cour de Justice, qui l'a appliquée, en matière d'actions pécuniaires en tous cas - dans

³⁵⁵ CJCE, *Handelskwerkerij G. J. Bier BV c. Mines de Potasse d'Alsace SA*, 30 novembre 1976, aff. C-21/76, Rec. 1976, p. 1735, n° 11, confirmé sur ce point par CJCE, *Mario Reichert c. Dresdner Bank AG (Reichert II)*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, Rec. 1992 p. 2149, n° 15 et CJCE, *Fiona Shevill et cons. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, p. 415, p. 435.

³⁵⁶ Cf. MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 174.

³⁵⁷ Cf. par exemple l'art. 136 LDIP.

³⁵⁸ A ce titre, on relèvera avec intérêt que l'art. 10 de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé prévoyant le for du délit ne s'applique pas en matière de concurrence. Cette exception traduit justement la crainte des entreprises d'être exposées à des jugements rendus dans les Etats dans lesquels pourraient se situer les effets d'éventuelles pratiques anti-concurrentielles; cf. BUCHER, *Vers une convention mondiale*, p. 95. De manière plus générale, cette exception traduit aussi la volonté de fragmenter la compétence délictuelle selon les grandes catégories de délits que l'on connaît en la matière. A ce titre, un travail considérable a été mené par le comité sur la procédure civile et commerciale internationale de l'Association de Droit International et a donné lieu à une publication, cf. MCLACHLAN et NYGH (édit.), *Transnational Tort Litigation - Jurisdictional Principles*, Oxford 1996.

l'hypothèse de pluralité de préjudices subis dans des Etats contractants différents à la suite d'une diffamation par voie de presse³⁵⁹. Se fondant sur la jurisprudence française en matière délictuelle³⁶⁰, la Cour a décidé, en matière de dommage causé par la voie de la presse, que le lésé pouvait intenter contre l'éditeur une action en réparation du dommage soit devant les juridictions de l'Etat contractant du siège de l'éditeur, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque Etat contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation. Dans ce second cas cependant, les juridictions saisies seront compétentes pour connaître uniquement des dommages partiels causés sur leur territoire³⁶¹. Les arguments à l'appui de cette solution, à savoir la bonne administration de la justice³⁶², le tribunal du lieu de résultat étant particulièrement qualifié pour apprécier l'atteinte à la personnalité intervenue dans son ressort,³⁶³ et le fait que le demandeur peut toujours porter l'ensemble de sa demande devant le tribunal du domicile ou du siège du défendeur³⁶⁴ - bien que critiqués par une certaine partie de la doctrine, notamment allemande³⁶⁵, qui réclame un plein pouvoir de cognition également du juge au lieu de résultat³⁶⁶ - peuvent

³⁵⁹ CJCE, *Fiona Shevill et cons. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, p. 415.

³⁶⁰ Cf., par exemple, CA Paris, 19 mars 1984, GRURInt. 1986, p. 555, obs. Stauder, Dieter; TGI Paris, 30 juin 1984, RCDIP 74 (1985), p. 144, obs. Gaudemet-Tallon, Hélène.

³⁶¹ Cette solution a également été retenue par l'art. 10 de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé. Cependant, un compromis a été trouvé en ce sens que cette restriction ne s'applique pas lorsque le lésé saisit les tribunaux de l'Etat de sa propre résidence habituelle (art. 10 al. 4).

³⁶² CJCE, *Fiona Shevill et cons. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, p. 415, n° 31.

³⁶³ En effet, le tribunal du lieu de résultat connaîtra le mieux la réputation locale de la victime ainsi que le standard local de la protection de la personnalité.

³⁶⁴ CJCE, *Fiona Shevill et cons. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, p. 415, n° 32.

³⁶⁵ Sur la position de la doctrine allemande, cf. en dernier KUBIS, *Internationale Zuständigkeit*, p. 88-130.

³⁶⁶ Ces auteurs estiment qu'une telle position, à savoir renvoyer le créancier devant chaque juge national où un dommage a été subi et le contraindre à y faire valoir sa prétention limitée à ce territoire, est en contradiction avec l'idée de base de la Convention de Bruxelles. Cf. notamment COESTER-WALTJEN, *Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, p. 180-185; KREUZER/KLÖTGEN, p. 90-96; RAUSCHER, note à l'arrêt *Shevill*, ZZP (109) 1996, p. 151-156; SCHACK, *Entscheidungszuständigkeiten*, p. 948. Le Bundesgerichtshof allemand, par exemple, considère sa compétence en matière de concurrence déloyale comme ayant une portée territoriale mondiale, cf. les arrêts "*Farina/Belgique*", BGHZ 14, p. 286, "*Uhrenwerke*", BGHZ 21, p. 266, p. 270 et

également, à notre avis, s'appliquer aux conclusions non pécuniaires, notamment en matière d'obligations d'abstention³⁶⁷.

151. L'application de la jurisprudence *Shevill* aux actions non pécuniaires est cependant difficile à réaliser dans les faits. En effet, s'il est encore possible de calculer les dommages de manière séparée pour chaque juridiction où une atteinte a eu lieu, il peut être difficile, dans certains cas, de limiter au territoire du juge saisi les effets d'une injonction non pécuniaire, notamment négative. Le cas du réseau Internet est significatif dans la mesure où son contenu peut en principe être consulté depuis le monde entier³⁶⁸. Or, même le prononcé d'une interdiction d'accès depuis le pays en cause ne permet pas de résoudre le problème; l'utilisation d'un routeur par exemple permettra de contourner ce genre de restriction territoriale. Dans ces cas, seul un remède au niveau de la règle de conflit de lois, par la prise en considération des droits des différents lieux de commission et de résultat, fournira une solution praticable. Enfin, en matière d'actions préventives visant à interdire la commission d'un acte illicite dont le lieu de résultat ne peut pas être déterminé avec certitude, un exemple intéressant nous est livré par un arrêt néerlandais³⁶⁹ combinant une action préventive et la menace d'un délit *multistate*. Dans cette espèce, plusieurs organismes néerlandais avaient requis du juge de cet Etat l'arrêt des réacteurs d'une centrale nucléaire située en Belgique, sous astreinte d'un million de florins par jour de retard. Le juge saisi avait décliné sa compétence, notamment au motif que, selon la direction du vent, l'accident de réacteur entraînerait des dommages dans la quasi-totalité de l'Europe, mais pas nécessairement aux Pays-Bas. Or, si la simple menace d'un dommage était suffisante pour fonder la compétence des juges de chaque lieu où le dommage pourrait se produire, pratiquement tout tribunal européen serait compétent en vertu de l'art. 5 ch. 3, ce qui n'était pas couvert par le but de la norme³⁷⁰. Cette limitation nous semble judicieuse. En effet,

"*Taeschner*", GRUR 1957, p. 352, mais celle-ci doit être justifiée par le critère de la prévisibilité de l'atteinte.

³⁶⁷ En ce sens, cf. notamment ADAMS, *Choice of Forum*, p. 498; BACHMANN, p. 187.

³⁶⁸ Sur la problématique en général de la compétence en matière de réseaux électroniques, cf. notamment DESSEMONTET, *Internet*, p. 77-86; KAUFMANN-KOHLER, *Internet*, p. 89-142; KUBIS, *Internationale Zuständigkeit*, p. 171-177; MANKOWSKI, *Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht*, p. 257-276. Sur l'expérience américaine, cf. LEJEUNE, "Personal Jurisdiction", p. 17.

³⁶⁹ Cf. Arr.Rb. Middelburg, affaire *EBES*, 24 avril 1987, NJ 1989, n° 744, rapportée par BETLEM, *Civil Liability for Transfrontier Pollution*, p. 101-102.

³⁷⁰ À savoir offrir un for ayant un lien procédural, notamment en matière d'administration des preuves.

tant que le dommage ou l'atteinte ne sont pas encore réalisés, il est difficile de prétendre que l'infraction est commise ailleurs que dans le pays dans lequel l'activité potentiellement délictuelle est effectivement exercée.

b) Le for du lieu d'exécution du contrat: art. 5 ch. 1

(1) Le texte de la norme

152. Selon l'art. 5 ch. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant, en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée³⁷¹. L'idée qui anime l'art. 5 ch. 1 est que, pour un litige portant sur une obligation contractuelle, le domicile du défendeur n'est pas forcément la meilleure localisation de la compétence juridictionnelle et que, par conséquent, le demandeur doit pouvoir choisir le tribunal du lieu d'exécution de l'obligation³⁷². En effet, il s'agit en définitive de prendre en considération, ici aussi, dans des hypothèses bien déterminées, un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître, en vue de l'organisation utile du procès³⁷³.

153. Traditionnellement, l'application de l'art. 5 ch. 1 implique l'examen successif de trois questions: la définition de la "*matière contractuelle*", la notion d'"*obligation qui sert de base à la demande*", ainsi que la détermination du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande³⁷⁴. Nous

³⁷¹ Le for du lieu d'exécution du contrat est également prévu par l'art. 6 de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé; cf. BUCHER, *Vers une convention mondiale*, p. 84-90.

³⁷² Cf. en dernier lieu sur la for du lieu d'exécution en matière contractuelle la thèse zurichoise de VALLONI, et, plus particulièrement sur son application par le Tribunal fédéral, DONZALLAZ, *Le for contractuel de l'art. 5 ch. 1 CL*, RSJB 1999, p. 382.

³⁷³ CJCE, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*, 20 février 1997, aff. C-106/95, Rec. 1997, p. 911, n° 29.

³⁷⁴ Cf. en dernier lieu, CJCE, *GIE Groupe Concorde c. Capitaine commandant le navire "Suhadwarno Panjan"*, 28 septembre 1999, aff. C-440/97, Rec. 1999 et CJCE, *Leathertex Divisione Sintetici SpA c. Bodeltex BVBA*, 5 octobre 1999, aff. C-429/97, Rec. 1999. A l'instar de l'arrêt du 29 juin 1994, *Custom Made Commercial c. Stawa Metallbau*, C-288/92, Rec. 1994, p. 256, n° 19, la CJCE a de nouveau refusé de s'écarter de sa jurisprudence développée pour la première fois dans l'arrêt *Tessili*, 6 octobre 1976, aff. C-12/76, Rec. 1976, p. 1473, n° 13, selon laquelle le lieu d'exécution est déterminé selon la *lex causae*, et non selon une méthode autonome. D'un point de vue suisse, cf. ATF 122 III 298 et ATF 124 III 188, où le Tribunal fédéral a posé comme principe que, lorsque

n'examinerons pas ces questions ici, dans la mesure où elles ne concernent pas le pouvoir du juge saisi sur la base de l'art. 5 ch. 1 de prononcer une injonction extraterritoriale³⁷⁶.

(2) Le potentiel extraterritorial de la norme

154. A l'instar de l'art. 5 ch. 3, l'art. 5 ch. 1 désigne par définition un juge qui n'est pas celui du domicile du défendeur; en effet, le cas échéant, c'est exclusivement en vertu de l'art. 2 des Conventions que le tribunal sera compétent³⁷⁶. Aussi, la mesure prononcée au lieu d'exécution de "*l'obligation qui sert de base à la demande*" sera forcément une injonction extraterritoriale, étant donné qu'elle ordonne à un défendeur un comportement dont les effets auront lieu pour lui sur un territoire étranger à celui de son domicile. Or, il ne s'agit pas forcément de l'exercice d'une compétence juridictionnelle extraterritoriale illicite: un Etat est parfaitement en droit de régir un comportement dont les effets se font sentir sur son territoire, même si l'auteur du comportement n'est pas, lui, domicilié sur son territoire. A l'instar de l'art. 5 ch. 3, le principal problème quant au caractère extraterritorial de la norme se pose lorsqu'un tribunal saisi en vertu de l'art. 5 ch. 1 ordonne au défendeur d'exercer ou de cesser une activité basée sur un fondement contractuel ayant des effets non seulement sur son propre territoire, mais également sur le territoire d'un Etat tiers. Par exemple, si le demandeur requiert la cessation de l'exercice d'une certaine activité par le défendeur en se fondant sur une clause contractuelle d'interdiction de concurrence, et qu'il saisit le

les parties n'ont pas désigné le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse, le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée est déterminé selon la loi qui régit l'obligation litigieuse.

³⁷⁵ La règle prévue dans la Convention de Bruxelles en matière d'obligation contractuelle est conservée dans la Proposition de règlement. Néanmoins, afin de pallier les inconvénients du recours aux règles de droit international privé de l'Etat dont la juridiction est saisie, cf. CJCE, *Industrie Tessili Italiana c. Dunlop SA*, 6 octobre 1976, aff. C-12/76, Rec. 1976, p. 1473, la lettre (b) de l'art. 5 ch. 1 de la Proposition de règlement désigne de façon autonome le lieu d'exécution de "*l'obligation qui sert de base à la demande*" dans deux hypothèses précises. Pour la vente de marchandises d'abord, ce lieu sera celui où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées. Pour la fourniture de services ensuite, ce lieu sera, toujours en vertu du contrat, celui où les services ont été ou auraient dû être fournis. Cette désignation du lieu d'exécution, reposant sur un critère purement factuel, s'applique quelle que soit l'obligation litigieuse, y compris lorsque cette obligation est le paiement de la contrepartie pécuniaire du contrat. Elle s'applique aussi lorsque la demande porte sur plusieurs obligations. Il est permis d'échapper à cette règle par le biais d'un accord expresse sur le lieu d'exécution.

³⁷⁶ Cf. *supra*, Partie 1, II. B. 2. a) (2). Cette conclusion s'impose au regard du texte de l'art. 5 *in initio* de la Convention: "*Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant (soulignement par l'auteur):* ch. 1: *en matière contractuelle [...].*"

juge du lieu d'exécution, respectivement d'abstention de l'obligation, ce dernier pourra-t-il prononcer une interdiction ne valant que pour son propre territoire ou pour l'ensemble du territoire des Etats contractants, voire pour le monde entier alors que la clause d'interdiction ne couvre pas tous ces territoires ?

(3) Les limites au caractère extraterritorial de la norme

155. La doctrine ne s'est jamais penchée sur le potentiel extraterritorial et ses limites de l'art. 5 ch. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. La Cour de Justice n'a jamais non plus été saisie d'une affaire où se posait le problème de la portée territoriale des pouvoirs du juge saisi en vertu de l'art. 5 ch. 1³⁷⁷, contrairement à celle de l'art. 5 ch. 3³⁷⁸. Nous avons constaté que la problématique se pose en particulier dans le cas de comportements ramifiés ayant des effets dans plusieurs pays (*multistate*) et dans le cas de conclusions procédurales non pécuniaires. Or, les deux hypothèses se trouvent par nature plus facilement dans le domaine des actes illicites, terreaux d'application des actions en cessation et en interdiction, que dans le domaine des actes d'inexécutions contractuelles. Il n'est cependant pas exclu de voir l'une des hypothèses ci-avant énumérées dans le domaine contractuel également. Nous avons déjà mentionné à ce titre le cas de l'interdiction de concurrence stipulée entre les parties³⁷⁹. En outre, dans l'arrêt *Leathertex*³⁸⁰, la CJCE a décidé que lorsque deux obligations *équivalentes*, avec deux lieux d'exécution *différents*, obligations basées sur *un seul et même contrat*, étaient invoquées à *un seul* des deux lieux d'exécution³⁸¹, l'exécution de chacune devait être réclamée devant le tribunal de son propre lieu d'exécution, de sorte que deux tribunaux étaient compétents, soit un pour

³⁷⁷ Dans l'affaire CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, la compétence du juge néerlandais n'était pas fondée sur l'art. 5 ch. 1 de la Convention de Bruxelles, vu qu'une clause arbitrale excluait *de facto* l'application des critères de compétence établis par la Convention. C'est donc sur la base d'une norme de compétence juridictionnelle du droit national, applicable en vertu du renvoi opéré par l'art. 24 de la Convention, que le juge néerlandais du domicile du demandeur (mais aussi en même temps celui du lieu d'exécution de l'obligation dont l'exécution était requise) s'est déclaré compétent.

³⁷⁸ Cf. notamment CJCE, *Fiona Shevill et cons. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, p. 415.

³⁷⁹ Cf. *supra*, Partie 1, II. B. 2. b) (2).

³⁸⁰ CJCE, *Leathertex Divisione Sintetici SpA c. Bodetex BVBA*, 5 octobre 1999, aff. C-429/97, Rec. 1999.

³⁸¹ En l'occurrence, étaient en cause une indemnité de résiliation d'un contrat d'agence commerciale, exécutable en Belgique, et l'obligation de payer la commission, exécutable en Italie.

chaque lieu d'exécution. En écartant l'opinion selon laquelle le lieu d'exécution doit être déterminé sur la seule base de la prestation *caractéristique* du contrat pour toutes les obligations résultant d'un seul et même contrat, la CJCE a favorisé, en matière contractuelle aussi, la fragmentation des règles de compétence³⁸². Ici aussi, les inconvénients de cette solution peuvent être toutefois évités par le demandeur en faisant valoir ses prétentions au lieu du domicile du défendeur.

156. Vu la *ratio legis* similaire à la base de l'adoption des art. 5 ch. 3 et 5 ch. 1 - for spécial sur la base d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître en vue de l'organisation utile du procès, notamment en égard à la question de l'appréhension des faits et de l'administration des preuves³⁸³ -, il semble justifié de renvoyer sur le point des limitations au caractère extraterritorial de la norme aux solutions proposées pour l'art. 5 ch. 3³⁸⁴.

c) Le for des co-défendeurs: art. 6 ch. 1

(1) Le texte de la norme

157. L'art. 6 ch. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano dispose que le défendeur peut aussi être attiré, s'il y a plusieurs défendeurs, devant le "*tribunal du domicile de l'un d'eux*"³⁸⁵. Une telle attraction de compétence est donc possible uniquement devant le for du domicile, et non devant un autre for, tel le for du lieu du délit, du lieu d'exécution du contrat ou le for prorogé, ni ailleurs dans l'Etat du tribunal saisi.

³⁸² Cf. en matière délictuelle, l'arrêt *Shevill* rendu par la CJCE, *supra*, Partie 1, II. B. 2. a) (3).

³⁸³ Pour l'art. 5 ch. 3: CJCE, *Handelskwerkerij G. J. Bier BV c. Mines de Potasse d'Alsace SA*, 30 novembre 1976, aff. C-21/76, Rec. 1976, p. 1735, n° 11, confirmé sur ce point par CJCE, *Mario Reichert c. Dresdner Bank AG (Reichert II)*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, Rec. 1992, p. 2149, n° 15 et CJCE, *Fiona Shevill et cons. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, p. 415, p. 435.

Pour l'art. 5 ch. 1: CJCE, *Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG) c. Les Gravières Rhénanes SARL*, 20 février 1997, aff. C-106/95, Rec. 1997, p. 911, n° 29.

³⁸⁴ Cf. *supra*, Partie 1, II. B. 2. a) (3).

³⁸⁵ Les art. 14 à 16 de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé règlent trois cas de for d'attraction réunissant plusieurs demandes étroitement liées, notamment le cas de la pluralité de défendeurs (art. 14 ch. 1 lit. a); cf. BUCHER, *Vers une convention mondiale*, p. 100.

158. Cette norme permet au demandeur d'effectuer librement son choix parmi l'ensemble des domiciles de tous les défendeurs³⁸⁶. Peu importe, à cet égard, que plusieurs personnes domiciliées dans un même Etat doivent se déplacer pour être jugées par les tribunaux du domicile du seul défendeur domicilié dans un autre Etat contractant. Des motifs d'économie de procédure, voire des considérations proches de celles issues de la théorie du *forum non conveniens* ne sauraient influencer la question. En revanche, un défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat signataire ne peut être attiré dans un autre Etat signataire devant la juridiction saisie d'une demande dirigée à l'encontre d'un co-défendeur domicilié en dehors du territoire de tout Etat signataire, même si le litige présente un caractère indivisible³⁸⁷. Enfin, même si la question est controversée, il faut que le co-défendeur soit domicilié sur le territoire d'un Etat signataire pour être attiré à ce *for* dérivé³⁸⁸. Cela résulte du texte même des Conventions, dont l'art. 4 al. 1 prévoit qu'elles ne s'appliquent qu'aux défendeurs domiciliés sur le territoire d'un Etat signataire. Ainsi, le tribunal d'un Etat signataire du domicile d'un des co-défendeurs ne pourra pas, si son droit national ne le permet pas, attirer devant lui un défendeur non domicilié dans un Etat signataire.

(2) Le potentiel extraterritorial de la norme

159. Lu littéralement, l'art. 6 ch. 1 offre un potentiel d'extraterritorialité sans limites. En effet, le texte n'articule pas expressément de lien qui devrait exister entre la contestation portée devant le juge du domicile du défendeur et celle susceptible d'être portée à ce *for*³⁸⁹.

160. Il semble cependant que cette absence d'exigence de lien entre les deux causes en question ne puisse pas correspondre aux buts des Conventions. En effet, on ne peut pas simultanément restreindre d'une part le choix des tribunaux devant lesquels le défendeur peut être attiré³⁹⁰, et par conséquent exclure toute une série de *fors* jugés exorbitants³⁹¹, et admettre d'autre

³⁸⁶ Cf. SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 6, n° 2.

³⁸⁷ CJCE, *Réunion Européenne SA e.a c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV*, 27 octobre 1998, aff. C-51/97, Rec. 1998, n° 52.

³⁸⁸ Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 5458; GAUDEMET-TALLON, n° 223; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 6 ch. 1, n° 5.

Contra: GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 6 ch. 1, n° 5.

³⁸⁹ Cf. GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 6 ch. 1, n° 16.

³⁹⁰ Art. 3 al. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

³⁹¹ Art. 3 al. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

part qu'un défendeur puisse être attiré devant le juge du domicile de n'importe quel autre défendeur, pourvu bien entendu que ce domicile soit situé dans un Etat signataire³⁹². En effet, par ce procédé, la règle *actor sequitur forum rei* de l'art. 2 al. 1 perdrait tout son sens. C'est pour pallier à ces conséquences que la doctrine, la jurisprudence et la Proposition de règlement du Conseil ont développé des critères limitant le caractère extraterritorial de l'art. 6 ch. 1 des Conventions. Ils sont examinés dans la prochaine section.

(3) Les limites au caractère extraterritorial de la norme

161. Vu l'absence de logique entre le texte de l'art. 6 ch. 1 et le système instauré par les Conventions, la doctrine a unanimement exigé l'existence d'un lien entre les litiges mettant en cause les différents défendeurs³⁹³. Le rapport à l'appui de la Convention de Bruxelles mentionne également cette exigence³⁹⁴. La Cour de Justice lui a emboîté le pas et a exigé dès lors, dans un premier temps, "*un lien de connexité entre les différentes demandes formées par un même demandeur à l'encontre de différents défendeurs, tel qu'il a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément*"³⁹⁵. La nature de cette connexité est à définir de manière autonome, ce qui conduit à se référer à l'art. 22 al. 3 des Conventions et au concept de connexité qu'il définit³⁹⁶. Or, la connexité énoncée par cet article est celle qui existe entre des "*demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément*". La Proposition de règlement du Conseil intègre expressément cette règle dans le texte de l'art. 6 ch. 1 lui-même.

162. C'est donc uniquement le risque de jugements contradictoires qu'il convient de prendre en considération. En outre, c'est uniquement le lien

³⁹² Cf. GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 6 ch. 1, n° 16.

³⁹³ Cf. notamment les auteurs mentionnés par KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 6 ch. 1, n° 6.

³⁹⁴ JENARD, *Rapport*, ad art. 6 ch. 1.

³⁹⁵ CJCE, *Kalfelis c. Banque Schröder*, 27 septembre 1988, aff. C-189/87, Rec. 1988, p. 5565, ch. 1 du dispositif.

³⁹⁶ Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 5468; GAUDEMET-TALLON, n° 224; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 6 ch. 1, n° 18; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 6, ch. 1, n° 7; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 6, n° 4.

entte les prétentions qui est déterminant; le lien entre la cause ou la personne atraite et le territoire de la juridiction saisie n'entre pas en ligne de compte. Cette condition est sans doute remplie dans les cas de consorité *nécessaire*, qui réunit plusieurs défendeurs auxquels le droit matériel attribue la qualité pour défendre en commun. En revanche, dans l'hypothèse d'une consorité *simple* ou *facultative* uniquement, il y a lieu de juger de l'opportunité de réunir plusieurs défendeurs devant le for du domicile de l'un d'eux. Par exemple, ce for permet ainsi d'actionner ensemble la maison-mère étrangère et sa filiale locale ou l'inverse, de manière analogue à la théorie de la levée du voile corporatif en matière de compétence juridictionnelle³⁹⁷. Le potentiel extraterritorial de cette norme reste dès lors énorme et n'a pas manqué d'être souligné par les auteurs, américains notamment³⁹⁸.

163. Un dernier garde-fou est cependant constitué par l'interdiction de l'abus de droit. Bien que cette dernière ne soit énoncée que dans le cadre de la compétence de la demande en garantie ou en intervention de l'art. 6 ch. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, il est unanimement admis, tant par la doctrine³⁹⁹ que par la Cour de Justice⁴⁰⁰, que l'art. 6 ch. 1 ne saurait permettre au requérant de former une demande dirigée contre plusieurs défendeurs à seule fin de soustraire l'un de ces défendeurs aux tribunaux de l'Etat où il est domicilié. Cette idée, reprise par le projet de révision de la

³⁹⁷ Cf. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 188a.

³⁹⁸ Cf. par exemple, LOWENFELD, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, p. 89-94, qui le démontre à l'aide de l'arrêt bien connu de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, *Hall c. Helicopteros Nacionales de Colombia*, 466 U.S. (1983) 411. Dans cette affaire, les survivants d'employés américains décédés au Pérou lors d'un accident d'hélicoptère appartenant à la société colombienne *Helicol* avaient vainement tenté d'obtenir réparation du dommage devant une cour fédérale au Texas. La Cour Suprême des Etats-Unis a nié la compétence des cours texanes. En effet, ni le fait que les hélicoptères de *Helicol* avaient été achetés au Texas, ni le fait que les pilotes colombiens étaient instruits au Texas, ni le fait que les contrats d'achats de ces hélicoptères prévoyaient un lieu de paiement au Texas, enfin, ni le fait que les employés américains décédés étaient des employés d'une société américaine et que la négociation des contrats de transports entre cette société et *Helicol* avait eu lieu à Houston au Texas, ne constituent des *minimum contacts* suffisants avec le Texas. En revanche, si les survivants avaient actionné le constructeur américain des hélicoptères en se fondant sur la responsabilité du fait des produits et qu'un for tel que celui de l'art. 6 ch. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano avait existé au Texas, cela aurait permis sans autre aux cours texanes de connaître des prétentions dirigées également contre la société colombienne *Helicol*.

³⁹⁹ Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 5472; GAUDEMET-TALLON, n° 224; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 6 ch. 1, n° 23; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 6 ch. 1, n° 12; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 6, n° 3.

⁴⁰⁰ CJCE, *Kalfelis c. Banque Schröder*, 27 septembre 1988, aff. C-189/87, Rec. 1988, p. 5565, n° 8 et 9; CJCE, *Réunion Européenne SA e.a c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV*, 27 octobre 1998, aff. C-51/97, Rec. 1998, n° 47.

Convention de Bruxelles⁴⁰¹, n'a finalement pas été retenue dans la Proposition de règlement du Conseil. Cette restriction reste cependant peu incisive, dans la mesure où le fait que l'action contre le défendeur domicilié au for ne soit pas fondée ou pas autorisée n'influe pas sur la compétence du juge à l'égard du consort-défendeur⁴⁰²; seule l'absence de compétence territoriale contre le défendeur domicilié au for pourrait justifier le refus de connaître de la cause contre le consort-défendeur.

3. La compétence prorogée: art. 17

a) Le caractère prorogatoire et dérogatoire de la clause d'élection de for

164. L'art. 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano consacre l'autonomie de la volonté des parties en matière de compétence juridictionnelle⁴⁰³. Pour que l'art. 17 trouve à s'appliquer, la disposition exige simplement d'une part que le domicile, respectivement le siège, d'une des parties au moins soit situé sur le territoire d'un Etat signataire et que, d'autre part, la clause d'élection de for désigne un tribunal ou des tribunaux d'un Etat signataire.

165. Les clauses d'élection de for ont deux facettes. D'une part, elles confèrent à une autorité le pouvoir de trancher un litige par la simple volonté des parties. Il s'agit de l'effet *prorogatoire* de la clause qui légitime l'intervention d'une autorité qui n'aurait pas été compétente sans la volonté des parties. D'autre part, elles peuvent priver les tribunaux non choisis de leur compétence naturelle de trancher le litige. Il s'agit de l'effet *dérogatoire* de la clause. Sa fonction est d'écarter par la volonté concordante des parties la compétence d'une autorité compétente aux termes de la Convention. Lorsque la clause d'élection de for n'a qu'un effet prorogatoire, elle est non exclusive, et le demandeur conserve le choix de porter le différend devant le tribunal élu ou devant le tribunal compétent aux termes des règles de la

⁴⁰¹ Cf. art. 6 ch. 1 de la Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution dans les Etats membres de l'Union européenne, des décisions en matière civile ou commerciale, JOCE n° C 33/20 du 31 janvier 1998.

⁴⁰² Cf. notamment GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 6 ch. 1, n° 25; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 6 ch. 1, n° 13. Il convient cependant de réserver le cas du défendeur purement fictif, cf. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 5473.

⁴⁰³ L'art. 4 de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale adopté le 30 octobre 1999 par la Commission spéciale instituée par la Conférence de La Haye de droit international privé prévoit une disposition très similaire; cf. BUCHER, *Vers une convention mondiale*, p. 83-84.

Convention. Lorsque la clause combine les effets prorogatoire et dérogatoire, elle est exclusive, et ne laisse au demandeur aucun choix. La Convention présume que les clauses de prorogation de for sont *exclusives*⁴⁰⁴. La Proposition de règlement du Conseil le dispose même expressément⁴⁰⁵.

b) Le potentiel extraterritorial de la norme

166. Le caractère extraterritorial de l'art. 17 est étendu, vu l'absence de l'interdiction de l'abus de droit en matière de prorogation de for (1), l'absence de doctrine du *forum non conveniens* dans le cadre de l'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano (2) et l'extension de l'effet *prorogatoire* de la clause de prorogation de for aux mesures provisoires et conservatoires (3).

(1) L'absence de l'interdiction de l'abus de droit

167. L'application de l'art. 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano ne suppose pas l'existence d'un lien objectif entre le rapport de droit litigieux et le tribunal élu. La seule volonté subjective des parties d'attribuer le litige au tribunal désigné suffit pour rendre ce dernier compétent. La Cour de Justice l'a confirmé dans l'arrêt *Zelger* du 17 janvier 1980 en déclarant que l'art. 17 "*fait abstraction de tout élément objectif de connexité entre le rapport litigieux et le tribunal désigné*"⁴⁰⁶. La Cour a préféré garantir la sécurité juridique par la possibilité de prévoir avec certitude le for compétent, en favorisant la volonté des parties par rapport au lien que pourrait présenter le litige avec le for. Cette solution a en outre l'avantage de permettre aux parties de choisir un tribunal "neutre" par rapport à leurs intérêts respectifs.

168. L'art. 17 ne connaît dès lors pas la limite générale de l'abus de droit, telle qu'elle est formulée par exemple à l'art. 5 al. 2 LDIP, selon lequel l'élection de for est sans effet "*si elle conduit à priver d'une manière abusive*

⁴⁰⁴ Art. 17 al. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

⁴⁰⁵ La Proposition de règlement (art. 23) apporte en fait deux amendements à cet article. D'une part, elle confirme que la compétence conférée par une clause d'élection de for est une compétence exclusive, tout en permettant que les parties puissent convenir que cette compétence n'est pas exclusive; cf. CJCE, *Meeth c. Glacetal*, 9 novembre 1978, aff. C-23/78, Rec. 1978, p. 2133. D'autre part, elle tient compte des nouvelles techniques de communication, notamment en rapport avec les clauses d'élection de for contenues dans des contrats électroniques. Ainsi, l'exigence d'un accord "écrit" ou d'un accord verbal confirmé par "écrit" ne doit pas remettre en cause la validité d'une clause d'élection de for qui aurait été conclue sur un support autre qu'un écrit mais dont le contenu est accessible via un écran.

⁴⁰⁶ CJCE, *Zelger c. Salintri*, 17 janvier 1980, aff. C-56/79, Rec. 1980, p. 89, n° 4.

une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse". Ainsi, l'art. 5 al. 2 LDIP peut également s'avérer pertinent lorsque l'élection d'un for étranger a pour effet, dans le cas particulier, de rendre inopérantes des règles d'ordre public qui seraient autrement applicables⁴⁰⁷. Cette absence de l'interdiction de l'abus de droit dans l'espace judiciaire européen renforce le caractère extraterritorial de l'art. 17 des Conventions, puisque seule la volonté des parties est déterminante pour la fixation de la compétence⁴⁰⁸.

(2) L'absence de doctrine du *forum conveniens*

169. Le tribunal saisi en vertu d'une clause d'élection de for selon l'art. 17 des Conventions devra se saisir de l'affaire, même si ni les parties, ni la cause n'ont un rapport avec le for prorogé. En effet, tant la Convention de Bruxelles que la Convention de Lugano excluent toute idée de contrôle du for selon la théorie issue de la *common law* du *forum conveniens*⁴⁰⁹, également si le droit applicable au fond est un droit étranger⁴¹⁰, au motif que le système de compétences juridictionnelles institué par les Conventions est exhaustif. Un tribunal saisi en vertu des règles établies par les Conventions ne peut pas refuser sa compétence, alléguant qu'il ne serait pas "*conveniens*"⁴¹¹: il est tenu d'appliquer la compétence qui lui est conférée par ces dernières. L'acceptation de cette doctrine, même si elle pourrait dans notre cas permettre d'éviter le prononcé d'injonctions extraterritoriales inappropriées, laisserait une place au doute dans le système de compétence juridictionnelle européen, diminuerait la liberté laissée aux parties dans le choix du for, et, finalement, ouvrirait la possibilité de conflits de compétences négatifs. Cette

⁴⁰⁷ Cf. BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 180.

⁴⁰⁸ La doctrine tente cependant de distinguer dans l'art. 17 une limite inhérente, absente du texte, animant par ailleurs la discussion sur le rôle du *forum non conveniens* dans le cadre de l'application des Conventions de Bruxelles et de Lugano, cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6755; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 17, n° 82.

⁴⁰⁹ Cf. *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd (The Spiliada)*, [1987] AC 460, 476. Sur la doctrine du *forum conveniens*, le lecteur voudra bien se référer au rapport de synthèse préparé par le Professeur FAWCETT, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, présenté au XIVe Congrès de l'Académie Internationale de droit comparé à Athènes en août 1994.

⁴¹⁰ Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6443; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 17, n° 180. Cf. plus en détail, HUBER, *Die englische Forum-non-conveniens-Doktrin*, p. 215; HOGAN, *Forum Non Conveniens and the Connecting Factors Problem*, p. 471; LUPOI, *Esercizio discrezionale della giurisdizione*, p. 997; QUEIROLO, *Forum non conveniens e convenzione di Bruxelles*, p. 763.

⁴¹¹ Pour la Convention de Bruxelles, cf. SCHLOSSER, *Rapport*, n° 76 à 81, en particulier n° 78. Le Rapport JENARD ne se prononce pas, pour la simple raison que, à l'origine, les six Etats qui ont négocié entre eux la Convention de 1968 ne connaissaient pas la théorie du *forum non conveniens*.

interprétation est d'ailleurs également partagée par la doctrine anglaise⁴¹², ainsi que par le législateur anglais lui-même⁴¹³, ce qui, dans notre contexte, n'est pas sans signification, lorsqu'on connaît d'une part l'origine de la doctrine du *forum non conveniens* et, d'autre part, la portée facilement extraterritoriale que les juges anglais confèrent à leurs injonctions.

170. Ainsi, il est certain qu'un tribunal anglais ne pourra pas appliquer la doctrine du *forum non conveniens* lorsque le défendeur est domicilié en Angleterre et que le for concurrent est dans un Etat signataire. Dans tous les autres cas, la question est beaucoup plus ouverte. Premièrement, en cas de concours entre le for du domicile du défendeur en Angleterre et un for concurrent dans un Etat non signataire, la *Court of Appeal* a décidé qu'elle pouvait appliquer la doctrine du *forum non conveniens*⁴¹⁴. Bien qu'une question préjudicielle sur la possibilité de l'application de la doctrine du *forum non conveniens* ait été posée dans cette affaire à la Cour de Justice par la *House of Lords*⁴¹⁵, la question devint sans objet en raison d'un arrangement intervenu entre les parties hors procédure⁴¹⁶. Plus récemment, la *Court of Appeal* refusa de soumettre la même question à la CJCE⁴¹⁷, de sorte qu'on ne doit pas s'attendre à une clarification de la question dans un proche avenir. Deuxièmement, la même liberté s'offre au juge anglais si le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat signataire et que le for concurrent n'est pas non plus situé dans un Etat signataire. Enfin, la *Court of Appeal* s'est également déjà déclarée *non conveniens* lorsque le défendeur était domicilié dans un Etat non signataire, mais que le for concurrent était situé dans un Etat

⁴¹² Cf. notamment CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, p. 333; O'MALLEY/LAYTON, p. 367 et 1084 et les références citées par NEWTON, p. 337, note 2.

⁴¹³ La section 49 du *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* n'autorise le recours à la doctrine du *forum non conveniens* que "where to do so is not inconsistent with the 1968 Convention or, as the case may be, the Lugano Convention." Cependant, ces cas n'ont pas été définis de manière claire par le législateur anglais; cf. NEWTON, p. 337, note 5.

⁴¹⁴ *In re Harrods* [1991] 4 All ER 334 (CA), où elle jugea que la Convention de Bruxelles ne liait que les Etats signataires entre eux. Cf. NORTH, *The Brussels Convention and Forum Non Conveniens*, p. 183.

⁴¹⁵ *In re Harrods*, JOCE 1992, n° C 219, p. 4.

⁴¹⁶ *Ladenimor c. Intercomfinanz*, aff. C-314/92, rayée du rôle le 21 février 1994, JOCE 1994, n° C 103, p. 9.

⁴¹⁷ *Hamed el Chiaty & Co. v. Thomas Cook Group Ltd (The Nile Rhapsody)*, [1994] 1 Lloyd's Rep. 382 (CA).

signataire⁴¹⁸. Cela vaut aussi lorsque une compétence concurrente est donnée dans un Etat signataire selon le droit national de ce pays⁴¹⁹. L'application du *forum conveniens* est cependant exclue lorsque cet Etat doit appliquer les règles de compétence des Conventions⁴²⁰.

(3) L'application aux mesures provisoires et conservatoires

171. Les injonctions non pécuniaires sont souvent prises dans le cadre de la procédure de mesures provisoires et conservatoires. Il importe dès lors de savoir si le for désigné par les parties en conformité avec l'art. 17 vaut aussi pour ce type de mesures. La question doit être examinée tant du point de vue du tribunal saisi élu que de celui du tribunal saisi non élu.

172. Il est incontesté que les clauses d'élection de for exercent un effet *pro rogatoire* en matière de mesures provisoires également. L'autorité saisie ne peut pas se déclarer incompétente en invoquant des arguments de *forum conveniens* ou parce que la *lex fori* n'admet pas les prorogations de for. A ce titre, il convient de mentionner la décision de la Cour de Justice de Genève du 8 février 1990 dans l'affaire *J. & M. Communications Ltd c. Seabay Corp. et autres*⁴²¹. On rappelle que la Cour avait refusé sa compétence pour prononcer des mesures provisoires visant à interdire à une société des Iles Caymans de poursuivre des négociations, à interdire à une société des Antilles néerlandaises de se désaisir de biens et, enfin, à empêcher plusieurs autres personnes physiques et morales domiciliées à l'étranger de conclure un accord avec ces deux sociétés. La Cour a estimé que la prorogation de for sur laquelle s'était fondée la demanderesse "ne vaut pas forcément pour les mesures provisionnelles, lesquelles ne peuvent être ordonnées que par un tribunal spécifiquement compétent selon la nature de 'la mesure à prendre ou de la localisation du droit à protéger' ". Or, l'art. 10 LDIP ne donnait pas de for en Suisse; en effet, ni les faits de la cause, ni les parties, ni les biens à

⁴¹⁸ Cf. *Sarrio S.A. v. Kuwait Investment Authority*, [1997] 1 Lloyd's Rep. 113, 124 (CA), commenté par NEWTON, p. 337-344. En effet, le domicile dans un Etat contractant est une condition d'application des Conventions (art. 4).

⁴¹⁹ Cf. *The "Xin Yang" and "An Kang Jiang"*, [1996] 2 Lloyd's Rep. 217, 222 (QB), commenté par NEWTON, p. 337-344.

⁴²⁰ *Boss Group Ltd v. Boss France S.A.* [1996] 4 All ER 970, 976 (CA). Cf. aussi *Airbus Industrie G.I.E. v. Jaisukh Arjun Bhai Patel and Others*, [1998] 2 WLR 686, [1998] 2 All ER 257, 263 (HL), [1998] Lloyd's Rep. 631, commenté par FENTIMAN, *Comity and Antisuit Injunctions*, p. 467; PEEL, *Anti-Suit Injunctions*, p. 543.

⁴²¹ Cour de Justice de Genève, *J. & M. Communications Ltd c. Seabay Corp. et autres*, 8 février 1990, SJ 1990, p. 196-200.

protéger n'avaient un quelconque lien avec Genève ou la Suisse. Cette jurisprudence, rendue sous l'empire de la LDIP et faisant application de considérations d'opportunité en matière de mesures provisoires, est clairement contraire à l'art. 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano⁴²².

173. En revanche, l'extension de la présomption de l'effet exclusif de la clause d'élection de for à la matière des mesures provisoires et conservatoires est controversée⁴²³. Le tribunal du lieu de situation des biens doit-il décliner sa compétence sur une requête de séquestre, si une clause de prorogation de for soumet le litige à un autre juge ? Jusqu'à ce jour, la jurisprudence européenne n'a pas directement tranché cette question. Cette indépendance a toutefois été admise par la CJCE en cas d'existence d'une convention d'arbitrage⁴²⁴. Dans l'arrêt *Van Uden*, la Cour de Justice a en effet admis la compétence du juge étatique pour statuer sur une mesure provisoire fondée sur l'art. 24 de la Convention de Bruxelles alors que, au principal, le litige devait être soumis à un arbitre, pour autant que l'objet de la demande de mesures provisoires porte sur une question relevant du champ d'application matériel de la Convention⁴²⁵. Quant à nous, nous estimons que la dérogation prévue par l'art. 24 des Conventions vaut également dans son principe pour la procédure provisoire; toute solution contraire entraînerait un affaiblissement de la convention des parties. Cependant, à défaut de stipulation expresse contraire dans la convention de prorogation de for, cette dernière ne doit pas prêter le droit des parties à obtenir une protection provisoire de leurs droits efficace. Dès lors, il doit être admis de pouvoir saisir un tribunal autre que celui désigné par la clause de prorogation de for si celui-ci

⁴²² Pour l'effet exclusif, cf. notamment GAILLARD, *Les mesures provisionnelles*, p. 151; MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 139-140; VOLKEN, *IPRG-Kommentar*, ad Art. 10, n° 17. Au contraire, BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 388, estime que cette critique n'est pas compatible avec le rôle du facteur d'efficacité en matière de mesures provisoires, même en ce qui concerne la compétence. En ce sens également, REISER, *Zuständigkeit für Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes*, p. 9-18.

⁴²³ Pro: cf. notamment GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 17, n° 192; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 17, n° 109; MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 124-125.

Contra: cf. notamment BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 380; DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6495; JAMETTI GREINER, *Grundsätzliche Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes*, p. 25; KAYE, *Civil Jurisdiction*, p. 1088; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 17, n° 40.

⁴²⁴ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091. Pour les commentaires intéressants plus spécifiquement la question de l'indépendance de la clause d'arbitrage, cf. notamment obs. Gaudemet-Tallon, Hélène, *Rev. arb.* 1999, p. 143-165 et obs. Scherer, Martin, *Bull. ASA* 1999, p. 83-92.

⁴²⁵ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 34.

est mieux à même de prononcer des mesures provisoires immédiatement exécutoires⁴²⁶. Ainsi, si la mesure remplit les conditions exigées par l'art. 24 des Conventions, telles que précisées par la jurisprudence *Van Uden*⁴²⁷, alors le juge des mesures provisoires peut être différent de celui désigné par la clause de prorogation de for. Il s'agit d'une conséquence déduite de l'indépendance de la procédure provisoire par rapport à l'instance au fond.

c) Les limites au caractère extraterritorial de la norme

174. Nous avons vu que l'art. 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano ne connaissait pas de limite autonome et que, de ce point de vue, son potentiel extraterritorial était pour ainsi dire illimité. Cette section examine s'il existe des limites hétéronomes à son extraterritorialité.

(1) L'exigence immanente du caractère international du litige

175. Le texte de l'art. 17 des Conventions de Bruxelles et Lugano n'exige pas que le différend ait un caractère international. Ainsi, en théorie, deux parties domiciliées dans le même pays peuvent proroger la compétence d'un tribunal étranger, sans que leur litige n'ait un lien avec l'étranger et sans qu'un autre intérêt ne justifie la désignation d'un tribunal étranger. Pour éviter ce genre de procédé, qui pourrait permettre de contourner des dispositions impératives nationales⁴²⁸, la doctrine exige en principe l'existence d'un différend à caractère international⁴²⁹. Cette réserve peut être considérée comme une restriction immanente posée par l'art. 17 lui-même⁴³⁰. Aussi, le Rapport SCHLOSSER à l'appui de la Convention de Bruxelles constatait que l'art. 17 ne valait que si le rapport juridique sous-jacent présentait des liens d'extranéité, et précisait que ce lien d'extranéité ne saurait être simplement réalisé par la désignation d'un tribunal étranger⁴³¹. L'internationalité

⁴²⁶ Cf. récemment en ce sens, ATF 125 III 451, 454. Cf. aussi GASSMANN, *Die Arrestzuständigkeit*, p. 113 qui admet, en matière de séquestre une compétence à un autre lieu que celui prorogé uniquement si les parties ont expressément envisagé la saisine d'un juge au provisoire différent de celui prorogé.

⁴²⁷ Sur l'exigence générale du lien de rattachement réel et les exigences spéciales en matière de mesures d'anticipation, cf. *infra*, Partie 1, II. C. 3. a) (3) et Partie 1, II. C. 3 b).

⁴²⁸ Par exemple, en Allemagne, le § 38 al. 1 ZPO autorise les clauses d'élection de for uniquement si les parties sont des commerçants.

⁴²⁹ Cf. notamment les références citées par DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6665. *Contra*: GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 17, n° 36-39.

⁴³⁰ Cf. notamment KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 17, n° 82.

⁴³¹ Cf. SCHLOSSER, *Rapport*, n° 174.

peut résulter de divers facteurs. Le domicile des parties dans des pays différents sera le plus fréquent; cependant, le lieu d'exécution de l'obligation à l'étranger pourra aussi remplir le critère d'internationalité. En matière d'injonctions extraterritoriales, le critère de l'internationalité sera toujours réalisé: soit une partie est domiciliée à l'étranger, soit le lieu d'exécution ou d'abstention est localisé à l'étranger, soit les conditions sont mêmes cumulativement réalisées.

(2) Les limites du droit national impératif ?

176. La question de savoir comment il faut traiter, dans un domaine relevant du champ d'application matériel des Conventions, les conditions d'admissibilité de l'élection de for exigées de manière impérative par le droit national, en particulier les règles limitant la possibilité de la prorogation de for, n'a pas été tranchée par la Cour de Justice. La doctrine admet que les Conventions de Bruxelles et de Lugano règlent de manière exhaustive la question de la licéité de la prorogation de compétence pour l'ensemble de son champ d'application matériel⁴³². Aussi, en matière civile et commerciale, le droit national contraire ne peut faire obstacle à la prise en compte d'une prorogation de compétence répondant aux conditions d'admissibilité des Conventions. Il en résulte qu'une règle nationale spécifique qui contraindrait un juge à décliner sa compétence lorsque sa mesure est destinée à produire des effets à l'étranger ne saurait s'imposer face à une prorogation de for fondée sur l'art. 17 de la Convention.

(3) La priorité donnée aux fors impératifs et aux fors exclusifs prévus par les Conventions

177. Selon le ch. 3 de l'art. 17 des Conventions de Bruxelles et Lugano, les clauses d'élection de for sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des art. 12 et 15 des Conventions (fors *impératifs*) ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'art. 16 des Conventions (fors *exclusifs*)⁴³³.

178. Dans le premier cas, l'on vise spécifiquement la protection de la partie dite faible, en l'occurrence le preneur d'assurance⁴³⁴ et le consommateur⁴³⁵.

⁴³² Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 6589; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 17, n° 71; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 17, n° 93.

⁴³³ Cette règle est reprise à l'art. 23 para. 5 de la Proposition de règlement.

⁴³⁴ Art. 12 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

Au même titre, il convient de rajouter que la protection du travailleur fait l'objet d'une disposition protectrice particulière à l'art. 17 ch. 5. En ces matières, les clauses d'élection de for ne peuvent être valables que si elles sont conclues *après* la survenance d'un litige entre les parties. Dans le second cas, l'on vise tout simplement à maintenir le caractère exclusif des fors énumérés à l'art. 16⁴³⁶. Cela permet de limiter sensiblement le potentiel d'extraterritorialité de l'art. 17 en ces matières, vu que les fors exclusifs de l'art. 16 tendent en bonne partie à faire coïncider les lieux de prononcé et d'exécution forcée des mesures qui y sont prononcées⁴³⁷.

C. La compétence juridictionnelle extraterritoriale en matière de mesures provisoires et conservatoires d'appui

179. L'intérêt d'examiner les critères de compétence juridictionnelle extraterritoriale sur lesquels les mesures provisoires et conservatoires peuvent se fonder est d'autant plus justifié que ces dernières jouent un rôle prédominant dans la gestion des contentieux transnationaux⁴³⁸. Il s'agira d'abord de se procurer une vue d'ensemble sur le rôle des mesures provisoires et conservatoires dans la gestion du contentieux transnational, le système mis en place par les Conventions de Bruxelles et de Lugano et les risques posés par les mesures provisoires et conservatoires extraterritoriales, tout en limitant l'examen aux mesures d'appui envisagées par l'art. 24 des Conventions de Bruxelles et de Lugano (1). En effet, pour les mesures provisoires et conservatoires extraterritoriales prononcées par le juge du fond, il convient de se référer aux principes applicables à dite procédure au fond⁴³⁹. Selon le schéma développé pour la compétence au fond, c'est au potentiel extraterritorial des mesures provisoires *d'appui* prononcées au for de l'art. 24 que nous nous consacrerons ensuite (2), pour finalement tracer les limites éventuelles à ce potentiel (3).

⁴³⁵ Art. 15 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

⁴³⁶ Cf. *supra*, Partie 1, II. A. 3. sur les fors exclusifs des Conventions.

⁴³⁷ Cf. *supra*, Partie 1, II. A. 3. a).

⁴³⁸ Cf. *supra*, Partie 1, II. A. 1. b).

⁴³⁹ Cf. *supra*, Partie 1, II. B.

1. Les mesures provisoires et conservatoires d'appui dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano: art. 24

a) Le rôle des mesures provisoires et conservatoires dans la gestion des litiges transnationaux

180. La protection judiciaire provisoire et conservatoire (mesures provisoires, provisionnelles, conservatoires) a un caractère polymorphe, hybride et controversé⁴⁴⁰. Selon une vision minimaliste, on assigne traditionnellement aux mesures provisoires la tâche de préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché ou de saisir des biens pouvant servir à satisfaire les condamnations du jugement à intervenir⁴⁴¹. Cette définition ne diffère pas fondamentalement de celle donnée par la CJCE dans le deuxième arrêt rendu dans l'affaire *Reichert*⁴⁴². Pour la Cour, les mesures provisoires ou conservatoires "sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond"⁴⁴³. Symptôme par excellence de la réserve et des précautions avec lesquelles il doit être usé des mesures provisoires ou conservatoires, l'arrêt *Van Uden*⁴⁴⁴ fixe les directives très strictes auxquelles le juge doit se plier. L'octroi de ce genre de mesures "demande du juge saisi une circonspection particulière et une connaissance approfondie des circonstances concrètes dans lesquelles les mesures sollicitées sont appelées à produire leurs effets"⁴⁴⁵. Aussi doit-il pouvoir limiter son autorisation dans le temps ou, en ce qui concerne la nature des avoirs ou marchandises qui font l'objet des mesures envisagées, exiger des garanties bancaires ou désigner un séquestre. Il lui faut en particulier subordonner les autorisations qu'il

⁴⁴⁰ Cf. KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 655.

⁴⁴¹ Ceci correspond exactement à la définition donnée par l'art. 1er de la Résolution adoptée par la 67e Conférence de l'Association de droit international, tenue à Helsinki du 12 au 17 août 1996, sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international, qui prévoit simplement que les mesures provisoires ont le but de (a) *to maintain the status quo pending determination of the issues at trial*, or (b) *to secure assets out of which an ultimate judgment may be satisfied*. La traduction française du texte en langue originale anglaise, établie par KESSEDJIAN et KINSCH, est publiée dans JDI 123 (1997), p. 110-112. La résolution est présentée par KESSEDJIAN, *Mesures provisoires et conservatoires*, NYGH, *Provisional and Protective Measures*, et KOFMEL EHRENZELLER, *Vorläufiger Rechtsschutz*.

⁴⁴² CJCE, *Reichert c. Dresdner Bank (Reichert II)*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, Rec. 1992, p. 2149.

⁴⁴³ *Ibid.*, n° 32, confirmé par *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 38.

⁴⁴⁴ *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, n° 38.

délivre "à toutes les conditions qui garantissent le caractère provisoire de la mesure qu'il ordonne"⁴⁴⁶.

181. Cette fonction classique requiert obligatoirement l'organisation d'une procédure simplifiée et plus rapide que celle du procès ordinaire. Cette caractéristique des mesures provisoires correspond au souci contemporain d'abrèger et de simplifier les modes de résolution des litiges. La souplesse des mesures provisoires offre l'avantage d'apporter une réponse rapide aux situations de crise. Par conséquent, à côté de leur rôle classique de répartition des risques liés à la durée du procès, les mesures provisoires assument de plus en plus la fonction de liquider de façon accélérée les litiges. Dans nombre de domaines du droit, notamment en matière de protection des droits de la propriété intellectuelle, de la concurrence et de la personnalité, les mesures provisoires sont même devenues le mode privilégié de résolution des conflits et ne sont le plus souvent même plus suivies ou accompagnées d'une procédure au fond⁴⁴⁷. Elles visent de plus en plus à anticiper la décision définitive, et ne se limitent plus à réserver les rapports existants entre les parties⁴⁴⁸.

182. Cependant, les mesures provisoires peuvent également anticiper l'exécution forcée de la future décision. Elles empêchent le défendeur de se dérober avant que la décision finale ne lui soit opposable. Cet aspect est important au point que la séparation entre les mesures provisoires et les mesures d'exécution n'est pas toujours très tranchée⁴⁴⁹. Les mesures provisoires seraient donc à la frontière entre l'action civile ordinaire et l'exécution forcée⁴⁵⁰: elles émanent d'une procédure méritoire *sui generis*⁴⁵¹. Les Conven-

⁴⁴⁶ *Ibid.*, n° 45.

⁴⁴⁷ Sur la généralisation des procédures rapides et ses effets inquiétants, notamment quant aux garanties procédurales des parties et l'appréciation des faits et du droit, cf. la thèse d'habilitation de HOHL et l'étude de MEIER, *Rechtsschutz im summarischen Verfahren*.

⁴⁴⁸ Sur le continent européen, les exemples typiques de ce phénomène sont les *Mareva* injunctions anglaises, le *référé-provision* français et le *kort geding* néerlandais, ce deux dernières mesures n'exigeant plus l'introduction, dans un délai donné, d'une action en validation; cf. notamment, JAMETTI GREINER, *Grundsätzliche Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes*, p. 21.

⁴⁴⁹ Par exemple, la Cour de Justice de Genève, dans l'affaire *J & M Communications Ltd c. Seabay Corp. et autres*, SJ 1990, p. 196-200, p. 198 jugeait que "les mesures provisionnelles relèvent [...], partiellement en tous cas, de l'exécution forcée, ce sont les principes déterminants en matière d'exécution forcée qui deviennent applicables: or les autorités d'exécution d'un pays ne peuvent accomplir des actes de contrainte à l'étranger." En Allemagne, le séquestre et les mesures provisoires sont même réglés dans le livre 8e de la ZPO sur l'exécution forcée.

⁴⁵⁰ MEIER, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, p. 9.

tions de Bruxelles et de Lugano opèrent cependant une séparation tranchée entre les mesures d'exécution proprement dites, ordonnées après jugement, et les mesures provisoires, antérieures à celui-ci. Le contentieux lié aux premières est exclusivement attribué aux tribunaux où l'exécution doit être effectuée⁴⁵². Leur effet ne se déploie pas au-delà du territoire de l'Etat qui les a ordonnées et leur reconnaissance dans les autres Etats contractants est impossible⁴⁵³. L'effet à l'étranger des secondes est précisément l'objet de la présente section.

b) Le système de compétences en matière de mesures provisoires institué par les Conventions de Bruxelles et de Lugano

183. En matière de compétence pour prononcer des mesures provisoires, les Conventions de Bruxelles et de Lugano permettent d'envisager quatre situations différentes, constituant en quelques sorte un tableau à doubles entrées, l'une s'attachant à la question de savoir quel est le juge compétent pour prononcer la mesure (juge saisi au fond ou juge d'appui en cas de litispendance à l'étranger), l'autre s'attachant à la question de la portée territoriale de la mesure (portée limitée à la juridiction du juge qui la prononce ou portée qui s'étend au-delà de sa juridiction)⁴⁵⁴.

184. Les deux première situations visent les cas où le plaideur demande au juge saisi au fond conformément aux art. 2 et 5 à 18 des Conventions⁴⁵⁵ de prononcer une mesure provisoire et conservatoire. Celle-ci pourra avoir des effets limités à sa juridiction (*mesure territoriale*) ou, au contraire, s'étendre au-delà de sa juridiction (*mesure extraterritoriale*). Cette extension se comprend dans la mesure où les Etats sont autorisés de manière générale à offrir

⁴⁵¹ Cf., par exemple, GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 399a; KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung*, p. 178.

⁴⁵² Art. 16 ch. 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

⁴⁵³ En effet, elles ne constituent pas une "décision" au sens de l'art. 25 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

⁴⁵⁴ Cf. GERHARD, *La compétence du juge d'appui*, p. 98.

⁴⁵⁵ *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 19. En l'occurrence, une telle compétence accessoire à la compétence au fond avait été niée, bien que les Pays-Bas était le lieu d'exécution au sens de l'art. 5 ch. 1 de la Convention de l'obligation réclamée, étant donné que la présence d'une clause d'arbitrage empêchait l'existence d'un for ordinaire au sens de la Convention. Ce principe a été confirmé par la CJCE dans l'affaire *Hans-Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, 27 avril 1999, aff. C-99/96, Rec. 1999, p. 2277, n° 39-41 où les tribunaux du domicile de l'acheteur étaient exclusivement compétents en vertu des art. 13 al. 1 ch. 3 et 14 de la Convention.

aux plaideurs, dans les limites indirectes posées par le droit international à l'exercice de la compétence normative⁴⁵⁶, une protection qui prolonge ses effets au-delà de leurs frontières. Cette protection, consacrée pour le contentieux au fond, peut aussi être limitée au provisoire: qui peut le plus peut le moins. Elle pourra donc porter sur des biens qui se situent à l'étranger⁴⁵⁷. En revanche, son opportunité doit être évaluée en fonction de son efficacité: les problèmes se situeront en aval, au stade de la reconnaissance de la mesure dans l'Etat où elle devra être exécutée. Cette compétence accessoire du juge du fond ne fait pas de doute; elle ressort du pouvoir inhérent du juge de mettre fin au litige⁴⁵⁸ et relève des droits de procédure civile nationaux⁴⁵⁹. En outre, elle correspond à la tendance générale de vouloir préserver l'unité juridictionnelle en confiant en priorité au tribunal saisi du fond de l'affaire la compétence de prononcer des mesures provisoires⁴⁶⁰. Ainsi, la compétence d'un tribunal saisi au fond pour prononcer des mesures provisoires ne se détermine pas selon le droit autonome mais uniquement selon les fors conventionnels, qui sont impératifs⁴⁶¹.

185. Aux côtés du juge du fond, on peut imaginer qu'un juge *d'appui* intervienne en cas de litispendance à l'étranger. Celui-ci pourra prononcer une mesure dont les effets sont limités à sa propre juridiction (*mesure d'appui territoriale*). Chaque Etat étant souverain, on conçoit mal qu'un principe supérieur vienne l'empêcher de définir les conditions d'intervention de ses tribunaux sur son propre territoire, même à l'appui d'une procédure au fond pendante à l'étranger. Cette intervention répond aussi aux soucis d'efficacité et d'urgence des mesures provisoires, qui exigent que ces dernières puissent en tous cas être ordonnées à l'endroit où elles sont exécutées. Enfin, le plai-

⁴⁵⁶ Cf. *supra*, Partie 1, I. C.

⁴⁵⁷ Cf. GAUDEMET-TALLON, obs. ad CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, Rev. arb. 1999, p. 165.

⁴⁵⁸ Cf. récemment pour le droit suisse, BERTI, *Vorsorgliche Massnahmen*, p. 171-251; WALTER, *Vorläufiger Rechtsschutz in der Schweiz*, p. 657-683.

⁴⁵⁹ Cf. COLLINS, *Provisional and Protective Measures*, p. 50 pour l'Angleterre; EILERS, p. 110 pour la Belgique, p. 115 pour le Luxembourg, et p. 120 pour les Pays-Bas; HESS/VOLKKOMMER, p. 221-222 et STADLER, *Erläss und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen*, p. 1092 pour l'Allemagne; VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale*, p. 416 pour la France. En Suisse, en revanche, la compétence accessoire n'est pas connue de tous les codes de procédure civile cantonaux, cf. GASSMANN, *Arrest im internationalen Rechtsverkehr*, p. 85.

⁴⁶⁰ Cf. l'art. 7 de la Résolution adoptée par la 67e Conférence de l'Association de droit international sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international.

⁴⁶¹ Cf. HESS/VOLKKOMMER, p. 221; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 24, n° 8-10; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 24, n° 2.

leur peut demander au juge d'appui de prononcer une mesure dont les effets se prolongent à l'étranger, y compris dans le pays où siège le juge saisi au fond (*mesure d'appui extraterritoriale*)⁴⁶². Il convient encore d'introduire une distinction en ce qui concerne le juge d'appui; ce dernier peut être compétent soit en vertu des compétences prévues par les Conventions de Bruxelles et de Lugano (*juge d'appui conventionnel*), soit en vertu des compétences autonomes auxquelles renvoie l'art. 24 des Conventions (*juge d'appui autonome*). La CJCE a confirmé qu'un tribunal compétent pour connaître d'une affaire conformément aux art. 2 et 5 à 18 des Conventions reste compétent pour ordonner les mesures provisoires ou conservatoires qui s'avèrent nécessaires, sans que cette dernière compétence soit subordonnée à d'autres conditions, notamment celle d'être saisi au fond⁴⁶³. On relèvera que cette règle vaut pour toutes les règles de compétences au fond, y compris celles de l'art. 16 et l'art. 17, et pour l'ensemble des mesures provisoires et conservatoires, notamment les saisies conservatoires et le séquestre⁴⁶⁴.

186. Si la mesure provisoire extraterritoriale prise par le juge du fond paraît logique, la mesure provisoire extraterritoriale prise par le juge d'appui - conventionnel ou autonome - paraît à première vue illogique: pourquoi ne pas demander une mesure territoriale au juge du lieu d'exécution de la mesure ou une mesure extraterritoriale au juge du fond? L'une des raisons tient certainement au fait que les mesures dont dispose le juge restent encore ancrées dans le droit de la procédure, qui relève de la *lex fori*. En pratique, le problème du conflit de lois se trouve donc absorbé par le conflit de juridictions. Aussi, un plaideur peut avoir un intérêt à requérir d'un juge étranger un remède provisoire qui n'existe pas au lieu où la procédure au fond est pendante ou au lieu où la mesure doit être exécutée, et ensuite demander la reconnaissance de la mesure en ce lieu ou tout simplement obtenir son exécution par la pression exercée sur le territoire du for à l'égard du défen-

⁴⁶² Cf. *infra*, Partie I, C. 2.

⁴⁶³ *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 22.

⁴⁶⁴ Cf. GAUDEMET-TALLON, obs. ad CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, Rev. arb. 1999, p. 165; GOTHOT/HOLLEAUX, n° 158 et 203; HUET, note ad CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, JDI (125) 1999, p. 619; VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale*, n° 34. Contra: THERY, p. 489-491, qui estime qu'une saisie conservatoire ou une sûreté judiciaire ne relève que de l'art. 16 ch. 5, car son autorisation "n'a aucune valeur en elle-même et ne trouve son sens que par la contrainte qu'elle permet d'exercer [...] par conséquent, l'autorisation ne peut être donnée que par la juridiction de l'Etat où la mesure doit être exécutée." Il nous semble néanmoins qu'il est possible de dissocier la question de la compétence pour ordonner la mesure de celle pour ordonner son exécution.

deur⁴⁶⁵. La question se pose dès lors de savoir si le juge *d'appui* - conventionnel ou autonome - est compétent pour prononcer une telle mesure *extraterritoriale*, notamment lorsqu'elle vise à pallier les déficiences du droit du juge saisi au fond.

c) Les risques posés par les mesures provisoires et conservatoires *d'appui* extraterritoriales

187. Il n'est pas inutile de rappeler le danger principal des mesures provisoires *d'appui* extraterritoriales, à savoir confronter l'intimé à des ordres contradictoires, notamment si le juge saisi au fond prononce lui aussi des mesures provisoires, voire même éventuellement extraterritoriales. En outre, le risque pour l'intimé d'être impliqué dans de multiples procédures dans divers pays entraînera pour lui des frais et des chicanes supplémentaires souvent injustifiés. Enfin, l'admissibilité de telles mesures favorise évidemment le *forum shopping*, permettant notamment aux ressortissants nationaux de contourner la discrimination dont ils sont l'objet (*Inländerdiskriminierung*) et qui résulte de l'application du principe de la stricte territorialité⁴⁶⁶. L'affaire helvético-anglaise *Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*⁴⁶⁷ en est une illustration frappante. En effet, en matière d'obligation de renseignement des parties concernant la localisation et la composition de leur patrimoine, le droit anglais est en parfaite opposition avec les conceptions continentales, et notamment suisses. Le droit suisse réproouve avec force l'utilisation d'une procédure de séquestre pour obtenir des renseignements sur les biens du débiteur (inadmissibilité du *séquestre exploratoire*). Par conséquent, le créancier qui veut obtenir un séquestre en Suisse doit connaître et rendre vraisemblable l'existence des biens qu'il cherche à faire frapper d'indisponibilité⁴⁶⁸. En revanche, l'*ancillary disclosure order* du droit anglais permet au créancier d'obtenir tous les renseignements nécessaires sur la situation des biens de son débiteur, quel que soit leur emplacement. La pratique anglaise considère que l'information que le demandeur peut obtenir sur les biens du défendeur est un élément essentiel de

⁴⁶⁵ Cf. *supra*, Partie 1, II. A. 1. b) *in fine* et les références citées.

⁴⁶⁶ MEIER, *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 72 illustre ce phénomène précisément par l'opposition entre la *Mareva injunction* généreuse du droit anglais et le séquestre relativement restrictif du droit suisse.

⁴⁶⁷ *Crédit Suisse Fides Trust SA v. Cuoghi* [1997] 3 All ER 724, [1997] 3 WLR 871.

⁴⁶⁸ En matière matrimoniale cependant, le devoir d'information entre les époux en vertu des art. 170 et 137 al. 2 CC peut et doit porter sur les biens situés à l'étranger, cf. KOCHER, p. 295; MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 279.

l'efficacité des mesures provisoires et admet aussi l'utilisation subséquente des renseignements obtenus par cette voie dans une procédure à l'étranger⁴⁶⁹. En mettant pleinement à profit cette différence, le Crédit Suisse, dans l'affaire précitée, demanda et obtint, parallèlement à une action en paiement en Suisse contre le dénommé Cuoghi, une *worldwide Mareva injunction* - donc également avec effet en Suisse - accompagnée d'un *ancillary disclosure order* contre ce dernier, domicilié en Angleterre. Aussi, la demanderesse a pu obtenir par le prononcé d'une mesure provisoire en Angleterre une protection sur le territoire suisse où était pendante l'affaire principale, protection plus étendue que celle qu'elle n'aurait pu obtenir du juge suisse saisi au fond! La tentation est donc grande d'utiliser cette combinaison pour découvrir des biens cachés dans d'autres Etats que celui du for et d'y prendre immédiatement de nouvelles mesures conservatoires⁴⁷⁰.

2. Le potentiel extraterritorial de la norme

a) Le silence des Conventions de Bruxelles et de Lugano

188. *A priori*, l'art. 24 des Conventions de Bruxelles et de Lugano ne limite pas le pouvoir du juge d'appui aux mesures susceptibles d'être exécutées sur le territoire du for. Au contraire, dans l'espace judiciaire européen, l'effet extraterritorial des mesures provisoires et conservatoires fait sans doute partie de l'objectif de l'art. 24, étant donné que les dispositions du Titre III des Conventions leur sont applicables⁴⁷¹.

189. Au niveau de la *compétence* tout d'abord, ni une interprétation littérale, ni une interprétation téléologique de l'art. 24 ne permettent d'affirmer que les mesures basées sur cet article sont limitées au territoire où elles sont rendues⁴⁷². Au contraire, le renvoi au droit national est pur et simple⁴⁷³. La question de l'opportunité d'une limitation territoriale de la mesure ne ressort dès lors pas de la Convention, mais du droit national auquel l'art. 24

⁴⁶⁹ *Bank of Crete SA v. Koskotas et al. (No 2)* [1992] 1 WLR 919.

⁴⁷⁰ Par exemple, *Ashtiani and another v. Kashi* [1986] 2 All ER 970 (CA), où les informations obtenues ont permis d'obtenir des autorités locales compétentes une saisie de comptes bancaires en Belgique et au Luxembourg.

⁴⁷¹ Cf. notamment BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 347.

⁴⁷² Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 1, n° 1664; GRONSTEDT, p. 38; SCHMUTZ, p. 103.

⁴⁷³ THERY, *Judex Gladii*, p. 489 parle même de "truisme".

renvoie.⁴⁷⁴ Au niveau de la *reconnaissance* ensuite, l'art. 25 des Conventions inclut les mesures provisionnelles dans les décisions susceptibles d'être reconnues et exécutées à l'étranger⁴⁷⁵. Les Conventions n'opèrent donc pas de distinction entre les mesures prononcées par le juge du fond et celles prononcées par le juge d'appui, la seule condition étant celle du respect du droit du défendeur d'être entendu⁴⁷⁶. A vrai dire, au niveau de la reconnaissance, la CJCE n'a pas encore été saisie de la question de savoir si une mesure prise par le juge d'appui peut être reconnue dans un Etat contractant, notamment dans le pays où l'affaire au fond est pendante. Les cas qui lui ont été soumis jusqu'à présent ne concernaient que des mesures extraterritoriales prononcées par le juge du fond⁴⁷⁷. Dans l'arrêt *Mietz*⁴⁷⁸, la CJCE apporte cependant une précision importante à ce sujet, en ce sens que le juge de l'exequatur doit s'assurer, sans qu'aucun reproche ne puisse être formulé à son encontre au motif d'une violation de l'art. 28 al. 4 de la Convention, que la mesure qui lui est soumise relève bien du provisoire⁴⁷⁹.

b) Les modèles avancés par la doctrine

190. La doctrine continentale n'aborde pas en tant que tel le problème de l'extraterritorialité des mesures provisoires prononcées par le juge d'appui. Elle le traite incidemment lors de l'examen de la compétence du juge d'appui ou de la reconnaissance des mesures provisoires étrangères. Vu la formulation de l'art. 24 des Conventions de Bruxelles et de Lugano et les critères invoqués pour justifier l'admissibilité de l'injonction extraterritoriale, quelques

⁴⁷⁴ Cf. notamment BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 347.

⁴⁷⁵ CJCE, *Denilauler c. S.N.S Couchet Frères*, 21 mai 1980, aff. 125/79, Rec. 1980, p. 1553.

⁴⁷⁶ CJCE, *Denilauler c. S.N.S Couchet Frères*, 21 mai 1980, aff. 125/79, Rec. 1980, p. 1553.

⁴⁷⁷ CJCE, *De Cavel c. dame de Cavel (de Cavel I)*, 27 mars 1979, aff. C-143/78, Rec. 1979, p. 1055 (compétence du juge de fond français pour autoriser l'apposition de scellés sur les meubles situés dans l'appartement des époux en Allemagne et pour prononcer la saisie de biens et comptes de l'épouse dans deux établissements bancaires en Allemagne); CJCE, *Denilauler c. S.N.S Couchet Frères*, 21 mai 1980, aff. 125/79, Rec. 1980, p. 1553 (compétence du juge de fond français pour prononcer une saisie-conservatoire à l'encontre du débiteur domicilié en Allemagne sur un compte bancaire auprès d'une banque à Francfort); CJCE, *Brennero c. Wendel*, 27 novembre 1984, aff. C-258/83, Rec. 1984, p. 3971 (compétence du juge de fond italien pour prononcer un *sequestro conservativo* sur des biens situés en Allemagne).

⁴⁷⁸ CJCE, *Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, 27 avril 1999, aff. C-99/96, Rec. 1999, p. 2277.

⁴⁷⁹ Cf. *ibid.*, n° 56, où la CJCE achève son raisonnement en retenant que, "si le juge requis devait conclure que la mesure ordonnée n'est pas une mesure provisoire au sens de l'art. 24, (il devrait admettre qu'elle n'est) pas susceptible de faire l'objet d'un exequatur en vertu du Titre III de la Convention".

éléments pourraient plaider en faveur d'une restriction de ces dernières lorsqu'elles sont prononcées par le juge *d'appui*. En effet, si l'on admet l'extraterritorialité d'une mesure lorsqu'elle est prise par un juge compétent selon les règles de compétence ordinaires générales des Conventions, c'est que l'on estime que ces règles, agréées par tous les Etats contractants, concrétisent un lien légitime et suffisant entre le territoire et l'objet du litige. En revanche, la doctrine majoritaire voit en l'art. 24 une simple norme de renvoi aux compétences du droit national. Selon cette interprétation, seuls les fors nationaux en matière de mesures provisoires pourraient justifier la compétence du juge *d'appui*. Cette tendance, développée en Angleterre⁴⁸⁰, a été reçue dans les milieux germaniques, où les auteurs ont cependant étendu les compétences de la *lex fori* en y ajoutant celles prévues dans les Conventions pour les procédures au fond⁴⁸¹.

191. Les conséquences de cette lecture littérale de l'art. 24 sont multiples: les Etats contractants peuvent librement décider de prévoir une compétence lorsque l'action au fond est pendante à l'étranger, les fors exorbitants exclus par l'art. 3 al. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano retrouvent leur application, et, enfin, par le jeu de la reconnaissance facilitée, ces décisions doivent être reconnues dans les Etats contractants, sans contrôle subséquent de la compétence. Dès lors, pour exclure les fors exorbitants du domaine des mesures provisoires, les auteurs ont développé les théories les plus diverses: application de l'art. 3 sur l'exclusion des fors exorbitants aux mesures provisoires⁴⁸², adoption d'un critère de l'urgence⁴⁸³, refus de l'exequatur⁴⁸⁴, inter-

⁴⁸⁰ Cf. KAYE, *Civil Jurisdiction*, p. 1147; O'MALLEY/LAYTON, n° 24.02.

⁴⁸¹ Cf. notamment GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 24, n° 2; HEISS, p. 31; JAMETTI GREINER, *Der vorsorgliche Rechtsschutz*, p. 661; Id., *Grundsätzliche Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes*, p. 24; KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung*, p. 181; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 24, n° 6; LINKE, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 121 et n° 124; MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 167; NAGEL/GOTTWALD, n° 178; SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, n° 424; SCHLOSSER, *EuGVU*, ad Art. 24, n° 1; WALDER, *Einführung*, § 13, n° 12; WALTER, *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 466.

Cette solution est celle qui a été retenue par la CJCE dans *Van Uden Maritime BV c. Kommandite-gesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 22 et n° 42.

⁴⁸² Cf. notamment EILERS, p. 203-207; GRONSTEDT, p. 14-24; KRDPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 24, n° 6.

⁴⁸³ Cf. notamment DELAPORTE, p. 155-158; DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 1, n° 1598-1608 et n° 1664; EILERS, p. 200; GAILLARD, *Les mesures provisionnelles*, p. 158; GAUDEMET-TALLON, n° 270-271; GOTHOT/HOLLEAUX, n° 202 et 203; ZEILER, p. 638-639. A ce titre, il convient de noter que la condition de l'urgence exclut implicitement les situations où un exequatur est requis, mais que l'inverse n'est pas forcément vrai.

prétation restrictive de l'art. 24 ne permettant le prononcé de mesures provisoires qu'aux fors ordinaires des Conventions de Bruxelles et de Lugano, tempérée par l'admission de tout *forum conveniens*, du for du lieu d'exécution et du for de nécessité⁴⁹⁵, qualification de l'art. 24 comme norme de compétence obligatoire interdisant la discrimination entre jugement étranger et jugement national, accompagnée de la stricte territorialité des effets de la mesure provisoire d'appui⁴⁹⁶.

c) L'admissibilité de principe des mesures provisoires et conservatoires d'appui extraterritoriales

192. Plaider que la mesure prise par un juge *d'appui* doit épuiser ses effets sur le territoire de l'Etat où elle a été prononcée n'est pas conforme aux situations et aux problèmes rencontrés dans la pratique.

193. Tout d'abord, la saisine du juge *d'appui* peut reposer sur le critère de compétence générale des Conventions de Bruxelles et de Lugano, alors même que la procédure au fond est pendante ailleurs (*mesure d'appui conventionnelle*). Le demandeur peut par exemple introduire son action au fond au lieu de commission du délit et simultanément demander une mesure provisoire extraterritoriale au juge du domicile du défendeur comme ce fut le cas dans l'affaire *Crédit Suisse*⁴⁹⁷. Il en découle que les mesures provisoires et conservatoires, bien que visées spécifiquement par l'art. 24, peuvent être demandées au juge compétent en vertu des art. 2 et 5 à 18 pour statuer sur le fond, sans que cette dernière compétence soit subordonnée à d'autres conditions⁴⁹⁸, par exemple celle que la mesure ordonnée soit exécutoire sur le territoire de l'Etat du juge saisi ou celle que ce juge soit effectivement saisi au fond⁴⁹⁹. L'extraterritorialité de telles mesures peut notamment se justifier

⁴⁹⁴ Ainsi, seul le juge du lieu où la mesure doit être exécutée peut être saisi. Cf. HUET, obs.ad Cass. com., 10 mars 1992, JDI (119) 1993, p. 156-157; MUIR-WATT, *Extraterritorialité des mesures provisoires in personam*, RCDIP (86) 1998, p. 41; THERY, p. 491; VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale*, p. 429. Dans ce cas, l'urgence ne serait requise que si elle constitue une condition de mise en oeuvre du for national auquel il est renvoyé.

⁴⁹⁵ Cf. MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 111-118.

⁴⁹⁶ Cf. ALBRECHT, *Das EuGVÜ und der einstweilige Rechtsschutz*, p. 99-101, 132; GRUNDMANN, p. 140-144.

⁴⁹⁷ Cf. *supra*, Partie I, II C. 1. c).

⁴⁹⁸ *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 22.

⁴⁹⁹ Cette solution était préconisée depuis longtemps par la doctrine. Cf. DELAPORTE, p. 147; EILERS, p. 214; GAUDEMET-TALLON, n° 267; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 24, n° 2;

pour favoriser la protection judiciaire des droits du demandeur dans une situation où le défendeur, par l'introduction d'une action en constatation négative à un for réputé pour sa lenteur, bloque les droits du créancier selon l'art. 21 des Conventions sur la litispendance⁴⁹⁰. L'affaire *Credit Suisse*⁴⁹¹ s'inscrit dès lors parfaitement dans le système des mesures provisoires en force dans le marché intérieur⁴⁹².

194. Ensuite, le critère territorial lui-même peut être difficile à localiser et être susceptible de se concrétiser sur le territoire d'Etats différents. En effet, la localisation des biens ou des personnes visées par la mesure n'est pas toujours univoque selon le droit qui s'applique à la question⁴⁹³. Des juges d'Etats différents peuvent se considérer simultanément comme juge du lieu d'exécution de la mesure et l'adoption d'une mesure au lieu où se situe son objet peut avoir des effets hors du territoire. Que l'on songe à des mesures de sauvegarde relatives à l'exercice d'un droit de vote dans une société, à la détermination des droits de propriété sur des actions d'une société nationalisée, à un ordre de payer ou à une injonction de cesser un comportement dont les effets se déploient à l'étranger⁴⁹⁴.

195. Enfin, nier au juge d'appui le pouvoir de prendre une mesure qui doit se réaliser à l'étranger, c'est bafouer le principe de l'efficacité de la décision, auquel sont fortement attachées les Conventions de Bruxelles et de Lugano. En effet, une décision, parce qu'elle doit être exécutée à l'étranger, ne manque pas forcément en efficacité. Deux raisons motivent cette affirmation. Premièrement, la Convention de Bruxelles, lue en rapport avec l'art. 12 du Traité d'Amsterdam (qui a remplacé l'art. 6 du Traité de Rome révisé), place sur un pied d'égalité les décisions internes et étrangères. En

GOTHOT/HOLLEAUX, n° 202; HESS/VOLLKOMMER, p. 224; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 24, n° 6; MAYER, *Droit international privé*, n° 354; MUIR-WATT, note, RCDIP 1993, p. 48; SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, n° 425; VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale*, p. 417.

⁴⁹⁰ Cf. par exemple OLG Munich, 2 juin 1998, EWIR 1998, p. 977-978. Ce blocage ne peut pas être attaqué par l'argument de l'abus de droit (dans ce sens cependant, Mankowski, Peter, *ibid.*) mais bien par des mesures provisoires complémentaires extraterritoriales.

⁴⁹¹ Cf. *supra*, Partie 1, II. C. 1. c).

⁴⁹² *Contra*: MUIR-WATT, *Extraterritorialité des mesures conservatoires in personam*, p. 43 et SCHACK, *Entscheidungszuständigkeiten*, p. 954, qui ne veulent conférer cette compétence qu'au tribunal saisi au fond.

⁴⁹³ Cf., pour un essai de synthèse, GASSMANN, *Die Arrestzuständigkeit*, p. 90-96.

⁴⁹⁴ Cf. les exemples mentionnés par FALLON, *Le référé international*, p. 66.

rendant l'arrêt *Mund & Fester*⁴⁹⁵, la Cour de Justice a conclu à l'incompatibilité avec le droit communautaire du § 917 al. 2 de la ZPO allemande qui admet comme motif suffisant pour une saisie conservatoire le fait que le jugement devra être exécuté à l'étranger. Elle a estimé que cette disposition comportait une forme dissimulée de discrimination contraire à l'art. 6 du Traité de Rome non justifiée par des circonstances objectives, car elle conduit en réalité à discriminer le défendeur étranger par rapport au défendeur allemand, vu que la plupart des jugements qui devront être exécutés à l'étranger sont ceux où le défendeur est un ressortissant étranger. Or, dans le cadre du système de la Convention de Bruxelles et en relation avec les finalités inscrites dans le Traité d'Amsterdam, il n'existe plus aucune justification de présumer que l'exécution du jugement serait rendue impossible ou fondamentalement plus difficile par le seul fait qu'elle devrait avoir lieu dans un autre Etat contractant: les conditions d'exécution des décisions judiciaires et les risques y afférents doivent en effet être considérés les mêmes dans tous les Etats membres. Deuxièmement, le *forum loci executionis* n'a pas non plus sa place dans un système qui connaît des mesures judiciaires *in personam* accompagnées de moyens de contrainte indirecte: dans ce cas, les décisions visant un comportement au for et celles visant un comportement à l'étranger sont placées sur un pied d'égalité⁴⁹⁶. L'exemple de la *Mareva injunction* anglaise, sanctionnée par le *contempt of court*, le démontre: son exécution contre un débiteur domicilié en Angleterre n'est pas plus rapide, que les biens du débiteur soient en Angleterre ou dans un autre Etat signataire. De manière similaire, l'astreinte française ou des pays du Benelux permet également une exécution instantanée par la menace

⁴⁹⁵ CJCE, *Firma Mund und Fester c. Firma Hatrex International Transport*, 10 février 1994, aff. C-398/92, Rec. 1994, p. 467. Le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination sur la base de la nationalité a été appliqué à maintes reprises par la CJCE en connection avec les droits de procédure nationaux; cf. CJCE, *Hubbard c. Hamburger*, 1er juillet 1999, aff. C.-20/92, Rec. 1993, p. 3777 (§ 110 ZPO allemande prévoyant une *cautio judicatum solvi* pour un exécuteur testamentaire anglais jugé contraire à la libre prestation de services); *Case Data Delcta c. MSL Dynamics*, 26 septembre 1996, aff. C-43/95, Rec. 1996, p. 4661 (extension de la règle Hubbard aux personnes morales); *Stephen Austin Saldanha and MTS Securities Corporations c. Hiros Holding AG*, 2 octobre 1997, aff. C-122/96, Rec. 1997, p. 5325 (application de la règle Hubbard aux personnes ayant une double nationalité, d'un pays membre et d'un pays non-membre); *Horst Otto Bickel et Ulrich Franz*, 24 novembre 1998, aff. C-274/96, (non-publié) (régime linguistique applicable aux procédures pénales); *E.D. Srl c. Italo Fenocchio*, 12 juin 1999, aff. C-412/97, (non-publié) (refus de prononcer un *decreto ingiuntivo* italien contre un ressortissant italien résidant à Berlin confirmé par la CJCE). Cf. en général sur l'application de l'art. 12 du Traité d'Amsterdam aux règles de procédure civile nationale, EHRICKE, *Art. 12 I (ex 6 I) EG-Vertrag und das nationale Zivilprozessrecht*, p. 311-323.

⁴⁹⁶ Cf. notamment JAMETTI GREINER, *Grundsätzliche Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes*, p. 17-18.

de la condamnation à une pénalité judiciaire dirigée directement contre l'intimé. Dans les deux cas, l'éloignement du lieu où la mesure doit produire des effets ne condamne pas l'injonction à l'inefficacité et ne ralentit pas la mise en force de celle-ci⁴⁹⁷. Ainsi, l'injonction ne sera pas *brutum fulmen*, à tout le moins si le débiteur est domicilié dans l'Etat du for ou qu'il y possède des biens⁴⁹⁸. En outre, la libre circulation conférée aux astreintes liquidées par l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano conduit à se demander si le principe ne vaut pas non plus lorsque le défendeur est domicilié dans n'importe quel autre Etat contractant, et que l'injonction est ordonnée au lieu d'exécution du contrat ou au lieu de commission ou de résultat du délit, ouvrant ainsi la possibilité d'une libre circulation des moyens d'exécution également.

3. Les limites au caractère extraterritorial de la norme

a) Les restrictions apportées aux mesures d'anticipation (*Leistungsverfügungen*)

(1) L'arrêt *Van Uden*

196. L'arrêt rendu par le Cour de Justice le 17 novembre 1998⁴⁹⁹ l'a été près de trois ans après la réception de la question préjudicielle du *Hoge Raad* néerlandais. Pourtant, les faits étaient simples. Une entreprise néerlandaise établie à Rotterdam, *Van Uden*, avait mis à disposition d'une firme allemande, *Deco-Line*, un emplacement pour le chargement des navires moyennant paiement d'un fret. Certaines factures étant demeurées impayées, *Van Uden* engagea aux Pays-Bas la procédure d'arbitrage prévue par la clause compromissoire insérée dans le contrat. Parallèlement, estimant que *Deco-Line* tardait à désigner les arbitres, *Van Uden* demanda au juge des référés de Rotterdam (*kort geding*) le paiement des créances résultant du contrat. L'exception d'incompétence soulevée par le défendeur allemand (absence de domicile aux Pays-Bas) a été rejetée au motif que la mesure sollicitée en référé était une mesure provisoire au sens de l'art. 24 de la Convention de Bruxelles et que selon l'art. 1022 du Code civil néerlandais, une clause com-

⁴⁹⁷ Cf. KINSCH, p. 133; MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 118.

⁴⁹⁸ Indépendamment de l'efficacité de la décision à rendre, nous pensons que le juge ne doit pas renoncer à statuer sur un litige que la loi place dans sa compétence pour la seule raison que la décision qu'il sera amené à prendre ne sera peut-être pas reconnue à l'étranger, cf. en ce sens MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 139-140.

⁴⁹⁹ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091.

promissoire n'affectait pas le droit d'une partie à demander des mesures provisoires. Par conséquent, le juge des référés s'estima compétent en vertu de l'art. 126 al. 3 du Code de procédure civile néerlandais qui confère compétence au juge du domicile du demandeur. L'entreprise allemande a, de ce fait, été condamnée à payer la moitié environ de la somme réclamée. Cette ordonnance a cependant été annulée par le juge d'appel, au motif que la prétention n'avait pas de rattachement suffisant avec la sphère juridique néerlandaise. C'est ainsi que le *Hoge Raad*, saisi d'un pourvoi, a posé à la Cour de Justice une série de questions préjudicielles sur la Convention de Bruxelles, notamment celle de savoir si le référé-provision néerlandais (*kort geding*) était une mesure provisoire au sens de l'art. 24 et celle de savoir s'il fallait comprendre la référence que fait l'art. 24 aux mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat contractant en ce sens que le juge des référés est directement compétent lorsque les règles de compétence de son droit national en disposent ainsi, même s'il s'agit d'une compétence exorbitante au sens de l'art. 3 al. 2 de la Convention⁵⁰⁰, ou bien si sa compétence est soumise, dans ce dernier cas, à des conditions supplémentaires, par exemple, à la condition que l'ordonnance demandée au juge des référés sorte ou puisse sortir des effets dans l'Etat signataire concerné⁵⁰¹.

(2) L'enjeu

197. La première question soulevée par l'arrêt *Van Uden*, à savoir si le *kort geding* néerlandais est une mesure provisoire au sens de l'art. 24 de la Convention, s'inscrit dans la problématique plus large de la classification des mesures de condamnation ou d'anticipation (*Leistungsverfügungen*)⁵⁰² dans la catégories des mesures provisoires. Le prononcé aux fors désignés par l'art. 24 des Conventions de mesures autorisant l'exécution provisoire, com-

⁵⁰⁰ Ce qui était le cas ici, puisque le juge néerlandais fondait sa compétence sur l'art. 126 al. 3 du Code de procédure civile néerlandais lui donnant compétence en tant que juge du domicile du demandeur lorsque le défendeur n'a ni domicile, ni résidence connus aux Pays-Bas et qu'existent des rattachement minimaux à la sphère juridique néerlandaise.

⁵⁰¹ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 17, question 7.

⁵⁰² Pour le classement des mesures provisoires en Suisse, cf. BERTI, *Vorsorgliche Massnahmen*, p. 178-188, qui distingue, sous l'influence du droit allemand, les mesures conservatoires (*Sicherungsmassnahmen*), qui visent à maintenir en l'état l'objet du litige ou d'autres biens, afin d'assurer l'exécution ultérieure du droit invoqué dans le procès au fond, les mesures de réglementation (*Regelungsmassnahmen*), qui déterminent une situation juridique dans l'attente d'une décision définitive, et, précisément, les mesures de condamnation ou d'anticipation (*Leistungsmassnahmen*). Certains distinguent encore les mesures probatoires (*Beweismassnahmen*), qui sont destinées à réunir et à préserver les éléments de faits utiles à la recherche de la vérité.

plète ou partielle, de la prétention au fond avant l'entrée en force du jugement, sous la forme par exemple de la publication d'une rectification à la suite d'une atteinte à la personnalité, de la cessation immédiate d'une activité de concurrence prohibée ou du paiement d'une pension alimentaire ou, surtout, d'un somme d'argent à titre de paiement anticipé d'une dette, peut conduire au détournement des règles de compétences posées par les Conventions. Ces mesures présentent en effet la particularité de procurer au demandeur une satisfaction anticipée, totale ou partielle, de ses prétentions émises sur le fond. Dans une telle hypothèse, cette partie n'a souvent plus intérêt à poursuivre ou à introduire l'instance au fond, tandis que le défendeur devra assumer les aléas d'un procès en restitution au for ordinaire et ceux de l'exécution d'une décision favorable au fond.

198. La mesure d'anticipation la plus connue sur le continent est sans doute le référé-provision français⁵⁰³, qui permet au créancier d'obtenir le paiement anticipé d'une dette s'il démontre qu'elle n'est pas sérieusement contestable. Sous des vocables différents, des mesures similaires existent dans un certain nombre de pays de l'Union européenne, en application, parfois, de textes explicites⁵⁰⁴, sur la base, le plus souvent, d'une interprétation audacieuse de textes qui n'en disent pas tant⁵⁰⁵. Pour ne rien dire des procédures dans lesquelles l'*interim payment* ne peut être ordonné, comme au Royaume-Uni, que durant le cours de l'instance au fond et par le juge saisi de ce dernier⁵⁰⁶. Ces divers droits ont en commun de subordonner l'allocation d'une provision au caractère non sérieusement contestable de l'obligation invoquée ou, en droit néerlandais, à la justification de ce que la créance "*n'est pas ou pratiquement pas contestable*"⁵⁰⁷. La popularité de ces mesures, souvent prononcées indépendamment de toute urgence, et les problèmes qu'elles entraînent sont universellement constatés⁵⁰⁸. En Suisse, les mesures d'exécution anticipée provisoire de prestations en argent sont admises, semble-t-il, exclusivement en matière de paiement de pensions alimentaires, à défaut de contreve-

⁵⁰³ Art. 809 al. 2 CPCFr.

⁵⁰⁴ Cf. notamment les art. 728 et 729 CPC grec et l'art. 423 CPC italien, dans les procès du travail.

⁵⁰⁵ Cf. notamment les art. 940 ZPO allemand, art. 584 Code judiciaire belge, art. 289 CPC néerlandais (*kort geding*) et art. 700 CPC italien.

⁵⁰⁶ RSC Order 29, rule 10.

⁵⁰⁷ Conclusions de l'Avocat général Philippe Léger, 10 juin 1997, dans l'affaire *Van Uden*, n° 20, publiées dans Bull. ASA 1998, p. 166 et commentées par Scherer, Mathias C., *ibidem*, p. 60.

⁵⁰⁸ Cf. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen "*Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne*", JOCE n° C 33 du 31 janvier 1998, p. 20, n° 23.

nir au droit fédéral⁵⁰⁹. Pour les obligations de faire et de s'abstenir, on trouve quelques normes de droit fédéral - protection de la personnalité⁵¹⁰, propriété intellectuelle et concurrence déloyale⁵¹¹, prohibition de faire concurrence s'adressant au travailleur⁵¹², protection des raisons de commerce et du nom⁵¹³. Ces mesures portant directement atteinte aux droits privés en les restreignant ou en les supprimant provisoirement - souvent, en fait, définitivement - il est admis que seul le droit fédéral est légitimé à en fixer les conditions⁵¹⁴.

199. Jusqu'à présent, la doctrine n'a pas exclu *a priori* ce genre de mesure du champ d'application de l'art. 24 de la Convention⁵¹⁵, même si elle est ordonnée à un for exorbitant, par un juge incompétent au fond et qu'elle pré-juge la résolution définitive du litige. Notamment en ce qui concerne le référé-provision français, la doctrine est très partagée, les uns reconnaissant au référé-provision la qualité de mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'art. 24 des Conventions au motif que tout ordonnance de référé est une décision provisoire, celle par laquelle est accordée une provision n'échappant pas à cette règle⁵¹⁶, les autres lui niant la qualité de mesure

⁵⁰⁹ ATF 125 III 451.

⁵¹⁰ Art. 28c CC.

⁵¹¹ Art. 59 LPM, art. 28 LDMI, art. 77 ss LBI, art. 65 LDA, art. 14 LCD.

⁵¹² Art. 340b al. 3 CO.

⁵¹³ Art. 956 CO et art. 29 CC.

⁵¹⁴ L'ATF 125 III 451 semblent pourtant assouplir les conditions présidant au prononcé de telles mesures.

⁵¹⁵ Contre l'exclusion, cf. notamment BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 350; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 24, n° 20; GRONSTEDT, p. 295; HAUSMANN, p. 80; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 24, n° 5; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 24, n° 7; SCHMUTZ, p. 28.

Pour l'exclusion: cf. notamment COLLINS, *Provisional and Protective Measures*, p. 57; DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 1, n° 1595; EILERS, p. 206; HEISS, p. 48 et 98; SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, n° 425; SPELLENBERG/LEIBLE, p. 314; ZEILER, p. 639. Cf. aussi l'art. 22 de la Résolution adoptée par la 67^e Conférence de l'Association de droit international, tenue à Helsinki du 12 au 17 août 1996, sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international, qui refuse la qualification de mesures provisoires ou conservatoires aux procédures nationales qui permettent d'ordonner un paiement par provision.

⁵¹⁶ Cf. notamment TGI Nanterre, réf., 9 octobre 1978, RCDIP (68) 1979, p. 128, obs. Mezger, Ernst, JDI (116) 1980, p. 894, obs. Holleaux, Dominique; CA Paris, 27 novembre 1987, JDI (115) 1989, p. 96, obs. Huet, André; Chambéry, ch. civ., 2 mars 1992, Gaz. Pal. 1992, II, p. 511, note Moure, J., JDI (120) 1994, p. 173-174, obs. Huet, André; CA Paris, 25 avril 1997, RCDIP 88 (1999), p. 352 (cependant cassé par Cass. civ. (1^{ère} Ch. civ.), 13 avril 1999, obs. Normand, Jacques. En doctrine, cf. notamment GOTHOT/HOLLEAUX, n° 204; KESSEDJIAN, *Mesures provisoires et conservatoires*, JDI (123), p. 107; VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires*, p. 412-414.

provisoire ou conservatoire au double motif d'une part que le juge des référés ne peut accorder la provision que dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ce qui implique une appréciation du fond du litige, et d'autre part que la provision peut être d'un montant égal à la totalité de la créance invoquée, de sorte que la procédure du référé-provision met en fait, sinon en droit, un terme définitif au litige⁵¹⁷.

(3) Les conditions de la garantie de restitution et de la territorialité de l'exécution

200. La Cour de Justice reconnaît le bien-fondé de l'argument qui consiste à dire que *"ordonner un paiement à titre de provision est, de par sa nature, susceptible de se substituer à la décision du juge du fond"*⁵¹⁸ et qu'il y a donc un risque de voir les règles de compétence de la Convention contournées. Aussi, pose-t-elle le principe que le *"paiement à titre de provision d'une contre-prestation contractuelle ne constitue pas une mesure provisoire"*⁵¹⁹ au sens de l'art. 24. Mais elle ajoute aussitôt une importante exception⁵²⁰: cette mesure entrera dans le champ d'application de l'art. 24 si deux conditions

⁵¹⁷ Cf. notamment Cass. civ. 1ère, 14 mars 1984, RCDIP 73 (1984), p. 655; Rennes, 1ère ch. B, 4 novembre 1992, JCP 1993, IV, p. 1519, Gaz. Pal. 1993, II, p. 525, obs. Mourre, JDI (120) 1994, p. 173-174, obs. Huet, André. En doctrine, cf. notamment DELAPORTE, p. 153-154; GAUDEMET-TALLON, p. 195; HUET, JDI (115) 1989, p. 96, obs. sous CA Paris, 17 novembre 1987, et les abondantes références; KNOEPFLER, p. 315; THERY, p. 487.

⁵¹⁸ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 46.

⁵¹⁹ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 47. Ce principe est en harmonie avec l'art. 22 de la Résolution adoptée par 67e Conférence de l'Association de droit sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international, stipulant que *"les procédures nationales qui permettent d'ordonner un paiement par provision (paiement effectué au bénéfice du demandeur qui ne peut être ensuite révisé au moment du jugement définitif sur le fond) ne peuvent être qualifiées de mesures provisoires ou conservatoires dans le contentieux privé international."*

⁵²⁰ Sans doute en raison de la définition donnée antérieurement par la CJCE aux mesures provisoires. Dans l'arrêt *Antonissen c. Conseil et Commission*, 29 janvier 1997, aff. C-393/96, Rec. 1997, p. 441, la CJCE a estimé que le référé-provision pouvait entrer au nombre des mesures provisoires au sens de l'art. 186 du Traité CE, en précisant que le juge des référés pouvait toujours assortir l'octroi de cette mesure de *"toute condition ou garantie qu'il jugerait nécessaire"* (n° 42). Ensuite, interrogée sur la notion de mesure provisoire au sens de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce figurant à l'annexe I C de l'accord instituant l'OMC (accord ADPIC ou TRIPS), la CJCE a précisément qualifié de mesure provisoire au sens de l'art. 50 de l'accord ADPIC une mesure de référé d'un juge néerlandais ordonnant la cessation de toute acte de violation des certains droits de marque et d'auteur, alors même que les parties acceptent très souvent la décision prononcée comme solution définitive à leur différend; cf. CJCE, *Hermès International c. FHT Marketing Choice*, 16 juin 1998, aff. C-53/96, Rec. 1998, p. 3603.

sont réunies. D'une part, le remboursement au défendeur de la somme allouée⁵²¹ doit être "garanti" dans l'hypothèse où le demandeur n'obtient pas gain de cause au fond de l'affaire⁵²²; d'autre part, la mesure ne peut porter que "sur les avoirs déterminés du défendeur se situant, ou devant se situer, dans la sphère de la compétence territorial du juge saisi"⁵²³.

201. La première condition, celle de la garantie de restitution, se comprend facilement. La seule existence d'une prétention en réparation du dommage ou fondée sur l'enrichissement illégitime ne suffira pas⁵²⁴; en revanche, si par exemple, la somme que doit payer le défendeur en vertu de l'ordonnance de référé est consignée ou des sûretés sont fournies⁵²⁵, ce défendeur est certain de la récupérer s'il triomphe devant le juge de fond et le caractère provisoire du référé est alors évident⁵²⁶. La Convention de Bruxelles intervient ainsi comme facteur d'harmonisation des mesures provisoires dans le marché intérieur, en exigeant que celles-ci, pour être extraterritoriales, soient accompagnées de garanties de restitution⁵²⁷. La question se pose encore de savoir si une telle exigence de garantie, imposée pour les mesures d'exécution anticipée, vaut également pour les autres mesures. Tel devrait, à notre avis, être le cas à chaque fois qu'une mesure provisoire est de nature à causer un dommage irréparable. Cette affirmation est d'ailleurs soutenu par le texte de l'arrêt *Van Uden*, puisque la CJCE énonce clairement qu' "il incombe à la juridiction qui ordonne des mesures sur le fondement de l'art. 24 de prendre

⁵²¹ Nous ajoutons ici encore le dommage, qui peut être de beaucoup supérieur, selon les circonstances, à la somme allouée. En ce sens, cf. ATF 125 III 451.

⁵²² CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 47. Cette condition est également prévue à l'art. 7 de la Résolution adoptée par la 67e Conférence de l'Association de droit international sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international.

⁵²³ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 47, confirmé par CJCE, *Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, 27 avril 1999, aff. C-99/96, Rec. 1999, p. 2277, n° 42.

⁵²⁴ Cf. notamment STADLER, *Erläss und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen*, p. 1097.

⁵²⁵ Comme par exemple dans l'arrêt 125 III 451.

⁵²⁶ Cf. HESS/VOLLMKOMMER, p. 221; GAUDEMET-TALLON, obs. ad *Van Uden*, Rev. arb. 1999, p. 162; STADLER, *Erläss und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen*, p. 1097.

⁵²⁷ Cf. HESS/VOLLMKOMMER, p. 221.

en considération la nécessité d'imposer des conditions ou modalités destinées à garantir le caractère provisoire ou conservatoire de celles-ci"⁵²⁸.

202. Par la seconde condition, celle de la territorialité de l'exécution, la CJCE, en stipulant que les avoirs "*déterminés du défendeur*" (ce qui implique un certain degré de certitude) peuvent ne pas se situer actuellement, mais "*peuvent devoir*" se situer dans l'avenir dans la sphère considérée, fait preuve d'un certain esprit d'ouverture. La tournure donne à penser que la provision ne pourra être recouvrée que sur les avoirs en question, qui doivent être expressément désignés par l'ordonnance en accordant le bénéfice, et qui doivent justement être situés ou devoir se situer sur le territoire de l'Etat du for. Cette formulation signifierait que la vraisemblance de la présence de biens sur le territoire du juge saisi serait suffisant⁵²⁹. En revanche, la limitation apportée par l'arrêt *Van Uden* signifierait que la présence de biens négligeables (*umbrella rule*) situés dans la sphère de compétence territoriale du juge saisi ne serait pas suffisante pour justifier une telle mesure, et, inversement, qu'une telle mesure devrait se limiter quant à son montant aux biens situés dans cette sphère de compétence⁵³⁰. Avec cette conséquence, en particulier, qu'en cas d'insuffisance ou d'inexistence des biens concernés, la mesure ne pourrait être recouvrée ailleurs, en tout cas pas dans un pays étranger⁵³¹. Cette conclusion prohiberait ainsi le prononcé d'une mesure générale, portant sur l'ensemble des avoirs du défendeur et restreindrait de manière absolue la libre circulation, et par conséquent le caractère extra-territorial, des mesures d'anticipation⁵³². L'arrêt *Van Uden* n'exprime pas expressément cette conclusion; en revanche, l'arrêt rendu ultérieurement par la CJCE dans l'affaire *Mietz*⁵³³ est plus explicite puisqu'il prévoit que le non-respect par le juge d'appui des conditions de matérialité et de territorialité

⁵²⁸ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 41.

⁵²⁹ Cf. STADLER, *Erlass und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen*, p. 1094. Les fors au lieu de situation du patrimoine (art. 23 ZPO allemande) et au lieu de séquestre (art. 271 al. 1 ch. 4 LP), cf. *supra*, Partie 1, II. A. 2. b) (1), seraient dès lors *a priori* admissibles.

⁵³⁰ Cf. STADLER, *Erlass und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen*, p. 1094. Ceci impliquerait des restrictions conséquentes aux fors au lieu de situation du patrimoine (art. 23 ZPO allemande) et au lieu de séquestre (art. 271 al. 1 ch. 4 LP), cf. *supra*, Partie 1, II. A. 2. b) (1).

⁵³¹ Cf. NORMAND, obs. ad *Van Uden*, RCDIP 88 (1999), p. 365; STADLER, *Erlass und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen*, p. 1098.

⁵³² Cf. STADLER, *Erlass und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen*, p. 1098.

⁵³³ CJCE, *Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, 27 avril 1999, aff. C-99/96, Rec. 1999, p. 2277.

requis par l'arrêt *Van Uden* signifie que la mesure ordonnée - en l'occurrence un paiement par provision inconditionnel - n'est pas une mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'art. 24, de sorte qu'elle n'est pas susceptible de faire l'objet d'un exequatur en vertu du Titre III des Conventions⁵³⁴. Ici aussi, la CJCE intervient comme moteur d'harmonisation en introduisant indirectement, dans le domaine du référé-provision international à tout le moins, une condition d'urgence⁵³⁵. En effet, si l'on reconnaissait le caractère de mesure provisoire au sens de l'art. 24 à une ordonnance de référé qui pourrait s'exécuter sur des biens situés dans un autre Etat, cela expliquerait qu'il n'y a pas urgence et que le créancier peut prendre le temps d'intenter une procédure d'exequatur dans cet autre Etat.

203. On rappellera enfin que ces deux conditions ne valent que pour les mesures d'anticipation prises à un for autonome, et non pas pour les mesures prises à un for conventionnel. En effet, si la juridiction qui ordonne des mesures provisoires est également compétente pour connaître du fond de l'affaire en vertu des art. 2 et 5 à 18 de la Convention, elle peut ordonner les mesures en question sans avoir recours à l'art. 24 de la Convention et sans que ces mesures ne soient subordonnées à d'autres conditions que celles prévues par le droit national⁵³⁶.

b) Le lien de rattachement réel

(1) L'enjeu

204. La seconde question soulevée par l'arrêt *Van Uden* ne vise en fait que les limites apportés à la compétence extraterritoriale du juge d'appui *auto-*

⁵³⁴ CJCE, *Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, 27 avril 1999, aff. C-99/96, Rec. 1999, p. 2277, n° 54-55. L'art. 28 al. 3 des Conventions n'empêche pas une telle conclusion, vu que ce n'est pas la compétence du juge qui a rendu la décision qui est examinée, mais la question de savoir si le contenu de la mesure est couvert par l'art. 24.

⁵³⁵ Cette condition d'urgence pour les mesures d'anticipation a également été reprise par le Tribunal fédéral dans ATF 125 III 451, 457 où il a estimé qu'une mesure ordonnant l'exécution provisoire d'un contrat de distribution pouvait être prononcée par un juge suisse, alors même que le for prorogé était en Angleterre. En effet, selon l'instance inférieure, approuvée par la Cour fédérale, le juge anglais n'aurait pas été en mesure de délivrer à temps une mesure similaire.

⁵³⁶ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 19 et 22, confirmé par CJCE *Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, 27 avril 1999, aff. C-99/96, Rec. 1999, p. 2277, n° 40-41. Cf. aussi l'art. 8 de la Résolution adoptée par la 67^e Conférence de l'Association de droit international sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international qui ne réclame pas nécessairement la fourniture de sûretés.

nome. Si le juge d'appui se déclare compétent en vertu d'un *for conventionnel*, même s'il n'est pas compétent au fond, sa compétence extraterritoriale sera exclusivement déterminée par les critères s'appliquant à ces fors⁵³⁷. En l'occurrence, il convient de préciser qu'étant donné que les parties avaient valablement soustrait le litige résultant de leur contrat à la compétence des juridictions étatiques pour l'attribuer à une juridiction arbitrale, il n'existait pas, au sens de la Convention, de juridiction étatique compétente au fond du litige. Il s'ensuit que la demanderesse n'avait pas la possibilité de demander des mesures provisoires ou conservatoires devant une juridiction étatique compétente au fond en vertu de la Convention, *in casu* sur la base de l'art. 5 ch. 1. Elle ne pouvait requérir des mesures provisoires ou conservatoires qu'en vertu de l'art. 24⁵³⁸.

(2) La règle

205. L'arrêt ne traite pas des mesures d'appui *conventionnelles*, mais seulement des mesures d'appui *autonomes*. La Cour écarte d'un mot l'obstacle du *for exorbitant*: comme en font foi les termes mêmes de l'art. 3 de la Convention, les dispositions en cause visent uniquement la compétence au fond énoncées aux sections 2 à 6 du Titre III, c'est-à-dire aux art. 5 à 18 de la Convention. Il s'ensuit que l'interdiction prescrite à l'art. 3 d'invoquer des règles de compétence exorbitantes ne s'applique pas au régime spécial prévu par l'art. 24⁵³⁹. Ce n'est pas pour autant qu'il soit laissé libre cours à leurs dispositions et que le domicile du demandeur⁵⁴⁰ ou sa nationalité⁵⁴¹ doivent être reconnus en tant que tels source de compétence au provisoire. S'appuyant sur l'affirmation, dans l'arrêt *Denilauler*⁵⁴², que "*c'est certainement le juge du lieu ou en tout cas de l'Etat contractant où sont situés les avoirs qui feront l'objet des mesures sollicitées qui est le mieux à même d'apprécier les circonstances qui peuvent amener à octroyer ou à refuser les mesures sollicitées ou à prescrire des modalités et des conditions que le re-*

⁵³⁷ Cf. *supra*, Partie I, II. C. 2. c).

⁵³⁸ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 24-25.

⁵³⁹ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 42.

⁵⁴⁰ Cf., par exemple, art. 638 Code judiciaire belge ou art. 126 al. 3 CPC néerlandais, sur lequel le juge s'était fondé dans l'affaire *Van Uden*.

⁵⁴¹ Cf., par exemple, art. 14 CCFr.

⁵⁴² CJCE, *Denilauler c. S.N.S Couchet Frères*, 21 mai 1980, aff. 125/79, Rec. 1980, p. 1553. Il s'agit en fait d'un *obiter dictum*.

quéant devra respecter afin de garantir le caractère provisoire et conservatoire des mesures autorisées", la Cour a subordonné l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires prononcées selon l'art. 24, notamment à la condition de l'existence d'un *lien de rattachement réel* entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi⁵⁴³.

(3) Les incertitudes

206. Sur la question de la compétence juridictionnelle, la jurisprudence *Van Uden* n'est en fait pas innovante. L'exigence du *lien de rattachement réel* entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'Etat contractant dont le juge est saisi ne fait que reprendre la règle générale de droit international général applicable en matière de compétence normative extraterritoriale, à savoir le critère du *raisonnable*⁵⁴⁴. Ainsi, tout comme les mesures provisoires prononcées par le juge du fond ou par le juge d'appui *conventionnel*, les mesures provisoires prononcées par le juge d'appui *autonome* ne peuvent avoir une portée extraterritoriale que s'il existe entre l'objet de la mesure et le for un rattachement suffisant ou raisonnable ou "*réel*". Le dénominateur commun est dès lors l'intensité du rattachement de l'objet de la mesure avec le for, indépendamment de la nature de la mesure - personnelle ou réelle - et de la qualité du juge - du fond ou d'appui - qui la prononce. Or, lorsque le juge - du fond ou d'appui - est saisi en vertu d'un chef de compétence *conventionnel*, il reste également compétent pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, sans que cette dernière compétence soit subordonnée à d'autres conditions⁵⁴⁵. En réalité, la condition du rattachement suffisant ou réel est déjà implicitement contenue dans le chef de compétence prévu par les Conventions, ce qui lui a précisément permis d'être élevé au rang de critère conventionnel. Il n'est dans ce cas pas nécessaire de répéter à haute voix une condition déjà réalisée. On comprend en revanche que lorsque la compétence se fonde sur un chef de compétence *autonome*, par le simple renvoi de l'art. 24, l'on veuille aussi respecter ce même standard énoncé par le droit international général. C'est ce qu'a fait la Cour de Justice dans l'arrêt *Van Uden*.

⁵⁴³ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 40, confirmé par CJCE, *Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, 27 avril 1999, aff. C-99/96, Rec. 1999, p. 2277.

⁵⁴⁴ Cf. *supra*, Partie 1, I. C. 2. b).

⁵⁴⁵ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 22.

207. Cependant, ce que n'a pas fait la Cour de Justice, c'est donner des contours plus précis à ce *lien de rattachement réel*. En matière de mesures visant l'exécution d'une obligation pécuniaire - le plus souvent une mesure *in rem* -, il serait envisageable d'appliquer les critères utilisés par le Tribunal fédéral pour déterminer le lien suffisant selon l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP⁵⁴⁶. Il est certain que la compétence au lieu d'exécution de la mesure remplit la condition du lien de rattachement réel⁵⁴⁷. Ainsi tous les fors autonomes qui ont déjà un lien avec l'exécution forcée de la mesure selon le droit national sont admissibles en vertu de l'art. 24 de la Convention. C'est même la règle impérative que la CJCE a dégagée sous forme de *lex specialis* pour le paiement à titre de provision d'une contre-prestation contractuelle, en ce sens que la mesure ne peut porter que "*sur des avoirs déterminés du défendeur se situant, ou devant situer, dans la sphère de la compétence territoriale du juge saisi*"⁵⁴⁸. Ainsi, la mesure d'appui portant sur le paiement d'une somme d'argent prise au titre de la seule présence de biens⁵⁴⁹ ne peut pas avoir d'effets extraterritoriaux, tout comme la même mesure prise au même titre par le juge du fond. Aucun lien n'existe entre le chef de compétence - la présence des biens - et la mesure prise - la saisie de biens à l'étranger.

208. En revanche, pour toutes les mesures visant l'exécution d'une obligation non pécuniaire - le plus souvent une mesure *in personam* -, y compris les mesures d'abstention et les mesures d'anticipation ne portant pas sur des biens déterminés, le critère générique du lien de rattachement peut être réalisé par d'autres circonstances de rattachement que celui de la présence de l'objet dans la circonscription du juge saisi. Le critère du lieu de l'exécution forcée de la mesure n'est alors plus forcément le seul élément permettant d'établir un rattachement réel, même s'il est le plus aisé étant donné qu'il contribue à accélérer et simplifier la procédure⁵⁵⁰. En pratique, ce n'est

⁵⁴⁶ Cf. en dernier lieu, MAZZAN, *Neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtes in Arrestsachen*, p. 40-43.

⁵⁴⁷ Cf. notamment HESS/VOLKOMMER, p. 223, note 49 et STADLER, *Erläss und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen*, p. 1093.

⁵⁴⁸ Cf. *supra*, Partie 1, II, C. 2 a) (3) et CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 47. Dans l'arrêt *Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, 27 avril 1999, aff. C-99/96, Rec. 1999, p. 2277, n° 53-54, la CJCE a en outre précisé que les critères posés pour les mesures d'anticipation ne valent que pour les mesures prises aux fors autonomes.

⁵⁴⁹ qui est précisément un for exorbitant exclu par l'art. 3 al. 2 des Conventions.

⁵⁵⁰ Cf. notamment MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 179 et VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale*, p. 424.

d'ailleurs que *volens nolens* que le demandeur s'adressera à un juge qui n'est pas celui de l'Etat sur le territoire duquel la mesure doit être exécutée, notamment parce que la mesure disponible au lieu d'exécution n'est pas suffisamment efficace ou parce que le droit national du lieu d'exécution n'offre tout simplement pas de for pour requérir des mesures provisoires. Par exemple, le juge au principal peut prononcer une mesure extraterritoriale s'il est saisi en vertu d'une compétence générale des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Cette liberté s'applique aussi au juge *d'appel*⁵⁵¹. Ainsi, une mesure provisoire prononcée au domicile du débiteur peut, à nos yeux, également porter sur des biens situés à l'étranger. Cette compétence se justifie particulièrement dans le cas des mesures *in personam*. Il n'est pas plausible que la CJCE ait voulu limiter ce type de mesures aux biens qui sont effectivement situés dans la juridiction du juge saisi; la notion de lien de rattachement réel ne doit pas s'entendre de manière formelle, en ce sens que l'objet sur lequel porte la mesure doit être situé sur le territoire dont dépend le juge saisi. C'est bien plutôt la possibilité d'intervenir de manière effective, par la saisie du bien ou par la possibilité d'infliger une sanction à la personne qui maîtrise le bien, qui doit déterminer le rattachement réel du lien⁵⁵². Cette possibilité sera réalisée lorsque le débiteur est domicilié - non pas s'il n'y séjourne qu'occasionnellement - dans l'Etat du juge saisi et que la mesure prononcée est personnelle et non réelle. La définition du rattachement réel donnée par l'arrêt *Van Uden* semble cependant être plus large que celle valable pour les sections 2 à 6 du Titre II des Conventions. En effet, la Cour n'exclut pas *a priori* que le domicile du demandeur aux Pays-Bas puisse constituer un rattachement réel. Cette affirmation est cependant trompeuse; en réalité, le problème est occulté par le fait que l'existence de la clause compromissoire contraint la Cour à qualifier la compétence du juge néerlandais selon le droit national néerlandais par le renvoi de l'art. 24 de la Convention, alors qu'en réalité il s'agit du juge au lieu d'exécution du contrat. Or, le juge du lieu d'exécution d'un contrat dispose d'un certain pouvoir de prononcer une injonction extraterritoriale⁵⁵³. Le critère déterminant n'est ainsi ni la nature de la mesure, ni la qualité du juge qui la prononce, mais seul le lien qui rattache la mesure au for.

⁵⁵¹ Cette liberté a été utilisée à juste titre par la *Court of Appeal* anglaise dans l'affaire *Crédit Suisse Fides Trust SA v. Cuoghi*, [1997] 3 WLR 871 (CA), *supra*, Partie 1, II. C. 1. c).

⁵⁵² Cf. *supra*, Partie 1, II. C. 2. c) et STADLER, *Erläss und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen*, p. 1094.

⁵⁵³ Cf. *supra*, Partie 1, II. 2. b) (2).

209. Cette interprétation fondée uniquement sur la qualité du lien de la mesure avec le for, abstraction faite de la qualité en vertu de laquelle intervient le juge, a l'avantage de conserver sa pleine portée à l'art. 24. Lorsque la mesure est prononcée à un for conventionnel *général*, il est justifié alors de pouvoir lui conférer un effet extraterritorial. Au contraire, lorsque la mesure est prise à un for désigné par le droit national autonome, par exemple parce que les mesures prises par les autorités saisies au fond ne peuvent pas être reconnues, qu'elles ne peuvent pas être ordonnées ou exécutées à temps, ou encore que la protection provisoire qui serait accordée par les autorités normalement compétentes est insuffisante⁵⁵⁴, l'extraterritorialité ne devra être admise que si la mesure remplit les conditions du lien de rattachement suffisant ou, maintenant, réel. Enfin, lorsqu'elle est prise à un for conventionnel *spécial*, il alors sera justifié de lui conférer un effet extraterritorial uniquement dans les limites inhérentes à chacun de ces fors, examinées plus haut⁵⁵⁵. En ce sens, notre proposition va plus loin que celle de l'*International Law Association*, dont la Résolution concernant les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international, adoptée lors de sa 67^e Conférence en 1996, limite de manière générale la compétence du juge *d'appui* aux seuls biens localisés sur son territoire⁵⁵⁶. Une mesure portant sur des objets ou des personnes domiciliées dans la circonscription du juge saisi sera très certainement adoptée en conformité avec l'art. 24 des Conventions. Cependant, cette condition de l'exécutabilité de la mesure dans la circonscription du juge saisi, si elle semble suffisante, n'est pas forcément nécessaire: l'arrêt *Mietz* a confirmé le droit de requérir l'exequatur à l'étranger des mesures provisoires, phénomène très largement répandu en matière de mesures *in personam*. Le lien réel ne se résume donc pas exclusivement dans la possibilité de l'exécution nationale.

c) Les travaux de révision de la Convention de Bruxelles

210. Les principes dégagés dans les arrêts *Van Uden* et *Mietz* reflètent les réflexions faites dans le cadre des travaux de révision de la Convention de Bruxelles.

211. Tout d'abord, l'art. 18bis de la Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et

⁵⁵⁴ Cf. notamment MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 118.

⁵⁵⁵ Cf. *supra*, Partie 1, II. B. 2.

⁵⁵⁶ Art. 17 de la Résolution.

l'exécution dans les Etats membres de l'Union européenne, des décisions en matière civile ou commerciale du 31 janvier 1998⁵⁵⁷ indique en effet le lieu d'exécution comme le critère jouant le rôle prédominant dans la détermination du lien suffisant⁵⁵⁸. Cette proposition appelle deux commentaires en rapport avec le problème de l'extraterritorialité et la jurisprudence *Van Uden*. Premièrement, de par son emplacement, l'art. 18bis exclut l'application des fors exorbitants nationaux aux procédures de mesures provisoires. En effet, l'art. 3 de la Proposition dispose que les personnes ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'un Etat contractant ne peuvent être attirées devant les tribunaux d'un autre Etat contractant qu'en vertu des règles énoncées aux sections 2 à 6bis du Titre II. Or, l'art. 18bis forme précisément à lui seul la section 6bis du Titre II de la Convention. En cela, il modifie la systématique actuelle en limitant considérablement les fors permettant de prononcer des mesures provisoires d'appui. Deuxièmement, cette disposition présente la particularité de ne pas tenir compte du lieu où la mesure produira ses effets, mais de désigner le lieu d'exécution comme critère jouant le rôle prédominant dans la détermination du lien suffisant. Il convient cependant de remarquer que la localisation du lieu d'exécution n'est pas toujours aisée, notamment dans le cas de la contrainte indirecte. L'exécution de cette dernière a-t-elle lieu à l'endroit où l'astreinte ou le *contempt of court* sont prononcés, en l'occurrence au lieu où se trouve le destinataire de la mesure, ou à l'endroit où l'acte ou l'abstention a ou devrait avoir lieu ? Dans le premier cas, on peut cependant déjà affirmer que les pays qui connaissent des moyens de contrainte indirecte développés (France, Benelux, Angleterre et, dans une moindre mesure, l'Allemagne)⁵⁵⁹ ont un potentiel d'extraterritorialité plus important que ceux qui, comme la Suisse, sont plus timides en ce domaine. Dans le second cas, en revanche, l'art. 43 des Conventions - non modifié dans le projet de révision -, qui prévoit que les astreintes liquidées peuvent faire l'objet de reconnaissance et d'exécution à l'étranger, perdrait tout son sens.

212. Ensuite, la Proposition de règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière ci-

⁵⁵⁷ JOCE n° C 33 du 31 janvier 1998, p. 20.

⁵⁵⁸ L'art. 18bis ch. 1 dispose que "Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat contractant, si elles doivent être exécutées sur son territoire, quel que soit le lieu où se produisent leurs effets, peuvent être demandées dans cet Etat, même si, en vertu de la présente convention, la juridiction d'un autre Etat contractant est compétente pour connaître du fond."

⁵⁵⁹ Cf. *infra*, Partie 2, les développements de droit comparé concernant les moyens de contrainte indirecte.

vile et commerciale du 14 juillet 1999⁵⁶⁰ renonce quant à elle à modifier l'art. 24 actuel, estimant que la CJCE a déjà intégré dans les arrêts *Van Uden* et *Mietz* les principales critiques adressées par la doctrine à l'égard de l'art. 24⁵⁶¹.

213. Les restrictions apportées par l'arrêt *Van Uden*, en particulier aux mesures d'anticipation, sont également prévues à l'art. 12 du Règlement du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs⁵⁶², qui limite expressément les mesures provisoires, y compris les mesures de sûretés, aux personnes et aux biens situés sur le territoire du juge saisi⁵⁶³.

214. Enfin, l'art. 13 al. 1 de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale du 30 octobre 1999 rappelle tout d'abord le principe selon lequel le tribunal compétent pour connaître du fond du litige en vertu des règles de compétence de la convention est compétent pour prononcer toute mesure provisoire ou conservatoire. En outre, les tribunaux de l'Etat de la situation des biens sont compétents pour prononcer toute mesure provisoire ou conservatoire limitée à ces biens (art. 13 al. 2). Enfin, le projet prévoit encore que le tribunal d'un Etat qui n'est pas compétent au fond ou qui veut prononcer une mesure n'affectant pas les biens, mais dont l'effet se produit sur une personne, peut prononcer des mesures provisoires ou conservatoires d'une part si leur exécution est limitée au territoire de cet Etat, et d'autre part si elles sont destinées à la protection temporaire d'une action au fond déjà pendante ou à former par le requérant (art. 13 al. 3).

⁵⁶⁰ COM (1999) 348 final - CNS 99/0154, JOCE n° C 376 E du 28 décembre 1999, p. 1-17.

⁵⁶¹ Cf. la déclaration faite par KOHLER lors de la *Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht* en avril 1999, rapportée par STADLER, *Erläss und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen*, p. 1098.

⁵⁶² Règlement (CE) n° 1347/2000, cf. JOCE L 160 du 30 juin 2000 p. 19, appelé généralement Règlement Bruxelles II, étant donné qu'il remplace le projet de Convention du 28 mai 1998 étendant à la matière matrimoniale le système de compétence et de reconnaissance des décisions prévu par la Convention de Bruxelles, établi sur la base de l'art. K.3 du Traité sur l'Union européenne, cf. JOCE, n° C 221/01 du 16 juillet 1998.

⁵⁶³ Le rapport explicatif au projet de Convention de Bruxelles II, établi par Mme ALEGRIA BORRAS, JOCE 1998, 221/03, p. 47, mentionne expressément que les Etats signataires renoncent à prononcer des mesures provisoires "extraterritoriales."

III. DOMAINES D'APPLICATION DES INJONCTIONS EXTRATERRITORIALES NON PECUNIAIRES EN DROIT PRIVE

215. La section précédente a privilégié une approche *formelle* de l'injonction extraterritoriale, partant des fors établis par les Conventions de Bruxelles et de Lugano et les analysant ensuite au regard des principes de droit international régissant l'exercice du pouvoir normatif de l'Etat en matière de droit privé. Cette section, au contraire, privilégie une approche *matérielle*, partant des biens juridiques que les injonctions non pécuniaires visent à protéger pour remonter ensuite à la compétence juridictionnelle, extraterritoriale le cas échéant, que leur protection peut justifier. Les biens juridiques que les injonctions non pécuniaires protègent sont en principe les droits *absolus*, soit protégés par le droit *matériel*, soit protégés par le droit de *procédure*. Ainsi, nous examinerons d'abord la protection extraterritoriale des droits de la *propriété intellectuelle* (A), parmi lesquels la protection des brevets est sans doute celle qui a connu le développement le plus fulgurant en Europe; ensuite, nous examinerons les problèmes spécifiques posés par la protection extraterritoriale des droits de *l'environnement*, de la *concurrence* et de la *personnalité* (B). C'est enfin à la protection de certains *droits procéduraux* que nous consacrerons la dernière section (C).

A. La protection extraterritoriale des droits de la propriété intellectuelle

216. La protection des droits de la propriété intellectuelle est gouvernée par le principe de la *territorialité*. Nonobstant, les injonctions extraterritoriales se sont fortement développées ces dix dernières années en cette matière. Ce phénomène a sans aucun doute été favorisé par l'impulsion donnée par le Président du Tribunal de grande instance de La Haye aux "*cross-border injunctions*" en matière de protection de brevets d'invention étrangers (1). Il est cependant aisé de distinguer dans les règles de compétences mêmes des Conventions de Bruxelles et de Lugano des limites inhérentes à cette compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon, à tout le moins dans celles fondées sur les art. 5 ch. 3 et 6 ch. 1 (2). Enfin, la mise en oeuvre de moyens procéduraux - action constatatoire négative et invocation de la nullité du brevet à titre principal ou préjudiciel - permet également de faire de la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon une lettre morte, y compris lorsqu'il s'agit du juge du domicile ou du siège du défendeur (3).

1. L'avènement de la compétence extraterritoriale en matière de protection des brevets d'invention étrangers

a) Le principe de la territorialité en matière de droit de la propriété intellectuelle

217. Le droit de la propriété intellectuelle est gouverné par le principe de la *territorialité*⁶⁶⁴. En vertu de ce principe, la protection conférée à un bien immatériel ne déploie d'effet que sur le territoire du pays qui l'a concédé ou reconnu. Dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano, ce principe est mis en oeuvre par l'art. 16 ch. 4 qui réserve, s'agissant des litiges concernant l'inscription ou la validité des droits de propriété intellectuelle, la compétence exclusive des juridictions de l'Etat contractant sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé ou effectué⁶⁶⁵. Cependant, les actions en contrefaçon d'un droit de la propriété intellectuelle, à l'instar de toutes les actions délictuelles, peuvent être portées devant une juridiction d'un Etat autre que l'Etat sur le territoire duquel le droit exclusif déploie ses effets, notamment au lieu du domicile du défendeur ou au lieu de résultat ou de commission de la contrefaçon.

218. En matière de propriété intellectuelle, il n'est pas contesté que la juridiction saisie d'une action en violation d'un droit étranger doit appliquer le droit de l'Etat pour lequel la protection est revendiquée⁶⁶⁶. En vertu du principe de la territorialité, c'est cette loi qui détermine les conditions de protection du bien immatériel, en l'espèce de l'invention qui aurait été contrefaite ou imitée. Il en résulte que si des actes de contrefaçon se rapportent à une pluralité de brevets étrangers, le juge devra appliquer non pas une loi unique, mais un ensemble de lois, de telle sorte que même si la procédure est concentrée en un seul endroit, celle-ci va néanmoins se fractionner en autant d'actions qu'il y a de pays pour lesquels la protection est demandée. Ce même principe vaut lorsque la contrefaçon porte sur un brevet européen. S'il est vrai que le brevet européen, qui peut être annoncé pour tous ou certains

⁶⁶⁴ Réflété notamment à l'art. 5 al. 2 de la Convention de Berne qui prévoit que l'étendue de la protection et les "*moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits*" sont régis exclusivement par la loi du pays d'exécution.

⁶⁶⁵ Cf. *supra*, Partie 1, II. A. 3. c) (3). L'art. 109 al. 1 LDIP prévoit une règle de compétence identique applicable à tous les droits de propriété intellectuelle et industrielle, que ceux-ci soient soumis ou non à formalités. Selon la doctrine, il convient d'interpréter cette disposition restrictivement, c'est-à-dire conformément à l'art. 16 ch. 4 des Conventions; dans ce sens, JEGHER/SCHNYDER, ad Art. 109 LDIP, n° 48.

⁶⁶⁶ Cf. par exemple l'art. 110 al. 1 LDIP.

des pays membres de la Convention de Munich du 5 octobre 1973 sur le brevet européen⁵⁶⁷, est délivré selon une procédure unique, il n'en demeure pas moins qu'il ne constitue pas, contrairement à la marque communautaire par exemple, un droit unitaire supranational protégé de manière uniforme dans l'ensemble des pays contractants. Le brevet européen se scinde dès sa délivrance en un faisceau de brevets nationaux, lesquels sont soumis au droit de chacun des Etats pour lesquels la protection est revendiquée lors du dépôt de la requête en délivrance du brevet⁵⁶⁸. Cette dernière devra donc obligatoirement désigner l'Etat ou les Etats pour lesquels la protection de l'invention est demandée, de sorte qu'il y aura une partie suisse, une partie française, une partie allemande, etc. du même brevet européen. Ce sera ensuite la loi nationale de chaque Etat visé par la requête qui fixera les droits conférés par le brevet européen, qui réglementera l'exercice de ces droits et qui sanctionnera les atteintes portées à ceux-ci. Même si les pays membres de la Convention de Munich ont largement harmonisé leur droit national des brevets sur le plan matériel, en particulier concernant les conditions de brevetabilité, le juge devra toujours tenir compte des particularités de chaque droit national pour décider du litige dont il est saisi. Enfin, la Convention de Munich ne règle pas non plus la compétence directe pour les actions en contrefaçon; elle est réglée par les Conventions de Bruxelles et de Lugano. La tâche du juge saisi d'une action en contrefaçon portant sur un ensemble de brevets parallèles est dès lors plutôt complexe, car il va devoir se prononcer sur des questions qui ne lui sont, et de loin, pas familières, telle la mesure de l'activité inventive exigée ou encore la portée des revendications de brevets parallèles, et il devra résoudre ces questions en appliquant à chaque fois un droit national différent selon le brevet invoqué !

219. Dès lors, contrairement au droit des marques et au droit d'auteur, le droit des brevets est aujourd'hui encore strictement d'essence nationale. La situation se modifiera avec l'entrée en vigueur du brevet communautaire, institué par la Convention du 15 décembre 1975 sur le brevet communautaire⁵⁶⁹ et l'Accord du Luxembourg du 15 décembre 1989 sur la mise en vi-

⁵⁶⁷ RS 0.232.142.2. Tous les pays membres de l'Union européenne, ainsi que la Suisse, le Liechtenstein et Monaco sont parties contractantes.

⁵⁶⁸ Art. 2 al. 2 de la Convention de Munich.

⁵⁶⁹ Cf. JOCE n° L 17, 26 janvier 1976. La Convention de 1975 n'a pas pu entrer de suite en vigueur, les procédures nationales nécessaires n'ayant pas abouti au Danemark et en Irlande.

gueur de la Convention sur le brevet communautaire⁵⁷⁰. Le brevet communautaire se distinguera du brevet européen consacré par la Convention de Munich en ce qu'il aura un caractère unitaire et autonome: il produira les mêmes effets dans tous les Etats contractants et sera ancré directement dans les textes communautaires, échappant ainsi, au moins en partie, à l'emprise des droits nationaux. L'obstacle principal à la réalisation de ce brevet uniforme reste encore la multiplicité des langues dans l'Union européenne. Le problème de la compétence judiciaire pour ce type de brevet a été réglé dans l'Accord de 1989⁵⁷¹ et par le Protocole sur le règlement des litiges en matière de contrefaçon et de validité des brevets communautaires du 15 décembre 1989⁵⁷², qui prévoit des tribunaux des brevets communautaires et une Cour d'appel commune⁵⁷³.

b) La justification de la concentration des fors en matière d'action en contrefaçon de brevets d'invention étrangers

220. Si le titulaire d'un brevet bénéficie de l'accès à un juge dont la compétence est fondée sur les Conventions de Bruxelles et de Lugano et que ce dernier dispose du pouvoir de prononcer une injonction extraterritoriale, il pourra concentrer le litige devant ce juge et ainsi éviter la multiplication des fors. Le demandeur ne devra pas faire valoir son droit à la protection du brevet séparément dans chaque juridiction dans laquelle ce droit est enregistré. Même si le juge saisi devra appliquer, le cas échéant, une pluralité de droits nationaux, une telle solution peut se justifier en matière de protection des brevets, en raison du caractère souvent international des actes de contrefaçon, d'autant plus que le titulaire d'un brevet valable dans plusieurs pays se trouve souvent confronté à un seul et unique contrefacteur. La concentration des compétences peut d'ailleurs aussi être dans l'intérêt de ce dernier, qui n'aura à affronter le demandeur que devant un seul tribunal. Le désavantage résidera évidemment dans l'obligation de devoir se rendre devant un juge étranger et de se soumettre, en partie du moins, au droit matériel étranger, notamment au regard des sanctions applicables. Un second désavantage pour le défendeur réside dans la possibilité pour le demandeur de rechercher un tribunal qui lui est favorable. Ce danger de *forum shopping* a été constaté

⁵⁷⁰ Cf. JOCE n° L 401/1, 30 décembre 1989. Deux conférences intergouvernementales (1985 et 1989) ont été nécessaires pour aboutir à la signature de cet accord.

⁵⁷¹ Art. 66.

⁵⁷² Art. 14.

⁵⁷³ Sur les contradictions entre l'art. 14 du Protocole mentionné et la Convention de Lugano, cf. VOLKEN, *La Convention de Lugano*, p. 168-169.

par les auteurs du Protocole sur la compétence judiciaire en matière de brevet communautaire, qui n'accorde, pour les actions en contrefaçon, une compétence s'étendant à l'ensemble du territoire européen qu'aux tribunaux du domicile ou du siège du défendeur, les tribunaux au lieu de la contrefaçon n'ayant qu'une compétence locale⁵⁷⁴.

221. Malgré les arguments liés à la position procédurale des parties, que l'action en constatation négative permet d'ailleurs d'annihiler en bonne partie⁵⁷⁵, on peut raisonnablement soutenir qu'une compétence unique à portée européenne peut se justifier dans tous les cas où l'action en contrefaçon se fonde sur un brevet européen réunissant un faisceau de brevets nationaux identiques et qu'elle est dirigée contre des actes de contrefaçon similaires, c'est-à-dire lorsque le même produit ou procédé est l'objet de l'action introduite dans chaque Etat contractant⁵⁷⁶. Cependant, le risque d'une telle procédure unique pour le demandeur est que le rejet de l'action aura une portée qui s'étend à tous les Etats concernés. En outre, le fait que le brevet européen identique jouit d'un degré de protection uniforme dans les Etats contractants⁵⁷⁷ justifie également une compétence unique. En pratique cependant, la jurisprudence en matière de protection des brevets n'est pas encore harmonisée, car celle-ci est déterminée en fonction de la description du brevet et, le cas échéant, de son dessin; or, l'interprétation de ces documents fait, en Europe, l'objet de divergences substantielles qui ne peuvent pas, par nature, être résorbées, vu l'absence de cour supranationale ayant la compétence d'interpréter la Convention sur le brevet européen⁵⁷⁸.

c) L'avènement de la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon en Europe

(1) Les développements aux Pays-Bas

222. Lorsque des tribunaux ont été appelés à trancher des litiges portant sur la violation de brevets étrangers, ils ont fondé leur compétence sur les art. 2

⁵⁷⁴ Cf. art. 14 et 17 du Protocole sur la compétence judiciaire en matière de brevet communautaire.

⁵⁷⁵ On rappellera que l'action constatatoire négative permet de rétablir l'égalité procédurale des parties en permettant au potentiel défendeur de se transformer en demandeur et ainsi de lui-même choisir le tribunal qui se prononcera sur le litige.

⁵⁷⁶ Cf. STAUDER, *Grenzüberschreitende Verletzungsverbote*, p. 320.

⁵⁷⁷ Cf. art. 69 de la Convention de Munich.

⁵⁷⁸ Cf. KÖNIG, p. 296.

al. 1, 5 ch. 3 et 6 ch. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, soit sur le for du domicile du défendeur, le for du délit et le for des co-défendeurs.

223. Dès le début des années 1990, l'*Arrondissementsrechtbank* (1ère instance) et le *Gerechtshof* (2e instance) du district de La Haye ont été les premières juridictions à prononcer des injonctions - par ailleurs assorties d'astreintes - interdisant des actes de contrefaçon commis en dehors du territoire national, et cela même lorsque le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire de la juridiction saisie⁵⁷⁹. Ces mesures sont rendues sous forme de *kort geding*, ordonné à la suite d'une procédure sommaire comportant une administration des preuves simplifiées⁵⁸⁰. La procédure se distingue des mesures provisoires traditionnelles, en ce sens que le requérant qui se voit allouer le plein de ses conclusions n'est pas tenu de valider les mesures ordonnées par une action au fond⁵⁸¹. Par ailleurs, si une telle procédure a néanmoins lieu à l'issue de laquelle la mesure ordonnée est rapportée, la partie destinataire de l'injonction ne peut réclamer au requérant la réparation du préjudice qu'elle aurait pu subir pour s'être conformée à l'injonction, pas plus qu'elle ne peut prétendre au remboursement de l'astreinte qu'elle aurait payé; bien plus, nonobstant la mise à néant de l'injonction par le juge du fond, cette partie reste tenue de payer le montant de l'astreinte au cas où elle ne s'en serait pas déjà acquittée. Cette jurisprudence a également attiré l'attention de la doctrine, d'abord néerlandaise⁵⁸², mais aussi allemande⁵⁸³, anglaise⁵⁸⁴, italienne⁵⁸⁵, autrichienne⁵⁸⁶, suisse⁵⁸⁷ et même américaine⁵⁸⁸.

⁵⁷⁹ Sur le développement de cette pratique vu par ses auteurs eux-mêmes, cf. l'interview par DE RANITZ du juge BRINKHOF, p. 142-146, vice-président de la Cour d'appel de La Haye, l'un des principaux artisans des *cross-border injunctions*.

⁵⁸⁰ Sur la procédure du *kort geding*, cf. BRINKHOF, *Das einstweilige Verfügungsverfahren*, publié en anglais sous le titre *Summary proceedings* dans IIC 1993, p. 762-777.

⁵⁸¹ Dans *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, la CJCE a cependant admis que la procédure du *kort geding* pouvait tomber dans le champ d'application de l'art. 24 de la Convention de Bruxelles, à la condition cependant qu'elle garantisse le remboursement au défendeur de la somme allouée et qu'elle ne porte que sur des avoirs déterminés de défendeur se situant ou devant se situer dans la sphère de la compétence territoriale du juge saisi, cf. *supra*, Partie 1, II. C. 3. b) (2).

⁵⁸² Cf. notamment BERTRAMS, *Das grenzüberschreitende Verletzungsverbot*, p. 193-201; Id., *The Cross-Border Prohibitory Injunction*, p. 618-636; BRINKHOF, *Could the President of the District Court of the Hague Take Measures Concerning the Infringement of Foreign Patents?*, p. 360-364; Id., *Geht das grenzüberschreitende Verletzungsverbot im niederländischen einstweiligen Verfügungsverfahren zu weit?*, p. 489-497; GIELEN/EBBINK, *First Europe-wide Biotech Patent Injunction*, p. 243-244; RIJSDIJK, *Patent Cases: 1994 to the Present*, p. 120-124; DE WIT, *Die Anwendungspraxis des EuGVÜ und des LugÜ in Patent- und Markensachen*, p. 225-232.

224. La décision de principe en matière de *euro-injunctions* néerlandaises est la décision du *Hoge Raad* du 24 novembre 1989⁵⁸⁹ confirmant une décision du *Gerechtshof* en matière de droit des marques interdisant au défendeur domicilié aux Pays-Bas l'utilisation d'une marque appartenant à une société américaine sur l'ensemble du territoire Benelux. En substance, la Cour Suprême retint que

" [...] unless the law, the nature of the obligation or a juridical act produce a different result, the person who is obliged to give, to do or not to do something vis-à-vis another, is ordered to do so by the court upon demand of the person to whom the obligation is owed. In general there is no reason to accept that such an order cannot be given when the obligation - possibly an obligation under foreign law - is to be complied with outside the Netherlands. A more restrictive view as upheld in the cassation pleadings has no basis in law and would have, in a time of increasing international contacts, the undesirable effect on legal practice that, in international tort cases - such as infringement of intellectual property rights, unlawful competition involving several countries and transfrontier pollution - the Dutch victim might be compelled to apply to a court in all the countries involved."⁵⁹⁰

⁵⁸³ Cf. notamment KUBIS, *Internationale Zuständigkeit*, p. 221-239 ; VON MEIBOM/PITZ, *Grenzüberschreitende Verfügungen*, p. 181-190; Id., *Cross-border Injunctions*, p. 469-478; Id., *Die europäische "Transborderrechtsprechung"*, p. 765-771; NEUHAUS, W., *Das Übereinkommen*, p. 257-269; STAUDER, *Anwendung*, p. 465-477 et p. 510-520; Id., *Aspekte der Durchsetzung gewerblicher Schutzrechte*, p. 619-627; Id., *Grenzüberschreitende Verletzungsverbote*, p. 319-322; STAUDER/ROSPATT/ROSPATT, *Grenzüberschreitender Rechtsschutz*, p. 859-864.

⁵⁸⁴ Cf. notamment ADAMS, *Choice of Forum*, p. 497-502; COHEN, *Intellectual Property and the Brussels Convention*, p. 379-382; GAUCL, *Beware of the Danger*, p. 361-363; KEMPNER/FRICKER, *Can UK Courts Face the Dutch Challenge*, p. 377-378; O'SULLIVAN, *Cross-border Jurisdiction*, p. 654-664; PERKINS/MILLS, *Patent Infringement and Forum Shopping*, p. 549-601.

⁵⁸⁵ Cf. DRAGOTTI, *Cross-Border Injunctions*, p. 256-266; FRANZOSI, *Worldwide Patent Litigation*, p. 382-385; HONORATI, *La cross-border prohibitory injunction*, p. 301-332.

⁵⁸⁶ Cf. WILTSCHKE, *Grenzüberschreitende Entscheidungen*, p. 132-137.

⁵⁸⁷ Cf. CHERPILLOD, *La compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon*, p. 41-60; PERRET, *Territorialité des droits de propriété industrielle*, p. 130-134.

⁵⁸⁸ Cf. THOMAS, *Litigation Beyond the Technological Frontier*, p. 277-352.

⁵⁸⁹ Hoge Raad, *Focus Veilig c. Lincoln Electric Company*, 24 novembre 1989, cité sous le nom de *Interlas*, NJ 1992, n° 404, p. 1597, obs. Verkade; BIE 1991, n° 23, p. 86.

⁵⁹⁰ Soulignement ajouté par l'auteur. Traduction tirée de BETLEM, *Transboundary Enforcement*, p. 206.

225. Se fondant sur cette motivation, rendue dans une décision prononcée en matière de droit des marques, les tribunaux néerlandais ont régulièrement prononcé des interdictions extraterritoriales⁵⁹¹ ayant pratiquement toutes pour objet des atteintes à des brevets parallèles, couvrant plusieurs pays et délivrés selon la procédure mise en place par la Convention de Munich⁵⁹². On relèvera que la compétence de la juridiction néerlandaise pour ordonner des mesures urgentes selon la procédure du *kort geding* était fondée sur les art. 2 al. 1, 5 ch. 3 et 6 ch. 1 de la Convention de Bruxelles, et non sur son art. 24, de sorte que la question de savoir si de telles décisions pouvaient avoir un effet extraterritorial et partant faire l'objet d'une procédure d'exequatur, ne se posait pas. Pour que la compétence extraterritoriale de la juridiction néerlandaise puisse être admise, il fallait naturellement que l'un des contrefacteurs soit domicilié aux Pays-Bas; ainsi en a-t-il été lorsque la contrefaçon de brevets parallèles est le fait d'un groupe de sociétés dont l'une au moins a son siège aux Pays-Bas⁵⁹³ ou encore lorsqu'un distributeur domicilié aux Pays-Bas commercialise des produits contrefaisant la partie néerlandaise d'un brevet européen, lesdits produits étant fabriqués dans un autre Etat en violation du brevet parallèle couvrant le territoire de ce dernier⁵⁹⁴.

(2) La jurisprudence en Angleterre

226. Sur le principe de la compétence extraterritoriale, la jurisprudence anglaise suit depuis peu la pratique néerlandaise, cependant jusqu'à un certain point seulement⁵⁹⁵. L'arrêt *Coin Controls Ltd v. Suizo International (UK Ltd)*

⁵⁹¹ Cf. RUSDIJK, *Patent Cases: 1994 to the Present*, p. 120-124 pour les données statistiques de 1994 à 1999.

⁵⁹² Cf. les références citées chez BERTRAMS, *Das grenzüberschreitende Verletzungsverbot*, note 6, p. 194, notamment les décisions suivantes, traduites en allemand, rendues par la Cour d'appel de La Haye: "Epilady", GRUR Int. 1990, p. 471-479; IIC 1990, p. 561, 572, 586, 591, 860 et GRUR Int. 1992, p. 53 et 68; IIC 1992, p. 391, 394; *Applied Research Systems Holding (ARS) N.V. c. Organon & Chiron*, 3 février 1994, GRUR Int. 1995, p. 253; IIC 1997, p. 558-562; *Organon Teknika B.V. v. ARS*, 23 juin 1995, GRUR Int. 1997, p. 838-839; *Hoffmann-La Roche AG v. Organon Teknika B.V.*, 12 décembre 1996, GRUR Int. 1998, p. 58-63.

⁵⁹³ Cf. *Applied Research Systems Holding (ARS) N.V. c. Organon & Chiron*, 3 février 1994, GRUR Int. 1995, p. 253; IIC 1997, p. 558-562.

⁵⁹⁴ Cf. *Philips c. Hemogram*, 22 juillet 1994, IER 1994, n° 24, p. 150.

⁵⁹⁵ Cf. notamment AUSTIN, *The Infringement*, p. 321-340; COHEN, *Intellectual Property and the Brussels Convention*, p. 379-382; DUTSON, *Actions for Infringement*, p. 918-925; FLOYD/PURVIS, *Can an English Court Restrain Infringement*, p. 110-115; INGLIS/GRINGRAS, *Conflict of Intellectual Property Laws*, p. 396-400; JOORIS, *Infringement of Foreign Copyright*, p. 127-148; KIENINGER, *Internationale Zuständigkeit*, p. 280-290; STAUDER, *Grenzüberschreitende Verletzungsverbote*, p. 319-322.

et al. du 26 mars 1997⁵⁹⁶ illustre ce revirement. Dans ce litige, le demandeur, titulaire d'un brevet européen couvrant les territoires du Royaume-Uni, de l'Allemagne et de l'Espagne avait assigné devant la *Patent Court of London* plusieurs défendeurs membres du même groupe de sociétés, à savoir la société mère elle-même, basée aux Pays-Bas, la société de développement et de production, basée également aux Pays-Bas, ainsi que deux filiales de ventes, l'une en Angleterre et l'autre en Allemagne. Le juge LADDIE estima que la société de développement et de production sise aux Pays-Bas, à l'exclusion cependant des autres défenderesses, pouvait être assignée devant les juges anglais pour violation du brevet dans les trois Etats concernés. La Cour rappela que depuis l'entrée en vigueur le 1er mai 1996 de la Section 10 du *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995, la règle de la double incrimination d'un comportement (*double actionability rule*), tant selon le droit au lieu de commission que selon le droit anglais⁵⁹⁷, qui empêchait jusque-là les tribunaux anglais de connaître de la violation d'un droit de propriété intellectuelle étranger⁵⁹⁸, n'était plus applicable⁵⁹⁹. En outre, de l'avis du juge LADDIE, la *Moçambique rule*⁶⁰⁰, selon laquelle les prétentions concernant les droits de propriété intellectuelle étrangers ne pouvaient pas, à l'instar de prétentions concernant des objets immobiliers sis à l'étranger, être décidées par des juges anglais, ne pouvait pas faire obstacle à l'application de la Convention de Bruxelles⁶⁰¹. Ce dernier estima aussi que

⁵⁹⁶ Cf. *Coins Control Ltd v. Suzo International (U.K.) Ltd and Others* (1997) 3 All ER 45, [1998] 3 WLR 420, GRUR Int. 1998, p. 314-317; cf. BRIGGS, *Two undesirable side-effects*, p. 364-368; FENTIMAN, *Intellectual Property and the Brussels Convention*, p. 503-506; KIENINGER, *Internationale Zuständigkeit*, p. 280-290; TUGENDHAT, *Media Law*, p. 361-364.

⁵⁹⁷ La *double actionability rule* remonte à la décision *Philips v. Eyre* [1870] Law Rep. 6 QB 1. Le premier cas de l'application de cette règle en matière de droit de propriété intellectuelle est *Def Lepp Music v. Stuart Brown* [1986] RPC 273 (Ch.D.); cf. CORNISH, *Intellectual Property Infringement*, p. 288.

⁵⁹⁸ Cf. déjà pour l'incompatibilité de la *double actionability rule* avec la Convention de Bruxelles, CORNISH, *Intellectual Property Infringement*, p. 286; FLOYD/PURVIS, *Can an English Court Restrain Infringement*, p. 112.

⁵⁹⁹ Cf. aussi *High Court, Pearce v. Ove Arup Partnership Ltd* (1997) 2 WLR 779 (Ch.D.); GRUR Int. 1998, p. 317-322 où la *High Court* a conclu à l'incompatibilité de la *double actionability rule* avec la Convention de Bruxelles, confirmé par la *Court of Appeal*, arrêt du 21 janvier 1999, GRUR Int. 1999, p. 786-793, obs. Zigann, Matthias.

⁶⁰⁰ D'après la décision de la *House of Lords* dans l'affaire *British South Africa Co. v. Companhia de Moçambique*, [1893] Law Rep. Appeal Cases 602, qui refuse sa compétence en ce qui concerne une dispute portant sur un bien-fonds situé à l'étranger. Appliquée encore en matière de droit d'auteur dans *Tyburn Productions Ltd v. Conan Doyle* [1995] 1 All ER 909 (Ch.D.).

⁶⁰¹ Cf. aussi *High Court, Pearce v. Ove Arup Partnership Ltd* (1997) 2 WLR 779 (Ch.D.); GRUR Int. 1998, p. 317-322 où la *High Court* a admis sa compétence pour statuer sur un litige ayant pour objet la violation par un défendeur, domicilié en Angleterre, d'un droit d'auteur protégé en Hollande; con-

l'objet litigieux était le même dans chaque pays pour lequel la protection du brevet national était demandée, que les trois brevets étaient identiques et que les similitudes dans les actions étaient déterminées par la Convention de Munich. Dès lors, même si chaque brevet est d'essence nationale, il n'est qu'un élément dérivé du brevet de base européen, et ne constitue en quelque sorte qu'une subdivision nationale identique du même brevet du base⁶⁰². Cette vision accentue le caractère européen du brevet en le considérant en fait comme un faisceau de brevets nationaux. La compétence du tribunal anglais aurait dès lors pu se fonder sur l'art. 6 ch. 1 de la Convention de Bruxelles, vu qu'une des défenderesses avait son siège en Angleterre. Cependant, le juge LADDIE se déclara incompétent pour connaître des infractions aux parties espagnole et allemande du brevet européen, motif pris de l'art. 16 ch. 4 de la Convention de Bruxelles. En effet, selon le juge LADDIE, le même traitement devait être réservé à une objection fondée sur la nullité du brevet, qu'elle soit soulevée par le défendeur à titre principal ou par voie incidente, dès lors que c'est d'elle que va dépendre la décision sur la contrefaçon, ce qui commande que l'ensemble du litige soit tranché par une seule et même juridiction, à savoir celle de l'Etat où l'enregistrement a été demandé ou effectué.

(3) La jurisprudence dans les autres pays européens

227. Les autres pays européens n'ont pas vraiment emboîté le pas aux tribunaux néerlandais⁶⁰³. L'Allemagne a connu un développement parallèle dans deux décisions uniquement, rendues par le *Landgericht* Düsseldorf les 1er février 1994 et 16 janvier 1996⁶⁰⁴. Dans la seconde décision notamment, le tribunal a admis sa compétence pour connaître d'actes de contrefaçon portant sur les parties allemande et anglaise d'un brevet européen commis par une société ayant son siège en Angleterre et certains de ses administrateurs dont l'un était domicilié en Allemagne. S'agissant des défendeurs dont le domicile ou le siège se trouvait hors de ce pays, le *Landgericht* a fondé sa compétence sur l'art. 6 ch. 1 de la Convention de Bruxelles, estimant que la condition de la connexité était remplie du seul fait que les actes de contrefa-

firmé par la *Court of Appeal*, arrêt du 21 janvier 1999, GRUR Int. 1999, p. 786-793, obs. Zigann, Matthias.

⁶⁰² *Coins Control Ltd v. Suvo International (U.K.) Ltd and Others* (1997) 3 All ER 45, 56.

⁶⁰³ Pour une vue d'ensemble des possibilités de faire valoir en justice la contrefaçon d'un brevet dans les pays européens, cf. PERKINS/MILLS, *Patent Infringement and Forum Shopping*, p. 549-601.

⁶⁰⁴ Mentionnées dans LG Düsseldorf, 27 janvier 1998, GRUR Int. 1998, p. 803-804 et commentées par VON ROSPATT, *Decisions of German Courts*, p. 504.

con invoqués portaient sur des brevets parallèles. Enfin, la prise en compte de la compétence juridictionnelle pour prononcer des injonctions transfrontalières est également démontrée par les décisions les plus récentes du *Landgericht Düsseldorf*, datées du 27 janvier 1998⁶⁰⁵, 27 février 1998⁶⁰⁶ et 25 août 1998⁶⁰⁷. Dans ces décisions cependant, le juge a suspendu la procédure pendante devant lui en attendant le résultat d'une action en constatation négative dont le tribunal de première instance de Bruxelles avait été saisi préalablement.

228. En France, il semblerait qu'aucune juridiction ne se soit encore prononcée sur la question⁶⁰⁸. Cependant, les juges ne sont pas opposés à cette pratique. En effet, dans un arrêt du 28 janvier 1994⁶⁰⁹, la Cour d'appel de Paris a déclaré exécutoire en France une injonction extraterritoriale négative prononcée par le Président du Tribunal de grande instance de La Haye, qui s'était déclaré compétent selon les règles conventionnelles.

229. Enfin, en Suisse, seuls quelques arrêts ont abordé ces questions⁶¹⁰. Dans une affaire de droit des marques, l'*Obergericht* de Lucerne⁶¹¹ a admis des conclusions tendant à l'interdiction de l'utilisation de la marque non seulement en Suisse mais également dans les pays membres de l'Arrangement de Madrid. Le Tribunal fédéral, sur recours, a laissé ouverte l'admissibilité de ce procédé⁶¹². Auparavant, il avait eu l'occasion de poser le principe selon lequel le juge suisse ne peut connaître de violations de brevets ou d'actes de concurrence déloyale, lorsque le défendeur est domicilié à l'étranger, que dans la mesure où ces dernières ont été commises ou ont eu des effets en Suisse⁶¹³. Cet arrêt ne tranche cependant pas le point de savoir si le juge suisse peut interdire la violation d'un brevet étranger commise par un défendeur domicilié en Suisse. Toutefois, dans un arrêt du 19 juillet 1996 en

⁶⁰⁵ GRUR Int. 1998, p. 803-804.

⁶⁰⁶ GRUR Int. 1998, p. 804-805.

⁶⁰⁷ GRUR Int. 1999, p. 455-458.

⁶⁰⁸ Cf. MOUSSERON/RAYNARD/VERON, *Cross-Border Injunctions*, p. 885-906.

⁶⁰⁹ CA Paris, *Eurosensory c. Tieman et BEE*, 28 janvier 1994, RDPI 1995, p. 18, discuté dans MOUSSERON/RAYNARD/VERON, *Cross-Border Injunctions* p. 895-899.

⁶¹⁰ Cf. de manière générale la contribution de CHERPILLOD, *La compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon*, p. 41-60.

⁶¹¹ RSJB 95 (1959), p. 75.

⁶¹² ATF 84 II 314.

⁶¹³ ATF 82 II 164.

matière de droit d'auteur, le Tribunal fédéral a posé le principe qu'en vertu de l'art. 109 al. 1 LDIP, le juge du domicile du défendeur était compétent pour statuer à titre préjudiciel sur la validité ou l'enregistrement de droits de propriété intellectuelle à l'étranger⁶¹⁴.

2. Les limites à la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon inhérentes aux Conventions de Bruxelles et de Lugano

a) For du domicile du défendeur: art. 2 al. 1

230. Comme en matière délictuelle générale, la compétence pour prononcer des injonctions extraterritoriales en matière de protection des brevets est manifestement donnée lorsque l'atteinte au brevet étranger est le fait d'un contrefacteur domicilié ou ayant son siège sur le territoire de l'Etat du for, cela sous réserve de la question de la validité du titre de propriété intellectuelle⁶¹⁵. Ainsi, le juge du domicile pourra aussi connaître de contrefaçons ou d'imitations de brevets commises à l'étranger, si le défendeur y transgresse par des actes similaires des droits de propriété intellectuelle identiques⁶¹⁶. Par exemple, un demandeur américain pourra, sur la base d'un brevet européen délivré pour plusieurs pays européens, agir en Suisse contre un défendeur domicilié dans ce pays et demander l'interdiction de la violation de son brevet européen, tant pour la partie enregistrée en Suisse que pour celles enregistrées dans les autres pays membres de la Convention de Munich, ou seulement pour ces derniers si aucun brevet n'est enregistré en Suisse. Cette compétence générale permet d'interdire relativement efficacement les contrefaçons de brevets constituées par la distribution centralisée de marchandises illégales à partir de l'entreprise du défendeur⁶¹⁷. En revanche, si des distributeurs locaux interviennent dans chaque pays, celui qui y aura commercialisé en premier la marchandise incriminée, soit comme producteur, soit comme importateur, ne pourra y être poursuivi que s'il peut être déclaré responsable des actes subséquents commis par ses distributeurs locaux. Si le titulaire du brevet peut agir en interdiction contre le producteur ou l'importateur unique dans le pays de production ou le pays d'importation, ses droits sont suffisamment protégés, étant donné qu'il pourra y réclamer

⁶¹⁴ Cf. *sic!* 1997, p. 96-98.

⁶¹⁵ Cf. *infra*, Partie 1, III. A. 3. c).

⁶¹⁶ Egalement admis en droit autonome suisse, cf. CHERPILLOD, *La compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon*, p. 45 et les auteurs cités à la note 16.

⁶¹⁷ Cf. STAUDER, *Grenzüberschreitende Verletzungsverbote*, p. 321.

une interdiction extraterritoriale permettant d'annuler la source de toutes les violations ultérieures⁶¹⁸.

b) For du délit: art. 5 ch. 3

231. La question qui se pose est celle de savoir si le *forum delicti* de l'art. 5 ch. 3 donne compétence au juge national pour statuer sur des actes de contrefaçon portant non seulement sur la partie nationale d'un brevet européen, mais également sur des brevets parallèles couvrant le territoire d'Etats tiers. La compétence du juge du lieu de commission du délit selon l'art. 5 ch. 3 des Conventions est, à tout le moins en matière de diffamation par voie de presse, limitée au territoire du for⁶¹⁹. Comme déjà mentionné⁶²⁰, nous partons d'une part du principe que cette limitation ne s'applique pas seulement aux diffamations par voie de presse, mais qu'elle s'applique à l'ensemble des prétentions délictuelles⁶²¹, et d'autre part qu'elle ne s'applique pas qu'aux actions en dommages-intérêts, mais également aux actions non pécuniaires, notamment en interdiction, vecteur principal de la protection des droits de la propriété intellectuelle⁶²². Une telle fragmentation des fors est d'ailleurs prévue par les textes de droit communautaire qui régissent les brevets communautaires, les marques communautaires et la protection communautaire des obtentions végétales⁶²³. Ces textes, qui instituent en la matière un droit communautaire uniforme, supranational et unitaire, disposent tous que la compétence du juge du lieu de la contrefaçon est limitée aux actes commis ou menaçant d'être commis sur le territoire de l'Etat du for. Ainsi, si le législateur communautaire limite de la sorte la compétence territoriale du juge du *forum delicti* en matière de droits de propriété

⁶¹⁸ Cf. STAUDER, *Grenzüberschreitende Verletzungsverbote*, p. 321.

⁶¹⁹ CJCE, *Fiona Shevill et cons. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, p. 415. Confirmé en jurisprudence française: Cass. civ., 1ère, *Epoux Wegmann c. Sté Elsevier sciences Ltd*, 16 juillet 1997 (transposition de l'arrêt *Shevill* en matière de contrefaçon d'une oeuvre littéraire réalisée par voie de presse), JD1 (124) 1998, p. 136-138, obs. Huet, André, JCP 1997, Ed. G., IV, n° 1993, p. 311; RIDA 1998, p. 403-407.

⁶²⁰ Cf. *supra*, Partie 1, II. B. 2. a) (3).

⁶²¹ Pour son application au droit des brevets d'invention, cf. ADAMS, *Choice of Forum*, p. 498; DUTSON, *Infringement of Foreign Intellectual Property Rights*, p. 669.

⁶²² Cependant, si des dommages-intérêts sont demandés et que le demandeur saisit le tribunal du lieu où les biens contrefaisants sont produits, la réparation de tout le dommage pourra y être requis, s'il s'agit du seul lieu de production; cf. ADAMS, *Choice of Forum*, p. 498.

⁶²³ Art. 17 al. 2 du Protocole sur le règlement des litiges en matière de contrefaçon et de validité des brevets communautaires; art. 94 ch. 2 du Règlement sur la marque communautaire; art. 101 ch. 3 du Règlement instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales.

intellectuelle qui ne sont pas soumis à des règles nationales, il ne serait pas logique de reconnaître à ce juge une compétence extraterritoriale en ce qui concerne des droits nationaux de propriété intellectuelle qui ne sont pas harmonisés⁶²⁴. Ainsi, un juge compétent en vertu de l'art. 5 ch. 3 ne pourra pas connaître d'une contrefaçon commise à l'étranger contre un brevet étranger, mais seulement des atteintes portées à un brevet protégé sur le territoire national de ce juge⁶²⁵.

232. Si l'on suit cette opinion, selon laquelle le *forum delicti* de l'art. 5 ch. 3 doit s'entendre du seul lieu de la contrefaçon d'un brevet national, force est alors d'admettre que ce for se situera toujours dans le pays de protection, c'est-à-dire dans l'Etat où le titre de propriété intellectuelle déploie ses effets. Ainsi, dans la perspective des règles de compétence, la distinction entre les actions portant sur la violation d'un brevet et celles concernant sa validité devient sans pertinence si la première de ces actions est portée au *forum delicti*. En effet, ce for va se trouver dans l'Etat désigné par l'art. 16 ch. 4 et ce sont les juridictions compétentes de cet Etat qui seront appelées à statuer aussi bien sur la contrefaçon du brevet que sur son existence. Il s'ensuit que l'art. 5 ch. 3 ne saurait être considéré comme source de la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon.

c) For des co-défendeurs: art. 6 ch. 1

233. La majorité de la doctrine estime que c'est à tort que le Président du Tribunal de grande instance de La Haye s'est fondée sur l'art. 6 ch. 1 de la Convention de Bruxelles pour attirer aux Pays-Bas des défendeurs domiciliés à l'étranger, auteurs de contrefaçons de brevets couvrant des territoires autres que les Pays-Bas, et les priver ainsi de la protection du for du domicile⁶²⁶. En effet, le lien de connexité exigé pour l'application de cette disposition ne saurait résulter de la seule délivrance des brevets au terme d'une procédure uniforme selon la Convention de Munich. En effet, cette jurispru-

⁶²⁴ Cf. BERTRAMS, *Das grenzüberschreitende Verletzungsverbot*, p. 197.

⁶²⁵ Cf. ADAMS, *Choice of Forum*, p. 498; BRINKHOF, *Geht das grenzüberschreitende Verletzungsverbot im niederländischen einstweiligen Verfügungsverfahren zu weit?*, p. 496; DUTSON, *Infringement of Foreign Intellectual Property Rights*, p. 677-678; HONORATI, *La cross-border prohibitory injunction*, p. 320; PERRET, *Territorialité des droits de propriété industrielle*, p. 132; STAUDER, *Grenzüberschreitende Verletzungsverbote*, p. 321.

⁶²⁶ Cf. notamment BRINKHOF, *Geht das grenzüberschreitende Verletzungsverbot im niederländischen einstweiligen Verfügungsverfahren zu weit?*, p. 492; HONORATI, *La cross-border prohibitory injunction*, p. 321-322; STAUDER/ROSPATT/ROSPATT, *Grenzüberschreitender Rechtsschutz*, p. 862.

dence implique l'application d'un seul et même régime juridique, à savoir le droit néerlandais, à ces différentes violations, alors que le brevet européen, une fois délivré, se scinde en autant de brevets nationaux qu'il y a de pays de protection. Or, il appartient à la loi de chaque Etat de définir l'étendue de la protection conférée par le titre de propriété intellectuelle. Ainsi, il se peut que dans tel Etat, la contrefaçon soit admise alors que dans tel autre dont la loi attribuerait aux revendications une portée plus restrictive, cette même contrefaçon soit niée. Dans ces conditions, il paraît difficile de soutenir que la seule existence de brevets parallèles puisse justifier l'existence d'un lien de connexité au sens de l'art. 22 al. 3 de la Convention⁶²⁷.

234. C'est pour ces raisons que la Cour d'appel de La Haye, dans un arrêt du 23 avril 1998⁶²⁸, a annulé la décision de l'instance inférieure, au motif que la seule existence de brevets parallèles ne constitue pas en soi un lien de connexité suffisant permettant de prononcer une injonction extraterritoriale sur la base du for de l'art. 6 ch. 1 de la Convention de Bruxelles. La Cour d'appel a décidé que le brevet européen ne devait plus être considéré comme un brevet uniforme, mais comme une somme de brevets nationaux. Ainsi, chacun de ces brevets nationaux a une existence et un destin propre. Dès lors, la seule violation de la partie néerlandaise d'un brevet européen ne constitue pas forcément un lien de connexité suffisant au sens de l'art. 6 ch. 1, qui permettrait au juge néerlandais de connaître dans la même procédure des prétentions contre des défendeurs français pour violation du volet français du même brevet européen. La Cour d'appel, en appliquant de manière restrictive la disposition précitée, s'est ainsi distancée de la jurisprudence de l'instance inférieure selon laquelle la demanderesse pouvait choisir le for dès lors que les violations avaient eu lieu dans différents pays par diverses filiales d'un même groupe, indépendamment du lieu existant entre ces filiales. La Cour d'appel a précisé que la condition du lien de connexité exigée par la disposition précitée serait remplie si le demandeur avait établi l'existence d'une coopération étroite entre des contrefacteurs appartenant à un même groupe d'entreprises, dirigé par un chef de file dont le siège se trouverait aux Pays-Bas. Dans ces circonstances, la contrefaçon intervenue dans les divers Etats pouvait être considérée comme une activité

⁶²⁷ Cf. en ce sens, PERRET, *Territorialité des droits de propriété industrielle*, p. 133.

⁶²⁸ Hof's-Gravenhage, *Expandable Graft Partnership c. Boston Scientific*, 23 avril 1998, NJ 1998, n° 51. Cf. *Aktuelle Informationen: Niederlande - Ende der "Cross-Border Injunctions" ?*, GRUR Int. 1998, p. 737, discuté par VON MEIBOM/PITZ, *Die europäische "Transborderrechtsprechung"*, p. 765-771, GAUCI, *Beware of the Danger*, p. 361-362 et PERRET, *Territorialité des droits de propriété industrielle*, p. 133.

commune se fondant sur des plans communs et le lieu d'établissement de l'entité qui a principalement contribué à la violation du brevet⁶²⁹ peut fonder la compétence pour l'ensemble des autres entités du groupe. Enfin, la jurisprudence anglaise a également fixé des conditions strictes à l'application de l'art. 6 ch. 1 de la Convention de Bruxelles en matière de contrefaçon ou d'imitation de brevets; elle réclame notamment que la demande contre le défendeur étranger soit suffisamment développée afin de démontrer une responsabilité commune avec le défendeur domicilié au for⁶³⁰. A ce titre, on rappellera que la question du champ d'application de l'art. 6 ch. 1 a été posée à titre préjudiciel à la Cour de Justice par la *Court of Appeal*⁶³¹.

235. On peut se demander néanmoins si le critère développé par la jurisprudence néerlandaise, qui relève des circonstances particulières de chaque cas d'espèce, est satisfaisant. En effet, même si le critère de la coopération et de l'action commune est prouvé, il n'en demeure pas moins que le critère du caractère inconciliable des décisions en cause selon l'art. 22 al. 3 de la Convention de Bruxelles est le seul déterminant pour fonder une compétence au sens de l'art. 6 ch. 1 et ne serait de toute manière pas rempli dans l'hypothèse de la contrefaçon de brevets parallèles⁶³². Ici aussi, la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon est sérieusement mis en cause.

⁶²⁹ BRINKHOF, vice-président de la Cour d'appel de La Haye, exige de la société domiciliée aux Pays-Bas qu'elle soit le "*spider in the web*", cité dans DE RANITZ, p. 143.

⁶³⁰ Ce raisonnement se trouve, en matière de protection des brevets, dans *Coins Control Ltd v. Suzo International (U.K.) Ltd and Others* (1997) 3 All ER 45, [1998] 3 WLR 420, GRUR Int. 1998, p. 314-317, et en matière de protection de droits d'auteur, dans *Pearce v. Ove Arup Partnership Ltd* (1997) 2 WLR 779 (Ch.D.), GRUR Int. 1998, p. 317-322 et également dans *Mecklermedia Corp. and Mecklermedia Ltd v. D.C. Congress Gesellschaft mbH*, [1998] 1 All ER (Ch.D) 148, GRUR Int. 1998, p. 322, dans une demande en "*passing-off*" déposée par une demanderesse domiciliée aux Etats-Unis avec filiale en Angleterre contre une défenderesse domiciliée en Allemagne en raison de l'utilisation illicite de la raison de commerce "*Internet World*."

⁶³¹ Question du 17 décembre 1997 dans *Fort Dodge Animal Health Limited v. Akzo Nobel*, EIPR 1998, p. 76-81; IIC 1998, p. 927.

⁶³² Cf. notamment PERRET, *Territorialité des droits de propriété industrielle*, p. 134.

3. Les limites à la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon résultant de la mise en oeuvre de moyens de défense procéduraux

a) L'action en constatation négative: art. 21 et 22

236. Depuis l'irruption de l'action constatatoire négative⁶³³ dans les litiges de la propriété intellectuelle, notamment en droit des brevets, la pratique néerlandaise se voit encore plus limitée. L'action constatatoire négative repose sur les art. 21 et 22 de la Convention, selon lesquelles la litispendance d'une action dans un Etat contractant empêche d'autres procédures parallèles dans les autres Etats contractants. Cette règle vise à éviter que le défendeur doive répondre à des demandes ayant le même objet et la même cause à l'égard de la même adverse partie devant divers tribunaux en même temps⁶³⁴. La CJCE a retenu que le blocage provoqué par l'art. 21 de la Convention vaut aussi pour une action constatatoire négative à l'égard d'une action condamnatoire ultérieure, pour autant que l'identité de l'objet, de la cause et des parties soit respectée⁶³⁵.

237. Appliquée strictement, l'action constatatoire négative permet de torpiller⁶³⁶ l'ensemble de la jurisprudence extraterritoriale développée en matière de contrefaçon de brevets. Le procédé consiste en ceci: le contrefacteur, actuel ou futur, menacé d'une action en contrefaçon pouvant être portée devant la juridiction d'un Etat signataire connue pour sa célérité, anticipera cette dernière et introduira, devant la juridiction d'un autre Etat signataire, réputée pour sa lenteur⁶³⁷, une action en constatation négative. Le dépôt de cette seconde demande aura pour effet de bloquer l'action en contrefaçon que le titulaire du brevet pourrait intenter devant la juridiction d'un autre Etat, cela en application des règles sur la litispendance de l'art. 21, voire de celles sur la connexité de l'art. 22 des Conventions. C'est en ce sens que le

⁶³³ Sur l'action constatatoire négative, cf. *supra*, Partie 1, II. A. 1. c).

⁶³⁴ Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 1, n° 1380-1496; GAUDEMET-TALLON, n° 281-294; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 21, n° 1; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 21, n° 1; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 21, n° 1.

⁶³⁵ CJCE, *Gubisch Maschinenfabrik KG c. Giulio Palumbo*, 8 décembre 1987, aff. C-144/86, Rec. 1987, p. 4861.

⁶³⁶ D'après l'expression utilisée par FRANZOSI, *Worldwide Patent Litigation*, p. 382.

⁶³⁷ Cela vaut, semble-t-il, pour les tribunaux belges et italiens; cf. FRANZOSI, *Worldwide Patent Litigation*, p. 384; VON MEIBOM/PITZ, *Die europäische "Transborderrechtsprechung"*, p. 765-771.

Landgericht de Düsseldorf a, dans sa décision du 27 février 1998⁶³⁶, suspendu l'action en contrefaçon d'un brevet belge pendante devant lui en raison de la litispendance créée par une action en constatation négatoire, laquelle était déjà pendante devant la juridiction belge compétente.

b) Le moyen tiré de la nullité du brevet: art. 16 ch. 4

238. Il reste à examiner si la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon peut subsister alors même que l'existence ou la validité du droit est mise en cause par le défendeur.

(1) La nullité du brevet invoquée à titre principal

239. Les actions en contrefaçon d'un brevet européen sont presque toujours contestées par le dépôt d'une action en nullité par le défendeur, entraînant ainsi, dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano, un conflit entre les fors ordinaires et le for exclusif de l'art. 16 ch. 4. Les Conventions de Bruxelles et de Lugano instaurent donc une dualité de compétence. Mais si, et comme cela est le plus souvent le cas, le litige porte à la fois sur la violation du droit et sur sa validité, il y a lieu alors de se demander si le litige dans son entier ne doit pas être porté devant le juge exclusivement compétent pour connaître de cette seconde question, de sorte que la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon resterait lettre morte. On en reviendrait à soumettre tous les litiges relatifs aux droits de la propriété intellectuelle aux tribunaux de l'Etat qui a délivré le titre sans faire de distinction entre les actions en contrefaçon et celles concernant l'existence ou la validité du droit.

240. Trois solutions sont possibles afin de résoudre ce conflit. Tout d'abord, on peut admettre la recevabilité de telles actions en nullité d'un brevet européen en vertu d'une interprétation pro-européenne de la Convention de Bruxelles, examiner la validité de la partie nationale du brevet européen, appliquer le résultat de cet examen, en raison de l'effet uniforme du brevet européen, aux autres brevets nationaux issus du brevet européen, à condition cependant qu'ils ne divergent pas entre eux, et décider ainsi de l'action. Dans la procédure néerlandaise, la procédure du *kort geding* accentuera encore la liberté du juge de ne pas limiter son injonction à son territoire, notamment

⁶³⁶ GRUR Int. 1998, p. 804-805.

en cas de doute sur la validité du brevet⁶³⁹. Une deuxième solution, adoptée maintenant par la Cour d'appel de La Haye dans l'arrêt *Expandable Graft Partnership c. Boston Scientific* du 23 avril 1998⁶⁴⁰, consiste, pour le tribunal saisi au fond d'une action en contrefaçon d'un brevet étranger alors qu'une action en nullité est pendante devant la juridiction compétente au sens de l'art. 16 ch. 4 des Conventions, à suspendre sa décision jusqu'à droit connu dans la procédure de nullité pendante à l'étranger, conformément à l'art. 22 des Conventions⁶⁴¹. Enfin, le juge saisi peut considérer l'art. 16 ch. 4 des Conventions comme un obstacle absolu à sa compétence pour connaître de l'action en contrefaçon du brevet étranger. Dans ce dernier cas, il est probable que le juge de la contrefaçon soit exclusivement le juge de l'Etat d'enregistrement, car l'action tendant à faire constater la nullité du brevet est systématique en cette matière⁶⁴².

241. Il ne fait aucun doute que les actions en violation et en nullité d'un brevet sont dans un rapport de connexité étroit au sens de l'art. 22 des Conventions, de sorte qu'aux fins d'éviter le prononcé de décisions inconciliables, le sursis à statuer dans la procédure en contrefaçon paraît s'imposer, même si la juridiction saisie en second lieu est celle qui doit connaître de l'action en nullité. Cette solution recueille la majorité de la doctrine, encore que, comme le précise l'art. 22, le sursis à statuer n'est qu'une faculté offerte au juge de la contrefaçon et non une obligation⁶⁴³. Implicitement, cette conclusion, valable pour le cas de la nullité du brevet invoquée à titre principal, signifie que dans cette hypothèse, toute compétence extraterritoriale pour statuer sur des actions en violation de brevets étrangers est quasiment inutile si cette procédure est suspendue jusqu'à l'issue de la procédure en nullité introduite dans l'Etat où l'enregistrement a été demandé ou a été effectué.

⁶³⁹ Cf. par exemple Cour d'appel de La Haye, *Hoffmann-La Roche AG v. Organon Teknika*, 12 décembre 1996, GRUR Int. 1998, p. 58-63. Cf. BRINKHOF, *Geht das grenzüberschreitende Verletzungsverbot im niederländischen einstweiligen Verfügungsverfahren zu weit ?*, p. 492.

⁶⁴⁰ Cf. *supra*, Partie 1, III. A. 2. c).

⁶⁴¹ Dans ce cas, il conviendrait encore d'évaluer dans quel délai une décision étrangère sur la validité du brevet pourrait être rendue, si, aux Pays-Bas par exemple, l'action en contrefaçon est déposée en procédure de mesures provisoires.

⁶⁴² Cf. STAUDER/ROSPATT/ROSPATT, *Grenzüberschreitender Rechtsschutz*, p. 860.

⁶⁴³ Cf. PERRET, *Territorialité des droits de propriété industrielle*, p. 135 et les auteurs cités à la note 30.

(2) La nullité du brevet invoquée à titre préjudiciel

242. Comme l'a jugé la CJCE, l'art. 16 ch. 4 de la Convention de Bruxelles doit être interprété de façon restrictive et ne devrait pas pouvoir être invoqué si le litige ne porte pas directement sur la validité du brevet ou sur l'existence du dépôt ou de l'enregistrement⁶⁴⁴. Le Rapport JENARD mentionne expressément que pour les actions en contrefaçon, seuls sont applicables les fors ordinaires, à l'exception du for de l'art. 16 ch. 4, mais que ce dernier doit être limité aux seuls cas où le défendeur fait valoir la nullité du brevet à titre principal⁶⁴⁵. La doctrine quasi unanime⁶⁴⁶ en a alors déduit que si cette même nullité est invoquée à titre préjudiciel, le juge de la contrefaçon serait compétent pour en connaître, puisque une éventuelle constatation de la nullité du brevet n'apparaîtra que dans les considérants de la décision et partant n'aura pas l'effet de l'autorité de la chose jugée.

243. Cette opinion se heurte à une première objection qui relève du droit national de certains Etats membres. Ainsi, par exemple, selon les droits allemand et néerlandais sur les brevets d'invention, le juge de la contrefaçon ne peut pas connaître de la nullité du brevet national, même invoquée par voie incidente, la question relevant de la compétence exclusive d'une juridiction spécialisée en la matière⁶⁴⁷. La question est résolue de deux manières. Pour certains auteurs⁶⁴⁸, la Convention de Bruxelles poserait le principe de l'équivalence des pouvoirs de cognition des juridictions saisies selon les règles conventionnelles de sorte que le juge étranger de la contrefaçon ne pourrait pas connaître de la nullité d'un brevet allemand ou néerlandais que le défendeur ferait valoir par voie incidente, alors même que le juge allemand ou néerlandais aurait un tel pouvoir lorsqu'il est appelé à statuer sur la contrefaçon d'un brevet étranger. Pour d'autres auteurs⁶⁴⁹, cette question ne relève pas des Conventions de Bruxelles et de Lugano, mais bien des règles de conflits de la loi du for et, ces dernières désignant la loi du pays de pro-

⁶⁴⁴ CJCE, *Ferdinand M.J.J. Duinjee c. Lodewik Goderbauer*, 15 novembre 1983, aff. C-288/82, Rec. 1983, p. 3663, n° 18.

⁶⁴⁵ JENARD, *Rapport*, p. 36, ad art. 16 ch. 4.

⁶⁴⁶ Cf. notamment CHERPILLON, *La compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon*, p. 45, note 17; JEGHER/SCHNYDER, ad Art. 109 LDIP, n° 32; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 16, n° 48; PERRET, *Territorialité des droits de propriété industrielle*, p. 135; VISCHER, *IPRG-Kommentar*, ad Art. 109, n° 19.

⁶⁴⁷ Cf. PERRET, *Territorialité des droits de propriété industrielle*, p. 135.

⁶⁴⁸ Cf. notamment STAUDER, *Anwendung*, p. 510.

⁶⁴⁹ Dans ce sens, cf. notamment GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 16, n° 237.

tection, le juge étranger de la contrefaçon devrait restreindre son pouvoir de cognition lorsqu'un brevet allemand ou néerlandais est en cause, sans pour autant y être obligé.

244. Ces deux thèses conduisent à la conclusion que la seule solution raisonnable pour le juge étranger de la contrefaçon est d'inviter le défendeur à faire valoir la nullité du brevet devant la juridiction spéciale instituée par la loi du pays de protection et de surseoir à statuer jusqu'au prononcé de la décision finale de cette juridiction. S'il devait en revanche choisir de se prononcer à titre incident sur la validité du brevet étranger, il courrait le risque de violer les règles applicables au droit de propriété intellectuelle. Enfin, la nullité du brevet invoquée à titre préjudiciel présente l'inconvénient de ne pas avoir l'autorité de chose jugée, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties. Même si le juge de la contrefaçon admet le moyen tiré de la nullité du brevet, ceci ne devrait pas empêcher le titulaire du brevet d'actionner à nouveau le même défendeur pour des actes qui n'auraient pas été soumis au premier tribunal, puisqu'il s'agirait là d'une autre forme de contrefaçon que celle qui a fait l'objet de la première décision⁶⁵⁰. Seules des conclusions reconventionnelles en nullité du brevet auraient permis de mettre un terme définitif au litige, ce qui n'est pas possible si l'action en contrefaçon est portée devant la juridiction d'un Etat autre que celle du pays de protection. L'éclatement des procédures est ainsi inévitable, ce qui pourrait inciter le titulaire du brevet à agir devant les juridictions compétentes de ce dernier Etat.

c) Conclusion

245. L'opinion selon laquelle, lorsque le défendeur fait valoir, à titre principal ou préjudiciel, la nullité du titre de propriété intellectuelle, le juge de la contrefaçon devrait se dessaisir, semble être suivie par la jurisprudence anglaise.

246. Dans l'arrêt *Coin Controls* précité⁶⁵¹, les défenderesses avaient soulevé l'exception de la nullité des brevets européens étrangers invoqués. Selon le juge LADDIE, le même traitement doit être réservé à une objection fondée sur la nullité du brevet, qu'elle soit soulevée par le défendeur à titre principal ou par voie incidente, dès lors que c'est d'elle que va dépendre la décision sur la contrefaçon, ce qui commande que l'ensemble du litige soit tranché

⁶⁵⁰ Cf. ATF 121 III 474.

⁶⁵¹ Cf. *supra*, Partie 1, III. A. 1. c) (2).

par une seule et même juridiction, à savoir celle de l'Etat où l'enregistrement a été demandé ou effectué. En raison de la réserve des juges anglais en matière de droits de propriété intellectuelle étrangers⁶⁵², il n'est pas surprenant que le juge décida en l'occurrence que l'exception de nullité de brevets européens étrangers soulevée dans le procès en contrefaçon fait de la nullité un litige principal selon l'art. 19 de la Convention de Bruxelles⁶⁵³, de sorte que le juge anglais est incompétent en vertu de l'art. 16 ch. 4 pour connaître d'une exception en nullité d'un brevet étranger soulevée dans le cadre d'une action en contrefaçon pendante en Angleterre⁶⁵⁴. En l'espèce, la *High Court* a dès lors également refusé sa compétence à l'égard de la société de développement et de production domicilié aux Pays-Bas, seule entité sur laquelle elle était susceptible d'exercer sa compétence. En fait, ce que la Cour ne dit pas ouvertement, mais semble manifestement sous-entendre, est qu'elle ne voudrait pas, inversement, qu'un juge étranger puisse déterminer ce qui est ou pas admissible en Angleterre.

247. Enfin, dans l'arrêt *Fort Dodge Animal Health Ltd et al. v. Akzo Nobel N.V.* du 27 octobre 1997⁶⁵⁵, la *Court of Appeal* anglaise demanda précisément que les principes dégagés dans *Coin Controls* et appliqués par les tribunaux anglais soient également appliqués par les juges étrangers, en particulier néerlandais, et saisit à cet effet la CJCE d'une question préjudicielle en matière de conflit entre l'action en nullité et l'action en contrefaçon⁶⁵⁶. Les demandereses réclamaient devant la *Court of Appeal*, au moyen d'une *anti-suit injunction*, la suspension d'un procès en contrefaçon introduit aux Pays-Bas contre elles par *Akzo* qui se rapportait à un brevet européen dont la protection s'étendait à l'Angleterre et aux Pays-Bas, en invoquant la nullité de la

⁶⁵² On rappellera ici seulement la *Moçambique rule* et la *double actionability rule*.

⁶⁵³ A ce titre, les textes anglais et français de l'art. 19 sont clairs: "*principally concerned*", "*à titre principal*."

⁶⁵⁴ La doctrine anglaise n'est pas unanime sur ce point. Le point du vue selon lequel le juge de la contrefaçon peut décider *inter partes* de la validité du brevet semble cependant encore dominer; cf. JOORIS, *Infringement of Foreign Copyright*, p. 139; KAYE, *Civil Jurisdiction*, p. 951, note 331; WADLOW, p. 315. En revanche, FLOYD/PURVIS, *Can an English Court Restrain Infringement*, p. 111, préconisent la compétence des tribunaux anglais tout en laissant ouverte la possibilité de suspendre la procédure dans l'attente d'une décision du juge du pays d'enregistrement.

⁶⁵⁵ Cf. EIPR 1998, p. 76-81 et IIC 1998, p. 927-933, ainsi que la note de DUTSON, *Infringement of Foreign Intellectual Property Rights*, p. 659-679.

⁶⁵⁶ Il semble cependant que la procédure de demande préjudicielle n'ait pas été menée à son terme, de sorte qu'aucune question sur ce sujet n'est actuellement pendante devant la CJCE. Cf. les déclarations du juge LADDIE dans *Sepracor Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd and others*, *High Court*, 14 janvier 1999, traduit en allemand dans GRUR Int. 1999, p. 784-787, p. 785.

partie anglaise du brevet européen dont la protection était demandée. Elles alléguaient qu'elles étaient toutes des filiales d'un groupe américain et que seule l'une d'entre elles avait un siège aux Pays-Bas. En outre, les actes de contrefaçon avaient tous eu lieu hors du territoire néerlandais. Contrairement à la *High Court* dans *Coin Controls*, la *Court of Appeal* insista sur le caractère national du brevet européen et releva l'absence de risque de jugements contradictoires, dans la mesure où un jugement en contrefaçon au Royaume-Uni est rendu en vertu d'un droit qui n'a d'effet qu'au Royaume-Uni, la même règle valant pour un jugement concernant un brevet néerlandais, même si les deux brevets nationaux sont les émanations nationales du même brevet européen. Une décision de la CJCE sur ce sujet serait donc souhaitable et si cette dernière devait parvenir à la conclusion que les questions sur la nullité sont réservées aux tribunaux du territoire sur lequel les droits étendent leur protection, cela influencerait de manière décisive la possibilité d'obtenir une protection extraterritoriale en matière de droit des brevets.

B. La protection extraterritoriale de l'environnement, de la concurrence et de la personnalité

248. Outre les droits de la propriété intellectuelle, d'autres droits absolus peuvent également faire l'objet d'une protection transfrontière au moyen d'injonctions extraterritoriales. Nous examinerons dans l'ordre quelques problèmes pratiques spécifiques soulevés par la protection extraterritoriale de l'environnement (1), de la concurrence (2) et de la personnalité (3), qui peuvent, le cas échéant, justifier des mesures ou des conclusions particulières à ces matières.

1. La protection extraterritoriale de l'environnement

249. Outre l'aspect de l'indivisibilité des prétentions (a), deux autres questions spécifiques se posent encore dans le cadre des injonctions extraterritoriales en matière de pollution transfrontière: celle de la qualification - réelle ou délictuelle - des prétentions en cette matière (b) et celle des injonctions contre un Etat étranger, ce dernier étant bien souvent l'auteur - direct ou à tout le moins indirect - de la pollution incriminée (c).

a) L'indivisibilité des prétentions en matière de pollution transfrontière

250. Les menaces pour l'environnement se sont accrues au fur et à mesure du développement de l'industrie et des transports. Les principaux cas de

pollutions transfrontières sont dus aux dommages causés par la pollution des eaux et de l'air, le plus souvent par des activités industrielles, ainsi que par le transport de substances toxiques dans un Etat étranger et la production de produits causant des atteintes à l'environnement dans le pays d'exportation⁶⁵⁷. C'est d'ailleurs à l'occasion d'une affaire de pollution des eaux, celles du Rhin, que la CJCE a inauguré sa jurisprudence concernant l'art. 5 ch. 3 de la Convention de Bruxelles, consacrant le principe de l'ubiquité, en décidant que le "*lieu où le fait dommageable s'est produit*" vise à la fois le lieu où le dommage est survenu, en l'occurrence les Pays-Bas, et le lieu de l'événement causal, en l'occurrence l'Alsace française⁶⁵⁸.

251. A côté des compétences juridictionnelles existant dans toute une série de conventions particulières⁶⁵⁹, les injonctions extraterritoriales visant à faire cesser une activité polluante transfrontière seront le plus souvent fondées sur les art. 2 al. 1, 5 ch. 3 et 24 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Nous n'examinerons pas ici la portée de ces articles en matière de pollutions transfrontières. En effet, elle ne se distingue pas fondamentalement de la portée générale de ces dispositions en matière de délits ramifiés ou délits *multistat*⁶⁶⁰, tels que les délits commis par voie de presse ou les délits en matière de droits de propriété intellectuelle. Cependant, et cela constitue un cas particulier des injonctions non pécuniaires en matière de protection de l'environnement, dans de nombreux cas celles-ci ne peuvent pas être compartimentées et par conséquent être limitées à des violations dans des pays

⁶⁵⁷ Cf. TROMANS, *Multinational Companies*, p. 441-451, rapporte une série d'exemples récents forts instructifs de la casuistique en matière de pollution transfrontière.

⁶⁵⁸ CJCE, *Handelskwerkerij G. J. Bier BV c. Mines de Potasse d'Alsace SA*, 30 novembre 1976, aff. C-21/76, Rec. 1976, p. 1735.

⁶⁵⁹ Pour une liste de ces chefs de compétence, cf. SCHACK, *Das internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten*, p. 326.

⁶⁶⁰ Cf. *supra*, Partie 1, II. B. 1., 2. a) et C. Pour une étude des problèmes de compétence juridictionnelle soulevés par le phénomène de la pollution transfrontière, cf. notamment BALLARINO, *Le Droit International Privé de l'Environnement*, p. 111-28; BETLEM, *Civil Liability for Transfrontier Pollution*; Id., *Transboundary Enforcement*, p. 184-229; Id., *Cross-border water pollution*, p. 159-178; BOTHE/PRIEUR/RESS (édit.), *Rechtsfragen grenzüberschreitender Umweltbelastungen*; KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Tchernobyl*, p. 33-53; KREUZER, *Umweltstörungen*, p. 245-313; MÜLLER, *Die internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Umweltbeeinträchtigungen*; MUSGER, *Grenzüberschreitende Umweltbelastungen*, p. 42-126; SCHACK, *Das internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten*, p. 315-357; SIEHR, *Grenzüberschreitender Umweltschutz*, p. 377-398; Id., *Deutsches Haftpflichtrecht für grenzüberschreitende Immissionen*, p. 55-93.

Plus particulièrement sur la problématique des centrales nucléaires proches des frontières: KLOEPFER/KOHLER, *Kernkraftwerk und Staatsgrenze*.

spécifiques. En effet, le litige en matière d'environnement entraînant l'interdiction de certaines émissions ne peut souvent pas être divisé: les conclusions tendant à la prohibition d'un certain comportement avec effet dans l'Etat du for impliquent que la prohibition aura un effet territorial général, non uniquement limité au territoire du for ou à certains pays déterminés⁶⁶¹. Une limitation territoriale de la portée de l'injonction, techniquement possible en matière de contrefaçon de droits de la propriété intellectuelle, par exemple par une interdiction d'importation, n'est souvent pas possible en matière de pollution transfrontière⁶⁶². Cette conséquence du tout ou rien amènera un juge à montrer beaucoup de retenue dans le cas d'une action préventive tendant à faire cesser un comportement entraînant une pollution imminente⁶⁶³.

b) La qualification de l'action en cessation de troubles protégeant une propriété foncière

252. On sait qu'en Allemagne, en Autriche et en Suisse, les demandes visant à prévenir ou interdire les troubles venant des biens-fonds avoisinants sont considérées comme des actions réelles (*Eigentumsklage*)⁶⁶⁴. La qualification réelle de ces injonctions selon la *lex fori* de chacun de ces Etats reviendrait, par le biais de la compétence exclusive du for de situation de l'immeuble prévue à l'art. 16 ch. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano⁶⁶⁵, non seulement à instituer une compétence extraterritoriale forcée à l'égard de l'auteur de la pollution propriétaire d'un biens-fonds sis dans un Etat tiers, mais surtout à consacrer une fragmentation des compétences parmi les différents Etats où les immeubles sont situés⁶⁶⁶ et à exclure ainsi l'unité du for dans le cas où plusieurs immeubles appartenant au même propriétaire sont visés par un même événement polluant. Ce résultat contraste

⁶⁶¹ Cf. BETLEM, *Cross-border water pollution*, p. 163.

⁶⁶² On exclut les cas où les effets de la pollution transfrontière, pour des raisons d'obstacles naturels par exemple, sont prévisibles et limités dans l'espace; par exemple, la pollution d'un fleuve ne concernera que les pays que ledit fleuve traverse.

⁶⁶³ Cf. Arr. Rb. Middelburg, *EBES*, 24 avril 1987, NJ 1989, n° 744, concernant une action contre l'exploitant d'une centrale nucléaire située en Belgique, rapporté par BETLEM, *Civil Liability for Transfrontier Pollution*, p. 101-102.

⁶⁶⁴ Cf. §§ 906 et 1004 BGB allemand; § 364 ABGB autrichien; art. 641 al. 2 CC, art. 679 CC, art. 684 al. 2 CC et art. 928 CC; cf. SCHACK, *Das internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten*, p. 327.

⁶⁶⁵ Cf. *supra*, Partie 1, II. A. 3. b).

⁶⁶⁶ Cf. SCHACK, *Das internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten*, p. 329-330.

avec celui obtenu dans les Etats, comme la France par exemple⁶⁶⁷, qui adoptent une qualification délictuelle de ce type d'actions et où l'avantage éventuel d'activer la compétence du for de l'immeuble y est déjà assuré par le chef de compétence du lieu du dommage.

253. Deux méthodes de raisonnement permettent de qualifier ces actions de délictuelles et ainsi de faire face à cette dichotomie inopportune. La première, positive, est fondée sur l'interprétation donnée par la Cour de Justice de l'art. 5 ch. 3 des Conventions. En se prononçant pour la possibilité de choisir entre le *locus actus* et le *locus damni*, la Cour n'a pas cédé au souci d'assurer une protection adéquate aux victimes de l'acte illicite ou aux sujets économiquement plus faibles. C'est bien plutôt l'administration des preuves et l'organisation utile du procès qui l'ont amenée à laisser ouvert le choix entre les deux points de rattachement⁶⁶⁸. En outre, la volonté affichée par la Cour d'interpréter largement⁶⁶⁹ et de manière autonome⁶⁷⁰ la notion de "matière délictuelle" permet de résoudre les incertitudes qui existent à l'égard de la qualification de certaines actions lorsque le dommage est subi par une propriété foncière. L'application de l'art. 5 ch. 3 à ce type d'actions présente en outre l'avantage de permettre de regrouper toutes les actions au for du défendeur/auteur du dommage, ce qui n'est pas possible si la prétention était qualifiée de réelle, vu le caractère exclusif de l'art. 16 ch. 1 des Conventions.

254. La seconde, négative, est fondée sur l'application restrictive que la Cour de Justice fait de l'art. 16 ch. 1. En effet, elle exige d'une action, afin que celle-ci puisse être considérée comme action immobilière et tomber ainsi sous l'art. 16 ch. 1, non seulement qu'elle concerne un droit réel ou qu'elle soit relative à un immeuble ou ait un lien avec un immeuble, mais

⁶⁶⁷ Cf. SCHACK, *Das internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten*, p. 327.

⁶⁶⁸ CJCE, *Handelskwerkerij G. J. Bier BV c. Mines de Potasse d'Alsace SA*, 30 novembre 1976, aff. C-21/76, Rec. 1976, p. 1735, n° 11, confirmé sur ce point par CJCE, *Mario Reichert c. Dresdner Bank AG (Reichert II)*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, Rec. 1992, p. 2149, n° 15 et CJCE, *Fiona Shevill et cons. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, p. 415, p. 435.

⁶⁶⁹ CJCE, *Kalfelis c. Banque Schröder*, 27 septembre 1988, aff. C-189/87, Rec. 1988, p. 5565; cf. les exemples donnés par DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 5073-5083.

⁶⁷⁰ CJCE, *Kalfelis c. Banque Schröder*, 27 septembre 1988, aff. C-189/87, Rec. 1988, p. 5565; cf. la doctrine unanime citée par DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 3, n° 5063, note 57.

que le droit réel lui-même soit l'objet de l'action⁶⁷¹. Par conséquent, la plupart des prétentions en cessation de troubles des propriétaires en relation avec des pollutions transfrontières, bien qu'elles exigent comme condition préalable un droit réel sur l'immeuble objet de la pollution, n'ont pas comme objet le droit réel lui-même, puisqu'elles ne produisent pas un effet *erga omnes*⁶⁷², mais seulement à l'égard des défendeurs. Elles seront dès lors qualifiées de matière délictuelle, permettant ainsi la saisine du juge du domicile, respectivement du lieu de commission de l'acte polluant⁶⁷³.

c) Les injonctions dirigées contre un Etat étranger

255. En matière de pollution transfrontière, l'auteur de l'atteinte est souvent un Etat étranger ou l'un de ses agents. La question qui se posera alors est celle de savoir si l'Etat étranger agit *iure gestionis* ou *iure imperii*; alors que dans le premier cas, l'action civile fondée sur la loi du délit est possible, dans le second cas, seule la réclamation internationale de la part de l'Etat où les dommages se sont manifestés ne sera admise⁶⁷⁴.

256. Lorsqu'il s'agit d'assigner en justice un Etat étranger responsable d'une atteinte à l'environnement, la qualification de l'action sera en principe opérée selon la *lex fori*⁶⁷⁵. Dans la pratique récente, on peut signaler un arrêt de la Cour Suprême autrichienne⁶⁷⁶ qui a refusé de reconnaître la compétence d'une cour inférieure dans une réclamation en réparation des dommages subis par un propriétaire d'un terrain de chasse contre l'Union soviétique à la suite de la catastrophe de Tchernobyl. Bien qu'elle qualifiât l'activité de pro-

⁶⁷¹ CICE, *Georges Lawrence Webb c. Lawrence Desmond Webb*, 17 mai 1995, aff. C-294/92, Rec. 1994, p. 1717, n° 14; CICE, *Norbert Lieber c. Willi S. Sörgel et Siegfried Göbel*, 9 juin 1994, aff. C-292/93, Rec. 1994, n° 13.

⁶⁷² Sur la nécessité de l'effet *erga omnes* de la prétention réelle immobilière au sens de l'art. 16 ch. 1 de la Convention de Bruxelles, cf. SCHLOSSER, *Rapport*, ch. 166, p. 120.

⁶⁷³ Cf. notamment KOHLER, *Zivilrechtliche Schadenersatz- und Unterlassungsklagen*, p. 162; SCHACK, *Das internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten*, p. 329-330, Id., *Entscheidungszuständigkeiten in einem weltweiten Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen*, p. 952.

⁶⁷⁴ Cf. SCHACK, *Das internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten*, p. 323. Sur la question en général, cf. la thèse allemande de HESS, *Staatenimmunität bei Distanzdelikten*.

⁶⁷⁵ Par exemple, *Amstgericht Bonn*, 29 septembre 1987, NJW 1988, p. 1393-1394; cf. SIEHR, *Deutsches Haftpflichtrecht für grenzüberschreitende Immissionen*, p. 60 et les auteurs cités à la note 29. Pour un avis plus nuancé, cf. HESS, *Staatenimmunität bei Distanzdelikten*, p. 402-403.

⁶⁷⁶ OGH, 13 janvier 1988, JBl 110 (1988), p. 323-325.

duction d'énergie de *iure gestionis*⁶⁷⁷, elle souligna que la seule probabilité d'une impossibilité de faire valoir le droit invoqué devant les tribunaux en Union soviétique, en raison de l'influence du pouvoir politique sur les tribunaux, n'était pas un motif suffisant pour fonder une compétence des cours autrichiennes, surtout lorsque le jugement subséquent n'avait aucune chance d'être reconnu à l'étranger. En revanche, quelques semaines plus tard, cette même Cour Suprême⁶⁷⁸ a confirmé la compétence du *Kreisgericht* de Komeuburg pour connaître d'une plainte formée par un agriculteur autrichien contre l'installation d'une centrale nucléaire en Tchécoslovaquie, distante de 100 kilomètres de sa propriété. La demande ayant été présentée contre l'Etat tchécoslovaque, la Cour dut examiner la question de l'immunité des Etats étrangers et décida que l'installation d'une centrale nucléaire, aussi bien que d'une centrale électrique, sont des actes de gestion et, par conséquent admit la compétence de la juridiction autrichienne. Elle accepta cette fois-ci la compétence d'un tribunal autrichien en raison du fait que le jugement, assorti d'une pénalité judiciaire, n'avait pas besoin d'être exécuté à l'étranger, étant donnée que l'Etat tchécoslovaque disposait de fonds en Autriche et qu'une éventuelle mesure d'exécution forcée pouvait porter sur ces avoirs. Cette exécution indirecte a cependant été critiquée par les commentateurs de l'arrêt pour non-respect de l'immunité d'exécution de l'Etat étranger⁶⁷⁹.

257. En Suisse, une action contre un Etat étranger en matière de pollution transfrontalière, même si l'on admet que cette dernière résulte d'une activité *iure gestionis*, ne sera recevable que si la cause présente un *lien suffisant* avec la Suisse⁶⁸⁰. La réalisation d'un dommage en Suisse remplira cependant en principe la condition du lien suffisant, de sorte que l'introduction d'une telle action en Suisse sera possible. Son opportunité dépendra des possibilités effectives d'exécution forcée du jugement, notamment de la présence de biens en Suisse.

⁶⁷⁷ Cette qualification a également été opérée par les tribunaux allemands, cf. SCHACK, *Das internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten*, p. 322, note 45.

⁶⁷⁸ OGH, 23 février 1988, JBl 110 (1988), p. 459-463.

⁶⁷⁹ Cf. notamment BÖHM, obs. sous l'arrêt de l'OGH du 23 février 1988, JBl 110 (1988), p. 459-463 et HESS, *Probleme der Staatenimmunität*. Le même obstacle est mentionné par KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Tchernobyl*, p. 46, dans l'hypothèse où une action contre l'Union soviétique aurait été ouverte en Suisse à la suite de l'accident de Tchernobyl et qu'un séquestre aurait été demandé en Suisse sur des biens appartenant à l'Union soviétique.

⁶⁸⁰ Cf., parmi d'autres, ATF 111 Ia 52 et 112 Ia 148. Cf. en général KREN KOSTKIEWICZ, *Staatenimmunität*, p. 244.

2. La protection extraterritoriale de la concurrence

258. L'ouverture des marchés nécessite un besoin accru de protection du consommateur individuel (a). Cet aspect de la protection extraterritoriale de la concurrence se concrétise par le développement de la protection collective des intérêts des consommateurs (b) et soulève la question de la qualité pour agir, dans le cas des litiges transfrontières, des organismes collectifs de protection désignés par les droits nationaux (c).

a) L'ouverture des marchés et le besoin accru de protection du consommateur individuel

259. L'avènement de la protection extraterritoriale de la concurrence est la conséquence indirecte de la levée des barrières douanières et économiques, largement favorisée par l'intégration européenne. Cette ouverture des marchés favorise la fourniture de marchandises et de services au-delà des frontières nationales, phénomène encore accentué par l'harmonisation accrue des comportements des consommateurs. Ce développement a provoqué la mise sur pied de politiques de *marketing* globales, allant d'une campagne de publicité mondiale pour lancer un nouveau produit jusqu'au démarchage systématique de nouveaux clients potentiels.

260. Dans ce contexte, le recours à des injonctions extraterritoriales visant la cessation d'une distorsion de la concurrence, par exemple l'interdiction de la commercialisation d'une imitation ou l'interdiction de la diffusion d'une publicité trompeuse, même s'il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau, sera de plus en plus fréquent. Les jurisprudences nationales, allemande⁶⁸¹, autrichienne⁶⁸² et suisse⁶⁸³, pour ne mentionner que celles-ci, offrent déjà mainte-

⁶⁸¹ Cf. notamment BGH, 23 octobre 1970 (interdiction faite à une entreprise anglaise de faire de la publicité déloyale dans des journaux suisses distribués également en Allemagne), GRUR 1971, p. 153-156, obs. Droste; WRP 1971, p. 26-29; BGH, 2 novembre 1995 (interdiction faite à une entreprise anglaise d'exercer une activité professionnelle en Allemagne pour défaut d'autorisation), EWIR 1996, p. 47-48, obs. Walker, Wolf-Dietrich; IPRax 1997, p. 36-38, obs. Rohe, Matthias, *ibid.*, p. 14-21; JR 1996, p. 371-376, obs. Mankowski, Peter; MDR 1996, p. 451-454, obs. Gleussner, Irmgard; NJW 1996, p. 198-200; WRP 1996, p. 104-107, obs. Bork, Reinhard, *ibid.*, p. 181-183; HansOLG Hamburg, 15 mai 1987 (interdiction faite à une entreprise allemande d'accomplir certains actes de concurrence déloyale en France), GRUR Int. 1987, p. 105.

⁶⁸² Cf. notamment OGH, 11 octobre 1988 (interdiction faite à éditeur suisse de distribuer des annuaires téléphoniques contenant de la publicité trompeuse en Autriche; intérêt pour agir reconnu, car il n'est pas à exclure que la mesure soit spontanément respectée), MuR 1988, p. 208-210; OGH, 9 octobre 1990 (interdiction faite à un fabricant de meubles italien d'exporter des imitations en Autriche), GRUR Int. 1991, p. 384-386; JBl (113) 1991, p. 800-803; OGH, 26 avril 1995

nant de nombreux exemples de telles injonctions extraterritoriales. En outre, si l'ouverture des marchés a aiguisé la lutte entre concurrents, elle a également provoqué corollairement un besoin de protection transfrontière accrue chez le consommateur individuel, amplifié encore par le développement de nouveaux canaux de distribution, tels que la vente par correspondance, la télévision ou, de manière plus générale, l'avènement du commerce électronique⁶⁶⁴. Aussi, c'est à la protection collective des intérêts des consommateurs que les deux prochaines sections sont consacrées.

b) La défense collective des intérêts individuels des consommateurs

261. La protection du consommateur individuel est mise en œuvre par les moyens de défense offerts tant par le droit des contrats que par le droit de la responsabilité délictuelle. A ce titre, les actions en cessation transfrontières sont le principal instrument mis à disposition des consommateurs par les arsenaux judiciaires nationaux⁶⁶⁵. En ce qui concerne la compétence juridictionnelle et leur potentiel extraterritorial, ces actions suivront les règles dégagées lors de l'interprétation des art. 2 al. 1, 5 ch. 3, respectivement 24 des Conventions de Bruxelles et de Lugano⁶⁶⁶. Cependant, vu les coûts inhérents à toute procédure judiciaire transfrontière et les faibles intérêts individuels en jeu en cette matière, la protection transfrontière des intérêts des consommateurs est de plus en plus assurée par des associations ou des organismes

(interdiction faite à un éditeur allemand de distribuer un journal proposant la participation à un jeu du hasard), GRUR Int. 1997, p. 53-56; JBl (116) 1996, p. 59-63; ZfRV 1995, p. 258-261.

⁶⁶³ Cf. les nombreuses références données par BAUDENBACHER, *Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung*, p. 310-320.

⁶⁶⁴ Sur le besoin accru de protection transfrontière du consommateur, cf. en général REICH, *Europäisches Verbraucherrecht* et, en particulier en matière de publicité trompeuse, Id., *Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung*.

⁶⁶⁵ Cf. Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JOCE n° L 166 du 11 juin 1998 (modifiée par la Directive 99/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JOCE L 171/12 du 7 juillet 1999).

⁶⁶⁶ Cf. *supra*, Partie 1, II. B. 1., 2. a) et C. Sur la problématique des actions en cessation transfrontières en matière de protection des consommateurs, cf., pour un point de vue suisse, BRUNNER, *Transnationale Unterlassungsklagen*, pour un point de vue allemand, BAETGE, *Das Recht der Verbandsklage*, p. 329 ss et, pour un point de vue français, KESSEDJIAN, *L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe*, p. 281-300.

publics indépendants chargés de la protection des intérêts collectifs des consommateurs⁶⁸⁷.

262. La qualité pour agir de ces associations et organismes publics indépendants pose un problème spécifique en matière d'action transfrontière. En effet, selon la théorie de l'ubiquité, une action en cessation peut être introduite soit dans l'Etat de domicile du défendeur, soit dans l'Etat du résultat de l'atteinte illicite aux intérêts du consommateur. Or, la qualité pour agir des entités de défense des intérêts collectifs des consommateurs n'est pas uniformisée en Europe. Il se peut dès lors qu'aucun des deux pays en question ne reconnaisse la qualité pour agir à telle entité dans une situation donnée. En effet, cette dernière peut soit se voir refuser la qualité pour agir par le juge étranger, d'autant plus s'il s'agit d'un organisme public, soit se voir refuser la qualité pour agir dans son propre pays, si l'action introduite vise à faire cesser une atteinte provenant d'un pays étranger⁶⁸⁸.

c) La qualité pour agir des entités de défense des intérêts des consommateurs dans les litiges transfrontières

263. Deux méthodes sont envisageables pour résoudre le conflit négatif de compétence évoqué. La première consiste à intégrer les normes de droit public étranger dans le droit international privé du for. Ainsi, la qualité pour agir d'une association ou d'un organisme public indépendant, tous deux étrangers, chargés de la défense des intérêts économiques de ses propres citoyens est déterminée de manière unilatérale par le droit national étranger. La Suisse préconise cette méthode: le renvoi de l'art. 13 LDIP, qui n'exclut pas l'application du droit public étranger du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public, permet de reconnaître à ces associations et organismes étrangers de droit public également la qualité pour agir en Suisse⁶⁸⁹. La seconde méthode consiste en l'adoption de traités multilatéraux ou de normes de droit supranational. Cette méthode est, logiquement, celle poursuivie au sein de l'Union européenne. A ce titre, le Parlement

⁶⁸⁷ Par exemple l'Ombudsman en Scandinavie ou l'Office of Fair Trading au Royaume-Uni.

⁶⁸⁸ La problématique du conflit négatif de compétence est démontrée à l'aide du droit allemand et français par REICH, *Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung*, p. 470-479. Cf. aussi, FRANCK/GOYENS, *L'action en cessation des organisations de consommateurs*, p. 27-37. En Suisse, l'art. 10 al. 2 LCD permet aux associations de protection des consommateurs d'agir en Suisse aussi contre des atteintes provenant de l'étranger, cf. BRUNNER, *Transnationale Unterlassungsklagen*, p. 129.

⁶⁸⁹ Cf. notamment BRUNNER, *Transnationale Unterlassungsklagen*, p. 140-146.

européen et le Conseil ont adopté en 1998 la Directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs⁶⁹⁰, qui entrera en vigueur le 1er janvier 2001. Cette Directive vise à faciliter l'accès à la justice des consommateurs en permettant à leurs représentants d'intenter un recours devant les autorités judiciaires des Etats membres, afin de faire cesser ou interdire des pratiques illicites au regard du droit communautaire et s'exerçant au détriment des intérêts collectifs des consommateurs. Cette Directive consacre l'action collective en cessation transfrontière, en invitant chaque Etat membre à prendre les mesures nécessaires afin que, en cas d'infraction ayant son origine dans un Etat membre, toute entité qualifiée d'un autre Etat membre, lorsque les intérêts que cette entité qualifiée vise à protéger sont lésés par l'infraction, puisse agir contre l'entreprise en question⁶⁹¹. Aussi, bien que ce ne soit pas explicitement dit dans le texte de la Directive, sa portée est de reconnaître aux organismes chargés de la protection des intérêts des consommateurs le droit d'agir en justice dans des Etats membres autres que l'Etat dont ils relèvent, pour autant qu'ils bénéficient de la qualité d'entité qualifiée au sens de la Directive. Enfin, la Directive prévoit que les droits nationaux doivent rendre possible, dans la mesure où le système légal de l'Etat membre concerné le permet, le prononcé d'une astreinte payable en mains du créancier en cas de non-respect de l'injonction du juge⁶⁹².

264. Cette reconnaissance mutuelle du droit d'action à une portée très large⁶⁹³. D'une part, elle conduit à reconnaître la compétence extraterritoriale à certaines autorités de droit public, tel que l'*Office of Fair Trading* au Royaume-Uni ou l'*Ombudsman* en Suède. Ces autorités pourront, en vertu de la Directive, protéger les consommateurs qui relèvent de leur compétence, au-delà des frontières de l'Etat dont elles dépendent. D'autre part, elle force les Etats membres qui ne reconnaissent pas, au niveau national, un droit d'action aux organisations de défense des consommateurs, à accepter les actions introduites par des organisations de défense des consommateurs

⁶⁹⁰ Cf. Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JOCE n° L 166/51 du 11 juin 1998 (modifiée par la Directive 99/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JOCE n° L 171/12 du 7 juillet 1999). Cette directive, respectivement son projet, est brièvement présentée notamment par BAETGE, *Das Recht der Verbandsklage*, p. 329 ss; BETLEM/JOUSTRA, p. 8-18; BOGDAN, p. 369-375; FRANCK/GOYENS, *La proposition de directive*, p. 95-108.

⁶⁹¹ Art. 4 (1) de la Directive.

⁶⁹² Art. 2 (1) (c) de la Directive.

⁶⁹³ Cf. notamment FRANCK/GOYENS, *La proposition de directive*, p. 104.

étrangères. Ainsi, elle met fin aux nombreuses difficultés liées aux restrictions imposées dans certains Etats à la mise en œuvre d'une action collective par les organisations de défense des consommateurs (limitation du droit d'action aux organisations nationales uniquement, limitation aux intérêts des consommateurs de l'Etat uniquement, etc.).

3. La protection extraterritoriale de la personnalité

265. La diffusion à large échelle des produits de presse et l'avènement des réseaux électroniques d'information constituent tous deux des menaces supplémentaires pour les droits de la personnalité (a). Ce développement conduit à la recherche d'une nouvelle définition du lieu de résultat en matière de délits commis par voie de presse (b) et, de manière plus générale, en matière de réseaux électroniques, à favoriser la notion de présence légale au détriment de celle de la présence virtuelle (c).

a) L'importance de la diffusion à large échelle des produits de presse

266. La protection extraterritoriale de la personnalité prend une importance croissante avec la diffusion à large échelle des produits de la presse en général⁶⁹⁴. Ce phénomène est aujourd'hui encore accentué par le développement des réseaux électroniques d'information. L'augmentation du nombre de connexions, la qualité des liaisons et leur rapidité vont encourager les utilisateurs commerciaux, mais aussi les éditeurs à employer les réseaux non comme appoint, mais comme instrument principal de leurs ventes, permettant ainsi une diffusion à large échelle de leurs produits⁶⁹⁵. Qui dit édition en réseau dit aussi protection transfrontière de la personnalité, et les premières causes connues aux Etats-Unis ou en Europe en matière de diffusion par voie électronique concernent précisément des atteintes à la personnalité d'individus ou d'entreprises. Aux Etats-Unis, la cause *Prodigy*⁶⁹⁶, portant sur des affirmations dénigrant un courtier en titres, et en Europe l'affaire Y.

⁶⁹⁴ Cf. récemment KUBIS, *Internationale Zuständigkeit*, p. 154-171; WAGNER, *Ehrenschaft und Pressefreiheit*, p. 243-285. Sur le droit de réponse en matière transfrontière, cf. en particulier, STADLER, *Die internationale Durchsetzung von Gegendarstellungsansprüchen*, p. 642-654.

⁶⁹⁵ Le rapprochement entre le fournisseur de services en ligne AOL et l'éditeur Time Warner, annoncé en décembre 1999, préfigure le développement dans ce domaine.

⁶⁹⁶ *Stratton Oakmont, Inc. & Daniel Porush v. Prodigy Services Co.*, 10 mai 1995, n° 91063/94, Sup. Ct. NY.

*Rocher*⁶⁹⁷ montrent déjà que les entreprises, autant que les particuliers, sont susceptibles d'être atteintes dans leurs intérêts personnels. Le recours massif à l'instrument de l'injonction extraterritoriale semble donc inéluctable en ce domaine.

267. La question se pose dès lors de savoir si la théorie de l'ubiquité, telle que développée par la CJCE dans l'arrêt *Mines de Potasse*, garde toute sa validité lors d'un tel délit commis par un instrument à large diffusion ou voire même sur un réseau à diffusion mondiale, pouvant dès lors avoir des résultats dans le monde entier, ce qui, en d'autres termes, constituerait une capitulation de la discipline même du conflit de juridictions.

b) La définition du lieu de résultat en matière de délit commis par voie de presse

268. On le sait, dans l'examen de la compétence juridictionnelle en matière de délit commis par voie de presse, la jurisprudence européenne n'accepte que de manière limitée le principe de l'ubiquité. L'arrêt *Shevill*⁶⁹⁸ confère en effet un plein pouvoir de cognition au lieu de domicile de l'éditeur, qui correspond souvent au lieu de commission du délit, et un pouvoir de cognition limité aux actes et à leurs conséquences sur le territoire concerné au lieu du résultat. En d'autres termes, refusant de se fonder sur le besoin de protection du lésé⁶⁹⁹, il préserve les auteurs de diffamation par la voie de la presse de n'avoir à répondre pour l'ensemble du dommage subi par la victime ailleurs que devant leur juge naturel. Le critère fondamental est celui de la proximité. Ainsi, pour les publications, "le tribunal de chaque Etat contractant dans lequel la publication diffamatoire a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation est territorialement le plus qualifié pour apprécier la diffamation commise dans cet Etat et déterminer l'étendue du préjudice correspondant"⁷⁰⁰. Cette règle entraîne une atomisation des prétentions en dommages-intérêts, la victime ne pouvant réclamer dans chaque juridiction où l'atteinte a eu lieu, excepté au domicile de

⁶⁹⁷ TGI Paris, 16 avril 1996 (injonction faite à la maison Yves Rocher de ne plus répandre sur Internet des documents relatifs à ses griefs contre le groupe BNP), mentionnée par CHASSAING, *L'Internet et le droit pénal*, D. 1996, Chron., p. 333, n. 43.

⁶⁹⁸ CJCE, *Fiona Shevill et cons. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, p. 415.

⁶⁹⁹ Cf. Lagarde, Paul, obs. à l'arrêt *Shevill*, RCDIP 85 (1996), p. 487-503, p. 498: "la compétence du tribunal du lieu du fait dommageable n'est pas une compétence de protection de la victime."

⁷⁰⁰ CJCE, *Fiona Shevill et cons. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, p. 415, n° 31.

l'auteur, que le dommage subi dans cette juridiction déterminée. Cette atomisation vaut aussi pour les actions non pécuniaires⁷⁰¹. Cependant, elle sera rarement effective en pratique. En effet, la Cour de Justice a jugé qu'en matière de délit commis par la voie de la presse un lieu de résultat n'existait au lieu où la publication a été diffusée qu'à la condition que la victime y soit connue⁷⁰². Dès lors, dans la grande majorité des cas, la victime n'aura un honneur à protéger que dans son pays de domicile, de sorte que le juge saisi dans ce pays en vertu de l'art. 5 ch. 3, en se prononçant sur le dommage subi uniquement dans cette juridiction, se prononcera indirectement sur l'ensemble du dommage⁷⁰³. Seules des célébrités connues mondialement pourront agir dans tous les pays où elles sont connues. Or, dans ce cas-là, l'action au domicile de l'éditeur rendra toutes les autres redondantes, étant donné que le juge du domicile du défendeur pourra prononcer la réparation du dommage total, respectivement une interdiction à portée mondiale⁷⁰⁴.

c) La présence virtuelle et la présence légale sur les réseaux

269. La jurisprudence *Shevill* ne se laisse pas transposer telle quelle aux délits commis sur les réseaux⁷⁰⁵. En effet, l'une des conséquences du système des réseaux est qu'il suppose que l'auteur de l'atteinte soit virtuellement présent dans tous les pays du monde. Si l'on suivait le critère de la présence virtuelle, tous les pays du monde auraient donc une compétence illimitée, en vertu du for général du domicile, pour juger d'une action - pécuniaire ou non pécuniaire - qu'intenterait un lésé en violation de ses intérêts personnels. Cette solution entraînerait des conséquences fâcheuses: les défendeurs pourraient être attirés devant n'importe quelle juridiction sans que celle-ci ne puisse jamais décliner sa compétence, la juridiction ainsi saisie aurait un pouvoir de cognition illimité justifiant par exemple le prononcé d'une injonction extraterritoriale à portée universelle, et la décision ainsi rendue serait exécutable dans tous les Etats contractants, voire tous les Etats du

⁷⁰¹ Cf. *supra*, Partie 1, II. B. 2. a) (3).

⁷⁰² CJCE, *Fiona Shevill et cons. c. Presse Alliance SA*, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Rec. 1995, p. 415, n° 29.

⁷⁰³ Cf. WAGNER, *Ehrenschaft und Pressefreiheit*, p. 280.

⁷⁰⁴ Pour une tentative de définition des lieux de résultat plus large que celle de la CJCE, cf. KUBIS, *Internationale Zuständigkeit*, p. 154-171.

⁷⁰⁵ Sur la problématique en général de la compétence en matière de réseaux électroniques, cf. notamment DESSEMONTET, *Internet*, p. 77-86; KAUFMANN-KOHLER, *Internet*, p. 89-142; KUBIS, *Internationale Zuständigkeit*, p. 171-177; MANKOWSKI, *Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht*, p. 257-276. Sur l'expérience américaine, cf. LEJEUNE, "Personal Jurisdiction", p. 17.

monde, sans possibilité d'examen portant sur la compétence juridictionnelle du tribunal qui a rendu le jugement.

270. Dès lors, en matière de réseaux et pour établir la proximité qui continuera d'être requise entre un tribunal et le défendeur, le critère de la présence *légitime* plutôt que celui de la présence virtuelle est suggéré par la jurisprudence américaine: il s'agit d'apprécier ce qui constitue un contact suffisant avec un Etat pour que les tribunaux de cet Etat puissent connaître des litiges consécutifs à l'usage d'un réseau, notamment le réseau Internet⁷⁰⁶. Lors de l'application notamment des art. 2 al. 1 et 5 ch. 3 des Conventions, quelques critères doivent être définis, afin d'éliminer les Etats dont il est évident qu'ils n'ont pas de contacts suffisants avec les faits de la cause⁷⁰⁷. Ainsi, en matière de détermination du domicile du défendeur ou du lieu de commission de l'acte, respectivement du résultat, les critères suivants peuvent être dégagés.

271. Tout d'abord, le *transit* des informations par des lignes de télécommunications ou des satellites stationnaires sis dans ou au-dessus d'un pays ne joue aucun rôle. Ensuite, la *localisation* de banques de données ou de serveurs devrait également être indifférente: l'avènement de moyens de télécommunication rapides et de vaste capacité suppose une délocalisation des infrastructures. En outre, pour des raisons évidentes de fraude, le serveur peut être situé dans un paradis numérique à la législation complaisante. En revanche, le *lieu où le service est organisé, conçu et surveillé* sera souvent suffisant pour reconnaître aux tribunaux de ce lieu la compétence juridictionnelle. Ce lieu coïncide en général avec un établissement stable de l'exploitant du serveur au sens traditionnellement connu en droit international privé. Ensuite, le *lieu de l'acte de chargement* sur le réseau du message illicite, par exemple le lieu à partir duquel une page d'accueil est chargée sur un serveur ou le lieu d'expédition d'un courrier électronique, n'est pas toujours significatif. Il peut coïncider avec l'emplacement du serveur et faire l'objet de la même critique que ce dernier⁷⁰⁸. Il peut aussi être multiple. Enfin, il peut s'avérer fortuit: le message incriminé peut partir de l'ordinateur portable

⁷⁰⁶ Cf. les arrêts mentionnés par DESSEMONTET, *Internet*, p. 77-86, KAUFMANN-KOHLER, *Internet*, p. 104, note 67 et LEJEUNE, "Personal Jurisdiction", p. 8-19.

⁷⁰⁷ Cf. les propositions de DESSEMONTET, *Internet*, p. 79.

⁷⁰⁸ Le Tribunal fédéral admet cependant, en matière de répartition de la compétence pénale intercantonale en matière d'infractions à la loi sur le droit d'auteur par le biais d'Internet, une compétence au lieu où les données ont été introduites et non au lieu d'exploitation du serveur; cf. arrêt du 11 août 1999, reproduit partiellement dans *sic!* 1999, p. 35-36 et *Medialex* 1999, p. 235-236, obs. Riklin, Franz.

d'un diffamateur en voyage. Enfin, les *contacts isolés* qu'une des parties peut avoir avec un Etat ne justifient pas non plus nécessairement la compétence des tribunaux de cet Etat. Ainsi, dans le cas où tel message diffamatoire est reçu une fois ou l'autre dans un Etat, la compétence de ce dernier ne sera pas automatiquement donnée. Ceci implique que la seule possibilité d'appeler les messages dans un Etat ne devrait donc pas suffire pour fonder la compétence juridictionnelle de ce dernier en matière civile⁷⁰⁹.

C. La protection extraterritoriale des droits procédurax

272. Alors que la protection extraterritoriale des droits *matériels* est unanimement admise, avec néanmoins un degré de protection variable selon le type de droit protégé⁷¹⁰, la protection extraterritoriale des droits *procéduraux* fait l'objet de réserves touchant à la violation de la souveraineté territoriale des Etats étrangers. Cela s'explique notamment par le fait que, d'une part, les instruments permettant d'assurer la protection de ces droits sont d'origine procédurale et, par conséquent, profondément ancrées dans la législation nationale et que, d'autre part, ils impliquent souvent l'exercice de la contrainte étatique à l'étranger. Cet avertissement étant posé, nous examinerons dans cette section la protection extraterritoriale du droit d'obtenir des preuves situées à l'étranger (1), celle du droit d'obtenir le gel des avoirs à l'étranger de l'adverse partie (2) et celle du droit de ne pas être assigné en justice à l'étranger (3).

1. Le droit d'obtenir des preuves situées à l'étranger

a) L'injonction en matière d'obtention de preuves comme catégorie particulière d'acte d'administration judiciaire

273. Dans les systèmes juridiques modernes, le droit à l'obtention des preuves découle de la Constitution et, de manière plus spécifique, du droit général à un procès équitable⁷¹¹. En procédure civile internationale, ce droit entre cependant en conflit avec le respect dû à la souveraineté des Etats étrangers. La question se pose dès lors de savoir si l'obtention des preuves situées à l'étranger peut être réalisée unilatéralement par une injonction extraterrito-

⁷⁰⁹ Le *Kammergericht* allemand admet cependant une compétence internationale au lieu où les données sur un réseau électronique peuvent être appelées. Cf. *Kammergericht*, 25 mars 1997, WM 1997, p. 2376, p. 2378 en matière de nom de domaine.

⁷¹⁰ Cf. *supra*, Partie 1, III. A. et B.

⁷¹¹ Sur l'ensemble de la question, cf. la thèse de KOFMEL, *Das Recht auf Beweis*.

riale prononcée par le juge devant laquelle l'instance est pendante ou si ce dernier doit passer par les voies de l'entraide judiciaire, seule permettant de garantir le respect de la souveraineté de l'Etat dans lequel est située la preuve.

274. En principe, toute décision judiciaire peut être de nature extraterritoriale et, par conséquent, être reconnue à l'étranger. Rien ne s'oppose à ce qu'elle exerce à l'étranger des effets comparables à ceux qu'elle déploie dans l'Etat d'origine. Le refus ou l'acceptation de la reconnaissance de certaines décisions relève uniquement d'un choix politique et non d'exigences de la logique juridique⁷¹². Aussi, un certain nombre de décisions du juge qui n'affectent pas directement les rapports juridiques entre les parties, mais qui concernent uniquement l'avancement de la procédure, ne peuvent pas, par essence, avoir de portée extraterritoriale proprement dite⁷¹³. Ces actes, dits *d'administration judiciaire*, ne sont dès lors pas susceptibles de reconnaissance à l'étranger selon les Conventions de Bruxelles et de Lugano⁷¹⁴ : on imagine mal qu'une décision fixant au défendeur un délai pour déposer sa réponse, même si ce dernier est domicilié à l'étranger, puisse rentrer dans la catégorie des actes à caractère extraterritorial, et être par conséquent reconnue, encore moins exécutée à l'étranger⁷¹⁵.

275. Nonobstant, toutes les décisions prises dans le cadre du déroulement de la procédure ne se limitent pas à régler l'avancement du procès. Certaines d'entre elles affectent également les rapports juridiques entre les parties et peuvent théoriquement faire l'objet d'une exécution à l'étranger. Il en va ainsi en particulier des décisions en matière de preuves destinées à provoquer un comportement à l'étranger, spécialement les mesures pré-contentieuses qui visent à assurer le maintien d'éléments de preuve en vue d'un procès futur⁷¹⁶.

⁷¹² Cf. SCHÜPBACH, *Essai panoramique*, p. 17-18.

⁷¹³ Cf. MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 180.

⁷¹⁴ Cf. notamment SCHLOSSER, *Rapport*, n° 187; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 25, n° 25.

⁷¹⁵ Cf. GOTTWALD, *Die internationale Zwangsvollstreckung*, p. 287; MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 180.

⁷¹⁶ Sur ce type de mesure et leur utilisation dans un contexte transnational, cf. GRONSTEDT, p. 172-224.

b) L'injonction extraterritoriale en matière d'obtention de preuves à l'étranger

276. Trois exemples issus de trois systèmes juridiques différents permettront d'illustrer le caractère particulier de l'injonction extraterritoriale en matière d'obtention de preuves à l'étranger.

(1) France: ordonnance de référé-expertise

277. Tout juge peut ordonner à un tiers, un expert notamment, de procéder à des investigations matérielles. Celles-ci seront en principe limitées au territoire du juge saisi. Cependant, la jurisprudence française a admis qu'un juge français compétent au fond puisse désigner un expert et lui assigner la mission de procéder à des investigations matérielles à l'étranger et ce sans l'accord de l'Etat concerné⁷¹⁷. Cette désignation peut, en pratique, se justifier par l'urgence qu'il y a de procéder à des constatations, en raison par exemple de la célérité avec laquelle des réparations doivent être faites dans le cadre de la garantie en raison des défauts⁷¹⁸.

278. Cette jurisprudence estime, au vu de la mission "purement technique" confiée à l'expert, que celle-ci peut s'accomplir librement sur un territoire étranger. Pareille analyse méconnaît cependant le fait que la seule origine judiciaire de la mesure d'instruction génère un conflit de souverainetés dès lors que cette dernière a une vocation extraterritoriale. En effet, peu importe que son objet, "purement technique", ne mette pas en cause, par exemple,

⁷¹⁷ Paris, 14e ch., section C, *Menegatti c. Societa Metallurgica Nava Stefano e Giuseppina*, 17 novembre 1987, JDI 115 (1989), p. 96-100, obs. Huet, André (compétence du juge français pour désigner un expert chargé de contrôler l'exécution d'une obligation en Italie); RIW 1989, p. 556-567, obs. Bloch (compétence du juge français pour désigner un expert chargé de vérifier le fonctionnement d'une installation en Allemagne; reconnaissance de la décision refusée par l'OLG Hamm); CA Versailles, 14e ch., *Sté Luxguard c. Sté SN Straco et autres*, 9 avril 1993, JCP G, 1995, n° 22436, p. 200-205, obs. Rosenfeld, Pierre-André, RCDIP 84 (1995), p. 80-87, obs. Couchez, Gérard (compétence du juge français pour désigner un expert chargé de vérifier le fonctionnement d'une usine en Allemagne); Cass. civ., 1ère, *Société anonyme de droit monégasque industrie du bâtiment (SAMIB) c. Société Bachy*, 7 avril 1998, RCDIP 87 (1998), p. 459-465, obs. Muir-Watt, Horatia (compétence du juge français pour désigner un expert chargé d'examiner l'état des travaux sur un chantier à Monaco. La requête a cependant été rejetée, non pas pour des motifs d'absence de pouvoir juridictionnel, mais en raison de l'absence de compétence juridictionnelle, la condition de l'urgence que le droit français exige pour le prononcé de mesures provisoires n'étant pas réalisée en l'espèce). En Allemagne, une décision isolée rendue par l'OLG Schleswig a autorisé un expert à procéder à des investigations à l'étranger, le tribunal fondant sa compétence sur le domicile de l'expert dans son ressort (mentionnée par MEILLICKE, p. 2017-2018).

⁷¹⁸ Cf. GRONSTEDT, p. 184-186.

des informations protégées ou que la mesure puisse s'exercer sans recours à la contrainte étatique, c'est-à-dire sans rencontrer de résistance de la part soit de l'adversaire, soit de tiers détenteur de biens ou d'informations: le seul fait que, fonctionnellement, le technicien collabore au service de la justice du for suffit à en faire un auxiliaire de celle-ci, investi de l'autorité publique, et, par conséquent, à enfermer sa mission dans des limites territoriales⁷¹⁹.

279. Ainsi, pratiquement, l'exigence du concours de l'Etat local lorsque l'investigation porte sur des faits s'étant déroulés sur son territoire signifie pour l'Etat saisi de renoncer à désigner un expert et obtenir la désignation directe d'un expert dans l'Etat territorial⁷²⁰. Si l'initiative part de l'autorité elle-même, la voie à emprunter relève de l'entraide judiciaire internationale et l'expert sera alors désigné sur commission rogatoire⁷²¹. Si l'initiative part des parties elles-mêmes, elles pourront directement saisir le juge étranger du lieu d'exécution, dans la mesure où le droit de l'Etat du lieu où se trouve le moyen de preuve l'autorise⁷²².

(2) Angleterre: *Anton Piller order*

280. Le juge saisi peut aussi autoriser les parties, respectivement leurs représentants, de procéder à des investigations à l'étranger.

281. Un exemple sont les *Anton Piller orders*, inventés par les tribunaux anglais simultanément au développement des *Mareva injunctions* et baptisés d'après l'un des premiers cas où ils ont été ordonnés⁷²³. Il s'agit d'injonctions particulières permettant à une partie d'assurer de manière pré-contentieuse la préservation de preuves⁷²⁴, utilisées en particulier dans des litiges en matière de propriété intellectuelle. Le fonctionnement de ce type de mesure reflète

⁷¹⁹ Cf. AHRENS, *Grenzüberschreitende selbständige Beweisverfahren*, p. 5; Muir-Watt, Horatia, obs. à Cass. civ., 1ère, *Société anonyme de droit monégasque industrie du bâtiment (SAMIB) c. Société Bachy*, 7 avril 1998, RCDIP 87 (1998), p. 459-465, p. 464. D'un avis opposé, GRONSTEDT, p. 186.

⁷²⁰ En ce sens déjà, STÜRNER, *Das ausländische Beweissicherungsverfahren*, p. 299-301.

⁷²¹ La désignation d'un expert tombera sous le coup des actes prévus à l'art. 1 ch. 1 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale.

⁷²² La question de la reconnaissance d'une telle décision à l'étranger selon l'art. 25 en relation avec l'art. 24 des Conventions de Bruxelles et Lugano reste ouverte. Cf. *infra*, Partie I, III. C. 1. c).

⁷²³ *Anton Piller K.G. v. Manufacturing Processes Ltd* [1976] Ch.D. 55 (CA); [1976] 1 All ER 779 CA. Ils sont réglementés aujourd'hui dans le Supreme Court Act 1981, Section 33 (1).

⁷²⁴ Sur les *Anton Piller order*, cf. seulement l'ouvrage de référence anglais de GEE, *Mareva Injunctions and Anton Piller Relief*.

largement le système de la *common law* en matière de récolte de preuves; l'administration des preuves y est laissée exclusivement aux parties, sans rôle actif de la part du juge. Rendu au terme d'une procédure unilatérale, l'*Anton Piller order* autorise le représentant du demandeur⁷²⁵ de pénétrer dans les locaux de ce dernier et de consulter et conserver les documents ou pièces spécifiées par le juge, ainsi que de poser au défendeur les questions autorisées par la Cour. Le *solicitor* du demandeur agit dès lors comme une sorte d'auxiliaire de la justice. Cependant, il ne s'agit techniquement pas d'un mandat de perquisition et il ne peut pas, par conséquent, être utilisé en vue d'une *fishing expedition*⁷²⁶. En pratique, les risques d'abus sont toutefois nombreux, notamment lorsqu'œuvre un avocat zélé, ce qui risque de bafouer les droits de la défense, d'autant plus qu'entre le prononcé de l'ordre et son exécution, seules quelques heures s'écoulent, pour éviter que le défendeur ne détruise des moyens de preuve⁷²⁷. Cette pratique a cependant conduit la *House of Lords* à fixer dans l'arrêt *Universal Thermosensors Ltd v. Hibben and Others*⁷²⁸ un certain nombre de garde-fous afin d'éviter les abus, notamment en exigeant la présence pendant l'exécution d'un responsable de la défenderesse, en spécifiant les documents objets de l'ordre afin de protéger le secret d'affaires, et, finalement, en prohibant la présence sur les lieux du demandeur d'une part, mais en exigeant celle d'un *solicitor* neutre contrôlant l'exécution de la mesure.

282. La nature *in personam* des *Anton Piller orders* facilite le déploiement de leurs effets à l'étranger. Comme l'intervention de la force publique n'est pas nécessaire, le concours des autorités locales et l'introduction d'une procédure de reconnaissance sont superflus. Lorsque le défendeur est sujet à la

⁷²⁵ Aucun fonctionnaire judiciaire ne participe à l'exécution d'un tel ordre.

⁷²⁶ Cf. STRAUB, *Englische Mareva Injunctions*, p. 535.

⁷²⁷ Le procédé a été soumis à la Cour européenne des droits de l'Homme, qui l'a trouvé compatible avec les garanties procédurales de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH); cf. *Chappell v. U.K.*, 30 mars 1989, commenté par COLLINS, *Anton Piller Orders*, p. 173-176; DOCKRAY/LADDIE, *Piller Problems*, p. 601-620.

⁷²⁸ [1992] 3 All ER 257, commenté notamment par DAVENPORT, *Anton Piller Orders*, p. 555-559.

juridiction anglaise⁷²⁹, il est possible de lui enjoindre, sous la menace des sanctions du *contempt of court*, l'accès à ses locaux à l'étranger⁷³⁰.

283. Les remarques formulées à l'égard des investigations à l'étranger par un expert judiciaire valent aussi ici: le représentant du demandeur agit, fonctionnellement du moins, comme auxiliaire des autorités judiciaires anglaises investi de l'autorité publique⁷³¹, ce qui suffit à enfermer sa mission dans les limites territoriales anglaises.

(3) Etats-Unis: *pre-trial discovery*

284. Au lieu d'autoriser un tiers⁷³² ou la partie adverse⁷³³ de procéder à des investigations à l'étranger, le juge peut aussi directement impartir au tiers ou à la partie adverse de lui fournir les preuves sises à l'étranger, cependant toujours sans requérir la collaboration des autorités locales. Les exemples les plus fameux de ce type d'injonctions extraterritoriales nous sont donnés par les ordres de *pre-trial discovery* américains prononcés dans le cadre des procédures judiciaires transatlantiques⁷³⁴. En effet, aux Etats-Unis, comme

⁷²⁹ Dans *Altartext Inc. v. Advanced Data Ltd* [1985] 1 WLR 457 (Ch.D.), un *Anton Piller order* a été refusé contre une société belge, par défaut de juridiction.

⁷³⁰ Dans *Cook Industries Inc. v. Galliher* [1979] Ch 439, un *Anton Piller order* visant un appartement à Paris a été accordé, car le défendeur était domiciliée en Angleterre, où la mesure lui a aussi été notifiée.

⁷³¹ Lord DENNING, *Anton Piller K.G. v. Manufacturing Processes Ltd* [1976] Ch.D. 55, 60 (CA), le qualifie de "officer of court."

⁷³² Comme dans l'ordonnance de référé-expertise française.

⁷³³ Comme dans l'*Anton Piller order* anglais.

⁷³⁴ La doctrine allemande s'est le plus largement penchée sur les problèmes soulevés par ce genre d'injonctions dans les années 1980; cf. notamment les contributions de HABSCHIED, *Der Justizkonflikt*; HÖK, *Discovery Proceedings*; JUNKER, *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*; Id., *US-amerikanische "Discovery"*, p. 103-118; LEIPOLD, *Lex fori, Souveränität, Discovery*; LORITZ, *Transnationales Streitverfahren und Beweisrecht*, p. 141-156; MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung*; PFEIFFER, *Internationale Zusammenarbeit*, p. 77-117; SCHLOSSER, *Justizkonflikt*; STADLER, *Schutz von Unternehmensgeheimnissen*.

Pour la doctrine suisse, cf. notamment BERNET, *Pre-Trial-Discovery*; CASSANI, "Pretrial discovery" sur sol suisse, p. 10-19; FREI, *Schweizerische Unternehmen in den USA*, p. 73-80; FREI/TRECHSEL, p. 77-97; HOECHNER, p. 271-282; HONEGGER, *Amerikanische Offenlegungspflichten*; JUNOD/HIRSCH (édit.), *L'entraide judiciaire internationale*; KAUFMANN-KOHLER, *Conflits en matière d'obtention de preuves*, p. 110-120; LOBSIGER/MARKUS, p. 177-192 et p. 202-211; MEIER, ANDREAS, *Die Anwendung des Haager Beweisübereinkommens*, p. 28-44; KRAFFT, *Secret bancaire et conflits de juridiction*, p. 207-225; NOBEL, *Die Rechtshilfe in Zivilsachen*, p. 72-78; SCHNYDER, *Internationale Anus- und Rechtshilfe*, p. 1-13; SCHWAIBOLD, *Rechtshilfe in Zivil- und Strafsachen*; VOLKEN, *Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen*.

dans les autres pays de la *common law*, le déroulement de la procédure civile⁷³⁶ relève essentiellement de la maxime des débats, qui suppose une collaboration des parties beaucoup plus développée que ce n'est le cas dans les pays continentaux⁷³⁶. La demande en justice comporte un premier échange d'écritures, bref et général. Ensuite, afin d'éviter des surprises et assurer que les parties aient un accès égal aux mêmes sources, les parties sont invitées à échanger les documents importants et les dépositions écrites des futurs témoins, recueillis au cours de la procédure préparatoire, la *pre-trial discovery*. En principe, cette phase se déroule sans l'intervention du juge. Celui-ci n'intervient que pour contraindre une partie ou un tiers récalcitrant à collaborer (*subpoena*) ou pour le protéger contre une curiosité excessive de l'adverse partie (*protective order*). Le droit américain se distingue du droit anglais par l'étendue du devoir de collaboration des tiers, et par l'ampleur de l'accès aux pièces de l'adverse partie⁷³⁷. En droit américain, le devoir de remettre des documents n'est pas limité par les faits allégués dans la procédure. Au contraire, la *discovery* peut être utilisée pour découvrir des éléments de faits inconnus qui pourront servir de base à l'action, amenant parfois une partie à déposer une demande en alléguant un quelconque dommage de façon très imprécise puis à tenter de rassembler le maximum d'informations sur son adverse partie dans l'espoir de découvrir un grief propre à fonder cette prétention (*fishing expeditions*). Le devoir de produire des documents est par conséquent presque illimité. Ce genre de procédé peut évidemment conduire à de graves atteintes au secret d'affaires de la partie qui fait l'objet d'une telle mesure probatoire. En droit anglais, la *discovery* est limitée aux faits allégués. Elle peut être utilisée pour recueillir des moyens de preuves inconnus supportant des faits connus. En revanche, le

Pour la doctrine française et italienne, cf. notamment ANCEL, *Le transfert international des informations*, p. 1-12; ANDOLINA, *La cooperazione internazionale*, p. 755-796; COHEN-TANIGUCHI, *Les juridictions américaines*, p. 9 ss; TROCKER, *Il consenzioso transnazionale*, p. 619-669.

Pour la doctrine anglo-saxonne, cf. notamment BORN, *International Civil Litigation*, p. 843-934, qui donne une très bonne vision des enjeux en la matière; COLLINS, *The Hague Evidence Convention and Discovery*, p. 289-312; GERBER, *Extraterritorial Discovery*, p. 745-788; Id., *International Discovery After Aerospaciale*, p. 521-555; Id., *Obscured Visions*, p. 993-1016; MANN, *Staatliche Aufklärungspflicht*, p. 529-544; PLASTER, *The Hague Evidence Convention*, p. 185-217.

⁷³⁶ Pour une introduction à la procédure civile américaine, cf. SCHACK, *Einführung in das US-amerikanischen Zivilprozessrecht*.

⁷³⁶ Les dernières modifications législatives intervenues en 1993 n'ont rien modifié au caractère extraterritorial de la *pre-trial discovery*, cf. REIMANN, *Beyond Fishing*, p. 152-156; REMPP/LIENE-MEYER, *Auswirkungen der Änderungen der US-amerikanischen "Rules of Civil Procedure"*, p. 383-408.

⁷³⁷ Cf. LEVARDA, *A Comparative Study of U.S. and British Approaches to Discovery Conflicts*, p. 1340-1396; MORSE, *Obtaining Evidence Abroad*, p. 159-192.

devoir de produire des pièces dans les droits de procédure civile d'Europe continentale se limite en principe aux documents nommément désignés par la partie requérante, dont elle a par conséquent connaissance de l'existence.

285. L'exécution d'une *discovery* ne s'embarrasse pas des frontières nationales. La Cour Suprême des Etats-Unis a jugé⁷³⁸ que la voie de l'entraide judiciaire prévue par la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale⁷³⁹ n'était pas exclusive, ou à tout le moins prioritaire. En d'autres termes, le juge américain mettra en balance la voie conventionnelle avec la voie unilatérale du droit interne, au regard de divers critères, notamment les chances de succès d'une demande d'entraide selon les réserves faites par l'Etat concerné, les coûts et le temps nécessaires à l'exécution d'une telle demande, ou bien le fait qu'une partie puisse trouver là le moyen de faire obstacle à l'enquête en soulevant une dispense de témoigner dans l'Etat d'exécution. Par conséquent, les Etats européens invoquent leur souveraineté pour protéger les personnes domiciliées sur leur territoire et les documents qu'elles y détiennent contre la recherche de preuves au service d'une procédure étrangère⁷⁴⁰.

286. En pratique, l'application des principes de souveraineté et de stricte territorialité dans l'obtention de preuves n'est pas aussi tranchée⁷⁴¹. L'obligation des parties de satisfaire aux réquisitions du tribunal ne dépend pas du lieu de situation des pièces, mais de la position de la partie impliquée dans le procès, qui se détermine selon la *lex fori*. En effet, il n'est pas surprenant

⁷³⁸ Cf. *Société Nationale Industrielle Aérospatiale et al. v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 107 S.Ct 2542, 482 U.S. 522 (1987); ILM 26 (1987), p. 1021-1044, traduit dans RCDIP 77 (1988), p. 559-588; JZ 1987, p. 984. Les gouvernements français, allemand, suisse et britannique étaient intervenus devant la Cour en faveur de la solution contraire, cf. les mémoires dans ILM 25 (1986), p. 1519-1567. La Cour Suprême a de même attribué un caractère facultatif au recours à la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale; cf. *Volkswagenwerk AG v. Schlunk*, 486 U.S. 694 (1988). Sur les réactions provoquées au sein de la Conférence de La Haye par les deux décisions de la Cour Suprême, cf. VOLKEN, *Haager Konferenz für internationale Privatrecht*, p. 165-172 et p. 175-176.

⁷³⁹ RS 0.274.132, entrée en vigueur en Suisse le 1er janvier 1995; cf. Message du Conseil fédéral du 8 septembre 1993 concernant la ratification de quatre instruments internationaux relatifs à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale, FF 1993 III 1185-1265.

⁷⁴⁰ Pour une synthèse de l'application extraterritoriale de la loi étrangère en conflit avec le secret bancaire suisse, cf. AUBERT/BEGUIN/BERNASCONI/GRAZIANO-VON BURG/TREUILLAUD, p. 655-700.

⁷⁴¹ Cf. VOLKEN, *Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen*, p. 103-104; SCHLOSSER, *Justizkonflikt*, p. 17; Id, *Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung*, p. 497.

que les questions procédurales liées à la preuve, notamment le fardeau de la preuve, soit gouvernées par la *lex fori*. Une partie devant un juge suisse, français ou allemand n'échappe pas non plus à son obligation de produire des pièces dont elle a le contrôle en faisant valoir que celles-ci se trouvent à l'étranger⁷⁴². D'ailleurs, un juge continental se soucie peu de savoir comment la partie intimée se procurera les pièces demandées: en cas de non production, une sanction procédurale s'en suivra, à savoir que les faits allégués non prouvés seront simplement ignorés⁷⁴³. C'est notamment là que réside une grande différence entre les droits continentaux et le droit américain, ce dernier donnant au juge le pouvoir d'imposer de très importantes amendes (*fines*) au défaillant au titre de *contempt of court*⁷⁴⁴.

c) Les motifs d'exclusion de la présente étude de l'injonction extraterritoriale en matière d'obtention de preuves à l'étranger

(1) L'injonction en matière d'obtention de preuves concrétise des droits procéduraux et non des droits ancrés dans le droit privé matériel

287. L'injonction extraterritoriale en matière d'obtention de preuves se distingue de l'injonction extraterritoriale fondée sur le droit privé matériel, en ce sens qu'elle ne sert pas directement à la réalisation du droit matériel du demandeur, mais à la réalisation d'obligations procédurales des parties. La conséquence qui en découle justifie un traitement différencié de ces mesures.

⁷⁴² Cf. MEIER, ANDREAS, *Die Anwendung des Haager Beweisübereinkommens*, p. 59-66. Pour une comparaison du droit à la production de pièces et *discovery* en droit fédéral, droit cantonal vaudois, genevois et zurichois, ainsi qu'en droit anglais, cf. la thèse récente de VISSON, *Droit à la production de pièces et discovery*. La doctrine allemande s'interroge même sur l'éventuelle reprise de certaines règles de *discovery* dans le système de la ZPO allemande, cf. ROGGENBUCK, *US-amerikanische Discovery im deutschen Zivilprozess ?*, p. 76-80; STADLER, *Schriftliche Zeugenaussagen und pre-trial discovery*, p. 137-165. La même question est posée en doctrine belge, VAN LEYNSEELE/DAL, *Pour un modèle belge de la procédure de discovery ?*, p. 225-232.

⁷⁴³ Cf. BGH, dans un arrêt publié dans NJW 1986, p. 2371, dans lequel le refus par le défendeur domicilié en Italie de se soumettre à une prise de sang a été interprété au détriment de ce dernier.

⁷⁴⁴ Cf. FRCP 37 (b) (2) à l'égard des parties et FRCP 45 (e) à l'égard des tiers au procès. Dans *SEC v. Banca della Svizzera Italiana*, 92 F.R.D. 111 (SDNY 1981) par exemple, l'amende était de 50'000 dollars américains par jour de non-production. Dans la spectaculaire affaire *In re Marc Rich et Co. AG*, 707 F.2d 663 (2d Cir. 1983), *cert. denied*, 463 US 1215 (1983), rapportée notamment par FREI/TRECHSEL, *Origins and Applications of the United States-Switzerland Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, p. 93-94, la sanction du civil *contempt* était de 50'000 dollars américains par jour de non-respect de la *subpoena*, ce qui porta le montant dû sur une durée de 17 mois à 21 mio de dollars américains!

288. L'injonction fondée sur le droit privé, qu'elle soit rendue à l'issue d'une procédure principale ou d'une procédure de mesures provisoires, se voit appliquer le raisonnement du conflit de lois⁷⁴⁵. Même si les règles de conflit de lois restent pour la plupart d'essence nationale et ne provoquent pas toujours l'harmonie des décisions, le droit désigné sera en principe reconnu partout, d'autant plus que le système de conflit de lois applicable prévoira souvent des mécanismes permettant, le cas échéant, de tenir compte des lois impératives étrangères⁷⁴⁶. En revanche, la décision portant sur l'obtention de preuves situées à l'étranger consacre la réalisation de certains devoirs procéduraux d'une partie. Ces devoirs varient fortement selon le système, *common law* ou droit civil, dans lequel on se trouve, notamment en ce qui concerne les sanctions accompagnant le non-respect des obligations imposées aux parties et en ce qui concerne les destinataires possibles des injonctions. Or, le raisonnement de conflit de lois n'a traditionnellement jamais joué un rôle déterminant en droit de procédure; la règle de l'application de la *lex fori* aux règles de procédure est même considérée comme l'une des plus anciennes règles de droit international privé et jouit d'une reconnaissance dans le monde entier⁷⁴⁷. Le dogme de l'application de la *lex fori* laisse peu de place au raisonnement conflictuel⁷⁴⁸: en admettant sa compétence, le juge a implicitement déjà tranché en faveur de l'applicabilité de ses règles de procédure, y compris celles de *discovery*. Les intérêts étrangers, notamment ceux de l'Etat où est localisée la preuve⁷⁴⁹, ou les normes étrangères, notamment les dispositions sur la *discovery*⁷⁵⁰, ne seront par conséquent pas pris en consi-

⁷⁴⁵ Même si, en pratique, les mesures provisoires restent encore largement ancrées dans le droit de la procédure, qui relève de la *lex fori*, dogmatiquement l'application de la *lex causae* s'impose. Cf., parmi d'autres, MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 155. Pour une méthode d'application de la loi étrangère permettant de tenir compte des impératifs d'urgence des mesures provisoires, cf. DETHLOFF, *Ausländisches Wettbewerbsrecht*, p. 287-307.

⁷⁴⁶ Par exemple, en droit suisse, les art. 13 et 19 LDIP.

⁷⁴⁷ Cf. notamment JAECKEL, *Die Reichweite der lex fori*; KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 628 ss, en particulier n° 657-667a sur la preuve; KOBERG, *Zivilprozessuale Besonderheiten*, p. 315 ss sur les règles applicables à la preuve; GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 319-323; COESTER-WALTJEN, *Internationales Beweisrecht*, n° 102.

⁷⁴⁸ Sur un essai dogmatique d'appliquer le raisonnement de conflit de lois aux règles de procédure, cf. MEIER, *Abgrenzung von Privatrecht und Prozessrecht*, p. 1-111.

⁷⁴⁹ Le Bundesfinanzhof allemand, par exemple, a répondu à une société suisse imposable fiscalement en Allemagne, qui invoquait l'art. 273 CPS contre une demande de renseignements que "*Ihr Verhalten ist allein nach deutschem Recht, hier nach den Vorschriften des deutschen Steuerrechts, zu würdigen. Etwaige Auswirkungen der schweizerischen Strafvorschrift braucht kein anderer Staat gegen sich gelten zu lassen*", RIW 1981, p. 498.

⁷⁵⁰ La doctrine allemande, lors des débats portant sur l'art. 7 de la Convention de Rome sur le droit applicable aux obligations contractuelles craignait que cette disposition ne rende plus difficile les me-

dération comme ils le sont dans le raisonnement de conflit de lois traditionnel, soit directement par la détermination de la loi applicable, soit indirectement par le correctif de la théorie de la loi d'application immédiate. Cette différence de traitement est encore plus évidente lorsque le for naturel est situé dans le pays où se trouvent les preuves, mais que le demandeur, en saisissant un juge à l'étranger, a volontairement cherché l'application d'une loi de procédure qui lui est plus favorable, notamment parce qu'elle alourdit les obligations procédurales du défendeur.

(2) L'injonction en matière d'obtention de preuves ne vise pas que les parties au litige, mais également les tiers

289. L'injonction extraterritoriale en matière d'obtention de preuves se distingue de l'injonction extraterritoriale fondée sur le droit privé matériel sur un autre point encore. Très souvent, la première ne s'adresse même pas à une partie, mais à un tiers au procès, alors que la seconde ne pourra par définition être prononcée qu'à l'égard des parties à l'instance. La conséquence qui en découle justifie que l'extraterritorialité de ces mesures ne soit pas soumise aux mêmes règles. Cette différence se reflète aussi dans la position des tribunaux américains quant au caractère facultatif ou impératif de l'application de la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale.

290. En effet, le juge saisi du litige dispose de la compétence juridictionnelle à l'égard des parties à l'instance; cela justifiera, dans son principe, le pouvoir de prononcer une telle injonction extraterritoriale à leur égard, dans l'hypothèse où toutes les autres conditions à l'exercice d'un tel pouvoir sont remplies. Le lien d'instance implique forcément l'existence du lien suffisant exigé par la doctrine de droit international pour l'exercice de la compétence extraterritoriale⁷⁵¹. C'est justement ce pouvoir qu'invoquent les juges américains, lorsqu'ils déclarent que la preuve n'est pas localisée à l'étranger lors-

sures de défense prises en Allemagne contre les prétentions en production de pièces étrangères, notamment américaines. De manière similaire, dans l'hypothèse où un titulaire d'un compte bancaire en Suisse agit contre sa propre banque en Suisse afin de l'interdire de fournir les pièces qui lui sont demandées par une *subpoena* délivrée par une autorité américaine, on peut se demander si, malgré le droit suisse applicable au contrat entre le titulaire du compte et la banque prévoyant l'obligation de secret, le droit américain de la *discovery* pourrait trouver application par la porte de la prise en considération d'une disposition impérative d'un Etat tiers. Ceci paraît cependant hautement improbable. Sur la question, cf. MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung*, p. 275.

⁷⁵¹ Cf., pour les limites à une telle compétence juridictionnelle extraterritoriale à l'égard des parties, *supra*, Partie 1, I. B et C.

qu'elle est sous le contrôle d'une des parties au procès, ce qui implique que dans ces situations, la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger ne serait que facultative⁷⁵².

291. En revanche, ce même juge ne pourra pas forcément arguer du même pouvoir lorsqu'il voudra prononcer une injonction extraterritoriale à l'égard d'un tiers au procès. La simple possession d'éléments de preuve ou la qualité de témoin ne suffisent pas à créer ce lien suffisant autorisant le juge à enjoindre sans limitation à un tiers un certain comportement à l'étranger. Dans ce cas, et de manière logique, la jurisprudence américaine considère la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves impérative⁷⁵³.

(3) L'injonction en matière d'obtention de preuves n'est pas susceptible de reconnaissance dans l'espace judiciaire européen

292. Un troisième argument, découlant indirectement des deux précédents, est que l'injonction en matière d'obtention de preuves n'est pas susceptible de reconnaissance à l'étranger selon les Conventions de Bruxelles et de Lugano. La problématique de la distinction entre les mesures probatoires anticipées et les mesures provisoires⁷⁵⁴ dans l'espace judiciaire européen est due au libellé très large de l'art. 25 de la Convention de Bruxelles et de Lugano⁷⁵⁵. En effet, le texte même de l'art. 25 tolérerait que l'on qualifie les décisions judiciaires rendues dans le cadre de l'instruction, par conséquent les mesures probatoires *in futurum*, de décisions susceptibles d'être reconnues

⁷⁵² Cette "non-exclusivity approach" des tribunaux américains existait déjà avant l'entrée en vigueur dans ce pays de la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger; cf. *United States v. First National Bank*, 396 F. 2d 897 (2nd Cir. 1968): "It is no longer doubt that a federal court has the power to require the production of documents located in foreign countries if the court has in personam jurisdiction of the person in possession or control of the material". Cette position n'a pas changé avec l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye de 1970, comme le démontre les arrêts *In re Anschütz*, 754 F. 2d 602 (5th Cir. 1985) et *Société Nationale Industrielle Aérospatiale et al. v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 US 522, 107 S.Ct 2542.

⁷⁵³ Cf. les arrêts *Anschütz* et *Aérospatiale*, cités à la note précédente. Confirmés récemment par la *Supreme Court de New York* dans *Bank of Tokyo v. Kvaerner*, 175 Misc. 2d 408 (Sup Ct. NY C. 1998): "the deposition of a non-party national could not be compelled except by application pursuant to the Hague Convention [...]. When discovery is sought from a non-party in a foreign jurisdiction, application of the Hague Convention [...] is virtually compulsory."

⁷⁵⁴ Selon MEIER, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, p. 7, la mesure probatoire anticipée vise à sauvegarder la constatation de faits, alors que la mesure provisoire vise à sauvegarder des droits.

⁷⁵⁵ Pour un examen des rapports entre les mesures de preuves à futur et la Convention de Bruxelles, cf. KENNETT, *The Production of Evidence*, p. 342-360.

à l'étranger selon cet article⁷⁵⁶. Toutefois, la doctrine majoritaire⁷⁵⁷ et le Rapport SCHLOSSER⁷⁵⁸ refusent cette qualification en apportant deux restrictions. D'une part, il n'est pas possible d'intégrer dans le système de la Convention toutes les mesures concernant le déroulement de la procédure, au risque d'aboutir à de sérieux conflits avec les solutions adoptées par les Conventions de La Haye relatives à la procédure civile de 1954 et à l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale de 1970. Celles-ci s'appliqueront en priorité à toute mesure d'instruction en matière de preuves, en lieu et place de la Convention de Bruxelles⁷⁵⁹. D'autre part, la reconnaissance de telles mesures pourrait signifier que des mesures d'instruction affectant des tiers, par exemple des témoins, pourraient être reconnues à l'étranger⁷⁶⁰. Ni la Convention de Bruxelles, ni la Convention de Lugano, n'ont pour objectif de régler l'entraide judiciaire entre les parties et de se substituer aux accords, certes plus stricts, existant en la matière. Des mesures qui demandent à une partie de fournir des renseignements, notamment des documents, à titre d'éléments de preuve, ou qui ordonnent une expertise ou la déposition d'un témoin, ne sont pas en conséquence des mesures ou décisions au sens de la Convention⁷⁶¹. Signalons encore que, par décision du 24 mars 1995, le *Hoge Raad*⁷⁶² avait expressément posé la question à la CJCE⁷⁶³ de savoir si une audition provisoire de témoins, préalable à une pro-

⁷⁵⁶ Cf. SCHLOSSER, *Rapport*, n° 187. En doctrine, cf. notamment AHRENS, *Grenzüberschreitende selbständige Beweisverfahren*, p. 7-8; BERTI, ad Art. 11, n° 36; DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 1, n° 1609 ss; Id., vol. 2, n° 2324; HESS/VOLKKOMMER, p. 223; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 25, n° 25; MEIER, ANDREAS, *Die Anwendung des Haager Beweisübereinkommens*, p. 127; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 25, n° 7. *Contra*: cf. notamment MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 160, note 11; SCHMUTZ, p. 67-68.

⁷⁵⁷ Cf. les auteurs cités à la note précédente.

⁷⁵⁸ Cf. SCHLOSSER, *Rapport*, n° 187.

⁷⁵⁹ Cf. SCHLOSSER, *Rapport*, n° 187. Cf. aussi STÜRNER, *Das ausländische Beweissicherungsverfahren*, p. 301. D'un avis opposé, MEILICKE, p. 2018.

⁷⁶⁰ Cf. SCHLOSSER, *Rapport*, n° 187.

⁷⁶¹ Cf. BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 353; DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 2, n° 1609-1616 et n° 2451; HESS/VOLKKOMMER, p. 223; KENNETT, *The Production of Evidence*, p. 342-360; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 25, n° 25; SCHMUTZ, p. 67-69; STÜRNER, *Das ausländische Beweissicherungsverfahren*, p. 301.

Plus nuancés: MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 180-185; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 24, n° 7 et ad Art. 25, n° 9, qui suggèrent un élargissement du régime de la Convention aux mesures probatoires en général, afin de faciliter davantage l'obtention des preuves au sein de l'espace européen.

⁷⁶² L'arrêt est reproduit dans RJCL 1995/9, p. 369.

⁷⁶³ L'affaire porte le n° C-99/95.

cédure civile, participait au champ d'application de l'art. 24 de la Convention. Aucun jugement n'a été rendu à ce jour sur cette requête.

293. L'arrêt *CFEM Façades v. Bovis Construction Ltd*⁷⁶⁴ de la *High Court* anglaise illustre parfaitement cette distinction. Les parties étaient en litige devant les tribunaux français au sujet de la construction d'un immeuble commercial situé à Londres. Un expert avait été nommé par une ordonnance de référé-expertise avec la mission d'examiner l'immeuble à Londres. Les juges anglais décidèrent que l'expertise devait être ordonnée conformément à la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger, qui constitue une *lex specialis*⁷⁶⁵. En Suisse, le tribunal de district de Aarberg-Büren-Erlach⁷⁶⁶ ordonna une mesure probatoire à exécuter en Suisse en s'appuyant sur l'art. 308a ZPO BE et l'art. 24 de la Convention de Lugano, alors que la cause au principal était pendante en France, où une mesure similaire avait déjà été prononcée. En rendant cette décision, le président court-circuita l'application de la Convention de La Haye, ce qui risque de provoquer la non-reconnaissance de sa décision par le juge au principal. La demanderesse aurait dû demander devant le juge saisi au fond la désignation d'un expert par commission rogatoire.

294. Cependant, l'exclusion de l'injonction en matière d'obtention de preuves du champ d'application des décisions susceptibles de reconnaissance selon les art. 25 et suivants des Conventions ne signifie pas que cette injonction soit totalement ignorée par ces dernières. En effet, l'art. 18bis al. 2 de la Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution dans les Etats membres de l'Union européenne, des décisions en matière civile ou commerciale du 31 janvier 1998 contient une définition des mesures provisoires et conservatoires incluant les mesures urgentes destinées à assurer la conservation de preuves. Cela ne signifie pas, il est vrai, que celles-ci seront considérées comme des décisions susceptibles de reconnaissance à l'étranger selon l'art. 25 des Conventions. Même si dans certains Etats, l'obtention de preuves prend la forme de mesures provisoires, celles-ci ne sauraient être incluses dans le système de reconnaissance institué par les Conventions. Ces injonctions restent des mesures en matière d'administration de preuves, qu'il

⁷⁶⁴ 1992 ILPr. 561.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 573.

⁷⁶⁶ Ordonnance dans la cause O. AG c. F. SA, 16 octobre 1998, procédure 1050/98, non-publiée, citée par MEIER, ANDREAS, *Die Anwendung des Haager Beweisübereinkommens*, p. 129.

convient de soumettre, en raison du risque élevé de violation de la souveraineté territoriale d'un Etat étranger, aux voies de l'entraide judiciaire mises sur pied par les conventions adoptées à cet effet. Il ne saurait être question d'autoriser la récolte extraterritoriales de preuves en court-circuitant le système élaboré sous l'égide de la Conférence de La Haye sur le droit international privé⁷⁶⁷. Ainsi, la préservation urgente de preuves situées à l'étranger ne peut, si la voie de l'entraide judiciaire s'avère trop fastidieuse, être réalisée que par le dépôt d'une requête en ce sens dans l'Etat où est situé le moyen de preuve recherché.

2. Le droit d'obtenir le gel des avoirs à l'étranger de l'adverse partie

a) La *Mareva injunction* anglaise et son élargissement progressif

295. On ne présente plus la *Mareva injunction*⁷⁶⁸, mesure d'interdiction dirigée contre le défendeur *in personam*, l'interdisant sous la menace des sanctions du *contempt of court* de disposer de ses biens avant que le jugement au fond ne soit rendu⁷⁶⁹. Elle a été ordonnée en premier lieu lorsque les

⁷⁶⁷ D'ailleurs, la Proposition de règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 14 juillet 1999 abandonne cette extension de l'art. 24.

⁷⁶⁸ Cf. *supra*, Partie 1, II. C. 1. c) et 2. c). Nommée ainsi d'après l'un des premiers cas où elle fut ordonnée, *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA* [1975] 2 Lloyd's Rep. 509. La *Mareva injunction* est maintenant appelée "freezing injunction" selon les *Civil Procedure Rules 1998*, Section 25 (1) (f).

⁷⁶⁹ Nous renvoyons à d'autres pour l'étude de la *Mareva injunction*, notamment aux ouvrages de références anglais, GEE, *Mareva Injunctions and Anton Piller Relief*, et HOYLE, *The Mareva Injunction*. On lira avec intérêt sur les développements particuliers notamment les contributions récentes suivantes: CAPPER, *Worldwide Mareva Injunction*, p. 329-348; Id., *The Trans-Jurisdictional Effects*, p. 211-233; Id., *Further Trans-Jurisdictional Effects*, p. 35-40; COLLINS, *Provisional and Protective Measures*, p. 9-238; Id., *The Territorial Reach of Mareva Injunctions*, p. 189-224; DEVONSHIRE, *The Implications of Third Parties*, p. 268-285; Id., *Mareva Injunctions and Third Parties*, p. 539-563; DOHMANN/BRIGGS, « *Worldwide Mareva Injunctions* », p. 157-170; HOGAN, *The Judgments Convention and Mareva Injunctions*, p. 191-208; KAYE, *Extraterritorial Mareva Orders*, p. 12-16; MALEK/LEWIS, *Worldwide Mareva Injunctions*, p. 88-98; MATTHEWS, *Provisional and Protective Measures*, p. 190-202; MCLACHLAN, *Transnational Applications*, p. 669-676; Id., *Extraterritorial Orders*, p. 39-51; ROGERS, *The Extra-territorial Reach*, p. 231-248; ZUCKERMANN, *Mareva Injunctions*, p. 432-460; Id., *Procedural Remedies*, p. 325-341. Pour la doctrine suisse, on renvoie à notamment à BLOCH/HESS, p. 166-180; MEIER, « *Swiss Worldwide-Mareva* », p. 277-284; MERKT, *Les mesures provisoires*, p. 41-52; STOLL, *Die britische Mareva-Injunction*, p. 104-110; STRAUB, *Englische Mareva Injunctions*, p. 525-550. Pour la doctrine allemande la plus récente, on renvoie notamment à ALBRECHT, *Das EuGVÜ und der einstweilige Rechtsschutz*; GRONSTEDT, p. 225-256; GRUNERT, *Die World-wide Mareva Injunction*; HARTWIEG, *Die schnellen Rechtsbehelfe*, p. 381-390; RÖNN, p. 189-210.

tribunaux anglais étaient saisis du fond du litige et que le défendeur domicilié à l'étranger possédait des biens en Angleterre. La créativité des juges anglais a progressivement fait disparaître ces restrictions, en autorisant le prononcé de telles mesures lorsque le juge anglais n'était que le juge *d'appui* d'abord (1), puis en admettant qu'elles puissent viser des biens situés à l'étranger (2), enfin, en combinant ces deux élargissements et en autorisant le juge *d'appui* anglais de prononcer une *Mareva injunction* portant uniquement sur des biens situés à l'étranger (3).

(1) L'extension de la *Mareva injunction* au juge d'appui

296. Initialement réservée au juge compétent au fond par l'affaire *The Siskina*⁷⁷⁰, la *Mareva injunction* a connu un premier élargissement par le pouvoir de la prononcer également reconnu au juge *d'appui*. Avec l'entrée en vigueur en Angleterre en 1987 de la Convention de Bruxelles, la règle de *The Siskina* a été abandonnée. La Section 25 (1) du *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, qui met en application la Convention de Bruxelles, confère le pouvoir⁷⁷¹ aux tribunaux anglais d'ordonner des mesures provisoires dès lors que l'action est pendante ou sur le point d'être intentée dans un autre Etat contractant, d'une part, et que son objet porte sur une matière couverte par la Convention, d'autre part⁷⁷². Depuis le 1er avril 1997, avec l'entrée en vigueur du premier *Order in Council* adopté conformément à la Section 25 (3) du *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*⁷⁷³, la compétence du juge d'appui anglais n'est plus subordonnée aux deux limitations mentionnées ci-dessus⁷⁷⁴. Désormais, les tribunaux anglais ont également la

⁷⁷⁰ *Siskina (Owners of the cargo lately laden on board) v. Distos Compania Naviera S.A.* [1979] 2 AC 210.

⁷⁷¹ Cette disposition parle de *power*. Il faut entendre par ce terme le pouvoir de prononcer de telles mesures plutôt que la compétence juridictionnelle (*Zuständigkeit*) comme nous l'entendons en Suisse. Ainsi, le pouvoir de prononcer une telle mesure est indépendant de la question de savoir si le demandeur a un for en Angleterre, p. ex. parce que le défendeur y a son domicile.

⁷⁷² Le texte de la Section 25 (1) (a) et (b) est le suivant:

"25 (1) *The High Court in England and Wales or Northern Ireland shall have the power to grant interim relief where -*

(a) *proceedings have been or are to be commenced in a [Brussels or Lugano Contracting State] other than the United Kingdom ...*
(b) *they are or will be proceedings whose subject matter is within the scope of the 1968 Convention as determined by Art. I."*

⁷⁷³ Cf. Section 2 (b) *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* (Interim Relief) Order 1997 (S.I. 1997 No 302); RSC (Amendment) 1997 (S.I. 1997 No. 415 (L 2)).

⁷⁷⁴ La Section 2 du *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* (Interim Relief) Order 1997 dispose que:

compétence de prononcer des mesures provisoires, notamment des *Mareva injunctions*, alors que la procédure au fond est pendante ou sur le point de l'être dans un Etat *non contractant*⁷⁷⁶, soit n'importe où dans le monde, et que son objet n'est *pas couvert* par le champ d'application de la Convention.

(2) L'extension de la *Mareva injunction* aux avoirs à l'étranger

297. La portée territoriale de la mesure, limitée initialement aux biens sis en Angleterre, a ensuite été élargie aux biens situés à l'étranger. Alors qu'en 1987, un juge pouvait encore affirmer que la portée des *Mareva injunctions* était "*clearly limited to assets within the jurisdiction*"⁷⁷⁶, il a rapidement été constaté que cette limitation ne correspondait pas aux règles traditionnelles en matière d'injonction. En effet, les injonctions du droit anglais trouvent leur origine dans la jurisprudence de l'*Equity*, qui rattache le pouvoir d'ordonner des injonctions au lien qui unit le défendeur au for et non au lieu de situation des biens ou à la litispendance d'une action au fond. Par conséquent, du moment que le tribunal dispose de la *personal jurisdiction* sur le défendeur, il peut lui intimer tout comportement (faire ou ne pas faire), indépendamment du lieu où sont ressentis les effets⁷⁷⁷ et indépendamment du fait de savoir si le juge est saisi au fond ou intervient comme juge d'appui⁷⁷⁸. En matière de *Mareva injunctions*, il fallut attendre 1989 pour que le prin-

"The High Court in England and Wales or Northern Ireland shall have power to grant interim relief under s25 (1) of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 in relation to proceedings of the following descriptions, namely:

- (a) proceedings commenced or to be commenced otherwise than in a Brussels or Lugano Contracting State;
- (b) proceedings whose subject matter is not within the scope of the 1968 Convention as determined by Art. 1 thereof."

⁷⁷⁶ En sens contraire encore le récent arrêt *Mercedes-Benz AB v. Leiduck* [1995] 3 All ER 929, [1995] 3 WLR 718 (PC), critiqué unanimement par la doctrine; cf. ANDREWS, *Mareva relief cannot stand alone*, p. 12-14; COLLINS, *The Siskina again*, p. 8-12; SCOTT, *Extra-territorial Jurisdiction and Mareva Relief*, p. 6-8.

⁷⁷⁷ Cf. DILLON LJ dans *Ashianti v. Kashi* [1987] QB 889.

⁷⁷⁸ Le procédé est déjà mentionné dans *Penn v. Lord Baltimore* (1759) 1 Ves. Sen. 444, 27 ER 1132 où le Chancelier ordonna au défendeur de faire procéder, conformément à un contrat entre les parties, à la délimitation des provinces de Pennsylvanie et de Maryland, qui ne relevaient pourtant pas de la compétence des juridictions anglaises, en justifiant que sa mesure n'avait d'effet que *in personam*. Cf. aussi *Re Courtney, Ex parte Poland* (1840) 4 Deac. 27; Mont. & Ch. 239; [1835-1842] All ER 415; *Richard West and Partners (Inverness) Ltd Dick* [1969] 2 Ch.D. 424, CA; *Cook Industries Inc. v. Galliher* [1979] Ch.D. 439; *Alfred Dunhill Ltd v. Sunoptic S.A.* [1979] FSR 337, 368-369.

⁷⁷⁹ Cf. MCLACHLAN, *Jurisdictional Limits*, p. 46-47.

cipe de l'effet personnel de l'injonction y soit également reconnu⁷⁷⁹. Cependant, ce principe ne justifie que le prononcé de telles mesures contre les parties⁷⁸⁰. Les juges anglais ont en tenu compte, excluant du champ d'application de la *Mareva injunction* les tiers non résidents, notamment les banques auprès desquelles les fonds du débiteur sont déposés, en ajoutant dans l'ordre une clause limitant les sanctions encourues au titre du *contempt of court* au défendeur lui-même et aux tiers résidents par notification⁷⁸¹.

(3) L'extension cumulative de la *Mareva injunction* au juge d'appui et aux avoirs à l'étranger

298. Finalement, les juges anglais ont combiné les deux élargissements précédents en accordant une portée extraterritoriale à la *Mareva injunction* alors que la procédure au fond était pendante à l'étranger.

299. Le *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, dans sa forme initiale ou révisée de 1997, n'indique pas les critères de compétence auxquels est subordonnée l'intervention du juge anglais. Il n'indique pas non plus quelle est la portée des décisions que le juge peut prononcer. Au contraire, le juge est investi d'un pouvoir quasi discrétionnaire, tant quant à sa compétence

⁷⁷⁹ C'est dans l'affaire *Babanaft International Co. S.A. v. Bassatne* [1989] 2 WLR 232 (CA) que la *Court of Appeal* a pour la toute première fois prononcé une *worldwide Mareva injunction*; cf. NEILL LJ, p. 252 "there is abundant authority for the proposition that, where a defendant is personally subject to the jurisdiction of the court, an injunction may be granted in appropriate circumstances to control his activities abroad." Cependant, dans ce cas, le jugement au fond, rendu par un juge anglais, était déjà exécutoire, et c'est en exécution de ce jugement qu'une telle injonction avait été rendue, ce qui peut paraître curieux au regard de l'art. 16 ch. 5 de la Convention de Bruxelles, qui réserve la compétence exclusive en matière d'exécution des jugements aux tribunaux dans le ressort desquels l'exécution doit avoir lieu. La portée extraterritoriale de l'injonction alors que la procédure au fond était pendante en Angleterre a été confirmée et précisée dans *Derby & Co Ltd v. Weldon* (n° 3 & 4) [1989] 2 WLR 412, *Derby & Co Ltd v. Weldon* (n° 6) [1990] 2 WLR 1139.

⁷⁸⁰ Cf. GOTTWALD, *Grenzen zivilgerichtlicher Massnahmen mit Auslandswirkung*, p. 128; SCHLOSSER, *Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung*, p. 502.

⁷⁸¹ Appelée *Babanaft proviso* à l'origine, cette clause est maintenant précisée dans *Practice Direction (Mareva and Anton Piller Orders: New Forms)* [1994] 4 All ER 52. Pour une application récente, cf. *Baltic Shipping Co. v. Translink Pacific Shipping Ltd and Other*, (1995) 1 Lloyd's Rep. 673. (QB). En général, sur la protection des banques dans le cadre d'une *Mareva injunction*, cf. MALEK/LEWIS, *Worldwide Mareva Injunctions*. La jurisprudence américaine ne tient pas compte de cette distinction en acceptant par principe des mesures extraterritoriales contre des tiers en subordonnant leur admissibilité à une balance des intérêts étatiques en jeu. Cf. *United States v. First National City Bank*, 396 F.2d 341 (1968) qui a estimé que la simple présence aux États-Unis d'une succursale d'une banque étrangère était suffisante pour légitimer la portée extraterritoriale d'une injonction adressée à cette dernière par les juridictions fédérales.

qu'à la portée de ses mesures. La Section 25 (2) du *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* prévoit que:

"On an application for any interim relief under subsection (1), the court may refuse to grant that relief if, in the opinion of the court, the fact that the court has no jurisdiction apart from this section in relation to the subject matter of the proceedings in question makes it inexpedient [soulignement ajouté par l'auteur] for the court to grant it."

300. Aussi, le pouvoir discrétionnaire du juge d'appui anglais n'est limité que par l'inopportunité de la mesure à prononcer (*inexpedient* ou *inappropriate*). Nul besoin pour les parties d'être de nationalité anglaise ou d'être domiciliées en Angleterre. Il suffit que l'intimé soit présent en Angleterre ou que la notification de la citation en justice puisse se faire selon l'une des *Rules of Supreme Court Order 11*⁷⁸². La présomption légale étant en faveur de la compétence du juge, il convient dès lors de déterminer quelles sont les situations qui sont inopportunes.

301. Dans la première décision à prononcer une *worldwide Mareva injunction* en faveur d'une procédure au fond pendante à l'étranger, *Republic of Haïti v. Duvalier*⁷⁸³, la *Court of Appeal* estima que les juges anglais ne devaient prononcer une telle mesure d'appui extraterritoriale que lorsque l'affaire revêtait un caractère *exceptionnel*. La République de Haïti faisait valoir devant le Tribunal de Grande Instance de Grasse, en France, une prétention de 120 millions de dollars américains contre le dictateur déchu Jean-Claude Duvalier et les membres de sa famille. Elle requit et obtint des tribunaux anglais le prononcé d'un *worldwide freezing order* et surtout d'un *ancillary disclosure order*, mesures toutes deux inconnues du droit français. La *Court of Appeal* confirma ces mesures, en dépit du fait que la procédure au fond était pendante à l'étranger, qu'aucun membre de la famille Duvalier n'était domicilié en Angleterre et que leurs biens étaient localisés hors du territoire anglais. Le seul lien entre la prétention et la juridiction anglaise était le fait que l'argent soustrait avait transité par des comptes de *solicitors* londoniens. Les défendeurs contestèrent la compétence des juges anglais en renvoyant les requérants à saisir le juge du fond ou celui du lieu de situation des biens. Or, le droit français ne connaissait aucun remède similaire au *disclosure*

⁷⁸² Citées chez STRAUB, *Englische Mareva Injunctions*, p. 528, note 16.

⁷⁸³ [1990] 1 QB 202, [1989] WLR 261 (CA).

order anglais et les demandeurs ne connaissaient pas l'emplacement de la fortune frauduleusement soustraite. STAUGHTON LJ décrit l'injonction prononcée comme "*a most unusual measure, such as should very rarely be granted*." Nulle part dans le jugement n'est défini un tel cas "inhabituel" justifiant une telle mesure. Le tribunal se contenta de dégager les principaux traits de la prétention qui conféraient au cas ce caractère extraordinaire et estima que l'intention avérée et avouée des intimés de soustraire leurs biens de l'emprise du juge saisi au fond, cumulée avec les moyens et les efforts engagés afin de parvenir à leurs fins, ainsi que l'important montant en jeu justifiaient une coopération entre toutes les nations, et de conclure "*if ever there was a case for the exercise of the court's powers, this must be it*"⁷⁶⁴.

302. Dans deux affaires subséquentes, *Rosseel NV v. Oriental Commercial Shipping (UK) Limited*⁷⁶⁵ et *S & T Bautrading v. Nordling*⁷⁶⁶, la *Court of Appeal* refusa d'accorder une *worldwide Mareva injunction* à l'appui d'une procédure au fond pendante à l'étranger en raison de l'absence du caractère exceptionnel de l'affaire⁷⁶⁷. Dans les deux cas, la mesure était demandée au stade de l'exécution de la décision étrangère.

303. Enfin, dans l'affaire *Crédit Suisse*⁷⁶⁸, la *Court of Appeal* restitua sa portée initiale au pouvoir du juge d'appui anglais⁷⁶⁹ en estimant que les juges anglais devaient se montrer disposés à prononcer une *worldwide Mareva injunction* à l'appui d'une procédure étrangère chaque fois qu'il était opportun (*expedient*) de le faire, sans être restreints par une règle rigide limitant ce genre de remède à des cas "exceptionnels". En l'espèce, *Crédit Suisse* reprochait à Cuoghi, domicilié en Angleterre, sa complicité dans le détournement

⁷⁶⁴ [1990] 1 QB, 216-217. COLLINS, *Territorial Reach*, p. 281 a d'ailleurs lui aussi qualifié ce cas d'extrême, constituant "*the very edge of what is permissible*"; MCLACHLAN, *Extraterritorial Orders*, p. 51 se montre encore plus affirmatif: "*The English courts have misguidedly pigged-backed on their newfound ability to act in support of substantive proceedings elsewhere in Europe, by granting in Duvalier worldwide remedies against a foreigner in support of French proceedings*" et, plus loin, p. 57, qualifie la décision de "[...] perhaps [...] the most doubtful of all decisions from a public international law point of view."

⁷⁶⁵ [1990] 1 WLR 1387 (CA).

⁷⁶⁶ [1997] 3 All ER 718.

⁷⁶⁷ La Cour utilise les termes "*exceptional*" ou "*very exceptional*" [1990] 1 WLR 1387, 1389 A (CA).

⁷⁶⁸ *Crédit Suisse Fides Trust SA v. Cuoghi* [1997] 3 WLR 871; cf. *supra*, Partie 1, II. C. 1. c).

⁷⁶⁹ D'ailleurs, MILLET LJ s'étonne du refus du juge d'accorder une *worldwide Mareva injunction* dans *Rosseel* et *S & T Bautrading*, car les défendeurs étaient précisément domiciliés en Angleterre, *ibid.*, 879 C, D et G, H.

de près de 22 millions de dollars américains commis par l'un de ses employés en Suisse. Parallèlement à une action en paiement en Suisse contre l'auteur et son complice, la banque demanda et obtint des tribunaux anglais une *worldwide Mareva injunction* accompagnée d'un *ancillary disclosure order* contre Cuoghi. Elle s'engagea cependant à ne pas requérir de mesures similaires de la part d'un autre tribunal. Cuoghi attaqua la décision au motif que l'Angleterre n'était ni le pays où l'action au fond était pendante, ni le pays où les biens étaient localisés⁷⁹⁰. En outre, en accordant une telle mesure, les juges anglais remédiaient de manière non justifiée aux faiblesses des lois étrangères, étant donné que le droit suisse ne permettait pas d'enjoindre à un non résident de divulguer la localisation de biens situés à l'étranger⁷⁹¹. La Cour rejeta l'appel. Déplorant que les décisions *Duvalier*, *Rosseel* et *S & T Baurading* aient altéré le texte de la Section 25 (2) *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* en introduisant le critère du caractère exceptionnel de l'affaire, elle souligna que le test proposé par la disposition précitée était simplement celui de l'*opportunité* de la mesure⁷⁹². En revanche, la Cour a également refusé de définir les situations qui rendraient opportun le prononcé d'une mesure par le juge d'appui⁷⁹³. Seuls les principes généraux suivants ressortent de la décision:

- a) Premièrement, lorsque le défendeur et ses biens sont situés hors de la juridiction de la cour saisie au fond, le tribunal le plus approprié pour prononcer des mesures provisoires est celui qui assurera le mieux l'efficacité de la mesure, à savoir son exécution⁷⁹⁴. Lorsque la mesure agit *in rem*, comme par exemple le séquestre, il s'agit du juge du lieu de situation des biens⁷⁹⁵. Lorsque la mesure agit *in personam*, comme par exemple la *Mareva injunction* ainsi que l'*ancillary disclosure order*, il s'agit du juge du lieu où réside le destinataire de la mesure.

⁷⁹⁰ Reprenant ainsi l'argumentation de la défense dans l'affaire *Duvalier*.

⁷⁹¹ *Ibid.*, 877 D. E.

⁷⁹² *Ibid.*, 879 H - 880 A.

⁷⁹³ A juste titre, le jugement rappelle que lorsque la mesure est prononcée par le juge au fond, aucun problème de compétence exorbitante ne surgit. Le tribunal qui dispose de la compétence au fond a le pouvoir de prononcer des mesures provisoires à l'égard des parties.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, 878 A.

⁷⁹⁵ Cf. *obiter dictum* de la CJCE dans *Denilauler c. S.N.S Couchet Frères*, 21 mai 1980, aff. C-125/79, Rec. 1980, p. 1553, p. 1570.

- b) Deuxièmement, lorsque la mesure agit *in personam*, deux critères sont pertinents pour déterminer l'opportunité de la mesure⁷⁹⁶ : le lieu où la personne visée est domiciliée et la réaction probable du juge saisi au fond. Lorsqu'une requête similaire a été précédemment rejetée par le juge du fond, il est inopportun pour un tribunal anglais de l'accorder. En revanche, lorsque le juge du fond n'a pas la compétence de rendre une telle décision, par exemple parce que le défendeur est domicilié en Angleterre, l'injonction rendue par les tribunaux anglais ne devrait pas être considérée comme inopportune aux yeux du juge saisi au fond⁷⁹⁷.
- c) Troisièmement, en allant plus loin que les tribunaux suisses ne sont disposés à aller à l'encontre d'un défendeur résidant à l'étranger, le juge anglais ne cherche nullement à corriger une éventuelle lacune du droit suisse, mais simplement à venir en aide au juge suisse conformément à l'art. 24 de la Convention de Lugano et aux principes largement reconnus par la communauté internationale⁷⁹⁸. D'ailleurs, même si l'injonction vise des biens qui sont situés sur le territoire suisse, lieu où se déroule le procès au fond, celle-ci n'est pas directement exécutable en Suisse sans une décision d'exequatur préalable⁷⁹⁹.
- d) Finalement, dans l'hypothèse où l'injonction venait à empêcher ou rendre plus difficile la résolution du cas par le juge saisi au fond ou serait contradictoire ou répétitive au regard d'injonctions rendues par d'autres tribunaux, elle serait alors jugée inopportune et les tribunaux anglais hésiteraient à l'octroyer⁸⁰⁰. En l'occurrence, l'injonction n'entraîne pas en conflit avec une quelconque décision étrangère.

b) L'admissibilité des mesures réelles visant le gel d'avoirs à l'étranger dans l'espace judiciaire européen

304. Contrairement au droit anglais qui ignore la catégorie des mesures provisoires et conservatoires entraînant directement l'indisponibilité d'un bien, les droits continentaux connaissent tous une mesure de sûreté *réelle* qui vise les biens dans leur disponibilité et confère au créancier un privilège

⁷⁹⁶ [1997] 3 WLR 871, 880 A, B.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, 880 B et 882 E.

⁷⁹⁸ *Ibid.*, 878 C, D.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, 878 G.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, 882 D.

dans la saisie⁸⁰¹ : saisie-conservatoire en France⁸⁰², *Arrest* en Allemagne⁸⁰³ et *sequestro conservativo* en Italie⁸⁰⁴. La CJCE a fait une distinction claire entre les mesures prononcées par le juge *d'appui* et le juge du fond : l'octroi des premières sont notamment subordonnées à la condition de l'existence d'un *lien de rattachement réel* entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'Etat contractant du juge saisi⁸⁰⁵, alors que les secondes ne sont pas subordonnées à d'autres conditions si ce n'est la compétence du juge selon les règles de la Convention⁸⁰⁶. En revanche, elle n'a pas tranché la question de savoir s'il fallait nier à certaines mesures, en raison de leur nature réelle, le potentiel d'extraterritorialité. Au contraire, elle qualifie simplement les mesures provisoires ou conservatoires comme les "*mesures qui sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée par le juge du fond*"⁸⁰⁷, sans distinguer les mesures personnelles des mesures réelles.

305. Il en résulte, en matière de mesures prononcées par le juge saisi au fond à tout le moins, que la Cour n'exclut pas *a priori* l'extraterritorialité de ces dernières en raison uniquement de leur nature réelle⁸⁰⁸. Si elle a été ame-

⁸⁰¹ Cf. GASSMAN, p. 21-25.

⁸⁰² Art. 67-79 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

⁸⁰³ §§ 916-945 ZPO.

⁸⁰⁴ Art. 671-687 Codice di procedura civile.

⁸⁰⁵ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 40 : "c'est certainement le juge du lieu ou en tout cas de l'Etat contractant où sont situés les avoirs qui feront l'objet des mesures sollicitées qui est le mieux à même d'apprécier les circonstances qui peuvent amener à octroyer ou à refuser les mesures sollicitées ou à prescrire des modalités et des conditions que le requérant devra respecter afin de garantir le caractère provisoire et conservatoire des mesures autorisées", confirmé par CJCE, *Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, 27 avril 1999, aff. C-99/96, Rec. 1999, p. 2277.

⁸⁰⁶ CJCE, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 22. L'arrêt *Van Uden* concernait précisément des mesures prononcées par le juge selon les critères de compétence fixés par son droit national.

⁸⁰⁷ CJCE, *Reichert c. Dresdner Bank (Reichert II)*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, Rec. 1992, n° 32, confirmé par *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line*, 17 novembre 1998, aff. C-391/95, Rec. 1998, p. 7091, n° 38.

⁸⁰⁸ Cf. CJCE, *de Cavel c. dame de Cavel (de Cavel I)*, 27 mars 1979, aff. C-143/78, Rec. 1979, p. 1055 (compétence du juge de fond français pour autoriser l'apposition de scellés sur les meubles situés dans l'appartement des époux en Allemagne et pour prononcer la saisie de biens et comptes de l'épouse dans deux établissements bancaires en Allemagne); CJCE, *Denilauler c. S.N.S Couchet Frères*, 21 mai 1980, aff. C-125/79, Rec. 1980, p. 1553 (compétence du juge de fond français pour prononcer une saisie-conservatoire à l'encontre du débiteur domicilié en Allemagne sur un compte

née à refuser la reconnaissance de ces mesures, ce n'est pas au motif d'incompétence du juge d'origine. En réalité, elle exige uniquement que le droit du défendeur d'être entendu soit respecté pour qu'une mesure provisoire, personnelle ou réelle, prononcée par le juge du fond puisse être reconnue à l'étranger⁸⁰⁹. C'est cette exigence qui a conduit l'Italie⁸¹⁰ et l'Allemagne⁸¹¹ à prévoir une possibilité de séquestre contradictoire. La jurisprudence française a également démontré que la nature de la mesure n'était pas déterminante pour résoudre la question de son extraterritorialité⁸¹².

306. Cette règle ne semble pas faire l'objet de controverses, ni en doctrine continentale⁸¹³, ni en doctrine anglaise⁸¹⁴. Elle a été confirmée en matière de mesures visant des biens à l'art. 16 de la Résolution de l'*International Law Association* de 1996 qui prévoit que le "tribunal qui exerce légitimement sa compétence au fond devrait avoir le pouvoir de prendre des mesures provisoires ou conservatoires en ordonnant au défendeur en personne de bloquer ses biens, qu'elle qu'en soit la localisation"⁸¹⁵.

c) L'admissibilité des mesures visant le gel d'avoirs à l'étranger prononcées par les tribunaux suisses

307. La mesure provisoire et conservatoire réelle suisse par excellence est le séquestre selon la LP⁸¹⁶. Or, en matière de séquestre, la Suisse est encore

bancaire auprès d'une banque à Francfort); CJCE, *Brennero c. Wendel*, 27 novembre 1984, aff. C-258/83, Rec. 1984, p. 3971 (compétence du juge de fond italien pour prononcer un *sequestro conservativo* sur des biens situés en Allemagne).

⁸⁰⁹ Art. 27 ch. 2 Conventions de Bruxelles et de Lugano; CJCE, *Denilauler c. S.N.S Couchet Frères*, 21 mai 1980, aff. C-125/79, Rec. 1980, p. 1553.

⁸¹⁰ Art. 671-687 Codice di procedura civile.

⁸¹¹ §§ 916-945 ZPO.

⁸¹² Art. 48-58 et art. 557-582 Nouveau Code de procédure civile. Rappelons simplement que les arrêts de *Cavel* et *Denilauler* sont à l'origine des affaires françaises. En outre, la Cour de cassation, dans l'arrêt *Compagnie Tunisienne de Navigation c. Compagnie d'armement maritime et autres*, 30 mai 1985, RCDIP 75 (1986), p. 329-334, obs. Batiffol, Henri, a confirmé, en matière de saisie-arrest pratiquée en France entre les mains d'une banque détenant des fonds à l'étranger pour le compte du débiteur, l'obligation du tiers saisi d'inclure dans sa déclaration affirmative les avoirs déposés par son client auprès d'une succursale suisse.

⁸¹³ Cf. notamment GOTTWALD, *Grenzen zivilgerichtlicher Massnahmen mit Auslandswirkung*, p. 128; SCHLOSSER, *Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung*, p. 502.

⁸¹⁴ Cf. notamment récemment MCLACHLAN, *Jurisdictional Limits*, p. 47.

⁸¹⁵ Selon traduction publiée en langue française in JDI 123 (1997), p. 110-114.

⁸¹⁶ Pour la qualification du séquestre selon l'art. 271 LP comme mesure provisionnelle, cf. ATF 120 III 92, 93.

le seul pays à ne pas encore avoir remis en cause le for exclusif de la situation des biens à saisir⁸¹⁷ et, par conséquent, à ne pas autoriser le juge du séquestre à inclure dans son ordonnance de séquestre également des biens situés à l'étranger⁸¹⁸. Dans le contexte de la globalisation des mesures provisoires et conservatoires encouragée par les Conventions de Bruxelles et de Lugano, le séquestre suisse n'est donc pas eurocompatible sur deux points: il n'est pas contradictoire⁸¹⁹ et ne peut porter que sur des biens situés en Suisse. Certaines voix semblent cependant réclamer une correction en ce sens⁸²⁰.

308. En revanche, en matière de mesures provisoires et conservatoires *personnelles* portant sur des biens, MEIER⁸²¹ a émis la thèse que le juge suisse pouvait prononcer une sorte de "*worldwide Mareva injunction*", limitée cependant au domaine matrimonial⁸²². En se fondant sur deux arrêts non publiés de l'*Obergericht* zurichois⁸²³, il admet, à la charge de l'époux intimé, un devoir de renseignement⁸²⁴, respectivement le prononcé d'une interdiction de disposer⁸²⁵, portant les deux sur les biens situés à l'étranger. En revanche, il nie la possibilité d'enjoindre à un défendeur de rapatrier ses biens en Suisse, afin de les soumettre ici à l'exécution forcée⁸²⁶. Cette mesure serait, selon lui, une limitation non proportionnelle du droit des époux de déterminer l'emplacement de leurs biens. Une mesure de rapatriement pourrait cependant être justifiée lorsque l'intimé a transféré à l'étranger son patrimoine de manière abusive⁸²⁷ ou en violation de la loi pénale⁸²⁸.

⁸¹⁷ Art. 272 LP dispose que le séquestre est autorisé par le juge du lieu où se trouvent les biens.

⁸¹⁸ Pour un examen minutieux des problèmes que soulève l'exécution d'ordonnances de séquestre prononcées à l'étranger, cf. GASSMAN, *Arrest im internationalen Rechtsverkehr*, p. 99 ss.

⁸¹⁹ On réserve le cas du séquestre confirmé après la nouvelle procédure d'opposition de l'art. 278 LP.

⁸²⁰ Cf. notamment KAUFMANN-KOHLER, *L'exécution des décisions étrangères*, p. 564.

⁸²¹ Cf. MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 277-284, approuvé par KOCHER, p. 295-296.

⁸²² En effet, l'exclusivité du séquestre en tant que protection provisoire des créances pécuniaires empêche une application généralisée, cf. ATF 86 II 295.

⁸²³ Décisions du 4 janvier 1994 (I. ZK, Z1/LC90080) et du 9 mars 1994 (I. ZK, Z5/LC930080).

⁸²⁴ Fondé sur les art. 170 et 137 al. 2 (remplaçant l'art. 145 al. 2) CC.

⁸²⁵ Fondée sur les art. 178 et 137 al. 2 (remplaçant l'art. 145 al. 2) CC.

⁸²⁶ Cf. MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 283.

⁸²⁷ Cf. MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 283.

⁸²⁸ Cf. STAHELIN, *Die internationale Zuständigkeit der Schweiz*, p. 281.

3. Le droit de ne pas être assigné en justice à l'étranger

a) Le développement des *anti-suit injunctions* anglaises

309. A côté des *Mareva injunctions*, la jurisprudence anglaise a développé des injonctions permettant de contraindre une partie soumise à la *jurisdiction* anglaise de renoncer à poursuivre ou à commencer une procédure à l'étranger, appelée *anti-suit injunctions*. Cette mesure ne s'adresse certes pas au juge étranger, mais à la personne même, en l'interdisant, sous la menace des sanctions du *contempt of court*, d'exercer son droit d'action dans un pays tiers.

310. Issue de la jurisprudence de l'*Equity*, l'*anti-suit injunction* marquait initialement l'autorité de la *Court of Chancery* sur les autres cours anglaises en faisant interdiction à une partie de porter une action devant les tribunaux de *common law* dans des situations considérées comme contraires à l'équité⁸²⁹. Ainsi, d'un moyen visant à régler un conflit de compétence entre deux systèmes de justice parallèles à l'intérieur d'un même ordre juridique, c'est logiquement que les *anti-suit injunctions* ont été transposées dans le contexte international. Bien que découlant du pouvoir discrétionnaire du juge, ce genre de mesure est toutefois accordé à titre exceptionnel, notamment lorsqu'elle se fonde sur une clause arbitrale désignant un tribunal arbitral ayant siège en Angleterre⁸³⁰ ou une clause de prorogation de for désignant un tribunal anglais⁸³¹. De plus, cette injonction peut être accordée sur la base de la doctrine du *forum non conveniens*, lorsque l'action a été commencée à l'étranger devant un for réputé "*non conveniens*"⁸³², ou encore lorsque la conduite de la procédure à l'étranger est "*unconscionable*"⁸³³.

⁸²⁹ Sur le tout, cf. notamment BERMANN, *Anti-Suit Injunctions*, p. 589-631; HARTLEY, *Comity and the Use of Antisuit-Injunctions*, p. 487-511.

⁸³⁰ Cf. *Angeliki Charis Compania Maritima S.A. ("The Angelic Grace") v. Pagnan S.p.A.* [1995] 2 Lloyd's Rep. 87 (CA), commenté par HAU, *Durchsetzung von Zuständigkeits- und Schiedsvereinbarung*, p. 44-48.

⁸³¹ Cf. *Continental Bank N.A. v. Aeokos Compania Naviera S.A.* [1994] 1 WLR 588, [1994] 3 All ER 180 (CA), critiqué par BELL, *Anti-Suit Injunctions*, p. 204-209; BRIGGS, *Anti-European Teeth*, p. 158-163 et HAU, *Durchsetzung von Zuständigkeits- und Schiedsvereinbarung*, p. 44-48; approuvé par HARTLEY, *Jurisdiction Agreements and lis alibi pendens*, p. 549-552 et ROGERSON, *English Interference in Greek Affairs*, p. 241-244.

⁸³² Cependant, l'identité entre les règles de la doctrine du *forum non conveniens* et les conditions du prononcé d'une *anti-suit injunction*, encore ouvertement proclamée dans *Castanho v. Brown & Root (U.K.) Ltd* [1981] 1 All ER 143 (HL), a été largement tempérée par *Société Internationale Aéronautique v. Lee Kui Jak* [1987] A.C. 871 (PC), qui introduit la notion d'*international comity* dans la pesée

311. L'*anti-suit injunction* basée sur le *forum non conveniens* a récemment donné lieu à une affaire portée jusque devant la *House of Lords*⁸³⁴, qui démontre la retenue que les juges anglais exercent lorsqu'ils sont requis de prononcer une *anti-suit injunction* sur cette base, notamment lorsque l'Angleterre n'est pas le *for* naturel de la cause⁸³⁵. Suite à une catastrophe aérienne en Inde, les héritiers des huit citoyens britanniques décédés actionnèrent le constructeur Airbus au Texas, au motif que Airbus avait déjà livré par le passé des avions dans cet Etat. Airbus s'adressa alors aux juges anglais du domicile des demandeurs, requérant l'interdiction de cette action au Texas, par crainte de *punitive damages* élevés. La *House of Lords* fit appel à la notion de *comity*, qui exige que l'Angleterre ait un intérêt ou un rapport suffisant avec la cause en question pour justifier le prononcé d'une *anti-suit injunction*⁸³⁶. Or, cet intérêt, respectivement ce rapport, suffisant faisait défaut. En outre, comme il s'agissait d'un cas de responsabilité délictuelle, une injonction basée sur une obligation préexistante de porter le litige en Angleterre, soit devant un juge, soit devant un arbitre, faisait également défaut. De plus, les juges estimèrent que l'Angleterre n'était pas le *for* naturel de cette action; l'Inde, en tant que lieu de la catastrophe aérienne, était le pays le plus approprié; la France l'était également, en tant que lieu de domicile du défendeur. Si l'Angleterre avait été le *for* naturel, il semble probable qu'une *anti-suit injunction* aurait été prononcée, l'action introduite au Texas ayant été considérée vexatoire et oppressive⁸³⁷. L'alternative ne mettant pas en jeu un *for* anglais, les juges estimèrent qu'il n'appartenait pas au juge anglais de jouer au policier du monde, du moins aussi longtemps que n'existait pas un système de compétences juridictionnelles unifié.

entre les deux *fors* concurrents. Enfin, *Airbus Industrie G.I.E. v. Jaisukh Arjun Bhai Patel and Others* [1998] 2 WLR 686 (HL) a définitivement consacré le critère de la *comity* comme déterminant pour le prononcé d'une *anti-suit injunction*.

⁸³³ *British Airways Board v. Laker Airways Ltd* [1985] A.C. 58, 81, 95; *Midland Bank plc v. Laker Airways Ltd*, [1986] QB 689, 704, 711.

⁸³⁴ *Airbus Industrie G.I.E. v. Jaisukh Arjun Bhai Patel and Others* [1998] 2 WLR 686 (HL).

⁸³⁵ Cette affaire n'est d'ailleurs pas passée inaperçue parmi les commentateurs anglais, cf. notamment BRIGGS, *Unrestrained Reach of Anti-suit Injunction*, p. 90-102; FENTIMAN, *Antisuit Injunctions*, p. 46-48; *Id.*, *Comity and Antisuit Injunction*, p. 467-469; HARRIS, *The Anti-suit Injunction Link*, p. 477-498; *Id.*, *Anti-suit injunctions - a Home Comfort ?*, p. 413-422; MALES, *Comity and anti-suit injunctions*, p. 543-551; PEEL, *Anti-Suit Injunctions*, p. 543-546.

⁸³⁶ [1998] 2 WLR 686, 698-699.

⁸³⁷ Cf. PEEL, *Anti-Suit Injunctions*, p. 544.

b) L'admissibilité des *anti-suit injunctions* dans les autres pays européens

312. L'*anti-suit injunction* est une institution judiciaire inconnue en tant que telle sur le continent. Il n'existe pas de prétention légale à ne pas être assigné en justice devant une juridiction étrangère⁸³⁸; la sanction s'opère le cas échéant par le refus de reconnaissance de la décision rendue au for contesté. Il faut dès lors pouvoir justifier d'une prétention propre afin d'obtenir de la part d'un juge continental une injonction interdisant le demandeur de saisir un juge déterminé.

313. On peut envisager tout d'abord une base *contractuelle*. L'engagement de ne pas procéder à l'étranger est cependant extrêmement rare. On peut également imaginer les clauses de prorogation de for exclusives⁸³⁹ ou les clauses arbitrales⁸⁴⁰ comme contenant un engagement implicite de ne pas saisir le tribunal dérogé. La qualification de l'élection de for comme contrat de procédure n'ayant qu'un caractère lié au procès en cours pourrait éventuellement amener à conclure à l'inexistence d'une prétention autonome susceptible d'être l'objet d'une action en exécution. Or, depuis que le Tribunal fédéral a jugé qu'une clause de prorogation de for constituait un contrat "*sui generis*"⁸⁴¹, l'existence d'une prétention autonome ne saurait être exclue *a priori*. En pratique cependant, le respect de la clause d'élection de for sera réalisé en soulevant l'exception appropriée devant le juge saisi à tort.

314. La recherche d'une base *délictuelle* s'avère plus difficile⁸⁴². Dans quelle mesure l'introduction d'une action à l'étranger constitue-t-elle un acte illicite en Suisse ? Sans pousser plus loin l'examen, il semble difficile de trouver une norme de droit suisse protégeant l'individu contre l'introduction par une tierce partie d'une demande en justice à l'étranger. En outre, le critère de l'abus de droit est trop vague et ne permet pas de justifier une prétention dé-

⁸³⁸ Cf. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 1118.

⁸³⁹ Cf. notamment BAUM, p. 194; KURTH, p. 60; SCHLOSSER, *Justizkonflikt*, p. 37; SCHRÖDER, p. 531; STÜRNER, *Der Justizkonflikt*, p. 52. *Contra*: SCHACK, *Versagung der deutschen internationalen Zuständigkeit*, p. 55-56.

⁸⁴⁰ Cf. KURTH, p. 74, mais qui relève l'irrélevance de l'hypothèse, en raison de l'obligation de tenir compte de l'exception d'arbitrage stipulée à l'art. 2 ch. 3 de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales du 10 juin 1958; SCHLOSSER, *Justizkonflikt*, p. 37.

⁸⁴¹ Cf. ATF 119 II 391, 394.

⁸⁴² En droit allemand, cf. BAUM, p. 195-197; KURTH, p. 82; SCHRÖDER, p. 539-544.

lictuelle⁸⁴³. Ainsi, même si l'introduction d'une action à l'étranger intervient de manière abusive, par exemple en créant à l'aide des remèdes à disposition dans ce pays (*punitive damages, discovery, class actions*, etc.) une certaine pression sur le défendeur afin de le motiver à conclure une transaction, on ne peut pas parler de situation donnant naissance à une prétention délictuelle. En effet, si le tribunal étranger est compétent en vertu de ses propres règles sur la compétence juridictionnelle, la demande ne pourra pas être qualifiée d'abusives et illicites, le demandeur dans une telle action ne faisant que provoquer l'application conforme de ces règles nationales; le *forum shopping* n'est pas une activité interdite. Par ailleurs, si cette compétence n'est pas reconnue dans l'Etat où le défendeur possède des biens ou est domicilié, le jugement étranger ne pourra tout simplement pas y être reconnu et exécuté. En revanche, si le tribunal étranger est incompétent en vertu de ses propres règles sur la compétence juridictionnelle, le défendeur dans une telle action pourra soulever l'exception d'incompétence dans l'Etat d'origine. La constatation de l'illicéité d'une telle action dans un Etat tiers par une action offensive serait dès lors redondante et non appropriée, le juge saisi de l'action au fond étant le mieux à même de décider s'il a été saisi en conformité avec les règles de compétence juridictionnelle applicables⁸⁴⁴.

c) L'admissibilité des *anti-suit injunctions* dans l'espace judiciaire européen

315. L'utilisation de ce type d'injonctions dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano pose deux problèmes, l'un en matière de compétence directe, qui concerne en particulier les tribunaux anglais, et l'autre en matière de reconnaissance, qui concerne tous les autres Etats contractants.

316. La doctrine continentale condamne clairement l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans le cadre des Conventions⁸⁴⁵. En effet, celles-ci mettent en place un système de compétences juridictionnelles impératif⁸⁴⁶, un système régitant, au moment de l'instance directe, les relations entre deux pro-

⁸⁴³ Proposé néanmoins par KURTH, p. 87.

⁸⁴⁴ Cf. SCHRÖDER, p. 544.

⁸⁴⁵ Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 2, n° 3004-3007; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 21, n° 46; HAU, *Durchsetzung von Zuständigkeits- und Schiedsvereinbarung*, p. 44-48; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 21, n° 19; MANSEL, *Grenzüberschreitende Prozessführungsverbote*, p. 335-341; PFEIFFER, *Internationale Zusammenarbeit*, p. 113-115.

⁸⁴⁶ Art. 2-18.

cédures pendantes devant des tribunaux d'Etats contractants différents⁸⁴⁷, ainsi qu'un système de reconnaissance excluant tout contrôle subséquent de la compétence du premier juge⁸⁴⁸ et permettant de régir les situations consécutives à l'existence de décisions contradictoires⁸⁴⁹. Il n'y a donc aucune place pour la création d'une "offensive version of the *lis pendens* stay"⁸⁵⁰ qui, selon certains⁸⁵¹, contreviendrait en sus à l'ordre public communautaire en vertu de l'art. 27 ch. 1 des Conventions. Aucun intérêt juridique ne serait dès lors reconnu dans ce cadre à une injonction qui interdirait au défendeur de procéder à l'étranger, à condition néanmoins qu'il s'agit d'un Etat contractant, peu importe que l'action soit basée sur un for conventionnel ou autonome. La jurisprudence anglaise, cependant, l'admet encore lorsqu'une clause arbitrale désigne un tribunal arbitral ayant siège en Angleterre⁸⁵² ou lorsqu'une clause de prorogation de for désigne un juge anglais⁸⁵³. Toutefois, en matière de clause arbitrale, la *Court of Appeal* a récemment soumis une question préjudicielle à la Cour de Justice sur la compatibilité d'une telle *anti-suit injunction* avec les art. 1 ch. 4 et 21 de la Convention de Bruxelles⁸⁵⁴. En effet, les juges anglais, selon l'interprétation que l'on donne à ces dispositions, pourraient intervenir pour faire respecter une clause arbitrale qu'ils estiment valable, alors qu'une partie a intenté une action devant un juge étranger, en l'occurrence français. Nous pensons qu'une telle procédure ne tombe pas sous le coup de l'exception d'arbitrage de l'art. 1 ch. 4; l'interdiction de la continuation de la procédure devant le tribunal étatique ne sert pas à elle seule à initier la procédure arbitrale. Les Conventions sont dès

⁸⁴⁷ Art. 21-23.

⁸⁴⁸ Sous réserve de situations assez particulières expressément prévues par l'art. 28.

⁸⁴⁹ Art. 27, notamment art. 27 ch. 3 et 27 ch. 5,

⁸⁵⁰ Selon HAU, *Durchsetzung von Zuständigkeits- und Schiedsvereinbarung*, p. 48.

⁸⁵¹ Cf. notamment SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 27-29, n° 5.

⁸⁵² Cf. *Angeliki Charis Compania Maritima S.A. (The Angelic Grace) v. Pagnan S.p.A* [1995] 2 Lloyd's Rep. 87 (CA).

⁸⁵³ Cf. *Continental Bank N.A. v. Aeolos Compania Naviera S.A.* [1994] 1 WLR 588, [1994] 3 All ER 180 (CA), où la *Court of Appeal* donna la priorité au for conventionnel de l'art. 17 de la Convention de Bruxelles par rapport à l'art. 21 sur la litispendance, bien que le juge étranger, en l'occurrence grec, était compétent en vertu de l'art. 18 de la Convention, puisque le défendeur y avait comparu sans contester sa compétence.

⁸⁵⁴ *Alfred C. Toepfer International G.m.b.H v. Société Cargill France* [1998] 1 Lloyd's Rep. 379 (CA).

lors applicables à la procédure engagée dans l'Etat tiers et une telle injonction, basée sur une clause arbitrale, doit être vouée à l'échec⁸⁵⁵.

317. La même logique devra aussi s'appliquer sur le plan de la reconnaissance à l'étranger des *anti-suit injunctions*. Une position extrême refuse même de les considérer comme relevant de la matière civile et commerciale aux sens de l'art. 1er des Conventions⁸⁵⁶. Le seul arrêt publié en la matière est l'arrêt de l'*Oberlandgericht Düsseldorf* du 10 janvier 1996⁸⁵⁷ concernant une requête d'exequatur d'une *anti-suit injunction* anglaise fondée sur une clause arbitrale désignant un tribunal arbitral ayant siège à Londres, alors que la partie adverse avait engagé une procédure ordinaire en Allemagne. Le juge allemand ne s'est pas prononcé sur la question de la reconnaissance: il refusa déjà la notification de l'injonction en Allemagne selon l'art. 13 de la Convention de La Haye de 1965 sur la notification des actes judiciaires à l'étranger en alléguant qu'elle portait atteinte à sa souveraineté. Bien que l'ordre de cesser l'action en Allemagne n'était pas adressé au tribunal lui-même, mais au défendeur personnellement, le juge de l'exequatur a néanmoins estimé que l'injonction était susceptible de violer la souveraineté allemande, car elle était en mesure de préteriter l'activité du juge dans l'accomplissement de ses tâches. Même si nous approuvons le résultat obtenu - le refus de reconnaissance de l'injonction -, nous ne partageons pas l'argumentation du tribunal de Düsseldorf. Une *anti-suit injunction* n'est pas susceptible de violer la souveraineté d'un Etat étranger, puisqu'elle s'adresse au défendeur lui-même. Dès lors, sa reconnaissance ne saurait être refusée déjà sur la base de l'art. 13 de la Convention de La Haye sur la notification des actes judiciaires à l'étranger⁸⁵⁸. En outre, la violation de la souveraineté dans le cadre de la notification d'une demande de reconnaissance et la violation de l'ordre public par la reconnaissance elle-même ne doivent pas être confondus. Comme en matière de *punitive damages*, ce n'est qu'au stade de la reconnaissance, et non pas déjà au stade de la notification de la demande que l'exception de l'ordre public doit intervenir⁸⁵⁹. Trois hypothèses peuvent alors

⁸⁵⁵ Cf. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 21, n° 19.

⁸⁵⁶ Cf. JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung*, p. 117-118.

⁸⁵⁷ OLG Düsseldorf, 10 janvier 1996, EuZW 1996, 351-352, obs. Mansel, Peter, *ibid.*, p. 335-340; EWIR 1996, p. 321-322, obs. Mankowski, Peter; IPRax 1997, p. 176-178, obs. Hau, Wolfgang, *ibid.*, p. 161-164; RIW 1996, p. 237-239; ZIP 1996, p. 294; ZJP (109) 1996, p. 221-233, obs. Stürmer, Rolf.

⁸⁵⁸ *Contra*: DÖRIG, note 1118.

⁸⁵⁹ BVerfG, 7 décembre 1994, BVerfGE 91, p. 335, EuZW 1995, p. 218-222, obs. Kronke, Herbert; EWIR 1995, p. 161-162, obs. Geimer, Reinhold; JZ 1995, p. 716-722, obs. Stadler, Astrid; NJW

se présenter. Tout d'abord, l'*anti-suit injunction* peut viser une procédure engagée dans l'Etat de reconnaissance, qui sera en principe l'Etat de domicile du défendeur. Dans ce cas, il sera aisé de refuser sa reconnaissance pour motif de contrariété avec l'ordre public matériel interne⁸⁶⁰, en alléguant que sous le régime de la Convention, aucune place n'est laissée à l'institution de l'*anti-suit injunction*. Chaque tribunal saisi peut en principe librement décider de sa compétence et de son pouvoir d'accorder une protection judiciaire à l'action déposée au fond⁸⁶¹. Ensuite, l'*anti-suit injunction* peut viser une procédure engagée dans un Etat tiers, mais situé dans l'espace judiciaire européen. Là aussi, dans la mesure où l'on admet que les Conventions de Bruxelles et de Lugano font partie intégrante de l'ordre public matériel interne, la reconnaissance devra être refusée pour les mêmes motifs que ceux permettant le refus lorsque l'*anti-suit injunction* vise une procédure engagée dans l'Etat de reconnaissance. Enfin, si l'*anti-suit injunction* vise une procédure engagée dans un Etat tiers, non contractant, les motifs découlant de la Convention tombent et il n'y a plus alors de raison de refuser l'exequatur.

1995, p. 649; RIW 1995, p. 320, p. 370, obs. Morisse, Heiko; RIW 1995, p. 705-708, obs. Heidenberger, Peter; WM 1995, p. 216-219.

⁸⁶⁰ Art. 27 ch. 1 et 3 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

⁸⁶¹ Cf. JAYME/KOHLER, *Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1995*, p. 351; PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit*, p. 779; Id., *Internationale Zusammenarbeit*, p. 115; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 27-29, n° 5. Encore plus libéral, Stürmer, Rolf, dans ses obs. à l'arrêt de l'OLG Düsseldorf, ZZZ (109) 1996, p. 221-233.

PARTIE II

LA PENALITE JUDICIAIRE EN DROIT PRIVE COMPARE EUROPEEN

318. Afin d'assurer l'exécution forcée des injonctions extraterritoriales non pécuniaires de droit privé, un ordre juridique peut prévoir soit la contrainte *directe* - dans ce cas, il négligera la personne du débiteur, vu que l'exécution forcée se fera sans son concours -, soit la contrainte *indirecte* - dans ce cas, il exercera une pression sur le débiteur afin que ce dernier exécute personnellement son obligation. La contrainte directe ne nous intéresse guère: elle reste confinée au territoire de l'autorité qui l'exerce, sous peine d'empiéter sur la souveraineté d'un Etat étranger. En revanche, l'utilisation de la contrainte indirecte en rapport avec les injonctions extraterritoriales ne procède pas de la même certitude et présente, dans les relations transfrontières, des potentiels encore largement inexploités. Le moyen de contrainte indirecte le plus répandu est la sanction pécuniaire. Celle-ci peut prendre plusieurs formes; nous l'appellerons de manière générique *pénalité judiciaire*, à laquelle cette deuxième partie est consacrée.

319. Nous avons limité notre étude de droit comparé aux pays de l'espace judiciaire européen et avons retenu les quatre principaux systèmes juridiques (France, Angleterre, Benelux et Allemagne), ainsi que le système suisse, lui-même une mosaïque formée des codes de procédure cantonaux et des peines prévues par l'art. 292 CPS. Nous avons fait passer ces diverses pénalités judiciaires dans une matrice traitant des caractères généraux, de la nature juridique, du bénéficiaire, du champ d'application et de ses limites, de la procédure menant à leur prononcé, ainsi que de certaines questions particulières propres à chaque système examiné (I - V). Enfin, nous avons établi une synthèse des constatations ainsi dégagées, incluant l'examen des pénalités judiciaires prévues par les instruments d'unification ou d'harmonisation, tant du droit matériel (Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 1994, *Principles of European Contract Law* de 1995 et Convention des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises de 1980) que du droit de procédure ou d'exécution forcée (Travaux de la Commission Storme de 1994, Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 1994 et Projet commun d'UNIDROIT et de l'*American Law Institute* (ALI) pour l'établissement des *Transnational Rules of Civil Procedure*) (VI).

I. FRANCE

A. Les caractères généraux de l'astreinte

1. Définition

320. En droit français, la contrainte indirecte s'exerce au moyen de l'astreinte⁶⁶². Il s'agit "*d'une des plus étranges et des plus originales constructions qu'ait élaborée la jurisprudence, aidée par la doctrine*"⁶⁶³. Selon son acception actuelle, l'astreinte est une *condamnation pécuniaire accessoire conditionnelle prononcée par le juge tendant à assurer l'exécution d'un jugement, dont le taux est arbitraire et le montant variable*. Cependant, aucune définition législative n'existe. La procédure se déroule en deux temps: au prononcé *comminatoire* de l'astreinte - provisoire ou définitive - par le juge suit sa *liquidation*, qui est la transformation, par le juge de l'exécution, de l'astreinte en peine pécuniaire.

2. Histoire

321. L'astreinte a été créée *ex nihilo* par la jurisprudence au lendemain de la promulgation du Code civil de 1804 et du Code de procédure civile de 1806. Les juges ont compris que leur rôle ne se limitait pas à dire le droit (*jurisdictio*), mais qu'il s'étendait aussi à l'exercice du pouvoir de contrainte (*imperium*)⁶⁶⁴. C'est probablement en 1811 que pour la première fois un

⁶⁶² S'il est un thème qui a suscité l'engouement des auteurs, c'est bien celui de l'astreinte, au sujet de laquelle le nombre des travaux est impressionnant. Cependant, ils sont pour la majeure partie obsolètes avec la consécration législative du procédé en 1972. Nous nous sommes limités à la consultation des ouvrages et articles suivants: BLANC, p. 57-66; CHABAS, *La réforme de l'astreinte*, p. 299-300; Id., *Astreintes*; ESMEIN, p. 5 ss; JEANDIDIER, p. 704-708; MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 290-307; MAZEAUD/MAZEAUD/CHABAS, n° 940-954-2; PERROT, *L'Astreinte*, p. 801-807; Id., *La coercizione per dissuasione*, p. 658-674; RUSQUEC, *Astreintes, Introduction*, Id., *Astreinte provisoire*, Id., *Astreinte définitive*; STARCK/ROLAND/BOYER, n° 460-520-5; TALLON, *L'Astreinte*, p. 474-476; TERRE/SIMLER/LEQUETTE, n° 1024-1031 et la thèse de WOOPEN.

Pour la doctrine étrangère, cf. notamment BAUER, p. 42-45; BURST, p. 82-88; DAWSON, p. 495-538; DRABE, p. 18-113; GÄRTNER, p. 24-51; FERID, « *Contempt of Court* », p. 542-569; JOLY, p. 3-19; MÜLLER-CHEN, p. 88-92; REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 33-63; STUTZ, p. 51-66; TRAICHEL, p. 60-65; TREIBMANN, p. 41-50; TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*; ZWIEGERT/KÖTZ, p. 467-484.

⁶⁶³ CHABAS, *La réforme de l'astreinte (Loi du 5 juillet 1971)*, p. 271.

⁶⁶⁴ Sur les rapports entre la *jurisdictio* et l'*imperium*, cf. récemment MAYER, *Imperium de l'arbitre*, p. 437-444.

tribunal décida d'utiliser l'astreinte⁸⁶⁵. Il sera plus tard approuvé par la Cour de cassation⁸⁶⁶. Sa création a été motivée par la nécessité impérieuse de remédier aux insuffisances du droit positif qui n'avait rien prévu pour permettre au titulaire d'un titre prononçant une obligation de faire ou de ne pas faire de contraindre son débiteur à l'exécuter en nature. En effet, l'art. 1144 CCFr. prévoit que le créancier d'une obligation de faire peut se faire autoriser à exécuter l'obligation aux frais du débiteur, alors que l'art. 1143 CCFr. permet au créancier d'une obligation de ne pas faire de demander la suppression de l'état de fait contraire à l'engagement pris et lui donne la possibilité de pourvoir au rétablissement de la situation conforme au droit aux frais du débiteur. En revanche, si l'obligation en jeu a un caractère strictement personnel, l'exécution en nature devient impossible: le débiteur peut refuser de s'exécuter en invoquant l'adage "*nemo potest praecise cogi ad factum*" interdisant toute exécution forcée et que le Code civil a implicitement consacré à l'art. 1142⁸⁶⁷. C'est donc pour permettre l'exécution en nature des obligations de faire nécessitant le concours personnel du débiteur et des obligations de ne pas faire que l'astreinte a d'abord été développée. La formation de cette sanction, puis son affermissement progressif en dépit de l'absence de fondement légal et des violentes critiques dont elle a fait l'objet⁸⁶⁸, apparaît ainsi comme la manifestation la plus typique de l'insuffisance de la simple résolution en dommages-intérêts d'une obligation qui n'est pas exécutée par son débiteur.

3. Sources

322. Régie initialement par les art. 5 à 8 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la

⁸⁶⁵ T. civ. Cray, 25 mars 1811, D. jur. gén., V° Chose jugée, n° 386.

⁸⁶⁶ Cass. civ., 28 décembre 1824, D. 1825, 1, p. 141; S. 1824, I, p. 166 (restitution de documents); affaire *Duc de Rohan*, Cass. réq., 29 janvier 1834, D. 1834, 1, p. 81; S. 1834, I, p. 129 (restitution d'un contrat); Cass. civ., 26 juillet 1854, D. 1854, 1, p. 297; S. 1855, I, p. 33; affaire *Princesse de Beaufremont*, Cass. civ., 18 mars 1878, S. 1878, I, p. 199. Bien que les juges français tenaient la légitimité de l'astreinte de l'art. 1036 de l'ancien code de procédure civile permettant au juge d'adresser des injonctions aux parties, l'astreinte n'est pas une création authentique du droit français. Les sources de l'astreinte remontent au droit romain de l'exécution contractuelle. Sur l'histoire de l'astreinte, cf. ESMEIN, p. 37.

⁸⁶⁷ Art. 1142 CCFr.: "Toute obligation de faire et de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution par le débiteur." Le principe est aussi consacré par l'expression anglaise "*one can bring a horse to the water, but nobody can make him drink.*"

⁸⁶⁸ Cf. les références citées par PLANIOL, p. 73, note 210.

procédure civile⁸⁶⁹, l'astreinte est actuellement réglée par les art. 33 à 37 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991⁸⁷⁰ portant réforme des procédures civiles d'exécution, entrée en vigueur le 1er janvier 1993, et les art. 51 à 53 de son décret d'application n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution⁸⁷¹. Parallèlement à cette législation de droit commun, le législateur est aussi intervenu en matière administrative par la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public⁸⁷², accompagnée du décret n° 81-501 du 12 mai 1981⁸⁷³ et de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative⁸⁷⁴, accompagnée de deux décrets du 3 juillet 1995⁸⁷⁵ habilitant le Conseil d'Etat à prononcer une astreinte, provisoire ou définitive, contre l'Etat et les autres personnes morales de droit public⁸⁷⁶. Enfin, l'astreinte peut aussi être prononcée par les juridictions pénales⁸⁷⁷. A côté de ces textes de portée générale, on recense d'innombrables dispositions qui assortissent d'une astreinte le pouvoir d'injonction reconnu au juge dans les domaines les plus divers. Elle est expressément prévue par le législateur en matière de production de preuves⁸⁷⁸, de communication de pièces⁸⁷⁹ et de concours à la justice en vue

⁸⁶⁹ JO 1972, p. 7181.

⁸⁷⁰ JO 1991, p. 9228, D. 1991 L. 317. Sur la révision de 1991, cf. CHABAS, *La réforme de l'astreinte*, p. 299-300; PERROT, *L'Astreinte*, p. 801-807; TALLON, *L'astreinte*, p. 474-476.

⁸⁷¹ JO 1992, p. 10530, D. 1992 L. 451.

⁸⁷² D. 1980 L. 285. Cf. la bibliographie citée par CHABAS, *Astreintes*, n° 134.

⁸⁷³ D. 1981 L. 243.

⁸⁷⁴ D. 1995 L. 177.

⁸⁷⁵ Décrets n° 95-830 et 95-831, D. 1995 L. 390 et D. 1995 L. 391.

⁸⁷⁶ Sur l'astreinte en matière administrative, on se référera à PACTEAU. Pour un cas récent, cf. CE, 21 février 1997, JCP 1997, éd. G., n° 22866, p. 298-301, obs. Lascombe, Michel.

⁸⁷⁷ Sur les astreintes en matière pénale, cf. les deux contributions de BORÉ, *Le juge pénal, l'astreinte et les condamnations à une obligation de faire*, p. 654 et FOISSIER, *Les astreintes prononcées par les juridictions pénales*, p. 641.

⁸⁷⁸ Art. 11 du nouveau Code de procédure civile.

⁸⁷⁹ Art. 134, 136, 137 et 142 du nouveau Code de procédure civile.

de la manifestation de la vérité⁸⁸⁰, ainsi qu'en matière de protection des consommateurs⁸⁸¹ et en matière de bail⁸⁸².

323. La suite de notre examen se concentrera uniquement sur l'astreinte en droit commun, régie par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

B. La nature juridique de l'astreinte

1. Astreinte et dommages-intérêts

324. Issue du droit des dommages-intérêts, l'astreinte a vu son caractère non indemnitaire définitivement consacré sur le plan législatif par la loi du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile⁸⁸³. En réalité, cette loi n'a fait que concrétiser un fameux arrêt de la 1^{ère} Chambre de la Cour de cassation du 20 octobre 1959⁸⁸⁴. Cette qualification, indépendante des dommages-intérêts, a été réaffirmée par la loi du 9 juillet 1991⁸⁸⁵, bien que le projet gouvernemental prévoyait l'imputation des sommes versées au créancier au titre de l'astreinte sur le montant définitif de la réparation qui lui était due par suite de l'inexécution de la décision rendue en sa faveur ou du retard dans l'exécution de celle-ci. L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts au stade de son prononcé d'abord: elle s'ajoute aux dommages-intérêts, tant compensatoires que moratoires, qui incombent au débiteur, sans se substituer à eux⁸⁸⁶. Le prononcé d'une astreinte n'empêche donc pas son bénéficiaire d'agir en dommages-intérêts: l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt ayant liquidé définitivement l'astreinte ne peut être opposée à une demande en dommages-

⁸⁸⁰ Art. 10 CCFr.

⁸⁸¹ Les art. 3 et 6 de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative à la protection des consommateurs consacrent le recours à l'astreinte en vue de faire cesser les agissements illicites ou de supprimer dans les types de contrat une clause abusive.

⁸⁸² La loi n° 49-972 du 21 juillet 1949 en matière d'expulsion des occupants d'un local d'habitation n'autorise cependant que des astreintes provisoires.

⁸⁸³ Art. 6 al. 1.

⁸⁸⁴ D. 1959, p. 536, obs. Holleaux, Dominique, S. 1959, p. 225; JCP 1960, II, n° 11449, obs. Mazeaud, Pierre. Cet arrêt a défini l'astreinte provisoire de *"mesure de contrainte entièrement distincte des dommages-intérêts, et qui n'est en définitive qu'un moyen de vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation."*

⁸⁸⁵ Art. 34 al. 1: *"L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts."*

⁸⁸⁶ Cf. MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 290b.

intérêts, les deux actions n'ayant pas le même objet⁸⁸⁷. Elle est dès lors une peine qui n'a pas de rapport avec le préjudice subi, de sorte qu'on peut imaginer une astreinte en l'absence de tout préjudice, et, à l'inverse, un préjudice sans condamnation à l'astreinte⁸⁸⁸. Ensuite, une fois prononcée, l'astreinte marque son indépendance par le fait qu'elle ne peut être déduite des dommages-intérêts alloués⁸⁸⁹. Corrélativement, elle ne peut être refusée sous prétexte que le préjudice n'est pas supérieur au montant de l'astreinte précédemment prononcée⁸⁹⁰. Enfin, c'est bien parce que l'astreinte ne se confond pas avec les dommages-intérêts que l'assurance de responsabilité civile ne garantit pas la condamnation à l'astreinte⁸⁹¹.

2. Astreinte et clause pénale

325. Pour preuve du lien qui unit les deux mécanismes de l'astreinte et de la clause pénale⁸⁹², on peut dégager une définition qui leur est commune: dans chacune des hypothèses, il y a fixation anticipée d'une somme à devoir à son créancier par un débiteur qui serait en état d'inexécution. Il en découle que l'astreinte, comme la clause pénale, a un caractère accessoire. Cependant, l'analogie s'arrête là. Du point de leur origine, les deux institutions diffèrent: l'astreinte est d'origine judiciaire, alors que la clause pénale est d'origine contractuelle. Du point de leur finalité ensuite, les deux institutions sont distinctes, en ce sens que le contrat de clause pénale a pour but l'exécution d'une obligation contractuelle, tandis que l'astreinte a pour but l'exécution d'une décision de justice. La Cour de cassation a mis un terme à toute incertitude en décidant qu'une convention *"qui ne pouvait ordonner une astreinte, mesure de contrainte réservée aux tribunaux pour assurer l'exécution de leurs décisions, constituait une clause pénale prévoyant l'indemnisation, par des dommages-intérêts moratoires fixés forfaitairement, du préjudice..."*⁸⁹³.

⁸⁸⁷ Jurisprudence constante: Cass. civ., 1ère, 28 février 1989, Bull. Civ. I, n° 97; D. 1989, I.R., p. 102; Cass. civ., 2e, 12 juin 1991, Bull. Civ. II, n° 180; D. 1991, I.R., p. 175; Cass. civ., 2e, 2 décembre 1992, Bull. Civ. II, n° 289; D. 1993, I.R., p. 1; JCP 1993, éd. G, IV, p. 377; Cass. soc., 21 mars 1990, Bull. Civ. V, n° 136.

⁸⁸⁸ Le juge qui prononce une astreinte n'a donc pas à s'expliquer sur l'existence, ni sur l'étendue du préjudice par le créancier (Cass. civ., 2e, 18 février 1987, Bull. Civ. II, n° 48; JCP 1987, IV, p. 138).

⁸⁸⁹ Cass. civ., 2e, 20 novembre 1991, Bull. Civ. II, n° 308; D. 1992, Somm., p. 27, obs. Penneau, A.

⁸⁹⁰ Cass. civ., 2e, 2 décembre 1992, Bull. Civ. II, n° 289; D. 1993, I.R., p. 1; JCP 1993, éd. G, IV, p. 377.

⁸⁹¹ Cass. civ., 1ère, 20 mars 1989, Bull. Civ. I, n° 122.

⁸⁹² Art. 1152 et 1229 CCFr.

⁸⁹³ Cass. civ., 1ère, 9 mars 1977, Bull. Civ. I, n° 126.

Ceci explique que l'astreinte peut être cumulée, tant avec une clause pénale qu'avec une indemnité fixée par le juge, voire avec l'exécution en nature⁸⁹⁴.

3. Astreinte et exécution forcée

326. L'astreinte est par excellence une institution hybride. Elle se situe à la jonction entre l'*imperium* et la *jurisdictio*; elle est le dernier moyen utilisé avant l'emploi effectif de la force⁸⁹⁵. En principe, l'astreinte, condamnation pécuniaire, s'ajoute à l'obligation en nature dont elle vise à provoquer, par intimidation, l'exécution. Afin d'aboutir à l'exécution effective de l'astreinte, il faudra, comme pour l'exécution d'un jugement, recourir à la force publique. A la différence d'une expulsion ou d'une saisie, le prononcé de l'astreinte ne suppose d'exécution ni sur la personne du débiteur ni sur les biens de celui-ci; elle n'est donc pas une mesure d'exécution forcée⁸⁹⁶, même si elle peut être considérée comme un moyen de pression⁸⁹⁷, de contrainte⁸⁹⁸ ou de coercition⁸⁹⁹. La Cour de cassation ne laisse aucun doute à ce sujet: *"les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour assortir leur décision d'une astreinte, mesure de contrainte, destinée à vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation"*⁹⁰⁰. Le seuil de la procédure d'exécution ne serait franchi que s'il y avait lieu de recouvrer par la contrainte le montant de l'astreinte liquidée. Le paiement de l'astreinte ne libère d'ailleurs pas le débiteur de son obligation⁹⁰¹. Un auteur a dit de l'astreinte qu'elle *"tient lieu d'exécution forcée même si elle ne participe pas à proprement parler de la nature de celle-ci"*⁹⁰².

⁸⁹⁴ Cf. RUSQUEC, *Astreintes, Introduction*, n° 70.

⁸⁹⁵ Cf. JARROSSON, p. 272.

⁸⁹⁶ Cf. seulement Cass. civ., 2e, 17 décembre 1997, JCP 1998, IV, p. 294. En revanche, cf. la qualification contraire retenue par le Tribunal fédéral en droit suisse, ATF 43 II 660, 664, cf. *infra*, Partie 2, V. B. 3.

⁸⁹⁷ Cf. BLANC, p. 57.

⁸⁹⁸ Cf. MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 290; RUSQUEC, *Astreintes, Introduction*, n° 46.

⁸⁹⁹ Cf. MAZEAUD/MAZEAUD/CHABAS, n° 943; TERRE/SIMLER/LEQUETTE, p. 779.

⁹⁰⁰ Cass. civ., 3e, 17 février 1976, Bull. Civ. III, n° 110; cf. aussi Cass. com., 19 janvier 1991, Bull. Civ. IV, n° 109; JCP 1991, IV, p. 189.

⁹⁰¹ Ainsi, elle se distingue de la saisie, qui est une mesure d'exécution dont le but immédiat est le paiement et qui réalise ce paiement.

⁹⁰² Cf. THERY, *Judex Gladii*, p. 484.

4. Astreinte et condamnation principale

327. L'astreinte est l'accessoire d'une condamnation principale qui a constaté l'existence de l'obligation. Ainsi, l'astreinte n'est pas un attribut de l'obligation, mais un acte d'autorité de justice: le débiteur n'est pas en demeure au jour où la créance est devenue exigible, mais seulement à celui - par hypothèse beaucoup plus tardif - du jugement ou même de la signification de celui-ci⁹⁰³. Le caractère accessoire se manifeste également par le fait que si la condamnation principale est annulée par suite de recours, l'astreinte, même liquidée, n'est plus recouvrable⁹⁰⁴. En cela, elle se distingue de certains autres systèmes qui érigent en infraction distincte le comportement du plaideur qui, par son refus d'exécuter le jugement le condamnant, manifeste le mépris dans lequel il tient ses juges⁹⁰⁵. Le caractère accessoire de la créance d'astreinte apparaît aussi dans d'autres circonstances, au point de lui conférer presque un caractère réel. La Cour de cassation a par exemple jugé que le vendeur d'un immeuble cède en même temps à l'acquéreur la créance d'astreinte dont il était devenu titulaire par l'effet du jugement d'un tiers⁹⁰⁶. Enfin, le caractère de condamnation accessoire de l'astreinte et non de voie d'exécution est encore accentué par le fait que l'astreinte est prononcée en même temps que la condamnation principale. Cependant, l'art. 33 al. 2 de la loi du 9 juillet 1991 admet implicitement qu'elle puisse aussi être prononcée ultérieurement, dans une procédure séparée⁹⁰⁷ ou dans une procédure d'appel⁹⁰⁸ - soit pour la première fois, soit en confirmant la condamnation assortissant la condamnation principale - en stipulant que le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité.

C. Le bénéficiaire de l'astreinte

328. A la différence de l'amende proprement dite, pénale ou civile, l'astreinte est une peine privée: elle n'est pas versée à l'Etat, mais au créancier titulaire du droit. Malgré des tentatives répétées d'attribuer son bénéfice à

⁹⁰³ Cf. STARCK/ROLAND/BOYER, p. 271; MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 290c.

⁹⁰⁴ Cf. RUSQUEC, *Astreintes, Introduction*, n° 59.

⁹⁰⁵ Notamment le *contempt of court* du droit anglais.

⁹⁰⁶ Cass. civ., 3e, 20 avril 1982, Gaz. Pal. 1982, II, Panor., p. 280; RTDC 81 (1983), p. 338, obs. Chabas, François.

⁹⁰⁷ Cass. civ., 2e, 9 mai 1988, Bull. Civ. III, n° 108.

⁹⁰⁸ Cass. soc., 20 janvier 1993, Bull. Civ. V, n° 20, Gaz. Pal. 1993, II, Panor., p. 274.

l'Etat - les auteurs de la proposition de loi de 1972 avaient demandé une législation en ce sens⁹⁰⁹, le projet de la loi de 1991 prévoyait que les sommes versées au créancier s'imputeraient sur le montant définitif de la réparation et que le juge pourrait décider qu'une part de l'astreinte serait versée au fonds national d'action sociale - on s'en est tenu à l'attribution exclusive de l'astreinte à la partie victime du défaut d'exécution. En effet, il aurait été paradoxal que l'Etat s'enrichisse alors qu'il n'avait pas pu assurer l'exécution - comme le lui impose la formule exécutoire⁹¹⁰. Cette solution, différente des pénalités judiciaires pratiquées sur le continent, est critiquée en doctrine⁹¹¹, car elle permet au créancier de s'enrichir injustement au détriment du débiteur⁹¹² ou parce qu'il en découle un amoindrissement de l'effet d'intimidation⁹¹³, les tribunaux ayant tendance, pour éviter cet enrichissement, à liquider les astreintes à un taux réduit. Enfin, elle est aussi quelque peu en contradiction avec l'indépendance de l'astreinte par rapport aux dommages-intérêts. En effet, bien que l'astreinte serve à assurer l'exécution de la décision plutôt qu'à satisfaire le créancier, c'est néanmoins ce dernier qui la perçoit, en plus d'éventuels intérêts de retard et de dommages-intérêts ordinaires, ce qui constitue en fait indirectement des dommages-intérêts supplémentaires.

D. Le champ d'application et les limites de l'astreinte

1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel

a) Limitation du principe "*pacta sunt servanda*" par l'art. 1142 CCFr.

329. La vocation de toute obligation est, de par sa définition, d'être exécutée de la manière exacte dont elle a été contractée. Le CCFr. consacre le principe "*pacta sunt servanda*" aux art. 1134⁹¹⁴ et 1243⁹¹⁵. Le créancier paraît

⁹⁰⁹ Sur cette proposition, cf. PERROT, *L'Astreinte*, p. 806.

⁹¹⁰ Cette solution, approuvée par BLANC, p. 66, évite peut-être que "le juge de l'exécution ne soit tenté d'attribuer des sommes trop importantes, ne fût-ce que pour permettre leur transfert philantropique (sic) de l'escarcelle du créancier dans la sébille de l'Etat."

⁹¹¹ Cf. notamment MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 291d; MAZEAUD/MAZEAUD/CHABAS, n° 953; NORMAND, *Jurisprudence française*, p. 511; PERROT, *L'Astreinte*, p. 806; STARCK/ROLAND/BOYER, n° 2292.

⁹¹² Cf. CHABAS, *La réforme de l'astreinte*, p. 300; MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 291d.

⁹¹³ Cf. notamment STARCK/ROLAND/BOYER, n° 475.

⁹¹⁴ Art. 1134 CCFr.: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites."

donc avoir un droit absolu d'obtenir l'exécution rigoureuse de l'obligation telle que contractée⁹¹⁶. Cette démonstration est cependant tenue en échec par un principe encore plus fondamental, celui de l'intangibilité de la personne humaine et de sa liberté. Aucune coercition physique ne peut donc être mise en œuvre à l'encontre d'un débiteur récalcitrant pour le contraindre à s'exécuter. C'est ce qu'exprime l'adage "*nemo praecise cogi potest ad factum*." L'art. 1142 CCFr. n'est que le corollaire immédiat de cette règle, dont il précise la conséquence:

"Toute obligation de faire et de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution par le débiteur."

330. Une interprétation prenant au pied de la lettre la formule de l'art. 1142 CCFr. conduit à exclure l'exécution en nature et à conclure à la conversion forcée de l'obligation de faire et de ne pas faire en dommages-intérêts.

b) Favorisation de l'exécution en nature par l'avènement de l'astreinte

331. Justifiée alors que la contrainte physique existait encore⁹¹⁷, cette interprétation à la lettre a connu un tempérament avec l'avènement de l'astreinte, qui a achevé de libérer le pouvoir du juge des contraintes tenant à l'*imperium*. Privé en effet du moyen d'assurer que la partie condamnée participât activement à l'exécution de la condamnation, le juge ne pouvait pas octroyer la réparation en nature. Celle-ci conquiert sa place, en revanche, lorsqu'à défaut d'exécution forcée le débiteur se vit incité par la perspective d'une pénalisation à prêter son concours à l'exécution de la condamnation. Dès lors, l'interprétation moderne de l'art. 1142 CCFr. est loin de la lettre du texte. Il est désormais admis qu'un créancier doit pouvoir obtenir l'exécution de son dû, l'adage "*nemo praecise potest cogi ad factum*" ne devant s'appliquer que lorsque l'exécution effective est impossible par voie de contrainte, parce que cette exécution forcée ne pourrait être obtenue sans porter une atteinte inadmissible à la liberté individuelle⁹¹⁸. Avec l'avènement

⁹¹⁵ Art. 1243 CCFr.: "*Le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.*"

⁹¹⁶ Cf. notamment SIMLER, p. 22.

⁹¹⁷ Elle a été abolie en France en matière civile et commerciale en 1867.

⁹¹⁸ Cf. notamment JEANDIDIER, p. 700; MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 286; TERRE/SIMLER/LEQUETTE, n° 1017.

de l'astreinte, la portée de l'art. 1142 CCFr. est largement réduite, vu que l'exécution forcée en nature n'est exclue que si la contrainte directe exercée sur la personne du débiteur est le seul procédé à la disposition du créancier.

332. Enfin, la question de savoir si l'obtention de l'exécution en nature est un droit à disposition du créancier n'est pas clairement résolue. Conformément à la jurisprudence traditionnelle, le juge dispose d'un pouvoir souverain dans le choix du mode de réparation; il pourra notamment refuser l'exécution en nature, bien que requise, en se fondant précisément sur l'art. 1142 CCFr.⁹¹⁹. En principe, les cas où le juge refuse souverainement l'exécution en nature se justifient parce qu'ils comportent pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables, ou parce que le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen⁹²⁰. Cependant un courant plus récent donne plus d'importance à l'art. 1184 al. 2 CCFr., qui dispose que la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution en nature de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts, et tend à accorder l'exécution en nature si elle est demandée⁹²¹, même si elle occasionne des frais excessifs⁹²².

c) Caractère général de l'astreinte

333. Initialement, l'astreinte semblait avoir été conçue pour assurer l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire, c'est-à-dire des obligations dont on conçoit mal l'exécution autrement qu'en nature, laquelle se heurte parfois à des difficultés insurmontables de fait que les procédures d'exécution forcée peuvent devenir rapidement attentatoires à la liberté de la personne humaine⁹²³. Depuis lors, le domaine de l'astreinte s'est fortement étendu. Elle est devenue un moyen d'assurer l'exécution des jugements, peu importe que la dette soit d'origine contractuelle, quasi-contractuelle, délictuelle ou même légale⁹²⁴, que le rapport de droit concerné ait un caractère pécuniaire ou non pécuniaire, qu'il soit soumis au droit civil ou administra-

⁹¹⁹ Cass. civ., 1ère, 30 juin 1965, Bull. Civ. I, n° 437; Gaz. Pal. 1965, II, p. 329.

⁹²⁰ Cass. req., 23 mars 1909, S. 1909, I, p. 552; Cass. civ., 1ère, 8 juin 1964, Bull. Civ. I, n° 297.

⁹²¹ Cass. com., 3 décembre 1985, Bull. Civ. IV, n° 286.

⁹²² Cass. civ., 3e, 9 décembre 1975, Bull. Civ. III, n° 363.

⁹²³ Cf. PERROT, *L'Astreinte*, p. 802.

⁹²⁴ Cf. Nouveau code de procédure civile, art. 11 et 134 (communication de pièces) et 136 (restitution de pièces); Code de travail, art. R. 516-18, al. 2 (délivrance d'un certificat de travail, de bulletins de paie et de toute autre pièce que l'employeur est tenu légalement de délivrer).

tif, y compris lorsque le débiteur condamné est l'Etat ou une collectivité publique. C'est la raison pour laquelle c'est uniquement par souci de clarté qu'est retenue ici la distinction classique des obligations de faire, de ne pas faire, de livrer et de payer une somme d'argent. En réalité, l'astreinte a un caractère général.

2. Champ d'application

a) Obligations de faire

334. Pour les obligations de faire qui nécessitent le concours personnel du débiteur (*intuitu personae*), aucun autre moyen d'exécution forcée que l'astreinte n'existe, si ce n'est la contrainte corporelle ou autres peines d'emprisonnement. Dès lors, l'astreinte est largement utilisée dans ce domaine, sous réserve des obligations *strictement* personnelles⁹²⁶ : délivrer un certificat de travail à un salarié⁹²⁶, rétablir le courant électrique abusivement coupé⁹²⁷, rétablir une ligne de vol aérien supprimée⁹²⁸, respecter une clause d'exclusivité⁹²⁹, changer le titre d'un journal pour éviter des confusions⁹³⁰, détruire des fichiers informatiques utilisés en violation du droit des raisons de commerce⁹³¹, assurer le respect des dispositions relatives au droit de visite et d'hébergement des enfants après divorce⁹³², etc.

335. Pour les obligations de faire qui ne nécessitent pas le concours personnel du débiteur (*non intuitu personae*), l'art. 1144 CCFr. permet au créancier, en cas d'inexécution, de se faire autoriser par le juge à exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Cette disposition s'appliquera fréquemment dans le droit de la vente mobilière ainsi que dans le domaine du contrat d'entreprise. Cependant, suivant les circonstances, le juge peut aussi prononcer une astreinte ou combiner les deux procédés, par exemple dans le domaine de la construction et des droits de voisinage, notamment

⁹²⁶ Cf. *infra*, Partie 2, I. D. 3. b).

⁹²⁶ Cass. soc., 29 juin 1966, Bull. Civ. IV, n° 641.

⁹²⁷ Cass. civ., 1ère, 17 mars 1965, Bull. Civ. I, n° 195.

⁹²⁸ Cass. com., 31 mai 1976, Bull. Civ. IV, n° 186.

⁹²⁹ CA Aix, 19 avril 1928, D. 1930, II, p. 17.

⁹³⁰ Trib. com. Seine, 18 janvier 1954, D. 1954, I.R., p. 284 (ordonnance de modifier le titre d'un journal, sous astreinte de FF 100'000 par numéro de journal dont le titre n'est pas modifié).

⁹³¹ TGI Paris, (référé), 22 mai 1996, DIT 1997, p. 42-44 (ordonnance, sous astreinte de FF 10'000 par jour de retard, de détruire des fichiers informatiques).

⁹³² CA Paris, 12 janvier 1994, D. 1994, I.R., p. 91, D. 1994, Somm., p. 338, obs. Julien, Pierre.

lorsqu'il s'agit d'effectuer des travaux de réparation⁹³³, de démolition⁹³⁴ ou d'enlèvement⁹³⁵. Dans certains cas, il arrive que le créancier doive s'y prendre à deux fois pour obtenir l'exécution de son titre: une première décision assortie d'une astreinte n'ayant pas été exécutée, il requerra du juge l'autorisation d'exécuter l'obligation aux frais du débiteur⁹³⁶. Ainsi, le procédé de l'astreinte n'est nullement subsidiaire⁹³⁷.

b) Obligations de ne pas faire

336. Les obligations de ne pas faire constituent le domaine de prédilection de l'astreinte, notamment lorsque l'obligation sous-jacente n'est pas à exécution instantanée, mais implique de la part du débiteur des abstentions continues ou successives⁹³⁸. Des astreintes ont ainsi été prononcées notamment dans le domaine du droit de la concurrence, contractuel⁹³⁹ ou délictuel⁹⁴⁰, du droit de la personnalité⁹⁴¹, du droit de la presse⁹⁴², du droit de la propriété

⁹³³ Cass. civ., 3e, 5 juin 1970, JCP 1970, IV, p. 196; CA Versailles, 18 mai 1988, D. 1988, I.R., p. 219.

⁹³⁴ TGI Marseille, 7 février 1968, JCP 1968, D, n° 15600; Cass. civ., 2e, 28 mai 1990, D. 1990, Juris., p. 444 (ordonnance, sous astreinte de 500 FF par jour de retard, limitée à 3 mois, de démolir un mur érigé illégalement); Cass. civ., 2e, 26 mars 1997, JCP 1997, éd. G., IV, n° 1069 (ordonnance, sous astreinte, de démolir un immeuble érigé contrairement au plan de masse).

⁹³⁵ Cass. civ., 2e, 11 juin 1997, D. 1997, Juris., p. 536-538, obs. Julien, Pierre, JCP 1997 IV, n° 1621, RTDC 95 (1997), p. 743-744, obs. Perrot, Roger (ordonnance, sous astreinte, d'enlever une conduite implantée sous le terrain voisin).

⁹³⁶ Cass. civ., 2e, 6 février 1974, Bull. Civ. II, n° 50.

⁹³⁷ Cf. CHABAS, *Astreintes*, n° 19.

⁹³⁸ Cf. RUSQUEC, *Astreinte provisoire*, n° 30.

⁹³⁹ CA Paris, 21 août 1896, D. 1897, D, p. 177 (interdiction sous astreinte faite à un acteur de jouer sur une scène concurrente).

⁹⁴⁰ Cass. com., 31 mars 1965, Bull. Civ. III, n° 245 (interdiction sous astreinte d'utiliser des bouteilles qui ressemblaient servilement à celle d'un concurrent).

⁹⁴¹ Cass. civ., 8 juin 1859, D. 1859, I, p. 248 (interdiction sous astreinte d'utiliser le nom d'autrui); TGI Paris (référé), 22 mai 1996, DIT 1997, p. 42-44, (interdiction sous astreinte de FF 10'000 par jour de retard d'utiliser un nom de domaine sur le réseau Internet en violation du droit des raisons de commerce).

⁹⁴² Cass. civ., 1ère, 16 juillet 1997, JCP 1997, éd. G., II, n° 22964, obs. Derieux, Emmanuel (interdiction sous astreinte de diffuser un livre violant le secret médical), confirmation de TGI Paris (référé), 18 janvier 1996, JCP 1996, éd. G., II, n° 22589, obs. Derieux, Emmanuel; CA Paris, 1ère ch., 13 mars 1996, JCP 1996, éd. G., II, n° 22632, obs. Derieux, Emmanuel; TGI Paris (référé), 28 octobre 1997, D. 1998, Juris., p. 156 (interdiction de diffuser un livre contenant des propos diffamatoires).

intellectuelle, en particulier sur le réseau Internet⁹⁴³, du droit des télécommunications⁹⁴⁴, du droit de l'environnement⁹⁴⁵, des droits réels⁹⁴⁶. Il convient ici aussi de relever qu'en toutes ces occasions et dans d'autres, la jurisprudence a autorisé le recours à l'astreinte en plus de la réparation en nature après violation d'une obligation de ne pas faire selon l'art. 1143 CCFr. Tout comme pour les obligations de faire, la Cour de cassation a affirmé le pouvoir souverain du juge face à un tel choix⁹⁴⁷.

c) Obligations de livrer

337. En matière d'obligations de livrer une chose *mobile*, l'utilisation de l'astreinte par les tribunaux français est assez rare lorsqu'il s'agit d'une chose *fongible*, le créancier étant renvoyé à effectuer un achat de couverture. Cependant, vu son caractère de moyen de contrainte générale, on rencontre certains arrêts ayant prononcé des astreintes dans de tels cas. On peut citer un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 18 octobre 1972 où un producteur d'aliments pour nourrisson a été condamné, sous astreinte de FF 10'000 par jour de retard, à fournir son revendeur français. Même si la marchandise était fongible, le système de distribution impliquait qu'il était impossible pour le revendeur de l'acquérir par un autre canal⁹⁴⁸. En revanche, l'astreinte est souvent utilisée pour sanctionner l'obligation de livrer un chose mobi-

⁹⁴³ TGI Paris (référé), 22 juillet 1996, DIT 1997, p. 44-47 (injonction sous astreinte de FF 10'000 par jour de retard de faire retirer un nom de domaine du réseau Internet en France et dans le monde entier utilisé en violation du droit des marques); TGI Paris (référé), 14 août 1996, D. 1996, Juris., p. 490, obs. Gautier, Pierre-Yves; JCP 1996, éd. G., II, n° 22727, obs. Olivier, Frédérique et Barbry, F., JCP, éd. E, 1996, II, n° 381, obs. Edelman, Bernard (interdiction sous astreinte de FF 10'000 par infraction constatée de diffuser sur Internet les oeuvres musicales de Jacques Brel); TGI Paris (référé), 3 mars 1997, JCP 1997, éd. G., II, n° 22840 (interdiction sous astreinte de FF 10'000 par jour de retard de distribuer un logiciel, obligation de publier pendant 30 jours le jugement sur la *homepage* du défendeur et de créer un lien hypertexte pointant vers le demandeur); TGI Paris (référé), 5 mai 1997, JCP 1997, éd. G., II, n° 22906, obs. Olivier, Frédérique; RIDA 1997, vol. 174, p. 265-271 (injonction sous astreinte de FF 10'000 par jour de retard de cesser la diffusion de l'oeuvre de Raymond Queneau sur le réseau Internet à partir d'un site ou serveur tiers en France ou à l'étranger).

⁹⁴⁴ TGI Nantes, 27 décembre 1984, Gaz. Pal. 1985, I, p. 113 (interdiction sous astreinte de diffuser des émissions pirates à partir d'une station radio).

⁹⁴⁵ TGI Nantes (référé), 27 décembre 1984, Gaz. Pal. 1985, I, p. 113 (interdiction sous astreinte de FF 20'000 par jour de produire des émanations toxiques).

⁹⁴⁶ Trib. com. Marseille, 10 janvier 1939, Gaz. Pal. 1939, I, p. 335 (interdiction sous astreinte de survoler des propriétés privées au-dessous d'une certaine altitude); Cass. civ., 2e, 16 juillet 1992, Bull. Civ. II, n° 207, JCP 1992, éd. G., IV, n° 2679 (respect des obligations de voisinage).

⁹⁴⁷ Cass. civ., 3e, 26 avril 1968, Bull. civ. III, n° 174.

⁹⁴⁸ CA Colmar, 18 octobre 1972, JCP 1973, éd. G., II, n° 17479, obs. Burst, Jean-Jacques; D. 1973, p. 496, obs. Cabrillac, Michel et Seube, Alain.

lière *individualisée*: injonction sous astreinte de livrer l'objet commandé⁹⁴⁹, de restituer un lambeau de peau tatoué prélevé sur une mineure⁹⁵⁰ ou de fournir les éléments nécessaires à l'établissement d'un compte⁹⁵¹. Dans tous les manuels citée la décision enjoignant la restitution sous astreinte d'un document contractuel de l'année de Révolution XIII à la famille de Rohan⁹⁵².

338. En matière d'obligation de livrer une chose *immobilière*, en revanche, l'astreinte est couramment utilisée pour obtenir le départ d'un occupant sans titre⁹⁵³, le transfert d'une parcelle de terrain⁹⁵⁴ ou d'un appartement⁹⁵⁵, ou encore l'expulsion de locaux commerciaux⁹⁵⁶. Il convient de rappeler qu'en matière de bail, la loi n° 49-972 du 21 juillet 1949 en matière d'expulsion des occupants d'un local d'habitation n'autorise que des astreintes provisoires. Cette diminution de l'efficacité de l'astreinte ne semble cependant pas préteriter les intérêts du créancier, car en ce domaine le débiteur sera souvent insolvable, de sorte qu'une expulsion *manu militari* semble mieux à même d'assurer l'exécution forcée de l'obligation.

339. Enfin, en matière d'obligation de remise de *personnes*, le premier cas à avoir prononcé une astreinte pour contraindre la remise d'un enfant était la fameuse affaire de *Beaufremont* au XIXe siècle⁹⁵⁷. Toutefois, depuis que le non-respect de ce type d'obligation a été érigé en infraction pénale⁹⁵⁸, l'utilisation de l'astreinte dans ces circonstances est devenue l'exception.

⁹⁴⁹ Cass. (réq.), 4 août 1947, Gaz. Pal. 1947, II, Somm., p. 30.

⁹⁵⁰ TGI Paris, 3 juin 1969, Gaz. Pal. 1969, II, p. 535.

⁹⁵¹ Cass. civ., 5 juillet 1933, D. 1933, p. 425.

⁹⁵² Cass. (réq.), 29 janvier 1834, D. 1834, I, p. 81; S. 1834, I, p. 129.

⁹⁵³ Cass. civ., 3e, 16 janvier 1974, Bull. civ. III, n° 19; Cass. civ., 3e, 29 avril 1982, Bull. Civ. III, n° 67; Cass. civ. 3e, 11 mars 1987, JCP 1987, IV, p. 170.

⁹⁵⁴ Cass. civ., 2e, 4 janvier 1984, Gaz. Pal. 1984, Panor., p. 149.

⁹⁵⁵ Cass. civ., 1ère, 12 février 1964, Bull. Civ. I, n° 82.

⁹⁵⁶ Cass. civ., 3e, 18 novembre 1980, Bull. Civ. III, n° 178.

⁹⁵⁷ CA Paris, arrêts du 7 août 1876 et du 13 février 1877, D. 1878, II, p. 125.

⁹⁵⁸ Art. 357 du Code pénal.

d) Obligations de payer une somme d'argent

340. L'astreinte a même été prononcée contre des débiteurs de sommes d'argent⁹⁵⁹, ce qui peut surprendre, car ce genre d'obligation peut toujours être exécuté en nature, grâce aux diverses saisies⁹⁶⁰. Dans ces cas, l'astreinte permettra précisément d'éviter de recourir aux saisies, qui peuvent être longues, désagréables, coûteuses et passablement aléatoires. Cette utilisation de l'astreinte peut paraître discutable⁹⁶¹, car l'astreinte n'est par définition efficace que si le débiteur est solvable. En effet, ou bien le débiteur est insolvable et le montant dû à raison de l'astreinte ne fera que s'ajouter au montant de la créance initiale, ou bien le débiteur est un mauvais payeur et alors on conçoit mal comment le prononcé d'une peine pécuniaire pourrait le motiver à payer. Dans ce dernier cas, c'est précisément une mesure d'exécution directe qui servira au mieux les intérêts du créancier.

3. Limites

a) Limites dues à l'obligation principale

341. Tout d'abord, l'astreinte ne peut être prononcée si l'obligation principale est nulle ou s'analyse en un simple devoir moral⁹⁶². Pas davantage, celle-ci ne pourrait être utilisée pour obtenir l'exécution d'un engagement entaché d'un élément immoral⁹⁶³ ou illicite⁹⁶⁴. Enfin, il faut aussi que l'exé-

⁹⁵⁹ Cass. com., 17 avril 1956, JCP 1956, II, n° 9330, obs. Veilleux, P. (injonction sous menace d'astreinte à une collectivité publique de payer une indemnité d'expropriation). Ce premier cas autorisait l'astreinte car "aucun autre moyen d'exécution" n'existait contre une collectivité publique qui bénéficie de l'immunité d'exécution. Cette restriction a disparu par la suite. Cf. Cass. soc., 26 octobre 1976, Bull. Civ. V, n° 791 (injonction sous menace d'astreinte à une société de verser des arriérés de salaire à son ancien directeur); Cass. com., 3 décembre 1985, Bull. Civ. IV, n° 286; RTDC 84 (1986), p. 745, obs. Mestre, J. (injonction sous menace d'astreinte de payer une indemnité compensatrice d'une obligation de non-concurrence); Cass. soc., 29 mai 1990, Bull. Civ. V, n° 244; Gaz. Pal. 1990, II, Panor., p. 194 (injonction sous menace d'astreinte de verser des salaires impayés, dans ce cas, l'astreinte a même été cumulée avec les intérêts légaux dont la condamnation a été assortie).

⁹⁶⁰ Notamment la saisie-exécution des art. 583 et suivants du Code de procédure civile.

⁹⁶¹ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 161-162.

⁹⁶² Cf. RUSQUEC, *Astreinte provisoire*, n° 11a.

⁹⁶³ TGI Paris, 8 novembre 1973, D. 1975, p. 401, obs. Puech, Marc (une convention de *strip-tease* ne peut pas être sanctionnée d'une astreinte: "la femme, éventuellement revenue au sentiment de la pudeur ... ne saurait se voir contrainte par le juge, au besoin sous astreinte comminatoire ou définitive, à s'exposer nue, y compris les parties sexuelles, à la vue du public").

⁹⁶⁴ On ne pourrait pas, par exemple, condamner à une astreinte l'occupant d'un local pour l'obliger à le quitter durant la période hivernale au cours de laquelle les expulsions sont interdites.

cution effective de l'obligation du débiteur se révèle possible⁹⁶⁵. A défaut, le prononcé de l'astreinte serait sans objet⁹⁶⁶. Peu importe que cette impossibilité provienne du débiteur lui-même ou d'un tiers⁹⁶⁷ ou d'un changement de situation qui peut être ou ne pas être un cas de force majeure⁹⁶⁸ : à l'impossible nul n'est astreint⁹⁶⁹. Cette situation est réalisée notamment lorsque l'obligation de livrer porte sur une chose perdue ou si le délai pour la livrer est expiré, ainsi que si l'obligation de faire devait être accomplie à date fixe et que le délai prévu est expiré ou dans l'hypothèse inverse de l'obligation de ne pas faire qui a été violée : la condamnation *in specie* n'est plus concevable et l'astreinte devient sans objet. La conversion de l'obligation inexécutée en dommages-intérêts est alors l'unique moyen pour sanctionner l'attitude du débiteur⁹⁷⁰.

b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle

342. Bien que d'application générale, l'astreinte connaît encore certaines limites, conséquences de la règle "*nemo praecise cogi potest ad factum*". Cette règle implique que l'astreinte ne saurait trouver application lorsqu'il s'agit de certaines prestations (principalement de faire, mais également de ne pas faire) de caractère *strictement* personnel excluant tout recours - même indirect - à l'exécution forcée⁹⁷¹. En d'autres termes, ce n'est plus seulement la contrainte physique qui paraît intolérable, mais même la contrainte morale exercée par la menace de sanctions pécuniaires autres que celles découlant, nécessairement, de l'inexécution.

343. Il est un domaine où l'astreinte n'a jamais été admise : celui du *droit moral de l'auteur, de l'artiste ou de l'acteur*. Positivement, on ne saurait contraindre, même sous astreinte, un artiste à exécuter un portrait ou à produire toute œuvre littéraire ou artistique, même s'il s'y est contractuellement engagé. Dans la fameuse affaire *Rosa Bonheur*, la Cour de Paris a déclaré

⁹⁶⁵ Art. 1184 al. 2, 2e phrase CCFr. Cf. Cass. civ., 1ère, 9 décembre 1986, Bull. Civ. I, n° 291; JCP 1987, IV, p. 60 (les biens meubles à restituer ont été consommés ou détruits ou incorporés à un immeuble).

⁹⁶⁶ Cf. RUSQUEC, *Astreinte provisoire*, n° 11c.

⁹⁶⁷ Cass. (réq.), 11 mai 1888, D. 1899, I, p. 310 (droit acquis sur la chose par un tiers de bonne foi).

⁹⁶⁸ Cass. civ., 1ère, 30 février 1961, Bull. Civ. I, n° 66; Cass. civ., 1ère, 12 avril 1972, Bull. Civ. I, n° 97.

⁹⁶⁹ Cf. STARCK/ROLAND/BOYER, p. 280.

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ Cass. civ., 20 janvier 1953, JCP 1953, n° 7677, obs. Esmein, Adhémar.

qu'il n'y a lieu d'impartir un délai fixe pour l'exécution, sous contrainte pécuniaire par chaque jour de retard, "*qu'autant que le débiteur (le peintre) consent à accomplir la convention*"⁹⁷². A défaut, seule une condamnation en dommages-intérêts peut être prononcée. En l'occurrence, la Cour refusa de prononcer une astreinte à l'égard de la peintre Rosa Bonheur, qui, après conclusion d'un accord portant sur l'exécution d'un portrait, refusa de poursuivre l'oeuvre entamée. Pas davantage la menace d'une astreinte ne peut servir à obliger un peintre à se dessaisir d'une toile déjà achevée, l'artiste ayant le droit exclusif de décider si l'oeuvre est ou non digne de lui. Dans le litige concernant le portrait de *Lady Eden*⁹⁷³, le peintre, fier du chef d'oeuvre qu'il avait réalisé, refusa de le délivrer à son commanditaire, sous prétexte que ce dernier ne se montrait pas assez généreux dans sa rémunération. La Cour de cassation confirma que la seule sanction possible dans ce cas était l'allocation de dommages-intérêts. Dans une affaire récente cependant, le Tribunal de grande instance de Paris a quelque peu restreint les droits de l'artiste et n'a pas hésité à ordonner à un compositeur de transférer ses droits d'auteur sur une oeuvre composée à la suite d'une commande⁹⁷⁴. En outre, en dehors du strict domaine des arts plastiques, cette limitation ne semble pas respectée⁹⁷⁵. Quant aux obligations négatives, la pratique montre que le prononcé d'astreintes est plus fréquent. Par exemple, il a été interdit sous astreinte à un acteur de la Comédie Française de se produire sur un autre théâtre à Paris ou en province⁹⁷⁶.

344. En matière de *droit de la famille*, l'astreinte connaît également des limitations dues à la protection de la liberté individuelle. De nos jours, l'astreinte n'est plus utilisée pour contraindre un époux à réintégrer le domicile conjugal⁹⁷⁷ : le devoir de cohabitation ne peut avoir pour sanction qu'une

⁹⁷² CA Paris, 4 juillet 1865, S. 1865, II, p. 233, D. 1865, II, p. 201.

⁹⁷³ Cass. civ., 14 mars 1900, D. 1900, I, p. 497, obs. Planiof, Marcel (critiquant la décision en alléguant qu'elle niait les aspects du contrat entre les parties et mettait ainsi le client à la merci du peintre).

⁹⁷⁴ TGI Paris, 16 février 1977, RIDA 1978, n° 95, p. 195.

⁹⁷⁵ CA Lyon, 7 juin 1988, D. 1989, I, p. 199, obs. Hassler, T. (remise sous astreinte de la copie d'un film), cité par CHABAS, *Astreintes*, n° 28.

⁹⁷⁶ CA Paris, 21 août 1896, D. 1897, II, p. 177.

⁹⁷⁷ Naguère, quelques décisions avaient admis l'exécution forcée de cette obligation et la réintégration, *manu militari*, du domicile conjugal par l'époux volage, cf. CA Paris, 7 janvier 1903, D. 1903, II, p. 16; CA Lyon, 14 mai 1920, D. 1920, II, p. 118.

demande en divorce ou en séparation de corps⁹⁷⁸. Négativement, on peut cependant imaginer l'usage de l'astreinte pour interdire à un époux un comportement contraire à ses obligations conjugales⁹⁷⁹. Au même titre, on peut relever le refus de prononcer une astreinte pour une expertise sanguine, en raison du principe de l'inviolabilité de la personne humaine⁹⁸⁰.

345. De même, lorsqu'est en cause une question de *conscience*, l'exclusion de tout procédé de contrainte, y compris indirecte, a invariablement été respectée⁹⁸¹. Seule la condamnation à des dommages-intérêts est possible.

346. En matière de *relations de travail*, les salariés ordinaires licenciés abusivement ne peuvent pas demander la réintégration sous menace d'astreinte, dès lors que la jurisprudence se fonde sur l'art. 1142 CCFr. pour accorder à l'employeur le droit de se soustraire à la réintégration en versant une indemnité. Le juge ne pourra que suggérer la réintégration⁹⁸². En revanche, les tribunaux ont prononcé des astreintes à l'encontre d'employeurs accompagnant leur obligation de réintégrer des représentants du personnel ou un délégué syndical abusivement congédiés⁹⁸³. De même,

⁹⁷⁸ TGI Brest, 9 juillet 1974, D. 1975, p. 418 obs. Prévault, Jacques; TGI Paris, 18 octobre 1977, Gaz. Pal. 1978, I, p. 24; JCP 1978, éd. G, II, n° 18820, obs. Lindon, Raymond; CA Aix, 22 juin 1978, D. 1979, p. 192, obs. Prévault, Jacques. Dans ce dernier arrêt, le motif du refus était que "ni l'astreinte, ni la force publique ne sont susceptibles de créer un climat de compréhension et de confiance susceptible de rendre possible un rapprochement entre les époux."

⁹⁷⁹ CA Toulouse, 29 juin 1864, D. 1864, II, p. 174 (interdiction sous astreinte faite à une femme mariée de vivre chez son concubin).

⁹⁸⁰ CA Paris, 24 novembre 1981, D. 1982, p. 35, obs. Massip, Jérôme; RTDC 80 (1982), p. 203, obs. Perrot, Roger.

⁹⁸¹ CA Paris, 8 novembre 1973, D. 1975, p. 401, obs. Puech, Marc (refus d'exécution forcée, même sous astreinte, d'une convention de *strip-tease*); Cass. civ., 2e, 21 avril 1982, Bull. Civ. II, n° 62; JCP 1982, éd. G, IV, p. 227; RTDC 82 (1984), p. 114, obs. Durry; Cass. civ., 2e, 21 novembre 1990, Bull. Civ. II, n° 239; Cass. civ., 2e, 15 juin 1988, Bull. Civ. II, n° 146; CA Versailles, 31 octobre 1994, D. 1995, p. 245 (refus de condamner sous astreinte un mari israélien à délivrer à son ex-épouse la lettre de répudiation lui permettant de se remarier selon sa foi religieuse).

⁹⁸² Cass. soc., 14 novembre 1980, Bull. Civ. V, n° 605.

⁹⁸³ Cass. soc., 14 juin 1972, JCP 1972, éd. G, II, n° 17275, obs. Lyon-Caen, Gérard, D. 1973, p. 114, obs. Catala, Nicole; Cass. soc., 6 novembre 1974, JCP 1975, éd. G, II, n° 18188, obs. Berra, D., RTDC 74 (1976), p. 605, obs. Normand, Jacques; Cass. civ., 2e, 4 mai 1977, Bull. Civ. II, n° 116, Gaz. Pal 1977, II, p. 553, obs. Viatte, Jacques; Cass. soc., 4 juillet 1989, JCP 1989, IV, p. 335.

l'astreinte oblige l'employeur à délivrer un certificat de travail au salarié⁹⁸⁴, ainsi que des bulletins de salaire⁹⁸⁵ ou toutes autres pièces⁹⁸⁶.

347. Enfin, en matière de relations entre associés dans les sociétés de personnes, notamment en matière d'obligation d'entrer dans une société ou d'exécution d'un engagement visant la création d'une société, on peut imaginer le caractère inapproprié de l'astreinte lorsque l'*affectio societatis* est irrémédiablement détruit⁹⁸⁷. En revanche, l'obligation d'exécuter en nature un engagement à constituer une société de capitaux pourrait sans autre être accompagnée d'une astreinte⁹⁸⁸.

E. La procédure de l'astreinte

1. Autorité compétente

a) Compétence du juge ordinaire

348. Le prononcé de l'astreinte est l'expression de l'*imperium* du magistrat dont il use pour donner à sa condamnation une véritable efficacité⁹⁸⁹. De façon générale, il faut dès lors admettre que tout juge peut prononcer une astreinte en raison de l'*imperium* qui caractérise sa fonction. C'est ainsi qu'au terme de l'art. 33 de la loi de 1991, tout juge peut d'office ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision: juridictions de droit commun, tribunaux d'exception ou juridictions du second degré⁹⁹⁰. En outre, la loi de 1991 innove par l'institution du juge de l'exécution. Ce juge, détenteur d'une juridiction autonome, confiée au président du Tribunal de grande instance, est chargé de régler tout le contentieux relatif aux procédures civiles d'exécution. Il pourra assortir d'une astreinte toute condamnation antérieure, même lorsque cette condamnation émane d'un autre juge, "si les circonstan-

⁹⁸⁴ Cass. soc., 29 juin 1966, Bull. Civ. IV, n° 641.

⁹⁸⁵ Cass. soc., 7 novembre 1990, Bull. Civ. V, n° 552.

⁹⁸⁶ Cass. soc., 17 janvier 1995, Bull. Civ. V, n° 26, D. 1995, I.R., p. 45.

⁹⁸⁷ Cass. (réq.), 19 février 1907, S. 1912, I, p. 217, obs. Perroud, Jean.

⁹⁸⁸ Cour de Paris, 4 juillet 1865, S. 1865, II, p. 201.

⁹⁸⁹ Cf. RUSQUEC, *Astreinte provisoire*, n° 50.

⁹⁹⁰ Art. 33 al. 2 de la loi du 9 juillet 1991. Cf. notamment BLANC, p. 58; MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 305; MAZEAUD/MAZEAUD/CHABAS, n° 949; RUSQUEC, *Astreinte provisoire*, n° 54; STARCK/ROLAND/BOYER, n° 502.

ces en font apparaître la nécessité⁹⁹¹. La question de savoir si la compétence du juge de l'exécution est exclusive reste controversée. La Cour de cassation est encore divisée: sa chambre commerciale, dans un arrêt du 28 avril 1998⁹⁹², partant de l'idée que la compétence du juge de l'exécution est exclusive, a dénié à un juge ordinaire le pouvoir d'assortir d'une astreinte la condamnation antérieure qu'il avait prononcé; en revanche, un arrêt de sa 2e chambre civile du 18 février 1999⁹⁹³ a décidé que la compétence du juge de l'exécution ne faisait pas obstacle à celle de la juridiction qui avait prononcé la condamnation. Il semblerait qu'une interprétation téléologique de l'art. 33 favoriserait la compétence alternative et non exclusive du juge de l'exécution⁹⁹⁴.

b) Compétence du juge des mesures provisoires

349. Le pouvoir du juge des référés de prononcer des astreintes a été vivement discuté. Dans un premier temps, ce pouvoir lui avait été contesté au motif que cette mesure comportait "*un préjudice au principal*" et relevait de la seule compétence du juge du fond⁹⁹⁵. C'était la conséquence de la confusion entre astreinte et dommages-intérêts. Entraînée par la doctrine, la jurisprudence a ensuite admis la compétence du juge des mesures provisoires⁹⁹⁶. En effet, l'astreinte ne saurait préjuger au fond dès lors qu'elle est indépendante des dommages-intérêts. Et même définitive, l'astreinte reste une mesure provisoire au sens du référé puisque le juge du fond conserve le pouvoir de revenir sur la décision prise⁹⁹⁷. Aujourd'hui tout doute est levé, l'art. 491 du Nouveau Code de procédure civile disposant que le juge statuant en référé peut prononcer une astreinte, mais qu'il ne peut procéder à sa liquidation qu'à titre provisoire⁹⁹⁸, c'est-à-dire sous réserve de ce que décidera le

⁹⁹¹ Cf. notamment BLANC, p. 58; CHABAS, *La réforme de l'astreinte*, p. 40; FERROT, *L'Astreinte*, p. 802-803; CA Paris, 1ère Ch., 12 janvier 1994, D. 1994, I.R., p. 91.

⁹⁹² Bull. Civ. IV, n° 134.

⁹⁹³ Bull. Civ. II, n° 32.

⁹⁹⁴ Cf. NORMAND, *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, p. 461.

⁹⁹⁵ Cass. civ., 10 juin 1898, D. 1898, I, p. 536; S. 1899, I, p. 20.

⁹⁹⁶ Cass. soc., 28 mars 1950, D. 1950, p. 377; JCP 1950, II, n° 5652; RTDC 48 (1950), p. 368, obs. Mazeaud, Henri et Léon, et p. 387, obs. Hébraud, P.; Cass. com., 17 avril 1956, JCP 1956, éd. G, II, n° 9330, obs. Veilleux, P.; Cass. civ., 2e, 4 mai 1977, Bull. Civ. II, n° 116; D. 1977, I.R., p. 387, obs. Julien, Pierre; Gaz. Pal. 1977, II, p. 553, obs. Viatte, Jacques.

⁹⁹⁷ Cass. civ., 2e, 18 octobre 1978, Bull. Civ. II, n° 116; Gaz. Pal. 1979, I, p. 121, obs. Viatte, Jacques; JCP 1980, II, n° 19299, obs. Boyer, Louis; D. 1980, I.R., p. 463, obs. Julien, Pierre; RTDC 77 (1979), p. 428, obs. Normand, Jacques.

⁹⁹⁸ Cass. civ., 2e, 30 mai 1980, Bull. Civ. II, n° 125.

juge saisi au principal. Cependant, le juge des référés peut prononcer non seulement une astreinte provisoire⁹⁹⁹, mais également une astreinte définitive¹⁰⁰⁰.

c) Compétence des arbitres

350. Comme pour le pouvoir de l'arbitre d'autoriser une saisie ou d'ordonner un séquestre, la question du pouvoir de l'arbitre de prononcer une astreinte se situe dans la zone grise de l'*imperium mixtum* et il s'agit de savoir jusqu'à quel point l'ordre juridique est disposé à assimiler l'arbitre à un juge¹⁰⁰¹. La faculté des arbitres, en droit interne ou en droit international, à prononcer une astreinte devrait être admise, si l'on qualifie l'astreinte de simple moyen de coercition et non de voie d'exécution forcée. Alors que l'astreinte n'était pas encore clairement délimitée des dommages-intérêts, la jurisprudence a reconnu à l'arbitre le pouvoir de prononcer une astreinte¹⁰⁰². Aujourd'hui aussi, alors que l'astreinte est clairement distincte des dommages-intérêts, la jurisprudence ne semble pas non plus hostile à ce pouvoir. La Cour d'appel de Rennes, par exemple, l'a implicitement admis¹⁰⁰³. Elle a toutefois refusé de liquider l'astreinte au motif que la sentence n'avait pas reçu l'exequatur et que les dispositions relatives à l'astreinte n'avaient dès lors pas pu prendre effet. Dans un cas récent, la Cour d'appel de Paris a déclaré que les arbitres, amiables compositeurs, ont la "*possibilité de choisir librement le mode de réparation le plus équitable entre les deux modalités envisagées par le demandeur : exécution en nature sous astreinte ou réparation pécuniaire*"¹⁰⁰⁴. La jurisprudence française consacre ainsi le pouvoir de l'arbitre de prononcer une astreinte mais subordonne le caractère exécutoire de celle-ci à l'exequatur préalable de la sentence.

351. Les auteurs, eux, restent partagés, bien que la plupart admettent le pouvoir de l'arbitre de prononcer une astreinte en justifiant généralement leur solution par le rattachement de l'astreinte à la fonction juridiction-

⁹⁹⁹ TGI Paris, 18 janvier 1996, JCP 1996, éd. G., II, n° 22589, obs. Derieux, Emmanuel.

¹⁰⁰⁰ Cass. civ., 2e, 4 mai 1977, Bull. Civ. II, n° 116.

¹⁰⁰¹ Cf. JARROSSON, p. 269-270, n° 61.

¹⁰⁰² Cass. civ., 25 juillet 1883, S. 1883, I, p. 345; D. 1883, I, p. 243.

¹⁰⁰³ CA Rennes, 26 septembre 1984, Rev. arb., 1986, p. 441, obs. Ancel, Pierre, confirmant l'arrêt de la Cour de cassation cité à la note précédente.

¹⁰⁰⁴ CA Paris, 1ère Ch. suppl., 8 juin 1990, Rev. arb., 1990, p. 917, obs. Moitry, J.-H. et Vergne, C. Cf. aussi CA Paris, 24 mai et 11 octobre 1991, D. 1991, I.R., p. 277; Rev. arb. 1992, p. 636, obs. Pellerin, Jacques et CA Paris, 10 mars 1995, Rev. arb. 1996, p. 143.

nelle¹⁰⁰⁵. Avec JARROSSON¹⁰⁰⁶, nous estimons que la dichotomie entre *jurisdictio* et *imperium* est trop tranchée¹⁰⁰⁷ et qu'une appréciation concrète des pouvoirs de l'arbitre conduit à admettre la compétence de celui-ci pour prononcer une astreinte. Si l'on admet que l'arbitre peut prononcer une astreinte, celle-ci ne deviendra exécutoire qu'après obtention de l'exequatur de la sentence par le Président du tribunal de grande instance¹⁰⁰⁸. L'arbitre ne pourra cependant jamais liquider les astreintes qu'il aura prononcées: indépendamment du point de savoir si cette liquidation constitue un acte d'exécution qui lui est interdit¹⁰⁰⁹, l'arbitre a épuisé son pouvoir juridictionnel avec le prononcé de la sentence et ne peut proroger la durée de sa mission.

2. Condamnation et modalités

a) Pouvoirs du juge

352. Le véritable pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge en matière d'astreinte démontre une fois de plus que l'astreinte relève de l'*imperium* du juge plutôt que de sa *jurisdictio*¹⁰¹⁰. D'abord, le juge peut prononcer une astreinte d'office, sans qu'on puisse lui reprocher d'avoir statué *ultra petita*¹⁰¹¹. En effet, il ne s'agit pas ici d'ajouter à la demande, mais d'assurer l'exécution de la décision rendue¹⁰¹². Ensuite, le juge peut souverainement accorder ou

¹⁰⁰⁵ Pro: cf. notamment DE BOISSESON, p. 260-261, n° 306; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, n° 1274; JARROSSON, p. 273, n° 69; MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 297; MAZEAUD/MAZEAUD/CHABAS, n° 949; Moitry, J.-H./Vergne, C., obs. sous CA Paris, 8 juin 1990, Rev. arb. p. 917; RUSQUEC, *Astreinte provisoire*, n° 78; Pellerin, Jacques, obs. sous CA Paris, 24 mai et 11 octobre 1991, Rev. arb. 1992, p. 626; STARCK/ROLAND/BOYER, n° 502. Contra: cf. notamment GOLDMAN, p. 232, n° 26; LOQUIN, p. 293, p. 307-308, n° 28; PERROT, *L'application à l'arbitrage*, p. 645; ROBERT/MOREAU, p. 151, n° 175; THERY, *Judex Gladii*, n° 13-17.

¹⁰⁰⁶ JARROSSON, p. 273, n° 68-69.

¹⁰⁰⁷ Cf. aussi récemment MAYER, *Imperium de l'arbitre*, p. 437-444.

¹⁰⁰⁸ Cass. civ., 1ère, 20 octobre 1959, JCP 1960, éd. G., II, n° 11449; Paris, 11 octobre 1991, D. 1991, I.R., p. 277.

¹⁰⁰⁹ Cf. la note de Pellerin, Jacques sous CA Paris, 24 mai 1991 et 11 octobre 1991, Rev. arb. 1992, p. 636; contra: DE BOISSESON, p. 262, n° 306, qui admet la compétence de l'arbitre pour autant que ce dernier ait ordonné l'astreinte dans une sentence partielle. Dans l'hypothèse inverse où l'astreinte a été prononcée dans la sentence finale, l'arbitre se trouve dessaisi et n'a plus le pouvoir de la liquider lui-même.

¹⁰¹⁰ Cf. STARCK/ROLAND/BOYER, n° 508.

¹⁰¹¹ Art. 33 de la loi de 1991. Ce pouvoir existait déjà avant la promulgation de la loi de 1991. Cf. Cass. soc., 10 janvier 1980, Bull. Civ. V, n° 36; D. 1980, I.R., p. 463, obs. Julien, Pierre.

¹⁰¹² Cf. BLANC, p. 59.

refuser de prononcer une astreinte, alors même que le créancier la réclame¹⁰¹³. En effet, il appartient au juge d'apprécier, eu égard aux circonstances de l'espèce, s'il existe un espoir d'obtenir, par cette voie, l'exécution en nature de l'obligation. En outre, le prononcé de l'astreinte étant une simple menace et non une peine, le juge qui prescrit une astreinte n'est pas tenu de provoquer préalablement les explications des parties¹⁰¹⁴. Pour la même raison, il n'a pas l'obligation de motiver sa décision, même s'il diminue l'astreinte requise ou rejette la demande qui lui a été présentée¹⁰¹⁵.

353. En revanche, le juge ne peut pas choisir entre l'astreinte provisoire et l'astreinte définitive. L'art. 34 al. 2 de la loi de 1991 a mis fin à ce qu'on avait souvent appelé l'arbitraire des juges¹⁰¹⁶ : il est désormais interdit de prononcer d'emblée une astreinte définitive; il faut commencer par une astreinte provisoire¹⁰¹⁷. Cette innovation s'explique par le désir de remédier aux inconvénients de la rigidité du mécanisme de liquidation de l'astreinte définitive. Le taux de cette dernière ne pouvant être révisé, il n'est pas exclu que le débiteur soit condamné à acquitter une somme très importante, tout à fait disproportionnée par rapport au préjudice subi par le créancier, notamment lorsque l'exécution s'est produite plus rapidement que prévu¹⁰¹⁸. Ainsi s'explique le dispositif à double détente mis en place par la réforme: dans un premier temps, le juge prononce une astreinte provisoire; dans un second temps, nanti d'éléments d'information nouveaux, il ordonnera une astreinte définitive dont il fixera le montant.

b) Taux et modalités de l'astreinte

354. Le pouvoir discrétionnaire du juge s'étend aussi à la détermination du *montant* de l'astreinte¹⁰¹⁹. Celui-ci est fixé non pas en fonction du préjudice,

¹⁰¹³ Cass. com., 17 février 1956, JCP 1956, II, n° 9330, obs. Veilleux, P.

¹⁰¹⁴ Cass. civ., 2e, 21 mars 1979, D. 1979, p. 449, obs. Santa-Croce, Muriel et 11 mars 1987, D. 1987, I.R., p. 65 (astreinte définitive).

¹⁰¹⁵ Cass. civ. 1ère, 17 février 1976, Bull. Civ. I, n° 72; JCP 1977, IV, p. 121; Cass. civ., 3e, 3 novembre 1983, Bull. Civ. III, n° 219 et 3 mai 1983, Bull. Civ. III, n° 102.

¹⁰¹⁶ Cf. CHABAS, *La réforme de l'astreinte*, p. 299-300.

¹⁰¹⁷ Cette affirmation doit être tempérée en ce sens que si l'astreinte définitive a été prononcée sans être précédée d'une astreinte provisoire, elle doit être liquidée comme une astreinte provisoire; cf. Cass. civ., 2e, 11 juin 1997, D. 1997, p. 536, obs. Julien, Pierre.

¹⁰¹⁸ Cf. notamment BLANC, p. 62; STARCK/ROLAND/BOYER, n° 509.

¹⁰¹⁹ Pour un exemple où le juge a prononcé une astreinte supérieure au montant demandé: Cass. soc., 10 janvier 1980, Bull. Civ. V, n° 36; D. 1980, I.R., p. 463, obs. Julien, Pierre (prononcé d'une as-

mais à raison de la force de résistance du débiteur¹⁰²⁰. En d'autres termes, ce montant doit être manifestement supérieur à l'avantage que procure au débiteur l'inexécution de son obligation¹⁰²¹. De ce fait, le montant de l'astreinte est toujours fixé au-delà de celui du préjudice causé par l'inexécution¹⁰²² et il peut même être fixé à un chiffre plus élevé que celui invoqué par le demandeur¹⁰²³. L'astreinte française ne connaît ni minimum, ni maximum légal. En revanche, le juge peut limiter sa durée; il doit même le faire lorsqu'il prononce une astreinte définitive¹⁰²⁴. En cours d'instance, l'astreinte pourra être modifiée par le juge si elle ne paraît plus adaptée au but poursuivi initialement: le juge peut majorer¹⁰²⁵ ou diminuer¹⁰²⁶ son taux.

355. Les modalités de l'astreinte sont tout aussi libres. En principe, pour les obligations de faire, le taux est fixé à raison d'un montant déterminé - qui peut être progressif¹⁰²⁷ - par période de retard (heure, jour, mois ou année)¹⁰²⁸. Concernant les obligations de ne pas faire, l'astreinte peut être déterminée par infraction constatée¹⁰²⁹ ou en fonction de la durée de l'infraction¹⁰³⁰.

treinte de FF 500 par jour au lieu de FF 100 requis pour contraindre un employeur à délivrer un certificat de travail conforme).

¹⁰²⁰ Cf. notamment MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 298; RUSQUEC, *Astreinte provisoire*, n° 94.

¹⁰²¹ TGI Lille, 22 juin 1985, rapportée par NORMAND, *Du bon usage de l'astreinte*, RTDC 84 (1986), p. 177-178 (un joaillier célèbre avait omis de réunir les autorisations nécessaires avant d'organiser une vente au profit de la Croix-Rouge; sommé de cesser la vente dès 17 heures, sous astreinte de FF 3'000 par heure, le joaillier a préféré payer l'astreinte, et la vente s'est poursuivie jusqu'à 18 heures 30).

¹⁰²² Cass. civ., 1ère, 12 février 1964, Bull. Civ. I, n° 82.

¹⁰²³ Cass. civ., 1ère, 12 février 1964, Bull. Civ. I, n° 82; Cass. civ., 2e, 14 novembre, D. 1980, I.R., p. 463, obs. Julien, Pierre; Cass. soc., 10 janvier 1980, Bull. Civ. V, n° 36; D. 1980, I.R., p. 463, obs. Julien, Pierre.

¹⁰²⁴ Art. 34 al. 3, 1ère phrase de la loi de 1991: "Une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine."

¹⁰²⁵ CA Paris, 16 février 1961, JCP 1961, II, n° 12146, obs. Mazeaud, Pierre.

¹⁰²⁶ Cass. com., 14 juin 1988, JCP 1988, IV, p. 294.

¹⁰²⁷ CA Paris, 13 février 1877, D. 1878, II, p. 125 (affaire de *Beauffremont*, astreinte de FF 500 par jour d'inexécution pendant le premier mois, puis FF 1'000 par jour d'inexécution pendant le deuxième mois).

¹⁰²⁸ TGI Paris (référé), 25 mars 1982, Rev. huiss. 1982, p. 743 (astreinte de FF 1'000 par heure de retard pour contraindre une banque à fournir à un huissier les renseignements relatifs à une créance saisie-arrêtée).

¹⁰²⁹ TGI Paris (référé), 31 janvier 1984, D. 1984, p. 283, obs. Lindon, Raymond (astreinte de FF 10 par exemplaire de journal non retourné, alors qu'en l'espèce l'astreinte portait sur 160'000 exemplaires).

Enfin, bien que cette pratique soit rare, le juge peut décider de condamner à une somme globale¹⁰³¹.

c) Point de départ et durée de l'astreinte

356. L'art. 51 du décret du 31 juillet 1992 fait obligation au juge de déterminer le *point de départ* de l'astreinte dès lors qu'il dispose que *"l'astreinte prend effet à la date fixée par le juge, laquelle ne peut être antérieure au jour où la décision portant obligation est devenue exécutoire (al. 1er). Toutefois, elle peut prendre effet dès le jour de son prononcé si elle assortit une décision qui est déjà exécutoire (al. 2)."* L'astreinte peut donc courir au plus tôt dès la notification de la condamnation principale¹⁰³², à moins qu'elle n'assortit une décision déjà exécutoire. En outre, le juge peut, en ce qui concerne l'astreinte provisoire, en proroger le terme¹⁰³³ ou en modifier la durée¹⁰³⁴. Dans le cas de l'appel, si la cour d'appel ordonne pour la première fois une astreinte, celle-ci courra à partir de la notification de l'arrêt. De même, si la cour augmente le taux de l'astreinte prononcée par les premiers juges, cette augmentation n'aura pas d'effet rétroactif¹⁰³⁵. Lorsqu'une décision ordonnant une astreinte est confirmée en appel, la jurisprudence a récemment connu un revirement important: désormais, l'astreinte ne commence à courir, en cas de confirmation du jugement non exécutoire qui en était assorti, qu'à compter du jour où l'arrêt devient exécutoire, à moins que le juge d'appel ne fixe un point de départ postérieur¹⁰³⁶. Cette position est logique, dans la mesure où l'astreinte n'est qu'un moyen de pression destiné à assurer l'exécution d'une décision de justice et qu'elle est indépendante des dommages-intérêts.

¹⁰³⁰ Pour des condamnations de chaînes de télévision, respectivement à FF 16'000 et à FF 5'400 par seconde d'infraction, CE, 21 septembre 1988, D. 1989, p. 124, obs. Debbasch, Charles et 20 janvier 1989, D. 1990, p. 104, 2e arrêt, obs. Huet, P.

¹⁰³¹ Cass. (réq.), 6 février 1900, S. 1904, I, p. 397; Cass. civ., 5 juillet 1933, S. 1934, I, p. 337.

¹⁰³² Cf. PERROT, *L'Astreinte*, p. 801; STARCK/ROLAND/BOYER, n° 511.

¹⁰³³ Cass. civ., 20 mars 1889, S. 1892, I, p. 565.

¹⁰³⁴ Cass. soc., 25 octobre 1990, Bull. Civ. V, n° 495; RTDC 89 (1991), p. 535, obs. Mestre, J.

¹⁰³⁵ CA Paris, 16 février 1961, JCP 1961, II, n° 12146, obs. Mazeaud, Pierre.

¹⁰³⁶ Cass. civ., 2e, 11 juin 1997, D. 1997, Juris., p. 536-538, obs. Julien, Pierre, JCP 1997 IV, n° 1621, RTDC 95 (1997), Chron., p. 743-744, obs. Perrot, Roger, confirmé par Cass. civ., 2e, 9 décembre 1997, D. 1997, I.R., p. 35; JCP 1998, IV, n° 185. La jurisprudence traditionnelle faisait payer au débiteur, sous la forme d'une astreinte, le fait de ne pas avoir exécuté un jugement ultérieurement confirmé par la cour, alors que pourtant sa force exécutoire avait été suspendue par l'appel.

357. La fixation d'un *terme* à l'astreinte est facultatif pour l'astreinte provisoire. Si le juge fixe un terme¹⁰³⁷, il peut à tout moment le modifier en raison de son caractère provisoire ou le proroger à l'échéance¹⁰³⁸. En matière d'astreinte définitive en revanche, le juge est tenu de par la loi de fixer un terme¹⁰³⁹. Dans tous les cas, l'astreinte cessera de courir si le débiteur s'exécute, si le créancier renonce à l'exécution en nature et se résigne à demander l'exécution par équivalent ou s'il est désormais acquis que l'exécution en nature ne pourra jamais avoir lieu¹⁰⁴⁰.

3. Influence de la faute

358. Depuis l'arrêt de principe de la Cour de cassation de 1959 et sa concrétisation législative par la réforme fondamentale de 1972 (reprise sur ce point par celle de 1991), l'astreinte est une peine privée distincte des dommages-intérêts¹⁰⁴¹. Son objet n'est plus de réparer un préjudice: les dommages-intérêts y pourvoient. De nos jours, l'astreinte est destinée à sanctionner une désobéissance à l'injonction du juge, avec cette conséquence que son montant liquidé doit prendre sa mesure non point dans l'étendue du préjudice du créancier que réparent par ailleurs les dommages-intérêts avec lesquels l'astreinte peut se cumuler¹⁰⁴², mais dans la gravité de la *faute* commise par le débiteur récalcitrant¹⁰⁴³. Ce qu'il faut se demander, ce n'est dès lors pas si, par son comportement, le débiteur a aggravé le préjudice subi par le créancier, mais si, en n'exécutant pas l'injonction, son comportement a été fautif. En revanche, la liquidation de l'astreinte définitive sera mathématique: le juge ne fera que constater le montant de l'astreinte due.

¹⁰³⁷ Cass. civ., 20 mars 1889, S. 1892, I, p. 565.

¹⁰³⁸ Cass. (réq.), 14 juin 1920, D. 1921, I, p. 195.

¹⁰³⁹ Art. 34 al. 3 de la loi du 9 juillet 1991.

¹⁰⁴⁰ Cf. MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 300.

¹⁰⁴¹ Art. 34 al. 1 de la loi de 1991.

¹⁰⁴² Cass. civ., 1ère, 28 février 1989, Bull. Civ. I, n° 97; Cass. civ., 1ère, 20 novembre 1991, Bull. Civ. I, n° 308.

¹⁰⁴³ Cf. les motifs de Cass. civ., 20 octobre 1959, D. 1959, p. 537, obs. Holleaux, Dominique JCP 1960, éd. G., II, n° 11449, obs. Mazeaud, Pierre, qui de toute évidence ont inspiré la réforme de 1972. Cf. aussi Cass. civ., 2e, 12 juin 1991, Bull. Civ. II, n° 180; Cass. civ., 2e, 2 décembre 1992, Bull. Civ. II, n° 289.

F. Les effets de la condamnation: la liquidation de l'astreinte

359. La condamnation à l'astreinte est destinée à peser sur la volonté du débiteur et à le forcer à s'exécuter. Elle peut y parvenir, après une résistance plus ou moins longue, ou elle peut s'avérer inefficace. Dans un cas comme dans l'autre, la période provisoire prendra fin, soit parce que l'exécution a été obtenue, soit parce que celle-ci apparaît comme définitivement impossible. Le créancier reviendra alors devant le juge et lui demandera la liquidation de l'astreinte, c'est-à-dire la fixation de la somme définitivement due.

1. Juge compétent

a) Le juge de l'exécution

360. Le législateur du 9 juillet 1991 a consacré la dissociation du prononcé et de la liquidation de l'astreinte en conférant au juge de l'exécution la compétence de principe pour liquider les astreintes¹⁰⁴⁴. Ce dernier a vocation naturelle à liquider les astreintes qu'il a lui-même prononcées, ainsi que celles qui ont été ordonnées par tout autre juge. Cette disposition exclut désormais le recours à la juridiction des référés pour la liquidation, même provisoire, des astreintes prononcées par d'autres juridictions¹⁰⁴⁵ et interdit à la cour d'appel de liquider l'astreinte ordonnée par la juridiction du premier degré, contrairement à ce qui était précédemment admis¹⁰⁴⁶.

b) Le juge du prononcé

361. L'art. 35 de la loi de 1991 introduit une brèche dans le monopole du juge de l'exécution pour liquider l'astreinte. Il réserve deux cas au profit du juge qui a prescrit l'astreinte: soit qu'il demeure saisi de l'affaire¹⁰⁴⁷, soit qu'il

¹⁰⁴⁴ Art. 35 de la loi du 9 juillet 1991.

¹⁰⁴⁵ Cf. déjà dans le sens de la disposition nouvelle: Cass. civ., 19 février 1986, JCP 1986, éd. G, IV, p. 120; Gaz. Pal. 1987, I, Somm., p. 47; Cass. civ., 11 mars 1992, Bull. Civ. II, n° 84. Cf. maintenant Cass. civ., 2e, 17 décembre 1997, D. 1998, I.R., p. 34-35, JCP 1998, IV, p. 295.

¹⁰⁴⁶ Cass. civ., 3e, 16 janvier 1991, Bull. Civ. III, n° 21. En revanche, du fait de l'effet dévolutif de l'appel, la cour d'appel est compétente pour liquider l'astreinte dont le premier juge s'était réservé le pouvoir, CA Paris, 19e Ch., 4 juillet 1995, Rev. huiss. 1996, p. 754.

¹⁰⁴⁷ Cass. civ., 2e, 26 mars 1997, JCP 1997, éd. G., IV, n° 1068 (un juge qui a prescrit sous astreinte la communication de pièces retient à bon droit sa compétence pour la liquider).

se soit expressément réservé ce pouvoir¹⁰⁴⁸. Ces deux restrictions se justifient par le fait qu'on ne saurait dépouiller un magistrat d'une prérogative que lui confère son *imperium*, ni d'un privilège naturel qui consiste à vouloir vérifier par lui-même la manière dont le débiteur exécute son obligation. Or, l'astreinte étant un élément constitutif de la condamnation, il n'y a aucune raison de faire intervenir un juge différent, dans les deux situations prévues¹⁰⁴⁹. En outre, la Cour de cassation a jugé que cette prérogative était compatible avec les exigences d'impartialité prévue par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁰⁵⁰.

2. Pouvoirs du juge de la liquidation

a) Astreinte provisoire

362. Lorsque le jugement ne spécifie pas le caractère de l'astreinte, celle-ci est présumée provisoire¹⁰⁵¹, ce qui laisse au juge la faculté de revoir sa décision au moment de sa liquidation. C'est l'astreinte provisoire qui souligne clairement la différence avec les dommages-intérêts: le juge doit liquider le montant de l'astreinte provisoire *"en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter"*¹⁰⁵². C'est le critère de la faute. Dans cette mesure, le juge dispose d'un pouvoir souverain. Il peut condamner le débiteur au montant primitivement fixé¹⁰⁵³ ou à un montant réduit¹⁰⁵⁴ ou augmenté¹⁰⁵⁵. Il peut aussi supprimer complètement l'astreinte suivant l'attitude qui a été adoptée par le

¹⁰⁴⁸ Cf. par exemple CA Aix, 30 janvier 1996, RTDC 94 (1996), p. 710, obs. Perrot, Roger qui désigne le juge de l'exécution compétent pour liquider une astreinte prononcée par un juge des référés qui ne s'est pas réservé le pouvoir de la liquider.

¹⁰⁴⁹ Cf. BLANC, p. 63.

¹⁰⁵⁰ Cass. civ., 2e, 8 avril 1998, D. Affaires, n° 118.

¹⁰⁵¹ Art. 34 al. 2 de la loi du 9 juillet 1991. Cette règle est d'ailleurs d'origine jurisprudentielle, cf. Cass. civ., 2e, 20 novembre 1991, Bull. Civ. II, n° 307.

¹⁰⁵² Art. 35 de la loi du 9 juillet 1991. Ce principe était déjà appliqué avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, cf. Cass. civ., 1ère, 12 juin 1991, Gaz. Pal. 1991, I, Panor., p. 228; JCP 1991, éd. G., IV, p. 316.

¹⁰⁵³ Cass. civ., 2e, 18 février 1987, JCP 1987, éd. G., IV, p. 138; Cass. civ., 1ère, 22 mai 1988, Bull. Civ. I, n° 323; Cass. civ., 3e, 14 novembre 1996, JCP 1997, éd. G., IV, p. 4.

¹⁰⁵⁴ TGI Paris, 30 novembre 1983, Gaz. Pal. 1984, I, p. 7 (l'astreinte provisoire de FF 10 par journal non retourné a été réduite à FF 3 par numéro lors de la liquidation, atteignant ainsi néanmoins un montant final de FF 480 000).

¹⁰⁵⁵ Cf. notamment MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 304; MAZEAUD/MAZEAUD/CHABAS, n° 945.

Contra: RUSQUEC, *Astreinte provisoire*, n° 167.

débiteur, de la résistance qu'il a opposée au paiement des sommes dues et des difficultés qu'il a pu rencontrer pour s'exécuter, même si le jugement n'a finalement pas été exécuté¹⁰⁵⁶. Enfin, il peut aussi modifier le caractère et la durée de l'astreinte¹⁰⁵⁷. En revanche, il ne peut pas fixer de sa propre autorité le point de départ de l'astreinte si le juge qui l'a prononcée ne l'a pas indiqué¹⁰⁵⁸ et il est tenu de supprimer l'astreinte en tout ou en partie lorsque l'inexécution résulte d'une cause étrangère¹⁰⁵⁹. Quelle que soit l'option que prend le juge, il n'a pas un pouvoir discrétionnaire: il doit motiver sa décision de liquidation. Cette dernière étant une peine et non une seule menace, le droit constitutionnel exige du juge qu'il explique aux parties pourquoi il tranche dans tel sens¹⁰⁶⁰.

b) Astreinte définitive

363. L'astreinte définitive, qui exige une mention expresse dans le dispositif du jugement¹⁰⁶¹, n'est pas susceptible de révision lors de sa liquidation, contrairement à l'astreinte provisoire¹⁰⁶². Le juge s'étant lié dans sa décision d'origine, la liquidation se réduit à une opération arithmétique consistant à multiplier le nombre de périodes pendant lesquelles a couru l'astreinte par le taux de celle-ci, tel qu'il a été fixé au départ. Le débiteur, néanmoins conserve le droit de démontrer que l'inexécution de la décision judiciaire provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère, autrement dit que l'inexécution ne lui est pas imputable¹⁰⁶³. Le juge pourra alors supprimer en tout ou partie l'astreinte. En outre, si l'astreinte a été prononcée par un juge du provisoire, la décision qui liquide cette astreinte est par essence une décision provisoire. Or, le juge de fond, n'étant pas lié par la décision provisoire qui n'a pas autorité de chose jugée, pourra sans autre réviser l'astreinte, jusqu'à

¹⁰⁵⁶ Cass. civ., 1ère, 22 novembre 1988, D. 1988, I.R., p. 289; JCP 1988 IV, p. 27; Cass. civ., 2e, 1er mars 1995, Bull. Civ. II, n° 63; D. 1995, I.R., p. 101; Gaz. Pal. 1995, II, Panor., p. 212.

¹⁰⁵⁷ Cass. civ., 2e, 9 mai 1988, Bull. Civ. II, n° 108.

¹⁰⁵⁸ Cass. civ., 2e, 12 mars 1997, Bull. Civ. II, n° 171.

¹⁰⁵⁹ Art. 36 al. 3 de la loi du 9 juillet 1991. Sur la notion de cause étrangère, cf. TGI Tulle, 6 avril 1993, D. 1993, p. 353, obs. Prévaut, Jacques.

¹⁰⁶⁰ Cass. civ., 2e, 3 juillet 1996, D. 1997, Juris., p. 231-232, obs. Boré, Louis.

¹⁰⁶¹ Toute ambiguïté rendra l'astreinte provisoire. Cf. Cass. civ., 2e, 23 novembre 1994, Bull. Civ. II, n° 237. Il convient de rappeler que, dans certains cas particuliers, le prononcé d'une astreinte définitive peut être exclu. Il en est ainsi spécialement en cas d'expulsion en matière de bail selon la loi du 21 juillet 1949.

¹⁰⁶² Art. 36 al. 2 de la loi du 9 juillet 1991.

¹⁰⁶³ Art. 36 al. 3 de la loi du 9 juillet 1991.

la supprimer totalement¹⁰⁶⁴. Enfin, l'astreinte définitive ne peut être ordonnée que pour une durée déterminée¹⁰⁶⁵, alors que l'habitude était, jusque-là, de ne pas assortir les astreintes d'un terme¹⁰⁶⁶.

3. Effets de la condamnation

a) Caractère exécutoire de l'astreinte non liquidée

364. A maintes reprises, la question s'est posée de savoir si l'astreinte était susceptible d'exécution forcée avant sa liquidation. Est-il possible de procéder à une saisie pour recouvrer les sommes dues au titre de l'astreinte tant que la situation n'est pas dénouée et aussi longtemps que le juge n'a pas arrêté le montant final de sa condamnation ? L'art. 53 al. 1 du décret du 31 juillet 1992 dispose qu'avant sa liquidation, aucune astreinte ne peut donner lieu à une mesure d'exécution¹⁰⁶⁷. En effet, la créance pêche par défaut de liquidité et de certitude (astreinte provisoire) ou défaut de certitude seulement (astreinte définitive). Cependant, l'alinéa 2 du même article dispose que la décision qui ordonne une astreinte permet de prendre une mesure conservatoire, notamment une saisie-arrêt, pour une somme provisoirement évaluée par le juge compétent pour sa liquidation¹⁰⁶⁸.

b) Absence d'autorité de la chose jugée de l'astreinte non liquidée

365. La condamnation à l'astreinte n'a pas, en elle-même, autorité de chose jugée. Le juge a la possibilité de modifier à tout moment la décision qu'il a prise. Il peut donc y avoir majoration de l'astreinte, substitution d'une astreinte définitive à l'astreinte provisoire ou prise de toutes mesures d'exécution devenues nécessaires. En revanche, la liquidation de l'astreinte et la

¹⁰⁶⁴ Cass. civ., 2e, 6 février 1991, Bull. Civ. II, n° 43; JCP 1991, IV, p. 128; Gaz. Pal. 1991, I, Panor., p. 48.

¹⁰⁶⁵ Art. 34 al. 3 de la loi du 9 juillet 1991.

¹⁰⁶⁶ Cf., par exemple, Cass. civ., 2e, 16 juillet 1992, Bull. Civ. II, n° 207; JCP 1992, éd. G, IV, n° 2679, qui, après échec d'une première astreinte, provisoire, prononce une astreinte définitive jusqu'à cessation des troubles anormaux de voisinage.

¹⁰⁶⁷ Confirmant ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation, par exemple Cass. civ., 2e, 7 février 1985, D. 1985, Somm., p. 320; Cass. civ., 2e, 18 février 1982, Bull. Civ. II, n° 25.

¹⁰⁶⁸ La Cour de cassation avait déjà jugé que la créance d'astreinte non encore liquidée était "certaine en son principe" et "suffisante pour justifier une saisie-arrêt", maintenant remplacée par la saisie-attribution, Cass. civ., 2e, 13 mai 1987, Bull. Civ. III, n° 111; JCP 1987 IV, p. 245; Gaz. Pal. 1987, II, Somm., p. 492, obs. Véron, Pierre.

condamnation qui la suit ne sauraient être provisoires: elles ont l'autorité de la chose jugée¹⁰⁶⁹.

c) Effets de la liquidation

366. La liquidation transforme l'astreinte en une créance liquide et exigible qui permet d'engager une procédure d'exécution forcée et qui devient dès cet instant productive d'intérêts au taux légal, à compter du jour où la décision est devenue exécutoire et non du jour de la sommation de payer¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁹ Cf. RUSQUEC, *Astreinte provisoire*, n° 136-137.

¹⁰⁷⁰ Cass. com., 19 mars 1991, Bull. Civ. IV, n° 109; D. 1991, I.R., p. 111; JCP 1991, IV, p. 189; RTDC 89 (1991), p. 534, obs. Mestre, J.; Cass. civ., 1ère, 18 octobre 1983, Bull. Civ. I, n° 234.

II. ANGLETERRE

A. Les caractères généraux du *contempt of court*

1. Définition

367. Même si traditionnellement la *common law* est relativement timide en matière d'exécution en nature, le droit anglais connaît également la contrainte indirecte, qui s'exerce au moyen des remèdes qu'offre la doctrine du *contempt of court*¹⁰⁷¹. Plusieurs institutions juridiques sont visées par ce terme. Globalement, on définit le *contempt of court* comme "un acte ou une omission destiné à entraver la bonne administration de la justice"¹⁰⁷². On distingue, en règle générale, entre le *criminal contempt* et le *civil contempt*¹⁰⁷³. Commet un *civil contempt*¹⁰⁷⁴ - ou *contempt in procedure* - celui qui ne se plie pas à une décision ou à une injonction du juge de faire ou de ne pas faire, celui qui rompt une promesse faite au juge (*undertaking*) ou celui qui ne respecte pas une autre ordonnance du juge, notamment en matière de preuves¹⁰⁷⁵. Le *criminal contempt* englobe tous les autres actes interférant ou obstruant la saine administration de la justice, qui peuvent être commis en présence du tribunal (*in facie curiae*)¹⁰⁷⁶ ou hors de la présence du tribunal justice (*constructive, ex facie curiae*), notamment par des publications qui entravent la bonne marche de la justice¹⁰⁷⁷. Seul nous intéressera

¹⁰⁷¹ Les écrits traitant du *contempt of court* sont nombreux. Nous mentionnons ici les ouvrages des références anglais de ARLIDGE/EADY, BORRIE/LOWE, JONES/GOODHART, MILLER et TREITEL, *Specific Performance and Injunction*.

Pour la doctrine étrangère, cf. notamment BUNGE, *Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in England*; FERID, « *Contempt of Court* », p. 542-569; GÄRTNER, p. 96-133; REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 102-122; SCHWEIZER, *Der Schutz der Rechtsverwirklichung im angelsächsischen Rechtskreis*; STUTZ, p. 138-164; TREIBMANN, p. 53-70.

¹⁰⁷² "An act or omission calculated to interfere with the due administration of justice", BOWEN LJ in *Helmores v. Smith*, [1886] 35 Ch.D. 436, 455. Selon Earl LOREBURN in *Scott v. Scott* [1913] AC 417, 445, donner une définition précise du *contempt of court* "would require a 'treatise' and which in any case 'would be a treatise without authority, liable to the risk of error or misconception'."

¹⁰⁷³ Cf. ARLIDGE/EADY, n° 2-04; BORRIE/LOWE, p. 2-4 et 655-664; HAILSHAM OF ST MARYLEBONE (édit.), vol. 9, § 2; MILLER, p. 2.

¹⁰⁷⁴ RSC Order 45, rule 5 (1) (a) (b).

¹⁰⁷⁵ Cf. ARLIDGE/EADY, n° 2-24; BORRIE/LOWE, p. 655.

¹⁰⁷⁶ Cf. BORRIE/LOWE, chap. 2; HAILSHAM OF ST MARYLEBONE (édit.), vol. 9, § 5, 6.

¹⁰⁷⁷ Cf. BORRIE/LOWE, chap. 3-11; HAILSHAM OF ST MARYLEBONE (édit.), vol. 9, § 7.

ici le *civil contempt*, en tant que moyen permettant d'assurer l'exécution des jugements civils.

2. Sanctions en cas de *civil contempt of court*

368. Les trois sanctions principales que la *High Court* et la *Court of Appeal* peuvent prononcer à l'encontre de personnes qui ont commis un *civil contempt* sont le séquestre (*sequestration*), la contrainte corporelle (*committal*) et l'amende (*fine*)¹⁰⁷⁸.

369. La *sequestration*¹⁰⁷⁹ entraîne la saisie du patrimoine du débiteur jusqu'à exécution totale par ce dernier. Il s'agit d'une voie d'exécution pure, prononcée au lieu de situation des biens, également applicable pour assurer l'exécution des jugements étrangers¹⁰⁸⁰. Elle agit *in rem* et implique le transfert des biens du débiteur entre les mains d'agents d'exécution forcée (*sequestrators*) nommés par le tribunal, qui ont la mission de gérer ce patrimoine, avec un statut comparable à un administrateur de faillite. La *sequestration* constitue le moyen de coercition le plus sévère. Aussi, elle n'est prononcée que si le défendeur est animé d'une mauvaise volonté¹⁰⁸¹.

370. Le *committal*¹⁰⁸² est une peine d'emprisonnement dont la durée ne peut pas dépasser 2 ans¹⁰⁸³. Si le débiteur est une personne morale, cette sanction vise tout organe ou directeur.

371. Enfin, le pouvoir d'imposer une *fine*¹⁰⁸⁴, qui n'est pas spécifié dans la loi, a été développé ultérieurement par la jurisprudence au terme d'un rai-

¹⁰⁷⁸ Les *Rules of the Supreme Court* connaissent encore le "*writ of possession*" (*RSC Order 45, rule 3 (1)*) et le "*writ of delivery*" correspondants (*RSC Order 45, rule 4 (1)*).

¹⁰⁷⁹ *RSC Order 45, rule 5 (1) (b) (i)*. Sur la *sequestration*, cf. BORRIE/LOWE, p. 606-616.

¹⁰⁸⁰ Cf. DICEY/MORRIS/COLLINS, p. 491.

¹⁰⁸¹ *Steiner Products Ltd v. Willy Steiner* [1966] 2 All ER 387, [1966] WLR 986.

¹⁰⁸² *RSC Order 45, rule 5 (1) (b) (iii)*. Cf., sur le *committal*, notamment BORRIE/LOWE, p. 617-635.

¹⁰⁸³ *Contempt of Court Act 1981, sec 14 (1)*.

¹⁰⁸⁴ Sur la *fine*, cf. notamment ARLIDGE/EADY, n° 7-14; BORRIE/LOWE, p. 635-639; MILLER, p. 11, p. 259.

sonnement *a majore ad minus*. En 1963, CROSS J, dans *Phonographic Ltd v. Amusement Caterers (Peckham) Ltd* conclut¹⁰⁶⁵:

"I cannot see the logic of saying that in a case of civil contempt the court has no alternative to sending defendants to prison ... I think the court must have power, in the case of a civil contempt, to impose the lesser penalty of a fine."

Depuis lors, il n'a plus jamais été mis en doute que les tribunaux puissent imposer une *fine* pour insoumission à une décision de l'autorité¹⁰⁶⁶ et l'institution est devenue extrêmement répandue.

3. Sources

372. On dit de la doctrine du *contempt of court* qu'elle est aussi ancienne que la *common law* elle-même¹⁰⁶⁷. L'institution est née au XII^e siècle avec la naissance des tribunaux¹⁰⁶⁸. Au Moyen-Age, l'office du juge était considéré essentiellement comme celui d'un haut délégué du roi exerçant une parcelle du pouvoir royal. Le pouvoir de prononcer des peines pour *contempt of court* n'était que la conséquence de l'autorité du Roi: chaque désobéissance au juge était une désobéissance au souverain¹⁰⁶⁹. Après plusieurs essais de codification, une commission d'expert fut instituée en 1971 afin d'examiner s'il convenait d'apporter des changements au droit du *contempt of court*. Le *Phillimore Committee*¹⁰⁷⁰ produisit son rapport en 1974, mais ce ne fut qu'en 1981 que le *Contempt of Court Act* fut adopté, suite à l'affaire du *Sunday*

¹⁰⁶⁵ *Phonographic Ltd v. Amusement Caterers (Peckham) Ltd* [1963] 3 WLR 898 (Ch.D.), [1964] Ch 195, [1963] All ER 493.

¹⁰⁶⁶ Cf., par exemple, *Re Galvanised Tank Manufacturer's Association's Agreement* [1965] 2 All ER 1003, [1965] 1 WLR 1074; *Steiner Products Ltd v. Willy Steiner* [1966] 2 All ER 387, 390 [1966] WLR 986; *Re Agreement of Mileage Conference Group Tyre Manufacturers Conference Ltd* [1966] 2 All ER 849, 861; *Heatons Transport (St Helens) Ltd v. Transport and General Worker's Union* [1973] AC (HL) 15, [1972] 3 All ER 101; *Goad v. AUEW (No 2)* [1973] ICR 42; *Goad v. AUEW (No 3)* [1973] ICR 108; *Con-Mech (Engineers) Ltd v. AUEW* [197] ICR 620; *Re British Concrete Pipe Association's Agreement* [1982] ICR 182.

¹⁰⁶⁷ Cf., par exemple, JACOB, *General Report*, p. 29.

¹⁰⁶⁸ Cf. WILMOT J, in *R. v. Abmon* (1765) Wilmot's Notes, p. 254, cité par CREMONINI, p. 133; FOX, p. 1: "Rules for preserving discipline, essential to the administration of justice, came into existence with the law itself, and contempt of court (*contemptus curiae*) is a recognised phrase from the twelfth century to the present time."

¹⁰⁶⁹ Cf. ARLIDGE/EADY, n° 1.01-1.02; JACOB, *General Report*, p. 29-30.

¹⁰⁷⁰ Appelé du nom de Lord Justice PHILLIMORE qui la présidait.

Times devant la Cour européenne des droits de l'homme. Il concerne principalement le *criminal contempt*¹⁰⁹¹, les règles sur le *civil contempt* étant principalement contenues dans la casuistique développée par les tribunaux. Enfin, l'institution est également contenue dans des lois spéciales, notamment afin d'assurer l'exécution de devoirs de renseigner¹⁰⁹².

B. La nature juridique du *contempt of court*

1. *Contempt of court* et dommages-intérêts

373. Etant donné son attribution à l'Etat, la sanction de la *fine* en cas de *contempt of court* n'a évidemment aucun rapport avec l'institution des dommages-intérêts. Elle ne doit pas non plus être confondue avec les *exemplary damages*, voisins des *punitive damages* connus aux Etats-Unis. Bien que ces derniers aient une fonction punitive pour le montant qui dépasse le dommage concret, ils appartiennent aux dommages-intérêts. Leur application est fréquente en matière de responsabilité délictuelle. Néanmoins, des conditions strictes président à leur prononcé. Ils ont une fonction dissuasive, dans la mesure où ils ne sont accordés que s'il est indispensable de faire comprendre à l'auteur du délit qu'il ne vaut pas la peine de commettre des actes illicites.

2. *Contempt of court* et clause pénale

374. Le terme *penalty* du droit anglais est utilisé pour définir la peine conventionnelle, fixée lors de la conclusion du contrat, stipulée pour contraindre le débiteur à s'exécuter et exigible en cas d'inexécution contractuelle¹⁰⁹³. Il s'agit du pendant de l'institution de la clause pénale de l'art. 1226 CCFr. ou de l'art. 160 CO. La *penalty* se distingue dès lors très clairement du *contempt of court*: fixée par les parties avant l'inexécution, elle revient au créancier, alors que la *fine* du *contempt of court* est fixée par un juge après l'inexécution et revient à l'Etat. Enfin, le fait que les parties prévoient dans leur contrat une peine conventionnelle dont l'objet est la liquidation anticipée du dommage causé par une éventuelle inexécution (*liquidated damages clause*)

¹⁰⁹¹ Il est aujourd'hui admis que la section 14 s'applique aussi au *civil contempt*. Cf. notamment *Pearl v. Stewart* [1983] 1 All ER 859, 862, per Lord DIPLOCK.

¹⁰⁹² Cf., par exemple, *Insolvency Act 1986*, sections 288, 290, 291; *Companies Act 1985*, sections 434-436; *Charities Act 1993*, sections 8(3), 9(1).

¹⁰⁹³ Cf. HAILSHAM OF ST MARYLEBONE (édit.), vol. 12, § 1109.

ne signifie pas que le montant de l'indemnité ainsi fixé soit une réparation adéquate, ni qu'une partie dispose d'une option de payer ou d'exécuter¹⁰⁹⁴.

3. *Contempt of court* et exécution forcée

375. On peut qualifier le *contempt of court* comme un principe général visant à protéger le fonctionnement de la justice et le comparer à une espèce de clause générale de police¹⁰⁹⁵. Ce serait cependant oublier la facette privée du *civil contempt*, à savoir la satisfaction de l'intérêt du créancier. Sans être une voie d'exécution proprement dite, ni un moyen pénal à part entière, le *civil contempt of court* est une institution ambivalente qui doit être considérée fonctionnellement comme un moyen de contrainte indirecte visant à influencer le comportement du débiteur et permettant au créancier d'obtenir l'exécution de son jugement.

4. *Contempt of court* et condamnation principale

376. Contrairement au droit français, l'annulation de la condamnation principale n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la sanction du *contempt*, vu le double but assigné à cet instrument, à savoir l'exécution d'un jugement de droit privé et la sanction du débiteur qui ne s'est pas conformé à l'ordre du juge. Ainsi, une personne croyant que la condamnation est irrégulière ou nulle sera malgré tout sanctionnée en cas d'inexécution par les peines du *contempt of court*¹⁰⁹⁶. La même règle s'appliquera si ultérieurement la condamnation principale est annulée¹⁰⁹⁷.

5. *Contempt of court* et droit pénal

377. Comme mentionné, le premier but du *civil contempt of court* est de permettre à un créancier d'obtenir l'exécution forcée de son jugement. Ainsi, il permet de protéger l'intérêt privé et sa première fonction est plutôt coerci-

¹⁰⁹⁴ Cf. JONES/GOODHART, p. 35 et les arrêts cités.

¹⁰⁹⁵ Cf. SCHWEIZER, *Der Schutz der Rechtsverwirklichung im angelsächsischen Rechtskreis*, p. 4-5 et p. 7.

¹⁰⁹⁶ ROMER LJ, in *Hadkinson v. Hadkinson* [1952] P. 285, 288 (CA): "The uncompromising nature of this obligation is shown by the fact that it extends even to cases where the person affected by an order believes it to be irregular or even void ... anyone who disobeys an order of the court ... is in contempt and may be punished by committal or attachment otherwise."

¹⁰⁹⁷ Sir GEORGE FAREWELL, in *Eastern Trust Company v. McKenzie, Mann & Co.* [1915] AC 750, 761 (PC): "An injunction, although subsequently discharged because the plaintiff's case failed, must be obeyed while it lasts."

tive que punitive. Cependant, au-delà de ce but immédiat, le *contempt of court* vise la protection de l'intérêt public, à savoir que tout juge doit disposer des moyens d'assurer le respect de ses propres ordres¹⁰⁹⁸. CROSS J l'a exprimé en ces termes dans *Phonographic Performance Ltd v. Amusement Caterers (Peckham) Ltd*¹⁰⁹⁹:

"Where there has been wilful disobedience to an order of the court and a measure of contumacy on the part of the defendants, then civil contempt, what is called contempt in procedure, 'bears a two-fold character, implying as between the parties to the proceedings merely a right to exercise and a liability to submit to a form of civil execution, but as between the party in default and the state, a penal or disciplinary jurisdiction to be exercised by the court in the public interest'."

Pour cette raison, les sanctions du *contempt of court* sont pénales et, bien que le *contempt* soit civil, il relève de la nature pénale¹¹⁰⁰ et nombre de règles qui s'appliquent en matière d'appréciation de la culpabilité en droit pénal s'appliquent également en matière de *civil contempt*. Par exemple, le degré de preuve requis est le même au civil qu'au pénal: l'inexécution doit être prouvée au-delà de tout doute raisonnable (*beyond reasonable proof*)¹¹⁰¹, sans qu'il soit nécessaire de prouver un *mens rea*, à savoir une insoumission délibérée et intentionnelle à l'ordre du juge¹¹⁰². Cela signifie corollairement

¹⁰⁹⁸ Cf. en ce sens, BORRIE/LOWE, p. 558.

¹⁰⁹⁹ [1963] 3 WLR 898, 900 (Ch.D.), [1964] Ch 195, 198; confirmé par DAVIES LJ in *Jennison v. Baker* [1972] 2 QB, 52, 69; RUSSEL LJ in *Re Barrell Enterprises*, [1972] 3 All ER 631, 639, [1973] 1 WLR 19, 27D (CA); Lord DIPLOCK in *A-G v. Times Newspaper* [1974] AC 273, 307.

¹¹⁰⁰ Cf. notamment Lord DENNING MR in *Re Bramblevale Ltd* [1970] 1 Ch 128, p. 137A (CA) "a contempt of court is an offence of a criminal character"; RUSSEL LJ in *Knight v. Clifton* [1971] Ch 700, 707, [1971] 2 All ER 378, 381: "Contempt of court [...] is something that may carry penal consequences, even loss of liberty, [...]"; ARLIDGE/EADY, n° 5-06; BORRIE/LOWE, p. 565.

¹¹⁰¹ Cf. notamment Lord DENNING MR in *re Bramblevale Ltd* [1970] 1 Ch 128, 137A (CA); DILLON LJ in *Dean v. Dean* [1987] 1 FLR 517, 521 (CA); ARLIDGE/EADY, n° 5-07; BORRIE/LOWE, p. 55; MILLER, p. 28.

¹¹⁰² Cf. notamment *Stancomb v. Trowbridge UDC* [1910] 2 Ch 190, 194; *Heatons Transport (St Helens) Ltd v. Transport and General Worker's Union* [1973] AC (HL) 15, 109, [1972] 3 All ER 101; *A-G v. Times Newspapers Ltd* [1992] 1 AC 191, 217-218, [1991] 2 All ER 398, 415; *Re Supply of Ready Mixed Concrete (no. 2)* [1995] 1 AC 456, 479-481, [1995] 1 All ER 135, 152-157. Sur l'acte commis accompli en conformité avec un conseil légal, cf. *Re Agreements of Mileage Conference Group of Tyre Manufacturer's Conference Ltd* [1966] 2 All ER 960, 970 per Megarry; *M. v. Home Office* [1994] 1 AC 377, [1993] 3 All ER 537.

que les droits de la défense doivent être strictement respectés¹¹⁰³. En conséquence, au-delà du but immédiat d'assurer le respect du jugement, le *civil contempt* vise à punir celui qui s'en rend coupable¹¹⁰⁴. En pratique, la frontière entre le *civil* et le *criminal contempt* est floue: seules quelques différences subsistent en fin de compte¹¹⁰⁵.

C. Le bénéficiaire du *contempt of court*

378. Contrairement à l'astreinte française, l'amende infligée pour *contempt of court* est payable à l'Etat¹¹⁰⁶. En cas de non paiement, ce dernier recouvrira d'office le montant dû, comme il le ferait s'il était bénéficiaire d'un jugement lui attribuant une somme d'argent.

D. Le champ d'application et les limites du *contempt of court*

1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel

a) Priorité historique accordée par le droit matériel à l'attribution de dommages-intérêts

379. Toute insoumission à une injonction judiciaire de faire ou de ne pas faire constitue un *contempt of court*. Le champ d'application du *contempt of court* est dès lors délimité par la possibilité conférée par le droit matériel

¹¹⁰³ Il a par exemple été jugé qu'un défendeur dans une procédure de *civil contempt* peut refuser de répondre aux questions posées ou de soumettre des pièces qui l'incrimineraient personnellement (*privilege of self-incrimination*), cf. notamment *Bhimji v. Chatwani* (No 3) [1992] 4 All ER 912; *Comet Products UK Ltd v. Hawke Plastics Ltd* [1971] 2 QB 67, [1971] 2 All ER 1141; BORRIE/LOWE, p. 558 et p. 660.

¹¹⁰⁴ Ainsi, même si l'exécution se révèle impossible ou n'est plus justifiée, une sanction au titre de *contempt of court* peut être infligée, cf. *Jennison v. Baker* [1972] 2 QB 52, 63G (CA) per DAVIES LJ. La même idée sous-tend l'affaire *Re Barrell Enterprises* [1973] 1 WLR 19, per RUSSEL LJ: une directrice d'entreprise avait été condamnée à une peine d'emprisonnement pour ne pas avoir donné suite à un ordre de remettre des documents à l'*Official Receiver*. La *Court of Appeal* l'a libérée après 6 mois, bien qu'elle n'eût pas produit les documents requis et qu'elle n'eût pas l'intention de le faire. L'emprisonnement pour *contempt of court* visait deux buts: sanction de la désobéissance d'une part, et exécution forcée de l'ordre de produire d'autre part. Le premier avait été atteint par la période passée en prison et le second ne pouvait pas être atteint en remettant la directrice en prison.

¹¹⁰⁵ Cf. en particulier la liste établie chez BORRIE/LOWE, p. 660-662.

¹¹⁰⁶ Il s'agit de "Sa Majesté la Reine", cf. le modèle de formule reproduit chez ARLIDGE/EADY, n° 11-21.

d'obtenir l'exécution forcée en nature. Or, il est bien connu que dans la *common law*, le remède primaire en cas d'inexécution est l'attribution de dommages-intérêts, quelle que soit la nature de l'obligation¹¹⁰⁷. Cela s'explique par le caractère incisif du remède du *contempt of court*, qui, à l'origine, menait à l'arrestation de la personne du débiteur¹¹⁰⁸. La *common law* se distingue sur ce point du droit allemand ou des droits d'origine romane, qui accordent une plus grande importance à l'exécution en nature¹¹⁰⁹. L'action of *debt* est sans aucun doute le remède le plus important de la *common law*. Le célèbre juge américain OLIVER WENDELL HOLMES l'a exprimé ainsi¹¹¹⁰:

"The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you don't keep it - and nothing else."

380. L'exclusivité initiale de la réparation en argent s'expliquait par l'absence de pouvoir des juridictions de *common law* d'assurer l'exécution directe de leurs décisions. Néanmoins, pour pallier aux rigueurs de la réparation en argent dans le cas de l'inexécution d'obligations non pécuniaires, les cours d'*Equity* ont enrichi le droit des effets du contrat par des sanctions plus énergiques. Elles ont ainsi développé la *specific performance*, en matière d'obligations de faire et de livrer, et les *injunctions*, en matière d'obligations de ne pas faire. Dépourvues de force exécutoire propre, les décisions des cours d'*Equity* tiraient leur redoutable efficacité des mesures pénales pouvant être prises à l'égard de la partie condamnée pour outrage à la cour. Ainsi, les restrictions liées à l'exécution forcée, qui inhibaient initialement l'expression de la *jurisdictio* des juges de *common law*, se trouvèrent contournées grâce à la contrainte indirecte exercée sur la personne du débiteur par le *contempt of court*.

¹¹⁰⁷ Cf. notamment MÜLLER-CHEN, p. 78-87; TALLON, *Dommages et intérêts et exécution en nature*, p. 601-605; TREITEL, *The Law of Contract*, p. 918.

¹¹⁰⁸ Cf. par exemple *Enfield L.B.C. v. Mahoney* [1983] 1 WLR 749 où même l'emprisonnement du débiteur ne permit pas d'obtenir l'exécution de l'obligation. On rappellera que la contrainte par corps a été abolie en Angleterre par le *Debtors Act 1869*, sections 4 et 5, et le *Administration of Justice Act 1970*, section 11.

¹¹⁰⁹ Cf. MÜLLER-CHEN, p. 78.

¹¹¹⁰ Cf. HOLMES, p. 462. L'obligation du promettant de payer des dommages-intérêts en cas d'inexécution est reconnue aujourd'hui par les tenants de l'*economic analysis of law* comme la pierre angulaire de la doctrine de l'*efficient breach of contract*, opposée au principe *pacta sunt servanda*. Selon cette doctrine, les parties n'exécutent pas leur promesse et paient des dommages en contrepartie chaque fois qu'*"il est profitable pour eux de le faire"*. Ainsi, la loi devrait encourager ce comportement car il permet une distribution plus efficace des ressources par définition limitées. Cf., en général, POSNER, *Economic Analysis of Law*.

b) *Specific performance*

(1) Conditions de son prononcé

381. La *specific performance* est une institution du droit des contrats. Il s'agit d'un ordre du juge qui contraint le débiteur à exécuter en nature sa promesse de faire ou de livrer¹¹¹¹. Elle ne s'applique pas aux obligations d'abstention. Le juge prononcera un *decree of specific performance*, "only when it can by that means do more perfect and complete justice than an award of damages"¹¹¹². En d'autres termes, elle ne sera prononcée que dans les cas où les dommages-intérêts constituent un remède *inadequate*¹¹¹³. Le caractère subsidiaire de la *specific performance* est ainsi nettement affirmé. En outre, étant un remède d'*Equity*, la *specific performance* est toujours à la discrétion du juge¹¹¹⁴.

382. Des arrêts récents démontrent cependant que les juges anglais, comme les juges américains d'ailleurs, sont de plus en plus souples envers le test de l'*adequacy* et sont enclins à prononcer la *specific performance* chaque fois qu'elle constitue le remède approprié¹¹¹⁵, inversant ainsi la formule selon laquelle la *specific performance* n'est accordée que si les dommages-intérêts sont inadéquats. En effet, un certain nombre de conditions doivent être réalisées pour obtenir un tel *decree*, mais inversement, leur réalisation entraîne presque toujours son prononcé. Ces conditions explicitent la condition générale d'*adequacy*¹¹¹⁶. En principe, le juge pourra prononcer la *specific performance* lorsqu'il s'agit d'un bien unique ou d'un bien difficilement remplaçable par un achat de couverture sur le marché¹¹¹⁷. La première situation se rencontrera lorsque l'obligation porte sur le transfert de biens immobiliers¹¹¹⁸ ou d'une chose individualisée, notamment des objets d'art, des antiquités ou

¹¹¹¹ Cf., par exemple, JONES/GOODHART, p. 1: "Specific performance is a decree of the court which compels the defendant personally to do what he promised to do."

¹¹¹² *Wilkinson v. Northampton and Banbury Junction Rly Co* [1874] 9 Ch App 279, 284, per Lord SELBORNE; *Attorney-General v. Colchester Corporation* [1955] 2 QB 207, 217.

¹¹¹³ Cf. NEUFANG, p. 125 ss; TREITEL, *The Law of Contract*, p. 919.

¹¹¹⁴ Cf. TREITEL, *The Law of Contract*, p. 924. Cf. *Stickney v. Keeble* [1915] AC 386, 419 HL.

¹¹¹⁵ Cf. notamment *Beswick v. Beswick* [1968] AC 58; *Sudbrook Trading Estate Ltd v. Eggleton* [1983] 1 AC 444, 478, per Lord DIPLOCK.

¹¹¹⁶ Cf. JONES/GOODHART, p. 31.

¹¹¹⁷ Cf. TREITEL, *The Law of Contract*, p. 920. Cf. par exemple *Whiteley Ltd v. Hilt* [1918] 2 KB 808, 819 CA; *Cohen v. Roche* [1927] 1 KB 169, 179.

¹¹¹⁸ Cf. *Verral v. Great Yarmouth Borough Council* [1981] QB 202, 213 CA.

des objets issus d'une succession¹¹¹⁹. En revanche, elle ne se réalisera pas lorsque l'obligation porte sur la prestation de services qui ne nécessitent pas une exécution personnelle par le débiteur¹¹²⁰ ou sur une chose fongible¹¹²¹. C'est précisément en cette dernière matière que la libéralisation de la jurisprudence s'est fait le plus ressentir, notamment en matière de contrats de longue durée portant sur la fourniture de biens et de services. L'affaire *Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd* de 1974¹¹²² en est un exemple. Il s'agissait d'un contrat à long terme de fourniture de pétrole. Suite à la crise pétrolière, le vendeur refusa de livrer. Le juge prononça un *decree of specific performance*: vu la crise pétrolière, les dommages-intérêts ne compenseraient pas de manière adéquate le dommage du demandeur qui serait confronté à de graves difficultés dans la recherche d'un fournisseur de remplacement. Dans cette affaire, la *specific performance* a été admise alors que l'objet du contrat n'était pas unique et que l'attribution de dommages-intérêts aurait dû constituer en théorie une compensation adéquate. Cependant, vu les qualités du pétrole et la pénurie sur les marchés, l'allocation de dommages-intérêts n'aurait pas, dans ce cas précis, constitué un remède adéquat¹¹²³. Enfin, la *specific performance* pourra aussi être ordonnée lorsque le dommage est difficilement déterminable¹¹²⁴ ou sa preuve difficilement rapportable¹¹²⁵.

¹¹¹⁹ Cf. la casuistique très détaillée chez JONES/GOODHART, p. 143-149. Le *Sale of Goods Act 1979*, section 52 (1) contient une règle spéciale pour la *specific performance* lorsque la vente porte sur des biens "*specific ou ascertained*" et que le juge l'estime appropriée. Sur proposition de l'Angleterre et des Etats-Unis, l'art. 28 de la Convention des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises de 1980 dispose que le juge n'est contraint de prononcer la condamnation en nature que s'il le ferait aussi selon son propre droit.

¹¹²⁰ Cf. certains exemples chez JONES/GOODHART, p. 169-183.

¹¹²¹ Cf. Sir ROBERT MEGARRY, VC, in *Howard E. Perry & Co. Ltd v. British Railways Board* [1980] 1 WLR 1375, 1382H (Ch): "A principle on which the court has long acted is not to order delivery of goods which are ordinary articles of commerce with no special value or interest, whether to the plaintiff or others, when damages will fully compensate..."

¹¹²² [1974] 1 WLR 576 (Ch.D.).

¹¹²³ Cf. JONES/GOODHART, p. 321. Cf. aussi *Total Oil Great Britain Ltd v. Thompson Garages (Biggin Hill) Ltd* [1972] 1 QB 318, 321 CA.

¹¹²⁴ Cf., par exemple, *Beswick v. Beswick* [1968] AC 58; *Swiss Bank Corp. v. Lloyd's Bank Ltd* [1982] AC 584 et *Eximenco Handles AG v. Partrederiet Oro Chef* [1983] 2 Lloyd's Rep. 509, 521.

¹¹²⁵ Cf. par exemple *Decro-Wall International SA v. Practitioners in Marketing Ltd* [1971] 1 WLR 361.

(2) Refus de son prononcé

383. D'un point de vue pratique, la *specific performance* ne sera en principe pas ordonnée lorsque son exécution implique une succession d'actes nécessitant une supervision continue par le tribunal¹¹²⁶ : le juge pourra difficilement ordonner à un acteur de jouer son rôle sur la scène, à un employé de travailler, à un entrepreneur de construire un bâtiment ou à un locataire d'exploiter pendant toute la durée du bail un magasin de détail au rez-de-chaussée du bâtiment¹¹²⁷. Cependant, dans l'immense majorité des cas, le débiteur se plie à l'injonction sans qu'il soit besoin de prononcer des mesures de supervision; le juge peut aussi nommer un tiers (*master* ou *receiver*) pour veiller à la bonne exécution du *decree*. Dès lors, il a été affirmé à plusieurs reprises ces dernières années que la règle n'est pas absolue¹¹²⁸ et qu'elle ne constitue qu'un élément dans la décision du juge de ne pas accorder la *specific performance*. Celle-ci ne sera pas non plus prononcée si l'exécution en nature empiète sur les droits de la personnalité du débiteur¹¹²⁹. Enfin, la *specific performance* ne sera pas prononcée si elle constitue un *severe hardship* pour le débiteur¹¹³⁰, si elle soutient un comportement déloyal du créancier¹¹³¹, si l'exécution est impossible, si son objet n'est pas déterminé ou si son exécution est vaine d'avance. Par exemple, un contrat de société simple sans durée déterminée ne peut pas faire l'objet d'une exécution en nature, étant donné que chaque partie peut le résilier en tout temps, sans condition¹¹³².

(3) Conclusion

384. Le droit de l'exécution forcée en Angleterre a connu une évolution sensible. Du caractère rigide de ses débuts, il s'est fortement assoupli et

¹¹²⁶ Cf. JONES/GOODHART, p. 44. Cf. aussi les exemples donnés par TREITEL, *The Law of Contract*, p. 930.

¹¹²⁷ *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1996] 3 WLR 27 CA; [1998] AC 1, 12 HL.

¹¹²⁸ Cf., par exemple, les arrêts *Shiloh Spinners Ltd v. Harding* [1973] AC 691, 724, per Lord WILBERFORCE; *C.H. Giles & Co Ltd v. Morris* [1972] 1 WLR 307, 318, per MEGARRY; *Tito v. Waddell (No 2)* [1977] Ch 106, 322, per MEGARRY VC; *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores (Holdings) Ltd* [1996] 3 WLR 27 CA, renversé cependant par la House of Lords.

¹¹²⁹ Cf. *infra*, Partie 2, II. D. 3. b).

¹¹³⁰ Cf. *Sullivan v. Henderson* [1973] 1 WLR 333 Ch.

¹¹³¹ Cf. *Shell U.K. Ltd v. Lostock Garage Ltd*.

¹¹³² Cf. *Hercy v. Birch* (1804) 9 Ves. 357; *Scott v. Rayment* (1868) LR 7 Ex. 112, cités par JONES/GOODHART, p. 54.

aujourd'hui la *common law* a amorcé une réhabilitation de l'exécution forcée en nature qui la place dans le sillage des autres droits continentaux¹¹³³.

c) *Injunctions*

385. Le pendant du *decree of specific performance* dans le cas d'une obligation de ne pas faire est l'*injunction*. Il s'agit d'un procédé judiciaire par lequel une partie reçoit l'ordre de s'abstenir d'un acte déterminé ou de l'accomplir. Il n'est pas limité aux prétentions contractuelles. On distingue communément entre *mandatory injunction*, lorsque l'ordre du juge vise au rétablissement de la situation antérieure, et *prohibitory injunction*, lorsque l'ordre du juge vise à l'abstention d'un acte particulier¹¹³⁴. La forme la plus répandue de l'*injunction* est l'*interlocutory injunction* que l'on peut qualifier de véritable mesure provisoire ordonnée parallèlement à une action au fond¹¹³⁵. En tant que remède d'*Equity*, l'*injunction* est également à la discrétion du juge. Cependant, un certain nombre de lois la prévoient expressément en cas de violation des normes qu'elles édictent¹¹³⁶.

2. Champ d'application

a) Obligations de faire

386. La loi étend le champ d'application de la *sequestration* et du *committal* aux obligations de faire et de ne pas faire¹¹³⁷. En toute logique, ce champ d'application sera aussi celui de la *fine*. En revanche, l'exécution forcée en nature d'une obligation de faire ne pourra être obtenue que si le jugement fixe un délai au débiteur pour s'exécuter¹¹³⁸. Cette règle s'applique particulièrement aux obligations de faire qui nécessitent le concours personnel du débiteur (*intuitu personae*). Pour les obligations de faire qui ne nécessitent pas le concours personnel du débiteur (*non intuitu personae*), l'Order 45 rule 8 permet l'exécution par équivalent. En réalité, il est rare que le créancier

¹¹³³ Dans ce sens, cf. JONES/GOODHART, p. 5; TALLON, *Domages et intérêts et exécution en nature*, p. 605. Ce rapprochement a également été relevé par TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, p. 71.

¹¹³⁴ Cf. TREITEL, *The Law of Contract*, p. 936.

¹¹³⁵ RSC Order 29, rule 1.

¹¹³⁶ Cf. notamment le *Consumer Protection Act 1987*, section 20 et le *Copyright, Designs and Patents Act 1988*, section 96.

¹¹³⁷ RSC Order 45, rule 5 (1) (a) et (b).

¹¹³⁸ RSC Order 45, rule 5 (1) (a).

puisse obtenir dans ce cas l'exécution en nature de la prestation. En effet, un tiers étant également à même de fournir l'obligation du débiteur, le juge préférera allouer des dommages-intérêts au créancier, ceux-ci constituant un *adequate remedy*. La *specific performance* sera dès lors rarement ordonnée dans ce dernier cas, même si la loi laisse ouverte la condamnation à une sanction pour *contempt of court*¹¹³⁹.

b) Obligations de ne pas faire

387. Ainsi que mentionné ci-avant, l'*Order 45 rule 5 (1)* ne distingue pas selon que le titre vise une obligation de faire ou de ne pas faire. Le *contempt of court* peut être utilisé dans le cas d'inobservation d'une *injunction* enjoignant le débiteur à s'abstenir de faire certains actes. Elle a été utilisée notamment pour faire respecter des obligations de voisinage¹¹⁴⁰, des droits de propriété intellectuelle¹¹⁴¹, en matière de droit de l'environnement¹¹⁴², de droit de la concurrence¹¹⁴³, de droit de la famille¹¹⁴⁴ ou de droit du travail¹¹⁴⁵.

c) Obligations de livrer

388. La possibilité de l'exécution en nature, indispensable au prononcé d'une sanction pour *contempt of court*, dépend en droit anglais largement du droit matériel. Or, il convient de rappeler que le créancier ne pourra obtenir un *decree of specific performance* que si l'obligation porte sur une chose *unique*, mobilière ou immobilière, ou si la chose peut difficilement faire l'objet d'un achat de couverture.

¹¹³⁹ Cf. TREITEL, *The Law of Contract*, p. 910.

¹¹⁴⁰ *Isaacs v. Robertson* [1984] 3 All ER 140 (prohibition d'entrer sur le bien-fonds d'un tiers).

¹¹⁴¹ *Phonographic Performance Ltd v. Amusement Caterers Ltd* [1963] 3 WLR 898 (Ch.D.) (protection d'un droit de propriété intellectuelle étranger).

¹¹⁴² *The Times*, 2 Dec. 1983 (Greenpeace: Sellafield) (interdiction de déverser des substances toxiques), cité par MILLER, p. 410.

¹¹⁴³ *Re Supply of Ready Mixed Concrete (No 2)* [1995] 1 AC 456, [1995] 1 All ER 135 (interdiction de former des ententes contraires au droit des cartels).

¹¹⁴⁴ *In re W. (B) (An infant)* [1969] 2 Ch 50 (CA) (protection d'un enfant contre des contacts indésirables).

¹¹⁴⁵ *Con-Mech (Engineers) Ltd v. AUEW* [1973] ICR 620 (interdiction faite à un syndicat d'utiliser des moyens de lutte en matière de droit du travail).

389. En matière *mobilière*, un exemple relaté dans tous les ouvrages anglais est l'affaire *Enfield London Borough Council v. Mahoney*¹¹⁴⁶. Mahoney, un archéologue amateur, avait été condamné à rendre à la commune la "Glastonbury Cross" qu'il avait découverte et qui datait de l'époque du roi Arthur. Il refusa et prétendit l'avoir enterrée, sans dévoiler l'endroit. Il fut condamné à 24 mois d'emprisonnement pour *contempt of court* et finalement relâché, par manque d'efficacité de la mesure. La *specific performance* a également été accordée pour des objets d'une beauté ou d'une rareté particulière ou représentant une valeur unique aux yeux du demandeur. Les objets d'art, les objets antiques ou ceux issus d'une succession font typiquement partie de cette catégorie. Cependant, la jurisprudence n'a pas toujours été large: le fait qu'une machine commandée était urgemment nécessaire et qu'un achat de couverture ne permettait de se procurer une machine similaire qu'avec un délai de 9 à 12 mois n'a pas été considéré comme suffisant pour justifier le prononcer d'un *decree de specific performance*¹¹⁴⁷. En outre, la *specific performance* et, de facto, le *contempt of court* ne seront pas accordés si l'obligation porte sur une chose fongible ou sur une prestation de services¹¹⁴⁸. Une réserve s'impose cependant. A l'instar de la jurisprudence française¹¹⁴⁹, les tribunaux anglais ont envisagé l'exécution forcée en nature pour des biens fongibles dont la source d'approvisionnement est unique. L'affaire *Sky Petroleum Ltd v. VIP Petroleum Ltd*¹¹⁵⁰ en atteste.

390. En matière *immobilière*, le *contempt of court* sera en principe toujours réalisé, vu le caractère unique de l'objet¹¹⁵¹. Il est intéressant de noter que dans l'hypothèse de l'obligation de livrer un immeuble, l'ordre agit *in personam*, caractéristique propre de la jurisprudence de l'*Equity*, contrairement aux systèmes pratiqués sur le continent où le jugement tiendra lieu de déclaration de volonté du débiteur et sera suffisant pour permettre l'inscription du transfert dans les registres respectifs.

¹¹⁴⁶ [1983] 1 WLR 749 (CA); cf. le commentaire livré par CREMONINI.

¹¹⁴⁷ Cf. *Société des Industries Métallurgiques S.A. v. The Bronx Engineering Co. Ltd* [1975] 1 Lloyd's Rep. 465 (CA).

¹¹⁴⁸ Cf. Sir ROBERT MEGARRY VC, in *Howard E. Perry & Co. Ltd v. British Railways Board* [1980] 1 WLR 1375, 1382H (Ch): "A principle on which the court has long acted is not to order delivery of goods which are ordinary articles of commerce with no special value or interest, whether to the plaintiff or others, when damages will fully compensate..."

¹¹⁴⁹ Cf. *supra*, Partie 2, I. B. 2. c), CA Colmar, 18 octobre 1972, JCP 1973, éd. G, II, n° 17479, obs. Burst, Jean-Jacques; D. 1973, p. 496, obs. Cabrillac, Michel et Seube, Alain.

¹¹⁵⁰ Cf. *supra*, Partie 2, II. B. 1. b) (1).

¹¹⁵¹ Cf. la casuistique très détaillée présentée par JONES/GOODHART, p. 129-143.

391. Pour que l'exécution forcée puisse se faire au moyen du *committal* ou de la *fine*, il faut en outre, sur le plan procédural, que le titre fixe un délai d'exécution. Cela résulte de la *rule 5 (1)* du *RSC Order 45*. Les *rules 2 (1)* et *2 (2)* du *RSC Order 45* prévoient qu'un tel délai est en principe fixé, à l'exception des cas où l'obligation de faire consiste en un paiement d'une somme d'argent à une tierce personne, ou une livraison d'une chose immobilière ou mobilière. En pratique, un délai ne sera pas fixé dans ces trois cas et l'exécution forcée par *committal* ou *fine* sera exclue¹¹⁵² en faveur d'un mode d'exécution direct, tel le *writ of possession* pour la livraison d'une chose¹¹⁵³. Il en résulte qu'en droit anglais, la *specific performance* et la fixation d'un délai d'exécution étant l'exception, le *contempt of court* pourra rarement être prononcé pour assurer l'exécution d'une obligation de livrer une chose.

392. Enfin, en matière d'obligation de remise de *personnes*, l'on trouve des décisions qualifiant l'inexécution d'un droit de visite de *contempt of court*¹¹⁵⁴.

d) Obligations de payer une somme d'argent

393. La règle de subsidiarité énoncée pour les obligations de livrer s'applique également à l'obligation de payer une somme d'argent¹¹⁵⁵. Cette subsidiarité se trouve encore renforcée par le *Debtors Act 1869* qui évince pratiquement le *committal* comme moyen d'exécution forcée des obligations pécuniaires. En effet, la section 4 (1) dispose que "*with the exceptions hereinafter-mentioned no person shall, after the commencement of this Act, be arrested or imprisoned for making default in payment of a sum of money.*" La section 4 (2) prévoit ensuite 6 exceptions, alors que la section 5 range dans les exceptions les obligations d'entretien ou celles de payer certains impôts¹¹⁵⁶. En pratique, le prononcé d'une *fine* pour assurer l'exécution forcée d'une obligation pécuniaire peut dès lors être exclu.

¹¹⁵² Cf. ARLIDGE/EADY, n° 5-36; JACOB, *General Report*, p. 31, note 8.

¹¹⁵³ *RSC Order 45*, rule 3 (1) (a).

¹¹⁵⁴ Cf., par exemple, *Re K (a minor)* [1977] 2 All ER 737M [1977] 1 WLR 533; *Re K (minors)* [1992] 2 FLR 108; *Re S* [1995] 1 FLR 858.

¹¹⁵⁵ Cf. BORRIE/LOWE, p. 647-651.

¹¹⁵⁶ Pour ces exceptions restrictives, cf. BORRIE/LOWE, p. 648-651.

3. Limites

a) Limites dues à l'obligation principale

394. Le droit anglais refuse non seulement le prononcé du *contempt of court* dans certains cas, mais, en amont, refuse déjà la délivrance du titre lui-même ordonnant l'exécution en nature. Il convient dès lors ici de renvoyer aux conditions - de droit matériel - permettant l'obtention de la *specific performance* ou de l'*injunction*¹¹⁵⁷. En matière contractuelle, leur prononcé sera refusé si le contrat n'a pas été conclu, si le contrat est nul ou annulable ou si son exécution est impossible¹¹⁵⁸ ou encore si le créancier lui-même ne s'exécute pas¹¹⁵⁹. Il sera également refusé si l'exécution constitue une violation de l'ordre public de l'Etat dont le droit est applicable¹¹⁶⁰ ou de l'Etat dans lequel il doit être exécuté¹¹⁶¹.

b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle

395. A l'instar du droit français, le droit anglais a toujours refusé de sanctionner par la *specific performance* l'aspect positif du *droit moral de l'auteur*¹¹⁶², de l'*artiste*¹¹⁶³ ou de l'*acteur*¹¹⁶⁴. Un juge anglais ne contraindra pas un interprète de chanter. Les paroles colorées de MEGARRY J dans *C.H. Giles & Co. Ltd v. Morris* illustrent parfaitement les difficultés pratiques de contrôle qu'impliquerait une solution contraire¹¹⁶⁵:

"If a singer contracts to sing, there could no doubt be proceedings for committal if, ordered to sing, the singer remained obstinately dumb. But if instead, the singer sang flat, or sharp, or too fast, or too slowly, or too loudly, or too quietly, or resorted to a dozen of the manifesta-

¹¹⁵⁷ Cf. *supra*, Partie 2, II. D. 1. b) et c).

¹¹⁵⁸ *Forrer v. Nash* (1865) 35 Beav. 167, 171: "The court does not compel a person to do what is impossible."

¹¹⁵⁹ Sur l'ensemble de ces causes, cf. JONES/GOODHART, p. 9-17.

¹¹⁶⁰ *Kahler v. Midland Bank Ltd* [1950] AC 24; *Ralli Bros. v. Compania Sota y Azuar* [1920] 2 QB 287.

¹¹⁶¹ *Regazzoni v. K. C. Sethia* (1944) Ltd [1958] AC 301 (contrat violant le droit indien); cf. aussi *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co* [1989] QB 728, 744-745 (pas d'intention de commettre un acte illégal).

¹¹⁶² *Erskine McDonald v. Eyles* [1921] 1 Ch 631.

¹¹⁶³ *De Francesco v. Barnum* [1890] 45 Ch.D. 430, 438; *Lumley v. Wagner* [1852] 1 D.M. & G 604.

¹¹⁶⁴ *Warner Brothers Pictures Inc. v. Nelson* [1937] 1 KB 209.

¹¹⁶⁵ [1972] 1 All ER 960, 969H-970A (Ch.D.), [1972] 1 WLR 307.

tions of temperament traditionally associated with some singers, the threat of committal would reveal itself as a most unsatisfactory weapon; for who could say whether the imperfections of performance were natural or self-induced? To make an order with such possibilities of evasion would be vain; and so the order will not be made."

396. Ce qui vaut pour l'obligation positive de prester, vaut également pour le cas où l'artiste refuse de livrer l'oeuvre déjà terminée, alors qu'il s'est engagé à la livrer à une tierce personne. Dans *Erskine McDonald v. Eyles*¹¹⁶⁶, l'écrivain Eyles avait refusé de transmettre le manuscrit de son roman à son éditeur, contrairement aux accords antérieurs. Le tribunal n'estima pas qu'il s'agissait d'un contrat de service, mais bien d'une obligation de livrer l'objet commandé. Bien qu'il refusât de prononcer la *specific performance*, il interdit parallèlement à l'auteur de publier son roman auprès d'un autre éditeur. Dans les faits, le résultat était ainsi similaire à une condamnation à une *specific performance*. Enfin, en matière d'obligation d'abstention, les juges anglais, à l'image des juges français, ont accepté l'exécution en nature. Le cas est fréquent avec les clauses d'interdiction de concurrence. Le *leading case* est *Lumley v. Wagner*¹¹⁶⁷. Dans cette affaire, la cantatrice Joanna Wagner s'était engagée envers le propriétaire de théâtre Lumley à chanter exclusivement dans son théâtre. En dépit de cet engagement, elle signa un accord avec un concurrent. Lord Chancellor St. LEONARD prononça une *specific performance* indirecte: il confirma la clause d'interdiction, sans toutefois contraindre Mlle Wagner à chanter pour Lumley. C'est sur la base de ce précédent que l'actrice Bette Davies fut interdite de collaborer avec une autre société de production de film que celle pour laquelle elle s'était initialement exclusivement engagée¹¹⁶⁸.

397. Il est régulièrement répété que le *contempt of court* est une arme puissante¹¹⁶⁹ et qu'il ne faut pas y recourir à la légère. En matière de *droit de la*

¹¹⁶⁶ [1921] 1 Ch 631.

¹¹⁶⁷ *Lumley v. Wagner* [1852] 1 D.M. & G 604; cf. JONES/GOODHART, p. 177-183.

¹¹⁶⁸ *Warner Brothers Pictures Inc. v. Nelson* [1937] 1 KB 209.

¹¹⁶⁹ D'après BORRIE/LOWE, p. 557: "The contempt remedy is a drastic one."

famille, cela implique qu'il vaut mieux soumettre à nouveau l'affaire au juge plutôt que de réclamer automatiquement l'exécution forcée¹¹⁷⁰.

398. En matière de *relations de travail*, la *specific performance* sera rarement ordonnée. Il s'agit en effet de contrats portant sur des prestations personnelles, basées en grande partie sur la confiance (*mutual trust and confidence*)¹¹⁷¹. La section 236 du *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992* dispose que "no court shall compel an employee to do any work or attend at any place for the doing of any work by ordering specific performance of a contract of employment or by ordering an injunction restraining the breach of such contract." Ainsi, un employé qui refuse d'exécuter son travail ou qui ne se rend pas sur son lieu de travail ne peut pas être contraint par la sanction du *contempt of court*¹¹⁷². La difficulté de la supervision de la mesure explique aussi le refus de prononcer de tels ordres¹¹⁷³. Inversement, un tribunal ne peut que suggérer à un employeur de garder ou de réintégrer un employé. En cas de refus, le seul remède sera l'allocation de dommages-intérêts¹¹⁷⁴. Cependant, des décisions récentes ont ordonné l'exécution en nature par l'employeur lorsque le rapport de confiance entre les parties n'était pas détruit¹¹⁷⁵; ce sera fréquemment le cas dans une grande entreprise où les rapports de travail ne sont pas forcément basés sur d'étroites relations personnelles, voire où l'employé peut être replacé ailleurs au sein même de l'entreprise. Les tribunaux ont aussi prononcé des

¹¹⁷⁰ Cf. ORMROD LJ in *Ansah v. Ansah* [1977] FLR 138, 144: "It will often be wiser to bring the matter before the court again for further directions before applying for a committal order. Committal orders are remedies of last resort; in family cases they should be the very last."

¹¹⁷¹ Cf. JONES/GOODHART, p. 169-183.

¹¹⁷² Cf., par exemple, *Warren v. Wendy* [1989] 3 All ER 103; *Alexander v. Standard Telephones and Cables plc* [1990] ICR 291.

¹¹⁷³ Cf., par exemple, *Ryan v. Mutual Tontine Westminster Chambers Association* [1893] 1 Ch 116.

¹¹⁷⁴ Cf. *Cresswell v. Board of Inland Revenue* [1984] 2 All ER 713 per WALTON J "damages and not an injunction is the proper remedy in virtually every case of breach of contract, especially one relating to master and servant." Concrétisé dans les sections 69-71, 77A (6), 78 *Employment Protection (Consolidation) Act 1978*; 65 (3)(a), 71 (1) *Sex Discrimination Act 1975*; 56 (1)(c), 56 (4) *Race Relations Act 1985*.

¹¹⁷⁵ Cf. notamment *Hill v. C.A. Parsons & Co Ltd* [1972] Ch 305 (CA) (employé licencié par son employeur uniquement sur pression du syndicat, vu le refus du premier d'y adhérer); *Irani v. Southampton and South West Hampshire Health Authority* [1985] ICR 590 (Ch.D.) (ophtalmologue licencié suite à une querelle avec un consultant de la clinique pour laquelle il travaillait, bien qu'aucune critique n'était apportée à la qualité de son travail); *Powell v. Brent London Brent Council* [1988] ICR 176 (CA) (employée d'une collectivité publique nouvellement engagée licenciée suite à une nouvelle mise en soumission du poste, en raison d'une violation éventuelle des règles garantissant l'égalité des chances); *Jones v. Gwent C.C.* [1992] IRLR 521.

injonctions ordonnant à l'employé, à la demande de l'employeur, de ne pas travailler pour un autre employeur, tout en percevant son salaire et autres avantages (*garden leave clause*)¹¹⁷⁶. Les clauses d'interdiction de concurrence ont également occupé les tribunaux dans ce domaine. Contrairement aux cas cités dans le domaine des artistes, il a été estimé qu'une *injunction* ne devait pas être accordée, à moins que son destinataire conserve d'autres moyens raisonnables de gagner sa vie¹¹⁷⁷. Un certain nombre de cas sont apparus dans le domaine sportif où des athlètes avaient conclu des contrats de management exclusifs avec des agents pour une durée déterminée. Il a été décidé que les agents ne pouvaient pas obtenir une *injunction* ni contre leurs clients¹¹⁷⁸, visant à les empêcher de recourir aux services d'un autre agent, ni contre des tiers vers lesquels leurs clients s'étaient tournés¹¹⁷⁹, visant à les empêcher de conseiller son client, si l'effet indirect de l'injonction était de contraindre l'exécution du contrat initial et en fait de forcer le client à recourir aux services de l'agent initial.

399. En matière de *sociétés de personnes* enfin, l'application du *contempt of court* se heurtera déjà au refus de prononcer la *specific performance*. En effet, la juridiction de l'*Equity* ne permet pas d'obtenir l'exécution en nature d'une obligation de conclure ou de rester dans une société de personnes¹¹⁸⁰. La relation entre les associés est personnelle et serait menacée, voire même détruite si une personne était imposée comme partenaire aux autres. En outre, il serait futile de prononcer l'exécution forcée en nature d'une société de personnes, vu le droit inaliénable que chaque sociétaire possède de quitter la société en tout moment¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁶ *Provident Financial Group plc v. Hayward* [1989] 3 All ER 298; *Euro Brokers Ltd v. Rabey* [1995] IRLR 206; *Crédit Suisse Asset Management Ltd v. Armstrong* [1992] IRLR 279.

¹¹⁷⁷ *Warner Bros. Pictures Inc. v. Nelson* [1937] 1 KB 209, 216.

¹¹⁷⁸ *Page One Records Ltd v. Britton* [1968] 1 WLR 157, [1967] 3 All ER 822.

¹¹⁷⁹ *Warren v. Mendy* [1989] 3 All ER 103 CA. L'*injunction* a été refusée notamment parce que le contrat de management avait une durée initiale de plusieurs années.

¹¹⁸⁰ *England v. Curling* (1844) 8 Beav. 129, 137: "It is impossible to make persons who will not concur carry on a business jointly for their common advantage."

¹¹⁸¹ *Hercy v. Birch* (1804) 9 Ves. 357; *Scott v. Rayment* (1868) LR 7 Ex. 112, cités par JONES/GOODHART, p. 184.

E. La procédure du *contempt of court*

1. Autorité compétente

a) Compétence du juge ordinaire

400. La demande de sanction est déposée devant la cour dont la décision n'est pas exécutée. Tant la *Supreme Court*, c'est-à-dire la *High Court*, que la *civil division* de la *Court of Appeal*, que les *County courts* et les *Magistrate courts* sont compétents pour prononcer l'une des sanctions prévues en cas de *contempt of court*. Les règles applicables devant la *Supreme Court* sont les *Rules of the Supreme Court 1965 (RSC)*. Les règles sur le *contempt of court* sont contenues dans l'*Order 45, rule 5*. La procédure devant les *County courts* est réglée par les *County Court Rules 1981*. La procédure de *committal*, prévue par l'*Order 29, rule 1 (1)*, est très semblable à celle des *Rules of the Supreme Court*. Elle comprend également le pouvoir de prononcer une *fine* pour *contempt of court*¹¹⁸². Enfin, la section 63 (3) du *Magistrates' Courts Act 1980* permet de la même manière le prononcé d'une sanction pécuniaire pour assurer l'exécution d'une obligation non pécuniaire¹¹⁸³. Le montant journalier maximal est de £50 et peut s'accumuler jusqu'à un montant total maximal de £5'000. L'emprisonnement ne peut pas dépasser 2 ans.

b) Compétence du juge des mesures provisoires

401. Le prononcé d'une injonction est peut-être le plus puissant instrument à disposition du juge anglais¹¹⁸⁴. Non seulement les tribunaux ont une autorité légale de prononcer une injonction lorsqu'ils estiment opportun et juste de le faire¹¹⁸⁵, mais, vu leur objet, la majeure partie des injonctions sont rendues sous forme de mesures provisoires et conservatoires (*interlocutory injunction*). En réalité, le prononcé d'une telle injonction provisoire met bien souvent un terme au litige. Le non-respect d'une telle injonction constitue aussi un *contempt of court*, ouvrant la voie aux sanctions qu'il prévoit, comme pour les procédures au fond¹¹⁸⁶.

¹¹⁸² Cf. MILLER, p. 268.

¹¹⁸³ Cf. MILLER, p. 269.

¹¹⁸⁴ Selon les dires de JACOB, *General Report*, p. 24.

¹¹⁸⁵ *Supreme Court Act 1981*, section 37.

¹¹⁸⁶ Cf. BORRIE/LOWE, p. 560: "*Interim and interlocutory injunctions have the same force as a final order, so that the principles of obedience apply.*" Cf. Sir GEORGE FARWELL in *Eastern Trust Co v. McKenzie Mann & Co Ltd* [1915] AC 750, PC.

c) Compétence des arbitres

402. Aux termes de la section 48 (5) de l'*Arbitration Act 1996*, un tribunal arbitral a les mêmes pouvoirs qu'un tribunal ordinaire en ce qui concerne le prononcé d'une sentence ordonnant à une partie de faire ou de ne pas faire, à moins que les parties s'y refusent¹¹⁸⁷. L'exécution forcée de la sentence ou de la mesure se fera par le recours aux tribunaux civils (*leave to enforce*)¹¹⁸⁸ et elle prendra les mêmes formes que celle d'un jugement ordinaire; les arbitres ne disposent pas du pouvoir de contrainte.

2. Condamnation et modalités

a) Pouvoirs du juge

403. Il n'est pas clairement établi si le juge peut prononcer d'office une sanction pour *contempt of court* ou s'il ne peut le faire que sur requête du créancier¹¹⁸⁹. Dans *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd*¹¹⁹⁰, Lord DIPLOCK estima qu'il n'y a pas d'intérêt suffisant à prononcer une sanction pour *contempt of court* si le créancier renonce lui-même à l'exécution de la décision. En revanche, SALMON LJ déclara dans *Jennison v. Baker* que¹¹⁹¹:

"[...] the court might well send the defendant to prison even if the plaintiff having applied for attachment, relented and asked that the order in his favour should not be so enforced. The plaintiff cannot waive the order, but, as a rule, the court will pay attention to his wishes."

404. En l'état actuel, si le créancier décide de ne pas déférer l'insoumission au juge, ce dernier ne peut pas d'office ouvrir une procédure pour *contempt of court*. En ce sens, le créancier peut librement disposer du *contempt*. En revanche, dès que l'insoumission a été soumise au juge, le créancier n'est plus maître de la procédure: c'est au juge de décider si le débiteur doit être puni ou non¹¹⁹². Il disposera alors d'un large pouvoir d'appréciation; il pourra

¹¹⁸⁷ Section 48 (2) de l'*Arbitration Act 1996*.

¹¹⁸⁸ Section 66 (1) de l'*Arbitration Act 1996*.

¹¹⁸⁹ Sur l'incertitude, cf. ARLIDGE/EADY, n° 2-30; MILLER, p. 448.

¹¹⁹⁰ [1974] AC 273, 308, répété dans *Home Office v. Harman* [1983] 1 AC 280, 307, [1982] All ER 532, 539-540 per Lord SCARMAN.

¹¹⁹¹ [1972] 2 QB 52, 64.

¹¹⁹² Cf. BORRIE/LOWE, p. 659 se référant à *Mirror Group Newspapers v. Harrison* (non-publié).

librement choisir entre les différentes sanctions, même les cumuler¹¹⁹³, voire même modifier le délai fixé au débiteur pour s'exécuter¹¹⁹⁴.

b) Taux et modalités de la *fine*

405. Il n'existe pas de limite maximale légale à la *fine du contempt of court* que peut prononcer la *High Court* et les *County courts*¹¹⁹⁵. En principe, la menace d'un montant périodique n'entre pas en considération¹¹⁹⁶. En effet, la procédure du *contempt* veut qu'en cas d'inexécution le débiteur soit d'abord averti qu'en cas d'insoumission il se soumet à la procédure d'exécution forcée. Cet avertissement est appelé *penal notice*. Lorsque le juge fixera le montant, il appréciera le dommage que le *contempt of court* a causé à l'intérêt public ainsi que la gravité du *contempt* lui-même. Il tiendra également compte de la durée et de la matière de l'insoumission. En outre, l'amende devra être adaptée aux moyens du débiteur, vu son caractère pénal. A ce titre, la sanction sera différente si le débiteur est une personne physique ou une grande multinationale¹¹⁹⁷. Concernant ces dernières, les actes d'insoumission ont été pris très au sérieux par les juges. Ce dernier point est spécialement relevé par BUCKLEY J¹¹⁹⁸:

"Fines should not be regarded as token gestures by the public or by those whose primary task is to maximise turnover and profit."

Dans cette affaire, des amendes dépassant £6.5 millions ont été imposées à diverses sociétés maintenant des accords de coopération violant ouvertement un ordre de la *Restrictive Practice Court*, l'amende individuelle la plus éle-

¹¹⁹³ RSC Order 45, rule 5. Cf. *Phonographic Ltd v. Amusement Caterers (Peckham) Ltd* [1963] 3 WLR 898 (Ch.D.), [1964] Ch 195, [1963] All ER 493. Cf. aussi ARLIDGE/EADY, n° 5-33; BORRIE/LOWE, p. 605.

¹¹⁹⁴ RSC Order 3, rule 5 (1) et aussi RSC Order 45, rule 5 (1) (a).

¹¹⁹⁵ Cf. BORRIE/LOWE, p. 637.

¹¹⁹⁶ Contrairement au droit américain où la *fine* pour *civil contempt* peut être infligée par jour d'insoumission.

¹¹⁹⁷ Cf. BORRIE/LOWE, p. 638, qui mentionne BUCKLEY J in *In the Matter of Agreements relating to the Supply of Ready Mixed Concrete* (non-publié, 4 août 1995).

¹¹⁹⁸ *Ibid.*; cet arrêt a été rendu suite à l'arrêt de la *House of Lords in Re Supply of Ready Mixed Concrete (No 2)* [1995] 1 AC 456, [1995] 1 All ER 135 qui sanctionnait les membres d'un cartel contraire au *Restrictive Trade Practices Act 1976*. Pour un commentaire de l'arrêt, cf. ROBERTSON, p. 196.

vée étant de £2'225'000. Ces amendes sont cependant bien supérieures à celles usuellement infligées¹¹⁹⁹.

c) Point de départ et durée de la fine

406. Avant de pouvoir recourir aux moyens offerts par le *RSC Order* 45, rule 5, une copie de la décision à exécuter doit être notifiée au débiteur¹²⁰⁰ avec la mention que l'insoumission à l'ordre du juge est un *contempt of court* (*penal notice*)¹²⁰¹. S'il s'agit d'une obligation de faire à exécuter dans un certain délai, la notification doit intervenir avant le délai imparti¹²⁰². S'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, la notification personnelle n'est pas indispensable, la connaissance par d'autres moyens est suffisante¹²⁰³. Ce n'est que si le débiteur persévère dans son inexécution que le créancier pourra s'adresser au tribunal compétent pour demander un *order of committal*. Ce dernier prononcera alors la sanction appropriée pour *contempt of court* et sa notification correspond au point de départ de l'amende.

3. Influence de la faute

407. La jurisprudence concernant l'influence de la faute sur la sanction n'est pas univoque¹²⁰⁴. Dans *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd*¹²⁰⁵, Lord OLIVER qualifia la responsabilité pour insoumission à un ordre du juge de causale (*strict*) "in the sense that all that requires to be proved is service of the order and the subsequent doing by the party bound of that which is prohibited." Dès lors, il n'est pas nécessaire de démontrer que

¹¹⁹⁹ Cf. par exemple *Davy International v. VAI Industries*, ICL, October 1997, p. 7: £125'000; *Messenger Group Newspapers v. NGA* [1984] 1 RLR 267: £525'000; *Con-Mech (Engineers) Ltd v. AUEW* [1973] ICR 620, 631H: £75'000; *Goad v. AUEW (No 2)* [1973] ICR 42; *Goad v. AUEW (No 3)* [1973] ICR 108, 112D: £50'000; *Re Agreements of Mileage Conference Group Tyre Manufacturers' Conference Ltd* [1966] 1 WLR 1137: £10'000; *Heatons Transport (St Helens) Ltd v. Transport and General Worker's Union* [1973] AC (HL) 15, 21-22, [1972] 3 All ER 101: £5'000. Aux Etats-Unis, des fines beaucoup plus élevées ont déjà été infligées, par exemple \$150'000 par jour d'inexécution dans *International Business Machines Corp. v. United States*, 493 F.2d 112 (2d Cir. 1973).

¹²⁰⁰ *RSC Order* 45, rule 7 (2) lit. a.

¹²⁰¹ *RSC Order* 45, rule 7 (4).

¹²⁰² *RSC Order* 45, rule 7 (2) lit. b.

¹²⁰³ *RSC Order* 45, rule 7 (6) mentionne la simple présence du destinataire lors du prononcé de l'ordre ou la transmission par téléphone, télégramme ou autre moyen similaire.

¹²⁰⁴ Sur les différentes exigences formulées par la jurisprudence, cf. *ARLIDGE/EADY*, n° 5-09; *BORRIE/LOWE*, p. 567-569.

¹²⁰⁵ *A-G v. Times Newspapers Ltd* [1992] 1 AC 191, 217, [1991] 2 All ER 398, 414-415, cité par Lord WOOLF in *M v. Home Office* [1994] 1 AC 377, 426, [1993] 3 All ER 537, 568.

l'insoumission est intentionnelle, ni que le débiteur entend volontairement obstruer la bonne marche de la justice. En effet, comme le formule SACHS LJ dans *Knight v. Clifton*¹²⁰⁶, "*when an injunction prohibits an act, the prohibition is absolute and is not to be related to intent unless otherwise stated on the face of the order.*" Ainsi, un acte commis de bonne foi, sur la base d'un conseil légal par exemple, peut constituer un *contempt*¹²⁰⁷. En outre, une partie peut être reconnue coupable d'un *contempt of court* alors même qu'elle arriverait à persuader le tribunal de réformer l'ordre en cause ou l'injonction¹²⁰⁸. En revanche, il a aussi été jugé qu'une insoumission non intentionnelle, purement accidentelle, ne constitue pas un *contempt*¹²⁰⁹.

F. Les effets de la condamnation

408. L'amende infligée sera traitée comme une dette d'argent. En cas de non-paiement, son recouvrement sera pourvu d'office par *Her Majesty's Remembrancer* selon la section 16 (2) du *Contempt of Court Act 1981*. Le tribunal pourra alors ordonner un *writ of sequestration* si nécessaire¹²¹⁰.

¹²⁰⁶ [1971] Ch 700, 721, [1971] 2 All ER 378, 393. Cf. aussi *Stancomb v. Trowbridge UDC* [1910] 2 Ch 190, 194; *Heatons Transport (St Helens) Ltd v. Transport and General Worker's Union* [1973] AC (HL) 15, 109, [1972] 3 All ER 101, 117; *A-G v. Times Newspapers Ltd* [1992] 1 AC 191, 217-218, [1991] 2 All ER 398, 415; *Re Supply of Ready Mixed Concrete (No 2)* [1995] 1 AC 456, 479-481, [1995] 1 All ER 135, 152-157.

¹²⁰⁷ *Re Agreements of Mileage Conference Groupe of Tyre Manufacturer's Conference Ltd* [1966] 2 All ER 960, 970 per Megarry; *M. v. Home Office* [1994] 1 AC 377, [1993] 3 All ER 537.

¹²⁰⁸ *Isaacs v. Robertson* [1985] AC 98 (PC); *Bhimji v. Chatwani* [1991] 1 WLR 989.

¹²⁰⁹ Russell CJ in *Fairclough & Sons v. Manchester Ship Canal Co (No 2)* [1897] 41 Sol. J. 225: "[...] no casual or accidental and unintentional disobedience of an order would justify either committal or sequestration." A contrario, *Heatons Transport (St Helens) Ltd v. Transport and General Worker's Union* [1973] AC (HL) 15, 109, [1972] 3 All ER 101.

¹²¹⁰ Cf. BORRIE/LOWE, p. 639.

III. BENELUX

A. Les caractères généraux de l'astreinte

1. Définition

409. L'astreinte est également connue dans les pays du Benelux¹²¹¹. Elle est aujourd'hui réglementée par la Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte, signée à La Haye le 26 novembre 1973¹²¹². La Convention Benelux ne contient cependant pas une définition formelle de l'astreinte. Son art. 1er prévoit que:

"Le juge peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour les cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent, dénommée astreinte, le tout sans préjudice des dommages-intérêts."

410. L'astreinte Benelux consiste donc en un moyen de contrainte réservé au juge pour faire respecter, par le destinataire, l'ordre qui lui est adressé¹²¹³. Dans son principe, elle se distingue de l'astreinte française uniquement par l'absence d'option laissée au juge entre son prononcé provisoire ou définitif.

2. Histoire

411. Avant sa codification dans la Convention Benelux, l'astreinte a connu des développements différents dans les trois pays Benelux¹²¹⁴.

¹²¹¹ On consultera avec avantages les ouvrages et contributions suivantes:

Pour la doctrine belge: cf. notamment BALLON, *Dwangsom*; VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*; DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 237-284; MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*; Id., *Principes généraux*, p. 9-50.

Pour la doctrine néerlandaise: cf. notamment BLAAUW, *Executiemiddelen*; DE BOER, p. 790-808; JONGBLOED, *Reële executie in het privaatrecht*; VAN ROSSUM, p. 1491-1496.

Pour la doctrine étrangère: cf. notamment GÄRTNER, p. 51-64; REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 64-101; STUTZ, p. 66-67; TREIBMANN, p. 71-72.

¹²¹² Moniteur belge, 20 février 1980, p. 2181.

¹²¹³ Cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 28; MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 14.

¹²¹⁴ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 64-70.

a) Belgique

412. Dès sa création en 1831, la Belgique a introduit le Code civil et le Code de procédure civile français. A l'image de leurs confrères français, les juges belges prononcèrent des astreintes à l'appui des condamnations non pécuniaires. Le 24 janvier 1924, donnant suite aux critiques de la doctrine, la Cour de cassation déclara illégale cette pratique vu précisément son manque de base légale¹²¹⁵. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Convention Benelux, les tribunaux belges continuèrent cependant à prononcer des pénalités pécuniaires périodiques à l'appui d'injonctions non pécuniaires. Ils les qualifiaient simplement de dommages-intérêts, ce qui leur enlevait toute saveur d'illégalité. L'entrée en vigueur de la Convention Benelux permit de mettre un terme à cette pratique déguisée de l'astreinte¹²¹⁶.

b) Pays-Bas

413. Le Code civil (*Burgerlijke Wetboek*) et le Code de procédure civile (*Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering*) furent introduits aux Pays-Bas en 1838, sur le modèle des textes équivalents du droit français. L'évolution de l'astreinte aux Pays-Bas fut similaire à celle de l'astreinte française et belge, en ce sens qu'elle fut également une création jurisprudentielle. La Cour Suprême n'autorisa cependant que la condamnation à des pénalités pécuniaires limitées, dans leur montant, au dommage futur¹²¹⁷. Celui-ci étant difficilement définissable, ces condamnations prirent progressivement la forme de contrainte tendant à assurer l'exécution des décisions du juge. Enfin, le 29 décembre 1932 furent adoptés les art. 611a et 611b du Code de procédure civile, permettant d'assortir d'une pénalité judiciaire (*dwangsom*) tout jugement condamnant à autre chose qu'au paiement d'une somme d'argent. Son exécution forcée pouvait être requise par le créancier sans qu'il faille recourir à une nouvelle décision du juge fixant son montant définitif. La liquidation n'était ainsi pas nécessaire, contrairement au modèle français; la loi consacrait une astreinte au caractère définitif en faveur du créancier. Cette réglementation a fortement influencé la future Convention Benelux.

¹²¹⁵ Pas., 1924, I, 151.

¹²¹⁶ Cf. Exposé des motifs communs, Doc. parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, 353/1, p. 11.

¹²¹⁷ Hoge Raad, 23 juin 1899, W. 61 (1889), n° 7302, p. 1.

c) Luxembourg

414. Le Code civil français de 1804 et le Code de procédure civile français de 1806 étaient également applicables sur le territoire de l'époque du Grand Duché. A l'instar de la France, c'est aussi par l'intermédiaire du pouvoir créateur de la jurisprudence que l'astreinte fut introduite au Luxembourg. La Cour Supérieure de Justice a reconnu l'astreinte dans une décision du 10 mars 1925¹²¹⁸. L'astreinte qui était pratiquée au Luxembourg jusqu'à l'adoption de la loi uniforme s'appuyait sur le modèle français, c'est-à-dire nécessitait une liquidation et se rapprochait des dommages-intérêts¹²¹⁹.

3. Sources

415. L'astreinte pratiquée actuellement dans les pays du Benelux trouve sa base légale dans la Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte du 26 novembre 1973¹²²⁰. Cette dernière a quasiment adopté le mécanisme des astreintes tel qu'il existait aux Pays-Bas, qui a servi de modèles aux auteurs de la loi¹²²¹. La Convention entra en vigueur le 1er octobre 1978 au Luxembourg et aux Pays-Bas et le 1er mars 1980 en Belgique. Le Luxembourg a incorporé le droit uniforme dans son Code civil en créant un titre 16 intitulé "De l'astreinte" (art. 2059-2066). Il a également ajouté un art. 8 dans son Code de procédure civile correspondant à l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Les Pays-Bas ont incorporé le droit uniforme aux art. 611a-611i du Code de procédure civile. Enfin, le législateur belge a décidé d'insérer les dispositions relatives à l'astreinte dans le Code judiciaire et non dans le Code civil, comme initialement prévu, en créant une partie 23 intitulé "De l'astreinte" (art. 1385bis-1385nonies).

416. Ainsi, depuis le 1er mars 1980, une réglementation unifiée est en vigueur dans les pays du Benelux. En outre, l'art. 4 de la Convention confère à la Cour de Justice Benelux la compétence de décider des questions ayant trait à l'interprétation de l'astreinte. Ces deux éléments réunis justifient dès lors une étude commune de l'institution de l'astreinte dans les pays du

¹²¹⁸ Pas. Lux., vol. 11, p. 193.

¹²¹⁹ Cour Supérieure de Justice (appel correctionnel), 14 décembre 1970, Pas. Lux., vol. 21, p. 434.

¹²²⁰ Moniteur belge, 20 février 1980, p. 2181.

¹²²¹ Cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 27; MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 14. Eu égard aux différences sensibles qui séparent le système néerlandais du système français, il devient beaucoup moins intéressant, du moins à des fins pratiques, de consulter la doctrine et la jurisprudence françaises.

Benelux. Il convient cependant de mentionner deux dispositions de la Convention laissant aux Etats contractants la liberté d'adapter l'institution: l'art. 2 leur ouvre la possibilité de compléter la loi uniforme sur les matières qu'elle ne traite pas et l'art. 3 celle d'exclure de son champ d'application les prétentions visant l'exécution en nature des contrats de travail.

B. La nature juridique de l'astreinte

1. Astreinte et dommages-intérêts

417. Toute assimilation entre l'astreinte et les dommages-intérêts serait fautive, puisque l'art. 1er al. 1 *in fine* de la Convention Benelux prévoit que la première est prononcée sans préjudice des seconds. Comme en droit français, l'astreinte n'a donc pas de nature indemnitaire et sa fixation et son montant ne dépendent pas de l'existence et de l'étendue du dommage qui pourraient résulter du non-respect de la condamnation qu'elle assortit. Rien ne s'oppose par exemple à ce qu'un créancier demande à la fois la condamnation sous astreinte et la condamnation à des dommages-intérêts pour le temps à venir pendant lequel le débiteur n'exécutera pas l'ordre que lui adresse le juge¹²²². En outre, une fois prononcée, l'astreinte reste indépendante des dommages-intérêts. Son paiement n'est pas pris en compte lors d'une condamnation ultérieure à des dommages-intérêts, comme le prévoyait le droit néerlandais avant l'unification¹²²³.

2. Astreinte et clause pénale

418. Fondamentalement, les mêmes remarques faites pour l'astreinte française peuvent être répétées ici. Tout d'abord, la source des deux institutions diffère: l'astreinte résulte d'une décision du juge qui doit avoir été saisi d'une demande en ce sens, alors que la clause pénale¹²²⁴ nécessite un accord entre les parties. Ensuite, le moment de leur fixation diffère également. L'astreinte n'intervient qu'à un stade ultérieur et avancé de l'inexécution d'une obligation; il s'agit d'un moyen visant à prévenir le non-respect de l'ordre du juge. La clause pénale en revanche est prévue antérieurement, le plus souvent à l'origine de la dette; il s'agit donc d'un moyen visant à prévenir le non-res-

¹²²² Cf. Exposé des motifs communs, Doc. parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, 353/1, p. 17.

¹²²³ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 69 et les références citées à la note 37.

¹²²⁴ Art. 1159 et 1226 du Code civil belge et art. 6:91-6:94 du Code civil néerlandais.

pect de l'obligation elle-même¹²²⁵. Enfin, l'astreinte ne remplace jamais l'exécution de l'obligation imposée par le juge, tandis que la clause pénale contient très souvent l'expression contractuelle anticipée et forfaitaire de l'exécution par équivalent.

3. Astreinte et exécution forcée

419. L'astreinte n'est pas un procédé d'exécution forcée. Elle est certes un moyen de contrainte¹²²⁶, mais cette contrainte ne comporte en rien une exécution forcée sur une personne ou sur des biens; elle comporte une menace de devoir une somme d'argent s'il n'y a pas exécution volontaire de l'injonction du juge¹²²⁷. Elle vise à inciter l'exécution volontaire par la crainte d'un mal pécuniaire¹²²⁸. Elle astreint par la peur et non par la force¹²²⁹. On s'est cependant posé la question de savoir si elle doit inciter à l'exécution volontaire de l'injonction du juge et par conséquent au respect de son caractère obligatoire ou si elle participe au concept d'exécution forcée et si elle est par conséquent subordonnée à la force exécutoire de la condamnation principale¹²³⁰. La Cour de Justice du Benelux a tranché en 1985 en décidant que l'astreinte s'attache à la force exécutoire du jugement, non à sa force obligatoire¹²³¹. La conséquence pratique de cette qualification est que si un jugement porte condamnation sous astreinte sans être exécutoire par provision et que ce jugement est confirmé en appel, le cours de l'astreinte est suspendu dès l'acte d'appel et jusqu'à la signification de la décision rendue en appel.

4. Astreinte et condamnation principale

420. L'astreinte est accessoire à la condamnation qu'elle accompagne, en ce sens que le paiement de l'astreinte ne s'impose à celui qui est condamné que

¹²²⁵ Cf. MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 51.

¹²²⁶ Cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 28.

¹²²⁷ Cf. MOREAU-MARGREVE, *Principes généraux*, p. 26.

¹²²⁸ La Cour de Justice Benelux parle de "stimulant financier" et de "contrainte financière" dans deux arrêts du 11 mai 1982, aff. A 81/3 et 81/6, citées par MOREAU-MARGREVE, *Principes généraux*, p. 26.

¹²²⁹ Cf. MOREAU-MARGREVE, *Principes généraux*, p. 26.

¹²³⁰ Cf. MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 45.

¹²³¹ Cour de Justice du Benelux, aff. A 84/3 (*Liesenborghs c. Vandenbril*), 5 juillet 1985, RW 1985-1986, p. 929. Cet arrêt a été critiqué par MOREAU-MARGREVE, *Principes généraux*, p. 12-18.

s'il n'exécute pas l'injonction du juge¹²³². La condamnation principale s'entend des décisions par lesquelles le juge tranche le litige dont il est saisi ainsi que les jugements avant-dire droit¹²³³. En revanche, la condamnation à l'astreinte est toujours susceptible d'appel, indépendamment de la question de savoir si un recours est possible ou non à l'encontre de la décision principale¹²³⁴. Si la condamnation principale est cassée ou suspendue en cas de recours, alors l'exécution forcée de l'astreinte n'est plus possible¹²³⁵.

421. La question de savoir si l'astreinte doit être prononcée en même temps que la condamnation principale est controversée. La doctrine traditionnelle¹²³⁶ réclamant la simultanéité est contestée pour son formalisme¹²³⁷. On trouve d'ailleurs quelques décisions qui prononcent l'astreinte ultérieurement, dans une procédure séparée, par exemple par le juge siégeant en référé¹²³⁸. En revanche, la Convention prévoit expressément que l'astreinte peut encore être requise lors de la phase de l'appel ou de l'opposition¹²³⁹.

C. Le bénéficiaire de l'astreinte

422. Tout comme l'astreinte française, l'astreinte des pays du Benelux revient au créancier de l'obligation principale¹²⁴⁰. Il s'agit donc d'une peine privée. Les travaux préparatoires indiquent plusieurs motifs pour justifier cette position, notamment celui d'assurer l'effectivité de l'astreinte en conférant aux parties directement le soin de veiller à la sauvegarde de leurs

¹²³² Cf. notamment VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 30; MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 14.

¹²³³ Cf. notamment VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 40-43; MOREAU-MARGREVE, *Principes généraux*, p. 21-22. *Contra*: Cass., 18 février 1988, Pas. 1988, I, p. 722, concl. de l'avocat général Piret (l'ordre de comparution personnelle adressé à une partie au litige ne peut pas être assorti d'une astreinte: toute personne est libre d'organiser sa défense comme elle l'entend, mais le juge peut tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus).

¹²³⁴ Brux. (9e ch.), 16 décembre 1994, JDT 1995, p. 239.

¹²³⁵ Cour de Justice Benelux, 14 avril 1983, aff. A 82/8 (*N.V. v/h Edgar Vanschoonbeek-Linbuterm c. P.V.B.A. Gebroeders Vanschoonbeek*), Jur. Benelux 4 (1983), p. 83; NJ 1983 n° 615, p. 1939, obs. Heemskerck.

¹²³⁶ Cf. notamment BALLON, *De nieuwe wet op de dwangsom*, p. 2020 n° 3.1; cf. aussi Civ. Brux. (réf.), 22 mars 1993, RGDC 1995, p. 77.

¹²³⁷ Cf. MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 64.

¹²³⁸ Cf. par exemple Trib. civ. Liège, 2 juillet 1980, Jur. Liège 87 (1980), p. 241; Civ. Malines, 21 octobre 1993, RGDC 1995, p. 263.

¹²³⁹ Art. 1 al. 2 de la Convention Benelux.

¹²⁴⁰ Art. 3 de la Convention Benelux.

intérêts¹²⁴¹. Dans les pays du Benelux, des voix se sont également levées contre l'enrichissement sans cause que l'astreinte confère à la partie qui en bénéficie¹²⁴². En outre, cette critique se trouve exacerbée par l'absence du mécanisme, connu en France, de l'astreinte provisoire: l'astreinte Benelux, une fois prononcée, est définitive. La menace, dont on peut espérer qu'elle ne se produira pas si le juge de la liquidation diminue de façon conséquente l'astreinte prononcée, se transformera inéluctablement en créance pécuniaire en cas d'inexécution par le débiteur.

D. Le champ d'application et les limites de l'astreinte

1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel

423. Il est très largement admis dans les pays du Benelux, notamment en Belgique, que le créancier a, en règle générale, le droit d'obtenir l'exécution en nature de l'obligation en souffrance¹²⁴³. Fidèle à sa jurisprudence¹²⁴⁴, la Cour de cassation a d'ailleurs rappelé récemment que l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de celle de ne pas faire¹²⁴⁵. L'exécution en nature doit cependant céder le pas à celle par équivalent lorsqu'elle n'est pas ou plus possible¹²⁴⁶ ou lorsqu'en réclamant celle-ci, le créancier exerce son droit de manière contraire à la bonne foi ou de manière abusive¹²⁴⁷. En l'absence de l'une de ces exceptions, le créancier est donc en droit d'obtenir l'exécution en nature. Nonobstant

¹²⁴¹ Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, n° 353/1, p. 15, 18 et 19.

¹²⁴² Cf. notamment BLAAUW, *Executiemiddelen*, p. 58.

¹²⁴³ Cf. Cass., 30 janvier 1965, Pas. 1965, I, p. 538. Pour la doctrine, cf. seulement WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, p. 218; Id., *Les voies d'exécution des condamnations non-pécuniaires*, p. 825-842. On rappellera que certains auteurs français paraissent cependant remettre en cause ce principe. Ils prônent en effet la thèse de l'équivalence des remèdes (pour une présentation et une réfutation de cette thèse, cf. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, p. 223).

¹²⁴⁴ Cf., par exemple, Cass., 30 janvier 1965, Pas. 1965, I, p. 538; Cass., 5 janvier 1968, Pas. 1968, I, p. 567.

¹²⁴⁵ Cass., 14 avril 1994, Bull. Cass. 1994, p. 370; Act. dr. 1996, p. 23, obs. Wéry, Patrick, RW 1995-1996, p. 532.

¹²⁴⁶ Cf. art. 1184 al. 2, 2e phrase Code civil belge; Cass., 20 janvier 1993, Pas. 1993, I, p. 67; Cass., 14 avril 1994, Bull. Cass. 1994, p. 370; Act. dr. 1996, p. 23, obs. Wéry, Patrick; RW 1995-1996, p. 532.

¹²⁴⁷ Cf. Cass., 10 septembre 1971, Pas. 1972, II, p. 28; Cass., 16 janvier 1986, Arr. Cass. 1986, n° 317, RW 1987-88, p. 1470.

l'art. 1142 du Code civil belge¹²⁴⁸, le juge est investi du pouvoir et même du devoir d'ordonner au débiteur de s'exécuter en nature, quel que soit l'objet de l'obligation en souffrance¹²⁴⁹. Les condamnations imposant l'exécution en nature d'obligations de faire ou de ne pas faire sont d'ailleurs monnaie courante¹²⁵⁰. Par exemple, même une obligation de faire nécessitant le concours personnel du débiteur peut faire l'objet d'une exécution forcée en nature et, par voie de conséquence, être accompagnée d'une astreinte. L'exécution en nature ne sera refusée que si son exécution forcée implique une violence physique¹²⁵¹. Ce pouvoir est reconnu au juge même si l'exécution forcée en nature de la condamnation est impossible. Il convient, en effet, de distinguer soigneusement l'ordre, d'une part, et son exécution forcée, d'autre part¹²⁵²; même s'il n'est pas susceptible d'exécution forcée en nature, l'ordre du juge n'est pas pour autant voué à demeurer lettre morte; le créancier peut toujours se contenter du paiement de l'astreinte.

2. Champ d'application

a) Principe de l'application généralisée de l'astreinte

424. Le champ d'application de l'astreinte Benelux est simple: toute condamnation que le juge peut prononcer peut être accompagnée d'une astreinte¹²⁵³. Il peut s'agir d'une obligation issue d'un contrat ou directement de la loi, d'une obligation qui s'imposait au débiteur préalablement à la procédure judiciaire, la procédure étant justifiée par l'inexécution de ladite obligation, ou d'une obligation que le juge imposera à une personne en vertu des pouvoirs que la loi lui reconnaît dans certaines hypothèses, comme celle de la production de documents¹²⁵⁴. Délicate et controversée reste seulement la

¹²⁴⁸ Cet article est similaire à celui du CCFr. et incarne l'adage "*nemo praecise cogi potest ad factum*." Sur cet adage, cf. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, p. 29-81.

¹²⁴⁹ Sur la portée de l'art. 1142 du CCFr., cf. WERY, *L'article 1142 du Code civil et les condamnations à l'exécution en nature*, p. 211-222.

¹²⁵⁰ Cf. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, p. 211.

¹²⁵¹ Cass., 23 décembre 1977, Pas. 1977, I, p. 505.

¹²⁵² Cf. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, p. 11-15.

¹²⁵³ Art. 1 al. 1, 1ère phrase de la Convention Benelux.

¹²⁵⁴ Sur la production de documents, cf. notamment VAN COMPERNOLLE, *La production forcée de documents*, p. 104; MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 18.

question de savoir si le juge peut, sous astreinte, ordonner une expertise sanguine notamment en matière de filiation¹²⁵⁵.

b) Obligations de faire

425. L'astreinte a été largement appliquée pour assurer l'exécution d'obligations de faire qui nécessitent le *concours personnel* du débiteur¹²⁵⁶. En outre, comme en France, les pays du Benelux appliquent également l'astreinte aux obligations de faire qui ne nécessitent pas le concours personnel du débiteur, bien que l'exécution par équivalent soit possible en vertu de l'art. 1144 du Code civil¹²⁵⁷.

c) Obligations de ne pas faire

426. Dès l'*initium*, l'astreinte a été appliquée dans les domaines traditionnels des obligations de ne pas faire, tels que le droit de la concurrence¹²⁵⁸, le droit de la propriété intellectuelle¹²⁵⁹ ou le droit de la personnalité¹²⁶⁰. Son

¹²⁵⁵ Cf. la controverse exposée chez DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 258, note 536; VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 42.

¹²⁵⁶ Hoge Raad, 1er février 1985, NJ 1985, n° 866, p. 2838 (injonction sous astreinte ordonnant l'établissement d'un bilan); Pres. Rb. Leeuwarden, 10 juillet 1995, KG 1995, p. 324 (injonction sous astreinte ordonnant la publication d'une rectification dans un journal); Pres. Rb. Rotterdam, 11 août 1995, KG 1995, p. 355 (injonction sous astreinte ordonnant la reprise d'une fonction au sein du conseil d'administration).

¹²⁵⁷ Wéry, Patrick, obs. à Cour de cassation, 14 avril 1994, Act. dr. 1996, p. 31-38.

¹²⁵⁸ Pour le droit belge, cf. Liège, 20 avril 1990, JDT 1990, p. 642 (interdiction sous astreinte d'utiliser des décodeurs pirates); Comm. Bruxelles, 1er août 1990, JDT 1990, p. 650 (interdiction sous astreinte d'une publicité déloyale). Sur l'importance de l'astreinte en droit de la concurrence, cf. STORME, *Les pratiques du commerce*, p. 108.

¹²⁵⁹ Pour le droit néerlandais, cf. *Focus Veilig c. Lincoln Electric Company*, Hoge Raad, 24 novembre 1989, NJ 1992, n° 404, p. 1597, obs. Verkade; BIE 1991, n° 23, p. 86 (interdiction sous astreinte de 1 million de florins par infraction d'utiliser la marque de la demanderesse sur le territoire des Pays-Bas et les territoires de la Belgique et du Luxembourg); Hoge Raad, 21 février 1992, NJ 1993, n° 164, p. 499; GRUR Int. 1993, p. 970; Hoge Raad, 23 juin 1995, GRUR Int. 1997, p. 838-839. Pour le droit belge, cf. récemment dans une affaire de diffusion d'articles de la presse belge sur le réseau Internet opérée sans autorisation expresse de leurs auteurs, le prononcé d'une astreinte de FB 100'000 par article et par diffusion pratiquée, TPI Bruxelles, 16 octobre 1996, D. 1997, Juris., p. 322-326, obs. Edelman, Bernard.

¹²⁶⁰ Tribunal de district de La Haye, *CIDI et al. c. Verbeke et al.*, 4 novembre 1992, KG 1992, p. 399, confirmé par la Cour d'appel de La Haye, 14 juin 1994, KG 1994, p. 330 (injonction sous astreinte interdisant aux défendeurs domiciliés en Belgique de distribuer des tracts produisant des effets antiracistes aux Pays-Bas).

application en droit de l'environnement et dans le droit de la protection des consommateurs s'est également largement répandue¹²⁶¹.

d) Obligations de livrer

427. Concernant les obligations de livrer, l'astreinte s'applique sans aucun doute aux choses *mobilières individualisées*. Il est intéressant de noter que les travaux préparatoires précisent expressément qu'elle est également à disposition lorsque l'obligation porte sur des choses *mobilières fongibles*¹²⁶². La pratique montre cependant que les tribunaux exigent souvent un élément supplémentaire pour prononcer une astreinte dans ces cas-là. Il peut s'agir, par exemple, de la difficulté d'approvisionnement¹²⁶³ ou l'urgence¹²⁶⁴. On trouve aussi des cas d'application en matière d'obligation de livrer une chose *immobilière*¹²⁶⁵. Enfin, en matière de remise de *personnes*, de nombreuses décisions appliquent l'astreinte pour garantir l'exécution du droit de visite¹²⁶⁶.

¹²⁶¹ Cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 51. Cf. Pres. Rb. Amsterdam, *Rutte*, 14 avril 1988, rapporté par BETLEM, *Civil Liability for Transfrontier Pollution*, p. 274-275; Pres. Rb. Dordrecht, *Benckiser*, 19 août 1986, KG 1986, p. 420 (injonction sous astreinte au profit de l'Etat néerlandais enjoignant une entreprise allemande qui avait déposé des déchets toxiques sur sol néerlandais de les récupérer); Hoge Raad, *Rütgers/Sopar c. Stichting Reinwater et al.*, 25 février 1994, NJ 1996, p. 362, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de La Haye du 19 novembre 1992, KG 1993, p. 15 (injonction sous astreinte de 500'000 florins par jour d'inobservation interdisant un défendeur domicilié en Belgique de déverser en violation d'une loi belge des substances toxiques dans un cours d'eau belge s'écoulant aux Pays-Bas) et le cas similaire Hof den Bosch, *Cockerill Sambre c. Stichting Reinwater et al.*, 31 mai 1994, (1995) 24 NYIL, p. 357 confirmant l'arrêt du Pres. Rb. Maastricht du 3 février 1993, commentés par BETLEM, *Cross-border water pollution*, p. 159-178.

¹²⁶² Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, n° 353/1, p. 16 et n° 177/2, p. 10 où il est expliqué qu'un amendement visant à exclure les obligations portant sur des choses de genre a été rejeté.

¹²⁶³ Pour un cas d'application fameux, cf. l'affaire *Compagnie Européenne des Pétroles SA c. Sensor Nederland B.V.*, dans laquelle le président du Tribunal d'arrondissement de La Haye ordonna la livraison de sismographes visés par des mesures d'embargo américaines, en vertu d'un contrat passé entre deux sociétés européennes et soumis au droit néerlandais, Arr. Rb. Gravenhage, 17 septembre 1982, RCDIP 72 (1983), p. 473-479; RabelsZ 47 (1983), p. 141-172, obs. Basedow, Jürgen; ILM 22 (1983), p. 66; AJIL 77 (1983), p. 636.

¹²⁶⁴ Cf. par exemple Trib. Civ. Liège, 2 février 1984, Jur. Liège 91 (1984), p. 121 (injonction sous astreinte de livrer 6'000 tonnes d'acier pour embarquement dans un délai de 30 jours).

¹²⁶⁵ Cf. par exemple TPI Liège (réf.), 24 novembre 1994, Act. dr. 1996, p. 44-53 (ordonnance sous astreinte d'expulsion d'un immeuble).

¹²⁶⁶ Cour de Justice Benelux, aff. A 81/6 (*Wassenburg c. Petit*), 11 mai 1982, JDT 1982, p. 679, concl. de l'avocat général Dumon.

ou même pour assurer la remise de l'enfant¹²⁶⁷, bien que des dispositions pénales sanctionnent spécifiquement l'inexécution de cette obligation.

e) Obligations de payer une somme d'argent

428. Les condamnations au paiement d'une *somme d'argent* sont expressément exclues du champ d'application de l'astreinte par la Convention Benelux¹²⁶⁸. En cela l'astreinte des pays du Benelux diffère de l'astreinte du droit français. La raison avancée est que ces condamnations sont toujours susceptibles d'exécution forcée par la voie des saisies¹²⁶⁹. L'exclusion de l'astreinte pour les condamnations de sommes a néanmoins fait l'objet d'une interprétation restrictive par la Cour de Justice Benelux. Elle a en effet admis l'astreinte dans le cas d'une condamnation au paiement d'une somme d'argent à une personne autre que celle qui a demandé cette condamnation¹²⁷⁰. Il s'agissait d'un époux qui avait, au cours d'une procédure en divorce, pris l'engagement vis-à-vis de son épouse de supporter certaines dettes déterminées de la communauté; le mari ne respectant pas cet engagement, l'ex-épouse l'assigna afin qu'il soit condamné à payer ces dettes aux créanciers sous peine d'astreinte. En ce cas, l'astreinte se justifiait par des nécessités pratiques, car l'épouse n'aurait pas pu opérer saisie sur les biens de son ex-époux, celui-ci étant condamné, à payer non à elle, mais à des tiers. Ainsi, l'astreinte est exclue seulement si la condamnation au paiement d'une somme d'argent est passible d'exécution par voie de saisie¹²⁷¹.

¹²⁶⁷ Civ. Namur (réf.), 31 juillet 1996, JDT 1997, p. 101.

¹²⁶⁸ Art. 1 al. 1, 2e phrase de la Convention Benelux. Pour un cas d'application, cf. Cass., 5 décembre 1989, Pas. 1990, I, p. 423.

¹²⁶⁹ Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, n° 353/1, p. 16. Cette exclusion est critiquée par une partie de la doctrine; cf. notamment MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 39-41; Id., *Principes généraux*, p. 31-34 alléguant que cette exclusion ne tient pas compte des impératifs des délais de paiement inhérents aux obligations de paiement de sommes d'argent, notamment dans le cas d'obligations périodiques telles que paiements de salaires et d'aliments.

¹²⁷⁰ Cour de Justice Benelux, aff. A 81/1 (*Geers. c. Scholten*), 9 juillet 1981, JDT 1981, p. 536, RW 1981-1982, p. 303, obs. Storme, Marcel.

¹²⁷¹ La même justification a été appliquée dans Cass., 9 septembre 1988, Pas. 1989, I, p. 22; JDT 1989, p. 276; RW 1988-1989, p. 541, où le juge a ordonné à l'expropriant d'effectuer le dépôt de l'indemnité provisoire à la Caisse de dépôts et consignations. Cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 54.

3. Limites

a) Limites dues à l'obligation principale

429. Eu égard à son but même, l'astreinte ne se conçoit que si le respect de l'ordre auquel elle est liée n'est pas matériellement impossible au moment où le juge statue; le juge ne doit donc pas prononcer sous la menace d'une astreinte un ordre qu'il est impossible d'exécuter, peu importe qu'il s'agisse d'une impossibilité matérielle originaire ou subséquente et peu importe la cause de cette impossibilité matérielle¹²⁷². Ainsi, si l'exécution en nature d'une obligation est matériellement impossible au moment où le juge statue, le créancier doit se rabattre sur l'exécution par équivalent. Le plus souvent celle-ci consistera en des dommages-intérêts. La question de savoir si l'astreinte peut accompagner une condamnation principale qui n'est pas susceptible d'une exécution en nature directe à l'aide de la force publique a été résolue récemment par la Cour de Justice du Benelux, en ce sens que c'est précisément dans ce cas que la condamnation à une astreinte déploie son effet utile permettant l'obtention de la prestation ordonnée¹²⁷³.

b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle

430. La doctrine met généralement en doute que le recours à l'astreinte se conçoive pour inciter à l'exécution d'obligations qui touchent à l'intégrité physique, comme par exemple une décision ordonnant une expertise sanguine¹²⁷⁴ ou, plus largement, mettant en cause la liberté individuelle¹²⁷⁵. Ainsi, on admet qu'on ne saurait contraindre sous astreinte un artiste à remplir l'engagement qu'il aurait contracté d'exécuter une œuvre artistique; pareille condamnation paraît incompatible avec le droit moral reconnu aux auteurs de diffuser ou non leurs œuvres¹²⁷⁶.

431. En matière de *droit de la famille*, on présume que le juge ne prononcera pas une astreinte dans le cas d'une obligation à caractère personnel, telle l'obligation de cohabitation par exemple¹²⁷⁷. En revanche, la Cour de Justice

¹²⁷² Dans ce sens, cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 49.

¹²⁷³ Cour de Justice Benelux, aff. A 92/4, Jur. Benelux 1993, p. 49; RW 1993-1994, p. 705 (la condamnation principale était un ordre de prêter serment en droit matrimonial).

¹²⁷⁴ Cass., 18 février 1988, Pas. 1988, I, p. 722, concl. de l'avocat général Piret.

¹²⁷⁵ Cf. notamment VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 42, p. 50.

¹²⁷⁶ Cf. MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 68.

¹²⁷⁷ Cf. DE BOER, p. 799.

Benelux a estimé que l'astreinte est applicable pour assurer l'exécution d'un droit de visite¹²⁷⁸ ou d'un droit de garde¹²⁷⁹.

432. En matière de *liberté de conscience et de religion*, les tribunaux néerlandais ont, contrairement aux tribunaux français, admis l'utilisation de l'astreinte pour contraindre un mari israélien à délivrer à son ex-épouse la lettre de répudiation lui permettant de se remarier selon sa foi religieuse¹²⁸⁰.

433. En matière de *relations de travail* enfin, la Convention Benelux réserve, en son art. 3 al. 1, à chacune des parties contractantes la faculté d'exclure du champ d'application de l'astreinte "*les actions ou quelques-unes des actions en exécution de contrats de travail ou d'emploi*." Tant la Belgique que les Pays-Bas ont usé de cette réserve. La Belgique a usé pleinement de la réserve permise par la Convention. L'art. 1385bis al. 1, 2e phrase du Code judiciaire dispose que "*l'astreinte ne peut être prononcée [...] en ce qui concerne les actions en exécution de contrats de travail*"¹²⁸¹. L'exclusion de l'astreinte vise non seulement tout contrat de travail mais encore toute action en exécution du contrat de travail, qu'elle soit dirigée contre le travailleur subordonné par l'employeur ou inversement¹²⁸². En cela, le texte légal semble aller plus loin que les travaux préparatoires, dont il appert que les auteurs de la loi visaient exclusivement à empêcher l'utilisation de l'astreinte à l'égard des travailleurs salariés parce qu'ils craignaient qu'elle ne serve à imposer la reprise du travail à des travailleurs absents¹²⁸³. En pratique, cependant, l'astreinte est utilisée pour les obligations qui s'imposent en vertu de la loi à un employeur vis-à-vis de ses employés. Cette distinction est critiquée par la doctrine¹²⁸⁴, mais s'explique par le désir d'interpréter restrictivement l'exception ouverte par l'art. 1385bis al. 2, 2e phrase du Code judiciaire. Les juridictions du travail ont eu à connaître de demandes d'astreinte essentielle-

¹²⁷⁸ Cour de Justice Benelux, aff. A 81/6 (*Wassenburg c. Petit*), 11 mai 1982, JDT 1982, p. 679, concl. de l'avocat général Dumon; Civ. Namur (réf.), 31 juillet 1996, JDT 1997, p. 101.

¹²⁷⁹ Cour de Justice Benelux, aff. A 81/3 (*Ladan c. Bruin*), 11 mai 1982, RW, 1982-1983, col. 283, obs. Storme, Marcel.

¹²⁸⁰ Hoge Raad, 22 janvier 1982, NJ 1982, n° 1692 et Arr. Rb. Haarlem, 17 février 1989, KG 1989, n° 134.

¹²⁸¹ Art. 1385bis al. 1, 2e phrase Code judiciaire.

¹²⁸² Cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 54-58.

¹²⁸³ MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 16.

¹²⁸⁴ Cf. notamment MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 74-75; Id., *Principes généraux*, p. 34-35.

ment dans les matières suivantes¹²⁸⁵ : la délivrance de documents sociaux par l'employeur (certificats de travail ou de salaire, documents pour les assurances sociales, etc.)¹²⁸⁶, le respect d'obligations diverses des parties au contrat de travail¹²⁸⁷, le respect d'obligations incombant à une partie signataire d'une convention collective¹²⁸⁸, les élections sociales¹²⁸⁹ ou les conflits collectifs de travail¹²⁹⁰. Quant aux Pays-Bas, l'art. 1639a du Code civil dispose que le travailleur est tenu d'exécuter personnellement son obligation de travail et que la délégation à un tiers ne peut se faire qu'avec l'accord de l'employeur. Lors de l'introduction de l'astreinte, le législateur a introduit un alinéa 2 précisant que l'action en exécution de l'obligation du travailleur de fournir son travail ne peut pas être sanctionnée par une astreinte ou par la contrainte par corps. Cependant, les actions en exécution d'autres obligations du travailleur ou des obligations de l'employeur ne sont, quant à elles, pas exclues du champ d'application de la loi uniforme. Le droit luxembourgeois, enfin, ne prévoit pas l'exclusion des obligations relevant du droit du travail. L'astreinte est donc susceptible d'être prononcée pour renforcer l'efficacité des décisions de justice concernant les actions en exécution de contrats de travail. Ainsi, trouve-t-on notamment des astreintes comme accessoires de condamnations obligeant l'employeur à réintégrer un délégué du personnel ou un membre du comité mixte d'entreprise, dont la mise à pied est annulée ou qui a fait l'objet d'un licenciement irrégulier; ou encore pour accompagner l'obligation de réintégrer un travailleur, que son employeur a accepté pour échapper au paiement de dommages-intérêts pour licenciement abusif. Théoriquement, l'employeur pourrait également obtenir la condamnation sous astreinte du travailleur, absent du travail sans justification, pour le forcer à reprendre celui-ci et éviter ainsi un préjudice pour l'entreprise¹²⁹¹.

¹²⁸⁵ Pour la jurisprudence depuis 1980, cf. NYSSSEN, p. 196-206.

¹²⁸⁶ Cf., par exemple, Cour de Justice Benelux, 20 octobre 1997, J.T.T., 1997, p. 478.

¹²⁸⁷ Prés. Trib. du travail, Charleroi (réf.), 23 janvier 1987, JDT 1987, p. 282 (injonction sous peine d'astreinte faite à un travailleur de mettre fin à des actes de concurrence déloyale).

¹²⁸⁸ Cour du travail, Bruxelles, 6 juin 1986, RW 1986-87, col. 1269-1272 (refus d'assortir d'une astreinte une injonction ordonnant aux signataires d'une convention collective de travail d'informer leurs affiliés du contenu de celle-ci).

¹²⁸⁹ Cour du travail, Bruxelles, 28 mai 1985, JDT 1987, p. 452 (injonction d'organiser des élections sociales assortie d'une astreinte par jour de retard).

¹²⁹⁰ TPI Bruxelles, 5 août 1987, D. 1988, p. 165 (injonctions sous astreinte de FB 200'000 au personnel technique et aux pilotes de Sabena de participer à une grève).

¹²⁹¹ Cf. NYSSSEN, p. 195.

E. La procédure de l'astreinte

1. Autorité compétente

a) Compétence du juge ordinaire

434. Il convient à titre préliminaire de mentionner qu'en égard au caractère accessoire et simultané de l'astreinte, celle-ci ne peut être prononcée que si elle a été requise et débattue en même temps que l'objet de la condamnation principale et le juge qui peut la prononcer doit être le même que celui qui prononce la condamnation principale¹²⁹². Tout juge peut, en matière civile, assortir d'une astreinte l'injonction qu'il a pouvoir de prononcer¹²⁹³. Cette compétence est exclusive: il n'existe pas dans les pays du Benelux un juge de l'exécution comme en France. Cette compétence s'étend au juge de la juridiction administrative¹²⁹⁴ et l'astreinte peut être prononcée à charge d'une personne de droit public¹²⁹⁵. Le juge pénal statuant sur l'action civile peut également prononcer l'astreinte. Celle-ci permettra de garantir la réparation du dommage causé par une infraction pénale, mais pas d'interdire la commission de l'infraction¹²⁹⁶.

b) Compétence du juge des mesures provisoires

435. Les travaux préparatoires de la Convention Benelux indiquent déjà que le juge des référés peut prononcer des astreintes¹²⁹⁷. La doctrine tant belge¹²⁹⁸ que néerlandaise¹²⁹⁹ admettent cette compétence. D'ailleurs, certains auteurs mettent le développement des mesures provisoires sur le compte de

¹²⁹² Civ. Namur (réf.), 31 juillet 1996, JDT 1997, p. 101.

¹²⁹³ Cf. MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 62.

¹²⁹⁴ Par exemple, un ordre de remise en état des lieux en matière d'urbanisme peut être assorti d'une astreinte, Cour de Justice Benelux, 12 février 1996, JDT 1996, p. 386; RW 1996-97, p. 119, concl. de l'avocat général Janssens de Bisthoven.

¹²⁹⁵ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 88-101.

¹²⁹⁶ Cass., 4 janvier 1984, Pas. 1984, I, p. 468; JDT 1984, p. 345; Cass., 28 avril 1987, Pas. 1987, I, p. 1002; Cass., 5 décembre 1989, Pas. 1990, I, p. 423.

¹²⁹⁷ Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., n° 353/1, p. 16.

¹²⁹⁸ Cf. par exemple VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 36; MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 62.

¹²⁹⁹ Cf. notamment BLAAUW, *Executiemiddelen*; DE BOER, p. 799; cf. aussi Cass., 25 mai 1990, NJ 1991, p. 354; Arr. Rb. Arnheim, 16 décembre 1994, KG 1995, p. 35; Arr. Rb. Leeuwarden, 10 juillet 1995, KG 1995, p. 324; Arr. Rb. Rotterdam, 11 août 1995, KG 1995, p. 355; Arr. Rb. Utrecht, 5 mai 1995, KG 1995, p. 347.

l'introduction de l'astreinte¹³⁰⁰. Une astreinte prononcée à l'appui d'une décision du juge des référés reste due, même si la demande principale est déclarée ultérieurement mal fondée¹³⁰¹. En effet, les deux contentieux sont distincts; le titre des mesures provisoires est resté valide et son exécution ne prendra fin qu'avec la décision définitive sur le fond¹³⁰². En revanche, si le jugement au fond est réformé en appel, la partie qui a procédé à l'exécution forcée devra restituer ce qu'elle a obtenu indûment¹³⁰³.

c) Compétence des arbitres

436. La Convention Benelux ne mentionne que les juges en tant qu'organes compétents pour prononcer des astreintes¹³⁰⁴. Néanmoins, l'art. 2 de la Convention ouvre la possibilité aux Etats contractants d'édicter des dispositions complémentaires sur des aspects non traités par cette dernière. La compétence des arbitres pour prononcer des astreintes fait partie des domaines laissés à la libre disposition des Etats membres¹³⁰⁵. La Belgique et les Pays-Bas ont usé de cette possibilité.

(1) Belgique

437. Depuis le 17 août 1998, date de l'entrée en vigueur de la modification des dispositions du Code judiciaire relative à l'arbitrage, l'arbitre peut condamner une partie au paiement d'une astreinte¹³⁰⁶. Jusque-là, il était communément admis en Belgique que l'arbitre qui prononçait une astreinte excédait ses pouvoirs, étant donné que l'astreinte relevait de l'*imperium* du juge et

¹³⁰⁰ Cf. notamment DE BOER, p. 803.

¹³⁰¹ Conclusion de l'avocat général Krings à l'appui de l'arrêt de la Cour de Justice Benelux, aff. A 82/8 (*E. Vanschoonbeek-Limbuterm c. Vanschoonbek*), 14 avril 1983, Jur. Benelux 1983, p. 84.

¹³⁰² *Ibid.*, p. 91.

¹³⁰³ Cour de Justice Benelux, aff. A 82/8 (*E. Vanschoonbeek-Limbuterm c. Vanschoonbek*), 14 avril 1983, Jur. Benelux 1983, p. 84; RW 1983-1984, p. 223. *Contra*: STORME, *Les pratiques du commerce*, p. 108, n° 3 qui fonde son raisonnement sur la désobéissance à l'ordre du juge. Sur l'ensemble de la question, cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 73-74; DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 271-277.

¹³⁰⁴ Art. 1er. Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., n° 353/1, p. 16 et n° 404/2, p. 3, n° 177/2, p. 6.

¹³⁰⁵ Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., n° 353/1, p. 1.

¹³⁰⁶ Art. 1709bis de la loi du 19 mai 1998 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage, publiée au Moniteur belge du 7 août 1998 et dans Rev. arb. 1999, p. 693 ss. La loi est commentée par Guy Horsmans dans la Rev. arb. 1999, p. 475-539.

qu'elle était d'ordre public¹³⁰⁷. Cette position paraissait même indiscutable, comme le soulignent les conclusions de l'avocat général précédant l'arrêt de la Cour de Justice Benelux du 1er juillet 1988, lorsqu'il précise que le terme "juge" utilisé à l'art. 1er de la Convention Benelux ne saurait viser les arbitres¹³⁰⁸. Cette révision fait suite aux vœux des milieux belges de l'arbitrage qui souhaitaient que les arbitres puissent aussi, pour assurer la pleine efficacité de leurs sentences, assortir leurs décisions d'une astreinte¹³⁰⁹. Ce désir était d'autant plus motivé que le juge ne pouvait pas assortir la sentence arbitrale d'une astreinte sans y ajouter un élément, ce qui dépassait son rôle de contrôle de la sentence¹³¹⁰. Les commentaires des articles précisent, en outre, que la réglementation légale de l'astreinte requiert que les arbitres puissent être amenés, même si leur mission a pris fin, à supprimer, réduire ou suspendre l'astreinte après avoir prononcé la sentence arbitrale et l'avoir déposée au greffe du tribunal compétent¹³¹¹. En revanche, si le tribunal arbitral ne peut pas être maintenu, il faudra avoir recours au tribunal de première instance en s'inspirant des dispositions relatives à l'interprétation des sentences arbitrales¹³¹².

(2) Pays-Bas

438. L'art. 611i du Code de procédure civile précise que le terme "juge" tel que repris de l'art. 1er de la Convention Benelux comprend également les arbitres. Lors de la refonte du droit de l'arbitrage néerlandais en 1986, ce pouvoir des arbitres a été expressément confirmé à l'art. 1056 al. 1er du Code de procédure civile¹³¹³. L'alinéa 2 du même article prévoit que l'autorité compétente pour la suspension, la suppression ou la diminution de l'astreinte au sens de l'art. 4 de la Convention Benelux est le juge auprès duquel la sentence a été déposée.

¹³⁰⁷ Cf. notamment VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 38; DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 239; KEUTGEN, p. 683 n° 44; MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 60; STORME, *Een revolutionaire Hervorming. De dwangsom*, p. 231 n° 14. Cette position est rappelée dans les travaux préparatoires de la loi du 19 mai 1998, Doc. Ch., 1374/1, session 1997-1998, 19 janvier 1998, p. 10.

¹³⁰⁸ Cour de Justice Benelux, 1er juillet 1988, aff. A 87/1, *DAOR*, 1988/8, p. 80 ss, spéc. p. 91.

¹³⁰⁹ Cf. les échos relevés par DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 240.

¹³¹⁰ Cf. DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 239.

¹³¹¹ Cf. Doc. Ch., 1374/1, session 1997-1998, 19 janvier 1998, p. 10 et p. 22-23.

¹³¹² *Ibid.*

¹³¹³ L'art. 611i a la teneur suivante: "Le tribunal arbitral a le même pouvoir que le juge ordinaire à l'effet d'imposer une astreinte..." Cf. Ger. Hof. Amsterdam, 19 mai 1988, *NJ* 1989 n° 148, p. 479.

(3) Luxembourg

439. Le Luxembourg n'a pas édicté de norme sur la compétence des arbitres à prononcer des astreintes. On peut dès lors conclure, *a contrario*, à l'absence de pouvoir des arbitres d'assortir leur sentence d'une astreinte.

2. Condamnation et modalités

a) Pouvoirs du juge

440. Le juge ne peut recourir à l'astreinte que sur demande d'une partie au litige¹³¹⁴. Il ne peut pas la prononcer d'office, contrairement au juge français. Cette règle a été édictée afin d'éviter que le prononcé de l'astreinte ne devienne qu'une clause de style¹³¹⁵ et permet de sauvegarder le respect du droit d'être entendu des parties. Cette solution s'explique par le fait que le système Benelux ne connaît pas l'astreinte provisoire. Il importe donc d'entendre les parties avant de prononcer une astreinte définitive. En revanche, une fois saisi d'une demande d'astreinte, le juge appréciera souverainement l'opportunité d'y faire droit. Il l'écartera s'il estime préférable une autre solution ou s'il a toute raison de croire à l'exécution volontaire de la condamnation¹³¹⁶. Le requérant n'est pas tenu d'indiquer le montant et les modalités de l'astreinte requise¹³¹⁷. Dans l'hypothèse où il le fait, le juge peut toujours réduire ou augmenter¹³¹⁸ le montant, ou en changer les modalités¹³¹⁹. En effet, même si le créancier a un intérêt direct à ce que le débiteur exécute effectivement ses obligations, le respect et l'efficacité du jugement concernent également l'intérêt général. Dans ce cadre, la seule défense que la loi fait au juge est de prononcer d'office l'astreinte, afin d'éviter "*l'arbitraire et l'automatisme*"¹³²⁰.

¹³¹⁴ Art. 1 al. 1, 1^{ère} phrase de la Convention Benelux. Cass., 29 novembre 1996, RW 1997-1998, p. 57; Cass., 25 février 1997, RW 1997-1998, p. 132.

¹³¹⁵ Cf. Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., n° 353/1, p. 16.

¹³¹⁶ Par exemple si le débiteur est obtus ou totalement démuné de ressources ou si, pour le créancier, l'exécution en nature se révèle malaisée ou incertaine ou ne représenterait qu'un pis-aller; cf. MOREAU-MARGREVE, *Principes généraux*, p. 36. Pour un exemple, cf. Cass., 19 février 1993, NJ 1993, p. 624.

¹³¹⁷ Cour de Justice Benelux, aff. A 83/3 (*Soc. Coop. Valois Vacances et Loisirs c. S.A. Edel Bureau Eli*), 2 avril 1984, JDT 1984, p. 614; RW 1983-1984, col. 2681; NJ 1984, p. 704.

¹³¹⁸ Cour de Justice Benelux, aff. A 91/4 (*Authentic Professional Color copy c. Danièle Brisoux*), 17 décembre 1992, Jur. Benelux, 1992, p. 120 conclusions de l'avocat général Janssens de Bisthoven; NJ 1993, p. 545; Cass., 22 avril 1993, Pas. 1993, I, p. 384.

¹³¹⁹ Cf. notamment VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 45; MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 63; STORME, *Een revolutionaire Hervorming. De dwangsom*, p. 237.

Sous cette seule réserve, le juge dispose des pouvoirs les plus étendus, y compris dans le domaine de la fixation du montant de l'astreinte. En outre, la loi prévoit que la demande d'astreinte peut être faite tant sur opposition que sur appel pour autant que son objet soit la condamnation principale¹³²¹. Enfin, le juge n'est pas tenu de motiver sa décision¹³²².

b) Taux et modalités de l'astreinte

441. Il appartient au juge de modaliser souverainement l'astreinte quant au type, son montant et son point de départ. Le législateur a prévu trois sortes d'astreintes¹³²³. Celle-ci peut être fixée soit globalement, soit par unité de temps, soit par contravention. C'est au juge qu'il appartient de choisir le type d'astreinte qui incitera le plus le débiteur à s'exécuter¹³²⁴. Dans cette optique, la fixation par unité de temps ou par contravention semble la plus opportune et la plus pratiquée¹³²⁵. Pour éviter que le condamné ne choisisse trop facilement de payer l'astreinte plutôt que d'exécuter la condamnation principale, il convient de fixer un montant suffisamment élevé, qui peut être progressif¹³²⁶. Celui-ci sera fixé souverainement par le juge, qui tiendra forcément compte de la surface financière du débiteur¹³²⁷. Les travaux préparatoires de la loi uniforme prévoient aussi que le montant de l'astreinte doit être fixé en fonction des circonstances concrètes du cas, en particulier des moyens et du comportement du débiteur¹³²⁸. Afin d'éviter l'accumulation de sommes trop importantes, le juge pourra également fixer un maximum lorsqu'il prononce

¹³²⁰ Cour de Justice Benelux, aff. A 91/4 (*Authentic Professional Color copy c. Danièle Brisoux*), 17 décembre 1992, Jur. Benelux, 1992, p. 120, p. 127, n° 20, conclusions de l'avocat général Janssens de Bisthoven.

¹³²¹ CA Bruxelles, 7 mars 1988, JDT 1988, p. 360; cf. aussi STORME, *Een revolutionaire Hervorming. De dwangsom*, p. 236.

¹³²² Hoge Raad, 11 avril 1958, NJ 1958, n° 302, p. 628; cf. aussi VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 47.

¹³²³ Art. 2 al. 1 de la Convention Benelux.

¹³²⁴ Cf. MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 22.

¹³²⁵ Cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 46; MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 22.

¹³²⁶ Cf. notamment MOREAU-MARGREVE, *Principes généraux*, p. 37. Dans l'arrêt *La Médicale Equipex SA c. Farmitalia et al.*, Arr. Rb. Haarlem, 26 mars 1991, confirmé par le Gen. Hof Amsterdam, 27 février 1992, NJ 1993, n° 452, p. 1596, ERPL 2 (1994), p. 399-408, obs. Remien, Oliver, la Cour d'appel d'Amsterdam a fixé le montant total de l'astreinte à 54.4 mio de florins.

¹³²⁷ Cf. DE BOER, p. 802.

¹³²⁸ Exposé des motifs communs, Jur. Benelux 2 (1980-1981), p. 115, 120.

une astreinte par unité de temps ou par contravention¹³²⁹. La fixation d'un maximum permet en outre de tenir compte des intérêts d'autres créanciers¹³³⁰.

c) Point de départ et durée de l'astreinte

442. L'astreinte ne peut être encourue avant la signification de la décision qui la prononce¹³³¹. Il n'y a pas d'exception à ce principe qui permette au juge d'avancer le point de départ de l'astreinte. En conséquence, est illégal le dispositif d'une décision qui fixe le moment d'exigibilité de la dette d'astreinte au prononcé de celle-ci¹³³² ou à l'expiration d'un délai de quinze jours suivant le prononcé du jugement¹³³³. En revanche, le juge peut retarder le point de départ de l'astreinte en fixant un délai pendant lequel elle n'est pas encourue¹³³⁴. Il pourra le faire lorsqu'il estimera opportun de laisser au débiteur condamné un temps pour exécuter l'injonction¹³³⁵. La loi ne parle pas de la fixation d'une durée de l'astreinte. Cependant, ce pouvoir découle indirectement du pouvoir du juge de fixer un montant maximum à l'astreinte¹³³⁶. Pour éviter que le créancier ne laisse s'accumuler les astreintes, le législateur a estimé devoir fixer une prescription très courte à la créance d'astreinte¹³³⁷. Elle est de six mois et court à partir de la date à laquelle l'astreinte est encourue¹³³⁸. Cette prescription peut être interrompue ou suspendue selon les règles du droit commun. En outre, l'art. 7 al. 2 et 3 énumère deux causes spécifiques de suspension: la faillite du débiteur et toute autre cause d'empêchement légal à l'exécution de l'astreinte ainsi que l'ignorance par le créancier que l'astreinte est due¹³³⁹.

¹³²⁹ Art. 2, 2e phrase de la Convention Benelux.

¹³³⁰ Cf. notamment VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 54; MOREAU-MARGREVE, *Principes généraux*, p. 37.

¹³³¹ Art. 1 al. 3, 1ère phrase de la Convention Benelux.

¹³³² TPI Verviers, 22 juin 1989, JDT 1989, p. 564; RW 1990-1991, p. 98.

¹³³³ Cass., 22 juin 1989, Pas. 1989, I, p. 1168; TPI Verviers, 16 décembre 1994, Act. dr. 1996, p. 63-68.

¹³³⁴ Art. 1 al. 4 de la Convention Benelux.

¹³³⁵ Cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 46; DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 248-249.

¹³³⁶ Cass., 31 janvier 1995, Pas. 1995, I, p. 107.

¹³³⁷ Cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 82-85; DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 277-284.

¹³³⁸ Art. 7 al. 1 de la Convention Benelux.

¹³³⁹ Sur la durée de l'interruption, cf. Cass., 7 décembre 1995, RW 1995-1996, p. 1416.

3. Influence de la faute

443. La condamnation d'une partie au paiement d'une astreinte doit être précédée d'une requête en ce sens de l'adverse partie. En revanche, il n'est pas nécessaire que l'inexécution soit intentionnelle¹³⁴⁰. La question de la faute requise n'est dès lors pas clairement établie. Il convient cependant de rappeler que l'art. 4 de la Convention Benelux permet au juge, à la demande du débiteur, de revoir l'astreinte de manière totale ou partielle, soit en la suspendant, soit en la réduisant si l'exécution de la condamnation principale est définitivement ou temporairement impossible¹³⁴¹. Les travaux préparatoires précisent encore que la révision est possible même si l'impossibilité d'exécution a été créée par le débiteur lui-même¹³⁴².

F. Les effets de la condamnation

1. Caractère définitif de l'astreinte

444. Une fois encourue, l'astreinte reste intégralement acquise à son bénéficiaire¹³⁴³. C'est l'affirmation du caractère *définitif* de l'astreinte, contraire au système français des astreintes provisoires. Dans le système Benelux, le créancier n'a pas à revenir devant le juge pour faire liquider l'astreinte¹³⁴⁴. Cette phase, également ignorée par le système néerlandais antérieur, a été jugée inutile et néfaste à la réalisation de l'objectif assigné à l'astreinte¹³⁴⁵. Par voie de conséquence, le juge ne pourra pas ultérieurement supprimer ou réduire l'astreinte, même si l'inexécution n'est que partielle¹³⁴⁶. Cependant, le caractère définitif ne fait obstacle ni à l'exercice des voies de recours, ni à celui d'un contrôle judiciaire qui permettent de vérifier les conditions auxquelles l'astreinte est subordonnée¹³⁴⁷. Cette rigueur a parfois provoqué une

¹³⁴⁰ Cass., 1ère, 3 novembre 1994, Pas. 1994, I, p. 907, JDT 1995, p. 341.

¹³⁴¹ *Ibid.*

¹³⁴² Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, n° 353/1, p. 19 et 20.

¹³⁴³ Art. 3, 1ère phrase de la Convention Benelux.

¹³⁴⁴ Cour de Justice Benelux, aff. A 82/8 (*E. Vanschoonbeek-Limbuterm c. Vanschoonbeek*), 14 avril 1983, Juris. Benelux 1983, p. 86 et concl. de l'avocat général Krings, RW 1983-1984, p. 223.

¹³⁴⁵ La pratique montre en effet que la réduction de l'astreinte lors de sa liquidation conduit les débiteurs à moins la craindre.

¹³⁴⁶ Cour de Justice Benelux, aff. A 85/2 (*Geertje Gepkea Trenning c. Arend Krabben*), 9 mars 1987, RW 1986-1987, p. 2287 (en cas d'inexécution partielle, le juge ne peut pas revoir l'astreinte en raison de la disproportion entre l'astreinte fixée et la valeur de la partie inexécutée des prestations).

¹³⁴⁷ Cf. DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 253-262.

certaine réticence auprès des juges des saisies auxquels étaient soumis le contentieux de l'astreinte, effrayés par les montants parfois astronomiques auxquels s'élevait l'astreinte réclamée¹³⁴⁸.

2. Caractère exécutoire de l'astreinte

445. En raison de ce caractère définitif, la décision qui prononce l'astreinte, une fois revêtue de la formule exécutoire, peut servir de titre pour le créancier en vue de l'exécution forcée de l'astreinte¹³⁴⁹. Par voie de conséquence, lorsque la menace constituée par l'astreinte n'a pas réussi à amener le débiteur à l'exécution volontaire de l'ordre qui lui était adressé, le créancier va pouvoir exiger le paiement de l'astreinte, sans devoir repasser devant le juge pour obtenir sa liquidation¹³⁵⁰. Le juge de l'exécution forcée procédera lui-même à la fixation du montant, en se fondant sur les déclarations du créancier. À défaut de paiement volontaire, le créancier peut procéder à l'exécution forcée de la dette d'astreinte par la voie des saisies-exécution¹³⁵¹. Corollairement, en cas de réforme de la décision sur la base de laquelle l'astreinte est encourue, cette dernière devra être remboursée.¹³⁵²

3. Révision

446. Ce caractère contraignant de l'astreinte Benelux n'a semble-t-il jamais soulevé de critiques de la part de la doctrine¹³⁵³. Cela s'explique par les tempéraments apportés au caractère définitif de l'astreinte lorsque certains événements nouveaux surgissent après son prononcé. Le juge compétent est celui qui a ordonné l'astreinte¹³⁵⁴. Sa compétence est exclusive¹³⁵⁵.

¹³⁴⁸ Cass., 26 juin 1987, Pas. 1987, I, p. 1328. Cf. l'affaire *La Médicale Equipex SA c. Farmitali et al.*, Arr. Rb. Haarlem, 26 mars 1991, confirmé par le Ger. Hof Amsterdam, 27 février 1992, NJ 1993, n° 452, p. 1596, ERPL 2 (1994), p. 399-408, obs. Remien, Oliver, où le montant de l'astreinte échue s'élevait à 54.4 mio de florins.

¹³⁴⁹ Art. 3, 2e phrase de la Convention Benelux.

¹³⁵⁰ Ger. Hof. Leeuwarden, 7 avril 1982, NJ 1983, n° 406, p. 1275. La possibilité lui est cependant laissée, cf. Exposé des motifs communs, ad art. 3, Jur. Benelux 2 (1980-1981), p. 115, p. 122.

¹³⁵¹ Cf. VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 59.

¹³⁵² Brux. (9e ch.), 4 novembre 1993, RGDC 1995, p. 230, p. 234-245, obs. Vandermeersch, M.

¹³⁵³ Cf. la constatation faite par BLAAUW, *Executiemiddelen*, p. 58.

¹³⁵⁴ Cour de Justice Benelux, aff. A 84/5 (*Merkenbureau Van der Graaf c. N. V. Agio*), 25 septembre 1986, RW 1986-1987, p. 1333; NJ 1987, p. 909.

a) Faillite du condamné

447. La faillite du condamné produit automatiquement un double effet¹³⁵⁶. D'une part, le cours de l'astreinte est suspendu¹³⁵⁷, ce qui s'explique par le dessaisissement du débiteur qu'opère la faillite. D'autre part, le bénéficiaire de l'astreinte ne peut pas produire au passif de la faillite la créance pour une astreinte qui a couru antérieurement à cette dernière¹³⁵⁸, ce qui s'explique par le souci du législateur d'équilibrer les intérêts en présence.

b) Décès du débiteur

448. En cas de décès du débiteur, les obligations nées d'une condamnation à une astreinte passent aux héritiers¹³⁵⁹. Néanmoins, l'art. 6 de la Convention Benelux contient des dispositions particulières qui distinguent selon que l'astreinte est fixée par unité de temps ou d'une autre manière. L'astreinte fixée par unité de temps cesse automatiquement de courir avec le décès de son débiteur¹³⁶⁰. Le motif de cette faveur est qu'une telle astreinte risquerait d'avoir des conséquences particulièrement lourdes qui ne se justifient pas pour les héritiers, qui peuvent parfaitement ignorer la condamnation sous astreinte du défunt¹³⁶¹. Le juge qui a ordonné l'astreinte peut cependant, sur demande du créancier, fixer une nouvelle astreinte pour assortir la condamnation principale dont l'astreinte a cessé de courir en raison du décès du condamné. A cette occasion, il peut modifier le montant et les modalités de l'astreinte¹³⁶². L'astreinte fixée globalement ou par contravention, peut, à la demande des héritiers, être supprimée ou réduite, temporairement ou définitivement, par le juge qui l'a prononcée¹³⁶³. La crainte d'abus auxquels la sup-

¹³⁵⁶ Cour de Justice Benelux, 12 février 1996, JDT 1996, p. 280, RW 1995-1996, p. 1298, concl. de l'avocat général Janssens de Bisthoven.

¹³⁵⁷ Cf. notamment VAN COMPERNOLLE, *L'astreinte*, p. 75-76; MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 29; Id., *Principes généraux*, p. 38.

¹³⁵⁸ Art. 5 al. 1 de la Convention Benelux.

¹³⁵⁹ Art. 5 al. 2 de la Convention Benelux.

¹³⁶⁰ Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, n° 353/1, p. 22.

¹³⁶¹ Art. 6 al. 1, 1ère phrase de la Convention Benelux.

¹³⁶² Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, n° 353/1, p. 22.

¹³⁶³ Art. 6 al. 1, 2e phrase de la Convention Benelux.

¹³⁶⁴ Art. 6 al. 2 de la Convention Benelux.

pression pure et simple de ce type d'astreinte peut aboutir a conduit le législateur à adopter cette solution intermédiaire¹³⁶⁴.

c) Impossibilité de la condamnation principale

449. Enfin, s'il s'avère que l'exécution de la condamnation principale est définitivement ou temporairement impossible, de manière totale ou partielle, le juge peut, à la demande du débiteur, revoir l'astreinte, soit en la suspendant, soit en la réduisant¹³⁶⁵. Cette disposition s'explique par la nature même de l'astreinte: contrainte pour amener le débiteur à s'exécuter, elle n'a plus de sens dès lors que l'exécution est impossible¹³⁶⁶. Les travaux préparatoires précisent encore que la révision est possible même si l'impossibilité d'exécution est l'oeuvre du débiteur lui-même¹³⁶⁷. La Cour de Justice Benelux a admis l'impossibilité lorsque le condamné pense avoir satisfait à la condamnation principale et que cette opinion s'avère erronée après l'expiration du délai imparti pour l'exécution de la condamnation¹³⁶⁸. Cependant, pour que le juge retienne l'impossibilité putative, il faut que le débiteur se soit demandé *"si, en faisant des efforts et en apportant une diligence qu'il n'est pas déraisonnable d'exiger, il aurait évité cette erreur"*¹³⁶⁹. De même, il a été jugé que lorsque la condamnation précise que l'inexécution totale ou partielle d'une ou de plusieurs prestations entraîne l'exigibilité de la totalité de l'astreinte, celle-ci reste intégralement due en cas d'inexécution partielle même s'il subsiste une disproportion entre le montant de l'astreinte et la valeur de la prestation non effectuée¹³⁷⁰.

¹³⁶⁴ Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, n° 353/1, p. 22.

¹³⁶⁵ Art. 4 al. 1 de la Convention Benelux; Cass., 3 novembre 1994, Pas. 1994, I, p. 907; JDT 1995, p. 341.

¹³⁶⁶ Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, n° 353/1, p. 19 et 20. Cf. Cass., 3 novembre 1994, Pas. 1994, I, p. 907.

¹³⁶⁷ Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, n° 353/1, p. 19 et 20.

¹³⁶⁸ Cour de Justice Benelux, aff. A 84/5 (*Merkenbureau Van der Graaf c. N. V. Agio*), 25 septembre 1985, RW 1986-1987, p. 1333; NJ 1987, p. 909.

¹³⁶⁹ Cour de Justice Benelux, aff. A 84/5 (*Merkenbureau Van der Graaf c. N. V. Agio*), 25 septembre 1985, RW 1986-1987, p. 1333; NJ 1987, p. 909.

¹³⁷⁰ Cour de Justice Benelux, aff. A 85/2 (*Geertje Gepkea Treanning c. Arend Krabben*), 9 mars 1987, RW 1986-1987, p. 2287 et concl. de l'avocat général Krings.

IV. ALLEMAGNE

A. Les caractères généraux du *Zwangsgeld* et de l'*Ordnungsgeld*

1. Définition

450. Le droit allemand connaît deux types de pénalités judiciaires: le *Zwangsgeld* (§ 888 ZPO), assortissant les obligations de faire qui nécessitent le concours personnel du débiteur (*unvertretbare Handlungen*) et l'*Ordnungsgeld* (§ 890 ZPO), assortissant les obligations de ne pas faire (*Unterlassungshandlungen*). Les deux types de mesures sont des peines pécuniaires prononcées par un tribunal à l'égard d'une personne qui n'exécute pas un ordre à elle adressé. Cependant, la dénomination différente implique que le législateur considère les mesures comme différentes.

451. Contrairement aux droits français et Benelux, le droit allemand connaît encore comme moyen d'exécution forcée la contrainte corporelle (*Zwangshaft* et *Ordnungshaft*) d'une durée maximale de 6 mois pour les obligations de faire nécessitant le concours personnel du débiteur¹³⁷¹ et d'une durée maximale de 2 ans pour les obligations de ne pas faire¹³⁷². Le choix entre les deux mesures est placé entre les mains du juge¹³⁷³. Cependant, dans le choix de la mesure de contrainte, le juge se conformera au principe de la proportionnalité: le prononcé de la contrainte corporelle ne sera que l'*ultima ratio*¹³⁷⁴, et sera envisageable lorsque le débiteur a déjà plusieurs fois fait l'objet d'un *Zwangsgeld* resté infructueux ou lorsque son insolvabilité est constatée ou lorsqu'il apparaît d'emblée que le prononcé d'un *Zwangsgeld* ou d'un *Ordnungsgeld* sera infructueux. Si le juge décide de prononcer une pénalité judiciaire, il devra d'office, en prévision du cas où le montant ne

¹³⁷¹ § 888 al. 1, 3e phrase ZPO qui renvoie au § 913 al. 1, 3e phrase ZPO.

¹³⁷² § 890 al. 1, 2e phrase ZPO. La durée de l'emprisonnement pour chaque contravention ne peut cependant pas dépasser 6 mois, § 890 al. 1, 1ère phrase *in fine* ZPO.

¹³⁷³ Cf. notamment STEIN/JONAS, § 888, n° 23 et § 890, n° 39; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLKOMMER, § 888, n° 8 et § 890, n° 17.

¹³⁷⁴ Cf. notamment BROX/WALKER, n° 1087; SCHUSCHKE/WALKER, § 888 n° 21; STEIN/JONAS, § 888, n° 23; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.18.

pourra pas être recouvré, fixer subsidiairement une peine de contrainte corporelle, avec indication de la table de conversion¹³⁷⁵.

2. Distinctions entre le *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld*

a) *Zwangsgeld* (§ 888 ZPO)

452. La procédure du *Zwangsgeld*, contrairement à celle de l'*Ordnungsgeld*, ne comprend qu'une seule phase.

453. En principe, le jugement condamnant le débiteur à un certain comportement n'est pas assorti d'une commination de *Zwangsgeld*¹³⁷⁶. Ce n'est que si le débiteur ne s'exécute pas et que les conditions de l'exécution forcée sont réunies¹³⁷⁷ que le créancier peut demander au juge le prononcé d'une pénalité judiciaire selon le § 888 ZPO¹³⁷⁸. Le *Zwangsgeld* se distingue par là de l'*Ordnungsgeld* et de l'astreinte provisoire française, qui se déroulent en deux phases. En revanche, il rejoint le système de l'astreinte définitive, française ou Benelux. Le juge peut uniquement soit menacer le débiteur d'un tel moyen s'il ne s'exécute pas dans un délai déterminé¹³⁷⁹, soit immédiatement prononcer le *Zwangsgeld* et en fixer le montant¹³⁸⁰. Le débiteur doit être entendu¹³⁸¹. Si le débiteur ne s'exécute toujours pas, le créancier pourra demander l'exécution forcée du *Zwangsgeld* par les organes d'exécution forcée selon le § 794 al. 1 ch. 3 ZPO. Elle ne se fera pas d'office¹³⁸². Dans la

¹³⁷⁵ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 10 et § 890 17; SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 22; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.18; THOMAS/PUTZO, § 888, n° 12. Cf. aussi BGH, NJW-RR 1992, p. 1454.

¹³⁷⁶ STEIN/JONAS, § 888, n° 24 admettent qu'une commination indéfinie puisse déjà figurer dans la décision principale, mais celle-ci ne saurait contenir une commination à un montant déterminé, car elle constituerait déjà un acte d'exécution forcée; cf. aussi STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.17.

¹³⁷⁷ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 5.

¹³⁷⁸ Cf. notamment SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 14; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.17.

¹³⁷⁹ Cf. notamment STEIN/JONAS, § 888, n° 24; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.18; cf. aussi OLG Hamm, NJW-RR 1987, p. 765, OLG Karlsruhe, FamRZ 1994, p. 54.

¹³⁸⁰ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 13 qui préconisent cette voie directe par souci de célérité; BROX/WALKER, n° 1086; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.18; cf. aussi OLG Munich, NJW-RR 1992, p. 704.

¹³⁸¹ § 891 al. 2 ZPO.

¹³⁸² Cf. notamment SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 33; STEIN/JONAS, § 888, n° 26; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.19; THOMAS/PUTZO,

procédure d'exécution forcée du *Zwangsgeld*, le débiteur pourra encore soulever l'exception d'exécution¹³⁸³. Cependant, la jurisprudence est restrictive sur l'admissibilité de cette exception et ce n'est que si l'exécution est clairement établie qu'elle sera acceptée¹³⁸⁴. Ainsi, en raison de cette possibilité de pouvoir éviter le recouvrement du *Zwangsgeld* au stade de l'exécution, d'aucuns disent que même la fixation du *Zwangsgeld* par le juge garde un caractère uniquement comminatoire¹³⁸⁵.

b) *Ordnungsgeld* (§ 890 ZPO)

454. La procédure de l'*Ordnungsgeld* comprend deux phases: la commination et la fixation du montant définitif¹³⁸⁶.

455. La première phase est constituée par la commination de l'*Ordnungsgeld*, qui figure, sur requête du créancier¹³⁸⁷, directement sur le titre interdisant au débiteur un certain comportement¹³⁸⁸ ou ultérieurement dans une décision séparée¹³⁸⁹, si les conditions de l'exécution forcée sont réunies. Il ne s'agit pas encore d'un acte d'exécution forcée¹³⁹⁰, mais d'une condition préalable nécessaire¹³⁹¹. Le montant définitif de l'*Ordnungsgeld* ne doit pas nécessairement être fixé dans la commination; seul un maximum doit l'être¹³⁹².

§ 888, n° 14; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLKOMMER, § 888 n° 14; cf. aussi BGH, NJW 1983, p. 1859.

Contra: BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 18; cf. aussi OLG Munich, NJW 1983, p. 947.

¹³⁸³ Cf. notamment STEIN/JONAS, § 888, n° 30.

¹³⁸⁴ Cf. notamment OLG Düsseldorf, MDR 1996, p. 309; OLG Hamm, MDR 1991, p. 411; OLG Cologne, JEl 115 (1993), p. 242.

¹³⁸⁵ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 13; BROX/WALKER, n° 1086.

¹³⁸⁶ Elle ressemble ainsi au système de l'astreinte française.

¹³⁸⁷ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 12; SCHUSCHKE/WALKER, § 890, n° 15.

¹³⁸⁸ § 890 al. 2 ZPO.

¹³⁸⁹ BGH, NJW 1993, p. 1077.

¹³⁹⁰ BGH, NJW 1992, p. 750; BGH, NJW 1993, p. 1077; OLG Munich, GRUR 1990, p. 678.

¹³⁹¹ BPatG, GRUR 1996, p. 402.

¹³⁹² Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 12, 34; BROX/WALKER, n° 1095; SCHUSCHKE/WALKER, § 890, n° 16; STEIN/JONAS, § 890, n° 14; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.22; THOMAS/PUTZO, § 890, n° 20; cf. aussi LG Cologne, WRP 1979, p. 667; LG Hamm, NJW 1980, p. 1289; LG Koblenz, WRP 1982, p. 454.

Le système se distingue par-là de l'astreinte française qui prévoit directement la fixation d'un montant fixe par unité de temps, qui sera ensuite définitivement fixé lors de la liquidation. Si le créancier estime que le débiteur n'a pas respecté l'ordre du juge, il peut demander à ce dernier de condamner le débiteur à l'*Ordnungsgeld* comminé en fixant définitivement son montant. Le juge est lié par le montant maximum fixé dans la commination¹³⁹³ et le débiteur doit être entendu¹³⁹⁴. L'acte d'insoumission doit être postérieur à la commination¹³⁹⁵. En outre, le créancier doit démontrer la faute du débiteur¹³⁹⁶. Enfin, la créance sera finalement recouvrée d'office¹³⁹⁷ par les organes compétents de l'Etat selon la procédure fixée au § 794 al. 1 ch. 3 ZPO¹³⁹⁸. Etant donné que l'*Ordnungsgeld* ne sera fixé qu'après la violation de l'ordre du juge par le débiteur, aucune possibilité d'éviter son exécution forcée n'existe, contrairement au *Zwangsgeld*.

c) Comparaison

456. L'injonction de faire ne contient en principe pas la commination d'un *Zwangsgeld*, alors que l'injonction de ne pas faire ou de laisser faire contient déjà la commination d'un *Ordnungsgeld*. Si le débiteur ne s'exécute pas, le créancier du *Zwangsgeld* demandera directement au juge la fixation de ce dernier, alors que le créancier de l'*Ordnungsgeld* demandera sa fixation en fonction de la commination déjà intervenue. La faute est un élément indispensable à la condamnation d'un *Ordnungsgeld*, alors qu'elle ne l'est pas pour le *Zwangsgeld*. Si le débiteur s'exécute après la fixation du moyen de contrainte, il sera dispensé de payer le *Zwangsgeld*, alors qu'aucune possibilité d'éviter le paiement de l'*Ordnungsgeld* n'existe: l'acte interdit a été

Contra: BGH, NJW 1995, p. 3181 (le juge doit "concrétiser" le genre et le montant du moyen de contrainte).

¹³⁹³ Cf. notamment STEIN/JONAS, § 888 n° 14; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLKOMMER, § 888, n° 12.

¹³⁹⁴ § 891 al. 2 ZPO.

¹³⁹⁵ Cf. notamment STEIN/JONAS, § 890, n° 19; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.23; THOMAS/PUTZO, § 890, n° 22.

¹³⁹⁶ La condition de la faute est exigée par la doctrine dominante, cf. notamment BROX/WALKER, n° 1100; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 890 2 b) bb); STEIN/JONAS, § 890, n° 22; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.23 et 40.28; THOMAS/PUTZO, § 890 n° 32; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLKOMMER, § 890, n° 5.

Contra: BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 21.

¹³⁹⁷ Le *Zwangsgeld* du § 888 ZPO n'est recouvré que sur demande du créancier.

¹³⁹⁸ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 30; STEIN/JONAS, § 890, n° 44.

commis et aucune possibilité de pardon n'est donnée. Enfin, l'exécution forcée du *Zwangsgeld* interviendra sur requête du créancier, alors que celle de l'*Ordnungsgeld* interviendra d'office.

3. Sources

457. Le *Zwangsgeld* (§ 888 ZPO) et l'*Ordnungsgeld* (§ 890 ZPO) sont régis par le 8e Livre du Code de procédure civile allemand portant sur l'exécution forcée (*Zwangsvollstreckung*). Ils ont dès lors une portée générale. En fait, la ZPO allemande ne connaît la distinction terminologique entre *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* que depuis 1975, date de l'entrée en vigueur de la ZPO actuelle. Auparavant, dans la première version de la ZPO unifiée de 1877, ces sanctions étaient connues sous le terme générique de "*Geldstrafen*"¹³⁹⁹. Ce n'est que la loi d'introduction au Code pénal du 2 mars 1974¹⁴⁰⁰ qui a limité l'utilisation du terme "*Strafe*" aux matières du droit pénal et amené ainsi la révision de la ZPO.

B. La nature juridique du *Zwangsgeld* et de l'*Ordnungsgeld*

1. *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* et dommages-intérêts

458. Le créancier de la pénalité judiciaire étant l'Etat et non le créancier de l'obligation elle-même, la prétention en dommages-intérêts de ce dernier ne saurait influencer ni le principe et ni, *a fortiori*, le montant du *Zwangsgeld* ou de l'*Ordnungsgeld*. La possibilité offerte par le droit de procédure d'obtenir l'exécution forcée d'un titre condamnatore n'exclut pas la formulation d'une prétention en dommages-intérêts¹⁴⁰¹. Le bien-fondé de cette dernière sera apprécié uniquement en vertu du droit matériel. Inversement, les dommages-intérêts ne sont pas non plus subsidiaires à l'exécution en nature: si le créancier renonce à l'exécution et ne demande que des dommages-intérêts, il ne doit pas démontrer qu'il a vainement tenté d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation en vertu des §§ 883-892 ZPO¹⁴⁰².

¹³⁹⁹ Le projet de nouvelle ZPO de 1931, qui n'est jamais entré en vigueur, prévoyait également des *Geldstrafen* aux §§ 974 et 977.

¹⁴⁰⁰ § 98, n° 13 et 15 EGSiGB.

¹⁴⁰¹ § 893 al. 1 ZPO.

¹⁴⁰² § 893 al. 2 ZPO.

459. Néanmoins, dans certains cas d'exécution d'obligations de faire, le droit allemand connaît un système d'exécution forcée couplé aux dommages-intérêts. Lors de condamnations à une obligation de faire prononcées par l'*Amtsgericht* ou l'*Arbeitsgericht*, ce dernier peut ou doit¹⁴⁰³, sur demande du créancier, prononcer une condamnation à une somme souverainement fixée si l'obligation n'est pas exécutée dans un délai déterminé. Une telle condamnation exclura ensuite le prononcé d'un *Zwangsgeld*¹⁴⁰⁴. Le dédommagement fixé correspond au montant dû à titre de dommages-intérêts pour inexécution selon le droit matériel.

2. *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* et clause pénale

460. Selon le *Bundesgerichtshof*, la clause pénale a une double nature: moyen de contrainte assurant l'exécution conforme de l'obligation d'une part et moyen de réparation facilitant la fixation du dommage par un montant préalablement fixé d'autre part¹⁴⁰⁵. Cette qualification double a conduit certains auteurs et tribunaux à nier le cumul de la clause pénale et de la pénalité judiciaire¹⁴⁰⁶. D'autres auteurs, majoritaires, préfèrent mettre en évidence les caractères partiellement différents des deux institutions et tolèrent une application cumulative¹⁴⁰⁷. Une solution ne peut être trouvée que par une qualification individuelle de la clause pénale en litige. Si celle-ci n'a qu'une fonction réparatrice, le *Zwangsgeld* peut être prononcé sans risque de concours. Si elle a une fonction double, elle vise, en partie, le même but que le *Zwangsgeld*. Ce dernier ne devrait alors être appliqué que subsidiairement¹⁴⁰⁸. S'agissant de l'interprétation d'une transaction judiciaire au terme de laquelle le défendeur s'engageait, sous peine d'amende conventionnelle de 1000 marks allemands par violation, à ne pas déployer d'activité rendant plus difficile l'exercice de la chasse dans le secteur loué par les demandeurs,

¹⁴⁰³ "peut" dans le cas du § 510b ZPO, "doit" dans le cas du § 61 al. 2 ArbGG.

¹⁴⁰⁴ Cf. § 888 al. 2 ZPO et § 61 al. 2 ArbGG.

¹⁴⁰⁵ BGH, 18 novembre 1982, BGHZ 85, p. 305, p. 312.

¹⁴⁰⁶ Cf. notamment THOMAS/PUTZO, § 890 n° 10; cf. aussi OLG Cologne, 28 août 1968, OLGZ 1969, p. 58, 59; LG Berlin, WRP 1992, p. 593.

¹⁴⁰⁷ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 33; PASTOR, p. 61; ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN, § 890, 13 III 5; STEIN/JONAS, § 890, n° 52; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.21, cf. cependant note 105, où le cumul est remis en question; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLMKOMMER, § 890, n° 7.

Pour la jurisprudence, cf. notamment OLG Saarbrücken, 21 janvier 1979, WRP 1979, p. 235; KG, 2 février 1979, WRP 1979, p. 367.

¹⁴⁰⁸ Cf. STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.22.

le *Bundesgerichtshof* a récemment précisé que l'*Ordnungsgeld* au sens du § 890 ZPO et la peine conventionnelle au sens des §§ 339-345 BGB étaient différents¹⁴⁰⁹ : le premier sanctionne pénalement la violation d'un ordre du juge, tandis que la seconde constitue une prestation convenue contractuellement en vue d'assurer l'exécution du contrat et, en l'espèce, de liquider forfaitairement le dommage. Dès lors, les deux mesures peuvent être cumulées. Même la doctrine minoritaire qui considère l'*Ordnungsgeld* du § 890 ZPO non pas comme ayant un caractère pénal, mais comme un pur moyen de contrainte de droit de procédure approuve cette jurisprudence, car la peine conventionnelle comprend une composante de dommages-intérêts que ne contient pas l'*Ordnungsgeld*¹⁴¹⁰.

3. *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* et exécution forcée

461. De par leur position dans la ZPO, le *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld* font partie du droit de l'exécution forcée. Cependant, fonctionnellement, ils constituent, comme l'astreinte française et Benelux, une étape précédant l'exécution forcée proprement dite, qui se caractérise par l'usage de la force sur la personne du débiteur ou de ses biens. Les mêmes remarques faites au sujet des droits français et Benelux s'appliquent donc ici¹⁴¹¹.

4. *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* et condamnation principale

462. Alors que le problème ne se pose pas pour le *Zwangsgeld* du § 888 ZPO, la condamnation à un *Ordnungsgeld* selon le § 890 ZPO n'est plus possible si la condamnation principale a été cassée ou suspendue à la suite d'un recours¹⁴¹². La même règle vaut si la mesure provisoire a été suspendue par une décision au fond.

463. Concernant le moment de son prononcé, la pénalité judiciaire allemande connaît deux variantes. Soit elle est prononcée en même temps que la condamnation principale. C'est le principe de l'*Ordnungsgeld* assortissant

¹⁴⁰⁹ BGH, 5 février 1998, JR 1998, p. 375-378, obs. Windel, Peter; ZIP 1998, p. 485-487; ZZZ (111) 1998, p. 213-219, obs. Brehm, Wolfgang.

¹⁴¹⁰ Cf. par exemple Windel, Peter, obs. à l'arrêt du BGH du 5 février 1998, JR 1998, p. 375-378, p. 378. Sur la controverse doctrinale, cf. *infra*, Partie 2, IV. B. 5.

¹⁴¹¹ Pour le droit français, cf. *supra*, Partie 2, I. B. 3.; pour le droit Benelux, cf. *supra*, Partie 2, III. B. 3.

¹⁴¹² Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 3; PASTOR, p. 74; STEIN/JONAS, § 890, n° 17; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLKOMMER, § 890, n° 9.

une obligation de ne pas faire. Cette solution correspond à la règle générale en France et dans les pays du Benelux¹⁴¹³. Soit elle est prononcée ultérieurement dans une décision *ad hoc*. C'est le principe du *Zwangsgeld* assortissant une obligation de faire nécessitant le concours personnel du débiteur, bien que l'*Ordnungsgeld* puisse aussi être prononcé dans une décision séparée, ultérieure au jugement principal¹⁴¹⁴.

5. *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* et droit pénal

464. La distinction entre le *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld* s'explique de la manière suivante: l'inexécution d'une obligation de faire, sanctionnée par le *Zwangsgeld*, est en réalité l'inexécution d'une prétention civile de nature particulière, à l'instar d'une obligation de payer une somme d'argent, alors que l'inexécution d'une interdiction judiciaire, sanctionnée par l'*Ordnungsgeld*, comprend dans une plus grande mesure une insoumission à l'autorité du juge. Dans le premier cas, le débiteur refuse sa prestation à son créancier, dans le second cas, il transgresse un ordre du juge. Cette différence a conduit la doctrine et la jurisprudence à qualifier différemment ces deux types de pénalités judiciaires.

465. La jurisprudence¹⁴¹⁵ et la doctrine majoritaire¹⁴¹⁶ qualifient le *Zwangsgeld* de pur moyen de contrainte de droit civil (*Beugemittel*), indépendant de toute sanction pénale. Il est résolument tourné vers l'avenir et peut être évité par le débiteur en exécutant l'obligation qu'il accompagne, même après sa commination. Quelques auteurs rapprochent cependant le *Zwangsgeld* du droit pénal, en partie notamment pour éviter un trop grand clivage avec l'*Ordnungsgeld*¹⁴¹⁷. Ce rapprochement est fait en donnant plus d'importance au rôle de la faute dans le cadre du § 888 ZPO¹⁴¹⁸. Cette position semble, en

¹⁴¹³ Pour le droit français, cf. *supra*, Partie 2, I. B. 4.; pour le droit Benelux, cf. *supra*, Partie 2, III. B. 4.

¹⁴¹⁴ Cf. PASTOR, p. 309.

¹⁴¹⁵ Cf. par exemple OLG Hamm, NJW-RR 1988, p. 1088.

¹⁴¹⁶ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 17; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 755; SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 21; STEIN/JONAS, § 888, n° 21; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.19; THOMAS/PUTZO, § 888, n° 7; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLKOMMER, § 888, n° 1.

¹⁴¹⁷ Cf. notamment BLOMEYER, p. 443.

¹⁴¹⁸ Cf. notamment BLOMEYER, p. 446, qui estime que la renonciation à la condition de la faute pour prononcer un *Zwangsgeld* selon le § 888 ZPO est insoutenable. En effet, si le débiteur tombe malade après la fixation du *Zwangsgeld* et ne peut pas, de ce fait, exécuter son obligation, alors la mesure d'exécution forcée ne saurait être exécutée.

fin de compte, assez logique dans la mesure où seule l'obligation objectivement et subjectivement possible peut être assortie du *Zwangsgeld*¹⁴¹⁹. Cependant, la seule prise en considération de la faute pour fixer le *Zwangsgeld* n'en fait pas encore un moyen de droit pénal. D'autres branches du droit, sans faire partie du droit pénal, font également appel à la notion de faute, comme par exemple le droit de la responsabilité civile.

466. La nature juridique de l'*Ordnungsgeld* a, déjà avant la nouvelle mouture de la ZPO de 1975, fait l'objet d'une controverse¹⁴²⁰. La doctrine majoritaire¹⁴²¹ lui a toujours reconnu un caractère pénal, répressif, subordonnant son prononcé à l'existence d'une faute du débiteur. Cette double nature - répressive et moyen d'exécution forcée - a été confirmée par la Cour constitutionnelle allemande¹⁴²² et les cours inférieures¹⁴²³. Ainsi, l'*Ordnungsgeld* est tourné vers le passé et n'apparaît que comme la répression de l'inexécution d'un ordre judiciaire. La doctrine moderne¹⁴²⁴ - encore minoritaire - et une partie de la jurisprudence¹⁴²⁵ réclament cependant l'abandon de cette théorie et voient dans l'*Ordnungsgeld* un pur moyen de contrainte procédural. Cette définition procède d'une qualification fonctionnelle de l'institution - il s'agit d'une mesure qui tend à assurer l'exécution d'une obligation civile - alors que la définition de la doctrine majoritaire procède plutôt d'une qualification formaliste - il s'agit d'une mesure répressive qui tend à sanctionner l'insoumission à un ordre judiciaire. Même si la qualification de l'*Ordnungsgeld* dans la doctrine allemande est controversée, un élément commun avec le

¹⁴¹⁹ Cf. STEIN/JONAS, § 888, n° 10.

¹⁴²⁰ Sur la controverse, cf. ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN, § 73 III, p. 993; PASTOR, p. 3-5.

¹⁴²¹ Cf. notamment BROX/WALKER, n° 1100; STEIN/JONAS, § 890, n° 3; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.27; THOMAS/PUTZO, § 890, n° 15; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLMKOMMER, § 890, n° 5.

¹⁴²² BVerfG 20, p. 323, p. 332, arrêt du 23 janvier 1966 pour la ZPO dans sa version antérieure à 1975 et BVerfGE 58, p. 159, p. 163, NJW 1981, p. 2457; JZ 1981, p. 701 pour la ZPO dans sa version postérieure à 1975. Cette opinion était déjà émise par le *Reichsgericht* en 1913, JW 1913, p. 319.

¹⁴²³ BGH, NJW 1984, p. 3253; BGH, NJW 1994, p. 45; OLG Hamm, JR 1990, p. 469; OLG Karlsruhe, GRUR 1992, p. 207; LG Koblenz, NJW-RR 1990, p. 1086; OLG Cologne, MDR 1982, p. 589 et WRP 1986, p. 185; OLG Cologne OLGZ 1994, p. 601, OLG Stuttgart, WRP 1982, p. 53. Cf. encore récemment Windel, Peter, obs. à BGH du 5 février 1998, JR 1998, p. 375-378, p. 378.

¹⁴²⁴ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 10; BREHM, *Zwangsvollstreckung*, p. 249-251; PASTOR, p. 12; SCHUSCHKE/WALKER, § 890 n° 6; ZIERES, p. 751-753.

¹⁴²⁵ OLG Düsseldorf, MDR 1987, p. 855, GRUR 1987, p. 575; OLG Cologne, WRP 1988, p. 37 et p. 677; LG Munich, NJW 1977, p. 909; OLG Hamm, NJW 1980, p. 1400, qui a cependant renoncé à cette manière de voir dans NJW-RR 1990, p. 1086.

Zwangsgeld peut être dégagé: les deux institutions visent à assurer l'exécution d'un titre civil et remplissent de manière plus (§ 888 ZPO) ou moins (§ 890 ZPO) accentuée une fonction d'exécution forcée. Vu sous cet angle, l'*Ordnungsgeld* peut aussi fonctionnellement être considéré comme pur moyen de pression amenant le débiteur à exécuter sa prestation; sa fixation n'est alors que la conséquence logique de l'inexécution d'une obligation¹⁴²⁶.

C. Le bénéficiaire du *Zwangsgeld* et de l'*Ordnungsgeld*

467. Bien que les §§ 888 et 890 ZPO soient silencieux à ce sujet, il ne fait pas de doute que les montants prévus à ces paragraphes reviennent à l'Etat¹⁴²⁷.

D. Le champ d'application et les limites du *Zwangsgeld* et de l'*Ordnungsgeld*

1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel

a) Le principe de l'exécution en nature

468. Contrairement aux autres droits examinés jusqu'ici, notamment le droit anglais, le droit matériel allemand pose peu de restrictions à l'obtention d'un titre ordonnant l'exécution en nature d'une obligation non pécuniaire¹⁴²⁸. Il consacre le principe *pacta sunt servanda* au § 241 BGB et ne place ainsi pas dans les mains du juge la question de l'exécution en nature des obligations. En outre, le § 283 BGB offre une grande souplesse au créancier en lui réservant la faculté de fixer au débiteur, pour l'accomplissement de la prestation, un délai à l'expiration duquel ce créancier est en droit de renoncer à la prestation et de demander des dommages-intérêts pour inexécution¹⁴²⁹. La question de l'exécutabilité du titre ne se pose dès lors pas au stade de la procédure méritoire déjà, mais uniquement au stade de l'exécution forcée. Cette approche a l'avantage de réduire le nombre de cas où le problème de l'exé-

¹⁴²⁶ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 19.

¹⁴²⁷ Cf. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 18 et § 890, n° 31; SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 33; STEIN/JONAS, § 888, n° 26 et § 890, n° 44; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.19; THOMAS/PUTZO, § 888, n° 15. Cf. aussi BGH, NJW 1983, p. 1859.

¹⁴²⁸ Cf. par exemple § 888 al. 2 ZPO.

¹⁴²⁹ En droit suisse, cette règle ne vaut que pour les contrats bilatéraux (art. 107 CO).

cutabilité elle-même du titre doit être résolu, que ce soit au stade de la procédure méritoire déjà ou au stade de l'exécution forcée seulement. En effet, la majeure partie des titres sont exécutés volontairement, sans exercice de la contrainte, ce qui limite les cas où une réponse à la question soulevée doit être donnée. Elle présente cependant le désavantage de produire parfois des titres dont l'exécution forcée en nature s'avérera ultérieurement impossible, contribuant ainsi à ébranler la crédibilité du fonctionnement de la justice. Dans ce dernier cas, le créancier disposera au mieux d'un jugement constatatoire; cependant, il lui restera toujours la possibilité de réclamer des dommages-intérêts.

b) Le *numerus clausus* des moyens d'exécution forcée

469. La systématique du 8e Livre de la ZPO allemande portant sur l'exécution forcée, contrairement aux dispositions similaires des autres pays examinés, ne distingue pas selon le mode d'exécution forcée, en l'occurrence la pénalité judiciaire, mais selon le contenu du titre exécutoire. C'est ce dernier qui va déterminer le mode le plus approprié. On parle d'un *numerus clausus* des modes d'exécution¹⁴³⁰: l'application d'un moyen d'exécution exclut tous les autres¹⁴³¹. Le choix de la méthode d'exécution forcée appropriée est guidé par le principe de l'exécution directe; l'exécution indirecte, par la fixation d'une sanction pécuniaire par exemple, est subsidiaire et ne sera admissible que lorsqu'il n'existe aucune possibilité d'exécution directe, à savoir pour les obligations de faire qui nécessitent le concours personnel du débiteur (*unvertretbare Handlungen*), à l'exception de celles qui touchent à sa personnalité, et les obligations de ne pas faire (*Unterlassungen*). Dès lors, contrairement aux droits français et Benelux, les *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* allemands n'ont qu'un champ d'application limité.

2. Champ d'application

a) Obligations de faire

470. L'obligation de faire qui nécessite le concours personnel du débiteur (*unvertretbare Handlung*) ne peut pas être exécutée par un tiers de manière équivalente et dépend de la seule volonté du débiteur¹⁴³². Son exécution

¹⁴³⁰ Cf. notamment STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 6.63.

¹⁴³¹ Cf. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 1; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 887, § 171 II 1 c.

¹⁴³² Cf. par exemple STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.12.

forcée s'effectuera typiquement par la contrainte indirecte, au moyen du *Zwangsgeld*, sous réserve des cas où les droits de la personnalité du débiteur sont touchés¹⁴³³. Les cas les plus fréquents sont les obligations de communiquer des renseignements, de rendre des comptes, d'établir un certificat de travail, de fournir des pièces ou autres documents, voire de publier un droit de réponse, ainsi que toutes les prestations sportives, artistiques ou scientifiques¹⁴³⁴.

471. L'exécution forcée d'une obligation de faire qui ne nécessite pas le concours personnel du débiteur (*vertretbare Handlung*) peut être exercée par un tiers sans que les droits du créancier ne soient préterités¹⁴³⁵. Un éventuel renchérissement de la prestation pour le débiteur n'est pas relevant¹⁴³⁶. Si le débiteur ne s'exécute pas, le juge peut autoriser le créancier à faire exécuter l'obligation par un tiers aux frais du débiteur, qui seront recouvrés par la procédure ordinaire de recouvrement des créances d'argent¹⁴³⁷. Il peut aussi l'exécuter lui-même. Bien qu'il s'agisse dogmatiquement d'une mesure d'exécution forcée, le débiteur ne sera appelé à payer qu'une somme d'argent qui correspond pratiquement au montant des dommages-intérêts pour inexécution. En vertu du § 887 ZPO, le juge ne pourra pas prononcer un *Zwangsgeld*, même avec l'accord des parties¹⁴³⁸. Il s'en suit que le tribunal doit déterminer à chaque fois qu'il est saisi si l'obligation est "*vertretbar*" ou "*unvertretbar*", ce qui peut provoquer certaines difficultés en pratique¹⁴³⁹.

472. Afin d'assouplir le principe rigide de la séparation entre obligation *intuitu personae* et obligations *non intuitu personae*, la jurisprudence envisage, pour des raisons pratiques, trois cas où un *Zwangsgeld* peut néanmoins être prononcé, et cela bien que l'obligation puisse être exécutée par un

¹⁴³³ § 888 al. 2 ZPO.

¹⁴³⁴ Cf. les énumérations chez SCHÜSCHKE/WALKER, § 888, n° 5; STEIN/JONAS, § 888, n° 5; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.13, THOMAS/PUTZO, § 888, n° 2.

¹⁴³⁵ § 887 ZPO. Cf. STEIN/JONAS, § 888, n° 9 pour une casuistique exhaustive.

¹⁴³⁶ Cf. STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.2.

¹⁴³⁷ § 794 al. 1 ch. 3 ZPO.

¹⁴³⁸ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 15; STEIN/JONAS, § 887, n° 6; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLKKOMMER, § 887, n° 2. Cf. aussi OLG Hamm, MDR 1968, p. 333.

¹⁴³⁹ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 887, n° 20-43, par exemple, donnent une liste imposante d'actes "*vertretbar*" ou "*unvertretbar*." La solution dépendra néanmoins toujours du cas particulier.

tiers¹⁴⁴⁰ : lorsque le titre porte condamnation à un résultat, le choix des moyens étant laissé à la libre disposition du débiteur¹⁴⁴¹, lorsque la prestation consiste en un comportement durable¹⁴⁴² et lorsque l'obligation entraîne la suppression d'une nuisance¹⁴⁴³.

b) Obligations de ne pas faire

473. Comme dans tous les droits examinés, la pénalité judiciaire allemande est exclusivement applicable pour assurer l'exécution des obligations de ne pas faire (*Unterlassung*). Cela résulte du § 890 ZPO lui-même. L'*Ordnungsgeld* sera principalement appliqué dans le cadre de l'action en cessation selon le § 1004 ZPO en matière de droit de la concurrence, de droit de la propriété intellectuelle, de droit de la personnalité et de droit réel¹⁴⁴⁴. En outre, le destinataire d'une interdiction peut aussi être obligé de provoquer activement un résultat conforme au droit. Dès lors, la contravention prévue par le § 890 ZPO inclut également l'omission de rétablir une situation conforme au droit par l'exécution d'un acte positif¹⁴⁴⁵.

c) Obligations de livrer

474. La réglementation allemande est stricte et part du principe que l'obligation de livrer peut toujours être exécutée en nature. Si l'obligation porte sur une chose mobilière individualisée¹⁴⁴⁶ ou sur une quantité définie d'une

¹⁴⁴⁰ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 138-141.

¹⁴⁴¹ Cf. par exemple OLG Düsseldorf, 19 juin 1987, OLGZ 1988, p. 83.

¹⁴⁴² Cf. par exemple LG Koblenz, NJW-RR 1986, p. 506 (obligation de chauffer un local à une température minimale); LG Essen, ZMR 1964, p. 64 (obligation de nettoyage d'un corridor). En effet, même si l'obligation peut en soi être exécutée par un tiers, elle n'est pas réalisable en pratique ou elle ne justifie pas que le créancier s'adresse tous les jours au juge pour obtenir son dû.

Contra: STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.6.

¹⁴⁴³ Cf. par exemple OLG Stuttgart, ZJP 78 (1965), p. 98 (obligation de retirer des affiches dont le créancier ne connaît pas l'emplacement). Dans ce cas, il s'agit indirectement d'une application du § 890 ZPO à l'appui d'une obligation d'abstention.

¹⁴⁴⁴ Cf. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 1 et n° 26-29 pour une liste de cas d'application.

¹⁴⁴⁵ Cf. STEIN/JONAS, § 890, n° 5; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.21 b); THOMAS/PUTZO, § 890, n° 2. Pour la jurisprudence, cf. par exemple OLG Hambourg, MDR 1973, p. 415 (omission de retirer une enseigne commerciale violant le droit au nom); OLG Hambourg, GRUR 1989, p. 150 (omission de retirer du marché du matériel publicitaire violant le droit de la personnalité d'un tiers).

¹⁴⁴⁶ § 883 ZPO.

chose *de genre* ou de valeurs *négociables*¹⁴⁴⁷, l'exécution forcée s'effectuera par l'enlèvement de la chose par l'agent d'exécution et sa remise au créancier. Les dispositions sur les obligations de faire ne sont pas applicables¹⁴⁴⁸ et la fixation d'un *Zwangsgeld* ne sera pas autorisée, même pas pour une chose individualisée¹⁴⁴⁹. Comme dans les autres pays examinés¹⁴⁵⁰, la jurisprudence a également admis comme choses individualisées des choses originellement fongibles mais dont les sources d'approvisionnement étaient limitées¹⁴⁵¹, prononçant dans ces cas aussi un *Zwangsgeld*¹⁴⁵². En revanche, si la chose n'est pas trouvée chez le débiteur, ce dernier doit, à la demande du créancier, déclarer sous serment ne pas la posséder et ne pas savoir où elle se trouve¹⁴⁵³. Il peut être contraint à faire cette déclaration par la menace d'une peine d'emprisonnement ne pouvant dépasser 6 mois¹⁴⁵⁴, mais non d'une pénalité pécuniaire.

475. Si l'obligation de livrer porte sur une chose *immobilière* ou un navire enregistré, le débiteur sera dépossédé par la force, exercée exclusivement par l'agent d'exécution¹⁴⁵⁵. Le prononcé d'un *Zwangsgeld* n'est pas possible.

476. En revanche, l'obligation de livrer une *personne*, notamment un enfant, est régie par le § 33 FGG (loi relative aux matières de la juridiction gracieuse), d'après lequel le tribunal peut ordonner, outre la détention du débiteur, également un *Zwangsgeld*.

d) Obligations de payer une somme d'argent

477. En droit allemand, l'exécution forcée des obligations de payer une somme d'argent ne s'exerce que par la saisie et la réalisation d'éléments du

¹⁴⁴⁷ § 884 ZPO.

¹⁴⁴⁸ § 887 al. 3 ZPO.

¹⁴⁴⁹ Cf. les exemples cités chez REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 151, note 176.

¹⁴⁵⁰ France, cf. *supra*, Partie 2, I. D. 2. c); Angleterre, cf. *supra*, Partie 2, II. D. 2. c); Benelux, cf. *supra*, Partie 2, III. D. 2. c).

¹⁴⁵¹ OLG Celle, MDR 1948, p. 225 (la livraison de matières premières peut être considérée comme une obligation de livrer une chose individualisée en raison de la pénurie due à la crise économique).

¹⁴⁵² LG Düsseldorf, 5 novembre 1980, confirmé par OLG Düsseldorf, 13 janvier 1981, WuW/E OLG, p. 2390.

¹⁴⁵³ § 883 al. 2 ZPO.

¹⁴⁵⁴ § 901 ZPO.

¹⁴⁵⁵ § 885 ZPO.

patrimoine du débiteur¹⁴⁵⁶. La pénalité judiciaire est exclue en ce domaine¹⁴⁵⁷. Cette exclusion couvre aussi une éventuelle obligation du débiteur de souscrire un prêt pour exécuter son obligation de paiement¹⁴⁵⁸.

3. Limites

a) Limites dues à l'obligation principale

478. Le prononcé d'un *Zwangsgeld* au sens du § 888 ZPO n'est admissible que si l'exécution de l'obligation de faire dépend exclusivement de la volonté du débiteur¹⁴⁵⁹. Dès lors, l'impossibilité subjective et objective de l'obligation principale, originaire ou subséquente, fait obstacle au prononcé, voire au recouvrement du *Zwangsgeld* si celui-ci a déjà été prononcé¹⁴⁶⁰. En outre, si l'obligation principale a été exécutée, même après la fixation du *Zwangsgeld*, celui-ci ne pourra plus faire l'objet d'une exécution forcée et ne pourra plus être recouvré, indépendamment du fait que l'inexécution ait été initialement fautive ou non¹⁴⁶¹. Quant à l'*Ordnungsgeld* du § 890 ZPO, la faute nécessaire à son prononcé ne pourra par définition plus être commise si l'obligation de ne pas faire qu'il accompagne est devenue impossible; dès lors, l'*Ordnungsgeld* ne pourra pas non plus être prononcé. Aussi, l'obligation doit être possible, au moment du prononcé du jugement en ce qui concerne le *Zwangsgeld*, ou au moment de la commination en ce qui concerne l'*Ordnungsgeld*.

b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle

479. Le droit allemand connaît également une série de limites au prononcé d'une pénalité judiciaire motivées par la protection de la personnalité du débiteur. En outre, il contient une clause générale permettant au juge de renoncer à appliquer les moyens d'exécution forcée s'ils conduisent à une

¹⁴⁵⁶ §§ 803-882a ZPO, intitulés "*Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen*."

¹⁴⁵⁷ Cf. notamment STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 33.

¹⁴⁵⁸ Cf. par exemple STEIN/JONAS, § 888, n° 3; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.14 d).

¹⁴⁵⁹ § 888 al. 1, 1ère phrase ZPO.

¹⁴⁶⁰ Cf. par exemple OLG Francfort, 4 juillet 1997, NJW 1998, p. 84 (en raison du progrès rapide dans le domaine de l'informatique, l'obligation de fournir un programme informatique vieux de deux ans ne peut plus être exécutée en nature, étant donné qu'un tel programme n'est plus en mesure de remplir les fonctions pour lesquels il était prévu).

¹⁴⁶¹ Cf. STEIN/JONAS, § 888, n° 30.

dureté contraire aux mœurs pour le débiteur¹⁴⁶². Dans des cas exceptionnels, il peut même renoncer définitivement à l'exécution forcée¹⁴⁶³.

480. Dans les domaines de *l'art* et de *la science*, la doctrine exclut l'application du *Zwangsgeld*¹⁴⁶⁴. Les tribunaux allemands se sont par exemple montrés réticents à prononcer un *Zwangsgeld* à l'égard d'un réalisateur qui avait refusé de filmer un scénario qui allait à l'encontre de ses convictions artistiques¹⁴⁶⁵ ou à l'égard d'un auteur qui s'était contractuellement engagé à rédiger et à livrer un ouvrage juridique¹⁴⁶⁶.

481. En matière de *droit de la famille*, le § 888 al. 2 ZPO exclut expressément l'application du *Zwangsgeld* à la condamnation de contracter mariage et à la condamnation à la reprise de la vie conjugale. Le droit matériel empêchant déjà le prononcé d'un tel titre¹⁴⁶⁷, cette disposition est en réalité lettre morte: elle ne pourrait intervenir que lors de la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère¹⁴⁶⁸. La doctrine accorde encore une importance à cette disposition en l'appliquant également à des décisions qui, indirectement, auraient l'effet de recréer la communauté conjugale¹⁴⁶⁹. Ainsi, un jugement contraignant un mari à recueillir son épouse au sein du logement conjugal, après le départ volontaire de cette dernière, ne pourrait pas être assorti d'un *Zwangsgeld*¹⁴⁷⁰. En matière d'obligations d'abstention, les tribunaux sont plus larges. Un *Zwangsgeld* a notamment accompagné une interdiction faite à une épouse de recevoir un autre homme dans l'appartement conjugal¹⁴⁷¹ ou pour empêcher un tiers d'occuper l'appartement conjugal¹⁴⁷², dans ce dernier cas l'interdiction visant par ailleurs un tiers et non les époux.

¹⁴⁶² § 765a ZPO.

¹⁴⁶³ BVerfGE 52, p. 214, p. 219, NJW 1992, p. 1155.

¹⁴⁶⁴ Cf. notamment STEIN/JONAS, § 888, n° 16.

¹⁴⁶⁵ BAG, 7 novembre 1958, AP n° 1 ad § 611 BGB.

¹⁴⁶⁶ OLG Francfort, 20 décembre 1912, OLGE 29, p. 251.

¹⁴⁶⁷ § 1297 BGB.

¹⁴⁶⁸ La reconnaissance devrait sans doute déjà être refusée pour des motifs d'ordre public. Cf. SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 37.

¹⁴⁶⁹ Cf. SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 37.

¹⁴⁷⁰ *Contra*: OLG Hamm, 25 janvier 1965, MDR 1965, p. 577, motivé il est vrai plutôt par des objectifs sociaux que conjugaux.

¹⁴⁷¹ BGH, FamRZ 1963, p. 553; OLG Karlsruhe, 16 mars 1978, FamRZ 1980, p. 139.

¹⁴⁷² OLG Celle, NJW 1980, p. 713; OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, p. 578.

482. En se fondant sur la *liberté de croyance*, un tribunal a refusé de prononcer un *Zwangsgeld* à l'égard d'un mari israélite qui s'était engagé contractuellement à délivrer à son ex-épouse la lettre de répudiation lui permettant de se remarier selon sa foi religieuse¹⁴⁷³.

483. Enfin, en matière de *prestation de services*, le § 888 al. 2 ZPO exclut l'exécution forcée lorsque, vu son caractère strictement personnel, l'obligation ne peut pas être exécutée par un tiers. En matière d'obligations résultant du droit du travail, la doctrine est partagée sur le point de savoir si l'obligation de fournir sa prestation par l'employé est toujours une obligation strictement personnelle qui exclut précisément le prononcé d'un *Zwangsgeld* ou s'il convient de trancher cas par cas et, au besoin, admettre l'exécution par un tiers lorsque le travail à fournir n'est pas strictement personnel. La doctrine majoritaire soutient le second point de vue¹⁴⁷⁴. En revanche, un *Ordnungsgeld* peut assortir une injonction interdisant l'accomplissement d'une activité chez un employeur concurrent selon le § 890 ZPO¹⁴⁷⁵, alors qu'un *Zwangsgeld* peut assortir une injonction ordonnant la délivrance d'un certificat de travail¹⁴⁷⁶. L'employeur peut aussi être menacé d'un *Zwangsgeld* afin d'assurer l'exécution de son obligation d'occuper le travailleur¹⁴⁷⁷.

484. Enfin, en matière d'engagement de constituer une *société de personnes*, le § 894 ZPO autorise expressément le prononcé du *Zwangsgeld*, contrairement aux autres droits examinés¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷³ OLG Cologne, 19 mars 1973, MDR 1973, p. 768.

¹⁴⁷⁴ Par exemple: STEIN/JONAS, § 888, n° 41 et les références citées; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.2.

¹⁴⁷⁵ Cf. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 2. SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 38 précisent à juste titre que cette interdiction doit être expressément prévue par la loi ou par le contrat; à défaut, une telle obligation d'abstention ne constituerait que le revers de l'obligation du travailleur de fournir son travail pour son employeur et ne serait, en tant que telle, pas justiciable.

¹⁴⁷⁶ Cf. SCHUSCHKE/WALKER, § 888 n° 5b et les arrêts cités.

¹⁴⁷⁷ Cf. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 24; SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 5 et les arrêts cités.

¹⁴⁷⁸ Cf., par exemple, France, cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b); Angleterre, cf. *supra* Partie 2, II. D. 3. b).

E. La procédure du *Zwangsgeld* et de l'*Ordnungsgeld*

1. Autorité compétente

a) Compétence du juge ordinaire

485. C'est le juge qui a rendu le jugement dont l'exécution est demandée qui est compétent pour prononcer le *Zwangsgeld*¹⁴⁷⁹ et la commination de l'*Ordnungsgeld*¹⁴⁸⁰, soit immédiatement dans le jugement lui-même, soit ultérieurement dans une décision séparée.

b) Compétence du juge des mesures provisoires

486. En principe, les mesures provisoires sont exécutées de la même manière que les décisions au fond¹⁴⁸¹. Même si le juge décide librement du type de mesures qu'il entend ordonner¹⁴⁸², l'exécution de ces dernières doit respecter le *numerus clausus* établi par les §§ 883 et suivants ZPO. Par voie de conséquence, la pénalité judiciaire selon les §§ 888 et 890 ZPO n'entre en ligne de compte que pour assurer l'exécution de mesures provisoires visant une obligation de faire nécessitant le concours personnel du débiteur, respectivement une obligation de ne pas faire¹⁴⁸³.

c) Compétence des arbitres

487. Jusqu'à présent, la fixation d'un *Zwangsgeld* ou la commination d'un *Ordnungsgeld* par les arbitres étaient exclues en Allemagne. Cependant, la question n'a pas vraiment fait l'objet d'un examen détaillé, car jusqu'au 1er janvier 1998, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi allemande sur l'arbitrage¹⁴⁸⁴, on ne reconnaissait pas aux arbitres la faculté de prononcer des mesures provisoires. Le nouveau § 1041 ZPO dispose désormais que le tribunal arbitral peut prononcer toute mesure provisoire appropriée¹⁴⁸⁵. Cependant, l'exécution en sera confiée aux tribunaux ordinaires sur requête

¹⁴⁷⁹ § 888 al. 1 ZPO.

¹⁴⁸⁰ § 891 ZPO; cf. BPatG, GRUR 1996, p. 402.

¹⁴⁸¹ §§ 936, 928 ZPO.

¹⁴⁸² § 938 al. 1 ZPO.

¹⁴⁸³ Cf. STEIN/JONAS, § 890, n° 4.

¹⁴⁸⁴ Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (*Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz*) (*SchiedsvfG*) du 22 décembre 1997, BGBl. I, p. 3224 (§§ 1025-1066 ZPO).

¹⁴⁸⁵ Le nouveau pouvoir des arbitres de prononcer des mesures provisoires correspond en substance à l'art. 17 de la loi modèle sur l'arbitrage international de la CNUDCI du 21 juin 1985.

de la partie intéressée. Pour le *Zwangsgeld* du § 888 ZPO, le refus de reconnaître à l'arbitre le pouvoir de le fixer se comprend aisément: lors de la fixation du *Zwangsgeld*, toutes les conditions de l'exécution forcée doivent être réalisées, ce qui signifie que la sentence doit avoir été déclarée exécutoire conformément au § 1041 ZPO. En revanche, en ce qui concerne l'*Ordnungsgeld* du § 890 ZPO, on pourrait imaginer que la sentence elle-même puisse déjà en être assortie, étant donné que l'*Ordnungsgeld* peut déjà assortir le jugement lui-même. Ceci est cependant nié en raison du caractère de droit public de l'*Ordnungsgeld*¹⁴⁸⁶.

488. La doctrine admet en revanche que les tribunaux étatiques compétents pour prononcer l'exequatur des sentences arbitrales puissent également prononcer les sanctions prévues aux §§ 888 et 890 ZPO afin d'assurer l'exécution forcée de ces dernières¹⁴⁸⁷.

2. Condamnation et modalités

a) Pouvoirs du juge

489. Tant le § 888 ZPO que le § 890 ZPO prévoient expressément que le *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld* doivent être requis par le créancier, sans que ce dernier doive cependant en préciser le montant¹⁴⁸⁸. Le juge ne pourra pas prononcer une pénalité judiciaire d'office. En outre, une fois saisi, le juge ne peut pas sans autre refuser de prononcer un *Zwangsgeld* ou un *Ordnungsgeld*. En effet, le créancier dispose d'un droit à ce que la justice soit rendue (*Justizgewährungsanspruch*) ancré dans la loi fondamentale allemande, qui lui permet d'exiger la mise en œuvre d'une procédure d'exécution forcée par l'Etat et, le cas échéant, le prononcé d'une mesure de contrainte¹⁴⁸⁹. Ce droit

¹⁴⁸⁶ Cf. BROX/WALKER, n° 1083 et 1095; SCHLOSSER, *Einstweiliger Rechtsschutz*, p. 264. Ce dernier auteur, s'appuyant sur un arrêt du Tribunal fédéral suisse (ATF 102 Ia 493), revient expressément sur sa position et admet désormais le pouvoir de l'arbitre de prononcer un *Ordnungsgeld* selon le § 890 ZPO, cf. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, p. 543, n° 744, note 2.

¹⁴⁸⁷ Cf. notamment SCHLOSSER, *Einstweiliger Rechtsschutz*, p. 264.

¹⁴⁸⁸ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 9; SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 15 et § 890 n° 9; STEIN/JONAS, § 888, n° 22 et § 890, n° 12; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.17 et 40.22; THOMAS/PUTZO, § 888, n° 8 et § 890, n° 5; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLMKOMMER, § 888, n° 12.

¹⁴⁸⁹ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 17; ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN, p. 54-56; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 7.1. Pour un cas d'application, cf. BGH, NJW-RR 1992, p. 1454.

du créancier en Allemagne contraste avec la position du créancier en France et au Benelux, où le juge décide souverainement du prononcé de l'astreinte. Cette différence s'explique par le caractère général de l'astreinte française et Benelux, qui laissent au juge la mission d'apprécier l'opportunité de la mesure. En revanche, le droit allemand limite l'application de la pénalité judiciaire à des cas bien précis; il est dès lors logique que la réalisation de ceux-ci entraîne obligatoirement le prononcé de la mesure. Ensuite, la question de la liberté du juge par rapport au montant requis par le créancier est controversée. Certains prétendent que le juge est lié, au risque de statuer *ultra petita*¹⁴⁹⁰; d'autres lui accordent une pleine liberté et considèrent le montant requis comme une simple proposition¹⁴⁹¹. Enfin, les décisions prises sur la base des §§ 888 et 890 ZPO doivent être motivées¹⁴⁹². A cet effet, le § 891 ZPO prescrit d'ailleurs que le débiteur doit être entendu préalablement.

b) Taux et modalités du *Zwangsgeld* et de l'*Ordnungsgeld*

490. Dans les limites de la commination¹⁴⁹³, le juge fixera souverainement le montant du *Zwangsgeld* et de l'*Ordnungsgeld*. La loi prévoit cependant un montant minimal général de 5 marks allemands¹⁴⁹⁴ et un montant maximal de 50'000 marks allemands pour le *Zwangsgeld*¹⁴⁹⁵ et de 500'000 marks allemands pour l'*Ordnungsgeld*¹⁴⁹⁶. Cependant les deux mesures peuvent être renouvelées et ne se heurteront pas à un montant total maximal¹⁴⁹⁷. Le juge ne fixera pas le montant schématiquement selon la valeur litigieuse de l'action

¹⁴⁹⁰ Cf. notamment SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 15; STEIN/JONAS, § 890, n° 35; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLKOMMER, § 890, n° 17.

¹⁴⁹¹ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 9 et § 890, n° 12; THOMAS/PUTZO, § 890, n° 25.

¹⁴⁹² Cf. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 891 n° 5; SCHUSCHKE/WALKER, § 888 n° 20; STEIN/JONAS, § 890 n° 43; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.24; THOMAS/PUTZO, § 890 n° 25.

¹⁴⁹³ Cf. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 34; STEIN/JONAS, § 890, n° 14; THOMAS/PUTZO, § 890, n° 26.

¹⁴⁹⁴ Art. 6 al. 1, 1ère phrase EGStGB.

¹⁴⁹⁵ § 888 al. 1, 2e phrase ZPO.

¹⁴⁹⁶ § 890 al. 1, 2e phrase ZPO.

¹⁴⁹⁷ Cf. SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 22; STEIN/JONAS, § 890, n° 41; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.19. Cf. aussi OLG Hamm, MDR 1969, p. 227.

principale¹⁴⁹⁸. Il tiendra compte de l'intérêt pour le créancier, de la gravité de la faute et du comportement antérieur du débiteur¹⁴⁹⁹.

491. Les trois formes connues de la pénalité judiciaire se rencontrent également en droit allemand (montant global, montant par unité de temps, montant par contravention). Le montant global est la forme usuelle du *Zwangsgeld* assortissant les obligations de faire¹⁵⁰⁰, contrairement aux droits français et Benelux qui favorisent dans ce cas le montant par unité de temps. Le montant par unité de temps peut se trouver en application des §§ 888 et 890 ZPO, mais reste l'exception¹⁵⁰¹. Enfin, le montant par contravention est la forme usuelle de l'*Ordnungsgeld*.

c) Point de départ et durée du *Zwangsgeld* et de l'*Ordnungsgeld*

492. Ce n'est que dès la notification de la décision principale qu'il accompagne que le *Zwangsgeld* peut être prononcé, étant donné que les conditions de l'exécution forcée doivent être réunies. En revanche, dans le cas de l'exécution de l'injonction de ne pas faire, une contravention justifiant le prononcé de l'*Ordnungsgeld* peut déjà exister antérieurement à la notification formelle du titre comminatoire, à savoir dès le prononcé du jugement principal, dans la mesure où le débiteur en a eu connaissance¹⁵⁰². Cependant, dans la mesure où l'*Ordnungsgeld* est subordonné à la faute du débiteur, la connaissance de la commination est absolument cruciale.

3. Influence de la faute

493. Selon la doctrine largement majoritaire, seule une contravention fautive peut donner lieu à une condamnation à un *Ordnungsgeld*, vu la double nature de ce dernier - moyen de répression et moyen d'exécution forcée¹⁵⁰³.

¹⁴⁹⁸ BGH, NJW 1994, p. 45.

¹⁴⁹⁹ OLG Munich, MDR 1984, p. 1029.

¹⁵⁰⁰ Cf. STEIN/JONAS, § 888 n° 26.

¹⁵⁰¹ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 240-241.

¹⁵⁰² Cf. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 19; BORK, p. 360-366; STEIN/JONAS, § 890, n° 20; THOMAS/PUTZO, § 890, n° 6. Cf. BGH, 22 octobre 1992, WRP 1993, p. 308, MDR 1993, p. 268.

¹⁵⁰³ Cf. *supra*, Partie 2, IV. B. 5; cf. notamment BROX/WALKER, n° 1100; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 890 2 b) bb); STEIN/JONAS, § 890, n° 22; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.23 et 40.28; THOMAS/PUTZO, § 890, n° 15; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLMKOMMER, § 890, n° 5.

Contra: BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 21.

Cette condition a été confirmée par la Cour constitutionnelle¹⁵⁰⁴. En revanche, cette même doctrine n'exige pas la condition de la faute pour le prononcé d'un *Zwangsgeld*, vu sa nature de pur moyen de contrainte de droit civil¹⁵⁰⁵. Cette position est critiquée; par exemple, dans l'hypothèse où le débiteur tombe malade après la fixation du *Zwangsgeld* et n'est plus en mesure d'exécuter l'obligation, l'exécution forcée du *Zwangsgeld* ne devrait pas avoir lieu¹⁵⁰⁶. Seule l'absence de faute au moment du prononcé du *Zwangsgeld* saurait être tolérée¹⁵⁰⁷.

F. Effets de la condamnation

494. Aux termes du § 794 al. 1 ch. 3 ZPO, le créancier devra demander l'exécution forcée du *Zwangsgeld* par les organes d'exécution forcée - elle ne se fera pas d'office¹⁵⁰⁸ - alors que l'*Ordnungsgeld* sera recouvrée d'office par ces mêmes organes¹⁵⁰⁹. On assiste ici à une différenciation entre le bénéficiaire de la pénalité judiciaire, à savoir le Trésor, et la personne habilitée à requérir son recouvrement, à savoir le créancier dans le cas du *Zwangsgeld* et l'Etat dans le cas de l'*Ordnungsgeld*. Cette distinction correspond en fait bien à la différence de nature entre les deux institutions.

¹⁵⁰⁴ BVerfG 14 juillet 1981, BVerfGE 58, p. 159, p. 162; NJW 1981, p. 2457; JZ 1981, p. 701 ou p. 107. Cf. aussi BGH, JR 1991, p. 69; BayObLG, WM 1989, p. 353; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, p. 211; GRUR 1994, p. 918; OLG Hambourg, GRUR 1989, p. 458; OLG Hamm, MDR 1989, p. 1005; OLG Cologne, OLZ 1994, p. 601.

¹⁵⁰⁵ Cf. *supra*, Partie 2, IV. B. 5; cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 17; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, p. 755; STEIN/JONAS, § 888, n° 21; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.19; THOMAS/PUTZO, § 888 n° 7; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLKOMMER, § 888, n° 1; cf. aussi OLG Cologne, MDR 1982, p. 589.

¹⁵⁰⁶ Cf. BLOMEYER, p. 446.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

¹⁵⁰⁸ Cf. notamment SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 33; STEIN/JONAS, § 888, n° 26; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.19; THOMAS/PUTZO, § 888, n° 14; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLKOMMER, § 888, n° 14. Cf. BGH, NJW 1983, p. 1859.

Contra: BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 18; OLG Munich, NJW 1983, p. 947.

¹⁵⁰⁹ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 890, n° 30; STEIN/JONAS, § 890, n° 44.

V. SUISSE

A. Les caractères généraux de la pénalité judiciaire

1. Sources

495. En Suisse, la pénalité judiciaire prend des formes diverses, vu la multiplicité des sources en matière d'exécution forcée et de procédure civile. Lui donner d'emblée une définition se révèle dès lors impossible. En effet, législateur fédéral et législateurs cantonaux se partagent les compétences en matière d'exécution forcée des jugements. L'art. 122 al. 1 Cst. féd. (1999), qui reprend l'art. 64 al. 1 Cst. féd. (1874), confère à la Confédération la compétence de légiférer en matière civile, qui inclut la poursuite pour dettes et la faillite. Cette dernière a édicté à cet effet la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite¹⁵¹⁰, dont l'art. 38 al. 1 précise qu'elle s'applique à l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir. En vertu de la force dérogatoire du droit fédéral¹⁵¹¹, les cantons ne peuvent pas légiférer en cette matière; certains cantons renvoient d'ailleurs expressément à la LP¹⁵¹². En revanche, lorsque l'objet de la prestation est autre, l'exécution forcée est régie par le droit cantonal¹⁵¹³, sous réserve de règles spéciales édictées par le législateur fédéral¹⁵¹⁴. La seule exception à ce principe est constituée par les décisions rendues par le Tribunal fédéral en qualité d'instance unique¹⁵¹⁵. En particulier, l'art. 76 PCF précise que le jugement qui condamne des personnes relevant du droit privé à accomplir ou à s'abstenir d'un acte contient d'office l'avis qu'en cas d'inaccomplissement dans le délai fixé, l'obligé encourt les peines prévues pour

¹⁵¹⁰ Initialement adoptée le 11 avril 1889, la LP a connu une révision le 16 décembre 1994, entrée en vigueur le 1er janvier 1997.

¹⁵¹¹ Art. 49 Cst. féd. (1999), anciennement art. 3 Cst. féd. (1874) et art. 2 disp. trans. Cst. féd. (1874).

¹⁵¹² Cf. notamment art. 303 ZPO ZH; art. 398 ZPO BE; art. 421 ZPO AG; art. 291 ZPO SG; art. 253 ZPO GR; art. 269 ZPO UR; art. 293 ZPO LU; art. 343 CPC FR; art. 391 CPC JU; art. 374 CPC VS; art. 488 CPC TI; art. 444 CPC NE; art. 500 CPC VD; art. 462 LPC GE.

¹⁵¹³ Pour l'ensemble des sources de droit cantonal en matière de droit de procédure, on se référera à la liste dressée dans WALDER, *Zivilprozessrecht*, p. XXXI-XXXIX.

¹⁵¹⁴ Cf. notamment art. 98 al. 1 CO (exécution d'une obligation de faire par un tiers au frais du débiteur) et art. 98 al. 3 CO (suppression d'une situation en contravention d'une obligation de ne pas faire); cf. WEBER, ad Art. 98, n° 15.

¹⁵¹⁵ Cf. art. 74-78 PCF.

l'insoumission par l'art. 292 CPS¹⁵¹⁶. En revanche, les jugements rendus par le Tribunal fédéral sur recours¹⁵¹⁷ ainsi que les jugements civils définitifs rendus dans un autre canton¹⁵¹⁸ sont exécutés selon les règles cantonales.

496. La Suisse connaît donc en théorie 27 différentes méthodes d'exécution forcée des obligations non pécuniaires, la LDIP n'ayant pas unifié le droit de l'exécution forcée¹⁵¹⁹, et, par conséquent, 27 types de pénalités judiciaires. La pénalité judiciaire reste cependant en concours avec l'exécution directe¹⁵²⁰, l'exécution par un tiers¹⁵²¹ et le prononcé d'un jugement formateur valant déclaration de volonté¹⁵²². Dans ce dernier cas, le Tribunal fédéral y voit d'ailleurs un principe général, valable même sans disposition expresse de la procédure cantonale¹⁵²³. Enfin, lorsque ces moyens d'exécution forcée en nature ne produisent pas le résultat escompté et indépendamment de l'obtention de dommages-intérêts en vertu du droit matériel, certains codes de procédure civile prévoient la conversion de la prétention inexécutée en dommages-intérêts par le juge de l'exécution¹⁵²⁴ ou le juge qui a prononcé la décision au fond¹⁵²⁵. La contrainte par corps n'est pas autorisée¹⁵²⁶.

¹⁵¹⁶ ATF 83 III 66; 81 IV 328 c. 2; 70 IV 180.

¹⁵¹⁷ Art. 39 OJF.

¹⁵¹⁸ Art. 122 al. 3 Cst. féd. (1999), respectivement art. 61 Cst. féd. (1874).

¹⁵¹⁹ Art. 29 LDIP.

¹⁵²⁰ Cf. notamment art. 307 ch. 2 ZPO ZH; art. 406 al. 1 ZPO BE; art. 426 ZPO AG; art. 399 al. 1 CPC JU; art. 295 lit. b ZPO LU; art. 357, 358 al. 1 CPC FR; art. 501 al. 2 CPC TI; art. 378 CPC VS; art. 235 ch. 2 ZPO SZ; art. 300 lit. b ZPO OW; art. 243 ch. 3 ZPO NW; art. 284 ZPO GL; art. 222 ZPO ZG; art. 328 ZPO SO; art. 254 ZPO BS; art. 281 ZPO BL; art. 395 ZPO SH; art. 258 ch. 1 ZPO GR; art. 426 ZPO AG; art. 315 ZPO TG; art. 514 lit. c CPC VD; art. 299 al. 2 lit. b ZPO SG; art. 452 CPC NE; art. 273 lit. b ZPO UR.

¹⁵²¹ Cf. notamment art. 98 al. 1 CO; 307 ch. 1 ZPO ZH; art. 404 al. 2 ZPO BE; art. 397 al. 2 CPC JU; art. 428 ZPO AG; art. 235 ch. 1 ZPO SZ; art. 299 al. 2 lit. b ZPO SG; art. 300 lit. a ZPO OW; art. 244 ZPO NW; art. 327 ZPO SO; art. 254 ZPO BS; art. 280 ZPO BL; art. 394 ZPO SH; art. 316 ZPO TG; art. 222 al. 2 ZPO ZG; art. 355 al. 3 CPC FR; art. 502 al. 1 CPC TI; art. 377 CPC VS; art. 258 ch. 2 ZPO GR; art. 273 lit. a ZPO UR; art. 295 lit. a ZPO LU; art. 513 al. 1 CPC VD.

¹⁵²² Cf. notamment art. 78 al. 1 PCF; art. 308 al. 1 ZPO ZH; art. 407 ZPO BE; art. 400 CPC JU; art. 299 al. 2 lit. c ZPO SG; art. 430 al. 1 ZPO AG; art. 236 ZPO SZ; art. 254 ZPO GR; art. 222 al. 3 ZPO ZG; art. 356 CPC FR; art. 322 ZPO SO; art. 290 al. 2 ZPO AI; art. 516 CPC VD; art. 275 ZPO UR; art. 296 ZPO LU.

¹⁵²³ ATF 97 II 48, JT 1972 I 58, en conformité avec GULDENER, *Internationales und interkantonaes Zivilprozessrecht*, p. 609.

¹⁵²⁴ Cf. notamment art. 309 ZPO ZH; 404 ZPO BE; art. 431 ZPO AG; art. 397 CPC JU; art. 274 ZPO UR; art. 297 al. 1 ZPO LU; art. 237 ZPO SZ; art. 302 ZPO OW; art. 244 al. 2 ZPO NW; art. 223

497. Il est significatif de noter que l'exécution forcée des jugements civils non pécuniaires n'a pas fait jusqu'à présent, en Suisse, l'objet d'une étude comparative¹⁵²⁷. Elle n'a pas non plus figuré à l'ordre du jour des derniers travaux d'unification législative en matière de procédure¹⁵²⁸; elle n'est pas non plus mentionnée dans la nouvelle Constitution fédérale¹⁵²⁹, ni dans les contributions récentes en matière d'harmonisation, voire d'unification des règles de procédure civile en Suisse¹⁵³⁰. Seul MEIER¹⁵³¹, dans sa contribution lors du symposium pour le 75^e anniversaire du professeur HABSCHIED le 17 avril 1999 à Zurich¹⁵³², a esquissé un modèle uniforme en matière d'exécution forcée en nature des obligations non pécuniaires, sans cependant se pencher sur l'introduction d'une pénalité judiciaire généralisée. Il est dès lors souhaitable d'intégrer la réflexion sur une pénalité judiciaire suisse dans le cadre du mandat confiée à la commission d'experts nommée par le Département fédéral de justice et police le 26 avril 1999 et dont la mission consiste

ZPO ZG; art. 332 ZPO SO; art. 316 al. 2 ZPO TG; art. 501 al. 3 ZPO TI; art. 379 CPC VS; art. 291 ZPO AR.

¹⁵²⁵ Cf. notamment art. 251, 256 ZPO BS; art. 282 al. 1 ZPO BL; art. 396-399 ZPO SH; art. 305 ZPO SG; art. 259 ZPO GR; art. 244 ZPO NW; art. 322 ZPO SO; art. 315 ZPO AI.

¹⁵²⁶ Cf. art. 10 al. 2 et 3 Cst. féd. (1999).

¹⁵²⁷ Aux côtés des chapitres consacrés dans les principaux traités de procédure civile, certaines monographies et contributions, toutes relativement anciennes, examinent quelques droits cantonaux spécifiquement. Cf. notamment les thèses de BENZ, BULACHER, GROSS, HAUBENSAK, LÜTHI, MESSERLI, PFENNINGER, SCHMIDT, SCHOBERT, SIEGRIST, *Probleme aus dem Gebiet der Realexekution* et WIGET, toutes mentionnées dans la bibliographie; pour les contributions, cf. notamment KUMMER, *Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung*, p. 163-205, Id., *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafzwang*, p. 377-398.

¹⁵²⁸ Cf. Message du Conseil fédéral du 18 novembre 1998 concernant la loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 (Loi sur les fors, LFors), FF 1999 p. 2829 (édition en langue allemande). Pour une première lecture de la LFors, BRÖNNIMANN, *Vereinheitlichung des Gerichtsstandsrechts*, p. 8-11.

¹⁵²⁹ L'art. 122 Cst. féd. (1999) prévoit cependant une compétence fédérale en matière de procédure civile.

¹⁵³⁰ Cf., notamment, BAUDENBACHER/CAVELTI, *Welikongress Prozessrecht 1995*; FRANK, p. 23-50; SUTTER-SOMM, *Auf dem Weg zur Rechseinheit*; HASENBÖHLER, p. 59-68; VOGEL, *Europavorbild und Eigenwuchs*, p. 297-316; Id., *Zivilprozessrecht quo vadis?*, p. 259-271; WALDER, *Hans Ulrich Walder, wird das Prozessrecht jemals einheitlich?*, p. 31; WALTER, *Zur gegenwärtigen Lage*, p. 141-174.

¹⁵³¹ MEIER, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts*, p. 47-60.

¹⁵³² Les contributions de SCHLOSSER, BERT, HALDY, SUTTER-SOMM et MEIER et les interventions de WALDER-RICHLI, STAEHELIN, SPÜHLER, WALTER et HABSCHIED faites lors de ce symposium sont publiées par BERTI (édit.), *Helvetisches Zivilprozessrecht*.

à examiner les questions relevantes du point de vue législatif pour l'unification du droit de procédure civile en Suisse¹⁵³³.

2. Distinctions entre les différents types de pénalités judiciaires

a) L'art. 292 CPS

498. Le droit suisse se distingue des autres systèmes examinés par la pénalisation de l'inexécution des condamnations non pécuniaires, consacrée par l'art. 292 CPS, qui prévoit que:

"Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni des arrêts ou de l'amende."

499. Cette disposition, conçue avant tout en vue de sanctionner les décisions administratives, s'applique également aux jugements civils: la loi fédérale de procédure civile fédérale¹⁵³⁴ et plusieurs codes de procédure cantonaux¹⁵³⁵ y renvoient d'ailleurs expressément. Sa nature de sanction d'une désobéissance à l'égard de l'autorité de l'Etat explique son caractère subsidiaire par rapport aux dispositions spéciales de droit fédéral ou cantonal réprimant l'insoumission comme telle¹⁵³⁶. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que ces autres normes répriment l'insoumission par des peines plus sévères que

¹⁵³³ Sur le projet d'unification de la procédure civile en Suisse et la commission d'experts nommée à cet effet, cf. SUTTER-SOMM, *Unification de la procédure civile*, p. 6-7; Id., *Konzeptionelle Überlegungen*, p. 32-46. La commission entend présenter un avant-projet de loi fédérale sur la procédure civile avec un rapport explicatif jusqu'en été 2001. La mission de cette commission sera manifestement influencée par les tentatives menées et les tendances observées à l'échelon international, cf. WALTHER, *Développements récents*, p. 17.

¹⁵³⁴ Art. 76 al. 1 PCF.

¹⁵³⁵ Cf. notamment art. 306 al. 1 ZPO ZH; art. 234 al. 1 ZPO SZ; art. 299 al. 1 ZPO OW; art. 247 ZPO NW; art. 222 al. 1 ZPO ZG; art. 354 al. 1, 355 al. 2, 358 al. 2 CPC FR; art. 425 ZPO AG; art. 326-327 ZPO SO; art. 395 al. 2 ZPO SH; art. 289 al. 4 ZPO AR; art. 256 ZPO GR; art. 261 al. 1 ZPO TG; art. 498 lit. d CPC TI; art. 512a CPC VD; art. 381 CPC VS; art. 272 ZPO UR; art. 294 al. 1 ZPO LU.

¹⁵³⁶ Par exemple, l'art. 186 CPS (violation de domicile) ou l'art. 324 ch. 5 al. 2 CPS (violation de l'obligation de renseigner dans la procédure de poursuite et faillite, cf. SJ 2000, p. 97, obs. Jeanneret, Vincent) ou les nombreuses dispositions du droit de procédure cantonal prévoyant des sanctions spéciales en cas de refus de production de pièces. Le caractère subsidiaire de l'art. 292 CPS est maintes fois mentionné par le Tribunal fédéral, cf. par exemple SJ 1999, p. 186; ATF 124 IV 64 c. 2a; 121 IV 29 c. 2b) aa); 106 IV 280 c. 2; 105 IV 249; 100 IV 52 c. 2; 97 I 462 c. 5; 90 IV 206 c. 3.

celle prévues à l'art. 292 CPS pour que la subsidiarité s'applique¹⁵³⁷. L'art. 292 CPS est en revanche applicable en concours avec les dispositions réprimant l'acte commis, dans la mesure où ces dernières protègent le lésé et son droit subjectif¹⁵³⁸ et non l'autorité du juge. Il s'agit alors d'un concours idéal¹⁵³⁹, qui se réalise notamment en matière d'atteinte à l'honneur¹⁵⁴⁰, de violation de domicile¹⁵⁴¹, de concurrence déloyale¹⁵⁴² ou de propriété intellectuelle¹⁵⁴³. Cette distinction est encore mise en évidence par le fait que l'insoumission se poursuit d'office, alors que la lésion du droit subjectif ne se poursuit que sur requête du créancier¹⁵⁴⁴.

b) Les amendes prévues par les codes civils cantonaux

500. De nombreux cantons ont prévu des sanctions pécuniaires pour désobéissance au juge civil¹⁵⁴⁵. Ces peines se rencontrent sous l'appellation le plus souvent d'"Ordnungsbusse", de "Ungehorsamstrafe" ou de "Geldbusse". Selon le Tribunal fédéral, cette compétence cantonale pénale se fonde non seulement sur la disposition générale de l'art. 64 Cst. féd. (1874), reprise par l'art. 122 Cst. féd. (1999), mais aussi sur l'art. 335 ch. 1 al. 2 CPS qui confère aux cantons le pouvoir d'édicter des peines pour les contraventions aux prescriptions cantonales d'administration et de procédure¹⁵⁴⁶. Ces pénalités judiciaires cantonales se distinguent de la commination de l'art. 292 CPS dans la mesure où elles sont directement prononcées par le juge de l'exécution lui-même et non par le juge pénal¹⁵⁴⁷.

¹⁵³⁷ SJ 1999; p. 190.

¹⁵³⁸ Cf. notamment DAVID, p. 84.

¹⁵³⁹ Cf. en ce sens CORBOZ, p. 359; DIGGELMANN, *Strafbestimmungen bei Unterlassungsbegehren*, p. 24; DAVID, p. 84; cf. aussi ATF 79 II 420. *Contra*: TRECHSEL, ad Art. 292, n° 10; en détail, STADLER, p. 27; cf. aussi ATF 97 I 471.

¹⁵⁴⁰ Art. 173 CPS.

¹⁵⁴¹ Art. 186 CPS; cf. ATF 90 IV 206.

¹⁵⁴² ATF 121 IV 29 c. 2b.

¹⁵⁴³ Cour Justice de Genève, 21 avril 1986, SI 1987, p. 51 (concours avec la loi fédérale sur les dessins et modèles industriels).

¹⁵⁴⁴ Cf. DIGGELMANN, *Strafbestimmungen bei Unterlassungsbegehren*, p. 25.

¹⁵⁴⁵ Par exemple, cf. art. 306 al. 2 ZPO ZH; art. 403 al. 1 ZPO BE; art. 396 CPC JU; art. 299 al. 2 lit. a ZPO SG; art. 234 al. 1 ZPO SZ; art. 299 al. 1 ZPO OW; art. 222 al. 1 CPC ZG; art. 254 al. 3 ZPO BS ("Tröllbusse"); art. 380 CPC VS; art. 294 ZPO LU.

¹⁵⁴⁶ ATF 79 II 420; 96 II 261.

¹⁵⁴⁷ Cf. WALDER, *Zivilprozessrecht*, p. 506a.

501. Certains cantons connaissent également la condamnation au paiement d'une somme d'argent par unité de temps ou par contravention¹⁵⁴⁶.

c) L'astreinte genevoise

502. Le canton de Genève¹⁵⁴⁹ connaît l'astreinte basée sur les modèles français et Benelux, payable en mains du créancier. En droit genevois, de tous temps, les juridictions cantonales ont considéré que, nonobstant le silence de la loi de procédure à ce propos, elles pouvaient prononcer des astreintes¹⁵⁵⁰. Dans un arrêt de 1982, la Cour de Justice du canton de Genève a cependant remis en doute cette faculté en interrogeant sa compatibilité avec les règles de la procédure civile genevoise¹⁵⁵¹, ne voyant ni lacune au sens de l'art. 1er al. 2 CC, ni coutume suffisante pour la consacrer dans le droit cantonal de procédure non écrit, et mettant en plus en cause son utilité pratique, vu l'existence de l'art. 292 CPS. L'argumentation à l'appui ne semble cependant guère convaincante, car elle se fonde pour l'essentiel sur l'abstention du législateur, alors même que celle-là n'a rien de nouveau¹⁵⁵². Dans un arrêt ultérieur¹⁵⁵³, la Cour de Justice a par conséquent confirmé l'institution, tout en renonçant à l'appliquer au cas d'espèce.

503. Limité à l'exécution forcée relevant du droit cantonal (ce qui exclut donc le recours à l'astreinte pour les prestations pécuniaires), ce mode d'exécution¹⁵⁵⁴ est compatible avec le droit fédéral, à la condition toutefois qu'il ne soit utilisé que comme pur moyen d'exécution forcée, relevant du seul droit cantonal¹⁵⁵⁵, et qu'il ne se confonde pas avec l'allocation de dommages-intérêts, en impliquant par exemple une condamnation définitive à une indemnité pour dommage futur, comme si le juge avait voulu fixer d'avance la

¹⁵⁴⁶ Par exemple, cf. art. 306 al. 2 ZPO ZH; art. 234 al. 2 SZ; art. 299 al. 2 OW; art. 289 al. 4 AR; 315 ZPO AI; art. 256 ZPO BS; 258, n° 4 ZPO SG; art. 294 al. 2 ZPO LU. Pour des cas d'application en droit zurichois, cf. les arrêts ZR 81 (1982), n° 15, p. 30-31 et ZR 87 (1988), n° 41, p. 97.

¹⁵⁴⁹ Et non le canton de Vaud, cf. POUDRET/WURZBURGER/HALDY, ad art. 102 al. 1, p. 229.

¹⁵⁵⁰ Cf. déjà ATF 43 II 660, 664; SJ 1940, p. 7; SJ 1967, p. 201.

¹⁵⁵¹ SJ 1982, p. 489.

¹⁵⁵² Cf. BERTOSSA/GAILLARD/GUYET, vol. III, ad art. 462, n° 3. ENGEL, *Traité des obligations*, p. 700, estime aussi qu'il n'a pas lieu de revenir sur une pratique ancienne, coutumière et utile, et considère l'arrêt du 1982 comme isolé.

¹⁵⁵³ RSP 1986, p. 267.

¹⁵⁵⁴ Contrairement à la qualification donnée par la doctrine et la jurisprudence dominante française, le Tribunal fédéral a qualifié l'astreinte en droit suisse de moyen d'exécution, cf. ATF 43 II 660, 664.

¹⁵⁵⁵ Art. 97 al. 2 CO.

quotité des dommages-intérêts pour inexécution¹⁵⁵⁶, ces derniers étant soumis exclusivement au droit fédéral¹⁵⁵⁷. Tel n'est pas le cas si le juge reste libre de rechercher ultérieurement dans quelle mesure des dommages-intérêts sont encourus¹⁵⁵⁸. Concernant l'astreinte genevoise, TERCIER précise cependant que toute condamnation à une astreinte ne pourra avoir qu'un "caractère provisoire, servant en quelque sorte d'avance sur des dommages-intérêts dont le créancier devra de toute façon établir le bien-fondé"¹⁵⁵⁹. Et de conclure, en généralisant, que cette limitation à la compétence des cantons "a conduit les cantons à 'pénaliser' l'institution", en attribuant ses montants à l'Etat¹⁵⁶⁰. Nous ne pensons pas que la généralisation de TERCIER soit opportune, étant donné que les cantons peuvent librement décider, comme le mentionne ENGEL¹⁵⁶¹, de limiter la fonction de l'astreinte à celle de l'exécution forcée, sans préjuger de dommages-intérêts éventuels. L'institution reste cependant inadmissible pour assurer l'exécution des jugements du Tribunal fédéral en instance unique, qui est réglée exclusivement par la loi de procédure fédérale¹⁵⁶².

3. Rapport entre les différents types de pénalités judiciaires

504. Lorsque la pénalité judiciaire est prévue par le législateur cantonal, elle existe toujours à côté de la contrainte directe, l'exécution par un tiers ou le prononcé d'un jugement formateur valant déclaration de volonté¹⁵⁶³. Se pose dès lors d'abord la question du rapport entre la pénalité judiciaire et les autres moyens d'exécution forcée. En principe, les codes de procédure cantonaux laissent au juge le choix du moyen d'exécution. Cette liberté lui permet de mieux tenir compte des circonstances particulières de chaque

¹⁵⁵⁶ Cf. 43 II 660, JT 1918 I 178, SJ 1918, p. 133; SJ 1940, p. 7; SJ 1945, p. 337; JT 1946 I 216; ATF 90 II 154, JT 1964 I 578, SJ 1965, p. 7; cf. aussi WEBER, ad Art. 98, n° 34.

¹⁵⁵⁷ Art. 97 et 42 al. 1 CO. Sur cette base, l'astreinte n'a pas été admise dans le canton de Neuchâtel, cf. Cour de cassation, 6 décembre 1943, Recueil de jugements du Tribunal cantonal, tome VIII, p. 517.

¹⁵⁵⁸ Cf. notamment ENGEL, *Traité des obligations*, p. 700.

¹⁵⁵⁹ Cf. TERCIER, *Des "astreintes"*, p. 77.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*

¹⁵⁶¹ ENGEL, *Traité des obligations*, p. 700.

¹⁵⁶² Art. 74-78 PCF, dont l'art. 76 prévoit l'application exclusive de l'art. 292 CPS, cf. ATF 90 II 163 c. 5, SJ 1965, p. 7.

¹⁵⁶³ Par exemple, art. 78 al. 1 PCF et art. 299 ZPO SG, cf. notamment HALTINER, p. 257; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ad Art. 299, n° 2; art. 294-297 ZPO LU, cf. STUDER/RÜEGG/EIHLER, ad Art. 294, n° 1; art. 306 ZPO ZH, FRANK/STRÄULI/MESSMER, ad Art. 306, n° 2.

cas¹⁵⁶⁴. Cependant, cette liberté n'est pas totale; elle est limitée par certains principes constitutionnels, notamment celui de la proportionnalité¹⁵⁶⁵, ce qui signifie que le juge doit utiliser le moyen le plus approprié afin d'obtenir le résultat escompté, sans employer de moyens plus rigoureux que ne l'exigent les circonstances¹⁵⁶⁶, et que la mesure d'exécution ne doit pas conduire chez le débiteur à un dommage qui serait sans rapport raisonnable avec l'avantage conféré au créancier. L'application de ces règles conduit à préférer la pénalité judiciaire ou l'exécution par un tiers à l'usage de la force par l'autorité d'exécution¹⁵⁶⁷. Elle autorise aussi le juge de prévoir dans la même décision l'application échelonnée de la contrainte indirecte et directe¹⁵⁶⁸. Certains auteurs cependant, se référant au droit allemand, se basent sur la nature pénale de l'art. 292 CPS et estiment au contraire que ce moyen d'exécution rigoureux ne peut être appliqué qu'après le recours infructueux aux autres moyens d'exécution forcée, en qualité d'*ultima ratio*¹⁵⁶⁹. En pratique, cela signifierait que l'art. 292 CPS ne pourrait s'appliquer qu'en matière d'*obligation de faire strictement personnelle* et d'*obligation de ne pas faire*. Cette affirmation doit être tempérée. En effet, le choix du moyen approprié nécessite un examen concret et dépend des moyens à disposition de l'autorité d'exécution. En outre, l'exécution directe et l'exécution par un tiers peuvent être aléatoires, difficiles à mettre en œuvre ou même parfois plus incisives que la commination de l'art. 292 CPS.

505. Enfin, se pose la question des rapports entre les pénalités judiciaires elles-mêmes, en l'occurrence de savoir si la peine pour insoumission de l'art. 292 CPS est subsidiaire par rapport aux amendes prévues par les différents codes de procédure¹⁵⁷⁰. A vrai dire la question ne se pose que pour les cantons qui ont institué des pénalités judiciaires indépendantes ou des

¹⁵⁶⁴ Pour la procédure zurichoise, cf. FRANK/STRÄULI/MESSMER, ad Art. 306, n° 1a, p. 967; pour la procédure bâloise, cf. BULACHER, p. 85; pour la procédure saint-galloise, cf. HALTINER, p. 257 et LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ad Art. 299, n° 2.

¹⁵⁶⁵ Art. 42 LPA; cf. ZR 78 (1979), n° 47, p. 98 et BULACHER, p. 85; HAUBENSAK, p. 28; WEBER, ad Art. 98, n° 28.

¹⁵⁶⁶ ATF 105 IV 68.

¹⁵⁶⁷ Cf. notamment GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, p. 625; STUDER/RÜEGG/EI-HOLZER, ad Art. 294, n° 1; VOGEL, *Grundriss*, p. 406.

¹⁵⁶⁸ Cf. HABSCHIED/BERTI, n° 957.

¹⁵⁶⁹ Cf. HAUBENSAK, p. 39; STADLER, p. 28, note 9 et les références citées à la note 10.

¹⁵⁷⁰ Pour un cas d'application récent: ATF 121 IV 29 (en l'occurrence, l'art. 232 al. 2 ZPO AR n'instituait pas une sanction autonome de droit cantonal, mais opérait simplement un renvoi à l'art. 292 CPS). Cf. aussi art. 76 al. 2 PCF.

astreintes comme moyens d'exécution. Si la législation cantonale prévoit expressément le recours aux moyens qu'elle institue, au détriment de la commination de l'art. 292 CPS, il sera conforme au partage des compétences d'appliquer en priorité ces mesures cantonales particulières. Dans les cas où la législation cantonale ne prévoit pas expressément un recours aux moyens qu'elle institue, la doctrine, en s'appuyant sur le principe de la proportionnalité, s'accorde pour donner à la commination de l'art. 292 CPS un caractère subsidiaire par rapport aux normes cantonales de contrainte indirecte, vu la nature résolument pénale de la première¹⁵⁷¹. La jurisprudence zurichoise a également tranché qu'une commination selon l'art. 292 CPS ne devait être prononcée qu'après la fixation vaine d'une amende cantonale¹⁵⁷². Cependant, s'il apparaît d'emblée que le débiteur ne s'exécutera pas sous la menace d'une sanction d'amende plus douce, il conviendra, exceptionnellement, de prononcer immédiatement la commination des peines de l'art. 292 CPS¹⁵⁷³.

B. La nature juridique de la pénalité judiciaire

1. Pénalité judiciaire et dommages-intérêts

506. La peine de l'art. 292 CPS, ainsi que les autres pénalités judiciaires de droit cantonal sont indépendantes de la question des dommages-intérêts. L'affirmation n'appelle pas de commentaires particuliers en ce qui concerne la sanction pénale de l'art. 292 CPS, ainsi que les amendes cantonales, qui n'ont nullement comme effet de réparer un quelconque dommage et qui reviennent à l'Etat.

507. La même conclusion s'impose pour l'astreinte genevoise. En effet, la réparation du dommage civil est exclusivement régie par le droit fédéral¹⁵⁷⁴. Une astreinte cantonale qui constituerait une indemnisation d'un dommage

¹⁵⁷¹ Cf. notamment BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, § 20 I 4, note 8; HABSCHIED/BERTI, n° 957; HAUBENSAK, p. 39, p. 44; KUMMER, *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafzwang*, p. 387-388; STADLER, p. 32 et les références citées à la note 18, p. 41; VOGEL, *Grundriss*, p. 406, n° 31; WALDER, *Zivilprozessrecht*, p. 509 à propos de la procédure zurichoise. Plus nuancé: FRANK/STRÄUL/MESSMER, ad Art. 306, n° 2, p. 967 qui donnent au juge la liberté de choisir selon les circonstances.

¹⁵⁷² ZR 53 (1954), n° 118, p. 225-226; ZR 60 (1961), n° 78, p. 148-150.

¹⁵⁷³ ZR 25 (1926), n° 184, p. 298-300; ZR 60 (1961), n° 78, p. 148-150.

¹⁵⁷⁴ Art. 97 et 42 al. 1 CO; cf. ATF 43 II 664.

futur, serait par conséquent contraire au droit fédéral¹⁵⁷⁶. Cependant, rien n'empêche les cantons de décider qu'il ne s'agit que d'une pure mesure d'exécution, qui n'empêche pas ultérieurement le juge du fond de déterminer librement le montant des dommages-intérêts dus. Ainsi, une astreinte "à la française" qui ne se confond pas avec les dommages-intérêts est parfaitement admissible en Suisse¹⁵⁷⁶. L'astreinte en Suisse ne peut dès lors pas non plus être une décision *mixte*¹⁵⁷⁷, restrictive à caractère comminatoire envers le justiciable récalcitrant et de promotion correspondant à une sorte de prestation pour tort moral à l'égard du requérant.

2. Pénalité judiciaire et clause pénale

508. L'analogie entre les pénalités judiciaires du droit suisse et la clause pénale au sens des art. 160-163 CO s'arrête à leur fonction respective première, qui est d'assurer l'exécution d'une obligation principale¹⁵⁷⁸. Pour le surplus, les institutions sont totalement différentes. Quant à leur origine d'abord, les pénalités judiciaires sont d'origine précisément judiciaire, alors que la clause pénale est d'origine contractuelle. Le cumul est dès lors autorisé. Quant à leur objet ensuite, les pénalités judiciaires visent l'exécution d'une décision de justice, tandis que la clause pénale vise l'exécution d'un contrat. Quant à leur nature enfin, la sanction de l'art. 292 CPS est répressive et l'amende à laquelle elle peut donner lieu revient à l'Etat, alors que la peine conventionnelle revient au créancier en faveur duquel elle a été stipulée. Par ailleurs, le paiement de la peine conventionnelle empêche le créancier, sauf disposition contraire contractuelle¹⁵⁷⁹ ou légale¹⁵⁸⁰, de demander cumulativement l'exécution en nature. En cela, elle se distingue également des pénalités judiciaires, qui ne prétendent pas le droit du créancier à obtenir l'exécution en nature.

¹⁵⁷⁶ 43 II 660, JT 1918 I 178, SJ 1918, p. 133; SJ 1940, p. 7; SJ 1945, p. 337; JT 1946 I 216; ATF 90 II 154, JT 1964 I 578, SJ 1965, p. 7.

¹⁵⁷⁸ En revanche, la solution française d'avant 1959 où l'astreinte venait en déduction des dommages-intérêts ultérieurement alloués au créancier serait clairement contraire au droit fédéral.

¹⁵⁷⁷ Cf. en ce sens pourtant MERMOUD, ad art. 40, p. 41.

¹⁵⁷⁹ Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 3908.

¹⁵⁷⁸ Un accord tacite est cependant suffisant, cf. ATF 122 III 424.

¹⁵⁸⁰ Cf. art. 160 al. 2 CO, lorsque la peine a été stipulée en vue de l'inexécution du contrat au temps ou dans le lieu convenu.

3. Pénalité judiciaire et exécution forcée

509. La commination de l'art. 292 CPS et les diverses amendes cantonales, déjà au vu de la systématique légale, sont des moyens d'exécution forcée, même si elles constituent une étape précédant l'exécution forcée proprement dite, qui se caractérise par l'usage de la force sur la personne du débiteur ou sur ses biens. Il est d'ailleurs significatif que le Tribunal fédéral parle du *Vollstreckungsrichter* pour désigner le juge pénal chargé de sanctionner la contravention à l'interdiction qu'il a prononcée¹⁵⁸¹ et rappelle ainsi l'exécution forcée que sa commination est censée assurer¹⁵⁸². L'astreinte genevoise, en revanche, est, à l'instar de l'astreinte française ou Benelux, une pure et simple pression pécuniaire exercée sur la volonté du débiteur¹⁵⁸³.

4. Pénalité judiciaire et condamnation principale

510. Formellement, la commination de l'art. 292 CPS doit figurer sur l'injonction qu'elle entend renforcer¹⁵⁸⁴. Cette menace doit être précise; l'injonction comminatoire doit porter l'indication expresse des peines auxquelles l'intéressé s'expose en cas de désobéissance: il ne suffit pas de se référer à l'art. 292 CPS ou de parler de sanctions pénales¹⁵⁸⁵. Tel est également le cas lorsque la personne visée a déjà été rendue attentive aux conséquences pénales de l'insoumission à l'occasion d'une autre procédure¹⁵⁸⁶ ou lorsque cet avertissement intervient ultérieurement¹⁵⁸⁷. Cependant, cette exigence est limitée par l'interdiction de l'abus de droit; si la communication est claire et complète compte tenu d'une précédente communication, le destinataire ne peut pas se prévaloir de ce que toutes les mentions nécessaires ne figurent pas dans un seul et même acte¹⁵⁸⁸.

511. Ensuite, matériellement, la peine de l'art. 292 CPS, ainsi que les peines prévues par les codes de procédure cantonaux, une fois comminées, peuvent être prononcées même si le jugement au fond est ultérieurement annulé ou si

¹⁵⁸¹ ATF 84 II 457, 458.

¹⁵⁸² ATF 89 II 107.

¹⁵⁸³ Cf. en ce sens également ENGEL, *Droit privé - Rapport suisse*, p. 237.

¹⁵⁸⁴ Cf. le libellé même de l'art. 292 CPS; VOGEL, *Grundriss*, p. 406.

¹⁵⁸⁵ ATF 105 IV 249; 95 II 456 c. 4; Cass. NE, 8 février 1983, RJN 1983, p. 97.

¹⁵⁸⁶ ATF 105 IV 248.

¹⁵⁸⁷ TC GR, 26 janvier 1977, PKG 1977, n° 45; BJP 1981, n° 89.

¹⁵⁸⁸ ATF 105 IV 250.

la mesure provisoire n'est ultérieurement pas confirmée par le jugement au fond. En effet, la punissabilité réside dans le non-respect de l'injonction du juge et non plus dans l'inexécution de l'obligation. Dans le cas contraire, une telle commination ne serait que conditionnelle¹⁵⁸⁹.

512. Enfin, quant au moment du prononcé de la pénalité judiciaire, une distinction s'impose. En matière d'injonctions positives visant l'exécution d'une obligation de faire, la procédure méritoire (*Erkenntnisverfahren*) est clairement distinguée de la procédure d'exécution forcée (*Vollstreckungsverfahren*): ce n'est que dans cette dernière que la commination de la pénalité judiciaire sera prononcée¹⁵⁹⁰. En effet, il convient de laisser au débiteur l'occasion d'exécuter spontanément son obligation, ce qu'il fera d'ailleurs la plupart du temps. Cela correspond à la maxime dispositive propre à la procédure civile et ne saurait préteriter les intérêts du créancier. En revanche, en matière d'injonctions négatives visant à assurer l'exécution des obligations de ne pas faire, la menace de la pénalité judiciaire sera prononcée dans la procédure méritoire déjà¹⁵⁹¹. En effet, le risque de dommage pour le créancier résultant d'une seule infraction est trop important pour laisser ne serait-ce qu'une seule chance au débiteur. A défaut, l'injonction n'aurait qu'une existence apparente¹⁵⁹² et ne servirait qu'à clarifier une situation juridique, à l'image d'un jugement en constatation¹⁵⁹³.

5. Pénalité judiciaire et droit pénal

513. A l'instar des astreintes française et Benelux, l'astreinte genevoise n'a pas de connotation pénale. En revanche, les peines prévues à l'art. 292 CPS et les amendes cantonales ont un caractère hybride¹⁵⁹⁴. Moyens de contrainte par leur fonction, elles se muent en moyens répressifs dans l'hypothèse où l'ordre qu'elles assortissent est transgressé.

¹⁵⁸⁹ Pour le code de procédure bernois par exemple, cf. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, ad Art. 403, n° 3.

¹⁵⁹⁰ Cf. notamment STADLER, p. 40; STUDER/RÜEGG/EIHOZLER, ad Art. 294, n° 1.

Contra: art. 76 PCF; art. 404 al. 1 et 4 ZPO BE.

¹⁵⁹¹ Cf. art. 76 PCF et ATF 83 II 260; 87 II 107; 95 II 456; 108 II 344. Cf. aussi MERZ, p. 89; STADLER, p. 39.

¹⁵⁹² Cf. ZR 17 (1918), n° 152 qui parle de "Scheinexistenz."

¹⁵⁹³ TC SZ, RSPI 1995, p. 293 c. 4.

¹⁵⁹⁴ Cf. notamment FRANK/STRÄULI/MESSMER, ad Art. 306, n° 3, p. 697; STADLER, p. 15.

514. La condamnation pour infraction à l'art. 292 CPS, prononcée par le juge pénal, peut d'ailleurs entraîner une inscription dans le casier judiciaire¹⁵⁹⁶. L'art. 292 CPS constitue dès lors une disposition au caractère préventif général¹⁵⁹⁷, qui revêt en outre un véritable caractère pénal: elle ne peut pas accompagner une injonction adressée à une autorité ou un fonctionnaire¹⁵⁹⁸, ni être prononcée à l'égard d'une personne morale, mais seulement à l'égard de ses organes. Certains auteurs nuancent cependant l'affirmation en précisant que fonctionnellement, le juge pénal intervient en qualité de juge de l'exécution forcée¹⁵⁹⁹; d'autres parlent de "*l'application de l'art. 292 du Code pénal dans la procédure d'exécution forcée*"¹⁶⁰⁰.

515. Les amendes cantonales ont également un caractère répressif, même si elles ne sont pas forcément prononcées par le juge pénal. En effet, outre la fonction de motiver le débiteur à s'exécuter, elles visent également à punir l'insoumission à un ordre du juge, faisant ainsi respecter l'ordre et la discipline¹⁶⁰¹. Elles ne sont pas des purs moyens de contrainte, comme le *Zwangsgeld* du § 888 ZPO allemande: l'existence d'une faute est un élément déterminant pour leur fixation¹⁶⁰². Elles se rapprochent plutôt de l'*Ordnungsgeld* du § 890 ZPO allemande. Cependant, contrairement à la peine pour insoumission, elles pourront s'adresser directement à une personne morale¹⁶⁰³.

C. Le bénéficiaire de la pénalité judiciaire

516. L'amende prononcée au titre de l'art. 292 CPS et des diverses dispositions cantonales revient à l'Etat, alors que l'astreinte genevoise est payable en mains du créancier, à l'image de l'astreinte des droits français et Benelux.

¹⁵⁹⁵ Art. 360 lit. b CPS en rapport avec l'art. 9 ch. 2bis de l'ordonnance sur le casier judiciaire du 21 décembre 1973, révisée le 13 novembre 1991 (RS 331); WALDER, *Zivilprozessrecht*, p. 506.

¹⁵⁹⁶ D'après STADLER, p. 16.

¹⁵⁹⁷ ATF non publié du 10 décembre 1996 dans la cause 6S.400/1996, cité par CORBOZ, p. 353.

¹⁵⁹⁸ Cf. notamment MERZ, p. 90.

¹⁵⁹⁹ Cf. notamment HAUSER/REHBERG, ad Art. 292, p. 290.

¹⁶⁰⁰ Cf. notamment FRANK/STRÄULI/MESSMER, ad Art. 306, n° 3; WEBER, ad Art. 98, n° 32.

¹⁶⁰¹ Pour l'*Ordnungsbuss* zurichoise par exemple, cf. ZR 53 (1954), n° 78.

¹⁶⁰² ATF 64 I 53 et 82 IV 45; GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, p. 626; WEBER, ad Art. 98, n° 32.

L'attribution de cette dernière au créancier n'empêche toutefois pas sa compatibilité avec le droit fédéral¹⁶⁰³.

D. Le champ d'application et les limites de la pénalité judiciaire

1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel

a) Exclusion de l'exécution en nature sous l'empire du Code fédéral des obligations

517. Même si l'exécution forcée des obligations non pécuniaires est régie par le droit cantonal¹⁶⁰⁴, c'est le droit fédéral qui détermine quelles sont les prétentions qui peuvent donner lieu à une exécution en nature. En d'autres termes, si le titre d'exécution forcée est donné par le droit fédéral au terme d'une procédure méritoire, c'est le droit cantonal, respectivement l'art. 76 PCF pour les jugements rendus par le Tribunal fédéral en instance unique, qui doit offrir, dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée, les moyens et instruments nécessaires pour atteindre ce but¹⁶⁰⁵.

518. Sous l'empire du Code fédéral des obligations de 1881, l'exécution en nature n'était pas possible¹⁶⁰⁶. Ses art. 110-112 sur l'inexécution des obligations étaient directement inspirés de l'art. 1142 CCFr.: ils consacraient la conversion en dommages-intérêts des obligations non pécuniaires dont l'exécution était refusée par le débiteur. Contrairement aux juges français et à la pratique des cours cantonales, le Tribunal fédéral appliquait strictement cette règle de droit matériel fédéral et la faisait prévaloir sur le droit de procédure cantonal contraire autorisant l'exécution forcée en nature¹⁶⁰⁷. Cette jurisprudence a été vivement critiquée par la doctrine et, lors de la Journée suisse des juristes du 29 septembre 1907, une résolution mettant en doute le

¹⁶⁰³ Cf. *supra*, Partie 2, V. B. 1 et ATF 43 II 664.

¹⁶⁰⁴ Art. 97 al. 2 CO.

¹⁶⁰⁵ Cf. notamment KUMMER, *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafwang*, p. 387; GULDENER, *Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht*, p. 53; Id., *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, p. 629; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2573.

¹⁶⁰⁶ Sur les travaux préparatoires du Code fédéral des obligations, cf. SCHOBERT, p. 30-34 et récemment FELLMANN, p. 111-113.

¹⁶⁰⁷ Cf. par exemple ATF 32 I 654, JT 1907 I 34 (refus de prononcer l'exécution en nature d'une clause d'interdiction de concurrence); ATF 35 I 367.

bien-fondé de cette pratique fut adoptée¹⁶⁰⁸. Cet appel ne tarda pas à trouver un certain écho lors des travaux préparatoires du nouveau CO¹⁶⁰⁹. Suite à une vive discussion, les Chambres fédérales¹⁶¹⁰ exprimèrent nettement leur volonté d'édicter d'autres sanctions de l'inexécution de l'obligation de faire que la simple résolution de celle-ci en dommages-intérêts.

b) Droit d'obtenir l'exécution en nature sous l'empire du CO

519. Bien qu'on ne trouve nulle part posé dans la loi le principe que le créancier qui n'a pas obtenu l'exécution de l'obligation puisse en obtenir l'exécution en nature, cette dernière est aujourd'hui un élément inséparable de l'obligation¹⁶¹¹. Ce principe découle indirectement de l'art. 97 al. 2 CO qui réserve les règles d'exécution forcée des cantons¹⁶¹². En effet, si l'exécution forcée des obligations non pécuniaires est réservée aux cantons, son existence s'en trouve implicitement reconnue. Le créancier peut dès lors exiger l'exécution en nature aussi longtemps que celle-ci est possible. Ce droit du créancier d'obtenir un jugement en exécution semble avoir été tellement évident aux yeux du législateur qu'il ne se trouve énoncé qu'à l'art. 107 al. 2 CO, qui rappelle, en matière d'inexécution de contrats synallagmatiques, que l'exécution en nature peut toujours être demandée, aux côtés des dommages-intérêts, après la mise en demeure du débiteur¹⁶¹³. Le Tribunal fédéral a également reconnu ce principe et a conclu que l'art. 97 CO prévoit lui-même expressément que les obligations fondées sur le droit fédéral peuvent être exécutées conformément au droit cantonal¹⁶¹⁴. Certains auteurs vont même jusqu'à exclure l'attribution de dommages-intérêts, et par

¹⁶⁰⁸ La résolution est reproduite dans RSJ 4 (1908), p. 112. Sur ces développements, cf. FELLMANN, p. 113.

¹⁶⁰⁹ L'appel fut relayé par le professeur Eugen Huber, qui plaida vigoureusement en faveur de l'admissibilité de l'exécution en nature devant le Conseil national, Bull. stén. 1909, XIX, CN, p. 534.

¹⁶¹⁰ Bull. stén. 1909, XIX, CN, p. 533; Bull. stén. 1910, XX, CE, p. 179 et 216.

¹⁶¹¹ Cf. seulement GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2573 et WEBER, ad Art. 97, n° 339.

¹⁶¹² A côté bien sûr des règles de la LP, mais dont l'art. 38 al. 1 précise qu'elles s'appliquent seulement à l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir.

¹⁶¹³ Cf. seulement GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2573.

¹⁶¹⁴ ATF 56 II 56, JT 1930 I 307.

voie de conséquence la possibilité pour le débiteur de se libérer par une prestation pécuniaire, tant que l'exécution en nature reste possible¹⁶¹⁵.

c) Règles du CO concernant l'exécution forcée des obligations non pécuniaires

520. Le CO ne contient pas de système d'exécution forcée des obligations non pécuniaires. Celui-ci figure dans la législation cantonale ou, dans le cas des jugements du Tribunal fédéral rendus en instance unique, dans la loi de procédure civile fédérale. Cependant, il énonce quelques règles formant un standard minimal¹⁶¹⁶.

(1) Art. 97 al. 2 CO

521. L'art. 97 al. 2 CO rappelle le partage de compétences opéré par l'art. 64 Cst. féd. (1874), repris par l'art. 122 Cst. féd. (1999), en matière d'exécution forcée et n'a dès lors pas de portée propre¹⁶¹⁷.

(2) Art. 98 al. 1 CO et l'exécution des obligations de faire par un tiers au frais du débiteur

522. L'art. 98 al. 1 CO prévoit deux moyens d'exécution forcée des obligations de faire non pécuniaires, connus également du droit cantonal et de l'art. 77 PCF: l'exécution aux frais du débiteur¹⁶¹⁸ et la suppression d'une situation en contravention d'un engagement¹⁶¹⁹. En vertu de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal, les dispositions fédérales¹⁶²⁰ l'emportent sur les dispositions d'exécution forcée du droit cantonal, ce qui en l'occurrence importe peu vu l'identité matérielle presque complète dans cet domaine entre ces deux corps de normes¹⁶²¹. Cependant, des moyens

¹⁶¹⁵ Cf. notamment BECKER, ad Art. 97, n° 51; OSER/SCHÖNENBERGER, ad Art. 97, n° 2, lit. a; VON THUR/PETER/ESCHER, p. 501, allant ainsi à l'encontre du § 283 BGB allemand qui laisse le choix au créancier.

¹⁶¹⁶ Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2581.

¹⁶¹⁷ Cf. en ce sens GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2583; SCHWENZER, n° 61.04; WEBER, ad Art. 97 OR, n° 333; WIEGAND, ad Art. 97 OR, n° 4.

¹⁶¹⁸ Art. 98 al. 1 CO.

¹⁶¹⁹ Art. 98 al. 3 CO.

¹⁶²⁰ Art. 98 CO et art. 77 PCF.

¹⁶²¹ Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2584.

d'exécution forcée plus incisifs ou différents peuvent être appliqués par les cantons en sus des dispositions fédérales¹⁶²².

523. Tout d'abord, lors de l'exécution forcée, le créancier peut se heurter à l'impossibilité matérielle de la rénitence du débiteur: "*nemo praecise cogi potest ad factum*." Aussi, l'art. 98 al. 1 CO prévoit-il que le créancier peut requérir du juge l'autorisation d'exécuter lui-même la prestation ou de la faire exécuter par un tiers aux frais du débiteur auquel il réclamera ensuite le remboursement des frais exposés. Cette disposition ne vise que les obligations de faire qui ne nécessitent pas le concours personnel du débiteur, à l'exclusion des obligations de faire *intuitu personae* et les obligations de ne pas faire¹⁶²³. La doctrine est cependant divisée sur la nature des obligations de faire tombant sous l'art. 98 al. 1 CO. La doctrine moderne et majoritaire¹⁶²⁴ limite son application aux seules obligations de faire qui impliquent une prestation personnelle (*Dienstleistungen*)¹⁶²⁵, à l'exception des obligations de faire entraînant une prestation matérielle (*Sachleistung*) visant le patrimoine du débiteur¹⁶²⁶. Enfin, l'exécution par un tiers selon l'art. 98 al. 1 CO ne présuppose pas la faute du débiteur, ni sa mise en demeure¹⁶²⁷.

524. Ensuite, l'art. 98 al. 1 CO démontre aussi comment, en matière d'exécution forcée, les moyens de droit matériel d'une part et ceux de droit procédural d'autre part peuvent entrer en concurrence¹⁶²⁸. En effet, l'exécution par substitution est en principe une institution de droit procédural¹⁶²⁹. En revanche, la teneur de l'art. 98 al. 1 CO justifie la question de savoir si une prétention en exécution par un tiers en cas d'inexécution existe indépendamment d'un jugement condamnant le débiteur à fournir sa prestation. En cas de réponse positive, la prétention en exécution par un tiers se transformerait

¹⁶²² Cf. notamment WEBER, ad Art. 98, n° 7; WIEGAND, ad Art. 98 OR, n° 3.

¹⁶²³ SJ 1988, p. 332; Cf. aussi ENGEL, *Traité des obligations*, p. 704; GAUCH, p. 26, note 11; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2586; WIEGAND, ad Art. 98 OR, n° 4.

¹⁶²⁴ Représentée notamment par GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2587. *Contra*: VON TUHR/PETER/ESCHER, p. 92; OSER/SCHÖNENBERGER, ad Art. 98, n° 3.

¹⁶²⁵ Par exemple, l'obligation de l'entrepreneur de réparer l'ouvrage selon le contrat d'entreprise ou l'obligation du bailleur d'éliminer les défauts de la chose louée selon le contrat de bail.

¹⁶²⁶ Par exemple, le paiement d'une somme d'argent, la cession d'une créance, le transfert d'une chose à titre de propriété, la remise d'une chose en vue d'utilisation.

¹⁶²⁷ Cf. notamment ENGEL, *Traité des obligations*, p. 702; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2588; SCHWENZER, n° 61.08; WIEGAND, ad Art. 97 OR, n° 5.

¹⁶²⁸ Cf. en particulier MEIER, *Privatrecht und Prozessrecht*, p. 95.

¹⁶²⁹ Cf. par exemple le § 887 de la ZPO allemande.

en prétention de droit matériel. La doctrine largement majoritaire répond cependant par la négative à cette question et voit en l'art. 98 CO une pure norme fédérale d'exécution forcée (*reine Vollstreckungsnorm*), qui suppose l'existence préalable ou du moins simultanée d'un jugement exécutoire et s'adresse au juge de l'exécution (*Vollstreckungstheorie*)¹⁶³⁰. En effet, le débiteur doit toujours se voir offrir la possibilité d'exécuter sa prestation avant d'être soumis à une mesure de contrainte. Ainsi, si le créancier recourt à l'exécution par un tiers sans autorisation préalable du juge, l'obligation devient impossible sans faute du débiteur qui sera libéré selon l'art. 119 CO. La seule exception à ce principe intervient lorsque le débiteur est mis en demeure préalablement et qu'un délai convenable pour s'exécuter lui a été fixé. Le créancier pourra alors renoncer à l'exécution en vertu de l'art. 107 al. 2 CO et, s'il se procure par un autre moyen la prestation du débiteur, il pourra se faire rembourser ses frais par le débiteur au titre de dommages-intérêts. La doctrine minoritaire, en revanche, voit en l'art. 98 CO une norme de droit matériel fondant une prétention en exécution par un tiers en cas d'inexécution, indépendante de la condamnation au fond du débiteur à fournir sa prestation (*Erfüllungstheorie*)¹⁶³¹. Selon cette théorie, l'exécution forcée en nature selon l'art. 98 al. 1 CO ne suppose aucun jugement au fond préalable, mais seulement un accord du juge. En outre, si la situation de fait est claire et les bases de la prétention liquides, la prétention peut aussi immédiatement être concrétisée dans la procédure sommaire d'exécution forcée (*Befehlsverfahren*), sans qu'un jugement au fond ne soit préalablement prononcé¹⁶³². A titre de compromis, le professeur GAUCH relève également le caractère de norme d'exécution forcée de l'art. 98 al. 1 CO, tout en laissant cependant au créancier le choix de réclamer l'exécution par un tiers, dans le cadre du procès portant sur la prétention matérielle déjà ou seulement ultérieurement dans le cadre de l'exécution

¹⁶³⁰ En faveur de la *Vollstreckungstheorie*, cf. notamment ENGEL, *Traité des obligations*, p. 702; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2588, OSER/SCHÖNENBERGER, ad Art. 98, n° 1; GUHL/SCHNYDER/DRUEY, p. 39; SCHWENZER, n° 61.07; TERCIER, *Le droit des obligations*, n° 877, p. 153; VON TUHR/PETER/ESCHER, p. 90-93; WEBER, ad Art. 98, n° 47; WIEGAND, ad Art. 98 OR, n° 6. La doctrine processualiste aussi voit en l'art. 98 CO une norme au contenu d'exécution forcée, cf. notamment GULDENER, *Schweizerisches Prozessrecht*, p. 627, note 63; FRANK/STRÄULI/MESSMER, ad ART. 307, n° 2; HABSCHIED/BERTI, n° 1391; HAUBENSAK, p. 31; VOGEL, n° 15, n° 34; WALDER, *Zivilprozessrecht*, § 41, n° 21.

¹⁶³¹ En faveur de la *Erfüllungstheorie*, cf. notamment BECKER, ad Art. 98, n° 3; BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, p. 332; BULACHER, p. 44-45; FELLMANN, p. 113-119; Cf. aussi TC LU, RSJ 83 (1987), n° 30, p. 201; RSJB 122 (1986), p. 136; LGVE 1985 I, n° 11, p. 24.

¹⁶³² Cf. LGVE 1985 I, n° 11, p. 28.

forcée du jugement¹⁶³³. En pratique, cette controverse a peu d'importance¹⁶³⁴: en effet, le créancier passera le plus souvent par les voies offertes par l'art. 107 al. 2 CO (fixation d'un délai raisonnable, résolution du contrat en cas d'inexécution, conclusion d'une transaction de couverture, réclamation de dommages-intérêts négatifs).

525. Enfin, l'exécution par un tiers sans autorisation du juge est également prévue à titre particulier dans quelques contrats spéciaux¹⁶³⁵. En matière de bail, l'art. 259b lit. b CO permet l'exécution par un tiers aux frais du bailleur s'agissant de travaux de moyenne importance, à la condition que le bailleur ait eu connaissance des défauts et qu'il n'y ait pas remédié dans un délai convenable. En matière de contrat d'entreprise, l'art. 366 al. 2 CO permet l'exécution par un tiers, aux frais et risques de l'entrepreneur, déjà en cours d'exécution des travaux, lorsqu'il est possible de prévoir avec certitude que par la faute de l'entrepreneur l'ouvrage sera exécuté de façon défectueuse ou contraire à la convention. Le Tribunal fédéral a jugé que cette disposition était applicable par analogie au cas d'exécution défectueuse de l'ouvrage, avérée à la livraison, complétant ainsi l'arsenal de sanctions proposées par l'art. 368 al. 2 CO¹⁶³⁶. Ces dispositions sont d'ordre matériel: l'exécution aux frais du débiteur est dès lors également possible en l'absence d'un jugement condamnatore préalable ou simultané¹⁶³⁷.

(3) Art. 98 al. 3 CO et la suppression d'une situation en contravention d'une obligation de ne pas faire

526. En matière d'inexécution d'une obligation de ne pas faire, le créancier peut réclamer des dommages-intérêts¹⁶³⁸ et exiger que ce qui a été fait en contravention de l'engagement soit supprimé ou se faire autoriser à opérer cette suppression aux frais du débiteur¹⁶³⁹. L'action en suppression n'exige

¹⁶³³ Cf. GAUCH, p. 24-28.

¹⁶³⁴ Relevé notamment par SCHWENZER, n° 61.07.

¹⁶³⁵ En plus du contrat de bail et du contrat d'entreprise, spécifiquement examinés, cf. aussi le contrat de bail à ferme (art. 288 al. 1 CO) et le mandat (392 al. 3 CO).

¹⁶³⁶ ATF 107 II 55, JT 1981, 269. *Contra*: GAUCH, DC 1982, p. 34, admettant cependant une exécution par un tiers aux frais et risques de l'entrepreneur sans autorisation du juge en cas d'urgence particulière.

¹⁶³⁷ Cf. notamment GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2591; SCHWENZER, n° 61.09.

¹⁶³⁸ Art. 98 al. 2 CO.

¹⁶³⁹ Art. 98 al. 3 CO; cf. par exemple ATF 114 II 329, JT 1989 I 552.

pas une faute du débiteur¹⁶⁴⁰. Cependant, l'accord du juge et un jugement condamnatore négatif préalable sont nécessaires selon la jurisprudence¹⁶⁴¹ et la doctrine majoritaire¹⁶⁴². Ces mesures se retrouvent dans d'autres dispositions spéciales comme par exemple à l'art. 679 CC qui dispose que celui qui est atteint ou menacé d'un dommage parce qu'un propriétaire excède son droit peut non seulement prétendre à des dommages-intérêts mais encore actionner ce propriétaire pour qu'il remette les choses en l'état ou prenne des mesures en vue d'écarter le danger.

527. Parallèlement ou en lieu et place de l'exécution en nature, le créancier peut réclamer, en cas de violation d'une obligation de ne pas faire, la réparation du préjudice que provoque l'inexécution de l'obligation. Celle-ci se résout alors en dommages-intérêts dits compensatoires ou équivalents de la prestation¹⁶⁴³. Le débiteur ne doit toutefois réparation que s'il a commis une faute¹⁶⁴⁴. Le fait de l'inexécution emporte présomption de faute; le débiteur est libéré s'il prouve qu'il n'est pas fautif. L'action en dommages-intérêts est cependant aussi ouverte lorsque le débiteur déclare, même avant l'exigibilité, qu'il n'exécutera pas la prestation, quand bien même celle-ci est possible et que la contrainte permet de l'obtenir¹⁶⁴⁵.

528. Enfin, lorsque la décision du juge a un effet formateur, en particulier dans le cas de transfert de biens immobiliers ou de droits réels limités, celle-ci remplacera la manifestation de volonté manquante du débiteur¹⁶⁴⁶.

2. Champ d'application

a) Obligations de faire

529. En matière d'obligations de faire, la pénalité judiciaire sera typiquement appliquée dans le cas d'obligations de faire strictement personnelles

¹⁶⁴⁰ Cf. en ce sens, notamment GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 2593; SCHWENZER, n° 61.10; WEBER, ad Art. 98, n° 108; WIEGAND, ad Art. 98 OR, n° 10.

¹⁶⁴¹ Cf. par exemple ATF 114 II 329, 333.

¹⁶⁴² Cf. seulement SCHWENZER, n° 61.10.

¹⁶⁴³ Cf. ENGEL, *Traité des obligations*, p. 704; WEBER, ad Art. 98, n° 114.

¹⁶⁴⁴ Cf. SCHWENZER, n° 61.10; WEBER, ad Art. 98, n° 114; WIEGAND, ad Art. 98 OR, n° 11; OG LU, RSJ 60 (1964), p. 160.

¹⁶⁴⁵ ATF 69 II 243, JT 1944 I 136.

¹⁶⁴⁶ Cf. Art. 656, 665 et 963 al. 1 CC.

(*intuitu personae, unvertretbare Handlungen*)¹⁶⁴⁷. Certains cantons la prévoient d'ailleurs expressément¹⁶⁴⁸. Même en l'absence de toute référence du législateur cantonal et nonobstant la subsidiarité de l'art. 292 CPS, le Tribunal fédéral n'a pas non plus hésité à l'appliquer conformément à l'art. 76 PCF¹⁶⁴⁹. La jurisprudence nous offre des exemples en matière de droit de réponse¹⁶⁵⁰, en matière d'obligations de renseigner ou de rendre des comptes fondées sur le droit matériel¹⁶⁵¹. Si le débiteur refuse de s'exécuter, malgré la pénalité judiciaire dont il est menacé, l'obligation devient impossible. Le créancier ne pourra plus que réclamer des dommages-intérêts, à condition que le débiteur soit en faute. L'exécution par un tiers est par définition exclue¹⁶⁵².

530. Pour les obligations de faire qui ne nécessitent pas le concours personnel du débiteur (*non intuitu personae, vertretbare Handlungen*), le juge ordonnera en principe l'exécution par un tiers aux frais du débiteur¹⁶⁵³ ou autorisera le créancier à exécuter lui-même l'obligation, toujours aux frais du débiteur¹⁶⁵⁴. Cependant, l'exécution par substitution ne semble pas exclure a

¹⁶⁴⁷ Cf. VOGEL, *Grundriss*, p. 406.

¹⁶⁴⁸ Cf. par exemple art. 404 al. 4 ZPO BE; art. 355 al. 2 CPC FR; art. 272 al. 1 ZPO UR; art. 512a CPC VD.

¹⁶⁴⁹ ATF 70 IV 180; 81 IV 328; 83 III 7.

¹⁶⁵⁰ RVJ 1989, p. 166; SJ 1993, p. 276.

¹⁶⁵¹ Le droit fédéral fonde de nombreuses obligations de renseigner: art. 321b CO (obligation du travailleur de rendre des comptes et de restituer); art. 322c CO et 418k CO (obligation de l'employé, respectivement du mandant de fournir un décompte des affaires donnant lieu à provision); art. 335 al. 2 CO (obligation de motiver par écrit un congé); art. 400 CO (obligation du mandataire de rendre des comptes); art. 541 al. 1, 557 al. 2, 600 al. 3, 697, 715a, 819 et 857 al. 2 CO (obligations de renseigner en droit des sociétés); art. 170 CC (obligation de renseigner en droit matrimonial); art. 195a CC (obligations de renseigner des époux dans l'établissement d'un inventaire conjugal); art. 581 CC (obligation de renseigner dans le cadre de l'inventaire ordonné à titre de sûreté); art. 607 al. 3 CC (obligation de renseigner des héritiers possesseurs de biens de la succession ou débiteurs du défunt); art. 610 al. 2 CC (obligation de renseigner des héritiers dans les opérations de partage); art. 763 CC (obligation d'établir un inventaire en matière d'usufruit). Sur les problèmes particuliers soulevés par l'exécution forcée de l'obligation de renseigner, cf. la thèse de AFFOLTER, p. 177-186, et, en particulier sur l'obligation de production de pièces, cf. la thèse de VISSON.

¹⁶⁵² Cf. BULACHER, p. 45. *Contra*: HAUBENSAK, p. 31; VON TUHR/PETER/ESCHER, p. 92.

¹⁶⁵³ Cf. notamment art. 98 al. 1 CO; art. 366 al. 2 *in fine* et 368 al. 2 CO. Dans les dispositions de procédure, cf. art. 77 al. 2 PCF, art. 307 ch. 1 ZPO ZH; art. 404 al. 2 ZPO BE; art. 397 al. 2 CPC JU; art. 428 ZPO AG; art. 235 ch. 1 ZPO SZ; art. 300 lit. a ZPO OW; art. 244 ZPO NW; art. 327 ZPO SO; art. 254 ZPO BS; art. 280 ZPO BL; art. 394 ZPO SH; art. 316 ZPO TG; art. 222 al. 2 ZPO ZG; art. 355 al. 3 CPC FR; art. 513 al. 1 CPC VD; art. 502 al. 1 CPC TI; art. 377 CPC VS; art. 258 ch. 2 ZPO GR; art. 273 lit. a ZPO UR; art. 295 lit. a ZPO LU. Cf. aussi VOGEL, *Grundriss*, p. 407.

¹⁶⁵⁴ Art. 98 al. 1 CO.

priori le prononcé d'une pénalité judiciaire: dans le choix de la mesure, le juge sera guidé par son efficacité, tout en respectant le principe de la proportionnalité¹⁶⁵⁵. En revanche, cette règle ne s'applique pas lorsque le législateur cantonal a voulu exclure l'application de la pénalité judiciaire¹⁶⁵⁶.

531. Enfin, en matière d'obligation de *faire une déclaration de volonté*, la majeure partie des codes de procédure cantonaux prévoient que le jugement tient lieu de déclaration de volonté de la partie qui ne s'exécute pas¹⁶⁵⁷. Le Tribunal fédéral a reconnu une portée générale à ce principe¹⁶⁵⁸. L'inscription dans les registres officiels est le domaine d'application principal de ce moyen d'exécution forcée¹⁶⁵⁹, mais on le trouve aussi en matière d'exécution forcée d'une promesse de contracter¹⁶⁶⁰, de délivrance d'un certificat de travail portant uniquement sur la nature et la durée des rapports de travail¹⁶⁶¹, de constitution d'une société¹⁶⁶², d'obligation de consentir à une décision au sein d'une société de personnes, si le refus d'un sociétaire est objectivement contraire aux intérêts de la société¹⁶⁶³, ou en matière d'exécution forcée de l'obli-

¹⁶⁵⁵ Cf. par exemple WALDER, *Zivilprozessrecht*, p. 509 à propos de la procédure zurichoise.

¹⁶⁵⁶ Comme par exemple le législateur vaudois, cf. POUDRET/WURZBURGER/HALDY, ad art. 512b, p. 745 (se référant aux travaux préparatoires du code de procédure civile); JT 1992 III 58 (admet l'application de la contrainte indirecte en cas de justification spéciale, en particulier pour éviter si possible au requérant des avances de frais disproportionnées).

¹⁶⁵⁷ Cf. par exemple art. 78 al. 1 PCF; art. 308 al. 1 ZPO ZH; art. 407 ZPO BE; art. 400 CPC JU; art. 299 al. 2 lit. c ZPO SG; art. 430 al. 1 ZPO AG; art. 236 ZPO SZ; art. 254 ZPO GR; art. 222 al. 3 ZPO ZG; art. 356 CPC FR; art. 322 ZPO SO; art. 290 al. 2 ZPO AI; art. 516 CPC VD; art. 275 ZPO UR; art. 296 ZPO LU. Cf. plus généralement KUMMER, *Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung*, p. 163-205 et la thèse de MESSERLI.

¹⁶⁵⁸ ATF 119 n 371; ATF 102 II 6; ATF 97 II 50. Pour la doctrine, cf. seulement WEBER, ad Art. 98, n° 24.

¹⁶⁵⁹ Pour l'inscription au registre foncier, art. 665 CC en rapport avec l'art. 656 al. 2 CC (inscription de la propriété immobilière); art. 731 al. 2 CC (inscription des servitudes foncières); art. 746 CC (inscription de l'usufruit); art. 783 CC (inscription des charges foncières); art. 694 al. 1 CC, 710 CC, 674 CC (inscription des servitudes légales de passage nécessaire, de fontaine nécessaire et d'empiètement). Pour l'inscription au registre des pactes de réserves de propriété, cf. l'art. 715 CC.

¹⁶⁶⁰ Art. 22 CO; cf. MESSERLI, p. 115.

¹⁶⁶¹ Art. 330a al. 2 CO; cf. KUMMER, *Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung*, p. 178. Si le certificat doit également porter sur la qualité du travail de l'employeur et sur sa conduite (art. 330a al. 1 CO), l'employeur devra être condamné à l'établir lui-même. L'autorité appliquera alors, le cas échéant, un moyen de contrainte indirecte.

¹⁶⁶² Cf. de manière approfondie, MESSERLI, p. 140.

¹⁶⁶³ Art. 534 CO en relation avec l'art. 538 al. 2 CO. Cf. KUMMER, *Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung*, p. 176-177.

gation de vote stipulée dans une convention d'actionnaires¹⁶⁶⁴. Par manque d'utilité, la pénalité judiciaire n'est pas appliquée en ce domaine¹⁶⁶⁵.

b) Obligations de ne pas faire

532. En Suisse également, le domaine de prédilection de la pénalité judiciaire est celui des obligations de ne pas faire¹⁶⁶⁶. On pense évidemment aux injonctions du droit de la personnalité, des interdiction de faire concurrence, contractuelles¹⁶⁶⁷ ou délictuelles¹⁶⁶⁸, des cartels¹⁶⁶⁹, du droit au nom¹⁶⁷⁰ ou des raisons de commerce¹⁶⁷¹, ou plus largement de la propriété intellectuelle¹⁶⁷², voire encore en matière de droit réel¹⁶⁷³. L'ordre du juge ne sera pas forcément négatif. On peut imaginer des cas où le juge non seulement interdit un certain comportement au débiteur, mais lui enjoint un comportement positif afin d'éviter la continuation d'un comportement contraire au droit¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁶⁴ Cf. de manière détaillée MESSERLI, p. 156; KUMMER, *Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung*, p. 173.

¹⁶⁶⁵ Cf. HAUBENSAK, p. 33 et p. 50.

¹⁶⁶⁶ Cf. VOGEL, *Grundriss*, p. 406.

¹⁶⁶⁷ Art. 340b al. 3 CO (en matière de contrat de travail); art. 418d CO (en matière de contrat d'agence); art. 464 CO (en matière de fondés de procuration et autres mandataires commerciaux); art. 536 CO (en matière de société simple); art. 19 et 20 CO (en matière contractuelle en général).

¹⁶⁶⁸ Art. 9 ch. 1 lit. a LCD; ATF 88 II 319 (interdiction d'utiliser un secret de fabrication pour concurrence déloyale); 105 IV 278 (interdiction d'exercer une activité en violation d'une clause contractuelle de prohibition de faire concurrence); RJN 1990, p. 54 (*idem*); Rep. 1983, p. 271 (interdiction d'une publication).

¹⁶⁶⁹ ATF 101 II 142 (injonction de cesser une mesure de boycott et d'accepter les commandes passées par le demandeur).

¹⁶⁷⁰ ATF 83 II 249 (interdiction d'utiliser un nom d'association).

¹⁶⁷¹ ATF 95 II 456 (interdiction de faire usage d'une raison sociale) et ZR 91 (1992), n° 57 (injonction en changement de raison de commerce).

¹⁶⁷² Art. 72 ch. 1 LBI, art. 55 ch. 1 lit. a LPM; art. 62 ch. 1 lit. a LDA; art. 10 ch. 1 LTO; DIGGELMANN, *Strafbestimmungen bei Unterlassungsbegehren*. Cf. ATF 87 II 107 et 96 II 257 (interdiction de commercialiser un produit sous une certaine marque); 121 III 476 (violation du droit des brevets).

¹⁶⁷³ RSJ 53 (1957), p. 44 (violation du droit de voisinage).

¹⁶⁷⁴ Par exemple, ATF 70 II 188 (injonction d'assortir la raison sociale ou une marque d'un signe distinctif supplémentaire); RSJB 63 (1927), p. 466 (injonction de rapatrier des marchandises contre-faites déjà livrées auprès des détaillants); Trib. de commerce ZH, RSPI 1984, p. 295 (injonction tendant à accueillir un *outsider* dans une entente); ATF 101 II 142 (injonction de modifier son numéro de téléphone en raison des risques de confusion avec un concurrent).

c) Obligations de livrer

533. De manière générale, pour l'obligation de livrer un corps certain ou une chose de genre, l'art. 97 al. 2 CO renvoie à la procédure cantonale.

534. Pour les objets *mobiliers fongibles*, l'art. 97 CO convertit la prétention en exécution en nature en prétention en dommages-intérêts, permettant au créancier d'effectuer un achat de couverture et de se faire indemniser, le cas échéant, le dommage subi. Cependant, l'action en exécution reste possible. Ainsi, excepté les cantons de Bâle-Ville, Bâle et Tessin¹⁶⁷⁵, tous les cantons connaissent l'exécution directe des obligations de livrer une chose fongible.

535. Pour les objets *mobiliers individualisés*, la majeure partie des codes de procédure civile prévoient l'exécution forcée directe, par enlèvement de la chose avec l'assistance de la force publique et remise au requérant¹⁶⁷⁶. Tout comme pour les obligations de faire qui ne nécessitent pas le concours personnel du débiteur, on peut envisager une certaine latitude du juge et la possibilité, en vertu du principe de la proportionnalité, de prononcer une pénalité judiciaire dans ce cas aussi¹⁶⁷⁷. Cependant, si la chose n'est plus en possession du débiteur, le demandeur devra se résigner à réclamer des dommages-intérêts. En effet, dans ce cas, le législateur considère l'obligation comme impossible¹⁶⁷⁸, ce qui provoque son extinction. D'ailleurs, en cas de vente, vu son caractère causal, le créancier n'aura aucune action réelle à disposition.

536. L'obligation de livrer une chose *immobilière*, à laquelle il faut assimiler les droits réels limités, est un cas important en pratique. Si le débiteur de l'obligation de transfert ne s'exécute pas, le créancier peut l'y contraindre en obtenant du juge une décision autorisant l'expulsion par la force publique¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁵ Cf. BULACHER, p. 52.

¹⁶⁷⁶ Cf. notamment art. 307 ch. 2 ZPO ZH; art. 406 al. 1 ZPO BE; art. 426 ZPO AG; art. 399 al. 1 CPC JU; art. 246 ZPO LU; art. 357, 358 al. 1 CPC FR; art. 501 al. 2 CPC TI; art. 378 CPC VS; art. 235 ch. 2 ZPO SZ; art. 300 lit. b ZPO OW; art. 243 ch. 3 ZPO NW; art. 284 ZPO GL; art. 222 ZPO ZG; art. 328 ZPO SO; art. 254 ZPO BS; art. 281 ZPO BL; art. 395 ZPO SH; art. 258 ch. 1 ZPO GR; art. 426 ZPO AG; art. 315 ZPO TG; art. 514 lit. c CPC VD; art. 299 al. 2 lit. b ZPO SG; art. 452 CPC NE; art. 273 lib. b ZPO UR. Cf. VOGEL, *Grundriss*, p. 406.

¹⁶⁷⁷ Cf. en ce sens HAUBENSAK, p. 44.

¹⁶⁷⁸ Art. 119 CO.

¹⁶⁷⁹ Cf. par exemple art. 358 CPC FR; art. 500 al. 3 CPC TI; art. 378 CPC VS; art. 258 ch. 1 ZPO GR. Cf. aussi VOGEL, *Grundriss*, p. 406.

Si le débiteur refuse d'exécuter un acte juridique auquel il s'est engagé, le créancier peut le faire remplacer par un jugement. Il peut ainsi demander l'exécution d'un transfert de propriété¹⁶⁸⁰ ou, préalablement, l'acceptation d'une promesse de vente¹⁶⁸¹. Ce jugement formateur remplacera la déclaration de volonté du débiteur et permettra ensuite la modification de l'inscription au registre foncier¹⁶⁸². Aussi, certains codes de procédure civile prévoient expressément ce cas¹⁶⁸³. Le créancier ne se contentera cependant pas de ce jugement. Il pourra obtenir un jugement en réintégrande ou en cessation en matière de troubles de la possession¹⁶⁸⁴, dont il devra ensuite, il est vrai, demander l'exécution forcée par la force publique. En matière de libération de locaux à la fin d'un bail, la pénalité judiciaire est régulièrement prononcée¹⁶⁸⁵, aux côtés de l'expulsion par la force publique¹⁶⁸⁶.

537. Lorsque l'obligation de livrer concerne une *personne*, notamment un enfant dans le cadre du droit de garde, la jurisprudence préfère la pénalité judiciaire à la contrainte directe, en accord avec le principe de la proportionnalité¹⁶⁸⁷.

d) Obligations de payer une somme d'argent

538. Les art. 97 al. 2 CO et 38 al. 1 LP excluent l'application de la contrainte indirecte aux obligations pécuniaires et, plus largement, celle d'autres voies d'exécution prévues par le droit cantonal, vu qu'ils soumettent l'exécution forcée de ce genre d'obligations à la poursuite pour dettes. La réglementation fédérale est exhaustive. Une décision cantonale de mesure provisoire qui ordonne, sous menace de sanctions pénales, de restituer une cer-

¹⁶⁸⁰ Art. 665 al. 1 CC.

¹⁶⁸¹ Art. 216 al. 2 CO.

¹⁶⁸² Art. 963 al. 2 CC.

¹⁶⁸³ Cf. par exemple art. 308 al. 2 ZPO ZH; art. 408 ZPO BE; art. 400 CPC JU; art. 236 al. 2 ZPO LU; art. 359 CPC FR; art. 290 al. 1 ZPO AR; art. 430 al. 2 ZPO AG; art. 254 ZPO GR.

¹⁶⁸⁴ Art. 927 et 928 CC.

¹⁶⁸⁵ Cf. par exemple GVP-SG 1992, n° 34; JT 1992 II 57.

¹⁶⁸⁶ Cf. en particulier art. 358 CPC FR; art. 258 ch. 1 ZPO GR; WALDER, *Zivilprozessrecht*, p. 507.

¹⁶⁸⁷ ATF 81 II 318; ATF 107 II 301; RJJ 1995, p. 256.

taine somme d'argent n'est pas admissible¹⁶⁸⁸. Il convient cependant de préciser que l'amende qui n'a été ni payée ni rachetée sera convertie en arrêts¹⁶⁸⁹.

3. Limites

a) Limites dues à l'obligation principale

539. Certaines créances ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée, car elles ne sont pas assorties d'un droit d'action. Il s'agit des obligations naturelles¹⁶⁹⁰. Exécutables, elles ne donnent néanmoins pas lieu à répétition¹⁶⁹¹. De manière identique, les incombances¹⁶⁹² ne sont pas susceptibles d'exécution forcée non plus¹⁶⁹³. De même, les engagements pris en vertu d'un devoir moral ne donnent pas naissance à une créance¹⁶⁹⁴ et les prestations effectuées en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs ne donnent pas lieu à répétition¹⁶⁹⁵. Les obligations nulles¹⁶⁹⁶ ou illicites¹⁶⁹⁷ ne peuvent pas non plus faire l'objet d'une exécution forcée. En outre, la condamnation à l'exécution en nature ne peut pas être prononcée si le débiteur prouve que l'obligation est devenue objectivement ou subjectivement impossible: il est libéré définitivement s'il n'a commis aucune faute¹⁶⁹⁸; s'il est fautif, le créancier a le droit de réclamer des dommages-intérêts¹⁶⁹⁹. L'impossibilité peut être matérielle ou juridique. Cependant, le principe "*pacta sunt servanda*" prédomine¹⁷⁰⁰: la difficulté de fournir la prestation n'équivaut pas à son impossibilité¹⁷⁰¹. Enfin, on tire de l'interdiction de l'abus de droit de l'art. 2 al. 2 CC le refus d'ordonner l'exécution forcée en nature si les démarches que le débiteur doit faire sont manifestement disproportionnées

¹⁶⁸⁸ ATF 79 II 288, aussi 85 II 195 (la réglementation du séquestre par les art. 271 et suivants LP est exhaustive et ne peut pas être complétée par des normes de procédure cantonale).

¹⁶⁸⁹ Art. 49 ch. 3 CPS.

¹⁶⁹⁰ Cf. le jeu et pari (art. 513 CO), la loterie (art. 515 CO) ou la créance prescrite (art. 142 CO).

¹⁶⁹¹ "*Nec petitio, nec repetitio*." Cf. art. 63 al. 2 CO.

¹⁶⁹² Par exemple le devoir de vérification de la chose et d'avis au vendeur selon l'art. 201 al. 2 CO.

¹⁶⁹³ Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 102.

¹⁶⁹⁴ Art. 63 al. 2 CO.

¹⁶⁹⁵ Art. 66 CO. Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, n° 1548-1554.

¹⁶⁹⁶ Art. 20 CO.

¹⁶⁹⁷ Art. 19 CO.

¹⁶⁹⁸ Art. 119 CO.

¹⁶⁹⁹ Art. 97 CO.

¹⁷⁰⁰ ATF 88 II 195.

¹⁷⁰¹ ATF 27 II 211, JT 1902 I 199; 68 II 169, JT 1943 I 99; 116 II 512, JT 1991 I 309.

par rapport à l'avantage qu'en tire le créancier et que les intérêts de ce dernier peuvent être protégés de la même manière par l'attribution de dommages-intérêts¹⁷⁰².

b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle

540. Dans le domaine des *arts et de la science*, la jurisprudence n'a pas tranché le cas de l'obligation pour un artiste de peindre un portrait. La doctrine admet qu'une exécution *manu militari* n'est guère possible¹⁷⁰³. En revanche, elle ne s'oppose pas systématiquement à l'emploi de la pénalité judiciaire dans la mesure où celle-ci serait efficace¹⁷⁰⁴.

541. Dans le domaine du *droit de la famille*, il résulte déjà de l'art. 90 al. 3 CC qu'une action en exécution de la promesse de mariage est exclue. Seuls la restitution des présents faits¹⁷⁰⁵ ou une participation financière appropriée lorsqu'un des époux a fait de bonne foi, en vue du mariage, des dispositions occasionnant des frais ou une perte de gain¹⁷⁰⁶, peuvent être réclamés. Une action en cohabitation après l'expiration du délai fixé pour la séparation de corps est également exclue. Si un époux refuse la réconciliation, l'une des parties ne peut que réclamer le divorce¹⁷⁰⁷. En outre, le droit suisse ne connaît aucune mesure tendant à forcer l'époux ayant abandonné le domicile conjugal à y retourner: la seule sanction de cet abandon est le divorce ou la séparation de corps. En outre, l'inexécution de certaines obligations est sanctionnée pénalement, comme par exemple le paiement des obligations d'entretien fixées par le juge¹⁷⁰⁸ ou, jusqu'en 1990, l'adultère¹⁷⁰⁹. D'ailleurs, à ce titre, la pénalité judiciaire a été utilisée pour interdire un concubinage¹⁷¹⁰ ou enjoindre un époux à quitter l'appartement conjugal dans des mesures de protection de l'union conjugale¹⁷¹¹. En revanche, le droit aux

¹⁷⁰² Cf. BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, § 2014, note 12; WEBER, ad Art. 98, n° 44.

¹⁷⁰³ Cf. GROSS, p. 8.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*

¹⁷⁰⁵ Art. 91 CC.

¹⁷⁰⁶ Art. 92 CC.

¹⁷⁰⁷ Art. 114 CC.

¹⁷⁰⁸ Art. 217 CPS.

¹⁷⁰⁹ Art. 214 CPS abrogé le 1er janvier 1990.

¹⁷¹⁰ RSJ 58 (1962), n° 196 et BJM 1966, p. 90.

¹⁷¹¹ ATF 90 IV 206.

relations personnelles¹⁷¹² ne fait l'objet d'aucune disposition particulière; en conséquence, si le parent qui a la garde de l'enfant ne se soumet pas à la décision concernant le droit de visite, celle-ci lui est signifiée sous la menace des peines de l'art. 292 CPS¹⁷¹³.

542. En matière *successorale*, l'art. 562 al. 3 CC exclut l'exécution forcée en délivrance du legs si ce dernier consiste dans l'exécution d'un acte quelconque. Les légataires sont renvoyés à réclamer des dommages-intérêts.

543. En *droit du travail*, la pénalité judiciaire s'applique en matière d'obligation de l'employeur de délivrer un certificat de travail ou de motiver par écrit le congé¹⁷¹⁴. En matière d'interdiction de concurrence, l'employeur ne pourra exiger la cessation de la contravention que s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit et si cette mesure est justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et par le comportement de travailleur¹⁷¹⁵. L'obligation de fournir son travail par l'employé peut juridiquement faire l'objet d'une action en exécution. En pratique, on imagine cependant mal une telle contrainte et l'employeur pourra résilier immédiatement le contrat pour justes motifs¹⁷¹⁶. Inversement, le travailleur ne peut pas actionner son employeur afin qu'il lui fournisse du travail. En outre, la résiliation injustifiée du contrat de travail ne confère pas un droit à la réintégration au travailleur. Seul le salaire dû si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée, et éventuellement une indemnité fixée librement par le juge mais ne pouvant dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur peuvent être réclamés¹⁷¹⁷. Dans le mandat également, l'obligation du mandataire d'exécuter son mandat ne peut pas non plus être sanctionnée judiciairement: le mandat peut être résilié en tout temps¹⁷¹⁸.

544. Enfin, en matière de *sociétés de personnes*, on n'imagine guère faire subir à des associés entre lesquels tout rapport de confiance a disparu la

¹⁷¹² Art. 273 CC.

¹⁷¹³ Cf. *supra*, Partie 2, V. D. 2. c).

¹⁷¹⁴ Art. 330a et 335 al. 2 CO.

¹⁷¹⁵ Art. 340b al. 3 CO.

¹⁷¹⁶ Art. 337 CO.

¹⁷¹⁷ Art. 337c al. 1 et 3 CO.

¹⁷¹⁸ Art. 404 CO.

continuation du contrat de société¹⁷¹⁹. En effet, la société simple dont les membres ne réalisent plus la communauté essentielle à l'existence de cet organisme n'est plus viable.

E. La procédure de la pénalité judiciaire

1. Autorité compétente

a) Compétence du juge ordinaire

545. La plupart des cantons ont confié l'exécution forcée des titres condamnant à une prestation non pécuniaire en priorité aux autorités judiciaires civiles¹⁷²⁰, soit aux tribunaux ordinaires agissant comme organes d'exécution¹⁷²¹, soit à une autorité d'exécution particulière¹⁷²². Cette autorité prononcera un ordre à l'égard du débiteur, l'enjoignant à accomplir ou à cesser un certain acte dans un délai donné. Cet ordre sera assorti d'une menace de sanction, qui peut être l'amende, l'astreinte ou la commination des peines de l'art. 292 CPS. Ensuite, le prononcé de la pénalité judiciaire sera tantôt l'oeuvre de l'autorité judiciaire civile¹⁷²³, même si celui-ci peut être renvoyé à appliquer les règles du droit pénal et de la procédure pénale¹⁷²⁴, tantôt celle du juge pénal¹⁷²⁵. Dans le premier cas, la procédure reste civile; dans le second cas, elle devient pénale. Le prononcé de la peine pour insoumission de l'art. 292 CPS est l'oeuvre du juge pénal. L'exécution forcée quitte ainsi le champ de la juridiction civile pour être transférée aux autorités pénales. Enfin, l'astreinte genevoise sera prononcée par le juge saisi au fond de l'affaire.

546. La fixation d'un délai et la commination d'une sanction peuvent déjà figurer dans la décision au fond¹⁷²⁶. Le code de procédure civile bernois, par exemple, est particulièrement explicite sur ce point; l'art. 403 al. 1 ZPO BE dispose, en matière de jugement en interdiction, que le juge qui connaît de

¹⁷¹⁹ Ce qui pourrait constituer un des justes motifs prévus par l'art. 545 ch. 7 CO.

¹⁷²⁰ Cf. par exemple art. 222 ch. 1 ZPO ZH; art. 402 al. 1 ZPO BE; art. 395 al. 1 CPC JU; art. 348 CPC FR, art. 392 ZPO SH; art. 375 al. 2 CPC VS; art. 466 LPC GE.

¹⁷²¹ Par exemple: art. 223 al. 1 ZPO ZH.

¹⁷²² Par exemple: art. 324 al. 1 ZPO SO (*Oberamtmann*).

¹⁷²³ Par exemple: art. 304, 222 ch. 1 ZPO ZH. Cf. HABSCHIED/BERTI, n° 957.

¹⁷²⁴ Pour le canton de Zurich, cf. FRANK/STRÄULI/MESSMER, ad Art. 306, n° 4.

¹⁷²⁵ Par exemple: art. 403-404 ZPO BE; art. 293 et 299 al. 1 lit. a ZPO SG.

¹⁷²⁶ Cf. 304 al. 1 ZPO ZH; art. 403 ZPO BE; art. 294-297 ZPO LU.

l'affaire *doit*, sur requête du créancier, assortir d'office ce dernier d'une commination d'une amende allant jusqu'à Frs. 5'000.-- ou d'une peine d'arrêts ou d'emprisonnement en cas d'inexécution. L'art. 404 ZPO BE prévoit que le juge doit fixer dans le jugement-même enjoignant le débiteur à faire un certain acte le délai dans lequel ce dernier doit s'exécuter. Le juge *peut*¹⁷²⁷ aussi fixer immédiatement l'amende due en cas d'inexécution. Dans ce cas, un ordre d'exécution séparé n'est plus nécessaire¹⁷²⁸.

b) Compétence du juge des mesures provisoires

547. Les mesures provisoires peuvent faire l'objet d'une exécution forcée comme les jugements au fond¹⁷²⁹ et peuvent dès lors être assorties des mêmes moyens que ces derniers¹⁷³⁰. Ceci vaut également pour les mesures provisoires prononcées dans d'autres cantons, par l'effet de l'art. 122 al. 3 Cst. féd. (1999), reprenant l'art. 61 Cst. féd. (1874).

c) Compétence des arbitres

548. Si la sentence arbitrale emporte condamnation pécuniaire, son exécution forcée sera régie par la LP. En revanche, si elle emporte condamnation non pécuniaire, l'exécution forcée sera régie par le droit cantonal, soit directement s'il s'agit d'une sentence soumise au Concordat¹⁷³¹, soit par application de l'art. 29 LDIP s'il s'agit d'une sentence étrangère¹⁷³². Dès lors, un juge chargé de l'exécution forcée d'une sentence arbitrale pourra l'assortir des peines de l'art. 292 CPS ou d'une pénalité judiciaire que lui offre son droit cantonal.

549. Sur la question de savoir si l'arbitre peut lui-même assortir sa sentence d'une pénalité judiciaire, les auteurs sont divisés. Si les esprits convergent

¹⁷²⁷ Contrairement aux obligations de ne pas faire de l'art. 403 ZPO BE, il ne s'agit pas ici d'une obligation, même si cette commination immédiate semble conseillée. Cf. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, ad Art. 404, n° 7.

¹⁷²⁸ Cf. GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, p. 627, note 58.

¹⁷²⁹ Par exemple art. 422 al. 2 ZPO AG; art. 502 CPC VD; art. 463 LPC GE.

¹⁷³⁰ Cf. art. 110, 222 ch. 3 ZPO ZH. Cf. ATF 78 IV 237 (interdiction d'utiliser une certaine marque), 105 IV 248 (interdiction de publier des textes contraires au droit de la personnalité).

¹⁷³¹ En matière intercantonale, les sentences arbitrales valent jugement selon l'art. 122 al. 3 Cst. féd. (1999), reprenant l'art. 61 Cst. féd. (1874). L'art. 44 du Concordat prévoit que la sentence est d'abord exécutée dans une procédure particulière.

¹⁷³² Cf. par exemple LALIVE/POUDRET/REYMOND, ad art. 194 LDIP, n° 3.

sur l'absence de pouvoir de contrainte des tribunaux arbitraux¹⁷³³, ils se séparent sur la faculté de menacer les parties d'une peine ou sanction en cas d'inexécution. La question est généralement traitée dans le cadre du pouvoir du tribunal arbitral de prononcer des mesures provisoires, domaine où l'existence d'un ordre de l'arbitre enjoignant une partie à adopter un certain comportement ou à s'en abstenir est la plus probable, comme par exemple l'interruption ou la poursuite de travaux en cas de litige survenant en cours d'exécution d'un contrat ou l'interdiction d'exercer une certaine activité, fondée sur une clause de prohibition de concurrence ou sur un accord de limitation de marché. En arbitrage interne, l'art. 26 du Concordat réserve cette faculté expressément aux tribunaux étatiques; l'arbitre ne peut que proposer de telles mesures auxquelles les parties peuvent se soumettre volontairement. Cette restriction se justifie précisément parce que les arbitres ne disposent pas du pouvoir de contrainte, n'étant pas détenteurs de la puissance publique¹⁷³⁴.

550. En arbitrage international, l'art. 183 LDIP autorise l'arbitre à ordonner des mesures provisionnelles ou conservatoires. L'arbitre n'émet donc pas une simple recommandation, comme en arbitrage interne, mais bien une décision obligatoire pour les parties. La doctrine majoritaire considère néanmoins que les arbitres ne peuvent pas assortir leurs décisions de sanctions pénales¹⁷³⁵, notamment celle de l'art. 292 CPS, soit parce qu'une sentence arbitrale ne constitue pas une "décision de l'autorité" au sens de cette disposition¹⁷³⁶, soit parce que la commination d'une peine pénale constitue une mesure qui dépasse la compétence limitée aux mérites conférée aux arbitres¹⁷³⁷. Seuls WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN accordent ce pouvoir de commination à l'arbitre, notamment celui des menaces des peines de l'art. 292 CPS¹⁷³⁸, en estimant qu'il est légitime qu'un arbitre puisse utiliser tous les moyens à disposition pour assurer l'exécution des mesures qu'il prononce. Toutefois, et à juste titre, ils réservent le prononcé de la sanction au

¹⁷³³ Cf. en dernier KNOEPFLER, p. 323.

¹⁷³⁴ Cf. LALIVE/POUDRET/REYMOND, ad art. 26 CIA, n° 1.

¹⁷³⁵ Cf. BERTI, ad Art. 183, n° 11; BESSON, n° 540; GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, p. 609, note 78; HABSCHIED, *Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte*, p. 134-137; MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 172; VISCHER, ad Art. 183, n° 7, p. 1543 (dubitativ).

¹⁷³⁶ Cf. BERTI, ad Art. 183, n° 11; BESSON, n° 540; GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, p. 609, note 78.

¹⁷³⁷ Cf. HABSCHIED, *Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte*, p. 134-137; MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 172.

¹⁷³⁸ Cf. WALTER/BOSCH/BRÖNNIMANN, ad Art. 183, p. 137.

juge étatique¹⁷³⁹. Par rapport à cette opinion, le professeur VISCHER, enfin, émet certains doutes quant à la motivation du juge pénal à prononcer une peine sur la base d'une commination qui figure dans une sentence arbitrale¹⁷⁴⁰. Même si l'on devait reconnaître à l'arbitre la faculté de brandir une telle menace, il paraît exclu qu'une condamnation soit prononcée par un juge étatique avant que la décision arbitrale n'ait été reconnue devant l'autorité publique¹⁷⁴¹. La menace de sanctions pénales ne peut donc pas avoir d'existence propre en matière d'arbitrage; elle devra être à tout le moins confirmée par un juge étatique au stade de l'exequatur.

551. Sur la compétence de l'arbitre d'assortir sa sentence d'une astreinte, seule HOHL se prononce, par la négative, estimant, à l'image de la doctrine belge, que la condamnation au versement d'une astreinte outrepassse les pouvoirs de l'arbitre¹⁷⁴². Cette opinion mérite cependant d'être examinée d'un œil critique, à tout le moins en matière d'arbitrage international. En effet, selon l'art. 182 LDIP, les parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure arbitrale; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix. Cette liberté absolue dans l'organisation de la procédure nous incite plutôt à accorder à l'arbitre, à tout le moins celui compétent en vertu du chapitre 12 de la LDIP, le pouvoir d'accompagner sa sentence d'une condamnation à un montant périodique afin d'assurer l'exécution de cette dernière, à l'instar de la majorité de la doctrine française, qui l'admet en justifiant sa solution par le rattachement de l'astreinte à la fonction juridictionnelle¹⁷⁴³. La compétence de fixer le montant définitif ou celui de prononcer l'exécution forcée des montants accumulés restera cependant dans les mains du juge étatique, dans le cadre de la procédure d'exequatur.

¹⁷³⁹ *Ibid.*, p. 138.

¹⁷⁴⁰ Cf. VISCHER, ad Art. 183, n° 7, p. 1543.

¹⁷⁴¹ Cf. BESSON, n° 540.

¹⁷⁴² Cf. HOHL, n° 993.

¹⁷⁴³ Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 1. c).

2. Condamnation et modalités

a) Pouvoirs du juge

552. En principe, la menace de la pénalité judiciaire cantonale n'est prononcée que sur requête du créancier¹⁷⁴⁴. Cela correspond à la nature dispositive de l'exécution forcée¹⁷⁴⁵.

553. La commination des peines prévues par l'art. 292 CPS répond à des critères différents. Lorsque le Tribunal fédéral prononce un ordre de faire ou de ne pas faire en instance unique, il l'assortit d'office de la menace des peines prévues à l'art. 292 CPS, conformément à l'art. 76 PCF¹⁷⁴⁶. Les droits cantonaux en revanche ne prévoient en principe pas expressément cette commination d'office¹⁷⁴⁷. Le juge cantonal doit-il la prononcer lorsque l'obligation ou l'abstention imposée au condamné relève du droit fédéral¹⁷⁴⁸ ou le prononcé est-il laissé à sa libre appréciation¹⁷⁴⁹? La pratique constante des juridictions cantonales, jamais sanctionnée à ce jour par le Tribunal fédéral, opte pour la libre appréciation¹⁷⁵⁰. On peut cependant émettre les règles suivantes. En matière d'obligations de faire, la commination ne devrait être prononcée que sur requête du créancier et seulement dans la procédure d'exécution forcée - par opposition à la procédure au fond -, lorsque le juge fixe un délai au débiteur pour s'exécuter¹⁷⁵¹. Ceci correspond à la maxime dispositive propre à la procédure civile et ne saurait prêter les intérêts du créancier. En revanche, en matière d'obligations de ne pas faire, il convient d'assortir d'office et dans la procédure au fond déjà les injonctions de la commination de l'art. 292 CPS¹⁷⁵². En effet, il n'est pas possible de

¹⁷⁴⁴ Cf. art. 306 al. 1 ZPO ZH; art. 403 al. 1 ZPO BE; 234 al. 1 ZPO SZ; art. 299 al. 1 ZPO OW; art. 247 ZPO NW; art. 222 al. 1 ZPO ZG; art. 354 al. 1, 355 al. 2 ZPO FR; art. 297 ZPO SG; art. 395 al. 2 ZPO SH; art. 289 al. 4 ZPO AR; art. 316 al. 1 ZPO TG; art. 294 ZPO LU; cf. STUDER/RÜEGG/EHOLZER, ad Art. 294, n° 1.

¹⁷⁴⁵ Cf. FRANK/STRÄULI/MESSMER, ad Art. 306, n° 4; HAUBENSAK, p. 37.

¹⁷⁴⁶ Cf. ATF 83 II 261; 87 II 112; 88 II 323; 90 II 163.

¹⁷⁴⁷ Cf. cependant l'art. 403 al. 1 ZPO BE qui oblige le juge d'assortir une telle décision d'une telle menace en matière d'injonction négative.

¹⁷⁴⁸ Dans ce sens, ATF 98 II 138, JT 1972 I 624.

¹⁷⁴⁹ Dans ce sens, ATF 107 II 96, JT 1981 I 369 c. 10.

¹⁷⁵⁰ Cf. BERTOSSA/GAILLARD/GUYET, vol. III, ad art. 462, n° 3.

¹⁷⁵¹ Cf. KUMMER, *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafzwang*, p. 385.

¹⁷⁵² Cf. art. 76 PCF; art. 403 ZPO BE; ATF 83 II 260; 87 II 107; 93 II 433; 95 II 456; 97 II 234; 108 II 344. Cf. aussi DAVID, p. 83 et 204; KUMMER, *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafzwang*, p. 384; MERZ, p. 89; STADLER, p. 39; TROLLER, T. II, p. 1012.

"rattraper" l'inexécution de l'obligation par une exécution ultérieure: le risque de dommage pour le créancier résultant d'une seule et unique infraction est déjà trop important pour laisser une chance au débiteur. En insérant la commination des peines de l'art. 292 CPS d'office dans le jugement au fond déjà, le Tribunal fédéral n'empiète pas sur la compétence cantonale en matière d'exécution forcée, mais complète utilement l'action en cessation en se fondant sur le droit fédéral non écrit¹⁷⁵³.

b) Taux et modalités de la pénalité judiciaire

554. Dans les limites de la loi, le juge dispose d'une grande liberté dans la fixation du montant de la pénalité judiciaire. L'insoumission à une décision de l'autorité selon l'art. 292 CPS est punie des arrêts ou de l'amende. Il s'agit donc d'une contravention au sens des art. 101-109 CPS. Sous réserve du concours avec une infraction plus sévèrement réprimée, la peine maximale est de trois mois d'arrêts¹⁷⁵⁴ et de Frs. 5'000.-- d'amende¹⁷⁵⁵. La peine privative de liberté et l'amende peuvent être cumulées¹⁷⁵⁶.

555. L'art. 335 al. 2 CPS n'exige pas des cantons qu'ils se conforment aux limites fixées par le CPS pour les amendes en cas de contravention. Le montant maximal de l'amende cantonale journalière reste cependant relativement modeste: Frs. 1'000.-- en droit zurichois¹⁷⁵⁷, Frs. 500.-- en droit valaisan¹⁷⁵⁸ et en droit lucernois¹⁷⁵⁹, et Frs. 5'000.-- en droit bernois¹⁷⁶⁰. Le droit saint-gallois, quant à lui, a adopté la limite générale du CPS, à savoir Frs. 40'000.--¹⁷⁶¹. Ce maximum peut évidemment être multiplié en cas de récidive. Selon la jurisprudence zurichoise, le montant de l'amende journalière n'est pas déjà fixé dans la commination, mais uniquement dans la condamnation définitive¹⁷⁶². Le code lucernois prévoit également, dans

¹⁷⁵³ En ce sens, cf. KUMMER, *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafwang*, p. 386.

¹⁷⁵⁴ Art. 39 ch. 1 CPS.

¹⁷⁵⁵ Art. 106 al. 1 CPS qui déroge à l'art. 48 ch. 1 CPS.

¹⁷⁵⁶ Art. 50 al. 2 CPS.

¹⁷⁵⁷ Art. 4 ch. 2 *Ordnungsstrafgesetz* ZH du 30 octobre 1866 en rapport avec l'art. 328 al. 1 StPO ZH.

¹⁷⁵⁸ Art. 380 CPC VS.

¹⁷⁵⁹ Art. 294 al. 2 ZPO LU.

¹⁷⁶⁰ Art. 403 ZPO BE.

¹⁷⁶¹ Cf. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ad Art. 299, n° 3.

¹⁷⁶² ZR 81 (1982), n° 15.

l'hypothèse où l'amende pour inexécution est fixée par jour d'inexécution, que celle-ci pourra être prononcée pour une durée maximale de 30 jours¹⁷⁶³.

556. Les trois formes connues de la contrainte indirecte pécuniaire (montant global, montant par unité de temps, montant par contravention) se rencontrent aussi dans les droits cantonaux. Le montant unique sera prononcé lorsqu'un acte isolé a été ordonné. En principe, l'amende prévue par l'art. 292 CPS est globale. Si la menace est répétée, elle peut alors être prononcée pour chaque contravention, à condition qu'une commination ait été notifiée pour chaque cas d'inexécution. La même règle vaut pour les amendes cantonales¹⁷⁶⁴. Ces dernières peuvent, dans certains cantons, être fixées par unité de temps jusqu'à exécution de l'obligation ou cessation de l'acte interdit¹⁷⁶⁵. Cette modalité ne lui confère cependant pas le caractère d'astreinte: elle reste due à l'Etat¹⁷⁶⁶. En revanche, la commination de la pénalité judiciaire ne peut pas comporter un montant fixe, même par unité de temps, déterminé d'avance. Cela est contraire au respect du principe de sa fixation en fonction de la faute du débiteur¹⁷⁶⁷.

c) Point de départ et durée de la pénalité judiciaire

557. Les pénalités judiciaires de droit cantonal doivent être notifiées au débiteur: ce n'est que dès la connaissance par ce dernier que l'on peut exiger de lui un certain comportement. En ce qui concerne l'art. 292 CPS, la question n'est cependant pas tranchée. On peut imaginer une solution similaire à la solution allemande qui prévoit qu'en matière d'injonction de ne pas faire, l'*Ordnungsgeld* du § 890 ZPO court dès sa connaissance par le débiteur.

558. La condamnation de l'auteur pour infraction à l'art. 292 CPS n'a pas pour effet de libérer ce dernier du devoir de se soumettre à la décision de l'autorité. S'il persiste dans son action ou omission coupable, il peut être condamné plusieurs fois pour infraction à l'art. 292 CPS, sans pouvoir invo-

¹⁷⁶³ Art. 294 al. 2 ZPO LU.

¹⁷⁶⁴ Cf. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ad Art. 299 n° 3.

¹⁷⁶⁵ Art. 306 al. 2 ZPO ZH; art. 234 al. 2 SZ; art. 299 al. 2 ZPO OW; art. 299 ZPO SG; art. 289 al. 4 ZPO AR; 315 ZPO AI; art. 256 ZPO BS.

¹⁷⁶⁶ Cette différence semble avoir échappé à FRANK/STRÄULI/MESSMER, ad Art. 306, n° 7.

¹⁷⁶⁷ Cf. HAUBENSAK, p. 36.

quer le principe "*ne bis in idem*", dès lors qu'à chaque fois une autre action ou omission coupable est réprimée¹⁷⁶⁸.

3. Influence de la faute

559. L'insoumission réprimée par l'art. 292 CPS doit être intentionnelle, mais le dol éventuel suffit¹⁷⁶⁹. L'auteur doit donc connaître l'injonction, sa validité et les conséquences pénales d'un refus d'obtempérer. Il ne suffit pas que la décision ait été valablement notifiée s'il n'est pas établi que l'intéressé en a effectivement eu connaissance¹⁷⁷⁰. L'impossibilité de faire connaître au destinataire l'injonction qui lui est faite et les peines dont il est menacé exclut l'application de l'art. 292 CPS, même si cette impossibilité est due à la légèreté ou à la dérobade du destinataire¹⁷⁷¹. Enfin, le juge fixera le montant de l'amende également en tenant compte du revenu et de la fortune du condamné¹⁷⁷².

560. La condamnation à une pénalité judiciaire de droit cantonal est également soumise à l'existence d'une faute¹⁷⁷³. Cette condition n'est pas toujours explicite dans la disposition qui fonde l'institution. Par exemple, en droit zurichois, l'*Ordnungsbussengesetz* ne mentionne pas expressément la condition de la faute. Cependant, l'autorité doit tenir compte de cette condition lors de la fixation de l'amende¹⁷⁷⁴. Cette exigence est logique. En effet, son absence permettrait au débiteur qui a déjà offert quelque résistance à une première commination d'une amende cantonale et que le juge a ultérieurement menacé des peines de l'art. 292 CPS, de ne pas être sanctionné pour son inexécution initiale.

¹⁷⁶⁸ ATF 104 IV 231; cf. aussi CORBOZ, p. 360; REHBERG, p. 307; STRATENWERTH, *BT II*, p. 270; TRECHSEL, ad Art. 292, n° 7.

¹⁷⁶⁹ ATF 119 IV 240 c. 2a.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷⁷¹ Cf. CORBOZ, p. 358.

¹⁷⁷² Art. 48 ch. 2 et 3 CPS, cf. ATF 101 IV 16.

¹⁷⁷³ Par exemple, pour l'*Ordnungsbuss* zurichoise, cf. ZR 53 (1954), n° 78.

¹⁷⁷⁴ Art. 4a de l'*Ordnungsbussengesetz* en rapport avec l'art. 48 ch. 2 CPS.

F. Les effets de la condamnation

561. La poursuite pénale pour violation de l'art. 292 CPS intervient d'office¹⁷⁷⁵. Une telle action d'office se marie mal avec le caractère civil de la prétention que la menace de l'art. 292 CPS est censée garantir. En effet, si le défendeur admet le bien-fondé d'une action en cessation de trouble ou y consent dans le cadre d'une transaction judiciaire, l'interdiction ainsi que la commination de l'art. 292 CPS devront figurer dans le dispositif¹⁷⁷⁶. Elle place l'intervention de l'Etat au-dessus de la volonté du particulier dont elle vise à protéger les intérêts¹⁷⁷⁷. Si les parties ne désirent pas cette conséquence, le demandeur devra retirer sa demande en contrepartie de l'engagement du défendeur de cesser le comportement incriminé. En revanche, l'exécution forcée des jugements du Tribunal fédéral semble mieux en harmonie avec le principe de libre disposition, puisqu'elle nécessite une demande en ce sens du créancier¹⁷⁷⁸. De même, les cantons qui prévoient l'application de l'art. 292 CPS en qualité de droit cantonal par le renvoi l'art. 335 CPS, mais qui ne poursuivent le débiteur récalcitrant que sur plainte du créancier, semblent également mieux inspirés¹⁷⁷⁹.

562. Il convient encore de se demander si le juge, lorsque il est saisi d'une poursuite pour infraction à l'art. 292 CPS, peut contrôler le bien-fondé de l'injonction qui avait été adressée par l'autorité ou le fonctionnaire. En présence d'une décision administrative, son pouvoir d'examen est libre lorsqu'aucun recours de droit administratif n'était possible contre l'injonction, mais seulement restreint lorsqu'un tel recours était ouvert¹⁷⁸⁰. Dans ce dernier cas, il n'est pas lié par la décision administrative lorsqu'il y a violation manifeste de la loi ou abus du pouvoir d'appréciation¹⁷⁸¹. Certains auteurs reconnaissent également au juge pénal le pouvoir de contrôler la décision quant à sa validité formelle, en accentuant l'aspect pénal de la disposition¹⁷⁸².

¹⁷⁷⁵ ATF 93 II 433; 97 II 234; 98 II 147.

¹⁷⁷⁶ Trib. de commerce BE, RSJB 74 (1938), p. 101; Trib. de commerce ZH, RSJ 73 (1977), p. 309, n° 89; Trib. de commerce AG, RSPI 1991, p. 384.

¹⁷⁷⁷ Cf. KUMMER, *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafwang*, p. 398.

¹⁷⁷⁸ Art. 76 al. 2 PCF.

¹⁷⁷⁹ Art. 425 ZPO AG et 272 al. 3 ZPO UR; cf. KUMMER, *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafwang*, p. 398.

¹⁷⁸⁰ ATF 121 IV 29 confirmant ATF 98 IV 106.

¹⁷⁸¹ ATF 98 IV 106 c. 3 confirmé dans 121 IV 31. Cf. CORBOZ, p. 360; TRECHSEL, ad Art. 292, n° 7.

¹⁷⁸² Cf. notamment REHBERG, p. 310; STADLER, p. 124; STRATENWERTH, *BT II*, p. 269.

STRATENWERTH accorde toutefois un pouvoir plus étendu au juge pénal; il estime que cette norme ne vise pas la sanction de l'insoumission à une décision d'autorité, mais bien plutôt le non-respect de la loi sur laquelle est fondé l'ordre en question¹⁷⁸³. Dès lors, le pouvoir de contrôle du juge pénal comprend également le bien-fondé matériel de la décision, quelle que soit l'autorité qui l'a prononcée. Cette interprétation va à l'encontre du texte même de l'art. 292 CPS. Seule la validité de la commination peut être examinée¹⁷⁸⁴. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir dans quelle mesure le juge pénal peut revoir une injonction émanant du juge civil¹⁷⁸⁵. Les décisions cantonales soit nient la possibilité d'un tel examen¹⁷⁸⁶, soit l'admettent en se référant à l'ATF 98 IV 106 précité¹⁷⁸⁷. Dans tous les cas, une condamnation pour insoumission à une décision rendue par une autorité incompétente est exclue¹⁷⁸⁸.

563. Enfin, le caractère hybride de la pénalité judiciaire cantonale se manifeste aussi par le fait qu'une fois prononcée, celle-ci ne sera plus à la libre disposition des parties¹⁷⁸⁹. Le recouvrement se fera d'office, par les services de l'Etat, comme le recouvrement de l'amende fondée sur l'art. 292 CPS.

¹⁷⁸³ Cf. STRATENWERTH, *BT II*, p. 268.

¹⁷⁸⁴ Cf. HABSCHIED/BERTI, n° 958.

¹⁷⁸⁵ ATF 121 IV 31 c. 2a (contravention à une mesure provisoire selon l'art. 28c CC).

¹⁷⁸⁶ TC AG, 21 septembre 1993, AGVE 1994, p. 86; RSJB 101 (1965), p. 287. Cf. aussi KUMMER, *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafzwang*, p. 398.

¹⁷⁸⁷ ZR 53 (1954), n° 118, p. 250; BJP 1984, n° 721, RSJ 79 (1983), p. 99, n° 16; Cass. NE, 8 février 1983, RJN 1983, p. 97. Cf. aussi CORBOZ, p. 357; TRECHSEL ad Art. 292, n° 7.

¹⁷⁸⁸ ATF 122 IV 340 et les nombreuses références citées (l'arrêt laisse cependant ouverte la question lorsque l'insoumission constitue à l'évidence un abus de droit).

¹⁷⁸⁹ Cf. FRANK/STRÄULI/MESSMER, ad Art. 306, n° 3.

VI. SYNTHESE: L'EXECUTION EN NATURE ET LA PENALITE JUDICIAIRE EN DROIT COMPARE ET DANS LES INSTRUMENTS D'UNIFICATION ET D'HARMONISATION DU DROIT

A. Introduction

1. La pénalité judiciaire - un instrument à la croisée des chemins

564. L'étude des divers instruments de contrainte indirecte nationaux démontre que la pénalité judiciaire est en fait à la croisée des chemins entre le droit matériel, le droit de procédure et le droit de l'exécution forcée. De par leur origine déjà, les instruments examinés se distinguent nettement, les uns ayant leur source plutôt dans le droit matériel de la réparation du dommage (France, Benelux), les autres trouvant plutôt leur fondement dans le respect dû à l'autorité du juge (Angleterre, Allemagne, Suisse).

565. En amont d'abord, la compréhension de la pénalité judiciaire passe par un examen des règles de droit matériel, afin de déterminer si l'ordre juridique en question permet d'obtenir un titre condamnant à l'exécution en nature. En effet, sans titre prononçant l'exécution en nature, pas de pénalité judiciaire! Le droit anglais et la doctrine de la *specific performance* démontrent parfaitement cet ancrage de l'exécution en nature dans le droit matériel. En prononçant la *specific performance*, le juge anglais statue indirectement déjà sur la possibilité d'exécution forcée de son *decree*. En revanche, en Allemagne, le droit matériel est extrêmement libéral quant à la possibilité d'obtenir un titre condamnant à l'exécution en nature et ce n'est qu'au stade de l'exécution forcée que des restrictions apparaîtront, fondées alors précisément sur le droit de l'exécution forcée. Par ailleurs, en France, l'avènement de l'astreinte a considérablement étendu les pouvoirs du juge, au point d'influencer de manière importante le champ d'application de l'art. 1142 CCFr. Ensuite, au moment du prononcé de la pénalité judiciaire, ce sont les règles de procédure civile au sens strict, à savoir celles qui s'appliquent à la procédure méritoire, qui détermineront les modalités de la fixation de celle-ci. La ZPO allemande, très rigide sur l'utilisation de la pénalité judiciaire, démontre parfaitement cette imbrication en prévoyant deux procédures différentes, l'une pour le *Zwangsgeld* et l'autre pour l'*Ordnungsgeld*. En aval enfin, c'est le droit de l'exécution forcée qui déterminera dans une large mesure la

portée et les effets des pénalités judiciaires prononcées lors de la procédure méritoire.

566. Une étude détaillée de la pénalité judiciaire ne saurait dès lors se faire, d'une part sans démontrer l'étroite imbrication de ces trois domaines, et d'autre part sans un examen de leur évolution historique. Cette étude dépasserait le cadre que nous nous sommes fixés. Nous allons nous contenter ici de dresser, à titre de synthèse, un état de la situation et des tendances actuelles dans chacun de ces domaines en mettant en regard les résultats obtenus lors de l'étude des droits nationaux avec les règles consacrées dans certains instruments ou travaux d'unification et d'harmonisation du droit prévoyant l'exécution en nature (2) ou la pénalité judiciaire (3).

2. Principaux instruments d'unification et d'harmonisation du droit prévoyant l'exécution en nature

a) Textes pertinents

567. Les efforts en vue de l'unification du droit des contrats ont récemment été concrétisés par l'adoption de plusieurs textes qui ont reçu un accueil encourageant dans les milieux du commerce international. Les *Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* tout d'abord, publiés en 1994 à Rome sous la direction du professeur BONELL, ont fait l'objet d'une multitude de contributions doctrinales¹⁷⁹⁰. Au sein de l'Union européenne aussi, et même au-delà¹⁷⁹¹, la discussion sur la dénationalisation du droit privé est en pleine ébullition. Les *Principles of European Contract Law* ensuite, élaborés par une commission d'experts présidée par le professeur danois LANDO, représentent aujourd'hui sans aucun doute le travail le plus élaboré en matière d'unification du droit des contrats en Europe et font preuve, comme une sorte de *ratio scripta*, des résultats obtenus par le droit comparé européen des contrats. Enfin, la *Convention des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises*, signée à Vienne le 11 avril 1980¹⁷⁹², connaît un succès grandissant, puisque qu'elle est en vigueur dans

¹⁷⁹⁰ Pour la Suisse, nous nous limiterons à citer la contribution de WERRO/BELSER, p. 511-566.

¹⁷⁹¹ En Suisse, la 11e Journée de droit européen, tenue le 5 mai 1998 à Fribourg, était consacrée aux "Perspectives of a New European Private Law." Les contributions sont reproduites dans l'ouvrage collectif édité par WERRO et mentionné dans la bibliographie.

Pour une bonne information sur les travaux d'unification du droit privé en Europe, on consultera avec profit la *Revue européenne de droit privé*, Dordrecht, ou la *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, Munich, qui paraissent toutes deux trimestriellement.

¹⁷⁹² Entrée en vigueur en Suisse le 1er mars 1991 (RS 0.221.211.1).

plus de 50 pays à l'heure actuelle. Ensemble, ces trois textes forment en quelque sorte le fondement du droit privé du commerce international.

b) Dispositions pertinentes

568. L'art. 7.2.2 des Principes UNIDROIT, intitulé *"Exécution de l'obligation non pécuniaire"* dispose:

"A défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution, sauf lorsque:

- a) l'exécution est impossible en droit ou en fait;*
- b) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables;*
- c) le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon;*
- d) l'exécution présente un caractère strictement personnel; ou*
- e) le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution."*

569. L'art. 9.102 des *European Principles*, intitulé *"Obligations autres que de sommes d'argent"* dispose:

"(1) Le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse.

(2) Toutefois, l'exécution en nature ne peut être obtenue lorsque

- (a) l'exécution serait impossible ou illicite;*
- (b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables;*
- (c) elle consiste à fournir des services ou réaliser un ouvrage présentant un caractère personnel ou dépend de relations personnelles;*
- (d) ou le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen.*

(3) Le créancier est déchu du droit à l'exécution en nature s'il manque à la demande dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution."

570. Enfin, la CVIM place l'exécution en nature en premier dans l'énumération des moyens qu'elle met à disposition de chacune des parties en cas de manquement à ses obligations par l'autre partie. L'art. 46 al. 1 CVIM dispose que "*l'acheteur peut exiger du vendeur l'exécution de ses obligations, à moins qu'il ne se soit prévalu d'un moyen incompatible avec cette exigence.*" L'art. 62 CVIM dispose ensuite que "*le vendeur peut exiger de l'acheteur le paiement du prix, la prise de livraison des marchandises ou l'exécution des autres obligations de l'acheteur, à moins qu'il ne se soit prévalu d'un moyen incompatible avec ces exigences.*"

c) **Fonction et valeur de ces instruments dans le processus d'unification du droit privé**

571. Les auteurs des Principes UNIDROIT et des *European Principles* ne revendiquent nullement la fonction de législateur. L'on peut en fait assigner trois fonctions à ces textes: celle de *Restatement*, celle de loi-modèle et celle de codification privée des principes généraux du droit international des contrats. Sur un plan pratique, leurs auteurs entendent mettre à disposition des acteurs du commerce international un corps de règles facilitant leurs relations commerciales. Les parties peuvent ainsi décider de leur application en bloc, tout comme le choix d'une loi nationale ou de la *lex mercatoria*, ou partielle à leurs relations contractuelles. La principale différence entre ces principes réside dans leur champ d'application territorial et matériel. Les Principes UNIDROIT revendiquent une application mondiale, mais limitée aux contrats du commerce international. En revanche, les *European Principles* n'entendent s'appliquer qu'aux contrats européens, tout en ayant l'ambition de s'appliquer à tous les contrats, y compris les contrats nationaux et les contrats non-commerciaux. Quant à leur contenu, les deux textes ne présentent que peu de différences, ce qui permet de les considérer de manière commune. Enfin, quant à la méthode utilisée, les deux textes adoptent la technique américaine du *Restatement*, à savoir de brèves règles directrices, une *checklist* des problèmes à résoudre et des commentaires étendus.

572. Les limites à la liberté des parties de déclarer les Principes UNIDROIT et de *European Principles* applicables à leurs relations d'affaires correspondent aux limites du champ d'application apportées par les textes eux-mêmes, qui réservent l'application des dispositions impératives des différents ordres juridiques nationaux. Il convient de relever que le commentaire qui accompagne les *European Principles* précise que les juges

nationaux devraient accorder l'exécution en nature même dans les cas où ils ne le feraient pas en appliquant leur droit national.

573. La CVIM en revanche est une convention internationale contraignante consacrant un droit uniforme de la vente internationale de marchandises. Elle est applicable aux contrats de vente portant sur des marchandises, lorsque les parties ont leur domicile dans différents pays (i) si ces pays sont parties à la convention ou (ii) si les règles de droit international privé conduisent à l'application du droit d'un pays contractant¹⁷⁹³. Contrairement aux *European Principles*, le droit d'obtenir l'exécution en nature conféré par la CVIM trouve sa limite dans la *lex fori* du tribunal saisi. L'art. 28 CVIM prévoit en effet que le tribunal saisi n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour les contrats de vente semblables non régis par la Convention.

3. Principaux instruments d'unification et d'harmonisation du droit prévoyant la pénalité judiciaire

a) Textes pertinents

574. Dire que les règles de procédure civile diffèrent considérablement entre les divers Etats membres de l'Union européenne relève du lieu commun. Il s'agit pourtant d'un sérieux obstacle au bon fonctionnement du marché interne, entraînant le risque que tout procès transfrontalier devienne une entreprise hasardeuse et coûteuse. Aussi, l'harmonisation du droit de la procédure civile, respectivement de l'exécution forcée des obligations non pécuniaires, a fait l'objet de plusieurs congrès et séminaires ces 15 dernières années en Europe¹⁷⁹⁴. On se contentera de mentionner le colloque de Lund de 1985¹⁷⁹⁵, les travaux sur l'effectivité des décisions de justice dans le cadre de l'Association Henri Capitant de 1985¹⁷⁹⁶, les contributions présentées lors du congrès organisé pour le 80e anniversaire du professeur BAUR à Tübingen

¹⁷⁹³ Art. 1. al. 1 CVIM.

¹⁷⁹⁴ Sur le phénomène de l'harmonisation et de l'unification en général de la procédure civile, cf. récemment WALTER/WALTHER, *International Litigation*.

¹⁷⁹⁵ Cf. les rapports publiés dans JACOBSSON/JACOB, *Trends in the Enforcement of Non-Money Judgments and Orders*, Deventer, etc. 1988.

¹⁷⁹⁶ Cf. les rapports publiés dans ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *L'effectivité des décisions de justice (journées françaises)*, T. 36, Paris 1985.

en 1991¹⁷⁹⁷, le rapport McINTOSH/HOLMES de 1991¹⁷⁹⁸ et les rapports présentés lors du Ve congrès mondial de l'*International Association of Procedural Law* à Taormina en 1995¹⁷⁹⁹. Outre les contributions faites lors des séminaires et rapports précités, la réflexion a également eu lieu chez les auteurs, tant de procédure civile¹⁸⁰⁰ que d'exécution forcée¹⁸⁰¹.

575. A côté de ces contributions doctrinales, on mentionnera particulièrement trois textes d'unification ou d'harmonisation, qui prévoient expressément une pénalité judiciaire afin d'assurer l'exécution des obligations non pécuniaires¹⁸⁰². Tout d'abord, le travail accompli par le Groupe d'Etudes sur la Procédure Civile en Europe, dirigé par le professeur belge STORME, dont le rapport présentant des propositions pour le rapprochement des droits de procédure en Europe a été soumis à la Commission européenne en 1993¹⁸⁰³. Il traite 16 sujets, allant de la conciliation à l'astreinte¹⁸⁰⁴. Les règles

¹⁷⁹⁷ Cf. GRUNSKY/STÜRNER/WALTER/WOLF (édit.), *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur, Tübingen 1992.

¹⁷⁹⁸ Cf. McINTOSH/HOLMES, *Civil Procedures in EC Countries*, Londres 1991.

¹⁷⁹⁹ Cf. le rapport général sur le thème "Spécificités du Droit Judiciaire Comparé" présenté par GILLES, *Prozessrechtsvergleichung*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1996 et le rapport général suisse par BAUDENBACHER/CAVELTI, *Weltkongress Prozessrecht 1995, Landesbericht Schweiz*, Bâle et Francfort-sur-le Main 1997.

¹⁸⁰⁰ Cf. notamment CARPI, p. 1399-1416; FAZZALARI, p. 1425-1440; HESS, *Der Binnenmarkprozess*, p. 1021-1032; KERAMEUS, *Procedural Unification*, p. 47-66; Id., *Procedural Harmonization*, p. 401-416; Id., *Political Integration and Procedural Convergence*, p. 919-930; LINDBLOM, p. 11-46; NORMAND, *Il ravvicinamento delle procedure civili*, p. 682-700; PRÜTTING, *Auf dem Weg zu einer Europäischen Zivilprozessordnung*, p. 457-469; Id., *Die Entwicklung eines europäischen Zivilprozessrechts*; STORME, *Rechtsvereinheitlichung in Europa*, p. 290-299; Id., *Procedural Consequences of Common Private Law for Europe*, p. 83-95; TARZIA, *Le juge et la conduite du procès civil*, p. 521.

¹⁸⁰¹ Cf. notamment CAPPONI, *prospettiva di armonizzazione*, p. 1389; Id., *Attualità*, p. 148-171; GÄRTNER, *Probleme der Auslandsvollstreckung*; KERAMEUS, *Enforcement*, p. 179-410; DE LEVAL, *Une harmonisation des procédures d'exécution*, p. 485-520; PRÜTTING, *Probleme des europäischen Vollstreckungsrechts*, p. 137-140; REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*; STORME, *Ein einheitlicher Europäischer Vollstreckungstitel*, p. 581-598; TARZIA, *Prospettiva di armonizzazione*, p. 1519-1537; Id., *Harmonisierung des Zwangsvollstreckungsrechts*, p. 231-242.

¹⁸⁰² Nous n'examinons pas ici le code-modèle de procédure civile pour l'Amérique latine de l'Institut Ibero-Américain de Droit Processuel de 1988, discuté par BARBOSA MOREIRA, p. 437-445. Une traduction en allemand est reproduite dans *IPRax* 1999, p. 127 ss.

¹⁸⁰³ STORME, (édit.) *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht, Antwerpen, Londres, Francfort, Boston, New York 1994. Les propositions du groupe d'experts ont été discutées lors de la Journée de la "Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer" à Münster le 12 avril 1996; cf. ROTH, *Vorschläge der Kommission*, p. 271-313; SCHILKEN, p. 315-336 et le rapport de discussion de LEMKEN, p. 337-

élaborées par le Projet Storme ne sont pas seulement prévues pour les procès présentant un élément d'extranéité, mais également pour les procès purement internes¹⁸⁰⁶. Le Conseil a finalement renoncé à convertir ces propositions en une Directive (ou en une série de Directives). Cependant, dans une Communication au Conseil et au Parlement européen, la Commission a développé récemment des idées qui vont en direction d'une unification du droit de procédure civile en Europe¹⁸⁰⁶. Sur un plan académique, les professeurs belges STORME et MEIJKNECHT ont commencé de publier en 1997 une série d'ouvrages sur certains points spécifiques du droit de la procédure¹⁸⁰⁷. Sur un plan global, le projet commun d'UNIDROIT et de l'*American Law Institute* (ALI) pour l'établissement des *Transnational Rules of Civil Procedure* représente une autre voie tracée dans le sens d'une unification du droit de la procédure civile¹⁸⁰⁸. Ce projet, fondé notamment sur les *Federal Rules of Civil Procedure* des Etats-Unis vise la formulation de règles modèles pour les procédures internationales uniquement, allant de la définition des disputes auxquelles les *Transnational Rules* sont censées s'appliquer jusqu'aux possibilités de l'assistance judiciaire¹⁸⁰⁹. La pénalité judiciaire est mentionnée à l'art. 32. Un projet plusieurs fois remanié¹⁸¹⁰ a été traduit dans différentes langues¹⁸¹¹ et fait pour l'instant l'objet de discussions au cours de diverses

343; Cf. aussi MORRISON, p. 183-185; ROTH, *Reszension "Marcel Storme"*, p. 567-572; WALTER, *Tu felix Europa...*, p. 425-437.

¹⁸⁰⁴ Un intéressant résumé est offert par KERAMEUS, *Procedural Harmonization*, p. 409.

¹⁸⁰⁵ Cf. STORME, *Rapprochement du droit judiciaire*, p. 28.

¹⁸⁰⁶ Cf. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen "Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne", JOCE n° C 33 du 31 janvier 1998, p. 20.

¹⁸⁰⁷ Sous l'intitulé *Civil Procedure in Europe*. Le premier ouvrage de la série est DE LEVAL, *Seizures and Overindebtedness in the European Union*; JOLOWICZ/VAN RHEE, *Recourse Against Judgments In The European Union* constitue le second ouvrage publié dans la série. Un ouvrage sur l'exécution forcée des jugements non pécuniaires est annoncée.

¹⁸⁰⁸ Les *Transnational Rules of Civil Procedure* sont issues en fait d'un premier projet élaboré en 1997 par les professeurs GEOFFREY C. HAZARD de la Pennsylvania Law School et MICHELE TARUFFO de l'Université de Pavia, publié dans *CLJ* 30 (1997) p. 493-539.

¹⁸⁰⁹ Les *Transnational of Civil Procedure* ont fait déjà l'objet de plusieurs contributions doctrinales, cf. notamment BORN, *Critical Observations*, p. 387-412; KESSÉDJIAN, *First Impression of the Transnational Rules of Civil Procedure*, p. 477-498; STÜRNER, *Modellregeln für den internationalen Zivilprozess*?, p. 185-203; TARUFFO, *Drafting Rules*, p. 449-460; WALTER/BAUMGARTNER, *Utility and Feasibility of Transnational Rules of Civil Procedure*, p. 463-476; WEINTRAUB, *Critique of the Hazard-Taruffo Transnational Rules*, p. 413-424.

¹⁸¹⁰ La dernière version, datée du 1er avril 1999, est disponible sous <http://www.ali.org/ali/trans-rules.html>.

¹⁸¹¹ Une traduction allemande des *Transnational Rules of Civil Procedure* par le Prof. WALTER est publiée dans *ZZP* 1999, p. 204 ss.

manifestations¹⁸¹². Enfin, l'institution de la pénalité judiciaire est également prévue à l'art. 7.2.4 des Principes UNIDROIT. Les *European Principles*, eux, ne prévoient curieusement pas un tel moyen de contrainte indirecte.

b) Dispositions pertinentes

576. L'art. 13 du Projet Storme, intitulé "*L'astreinte*", dispose:

"13.1

Sous réserve des dispositions nationales pour la sanction de l'inexécution d'une condamnation le juge peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent, dénommée astreinte, le tout sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu.

L'astreinte ne peut être encourue avant la signification du jugement qui l'a prononcée.

13.2

Le juge peut fixer l'astreinte soit à une somme unique, soit à une somme déterminée par unité de temps ou par contravention. Dans ces deux derniers cas, le juge peut aussi déterminer un montant au-delà duquel la condamnation aux astreintes cessera ses effets.

13.3

L'astreinte, une fois encourue, reste intégralement acquise à la partie qui a obtenu la condamnation. Cette partie peut en poursuivre le recouvrement en vertu du titre même qui la prévoit.

13.4

Les dispositions de 13.2 et 13.3 ne font pas préjudice au pouvoir des Etats-Membres de fixer le plafond du montant et la durée de l'astreinte, de prévoir la faculté du juge d'en réduire le montant, et même de fixer les cas où l'astreinte ne peut pas être encourue."

¹⁸¹² Il a notamment fait l'objet d'un débat au cours du XI^e Congrès mondial pour le droit de procédure civile, en août 1999, à Vienne et au meeting de l'*International Bar Association* de septembre 1999 à Barcelone.

577. L'art. 32 des *Transnational Rules of Civil Procedure*, intitulé "Enforcement of a Judgment" dispose:

- "(a) A final judgment, including judgment for a provisional remedy, is immediately enforceable, unless it has been stayed as provided in Subsection (c). In particular, a final judgment may be enforced through attachment of property owned by or an obligation owed to the judgment obligor.
- (b) If a person against whom a judgment has been entered does not comply within in the time specified, or within 30 days after the judgment becomes final if no time is specified, the court may impose enforcement measures on the obligor. These measures may include compulsory revelation of assets and a monetary penalty on the obligor, payable to the opposing party or to whom the court may direct.
 - (1) Application for such a sanction may be made by a person entitled to enforce the judgment.
 - (2) The penalty for noncompliance will include the cost and expense incurred by the party seeking enforcement of the judgment, including attorney's fees, and may also include a penalty for defiance of the court, not to exceed twice the amount of the judgment.
 - (3) If the person against whom the judgment is rendered persists in refusal to comply, the court may impose additional penalties.
 - (4) No penalty shall be imposed on a person who demonstrates to the court financial or other inability to comply with the judgement.
 - (5) The court may order third parties to reveal information relating to the assets of the debtor.
- (c) The trial court or the appellate court, on motion of the party against whom the judgment was rendered, may grant a stay of enforcement of the judgment pending appeal when necessary in the interest of justice.
- (d) The court may require a suitable bond or other security from appellant as a condition of granting a stay or from respondents as a condition of denying a stay."

578. Enfin, l'art. 7.2.4 des *Principes UNIDROIT*, intitulé "Pénalité judiciaire" dispose:

- 1) *Le tribunal qui ordonne au débiteur de s'acquitter de ses obligations peut également lui imposer une pénalité s'il ne se conforme pas à la décision.*
- 2) *La pénalité est payable au créancier, sauf dispositions impératives de la loi du for. Le paiement de la pénalité n'empêche pas le créancier de réclamer des dommages-intérêts."*

c) Fonction et valeur de ces instruments dans le processus d'unification du droit de procédure civile

579. Les travaux et textes qui précèdent montrent que le droit national de procédure civile comme le droit international de procédure civile ne sont plus des domaines purement nationaux, mais qu'ils s'influencent réciproquement l'un et l'autre. En outre, ils incluent tous la pénalité judiciaire, instrument se situant aux frontières, on l'a vu¹⁸¹³, entre le droit matériel, le droit de procédure et le droit de l'exécution forcée. Au niveau européen, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'Union européenne peut elle-même aujourd'hui promulguer des règles de procédure civile, incluant notamment la pénalité judiciaire. En effet, depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam le 1er mai 1999, l'Union européenne dispose avec l'art. 65 du Traité CE (version consolidée) d'une véritable compétence "constitutionnelle"¹⁸¹⁴ lui permettant d'unifier et de simplifier des domaines essentiels du droit de la procédure civile:

"Les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à:

- a) *améliorer et simplifier:*
 - *le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires;*
 - *la coopération en matière de l'obtention des preuves;*

¹⁸¹³ Cf. *supra*, Partie 2, VI. A. 1.

¹⁸¹⁴ Pour les rapports entre la compétence communautaire du Conseil en vertu de l'art. 65 Traité CE et les compétences existantes de la Communauté et des Etats membres, cf. en particulier AËSSE, *Die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag von Amsterdam und das EuGVÜ*, p. 107-122; JAYME/KOHLER, *Europäisches Kollisionsrecht* 1997, p. 385-397; HESS, *Die "Europäisierung" des internationalen Zivilprozessrechts*, p. 23-32; KOHLER, *Interrogations*, p. 1-30; SCHACK, *Die EG-Kommission auf dem Holzweg*, p. 805-808.

- la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires;
- b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence;
- c) éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les Etats membres."

580. Conformément à l'art. 67 Traité CE, l'art. 65 Traité CE devra être mis en oeuvre dans un laps de temps de cinq ans. La Commission européenne, ainsi que les Etats membres nouvellement légitimés à la formulation de demandes, ont déjà adopté un Règlement sur la Convention de Bruxelles II¹⁸¹⁵, un Règlement sur la notification¹⁸¹⁶ et un Règlement sur les procédures d'insolvabilité¹⁸¹⁷. Seul le Règlement sur la Convention de Bruxelles I¹⁸¹⁸ est encore au stade de proposition. En outre, le Conseil de l'Europe a décidé lors de son sommet des 15 et 16 octobre 1999 à Tampere, en Finlande, de faciliter l'accès aux tribunaux en Europe et de supprimer les entraves au bon fonctionnement des procédures civiles. Il a donc demandé à la Commission de préparer, dans cette optique, de nouvelles prescriptions de procédures dans les cas transfrontières, en particulier dans les domaines centraux des mesures provisoires, des injonctions de payer, des délais, de l'obtention de preuves, de l'assistance judiciaire et des règles de procédures simples et accélérées. Une tendance marquée vers une convergence du droit de la procédure civile à l'échelon européen du moins se dessine¹⁸¹⁹. L'art. 65 lit. c Traité CE ouvre à moyen terme la possibilité d'une codifica-

¹⁸¹⁵ Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs, JOCE n° L 160/19 du 30 juin 2000.

¹⁸¹⁶ Règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, JOCE n° L 160/37 du 30 juin 2000.

¹⁸¹⁷ Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOCE n° L 160/1 du 30 juin 2000. Pour une courte présentation de ces trois règlements, cf. KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *Premiers actes de droit international privé communautaire*.

¹⁸¹⁸ Proposition de Règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (1999) 348 final du 14 juillet 1999 - CNS 99/0154, JOCE n° C 376/1 E du 28 décembre 1999.

¹⁸¹⁹ Cf. sur les tendances, WALTHER, *Développements récents*, p. 18; WALTER/WALTHER, *International Litigation*, p. 27-33 et surtout HESS, *Die "Europäisierung" des internationalen Zivilprozessrechts*, p. 29-32.

tion d'un droit européen de procédure civile internationale¹⁸²⁰. Dans ce contexte, comme l'avait déjà prévu le Projet Storme, il fait nul doute que la pénalité judiciaire occupera une position centrale d'une telle réglementation en matière de litiges transfrontières¹⁸²¹. Les développements qui suivent tentent donc de donner, à l'aide de l'analyse comparée de l'institution, les premiers contours d'une telle pénalité judiciaire.

B. La nature juridique de la pénalité judiciaire

1. Pénalité judiciaire et dommages-intérêts

581. Aujourd'hui, aucun des systèmes juridiques examinés ne lie la question de la pénalité judiciaire à celle des dommages-intérêts. Cette situation ne surprend pas en ce qui concerne le *contempt of court* anglais, le *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld* allemand, la peine prévue à l'art. 292 CPS ainsi que les diverses pénalités judiciaires cantonales. De par leur origine, ces instruments n'ont jamais visé la réparation d'un quelconque dommage - ils reviennent exclusivement au Trésor - mais trouvent leur origine dans la sanction du respect dû aux autorités judiciaires. En revanche, cette qualification n'est pas *a priori* évidente pour l'astreinte française et du Benelux, qui reviennent les deux au créancier de l'obligation principale. Ces deux institutions ont cependant connu une évolution similaire: issues du droit des dommages-intérêts, de ce fait diminuant le montant des sommes allouées ultérieurement au créancier, elles sont devenues des purs moyens de contrainte, indépendants de toute réparation du dommage et visant uniquement à exercer une pression sur le débiteur en vue d'assurer l'exécution en nature¹⁸²². Aucun obstacle n'existe dès lors à un cumul de l'astreinte avec les dommages-intérêts. Cette solution paraît appropriée à la fonction de l'astreinte: moyen de contrainte, visant à exercer une pression sur le débiteur à exécuter son

¹⁸²⁰ Sur le potentiel d'unification de la procédure civile en Europe donné notamment par l'art. 65 lit. c. Traité CE en relation avec les art. 94 ss Traité CE (compétence en matière du marché intérieur) et 153 Traité CE (protection des consommateurs), cf. surtout HESS, *Die "Europäisierung" des internationalen Zivilprozessrechts*, p. 29-32 et déjà, Id., *Der Binnenmarkprozess*, p. 1021-1032.

¹⁸²¹ Ceci justifie d'autant plus qu'en Suisse, la réflexion sur l'inclusion d'une pénalité judiciaire devrait aussi faire partie intégrante de la mission confiée à la commission d'experts chargée de présenter un avant-projet de loi fédérale sur la procédure civile d'ici l'été 2001. Cf. *supra*, Partie 2, V. A. 1.

¹⁸²² Pour la France, le changement a été opéré par la 1ère Chambre de la Cour de cassation en 1959, cf. D. 1959, p. 536, obs. Holleaux, Dominique; S. 1959, p. 225; JCP 1960 II, éd. G, n° 11449, obs. Mazeaud, Pierre. Il est aujourd'hui consacré à l'art. 34 al. 1 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, cf. *supra*, Partie 2, I. B. 1. La loi uniforme Benelux prévoit expressément l'indépendance des deux institutions à l'art. 3, cf. *supra*, Partie 2, III. B. 1.

obligation en nature, renforçant ainsi le principe *pacta sunt servanda*, l'astreinte perdrait sa raison d'être si le montant dû ultérieurement au titre de la réparation du dommage devait être amputé du montant de l'astreinte auquel le débiteur est condamné. La critique émise en France lors de la réforme des procédures civiles d'exécution, selon laquelle l'astreinte conduit à un enrichissement illégitime du créancier et conduit par voie de conséquence les tribunaux à la liquider à hauteur d'un montant minimal, n'est pas pertinente. En effet, l'enrichissement du créancier résulte uniquement de l'attribution de l'astreinte au créancier, et non pas de son caractère indépendant des dommages-intérêts. Faire droit à ces critiques reviendrait ainsi à modifier une particularité de l'astreinte en diminuant considérablement son efficacité, au lieu de modifier simplement l'identité du bénéficiaire.

582. Tant le Projet Storme¹⁸²³ que les Principes UNIDROIT¹⁸²⁴ prévoient expressément que le paiement de la pénalité judiciaire n'empêche pas le créancier de réclamer des dommages-intérêts. Les commentaires relatifs à ces textes précisent d'ailleurs que le paiement d'une pénalité est considéré comme une compensation des inconvénients dont on ne peut tenir compte en vertu des règles ordinaires pour le recouvrement des dommages-intérêts¹⁸²⁵. En revanche, ils adoucissent considérablement la portée de ce principe en précisant également que, puisque le paiement de dommages-intérêts aura généralement lieu après le paiement d'une pénalité judiciaire, les tribunaux peuvent, dans une certaine mesure, lors de l'évaluation des dommages-intérêts, tenir compte du paiement antérieur de la pénalité¹⁸²⁶.

2. Pénalité judiciaire et clause pénale

583. La nature différente de la clause pénale et de la pénalité judiciaire a toujours été clairement affirmée dans tous les droits examinés¹⁸²⁷. Aussi, le cumul des deux moyens a toujours été autorisé. Seul le droit allemand a éprouvé quelque peine à différencier clairement les deux instruments. Ceci est sans aucun doute dû à la double fonction que le *Bundesgerichtshof* a confié à la clause pénale: moyen de contrainte assurant l'exécution de l'obligation d'une part et moyen de réparation facilitant la détermination du dom-

¹⁸²³ Art. 13.1.

¹⁸²⁴ Art. 7.2.4 (2) 2e phrase.

¹⁸²⁵ Principes UNIDROIT, p. 186-187.

¹⁸²⁶ Principes UNIDROIT, p. 187.

¹⁸²⁷ Cf. *supra*, Partie 2, I. B. 2, II. B. 2, III. B. 2, IV. B. 2 et V. B. 2.

mage d'autre part¹⁸²⁸. Partant de cette double fonctionnalité, quelques auteurs ont relevé la collision entre le *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld* d'une part et la clause pénale d'autre part et ont dès lors refusé leur application simultanée¹⁸²⁹. Ainsi, la doctrine allemande propose une solution nécessitant une soigneuse qualification de la clause pénale. Si celle-ci n'a qu'une fonction réparatrice, le *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld* peuvent être prononcés sans risque de concours. Si elle a une fonction double, elle vise, en partie, le même but que le *Zwangsgeld* et l'*Ordnungsgeld*; ces derniers ne devraient alors être appliqués que subsidiairement¹⁸³⁰.

584. Contrairement aux principes consacrés dans les divers droits nationaux ainsi que dans le Projet Storme, les commentaires aux Principes UNIDROIT, tout en rappelant la fonction analogue remplie par les pénalités judiciaires et les indemnités prévues contractuellement, précisent que si le tribunal estime que la stipulation dans le contrat d'une peine pécuniaire conventionnelle en cas d'inexécution est déjà une incitation suffisante, il peut refuser d'imposer une pénalité judiciaire¹⁸³¹; cette possibilité s'appuie sur la logique appliquée en cas de concours avec des dommages-intérêts¹⁸³².

3. Pénalité judiciaire et exécution forcée

585. Toutes les pénalités judiciaires examinées sont des institutions ambivalentes et frontières: elles sont à la jonction entre l'*imperium* et la *jurisdiction*. D'une part, elles s'ajoutent à la condamnation dont elles visent fonctionnellement à assurer l'exécution par le menace d'une sanction pécuniaire; d'autre part, elles constituent la dernière étape avant l'emploi effectif de la force, celle-ci n'intervenant que s'il y a lieu de recouvrer par l'exécution proprement dite le montant de la pénalité judiciaire fixée. Comme l'a dit un auteur français, elle "*tient lieu d'exécution forcée même si elle ne participe pas à proprement parler de la nature de celle-ci*"¹⁸³³.

¹⁸²⁸ Cf. *supra*, Partie 2, IV. B. 2.

¹⁸²⁹ Cf. *supra*, Partie 2, IV. B. 2.

¹⁸³⁰ Cf. notamment REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 191; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 40.22.

¹⁸³¹ Principes UNIDROIT, p. 187.

¹⁸³² Cf. *supra*, Partie 2, VI. 1.

¹⁸³³ Cf. THÉRY, *Judex Gladii*, p. 484.

4. Pénalité judiciaire et condamnation principale

586. La pénalité judiciaire présente un double lien avec la condamnation principale, organique et temporel.

587. Organiquement d'abord, elle peut être accessoire ou indépendante d'une condamnation principale. Accessoire, elle suivra le sort de la condamnation principale et elle sera supprimée ou suspendue si celle-ci devait l'être. Cette accessoirité est présente dans les systèmes où la pénalité judiciaire a, principalement du moins, une fonction d'exécution forcée (France, Benelux et *Zwangsgeld*, astreinte genevoise)¹⁸³⁴. Indépendante, elle aura une existence propre: le non-respect de l'injonction du juge constitue une contravention en soi, indépendante du sort que connaît la condamnation principale. Cette indépendance se retrouve dans les systèmes où la pénalité judiciaire a, principalement du moins, une fonction répressive (Angleterre, *Ordnungsgeld* allemand, art. 292 CPS et pénalités judiciaires cantonales)¹⁸³⁵. Bien que ni l'art. 13 du Projet Storme, ni l'art. 7.2.4. des Principes UNIDROIT ne se prononcent sur le sujet, on peut raisonnablement leur assigner une fonction de pure contrainte, étant donné son origine - pour le Projet Storme - ou l'attribution de son produit au créancier - Projet Storme et Principes UNIDROIT. En revanche, la *penalty* instituée par l'art. 32 des *Transnational Rules* aurait plutôt tendance à avoir une tendance répressive, le juge pouvant l'augmenter d'un montant "*for defiance of the court*".

588. Temporellement ensuite, la question du moment du prononcé de la pénalité judiciaire reçoit des réponses différentes selon les systèmes examinés. La solution classique est celle de la France, du Benelux ou de l'Angleterre, où la pénalité judiciaire est prononcée en même temps que la condamnation principale¹⁸³⁶, lui confère ainsi son caractère de condamnation accessoire. En Allemagne, le prononcé de l'*Ordnungsgeld* du § 890 ZPO est également simultané au prononcé de l'injonction négative¹⁸³⁷. La même pratique se trouve en Suisse en ce qui concerne la commination des peines de l'art. 292 CPS qui accompagne une injonction négative¹⁸³⁸. Cependant, le

¹⁸³⁴ Cf. *supra*, Partie 2, I. B. 4, III. B. 4, IV. B. 4 et V. B. 4.

¹⁸³⁵ Cf. *supra*, Partie 2, II. B. 4, IV. B. 4 et V. B. 4.

¹⁸³⁶ Cf. *supra*, Partie 2, I. B. 4, II. B. 4, et III. B. 4.

¹⁸³⁷ Cf. *supra*, Partie 2, IV. B. 4.

¹⁸³⁸ Cf. *supra*, Partie 2, IV. B. 4. Cependant pour les injonctions prononcées par le Tribunal fédéral, la règle de la commination immédiate est également étendue aux injonctions positives visant l'exécution d'une obligation de faire, cf. art. 76 PCP.

prononcé ultérieur de la pénalité dans une décision séparée est également autorisé en France¹⁸³⁹, alors que dans les pays du Benelux, la question est controversée¹⁸⁴⁰. Il est en revanche usuel en matière de *Zwangsgeld* selon le § 888 ZPO allemande¹⁸⁴¹ et en Suisse¹⁸⁴², lorsque la pénalité judiciaire accompagne une injonction de faire. La solution germanique, dont s'inspire également la pratique suisse, applique strictement le principe de la proportionnalité et ne prononce la pénalité déjà lors de la condamnation principale que lorsqu'il n'est plus possible de "rattraper" une éventuelle violation par le débiteur, cas qui est celui des injonctions de ne pas faire ou celui de l'injonction de faire visant un acte à exécuter à un moment déterminé.

589. Le Projet Storme, les *Transnational Rules* et les Principes UNIDROIT restent trop généraux pour donner une réponse précise à cette question, ce qui ne surprend finalement pas vu leur nature de programme, qui ne demande qu'à être précisé par les éventuelles législations locales.

5. Pénalité judiciaire et droit pénal

a) Moyen de contrainte ou moyen de répression

590. A notre connaissance, la distinction entre moyen de pure contrainte et moyen de répression n'a fait l'objet d'un débat réel qu'en Allemagne. Le *Zwangsgeld* du § 888 ZPO est considéré comme moyen de pure contrainte, alors que l'*Ordnungsgeld* du § 890 ZPO est considéré comme un moyen ayant une double fonction, celle de contraindre et celle de réprimer. Le *contempt of court* revêt également une forte connotation répressive; cependant, tout comme l'*Ordnungsgeld*, on lui reconnaît un "*two-fold character*"¹⁸⁴³. Enfin, les peines prévues par l'art. 292 CPS ont clairement une connotation répressive.

591. Les instruments ayant leur source dans le droit de la responsabilité civile (astreintes française et du Benelux) n'ont pas de lien avec le droit pénal. Cela ne permet pas encore de leur dénier un certain effet répressif, en

¹⁸³⁹ Cf. *supra*, Partie 2, I. B. 4.

¹⁸⁴⁰ Cf. *supra*, Partie 2, III. B. 4.

¹⁸⁴¹ Cf. *supra*, Partie 2, IV. B. 4.

¹⁸⁴² Cf. *supra*, Partie 2, V. B. 4.

¹⁸⁴³ CROSS J in *Phonographic Performance Ltd v. Amusements Caterers (Peckham) Ltd* [1963] 3 WLR 898, 900 (Ch.D.).

plus de leur fonction de contrainte et de pression. En effet, si un débiteur auquel une astreinte provisoire a été comminée s'exécute, mais avec retard par rapport au délai fixé, l'astreinte sera néanmoins due; lors de la liquidation de l'astreinte, son montant *peut* être fixé à un montant réduit¹⁸⁴⁴ ou elle *peut* elle-même être complètement supprimée. Cependant, l'astreinte peut aussi être liquidée à son montant initial. L'exécution tardive ne rend pas sans objet la demande tendant à la liquidation de l'astreinte ordonnée. Si l'astreinte est définitive, comme dans le système Benelux, alors aucune liquidation n'est nécessaire et l'exécution tardive de l'obligation principale n'influera pas le montant de l'astreinte qui sera déterminé par une simple opération mathématique. Ainsi, il appert que les astreintes française et du Benelux comportent également un élément répressif et qu'elles ne sont pas simplement des moyens de pure contrainte. Cette constatation est confirmée par leur dénomination de *peine privée*¹⁸⁴⁵.

592. Le *Zwangsgeld* du § 888 ZPO allemande est dès lors la seule pénalité judiciaire parmi les systèmes examinés qui a exclusivement une fonction de contrainte. Cette particularité présente des faiblesses, notamment dans le cas d'inexécution d'une injonction de faire à terme fixe et dans celui des injonctions de faire qui s'étendent sur une longue durée. Dans le premier cas, le *Zwangsgeld* ne sera pas dû, puisque l'obligation principale dont il entend assurer l'exécution n'est objectivement plus possible. Ce défaut peut être corrigé en appliquant l'*Ordnungsgeld* du § 890 ZPO ou en déclarant que le *Zwangsgeld* n'a pas simplement une fonction de moyen de pression qui s'éteint *eo ipso* si l'exécution de la condamnation sous-jacente n'est plus possible. Dans le second cas, le débiteur allemand pourra éviter l'application du *Zwangsgeld* en commençant l'exécution, puis en l'interrompant immédiatement. Il contraindra ainsi le créancier à initier une nouvelle procédure d'exécution forcée. Ici aussi, la jurisprudence allemande a eu recours à l'*Ordnungsgeld* pour pallier à cette déficience du *Zwangsgeld*¹⁸⁴⁶, effaçant ainsi encore plus la différence prévue par la loi entre l'exécution des obligations de faire et celle des obligations de ne pas faire.

¹⁸⁴⁴ TGI Paris, 30 novembre 1983, Gaz. Pal. 1984, I, p. 7 (astreinte provisoire de FF 10 par journal non retourné réduite à FF 3 par numéro lors de la liquidation, atteignant ainsi néanmoins un montant final de FF 480'000).

¹⁸⁴⁵ Pour la France, cf. *supra*, Partie 2, I. B. 3. et notamment les motifs de Cass. civ., 20 octobre 1959, D. 1959, p. 537, obs. Holleaux, Dominique; JCP 1960, éd. G., II, n° 11449, obs. Mazeaud, Pierre, qui qualifient l'astreinte de "peine privée"; pour les pays du Benelux, cf. *supra*, Partie 2, III. B. 3. et notamment MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 41.

¹⁸⁴⁶ Cf. notamment les arrêts cités chez BROX/WALKER, n° 1067.

593. Il appert ainsi qu'une pénalité judiciaire unitaire avec une *double fonction*, de *contrainte* d'une part et de *répression* d'autre part, est la solution la meilleure pour assurer une exécution non seulement efficace mais aussi rapide des injonctions non pécuniaires.

b) Pénalisation de l'inexécution des obligations civiles

594. Même si la menace d'une peine pénale contient peut-être des vertus préventives, le transfert devant les juges pénaux des litiges en matière d'inexécution des obligations civiles peut signifier une complication de la procédure et un dédoublement des démarches¹⁹⁴⁷. Or, si l'en prend en compte l'encombrement de la justice pénale, on voit d'emblée que le justiciable est moins bien protégé par l'art. 292 CPS par exemple que par l'astreinte¹⁹⁴⁸. Cette constatation se trouve renforcée par le fait qu'en droit suisse une personne morale n'est pas dotée de la capacité délictuelle, ce qui empêchera de la menacer des peines de l'art. 292 CPS, alors que l'astreinte peut être prononcée indifféremment à l'égard de personnes physiques ou morales. En outre, la nature subsidiaire du droit pénal en matière de protection d'intérêts privés plaide également en faveur d'une certaine retenue dans le recours au droit pénal en cette matière. L'astreinte souligne l'avantage du droit privé pour hâter le dénouement des litiges: la pression de l'astreinte ne se confond pas avec celle des dommages-intérêts et elle pousse le débiteur à s'exécuter, au risque de l'exposer à payer l'addition des jours d'astreinte et des dommages-intérêts. La seule limite reste alors la solvabilité du débiteur.

c) Pénalisation de comportements violant les droits d'autrui

595. Il convient de ne pas non plus confondre la pénalisation de l'inexécution civile avec la pénalisation de certains comportements qui enfreignent les droits d'autrui, mais qui ne concernent en rien le droit de l'exécution forcée. Ainsi, en Suisse par exemple, la LCD pénalise certains actes intentionnels en les punissant, sur plainte du créancier, d'une peine d'arrêts ou d'une amende pouvant s'élever jusqu'à Frs. 100'000.--¹⁹⁴⁹. Cependant la

¹⁹⁴⁷ Sur la problématique de la pénalisation de l'inexécution des obligations civiles, cf. en Suisse HABSCHIED/BERTI, n° 1317 qui laissent la question ouverte et BALMER, p. 459, qui préconise l'application de l'art. 292 CPS uniquement en cas de transgression lourde ou en cas de fixation sans succès de l'amende civile.

¹⁹⁴⁸ Cf. ENGEL, *Droit privé - Rapport suisse*, p. 238.

¹⁹⁴⁹ Art. 23 LCD.

protection offerte par le droit privé a toujours été déterminante¹⁸⁵⁰. Le Tribunal fédéral n'attribue à la protection pénale qu'une fonction complémentaire¹⁸⁵¹: les délits érigés par la LCD sont des délits sur plainte. Enfin, il s'avère que dans les relations économiques modernes, les acteurs ne sont guère intéressés par la condamnation pénale d'un concurrent. Si le droit pénal est mis en œuvre, ce n'est souvent que pour des raisons tactiques. En effet, les désagréments résultant de l'implication dans une procédure pénale permettent bien souvent d'obtenir plus facilement une transaction dans la procédure civile parallèle¹⁸⁵².

596. Enfin, il convient de relever que dans les divers pays examinés, la pénalité judiciaire a un rôle différent par rapport aux autres moyens de contrainte indirecte disponibles, notamment la contrainte corporelle. En France, en Belgique et au Luxembourg, l'astreinte est le seul moyen de contrainte indirecte existant¹⁸⁵³. En Allemagne, aux Pays-Bas et en Suisse, la contrainte par corps existe parallèlement à la pénalité judiciaire¹⁸⁵⁴. Enfin, en Angleterre, bien que la *fine* ne soit pas expressément prévue par la loi, elle tend à s'imposer progressivement par rapport à la *sequestration* et surtout au *committal*.

C. Le bénéficiaire de la pénalité judiciaire

1. Diversité des systèmes

597. Les systèmes juridiques examinés diffèrent sur la question de savoir si les pénalités judiciaires doivent être payées au créancier de la condamnation principale, à l'Etat ou aux deux.

¹⁸⁵⁰ Message du Conseil fédéral concernant la loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 1983 II 1009, ch. 121.

¹⁸⁵¹ ATF 102 IV 142 concernant l'arsenal de sanctions pénales offert par l'art. 13 a LCD.

¹⁸⁵² Cf. DAVID, p. 8.

¹⁸⁵³ En France, la contrainte par corps a été abolie en matière civile et commerciale par la loi relative à la contrainte par corps du 22 juillet 1867, D. 1867, IV, p. 85-87. En Belgique, la contrainte par corps a été abolie lors de l'adoption de la Convention Benelux du 31 janvier 1980 (art. 4, n° 3 et 4). Au Luxembourg, la contrainte par corps a déjà été abolie le 16 février 1877.

¹⁸⁵⁴ Pour l'Allemagne, cf. les §§ 888 et 890 ZPO; pour les Pays-Bas, cf. les art. 585, 586 et 598a du code civil, discutés par BLAAUW, *Executiemiddelen*, p. 13-15; JONGBLOED, *Reële executie in het privaatrecht*, p. 178-182; pour la Suisse, l'art. 292 CPS prévoit alternativement la peine d'arrêts ou l'amende.

a) Etat comme bénéficiaire

598. Les systèmes anglais¹⁸⁵⁵, allemand¹⁸⁵⁶ et suisse - fédéraux et cantonaux¹⁸⁵⁷ - attribuent la pénalité judiciaire à l'Etat, dont les mécanismes de recouvrement se mettent d'ailleurs à fonctionner d'office sans l'intervention du créancier¹⁸⁵⁸.

599. Cette solution a été expressément rejetée en France et au Benelux¹⁸⁵⁹.

b) Créancier de la condamnation principale comme bénéficiaire

600. En France, malgré des tentatives répétées d'attribuer le bénéfice de l'astreinte à l'Etat, on s'en est tenu à l'attribution exclusive de l'astreinte à la partie victime de l'inexécution. De même, au Benelux, l'art. 3 de la loi uniforme attribue expressément l'astreinte au créancier. Cette réglementation s'explique par l'origine de l'astreinte dans ces pays, ancrée dans le droit des dommages-intérêts. Enfin, le Projet Storme prévoit que l'astreinte reste intégralement acquise à la partie qui a obtenu la condamnation¹⁸⁶⁰, en alléguant que cette attribution renforce l'efficacité de l'astreinte, alors que les Principes UNIDROIT¹⁸⁶¹ et les *Transnational Rules*¹⁸⁶² attribuent également la pénalité au créancier, tout en réservant néanmoins les dispositions impératives de la loi du for¹⁸⁶³.

¹⁸⁵⁵ Cf. *supra*, Partie 2, II. C.

¹⁸⁵⁶ Cf. *supra*, Partie 2, IV. C.

¹⁸⁵⁷ Cf. *supra*, Partie 2, V. C (sauf pour l'astreinte genevoise, allouée au créancier de l'obligation principale).

¹⁸⁵⁸ La même solution a été adoptée en Autriche, § 359 al. 3 *Exekutionsordnung*, dans les anciens pays socialistes de l'Europe de l'Est, cf. STALEV, p. 184 et p. 189 et dans le *Código procesal modelo para Iberoamérica*, art. 302.2 para. 5.

¹⁸⁵⁹ Cf. *supra*, Partie 2, II. C et IV. C.

¹⁸⁶⁰ Art. 13.3.

¹⁸⁶¹ Art. 7.2.4 (2) 1ère phrase.

¹⁸⁶² Rule 31 (b).

¹⁸⁶³ Art. 7.2.4 (2) 1ère phrase. Certains pays de l'Amérique latine qui connaissent la pénalité judiciaire prévoient également son attribution au créancier de l'obligation principale. Cf. Uruguay, art. 2 al. 2 de la loi n° 14.978 du 14 décembre 1979; Argentine, art. 37 et art. 537 du code national de procédure civile et commerciale; Brésil, art. 644 et 645 du code de procédure civile; Chili, art. 238 et 543 du code de procédure civile.

c) Solutions mixtes

601. En France, les auteurs de la proposition qui devait aboutir à la loi de 1972 avaient prévu que le montant de l'astreinte liquidée serait "*attribué pour moitié au Trésor public et pour moitié au plaideur qui a obtenu la condamnation inexécutée.*" De ce fait, l'astreinte devenait (pour moitié) une véritable peine. Mais le Sénat, partisan du *statu quo* en matière d'attribution de l'astreinte, avait obtenu que cette règle fût écartée¹⁸⁶⁴. De son côté, le législateur français de 1991 avait eu deux idées du même ordre. D'abord, le projet prévoyait que les sommes versées au titre de l'astreinte s'imputent sur le montant définitif de la réparation. Cette disposition a été écartée par le Parlement. Ensuite, l'art. 36 al. 2 du projet laissait au juge le soin de décider qu'une part profite au Fonds national d'action sociale. A nouveau, le Sénat s'y opposa et cette règle fut également supprimée¹⁸⁶⁵.

2. Appréciation

a) Raisons de cette variété

602. La raison de la différence dans la personne du créancier de la pénalité judiciaire est due aux origines distinctes des pénalités judiciaires examinées. Il est évident que lorsque la pénalité judiciaire est liée aux dommages-intérêts elle revienne au créancier lésé. Il est tout aussi évident que lorsque la pénalité judiciaire sert à asseoir l'autorité du juge, elle revienne à l'Etat. Détaché de cet ancrage historique, il convient donc d'examiner quelle solution permet au mieux d'assurer le respect de l'ordre du juge et, par conséquent, les intérêts du créancier.

b) Arguments contre l'attribution de la pénalité judiciaire au créancier de la condamnation principale

603. Les arguments mis en avant contre l'attribution du montant de la pénalité judiciaire au créancier de la condamnation principale sont notamment les suivants¹⁸⁶⁶ : elle procure à son bénéficiaire un enrichissement, sinon sans cause au sens propre du terme (puisque'il y a jugement), du moins

¹⁸⁶⁴ Cf. sur cette proposition, cf. PERROT, *L'Astreinte*, p. 806.

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶⁶ Résumés dans SCHILKEN, p. 333-334.

injuste¹⁶⁶⁷, laissant un arrière-goût d'amertume¹⁶⁶⁸; elle conduit les juges, afin d'éviter ces enrichissements injustifiés, à user de leur pouvoir souverain pour modérer sensiblement l'astreinte, quand le moment est venu de la liquider, compromettant ainsi au contraire la réelle efficacité de l'institution¹⁶⁶⁹; enfin, on a relevé que la pénalité judiciaire avait également comme but d'assurer le respect d'une décision judiciaire et ainsi d'asseoir l'autorité du juge¹⁶⁷⁰.

c) Arguments en faveur de l'attribution de la pénalité judiciaire au créancier de la condamnation principale

604. L'attribution de la pénalité judiciaire au créancier de la condamnation principale peut se justifier d'abord par le principe selon lequel le litige civil appartient aux parties. En ordonnant une pénalité judiciaire, le juge ne saurait se l'approprier au bénéfice des caisses publiques ou d'un organisme de solidarité. Il met seulement à la disposition du créancier un moyen d'obtenir satisfaction et il est normal dans ces conditions que le produit de la pénalité judiciaire lui revienne dès lors qu'il a une cause juridique résidant dans le refus d'exécution. Ainsi s'explique aussi la jurisprudence de la Cour de cassation française qualifiant l'astreinte de mesure de contrainte dont le produit peut se cumuler avec les dommages-intérêts réparant le retard dans l'exécution¹⁶⁷¹ ou avec les intérêts légaux d'une condamnation à payer une somme d'argent¹⁶⁷². L'augmentation de l'efficacité de l'astreinte a également été mentionnée pour justifier l'attribution de son produit au créancier. D'une part, elle renforce cette efficacité par l'effet psychologique qu'elle provoque chez le débiteur, qui voit son créancier non seulement remporter le procès, mais également son patrimoine augmenter s'il ne paie pas le montant dû¹⁶⁷³. D'autre part, le fait que le produit de l'astreinte revienne au créancier et non pas à l'Etat constitue pour le créancier un important élément qui l'incite à re-

¹⁶⁶⁷ Cf. notamment CHABAS, *Astreintes*, n° 65; MARTY/RAYNAUD/JESTAZ, n° 291d; MAZEAUD/MAZEAUD/CHABAS, n° 953; NORMAND, *Jurisprudence française*, p. 511; PERROT, *L'Astreinte*, p. 806; STARCK/ROLAND/BOYER, n° 475.

¹⁶⁶⁸ Cf. PERROT, *Droit privé interne - Rapport français*, n° 24.

¹⁶⁶⁹ Cf. PERROT, *L'Astreinte*, p. 806.

¹⁶⁷⁰ Cf. STARCK/ROLAND/BOYER, n° 475.

¹⁶⁷¹ Cass. civ., 1ère, 28 février 1989, *Bull. Civ. I*, n° 97.

¹⁶⁷² Cass. soc., 29 mai 1990, *Bull. Civ. V*, n° 245.

¹⁶⁷³ Cf. DRABE, p. 56.

courir à cette mesure d'exécution, renforçant ainsi son efficacité¹⁸⁷⁴. Par ailleurs, elle peut également remplir une certaine fonction de réparation du tort moral qu'il ne convient pas de négliger¹⁸⁷⁵. Enfin, lors des travaux qui ont conduit à la loi uniforme Benelux, trois arguments ont été avancés pour attribuer le produit de l'astreinte au créancier et non à l'Etat¹⁸⁷⁶: tout d'abord, il appartient au créancier lui-même de veiller à la protection de ses intérêts par le recours aux moyens judiciaires et aux moyens d'exécution forcée adéquats. Cela ne touche cependant pas vraiment la question du bénéficiaire, mais plutôt celle de savoir de l'initiative de qui dépend le recouvrement de l'astreinte; ensuite, le fait d'attribuer les produits de l'astreinte à l'Etat reviendrait à jeter le doute sur la nature juridique de l'astreinte en faisant croire qu'il s'agit d'une peine pénale; enfin, l'astreinte en faveur de l'Etat serait inutile lorsqu'elle était prononcée contre l'Etat.

3. Conclusion

605. REMIEN a minutieusement examiné la question du bénéficiaire de l'astreinte¹⁸⁷⁷. Il parvient à la conclusion que son produit doit revenir à l'Etat ou à une autre caisse publique ou d'intérêt commun désigné par le juge. Le Projet Storme en revanche, publié après la monographie de REMIEN, parvient à la conclusion contraire. Afin de concilier ces positions divergentes, les Principes UNIDROIT¹⁸⁷⁸ et les *Transnational Rules*¹⁸⁷⁹ indiquent bien le créancier comme le bénéficiaire de la pénalité, mais réservent les dispositions impératives de la loi du for. Cette solution du plus petit dénominateur commun à l'avantage de concilier toutes les positions. Dans la mesure où l'identité du bénéficiaire ne restreint pas la libre circulation de la pénalité judiciaire, elle semble aussi la plus raisonnable.

¹⁸⁷⁴ Relaté par la Commission Storme, se fondant sur l'expérience acquise au Benelux. Cf. STORME, *Rapprochement du droit judiciaire*, p. 156 et p. 110 où il est rappelé que "le système Benelux marche à merveille."

¹⁸⁷⁵ Cf. l'intervention de HABSCHIED lors de la "Tagung der Vereinigung der Zivilprozessrechtler" tenue à Münster le 13 avril 1996, rapportée par LEMKEN, p. 342.

¹⁸⁷⁶ Exposé des motifs communs, Art. 3, Jur. Benelux 2 (1980-1981), p. 115, p. 122.

¹⁸⁷⁷ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 192-202.

¹⁸⁷⁸ Art. 7.2.4 (2) 1ère phrase.

¹⁸⁷⁹ Rule 31 (b).

D. Le champ d'application et les limites de la pénalité judiciaire

1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel

a) Consécration progressive du droit à l'exécution en nature

606. L'histoire de l'exécution forcée des obligations contractuelles non pécuniaires est caractérisée par une lente consécration de l'exécution en nature au détriment de l'exécution en argent¹⁶⁸⁰. L'exécution en argent (*condemnatio pecuniaria*), issue du droit romain, était largement répandue dans les droits d'origine romane, germanique et anglo-saxonne. La question de savoir si le principe de la condamnation pécuniaire trouve son fondement dans le droit de procédure civile, respectivement de l'exécution forcée, ou dans le droit matériel est liée à la question de la qualification de la prétention, procédurale ou matérielle, et doit être résolue dans le contexte fondamental de la relation entre le droit de fond et de forme¹⁶⁸¹. La possibilité de "racheter" son obligation, ancrée dans le droit romain, a longtemps entravé le développement du droit de l'exécution en nature. Ce n'est qu'au XIXe siècle que l'exécution en nature, favorisée par des institutions telles que l'astreinte ou la *specific performance*, a réellement pris son envol. Cette tendance, tout d'abord affirmée dans les droits nationaux, est aujourd'hui confirmée par l'art. 7.2.2 des Principes UNIDROIT, l'art. 9.102 des *European Principles* et les art. 46 et 62 de la CVIM.

607. Selon leurs commentaires respectifs, l'art. 9.102 des *European Principles* et l'art. 7.2.2 des Principes UNIDROIT couvrent toutes les obligations qui ne sont pas des *dettes d'argent* respectivement *dettes de somme d'argent* au sens de l'art. 9.101 *European Principles*, respectivement de l'art. 7.2.1 des Principes UNIDROIT, à savoir les obligations de faire, de ne pas faire, de faire une déclaration de volonté ou de livrer une chose. En ce qui concerne particulièrement le droit de la vente et l'obligation du vendeur de livrer la chose, l'exécution en nature aura une importance pratique limitée: en principe, l'acheteur préférera ne pas perdre de temps et s'approvisionnera en biens ou services similaires sur le marché et il deman-

¹⁶⁸⁰ Sur l'histoire de l'exécution en nature des obligations contractuelles non-pécuniaires, on consultera avec intérêt les ouvrages suivants: MÜLLER-CHEN, p. 9-52; NEHLSSEN-VON STRYK, *Grenzen des Rechtswanges*; STÜRNER, *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 3.2 - 3.29; WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*.

¹⁶⁸¹ Cf. § 893 ZPO allemande d'une part et art. 1142 ss CCFr. d'autre part.

dera des dommages-intérêts pour inexécution¹⁸⁸². L'exécution en nature constitue un remède adéquat dans un certain nombre d'hypothèses néanmoins: lorsque le fait de s'adresser à un tiers se traduit pour l'acheteur par un délai supplémentaire excessif, lorsque l'objet vendu exige une fabrication spéciale ou est unique et surtout aujourd'hui dans les contrats de fourniture exclusive ou d'approvisionnement exclusif, dans lesquels l'interruption du contrat peut entraîner des conséquences sérieuses. Dans le cas de la vente internationale, toute la philosophie de la CVIM est d'éviter, autant que faire se peut, la résolution de la vente et de permettre à l'acheteur d'obtenir la prestation initialement promise. Tout un mécanisme a dès lors été institué pour favoriser le maintien du contrat (droit pour l'acheteur d'obtenir le remplacement des marchandises ou la réparation des marchandises, art. 46; fixation d'un délai raisonnable, art. 47). Les auteurs de la CVIM ont entendu enfermer les cas de résolution dans des limites assez rigoureuses. Ainsi, l'art. 49 n'autorise l'acheteur à déclarer le contrat résolu *"que si l'inexécution par le vendeur de l'une quelconque de ses obligations constitue une contravention essentielle ou si, en cas de défaut de livraison, le vendeur ne livre pas les marchandises dans le délai supplémentaire imparti par l'acheteur conformément au paragraphe 1 de l'art. 47 ou s'il déclare qu'il ne les livrera pas dans le délai ainsi imparti."* Cependant, il convient de rappeler ici que ce système fermé connaît une importante brèche ouverte par la réserve du droit national prévue à l'art. 28 CVIM¹⁸⁸³.

b) Pouvoir discrétionnaire du juge

608. Les *European Principles* et les Principes UNIDROIT suivent les droits continentaux et placent dans les mains du créancier et non dans celles du juge la décision quant au prononcé ou non de l'exécution en nature. Requis par le créancier, un tribunal doit ordonner l'exécution en nature à moins que l'une des exceptions posées à l'art. 9.102 des *European Principles* ou à l'art. 7.2.2 des Principes UNIDROIT ne s'applique¹⁸⁸⁴. Les commentaires aux *European Principles* vont même plus loin en précisant que les tribunaux nationaux doivent prononcer l'exécution en nature, même s'ils ne le feraient pas en application de leur propre droit¹⁸⁸⁵. La Commission

¹⁸⁸² Commentaires ad Principes UNIDROIT, p. 182.

¹⁸⁸³ Cf. *infra*, Partie 2, VI. D. 1. b).

¹⁸⁸⁴ Commentaires ad *European Principles*, p. 157; commentaires ad Principes UNIDROIT, p. 180-181.

¹⁸⁸⁵ Commentaires ad *European Principles*, p. 157.

LANDO justifie le principe de l'exécution en nature par les avantages suivants¹⁸⁸⁶ : elle permet au créancier d'obtenir au plus près ce que le débiteur lui a promis; elle évite les difficultés liées à la détermination du dommage; elle accentue le caractère obligatoire du contrat. Ainsi, l'exécution en nature est particulièrement souhaitable dans le cas d'objets uniques et en période de pénurie.

609. En revanche, afin de tenir compte de la différence d'approches entre les pays de droit civil et les pays de la *common law*, les auteurs de la CVIM ont retenu une position de compromis en insérant l'art. 28 au terme duquel, lorsque, conformément aux dispositions de la convention, une partie a le droit d'exiger de l'autre l'exécution d'une obligation, un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats semblables non régis par la convention. L'importance pratique de ce texte est cependant minime¹⁸⁸⁷. D'une part, il ne s'applique qu'aux pays de la *common law*; d'autre part, comme rappelé ci-avant, l'exécution en nature dans la vente n'est que rarement réclamée. Si elle est demandée, c'est qu'une situation de fait particulière le justifie, qui permettra bien souvent aussi la *specific performance*¹⁸⁸⁸.

610. On observera que ce texte ne se borne pas à subordonner l'exécution forcée à la condition que le tribunal puisse, selon sa loi nationale, l'ordonner. Il l'autorise, lorsqu'il est investi de ce pouvoir, à en user de la même manière que si le contrat n'était pas régi par la convention. Autrement dit, s'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire dans l'ordre interne, comme par exemple aux Etats-Unis¹⁸⁸⁹ et au Royaume-Uni¹⁸⁹⁰, il conserve le même caractère à propos des ventes internationales soumises à la CVIM; même lorsque les conditions de l'exécution en nature sont réunies, le juge conservera la liberté de l'ordonner selon son propre droit. Ainsi, un juge anglais pourra, si les conditions de l'exécution en nature selon la CVIM sont réalisées, l'ordonner même si en vertu de son propre droit il n'ordonnerait pas la *specific*

¹⁸⁸⁶ Commentaires ad *European Principles*, p. 156. Pour une discussion exhaustive des buts et fonctions de l'exécution en nature du droit allemand ou de l'allocation de dommages-intérêts du droit américain, cf. NEUFANG, p. 311-399.

¹⁸⁸⁷ Cf. notamment HUBER, ad Art. 28, n° 9; KAROLLUS, ad Art. 28, n° 6.

¹⁸⁸⁸ Cf. HUBER, ad Art. 28, n° 10.

¹⁸⁸⁹ *Uniform Commercial Code*, § 2-709 et 2-716.

¹⁸⁹⁰ *Sale of Goods Act* (1979), section 52 (1).

*performance*¹⁸⁹¹. En l'occurrence, il est communément admis que le test doit se faire à l'aune de la *lex fori* et non de la loi applicable en vertu des règles de conflit du for¹⁸⁹². Enfin, on rappellera que l'art. 28 CVIM ne concerne que le prononcé du jugement et non son exécution forcée. Les conditions auxquelles un Etat requis subordonnera l'exécution forcée en nature seront exclusivement régies par son droit interne ou conventionnel concernant la reconnaissance et l'exécution forcée des jugements étrangers¹⁸⁹³.

c) **Limites à l'exécution en nature contenues dans les instruments d'unification ou d'harmonisation du droit matériel**

(1) **Principe général**

611. Les *European Principles* et les Principes UNIDROIT contiennent un certain nombre de règles de droit matériel limitant l'exécution en nature. Ils définissent les possibilités d'obtenir un titre condamnant à l'exécution en nature dans la procédure méritoire déjà, contrairement par exemple au droit allemand qui octroie au créancier par principe le droit à l'exécution en nature, avec le risque pour ce dernier de disposer ensuite d'un titre inexécutable selon les règles de la procédure forcée.

612. De manière générale, l'impossibilité de l'obligation exclut le droit d'obtenir l'exécution en nature: "*impossibilium nulla est obligatio*"¹⁸⁹⁴. Cette exclusion se retrouve dans tous les droits considérés¹⁸⁹⁵. Il en est de même pour l'illicéité¹⁸⁹⁶, bien que les Principes UNIDROIT ne mentionnent pas spécifiquement ce cas. Ils n'envisagent que le cas du contrat auquel une

¹⁸⁹¹ Cf. KAROLLUS, ad Art. 28, n° 21; *contra*: HUBER, ad Art. 28, n° 22. Le juge saisi serait particulièrement encouragé à le faire si les parties ont expressément stipulé le recours à l'exécution en nature. Cependant, on peut douter qu'une telle stipulation s'impose à lui, malgré l'art. 6 de la CVIM, car ce texte ne permet pas aux parties de faire prévaloir leur volonté sur des dispositions internes d'ordre public. Le choix du tribunal saisi revêt donc une grande importance dans ce contexte; cf. KAROLLUS, ad Art. 28, n° 25.

¹⁸⁹² Cf. seulement KAROLLUS, ad Art. 28, n° 11 et les références citées.

¹⁸⁹³ Cf. KAROLLUS, ad Art. 28, n° 23.

¹⁸⁹⁴ Art. 9.102 (2) (a) *European Principles*; art. 7.2.2 (a) Principes UNIDROIT.

¹⁸⁹⁵ Cf. France, art. 1184 al. 2, 2e phrase CCFr; Angleterre, *Forster v. Cash* (1865) 35 Beav. 167, 171; 55 ER 858, 860; Belgique, art. 1184 al. 2, 2e phrase du code civil; Pays-Bas, art. 3:236 du code civil; Allemagne, BGB § 275; Suisse, art. 119 CO; CVIM, art. 79 al. 5, semble cependant prévoir le contraire, mais cela est controversé. Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. a), II. D. 3. a), III. O. 3. a), IV. D. 3. a), V. D. 3. a).

¹⁸⁹⁶ Art. 9.102 (2) (a) *European Principles*. Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. a), II. D. 3. a), III. D. 3. a), IV. D. 3. a), V. D. 3. a).

autorisation publique, condition à sa validité, a été refusée¹⁸⁹⁷. En outre, le fait pour le débiteur de devoir fournir des efforts ou dépenses déraisonnables en vue de l'exécution en nature est également un critère d'exclusion de celle-ci¹⁸⁹⁸. Enfin, le créancier est également déchu du droit à l'exécution en nature s'il n'a pas exigé l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution¹⁸⁹⁹. Cette disposition s'ajoute aux règles sur la prescription et est censée protéger le débiteur de conséquences particulièrement dures (*hardship*) qui pourraient résulter d'une demande en exécution en nature tardive. Issue du droit anglais, cette idée se retrouve aussi dans la CVIM, mais limitée aux cas où l'acheteur réclame la délivrance de biens de substitution et le remplacement ou la réparation de biens non conformes¹⁹⁰⁰. Le droit suisse connaît le tempérament de l'interdiction de l'abus de droit de l'art. 2 al. 2 CC, qui va cependant plus loin que la CVIM, dans la mesure où il exclut totalement l'exécution forcée dans l'hypothèse où l'ayant-droit ne s'oppose pas durant une longue période à la violation d'un droit, bien que la loi ne prévienne aucun délai de péremption ou de prescription de l'exercice d'un droit dans le domaine de la personnalité ou des biens immatériels¹⁹⁰¹ ou en matière de raisons de commerce et de concurrence déloyale notamment¹⁹⁰².

613. Les *European Principles* et les Principes UNIDROIT contiennent encore deux principes régissant le cas de l'obligation strictement personnelle (2) et le cas de l'exécution par équivalent (3).

(2) Obligation présentant un caractère strictement personnel ou dépendant de relations personnelles

614. L'exécution en nature ne peut pas non plus être obtenue lorsqu'elle consiste à fournir des services ou réaliser un ouvrage présentant un caractère personnel ou dépendant de relations personnelles.

615. Les commentaires aux *European Principles* et aux Principes UNIDROIT définissent les obligations présentant un caractère personnel comme

¹⁸⁹⁷ Art. 6.1.17 Principes UNIDROIT.

¹⁸⁹⁸ Art. 9.102 (2) (b) *European Principles*; art. 7.2.2 (b) Principes UNIDROIT.

¹⁸⁹⁹ Art. 9.102 (3) *European Principles*; art. 7.2.2 (e) Principes UNIDROIT.

¹⁹⁰⁰ Art. 46 (2) et 46 (3) CVIM.

¹⁹⁰¹ ATF 88 II 176; ATF 97 II 153; ATF 108 II 216.

¹⁹⁰² ATF 109 II 338; ATF 117 II 575.

celles qui ne peuvent pas être déléguées ou celles qui exigent des qualités individuelles de nature scientifique ou artistique - en donnant l'exemple de l'artiste-peintre qui s'est engagé à exécuter une œuvre à l'égard d'un riche marchand d'art -¹⁹⁰³, ainsi que celles impliquant une relation personnelle et confidentielle¹⁹⁰⁴. En revanche, les Principes UNIDROIT excluent les activités habituelles d'un avocat, d'un chirurgien ou d'un ingénieur de cette définition parce qu'elles peuvent être exécutées par d'autres personnes ayant la même formation et la même expérience¹⁹⁰⁵. Les explications à l'appui de ces textes¹⁹⁰⁶ justifient l'exclusion de l'exécution en nature tout d'abord parce qu'elle porterait sérieusement atteinte à la liberté individuelle du débiteur. Ensuite, l'exécution de services ou d'ouvrages sous la contrainte nuit souvent à leur qualité. Enfin, il est difficile pour le juge de contrôler et, le cas échéant, d'influencer de manière appropriée l'exécution d'une obligation personnelle.

616. En ce qui concerne l'exclusion de l'exécution forcée des obligations qui dépendant de relations personnelles, les explications aux *European Principles* donnent comme exemple un arrêt de la Cour de Paris du 4 juillet 1865¹⁹⁰⁷ où les héritiers d'un propriétaire d'usine concluent un contrat en vue de constituer une société de capitaux afin de continuer l'exploitation de l'entreprise héritée. Si l'un des héritiers, qui n'occupe pas de fonction de direction dans la société, refuse ultérieurement de participer à la constitution de la société, les autres héritiers pourront exiger de lui l'exécution de son engagement initial. En revanche, si l'engagement initial consistait à constituer une société de personnes où chacun est censé occuper une fonction active, alors il ne pourrait pas faire l'objet d'une exécution forcée¹⁹⁰⁸. Enfin, le commentaire aux *European Principles* précise que l'exclusion de l'exécution forcée des prestations strictement personnelles ne vise que des actes positifs¹⁹⁰⁹. Il est dès lors possible d'exiger l'exécution en nature d'une obligation de ne pas faire, par exemple l'interdiction de rendre des services à un tiers ou de former une société avec un tiers. Cependant, si l'exécution de

¹⁹⁰³ Cf. *Barrow v. Chappell & Co. Ltd* [1959] Ch 14.

¹⁹⁰⁴ Commentaires ad *European Principles*, p. 158; commentaires ad Principes UNIDROIT, p. 182.

¹⁹⁰⁵ Commentaires ad Principes UNIDROIT, p. 183.

¹⁹⁰⁶ Commentaires ad *European Principles*, p. 158; commentaires ad Principes UNIDROIT, p. 182.

¹⁹⁰⁷ Cour de Paris, 4 juillet 1865, S. 1865, II, p. 201.

¹⁹⁰⁸ Cf. pour la France, Cass. (réq.), 19 février 1907, S. 1912, I, p. 217, obs. Perroud, Jean; pour l'Angleterre, cf. *Hercy v. Birch* (1804) 9 Ves. 357; *Scott v. Rayment* (1868) LR 7 Ex. 112.

¹⁹⁰⁹ Commentaires ad *European Principles*, p. 159.

cette obligation négative implique parallèlement l'exécution indirecte d'une obligation de rendre des services ou un ouvrage ou dépendant de relations personnelles, l'exclusion de l'art. 9.102 (2) (c) s'applique à nouveau¹⁹¹⁰.

(3) Exécution par équivalent

617. Les *European Principles* et les Principes UNIDROIT excluent de même l'exécution forcée lorsque le créancier peut raisonnablement l'obtenir d'une autre façon¹⁹¹¹.

618. Souvent la résolution du contrat et l'allocation de dommages-intérêts satisferont davantage le créancier que le prononcé de l'exécution en nature, qui peut être longue et fastidieuse. Cela concerne notamment les obligations de faire *non intuitu personae*, où le créancier aura davantage intérêt à se faire autoriser l'exécution par un tiers aux frais du débiteur, ou les obligations de livrer une chose fongible, où le créancier sera mieux servi s'il peut effectuer un achat de couverture et se faire indemniser du dommage en résultant, notamment la différence dans le prix d'achat¹⁹¹². Dogmatiquement, il convient cependant de relever que dans ce cas, tant les *European Principles* que les Principes UNIDROIT suivent la doctrine de la *common law*, étant donné que les droits continentaux, même si cette solution est rarement appliquée en pratique, prévoient aussi la possibilité pour le créancier d'obtenir l'exécution en nature¹⁹¹³. Le fait que le débiteur ne soit pas en mesure de réparer le dommage résultant de la transaction de remplacement implique qu'on ne puisse pas raisonnablement exiger du créancier qu'il renonce à l'exécution en nature¹⁹¹⁴.

¹⁹¹⁰ Cas où l'exécution forcée d'une obligation de concurrence absolue ne peut pas être demandée, car elle impliquerait indirectement l'obligation économique de travailler pour son ancien employeur. Cf. pour l'Angleterre, *Page One Records Ltd v. Britton* [1968] 1 WLR 157, [1967] 3 All ER 822; pour l'Allemagne, *Reichsgericht*, 8 mai 1907, RGZ 66, p. 116.

¹⁹¹¹ Art. 9.102 (2) (d) Principes; art. 7.2.2 (c) Principes UNIDROIT.

¹⁹¹² Cf. pour l'Angleterre, *Cohen v. Roche* [1927] 1 KB 169 (KB); pour la Suisse, art. 107 al. 2 CO.

¹⁹¹³ Cf. WERRO/BELSER, p. 537.

¹⁹¹⁴ Commentaires ad *European Principles*, p. 160.

2. Champ d'application

a) En général

619. L'examen des divers droits envisagés révèle deux systèmes quant au champ d'application de la pénalité judiciaire: le premier prévoit un champ d'application *général* (France et Benelux, art. 292 CPS, Projet Storme, *Transnational Rules*); le second prévoit un champ d'application *limité* (Allemagne, Angleterre dans une moindre mesure). En France tout d'abord, l'astreinte peut être prononcée à l'appui de toutes les condamnations, y compris les condamnations à une somme d'argent¹⁹¹⁵. La même solution prévaut pour les pays du Benelux et pour la Suisse, à l'exception toutefois des condamnations à une somme d'argent¹⁹¹⁶. En Allemagne en revanche, la ZPO ne permet l'application du *Zwangsgeld* et de l'*Ordnungsgeld* que dans les domaines où une exécution directe n'est pas possible, à savoir pour les obligations de faire strictement personnelles (*unvertretbare Handlungen*) et les obligations de ne pas faire (*Unterlassungen*), ce qui explique pourquoi les dispositions sur l'exécution forcée en Allemagne sont structurées selon la nature de la condamnation qu'il s'agit d'exécuter¹⁹¹⁷. Enfin, le droit anglais semble emprunter une voie médiane. Bien qu'il n'exclue en principe pas la *fine* pour *contempt of court* pour aucun des types d'obligations envisagés, l'exigence de la fixation d'un délai dans lequel l'exécution doit intervenir ne sera en pratique pas remplie lorsque l'obligation consiste en un paiement d'une somme d'argent et la livraison d'une chose immobilière ou mobilière¹⁹¹⁸. Dès lors, on peut assigner au *contempt of court* une certaine subsidiarité, du moins en ces matières¹⁹¹⁹.

b) Obligations de faire

620. Sous réserve des limites dues à la protection de la liberté individuelle du débiteur, les droits examinés prévoient tous la pénalité judiciaire afin

¹⁹¹⁵ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 2. d).

¹⁹¹⁶ Cf. *supra*, Partie 2, III. D. 2. e), Partie 2, V. D. 2. d).

¹⁹¹⁷ Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 1.

¹⁹¹⁸ Cf. *RSC Order 45, rule 5 (1)* en rapport avec *RSC Order 45, rule 2 (1) et (2)*.

¹⁹¹⁹ *Danchevsky v. Danchevsky* [1974] 3 All ER 934 (CA).

d'assurer l'exécution des obligations de faire qui nécessitent le concours personnel du débiteur (*intuitu personae*)¹⁹²⁰.

621. En revanche, en matière d'obligations de faire qui ne nécessitent pas le concours personnel du débiteur (*non intuitu personae*), l'image est beaucoup plus diffuse. En Angleterre, le juge n'accorde en principe pas l'exécution en nature, vu qu'un tiers est également en mesure de fournir la prestation; l'allocation de dommages-intérêts sera un *adequate remedy*¹⁹²¹. En France et dans les pays du Benelux, le créancier peut, en vertu de l'art. 1144 du Code civil, choisir entre l'exécution par un tiers et le prononcé de l'astreinte¹⁹²². En Allemagne, le § 887 ZPO n'autorise pas le prononcé d'un *Zwangsgeld* en matière d'obligations de faire *non intuitu personae*. Cependant, la distinction entre obligations *intuitu personae* et obligations *non intuitu personae* peut s'avérer difficile en pratique. La jurisprudence allemande a résolu cette difficulté en créant trois cas où le *Zwangsgeld* peut néanmoins être prononcé à l'appui d'une obligation *non intuitu personae*¹⁹²³: lorsque le titre porte condamnation à un résultat, lorsque la prestation consiste en un comportement durable et lorsque l'obligation entraîne la suppression d'une nuisance. Nous estimons dès lors que la solution suisse, ou du moins celle de certains de ses cantons, semblent être la plus judicieuse: lorsque l'obligation de faire n'est pas strictement personnelle, il convient en principe de prononcer l'exécution par un tiers aux frais du débiteur; toutefois, si, aux yeux du juge saisi, le prononcé d'une pénalité judiciaire s'avère plus efficace afin d'obtenir la réalisation du droit de fond, aucune raison, et encore moins le principe de la proportionnalité, ne devrait empêcher ce prononcé¹⁹²⁴.

c) Obligations de ne pas faire

622. Tous les droits examinés consacrent la pénalité judiciaire comme le moyen naturel et exclusif permettant d'assurer l'exécution forcée des obligations de ne pas faire ou d'abstention¹⁹²⁵, étant donné qu'il n'est pas possible

¹⁹²⁰ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 2. a), Partie 2, II. D. 2. a), Partie 2, III. D. 2. b), Partie 2, IV. D. 2. a) et Partie 2, V. D. 2. a).

¹⁹²¹ Cf. *supra*, Partie 2, II. D. 2. a).

¹⁹²² Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 2. a) et Partie 2, III. D. 2. b).

¹⁹²³ Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 2. a) *in fine*.

¹⁹²⁴ Cf. *supra*, Partie 2, V. D. 2. a).

¹⁹²⁵ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 2. b), Partie 2, II. D. 2. b), Partie 2, III. D. 2. c), Partie 2, IV. D. 2. b) et Partie 2, V. D. 2. b).

en cette matière de recourir à des moyens encore plus sévères, tels la privation de liberté ou le séquestre.

d) Obligations de livrer

623. S'agissant de l'obligation de livrer une chose *mobile fongible*, les droits examinés présentent à nouveau une image relativement diffuse, à l'instar de celle en matière d'obligations de faire non strictement personnelle. Le juge anglais n'accordera en principe pas la *specific performance*, et, *de facto*, ne pourra pas prononcer de *contempt of court*, à l'exception des biens fongibles dont la source d'approvisionnement est unique¹⁹²⁶. En France et dans les pays du Benelux, même si l'astreinte n'est pas exclue par principe en matière de choses fongibles¹⁹²⁷, les juges ne la prononceront que très rarement, préférant renvoyer le créancier à effectuer un achat de couverture¹⁹²⁸. Vu le caractère de moyen de contrainte général de l'astreinte dans ces pays, on rencontre toutefois certains arrêts ayant prononcé des astreintes dans de tels cas, notamment en cas de difficulté d'approvisionnement¹⁹²⁹ ou d'urgence¹⁹³⁰. Enfin, le droit allemand se montre à nouveau strict et part du principe que l'obligation de livrer, qu'elle porte sur une chose fongible ou individualisée¹⁹³¹, peut toujours être exécutée directement et exclut dès lors le prononcé du *Zwangsgeld*¹⁹³². Ici également, nous estimons que la solution suisse, ou du moins celle de certains de ses cantons, semblent être la plus judicieuse: lorsque l'obligation de livrer porte sur une chose fongible, il conviendra en principe de renvoyer le créancier à effectuer un achat de couverture et de réclamer la réparation du dommage subi; toutefois, si, aux yeux du juge saisi, le prononcé d'une pénalité judiciaire s'avère plus efficace afin

¹⁹²⁶ Cf. *supra*, Partie 2, II. D. 2. c) et l'affaire *Sky Petroleum* qui y est citée.

¹⁹²⁷ Lors des travaux préparatoires de la loi uniforme Benelux, un amendement visant à exclure les obligations portant sur des choses de genre a même été rejeté Cf. Exposé des motifs communs, Doc. Parlem., Ch. Représ., sess. 1977-1978, n° 353/1, p. 16 et n° 177/2, p. 10.

¹⁹²⁸ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 2. c) et Partie 2, III. D. 2. d).

¹⁹²⁹ Pour la France, on pense notamment à l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 18 octobre 1972, cité *supra*, Partie 2, I. D. 2. c). Pour les Pays-Bas, on pense notamment à la fameuse affaire *Sensor*, citée *supra*, Partie 2, III. D. 2. d).

¹⁹³⁰ Cf. *supra*, Partie 2, III. D. 2. d).

¹⁹³¹ §§ 883 et 884 ZPO. Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 2. c).

¹⁹³² Le droit allemand réserve cependant aussi les cas où la chose est difficile d'approvisionnement. Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 2. c).

d'obtenir la réalisation du droit de fond, alors aucune raison, et encore moins le principe de la proportionnalité, ne devrait empêcher ce prononcé¹⁹³³.

624. En matière d'obligation de livrer une chose *mobile individuelle*, on peut distinguer deux groupes à nouveau. La France, les pays du Benelux et l'Angleterre admettent par principe la pénalité judiciaire, même s'ils admettent l'exécution directe par l'autorité publique¹⁹³⁴. En revanche, l'Allemagne n'autorise que l'exécution directe, à savoir l'enlèvement de la chose par l'agent d'exécution et sa remise au créancier¹⁹³⁵; elle ne permet la contrainte indirecte, toutefois seulement sous la forme de la contrainte par corps et non sous celle de la pénalité judiciaire, que pour contraindre le débiteur à révéler l'emplacement de la chose¹⁹³⁶. La solution suisse est à nouveau médiane et, à nos yeux, la plus judicieuse: elle fixe comme principe l'exécution directe par l'enlèvement de la chose avec l'assistance de la force publique et remise au requérant; toutefois, la possibilité, en vertu du principe de la proportionnalité, de prononcer une pénalité judiciaire est réservée¹⁹³⁷.

625. En matière d'obligation de livrer une chose *immobilière*, les systèmes divergent également. En France et dans les pays du Benelux, l'astreinte est régulièrement prononcée¹⁹³⁸. En Angleterre¹⁹³⁹, le juge délivre en principe un *decree of specific performance*, assorti de la menace du *contempt of court*. Cependant, en pratique aucun délai n'est fixé, de sorte que la menace du *contempt of court* n'est pas exécutable. Un *writ of possession* est dès lors plus efficace. En Allemagne¹⁹⁴⁰, l'exécution forcée s'effectue par la force publique, au moyen de l'expulsion si nécessaire. La Suisse, par une application systématique du principe de la proportionnalité, offre à nouveau une solution intéressante: recours par principe à la force publique, la contrainte indirecte ne se justifiant pas en cette matière, vu la possibilité

¹⁹³³ Cf. *supra*, Partie 2, V. D. 2. c).

¹⁹³⁴ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 2. c), Partie 2, II. D. 2. c) et Partie 2, III. D. 2. d).

¹⁹³⁵ Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 2. c).

¹⁹³⁶ §§ 883 al. 2 et 901 ZPO.

¹⁹³⁷ Cf. *supra*, Partie 2, V. D. 2. c).

¹⁹³⁸ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 2. c) et Partie 2, III. D. 2. d).

¹⁹³⁹ Cf. *supra*, Partie 2, II. D. 2. c).

¹⁹⁴⁰ Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 2. c).

d'obtenir l'exécution directe; cependant, prononcé d'une pénalité judiciaire dans les cas où l'atteinte au débiteur devait être trop incisive¹⁹⁴¹.

626. Enfin, en matière d'obligation de livrer une *personne*, tous les systèmes examinés¹⁹⁴² connaissent la pénalité judiciaire, conformément au principe de la proportionnalité, le cas échéant à côté de dispositions pénales spécifiques, notamment en matière de garde des enfants.

e) Obligations de payer une somme d'argent

627. En principe, la pénalité judiciaire n'est pas prononcée pour assurer l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent. Cette règle est strictement suivie en Allemagne¹⁹⁴³ et en Suisse¹⁹⁴⁴. Elle l'est également au Benelux, où elle est consacrée par la loi uniforme¹⁹⁴⁵. Cependant, elle y a fait l'objet d'une interprétation restrictive, en ce sens que l'astreinte y est autorisée dans le cas d'une condamnation au paiement d'une somme d'argent en faveur d'un tiers¹⁹⁴⁶. En Angleterre, même si le prononcé de la *fine* accompagnant une obligation de payer une somme d'argent n'est pas en soi exclue, elle ne le sera pas en pratique, vu qu'il manquera toujours à une telle condamnation un délai spécifique dans lequel le débiteur devra s'exécuter¹⁹⁴⁷.

628. Ainsi, seul le droit français prévoit l'application de l'astreinte aux obligations de payer une somme d'argent, même si le recours à l'exécution directe reste la règle¹⁹⁴⁸. Nous avons déjà formulé nos critiques à l'égard de cette utilisation de l'astreinte¹⁹⁴⁹: ou bien le débiteur est insolvable et le montant de l'astreinte ne fera que s'ajouter au montant de la créance initiale, ou bien le créancier est solvable, mais est un mauvais payeur, et alors on conçoit mal comment la condamnation à une peine pécuniaire additionnelle

¹⁹⁴¹ Cf. *supra*, Partie 2, V. D. 2. c).

¹⁹⁴² Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 2. c) *in fine*, Partie 2, II. D. 2. c) *in fine*, Partie 2, III. D. 2. d) *in fine*, Partie 2, IV. D. 2. c) *in fine* et Partie 2, V. D. 2. c) *in fine*.

¹⁹⁴³ Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 2. d).

¹⁹⁴⁴ Cf. *supra*, Partie 2, V. D. 2. d).

¹⁹⁴⁵ Art. 1 al. 1, 2^e phrase de la Convention Benelux.

¹⁹⁴⁶ Cf. *supra*, Partie 2, III. D. 2. e).

¹⁹⁴⁷ Cf. *supra*, Partie 2, II. D. 2. d).

¹⁹⁴⁸ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 2. d).

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*

peut le motiver à changer d'avis. C'est alors précisément une mesure d'exécution directe qui servira au mieux les intérêts du créancier !

3. Limites

a) Limites dues à l'obligation principale

629. Tous les droits¹⁹⁵⁰ et instruments d'unification ou d'harmonisation du droit envisagés¹⁹⁵¹, excluent le prononcé d'une pénalité judiciaire à l'appui d'une obligation impossible, illicite ou contraire aux mœurs.

b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle

630. Tous les droits envisagés ont adopté dans une certaine mesure la règle "*nemo praecise cogi potest ad factum*" admettant ainsi que la liberté personnelle contient un noyau inaliénable auquel il ne peut être touché.

631. Ainsi, en matière de fourniture d'une prestation *artistique* ou *scientifique*, la liberté individuelle est sacrée¹⁹⁵². L'affaire *Rosa Bonheur* en France en est un exemple éloquent¹⁹⁵³. La protection matérielle d'une œuvre déjà créée est différente. La Cour de cassation française, par exemple, a interprété de manière très large la protection de la liberté individuelle de l'artiste dans ce cas, en octroyant, dans l'affaire *Eden*, à l'auteur d'un tableau le droit de refuser sa livraison au commanditaire après sa terminaison. En revanche, la jurisprudence anglaise, dans l'affaire *Eyles*¹⁹⁵⁴, a pris une orientation plus sévère en interdisant à l'auteur d'un roman de publier son œuvre chez un autre éditeur que celui avec lequel il avait passé des arrangements contractuels antérieurs en vue de la publication, prononçant ainsi indirectement du moins la *specific performance*. En revanche, en matière d'obligation de ne pas faire, les rares décisions connues sont unanimes et prononcent l'exécution en nature, respectivement une pénalité judiciaire à l'appui de telles engagements négatifs; on ne rappellera que l'affaire de l'acteur de la Comédie

¹⁹⁵⁰ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. a), Partie 2, II. D. 3. a), Partie 2, III. D. 3. a), Partie 2, IV. D. 3. a), Partie 2, V. D. 3. a).

¹⁹⁵¹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. D. 1. c) (1).

¹⁹⁵² Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b), Partie 2, II. D. 3. b), Partie 2, III. D. 3. b), Partie 2, IV. D. 3. b), Partie 2, V. D. 3. b).

¹⁹⁵³ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b).

¹⁹⁵⁴ Cf. *supra*, Partie 2, II. D. 3. b).

française¹⁹⁵⁵ en France et celle de la cantatrice Joanna Wagner¹⁹⁵⁶ en Angleterre, qui ont tous deux été interdits de se produire sur une scène concurrente.

632. En matière de *droit de la famille*, les restrictions à l'utilisation de la pénalité judiciaire sont également partagées par l'ensemble des droits examinés. L'obligation de s'unir par les liens du mariage, malgré une promesse en ce sens, n'est pas susceptible d'exécution en nature. Le § 888 al. 2 ZPO allemande en est la meilleure illustration, vu qu'il exclut expressément l'application du *Zwangsgeld* à la condamnation de contracter mariage et à la condamnation à la reprise de la vie conjugale¹⁹⁵⁷. Certaines décisions accordent encore la pénalité judiciaire en matière d'obligation de réintégrer le domicile conjugal; elles sont cependant plutôt dictées par des considérations d'ordre social¹⁹⁵⁸: en principe, la sanction est le divorce¹⁹⁵⁹. En revanche, ici comme en matière de fourniture de prestations artistiques ou scientifiques, les obligations négatives peuvent être accompagnées d'une pénalité judiciaire¹⁹⁶⁰.

633. De même, la pénalité judiciaire n'est en principe pas prononcée lorsqu'est en cause une question de *conscience, morale ou religieuse*¹⁹⁶¹.

634. Les *relations de travail* font également partie des relations à caractère personnel basées sur une confiance accrue entre les parties. L'obligation du travailleur de fournir sa prestation de travail ne peut pas être sanctionnée par une pénalité judiciaire; par exemple, le droit anglais refuse déjà le prononcé du titre alors que la Convention Benelux refuse expressément le prononcé de l'astreinte dans ce cas. Seule la résiliation du contrat sera possible¹⁹⁶². Inversement, l'obligation de l'employeur de fournir du travail à son employé n'est pas susceptible d'être accompagnée d'une pénalité judiciaire; le droit de ré-

¹⁹⁵⁵ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b).

¹⁹⁵⁶ Cf. *supra*, Partie 2, II. D. 3. b).

¹⁹⁵⁷ Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 3. b).

¹⁹⁵⁸ Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 3. b).

¹⁹⁵⁹ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b) et Partie 2, V. D. 3. b).

¹⁹⁶⁰ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b) et Partie 2, IV. D. 3. b).

¹⁹⁶¹ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b) et Partie 2, IV. D. 3. b).

¹⁹⁶² Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b), Partie 2, II. D. 3. b), Partie III. D. 3. b), Partie 2, IV. D. 3. b), Partie 2, V. D. 3. b).

intégrande est remplacé par celui de réclamer des dommages-intérêts¹⁹⁶³, à l'exception de l'Allemagne, où l'on rencontre des décisions condamnant l'employeur à occuper le travailleur¹⁹⁶⁴. Les obligations accessoires au contrat de travail, prohibition de concurrence par le travailleur pendant et après les rapports de travail, ainsi que celle de l'employeur de délivrer un certificat de travail peuvent en revanche être assorties d'une pénalité judiciaire¹⁹⁶⁵.

635. Enfin, l'engagement de conclure un contrat de *société de personnes* est assimilé aux relations de travail quant à son caractère personnel et exclut par conséquent la pénalité judiciaire¹⁹⁶⁶. Ici également l'Allemagne se distingue, le § 894 ZPO autorisant expressément l'exécution en nature de telles obligations. En revanche, cette exclusion ne s'applique pas aux obligations pécuniaires résultant de la participation à une société de capitaux¹⁹⁶⁷.

E. La procédure de la pénalité judiciaire

1. Autorité compétente

a) Compétence du juge ordinaire

636. Aucun des ordres juridiques examinés ne pose de restriction au pouvoir du juge ordinaire de prononcer une pénalité judiciaire. Les limitations ne trouvent pas leur origine dans l'identité de l'autorité qui entend prononcer une telle mesure, mais bien plutôt dans la nature de l'injonction dont il entend l'assortir.

¹⁹⁶³ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b), Partie 2, II. D. 3. b), Partie III. D. 3. b) et Partie 2, IV. D. 3. b). Cependant, en France, l'obligation de réintégrande a été admise pour les employés représentant du personnel ou les délégués syndicaux, cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b); en Angleterre, certaines décisions admettent l'exécution en nature lorsque les rapports de confiance entre les parties n'est pas rompu, cf. *supra*, Partie 2, II. D. 3. b).

¹⁹⁶⁴ Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 3. b).

¹⁹⁶⁵ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b), Partie 2, II. D. 3. b), Partie 2, III. D. 3. b), Partie 2, IV. D. 3. b) et Partie 2, V. D. 3. b).

¹⁹⁶⁶ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b), Partie 2, II. D. 3. b), Partie 2, III. D. 3. b), Partie 2, IV. D. 3. b) et Partie 2, V. D. 3. b).

¹⁹⁶⁷ Cf., par exemple, *supra* Partie 2, I. D. 3. b) ou les règles de droit suisse en matière de responsabilité des associés pour les dettes des sociétés de personnes.

b) Compétence du juge des mesures provisoires

637. Dans tous les pays examinés, les règles concernant la pénalité judiciaire s'appliquent tant à la procédure au fond qu'à la procédure de mesures provisoires¹⁹⁶⁸. En France par exemple, il est désormais admis que le juge statuant en référé peut prononcer des astreintes, mais qu'il ne peut procéder à leur liquidation qu'à titre provisoire¹⁹⁶⁹, c'est-à-dire sous réserve de ce que décidera la juridiction saisie au principal¹⁹⁷⁰. La mesure peut être particulièrement incisive lorsqu'elle accompagne une condamnation impliquant une mesure positive (*Leistungsverfügung*) vu qu'elle implique un transfert de patrimoine. Or, la question du prononcé d'une pénalité judiciaire assortissant une telle mesure ne se différencie pas de la question de fond de l'admissibilité de telles mesures. Si une mesure provisoire devient caduque, la question du remboursement éventuel d'une pénalité judiciaire déjà payée à la suite d'une contravention à l'injonction ne sera pas une question propre à la pénalité judiciaire; la même question se posera par exemple également lorsqu'un jugement exécutoire est remplacé par une décision sur recours.

c) Compétence des arbitres

638. La problématique de la pénalité judiciaire en matière d'arbitrage soulève deux questions. La première est celle du pouvoir des tribunaux étatiques de prononcer une telle pénalité judiciaire afin d'assurer l'exécution forcée des sentences arbitrales. Cette question ne semble pas poser de problème particulier, dans la mesure où le prononcé de la pénalité découle de l'*imperium* d'un juge et que, on l'a vu¹⁹⁷¹, en principe tout juge peut prononcer une telle sanction.

639. En revanche, la question du pouvoir de l'arbitre d'assortir directement sa sentence d'une pénalité judiciaire est beaucoup plus controversée. Seules les législations belge¹⁹⁷² et néerlandaise¹⁹⁷³ confèrent expressément à l'arbitre un tel pouvoir. En France, la jurisprudence consacre le pouvoir de l'arbitre

¹⁹⁶⁸ Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 1. b), Partie 2, II. E. 1. b), Partie 2, III. E. 1. b), Partie 2, IV. E. 1. b), Partie 2, V. E. 1. b).

¹⁹⁶⁹ Cass. civ., 2e, 30 mai 1980, Bull. Civ. II, n° 125, p. 88.

¹⁹⁷⁰ Art. 491 NCPC.

¹⁹⁷¹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 1. a).

¹⁹⁷² Art. 1709bis de la loi du 19 mai 1998 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage. Cf. *supra*, Partie 2, III. E. 1. c) (1).

¹⁹⁷³ Art. 1056 du Code de procédure civile. Cf. *supra*, Partie 2, III. E. 1. c) (2).

de prononcer une astreinte mais subordonne le caractère exécutoire de celle-ci à l'exequatur préalable de la sentence¹⁹⁷⁴. La doctrine majoritaire l'admet également, en le justifiant par l'appartenance de l'astreinte à la fonction juridictionnelle, mais refuse aux arbitres le pouvoir de la liquider, leur fonction prenant fin avec le prononcé de l'astreinte¹⁹⁷⁵. En Allemagne¹⁹⁷⁶, la discussion n'a jamais vraiment été menée, étant donné que jusqu'au 1er janvier 1998, date de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur l'arbitrage, les arbitres n'avaient pas la faculté de prononcer des mesures provisoires, champ d'application principal des injonctions de faire ou de ne pas faire. On peut néanmoins penser, comme le fait un auteur, que la commination de l'*Ordnungsgeld* selon le § 890 ZPO par un arbitre puisse être possible¹⁹⁷⁷, vu que l'*Ordnungsgeld* ne suppose pas, comme le *Zwangsgeld*, que le titre qu'il accompagne soit déclaré exécutoire. En Angleterre¹⁹⁷⁸ et au Luxembourg¹⁹⁷⁹, il est généralement admis qu'un arbitre ne puisse pas assortir sa sentence d'une pénalité judiciaire. En Suisse, des motifs formalistes empêcheraient sans doute qu'un juge pénal prononce une peine à la suite d'une commination de l'art. 292 CPS assortissant une sentence arbitrale: même si l'on devait reconnaître à l'arbitre la faculté de brandir une telle menace, il paraît exclu qu'une condamnation soit prononcée par un juge étatique avant que la décision arbitrale n'ait été reconnue devant l'autorité publique, la sentence arbitrale ne constituant pas une sentence de l'autorité au sens de cet article¹⁹⁸⁰. A ce titre, il ne surprend en revanche guère que les Principes UNIDROIT, vu leur importance en droit de l'arbitrage international, ne limitent pas uniquement au juge étatique le pouvoir de prononcer une pénalité judiciaire¹⁹⁸¹.

640. Nous pensons que la tendance des législations modernes en matière d'arbitrage international, illustrée notamment par les législations belge et néerlandaise, qui accordent à l'arbitre le pouvoir de prononcer une astreinte, ou la législation suisse, qui permet aux parties de soumettre la procédure

¹⁹⁷⁴ Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 1. d).

¹⁹⁷⁵ Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 1. d).

¹⁹⁷⁶ Cf. *supra*, Partie 2, IV. E. 1. c).

¹⁹⁷⁷ SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, p. 543, n° 744, note 2.

¹⁹⁷⁸ Cf. *supra*, Partie 2, II. E. 1. c).

¹⁹⁷⁹ Cf. *supra*, Partie 2, III. E. 1. c) (3).

¹⁹⁸⁰ Cf. *supra*, Partie 2, V. E. 1. c).

¹⁹⁸¹ Art. 7.2.4 Principes UNIDROIT.

arbitrale à la loi de procédure de leur choix¹⁹⁸², va dans le sens d'une ouverture à l'arbitre de la possibilité de prononcer des pénalités judiciaires. En outre, elle consacre logiquement le pouvoir de plus en plus étendu des arbitres en matière de contentieux provisoire: immédiatement assorties d'une commination à une sanction, les injonctions ne souffrent pas d'un moment d'inertie jusqu'à ce que leur exécution soit prononcée par un tribunal étatique. La menace de la sanction est immédiate, même si cette dernière ne peut être fixée et prononcée que par un tribunal étatique dans le cadre de l'exequatur de la sentence. Enfin, puisque l'exécution d'une pénalité imposée par les arbitres ne peut être effectuée que par un tribunal, ou avec son aide, il existe un contrôle approprié pour empêcher tout éventuel abus de pouvoir de la part des arbitres. Cette solution ne s'écarte finalement pas beaucoup de la possibilité laissée aux parties d'accorder au juge le pouvoir de prononcer une peine conventionnelle, sauf que dans le cas de la pénalité judiciaire, le montant de la sanction est fixé par un tiers, l'Etat, et son produit ne revient pas forcément non plus à l'Etat, ce qui, en fin de compte confère une protection plus grande au débiteur que le prononcé d'une peine conventionnelle.

2. Fixation de la pénalité judiciaire et sa liquidation

641. Deux solutions sont possibles quant à la fixation de la pénalité judiciaire: la fixation définitive et la fixation provisoire.

a) Fixation définitive

642. La commination avec fixation définitive du montant se rencontre dans le cas de l'astreinte définitive française, l'astreinte Benelux, le *Zwangsgeld* du § 888 ZPO allemande et certaines amendes prévues par le droit cantonal.

643. En principe, comme son nom l'indique, l'astreinte définitive n'est plus susceptible de modification¹⁹⁸³. La liquidation se réduit à une opération arithmétique consistant à multiplier le nombre de périodes pendant lesquelles a couru l'astreinte par le taux de celle-ci, tel qu'il a été fixé au départ. Cette règle connaît cependant quelques tempéraments. En droit français, le débiteur peut démontrer que l'inexécution de la décision judiciaire provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère, autrement dit que l'inexécution ne

¹⁹⁸² Art. 183 al. 1 LDIP.

¹⁹⁸³ Cf. par exemple, en droit français, art. 36 al. 2 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution; cf. *supra*, Partie 2, I. F. 2. b).

lui est pas imputable¹⁹⁸⁴. Le juge pourra alors supprimer tout ou partie de l'astreinte. La Convention Benelux prévoit également un certain nombre de tempéraments, en cas de faillite¹⁹⁸⁵ ou de décès¹⁹⁸⁶ du débiteur, d'impossibilité définitive ou temporaire de la condamnation principale¹⁹⁸⁷, ainsi que la règle de la prescription de l'astreinte¹⁹⁸⁸. Le *Zwangsgeld* allemand du § 888 ZPO est également une sorte d'astreinte définitive, moins affinée cependant, puisqu'il peut être totalement supprimé en cas d'exécution par le débiteur. Nous avons vu les inconvénients de cette méthode dans le cas des injonctions de faire à terme fixe et les injonctions de faire portant sur une certaine durée¹⁹⁸⁹.

644. La fixation définitive du montant de l'astreinte avant la commission (ou la non-commission) de l'acte qu'elle entend empêcher (ou favoriser) n'est pas satisfaisante. Elle ne permet pas, notamment, de tenir compte de la faute du débiteur. Or, si l'on admet que la pénalité judiciaire doit avoir une fonction répressive en plus de sa fonction de contrainte, il appert qu'une sanction qui ne tient pas compte de la faute de celui à qui elle est imposée est forcément injuste. La Cour de cassation zurichoise a ainsi décidé que la prise en considération de la faute doit interdire une fixation anticipée du montant de la pénalité judiciaire¹⁹⁹⁰. En France également, il est prévu que l'astreinte définitive ne puisse être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée que le juge détermine¹⁹⁹¹. La solution Benelux est ainsi injustement rigide, même si elle présente l'avantage de la clarté, notamment pour le débiteur, qui ne peut pas spéculer sur un adoucissement ultérieur de la sanction¹⁹⁹². Enfin, la solution allemande accordant la possibilité de supprimer la pénalité en cas d'exécution par le débiteur présente le désavantage de ne pouvoir s'appliquer qu'aux injonctions de faire. En effet,

¹⁹⁸⁴ Cf. art. 36 al. 3 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

¹⁹⁸⁵ Art. 5 al. 1 de la Convention Benelux; cf. *supra*, Partie 2, III. F. 3. a).

¹⁹⁸⁶ Art. 6 al. 1 de la Convention Benelux; cf. *supra*, Partie 2, III. F. 3. b).

¹⁹⁸⁷ Art. 4 al. 1 de la Convention Benelux; cf. *supra*, Partie 2, III. F. 3. c).

¹⁹⁸⁸ Art. 7 al. 1 de la Convention Benelux; cf. *supra*, Partie 2, III. E. 2. c).

¹⁹⁸⁹ Cf. *supra*, Partie 2, III. A. 2. a).

¹⁹⁹⁰ Cass., 26 décembre 1987, ZR 87 (1988), n° 41, p. 97.

¹⁹⁹¹ Art. 34 al. 3, 1ère phrase de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

¹⁹⁹² Cf. l'affaire *La Médicale Equipex S.A./Farmitali et al.*, Arr.Rb. Haarlem, 26 mars 1991, confirmée par le Ger. Hof Amsterdam, 27 février 1992, NJ 1993, n° 452, p. 1596 où le montant de l'astreinte échue s'est élevé à 54 mio. de florins.

si elle assortissait une injonction négative, le débiteur pourrait à tout moment provoquer sa suppression par un comportement ultérieur conforme à l'injonction. On assisterait ainsi à une succession de contraventions, fixations de la pénalité, respects de l'injonction et suppressions de la pénalité. En outre, cette solution ne permet pas une voie intermédiaire tenant compte des éléments concrets de l'inexécution: soit le débiteur est sanctionné s'il ne s'exécute pas, soit il ne l'est pas s'il exécute ultérieurement.

645. On verra ci-après que seule la solution de la commination à un montant provisoire, accompagnée d'un mécanisme de fixation définitive ultérieure réunit les deux conditions d'effectivité et de justice.

b) Fixation provisoire

646. Le système de la commination avec fixation d'un montant provisoire suivie d'une liquidation est réalisé par l'astreinte provisoire française, la *fine* du *contempt of court* anglais, l'*Ordnungsgeld* du § 890 ZPO, certaines amendes prévues par le droit cantonal et la peine de l'art. 292 CPS.

647. Les mécanismes de fixation définitive du montant de la pénalité judiciaire permettent tous de tenir compte de l'élément de la faute dans l'inexécution. En France, le juge doit liquider le montant de l'astreinte provisoire "*en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter*"¹⁹⁹³. Ce principe est en vigueur depuis le fameux arrêt de la Cour de cassation du 20 octobre 1959. En Angleterre, en Allemagne et en Suisse, en ce qui concerne la commination de l'art. 292 CPS au moins, le juge pourra tenir compte de l'élément subjectif lors de la fixation définitive de la pénalité.

c) Degré de précision de la commination

648. Le montant indiqué dans la commination, outre le cas de la fixation définitive, est très variable. La *penal notice* anglaise est très vague; elle précise uniquement que le débiteur est "*liable to process of execution*." La commination des peines de l'art. 292 CPS est également vague en ce sens qu'elle n'indique que la possibilité de la peine d'arrêts et de l'amende. En Allemagne, il est d'usage de rappeler la formulation légale, en ce sens que le débiteur risque un *Ordnungsgeld* pouvant aller jusqu'à 500'000 marks alle-

¹⁹⁹³ Art. 36 al. 1 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

mands. En pratique, ce montant n'est jamais atteint et la liquidation s'arrête en principe vers des montants de 5'000 marks allemands environ¹⁹⁹⁴. La pratique française, enfin, est la plus précise, puisqu'elle mentionne un montant déterminé par contravention ou unité de temps.

649. La question du degré de précision du montant de la commination n'est finalement guère importante. On objectera qu'une commination forfaitaire, telle la formule allemande, ne permet pas au débiteur de saisir concrètement le montant auquel il s'expose, alors qu'on aura tendance à reprocher à la formulation française de restreindre la liberté du juge et surtout d'être parfois difficilement applicable dans la mesure où ce dernier ne connaît pas encore suffisamment au moment de la commination les éléments qui lui permettent de chiffrer un montant adéquat.

3. Condamnation et modalités

a) Pouvoirs du juge

(1) Maxime d'office ou maxime dispositive

650. La loi uniforme Benelux¹⁹⁹⁵ et la loi allemande¹⁹⁹⁶ exigent une requête du créancier. Le juge ne pourra pas prononcer une pénalité judiciaire d'office.

651. En revanche, en vertu de l'art. 33 de la loi de 1991, le juge français peut prononcer une astreinte d'office, sans qu'on puisse lui reprocher d'avoir statué *ultra petita*¹⁹⁹⁷. D'ailleurs, le juge qui prescrit une astreinte n'est pas tenu de provoquer préalablement les explications des parties¹⁹⁹⁸. Ce pouvoir étendu du juge français, qui résulte de son *imperium* et qui pourrait conduire à des prononcés d'astreintes non appropriés, vu la méconnaissance par le juge de la situation respective des parties, est cependant tempéré par le fait qu'il lui est désormais interdit de prononcer d'emblée une astreinte défini

¹⁹⁹⁴ Cf. PASTOR, p. 299.

¹⁹⁹⁵ Art. 1 al. 1, 3e phrase de la Convention Benelux; cf. *supra*, Partie 2, III. E. 2. a).

¹⁹⁹⁶ §§ 888 et 890 ZPO; cf. *supra*, Partie 2, IV. E. 2. a).

¹⁹⁹⁷ Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 2. a).

¹⁹⁹⁸ Cass. civ., 2e, 21 mars 1979, D. 1979, p. 449, obs. Santa-Croce, Muriel et Cass. civ., 11 mars 1987, D. 1987, I.R., p. 65 (astreinte définitive).

tive¹⁹⁹⁹. Il pourra dès lors "rattraper" une éventuelle erreur d'appréciation lors de la liquidation de l'astreinte provisoire.

652. En droit anglais, il n'est pas clairement établi si le tribunal peut prononcer d'office une sanction pour *contempt of court* ou s'il ne peut le faire que sur requête du créancier²⁰⁰⁰.

653. En droit suisse, la commination de la peine pécuniaire cantonale n'est prononcée que sur requête du créancier²⁰⁰¹. L'art. 292 CPS répond cependant à des critères différents. Lorsque le Tribunal fédéral prononce un ordre de faire ou de ne pas faire en instance unique, il l'assortit d'office de la menace des peines prévues à l'art. 292 CPS, conformément à l'art. 76 PCF²⁰⁰². Le droit cantonal ne prévoit pas expressément cette menace²⁰⁰³. La pratique constante des juridictions cantonales, jamais sanctionnée à ce jour par le Tribunal fédéral, opte pour la libre appréciation laissée au juge²⁰⁰⁴. On peut cependant émettre les règles suivantes. En matière d'*obligation de faire*, la commination ne devrait être prononcée que sur requête du créancier et dans la procédure d'exécution forcée - par opposition à la procédure au fond - seulement, lorsque le juge fixe un délai au débiteur pour s'exécuter²⁰⁰⁵. Cela correspond à la maxime dispositive propre à la procédure civile et ne saurait prêter les intérêts du créancier. En revanche, les *injonctions négatives* sont en principe assorties d'office de la commination de l'art. 292 CPS²⁰⁰⁶. En effet, il n'est pas possible de "rattraper" l'inexécution de l'obligation par une exécution ultérieure: le risque de dommage pour le créancier résultant d'une seule et unique infraction déjà est trop important pour laisser au débiteur ne serait-ce qu'une seule chance.

¹⁹⁹⁹ Art. 34 al. 2 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

²⁰⁰⁰ Cf. notamment ARLIDGE/EADY, n° 2-30; MILLER, p. 448; cf. *supra*, Partie 2, II. E. 2. a).

²⁰⁰¹ Art. 306 al. 1 ZPO ZH; art. 403 al. 1 ZPO BE; 234 al. 1 ZPO SZ; art. 299 al. 1 ZPO OW; art. 247 ZPO NW; art. 222 al. 1 ZPO ZG; art. 354 al. 1, 355 al. 2 ZPO FR; art. 297 ZPO SG; art. 395 al. 2 ZPO SH; art. 289 al. 4 ZPO AR; art. 316 al. 1 ZPO TG; art. 294 ZPO LU; cf. STUDER/RÜEGG/EIHOZLER, ad Art. 294, n° 1.

²⁰⁰² Cf. ATF 83 II 261; 87 II 112; 88 II 323; 90 II 163.

²⁰⁰³ Cf. cependant l'art. 403 al. 1 ZPO BE qui oblige le juge d'assortir une telle décision d'une telle menace.

²⁰⁰⁴ Cf. notamment BERTOSSA/GAILLARD/GUYET, vol. III, ad art. 462, n° 3.

²⁰⁰⁵ Cf. KUMMER, *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafwang*, p. 385.

²⁰⁰⁶ Cf. art. 76 PCF; art. 403 ZPO BE; ATF 83 II 260; 87 II 107; 93 II 433; 95 II 456; 97 II 234 et 108 II 344. Cf. aussi DAVID, p. 83 et 204; KUMMER, *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafwang*, p. 384; MERZ, p. 89; STADLER, p. 39; TROLLER, T. II, p. 1012.

654. Le Projet Storme requiert également une requête du créancier préalablement au prononcé d'une astreinte. L'art. 7.2.4 (1) des Principes UNIDROIT prévoit que le tribunal "peut" imposer une pénalité au débiteur s'il ne se conforme pas à la décision. Ancrée dans le droit matériel, cette disposition ne dit mot si le juge peut agir d'office ou seulement sur requête.

655. La solution Benelux nous semble sur ce point la plus fidèle aux principes de la libre disposition du litige et de la maxime des débats chers au procès civil et semble ainsi la plus adéquate. En outre, elle garantit le respect du droit d'être entendu de l'adverse partie. La solution suisse, à mi-chemin entre les solutions existantes, dans la mesure où elle prévoit la commination d'office en cas d'obligation de ne pas faire, nous semble également justifiée.

(2) Pouvoir discrétionnaire ou non

656. Si les conditions au prononcé de la pénalité judiciaire sont réunies, soit parce que le créancier a déposé une requête en ce sens, soit parce que les conditions matérielles à son prononcé sont réunies, la question se pose de savoir si le juge doit forcément y faire droit ou s'il peut y renoncer.

657. En France²⁰⁰⁷ et au Benelux²⁰⁰⁸, le juge apprécie souverainement l'opportunité de faire droit à une demande d'astreinte. Il l'écartera s'il estime préférable une autre solution ou s'il a toute raison de croire à l'exécution volontaire de la condamnation. Ce large pouvoir s'explique par le caractère général de l'astreinte, qui laisse au juge la mission d'apprécier l'opportunité de la mesure. La même solution est proposée par l'art. 292 CPS, le Projet Storme²⁰⁰⁹ et les Principes UNIDROIT²⁰¹⁰. Cette solution se justifie dans la mesure où la pénalité judiciaire n'est pas la seule mesure d'exécution forcée à disposition du créancier.

658. En revanche, si la pénalité judiciaire est le seul moyen de contrainte disponible, le système allemand doit s'imposer. En effet, en Allemagne, une fois saisi, le juge ne peut pas sans autre refuser de prononcer un *Zwangsgeld* ou un *Ordnungsgeld*²⁰¹¹. Le créancier dispose d'un droit à ce que la justice

²⁰⁰⁷ Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 2. a), Cass. com., 17 février 1956, JCP 1956, II, n° 9330, obs. Veilleux.

²⁰⁰⁸ Cf. *supra*, Partie 2, III. E. 2. a), Cass. Pays-Bas, 19 février 1993, NJ 1993, p. 624.

²⁰⁰⁹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. A. 3. b).

²⁰¹⁰ Cf. *supra*, Partie 2, VI. A. 2. b).

²⁰¹¹ Cf. *supra*, Partie 2, IV. E. 2. a).

soit rendue (*Justizgewährungsanspruch*) ancré dans la loi fondamentale allemande, qui lui permet d'exiger la mise en œuvre d'une procédure d'exécution forcée par l'Etat et, le cas échéant, le prononcé d'une mesure de contrainte²⁰¹². Comme le droit allemand limite l'application de la pénalité judiciaire à des cas bien précis, contrairement aux droits français et Benelux, il est dès lors logique que la réalisation de ceux-ci entraîne le prononcé obligatoire de la mesure.

(3) Pouvoir souverain ou non

659. Tous les droits examinés laissent au juge le soin de déterminer les modalités de la pénalité judiciaire qu'il entend prononcer, ainsi que son montant. Rien ne l'empêche dès lors de prononcer une pénalité inférieure au montant demandé²⁰¹³. En revanche, le prononcé d'une pénalité plus élevée que le montant demandé ne connaît pas une réglementation uniforme. En France, où l'astreinte peut être prononcée d'office par le juge sans requête en ce sens par le créancier, il est également admis que le juge puisse prononcer une astreinte plus élevée que celle demandée²⁰¹⁴. La même règle vaut en Angleterre²⁰¹⁵. Dans les pays du Benelux, bien que l'astreinte ne puisse être prononcée que sur requête du créancier, le juge peut également prononcer une astreinte plus élevée que celle demandée²⁰¹⁶. En Allemagne, la question de la liberté du juge par rapport au montant requis par le créancier est controversée²⁰¹⁷. Certains prétendent qu'il est lié, au risque de statuer *ultra petita*²⁰¹⁸; d'autres lui accordent une pleine liberté et considèrent le montant requis comme une simple indication²⁰¹⁹. En Suisse, enfin, le pouvoir du juge est total dans les limites de la loi, soit en matière de pénalités judiciaires cantonales, soit en matière de peine prévue par l'art. 292 CPS²⁰²⁰.

²⁰¹² *Ibid.*

²⁰¹³ Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 2. b), Partie 2, II. E. 2. b), Partie 2, III. E. 2. b), Partie 2, IV. E. 2. b) et Partie 2, V. E. 2. b).

²⁰¹⁴ Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 2. b).

²⁰¹⁵ Cf. *supra*, Partie 2, II. E. 2. b).

²⁰¹⁶ Cf. *supra*, Partie 2, III. E. 2. b).

²⁰¹⁷ Cf. *supra*, Partie 2, IV. E. 2. b).

²⁰¹⁸ Cf. notamment SCHUSCHKE/WALKER, § 888, n° 15; STEIN/JONAS, § 890, n° 35 et ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLMKOMMER, § 890, n° 17.

²⁰¹⁹ Cf. notamment BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 888, n° 9 et § 890, n° 12; THOMAS/PUTZO, § 890, n° 25.

²⁰²⁰ Cf. *supra*, Partie 2, V. E. 2. b).

660. La solution du pouvoir souverain laissé au juge par l'ensemble des systèmes examinés, si l'on adopte pour l'Allemagne la solution libérale, présente l'avantage de permettre au juge d'adapter la pénalité aux velléités de résistance du débiteur. Elle permet aussi d'éviter que le créancier, en méconnaissance de cause, ne requiert le prononcé d'une astreinte trop basse.

b) Taux et modalités de la pénalité judiciaire

(1) Taux

661. Une limite maximale pour le montant de la pénalité judiciaire est connue des droits allemand²⁰²¹ et suisse²⁰²², ainsi que du droit Benelux où le juge pourra également fixer un maximum lorsqu'il fait le choix entre une astreinte par unité de temps ou par contravention²⁰²³. En revanche, le droit français²⁰²⁴ et le droit anglais²⁰²⁵ ne connaissent aucun montant légal maximum. Le Projet Storme reprend la solution Benelux²⁰²⁶. La problématique de la limitation maximale de la pénalité judiciaire n'est cependant pertinente que dans les systèmes qui connaissent une pénalité définitive. Pour ces cas, l'ensemble des systèmes prévoit une telle limite. En revanche, pour les systèmes qui connaissent une pénalité provisoire, le problème sera effacé par la faculté du juge de liquider la pénalité en fonction des éléments, notamment subjectifs, du cas concret.

(2) Modalités

662. On rencontre trois sortes de pénalités judiciaires: le *montant global*, le *montant déterminé par unité de temps* ou le *montant fixé par contravention*. Cette formulation est celle prévue par l'art. 2 al. 1 de la loi uniforme Benelux ainsi que l'art. 13.2 du Projet Storme. Les commentaires aux Principes UNIDROIT prévoient aussi que la pénalité judiciaire puisse être imposée sous la forme d'un paiement forfaitaire ou d'un paiement échelonné.

²⁰²¹ Cf. *supra*, Partie 2, IV. E. 2. b).

²⁰²² Cf. *supra*, Partie 2, V. E. 2. b).

²⁰²³ Art. 2, 2e phrase de la Convention Benelux. Cf. *supra*, Partie 2, III. E. 2. b).

²⁰²⁴ Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 2. b).

²⁰²⁵ Cf. *supra*, Partie 2, II. E. 2. b). Cependant, le juge français pourra décider que l'astreinte ne courra que pendant un délai déterminé, règle consacrée par l'art. 34 al. 3 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution pour les astreintes définitives.

²⁰²⁶ Cf. *supra*, Partie 2, VI. A. 3. b).

663. Le montant global est rarement appliqué en France et au Benelux²⁰²⁷. En revanche, le montant global est la modalité usuelle en Allemagne pour le *Zwangsgeld*²⁰²⁸. Cette particularité du *Zwangsgeld* est un élément de sa faiblesse. En effet, cela ne favorise pas l'exécution immédiate de l'injonction de faire, dans la mesure où le montant dû sera le même quel que soit le moment où le débiteur s'exécute. Lorsqu'on sait que le débiteur pourra même éviter de se faire imposer un *Zwangsgeld*, même s'il s'exécute tardivement, vu la nature de pur moyen de pression du *Zwangsgeld*, cette particularité augmente encore la faiblesse de ce moyen par rapport à l'astreinte, où la menace commence à courir dès le premier jour du cours de l'astreinte. En Suisse enfin, l'amende prévue par l'art. 292 CPS est également globale²⁰²⁹. Si la menace est répétée, elle peut alors être prononcée pour chaque contravention, à condition qu'une commination ait été notifiée au débiteur pour chaque cas d'inexécution.

664. En principe, en France et au Benelux, le taux est fixé à raison d'un montant déterminé, qui peut être progressif²⁰³⁰, par période de retard (heure, jour, mois ou année)²⁰³¹ pour les injonctions de faire et occasionnellement, à côté d'un montant par infraction constatée, pour les injonctions de ne pas faire. Le montant par unité de temps peut également se trouver en Allemagne en application des § 888 et § 890 ZPO, mais reste l'exception²⁰³². Certains cantons suisses prévoient également que la pénalité judiciaire puisse être fixée par unité de temps jusqu'à exécution de l'obligation ou cessation de l'acte interdit²⁰³³. Cependant, la commination de la pénalité ne peut pas comporter un montant fixe déterminé d'avance. Cela est contraire

²⁰²⁷ Pour la France, cf. *supra*, Partie 2, I. E. 2. b); Cass. (réq.), 6 février 1900, S. 1904, I, p. 397; Cass. civ., 5 juillet 1933, S. 1934, I, p. 337 bien qu'on puisse se demander si dans ces arrêts, la Cour de cassation n'a pas confondu astreinte et dommages-intérêts. Pour les pays du Benelux, cf. *supra*, Partie 2, III. E. 2. b).

²⁰²⁸ Cf. *supra*, Partie 2, IV. E. 2. b).

²⁰²⁹ Cf. *supra*, Partie 2, V. E. 2. b).

²⁰³⁰ Pour la France seulement, cf. *supra*, Partie 2, I. E. 2. b), CA Paris, 13 février 1877, D. 1878, II, p. 125 (affaire de *Beauffremont*, astreinte de FF 500 par jour d'inexécution pendant le premier mois, puis FF 1'000 par jour d'inexécution pendant le deuxième mois).

²⁰³¹ Cf. TGI Paris (référé), 25 mars 1982, Rev. huiss. 1982, p. 743 (astreinte de FF 1'000 par heure de retard pour contraindre une banque à fournir à un huissier les renseignements relatifs à une créance saisie-arrêtée).

²⁰³² Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 240-241; cf. *supra*, Partie 2, IV. E. 2. b).

²⁰³³ Cf. *supra*, Partie 2, V. E. 2. b); art. 306 al. 2 ZPO ZH; art. 234 al. 2 SZ; art. 299 al. 2 OW; art. 299 ZPO SG; art. 289 al. 4 AR; 315 ZPO AI; art. 256 ZPO BS.

au respect du principe de sa fixation en fonction de la faute du débiteur²⁰³⁴. Cette méthode présente l'avantage d'adapter automatiquement la hauteur de la pénalité à la réticence du débiteur.

665. La méthode du *montant par contravention* est expressément prévue par le § 890 ZPO pour les injonctions de ne pas faire²⁰³⁵. La même règle se retrouve à l'art. 292 CPS, à condition que la menace ait été répétée pour chaque infraction²⁰³⁶. En France et au Benelux, l'astreinte déterminée par infraction constatée²⁰³⁷ sera la règle, à côté de l'astreinte en fonction de la durée de la contravention²⁰³⁸, pour les injonctions de ne pas faire.

666. En conclusion, il convient de relever que si les modalités en matière d'obligations de ne pas faire sont identiques - montant par contravention -, la grande différence se situe à nouveau en matière d'obligations de faire, le système allemand du *Zwangsgeld* prévoyant une pénalité judiciaire au montant global, alors que les autres systèmes offrent une pénalité judiciaire par période de retard. En ce sens, l'effectivité de cette dernière est doublement supérieure: non seulement, elle favorise une exécution de la condamnation principale, mais en plus elle en favorise l'exécution rapide, vu qu'avec chaque jour de retard, le montant de la pénalité est augmenté.

c) Point de départ et durée de la pénalité judiciaire

(1) Point de départ

667. Le point de départ de la pénalité judiciaire est le moment à partir duquel elle est opposable au débiteur. En France, l'astreinte ne peut courir au plus tôt qu'à partir de la date de la *notification du jugement* qui l'a prononcée²⁰³⁹. Cependant, elle peut avoir pour point de départ une date antérieure à la notification de l'arrêt qui la prononce toutes les fois qu'elle

²⁰³⁴ Cf. HAUBENSAK, p. 36.

²⁰³⁵ Cf. *supra*, Partie 2, IV. E. 2. b).

²⁰³⁶ Cf. *supra*, Partie 2, V. E. 2. b).

²⁰³⁷ Pour la France seulement, cf. *supra*, Partie 2, I. E. 2. b); TGI Paris (référé), 31 janvier 1984, D. 1984, p. 283, obs. Lindon, Raymond (astreinte de FF 10 par exemplaire de journal non retourné, alors qu'en l'espèce l'astreinte portait sur 160'000 exemplaires).

²⁰³⁸ Pour des condamnations de chaînes de télévision, respectivement à FF 16'000 et à FF 5'400 par seconde d'infraction, CE 21 septembre 1988, D. 1989, p. 124, obs. Debbasch, Charles et 20 janvier 1989, D. 1990, p. 104, 2e arrêt, obs. Huet, P.

²⁰³⁹ Cf. PERROT, *L'Astreinte*, p. 801; STARCK/ROLAND/BOYER, n° 511.

assortit une décision déjà exécutoire²⁰⁴⁰. La même solution est consacrée par l'art. 1 al. 3, 1ère phrase de la Convention Benelux et l'art. 13 al. 1, 2e phrase du Projet Storme. En Angleterre également, avant de pouvoir recourir aux moyens offerts par l'*Order 45, rule 5 RSC*, une copie de la décision à exécuter doit être notifiée au débiteur²⁰⁴¹ avec la mention que l'insoumission à l'ordre du juge est un *contempt of court (penal notice)*²⁰⁴². En revanche, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, la notification n'est pas indispensable: la sanction peut déjà courir dès le moment du prononcé de la condamnation principale, si le débiteur en a la connaissance par d'autres moyens²⁰⁴³. La même règle différenciée existe en Allemagne²⁰⁴⁴. Dans la mesure où la doctrine majoritaire estime que la faute du débiteur est un élément nécessaire au prononcé d'un *Ordnungsgeld*, le débiteur se trouve ainsi protégé contre une condamnation à la suite d'une injonction dont il n'aurait pas eu connaissance. En effet, sans connaissance de la menace, pas de faute possible. La même solution pourrait aussi s'appliquer à l'art. 292 CPS.

668. Les solutions anglaise et allemande, qui renoncent à l'exigence de la notification si le débiteur a eu connaissance de l'injonction par d'autres moyens, est conforme au principe du droit pénal basé sur la faute, qui fait place à des critères subjectifs et non pas objectifs. Il serait choquant qu'un débiteur puisse impunément violer une injonction du juge, entre le moment de son prononcé et de sa notification, alors qu'il en avait déjà connaissance. D'ailleurs, le fait que le montant de l'*Ordnungsgeld* et, le cas échéant, de l'amende selon l'art. 292 CPS ne soit fixé qu'ultérieurement permet de tenir compte de cet élément subjectif, ce qui ne serait pas possible dans le cas d'une astreinte définitive.

(2) Durée

669. La durée de la pénalité judiciaire dépend de l'injonction qu'elle accompagne, à moins qu'une durée plus courte ou un montant maximal n'ait été fixée par le juge. Il n'existe pas de durée légale. Cependant, dans les pays du Benelux, le même résultat est obtenu par la prescription très courte de

²⁰⁴⁰ Cass. civ. 1ère, 25 mars 1997, Juris-data n° 001456.

²⁰⁴¹ *Order 45 rule 7 (2) lit. a.*

²⁰⁴² *Order 45 rule 7 (4).*

²⁰⁴³ L'*Order 45 rule 7 (6)* mentionne la simple présence du destinataire lors du prononcé de l'ordre ou la transmission par téléphone, télégramme ou autre moyen similaire.

²⁰⁴⁴ Cf. *supra*, Partie 2, IV. E. 2. c).

6 mois²⁰⁴⁶. Le juge français peut fixer un terme à l'astreinte²⁰⁴⁶ et à tout moment le modifier en raison de son caractère provisoire ou le proroger à l'échéance²⁰⁴⁷. En matière d'astreinte définitive, le juge est tenu de par la loi de fixer un terme²⁰⁴⁸. On constatera que la possibilité de fixer une durée maximale, comme celle de pouvoir fixer un montant maximal, se justifie en particulier dans le cas de l'astreinte définitive où plus aucune liberté de manœuvre n'est laissée au juge de la liquidation. Cette solution ne se justifie pas lorsque, dans le cas de l'astreinte provisoire, le débat sur le montant définitif a de nouveau lieu devant le juge de la liquidation.

F. Questions annexes

1. Influence de la faute

670. Nous avons vu plus haut²⁰⁴⁹ qu'une pénalité judiciaire efficace devait exercer une double fonction: la contrainte et la répression. Comme toute répression légitime doit reposer sur une *faute* de son destinataire, toutes les pénalités judiciaires examinées doivent logiquement tenir compte de cet élément subjectif.

671. En France, depuis le revirement jurisprudentiel de 1959 qui a définitivement détaché l'astreinte des dommages-intérêts, le juge de la liquidation ne tient plus compte du préjudice subi par le créancier, mais de la faute du débiteur pour fixer définitivement le montant de l'astreinte²⁰⁵⁰. En matière d'astreinte provisoire, le juge la liquidera *"en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter"*²⁰⁵¹. En matière d'astreinte définitive, la liquidation est en principe mathématique. Le débiteur, néanmoins, conserve le droit de démontrer que l'inexécution de la décision judiciaire provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère, autrement dit que l'inexécution ne lui est pas

²⁰⁴⁵ Art. 7 de la Convention Benelux.

²⁰⁴⁶ Cass. civ., 20 mars 1889, S. 1892, I, p. 565. Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 2. c).

²⁰⁴⁷ Cass. (réq.), 14 juin 1920, D. 1921, I, p. 195. Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 2. c).

²⁰⁴⁸ Art. 34 al. 3 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

²⁰⁴⁹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. B. 5. b).

²⁰⁵⁰ Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 3. et F. 2. b).

²⁰⁵¹ Art. 36 al. 1 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Ce principe était déjà appliqué avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, cf. Cass. civ., 1ère, 12 juin 1991, Gaz. Pal. 1991, I, Panor., p. 228, JCP 1991, éd. G., IV, p. 316.

imputable²⁰⁵². Dans les pays du Benelux, la question n'est pas clairement réglée, l'art. 4 de la loi uniforme permettant au juge, à la demande du débiteur, de revoir l'astreinte, soit en la suspendant, soit en la réduisant s'il s'avère que l'exécution de la condamnation principale est définitivement ou temporairement impossible, de manière totale ou partielle²⁰⁵³. Les travaux préparatoires précisent encore que la révision est possible même si l'impossibilité d'exécution a été créée par le débiteur lui-même²⁰⁵⁴. En Angleterre, les déclarations jurisprudentielles concernant l'influence de la faute sur la fixation du *contempt of court* ne sont pas univoques, bien qu'une certaine faute soit exigée²⁰⁵⁵. En Allemagne, malgré la controverse doctrinale, la situation est relativement claire, dans la mesure où elle est dictée par un arrêt du *Bundesverfassungsgericht*²⁰⁵⁶: seule une contravention fautive peut conduire au prononcé d'un *Ordnungsgeld*. En revanche, la faute n'est pas nécessaire au prononcé d'un *Zwangsgeld*²⁰⁵⁷, vu sa nature de pur moyen de contrainte. Enfin, en Suisse, tant la sanction de l'art. 292 CPS que les sanctions prévues dans les codes de procédure cantonaux exigent la faute du débiteur²⁰⁵⁸.

672. Il s'avère que tous les ordres juridiques considérés tiennent compte de la faute du débiteur à un titre ou à un autre, soit positivement comme condition du prononcé de la pénalité judiciaire, soit négativement comme condition pour supprimer ou réduire cette dernière.

2. Critères de fixation du montant de la pénalité judiciaire

673. A l'exception du *Zwangsgeld*, nous avons vu que toutes les pénalités judiciaires envisagées remplissent un double rôle, celui d'exercer une pression suffisante sur le débiteur afin de le motiver à se conformer à l'injonction prononcée et celui de sanctionner, le cas échéant, une éventuelle inexécution. Le montant de la pénalité doit dès lors s'orienter autour de deux éléments, d'une part la surface financière du débiteur, le même montant n'ayant

²⁰⁵² Art. 36 al. 3 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

²⁰⁵³ Cass. belge, 1ère, 3 novembre 1994, Pas. 1994, I, p. 907; JDT 1995, p. 341.

²⁰⁵⁴ Exposé des motifs communs, Doc. Parlem. Ch. Représ., sess. 1977-1978, n° 353/1, p. 19 et 20.

²⁰⁵⁵ Cf. *supra*, Partie 2, II. E. 3.

²⁰⁵⁶ Cf. *supra*, Partie 2, IV. E. 3.

²⁰⁵⁷ Sur la justification d'une certaine doctrine en faveur de la nécessité du critère de la faute également pour prononcer un *Zwangsgeld* selon le § 888 ZPO, cf. *supra*, Partie 2, IV. E. 3.

²⁰⁵⁸ Cf. *supra*, Partie 2, V. E. 3.

pas les mêmes vertus de motivation suivant l'épaisseur du patrimoine du débiteur, d'autre part la faute du débiteur, tout comportement même menant à un résultat identique ne méritant pas la même sanction.

674. En France, la formulation est conforme aux buts assignés ci-dessus, étant donné que le juge doit liquider le montant de l'astreinte provisoire "en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter"²⁰⁵⁹. La formule de l'arrêt du 20 octobre 1959 est encore meilleure en ce sens que "l'astreinte provisoire ... est normalement liquidée en fonction de la gravité de la faute du débiteur récalcitrant et de ses facultés..."²⁰⁶⁰. Les travaux préparatoires de la loi uniforme Benelux²⁰⁶¹ prévoient les mêmes critères, bien qu'il soit plus difficile de tenir compte de la faute du débiteur étant donné le caractère définitif de l'astreinte. En Angleterre, le juge tiendra également compte de la faute du débiteur et l'amende devra être adaptée aux moyens du débiteur, vu son caractère pénal²⁰⁶². Enfin, les sanctions fondées sur l'art. 292 CPS répondent également à ces deux principes, inhérents au *Schuldprinzip* du droit pénal suisse.

3. Recouvrement de la pénalité judiciaire

675. Une fois due, la pénalité judiciaire doit encore être recouvrée. A l'instar du droit allemand, deux solutions sont envisageables. Soit l'Etat y pourvoit d'office, indépendamment de la volonté du créancier. C'est le cas de l'*Ordnungsgeld*²⁰⁶³, de la *fine* pour *contempt of court*²⁰⁶⁴ ou de l'amende imposée au titre de l'art. 292 CPS²⁰⁶⁵. Soit il appartient au créancier de prendre les devants et d'engager les poursuites nécessaires. C'est le cas du *Zwangs-*

²⁰⁵⁹ Art. 36 al. 1 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

²⁰⁶⁰ Cass. civ., 1ère, 20 octobre 1959, Bull. Civ. I, n° 419, p. 347.

²⁰⁶¹ Exposé des motifs communs, Jur. Benelux 2 (1980-1981), p. 115, p. 120.

²⁰⁶² Cf. *supra*, Partie 2, II. E. 3.

²⁰⁶³ Cf. *supra*, Partie 2, IV. F.

²⁰⁶⁴ Cf. *supra*, Partie 2, II. F.

²⁰⁶⁵ Cf. *supra*, Partie 2, V. F.

*geld*²⁰⁶⁶, bien qu'il soit dévolu à l'Etat, de l'astreinte française²⁰⁶⁷ et de l'astreinte Benelux²⁰⁶⁸.

676. La distinction du droit allemand s'explique par la fonction différente du *Zwangsgeld* et de l'*Ordnungsgeld* dans le temps. Le *Zwangsgeld* vise à assurer l'exécution d'un acte futur, alors que l'*Ordnungsgeld* tend à sanctionner un comportement passé. Dans le premier cas où le créancier a encore un intérêt à l'exécution de l'acte, il peut paraître raisonnable de lui laisser la responsabilité du recouvrement. En revanche, dans le second cas, le créancier ne peut plus avoir un intérêt étant donné que l'acte prohibé a déjà été commis, d'autant plus que le produit de l'*Ordnungsgeld* visant à sanctionner cette désobéissance ne lui revient pas. Il est alors logique d'attribuer à l'Etat l'initiative de la poursuite. Pour rester simple, nous préconisons que l'initiative de la poursuite soit laissée à celui à qui revient le produit de la pénalité.

²⁰⁶⁶ Cf. *supra*, Partie 2, IV, F.

²⁰⁶⁷ Cf. *supra*, Partie 2, I. F. 3. c).

²⁰⁶⁸ Art. 3, 2e phrase de la Convention Benelux.

PARTIE III

LA PENALITE JUDICIAIRE EXTRATERRITO- RIALE EN DROIT PRIVE

677. Nous avons démontré dans la première partie l'admissibilité au regard du droit international de l'injonction extraterritoriale en matière de droit privé. Nous avons ensuite exposé dans la deuxième partie que la pénalité judiciaire est le moyen de contrainte indirecte par excellence dans les principaux systèmes juridiques européens et qu'elle est irremplaçable en matière d'obligations de faire strictement personnelles et d'obligations de ne pas faire. C'est de la confrontation de ces deux résultats intermédiaires que découle le système que nous allons développer dans la troisième partie; en effet, elle est consacrée, illustrant ainsi le titre de l'étude, aux injonctions extraterritoriales de droit privé (Partie 1) assorties d'une pénalité judiciaire (Partie 2), donnant ainsi naissance au concept de l'*exécution forcée transfrontière* (Partie 3) Nous parlerons à ce titre aussi de *pénalité judiciaire extraterritoriale*.

678. Il conviendra tout d'abord d'examiner l'admissibilité de cette exécution forcée transfrontière ou de cette pénalité judiciaire extraterritoriale au regard du droit international public, toutefois cette fois-ci à l'aune de la compétence d'exécution (*jurisdiction to enforce*) (I). Vu les distinctions importantes entre les différentes pénalités judiciaires en droit comparé mises à jour dans la deuxième partie, l'analyse sous l'angle du droit international privé, sera développée ensuite (II). Enfin, à l'image de la Partie 1, nous terminerons à nouveau avec le traitement de la pénalité judiciaire extraterritoriale dans l'espace judiciaire européen, tel que régi par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la Convention "parallèle" de Lugano du 16 septembre 1988 sur la compétence judiciaire et les effets des jugements en matière civile et commerciale, qui mentionnent expressément l'institution à leur art. 43 (III).

I. LA PENALITE JUDICIAIRE EXTRATERRITORIALE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

679. Cette première section examinera la pénalité judiciaire extraterritoriale sous l'angle du droit international général. Aux côtés de la *compétence normative*, la doctrine de droit international distingue traditionnellement la compétence d'exécution ou, pour prendre un terme qui nous est plus proche, l'exercice du pouvoir de contrainte²⁰⁶⁹. L'exercice de la *compétence d'exécution* peut être de caractère extraterritorial - prohibé par le droit international - ou intraterritorial, mais déployant des effets à l'étranger²⁰⁷⁰ - admissible au regard du droit international (A). Lorsque l'Etat prend ou menace de prendre des mesures de contrainte indirecte à l'égard d'un comportement à l'étranger dans le seul cadre de son territoire national afin de garantir le respect à l'étranger de sa réglementation nationale, les limites à l'exercice de sa compétence d'exécution seront les mêmes que celles apportées à l'exercice de sa compétence normative (B). Enfin, il s'agira encore de mentionner, sans s'y attarder, car ne faisant pas l'objet de la présente étude, les méthodes que les Etats ont successivement développées afin de régler les problèmes surgissant en cas de conflit positifs dans l'exercice intraterritorial de compétences d'exécution ayant des effets extraterritoriaux (C).

A. L'exercice de la compétence d'exécution en droit international

680. S'il est admis qu'un tribunal puisse prononcer une injonction dont les effets se produisent à l'étranger, il ne s'ensuit pas, *a priori*, qu'il puisse aussi exercer son pouvoir de contrainte afin d'en assurer l'exécution forcée. Il convient dès lors d'abord de définir la notion de compétence d'exécution en droit privé et de distinguer ses diverses formes d'exercice (1), puis de vérifier si le droit international admet son exercice extraterritorial (2), respectivement son exercice intraterritorial, mais déployant des effets à l'étranger (3).

²⁰⁶⁹ Cf. *supra*, Partie 1, I. A. 1. b).

²⁰⁷⁰ Cf. les contributions fondamentales de MANN, *Doctrine of Jurisdiction*, p. 1-162; Id., *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*, p. 9-116.

1. La compétence d'exécution en droit privé

a) La notion de compétence d'exécution

681. Nous avons défini la *compétence* en droit international comme la *répartition des diverses activités étatique entre les Etats par le droit international public*²⁰⁷¹. A côté de l'activité d'une importance de tout premier ordre qui consiste à édicter des normes juridiques - *l'activité normative*, puisque c'est ainsi qu'on l'a appelée²⁰⁷² -, les activités de l'Etat, et par conséquent, l'intervention de ce dernier dans les rapports entre les particuliers qui lui sont assujettis, consistent aussi en des actes matériels. L'exemple le plus caractéristique de ce type d'intervention est celui du concours de la force publique que l'Etat fournit, le cas échéant, au créancier lorsque ce dernier n'est pas parvenu à obtenir l'exécution de la prestation qui lui est due par son débiteur. L'intervention de l'Etat devient alors *matérielle* ou *exécutive*, et non plus seulement normative. En outre, par l'intervention de la force publique dans les rapports de droit privé entre individus, l'Etat ajoute un ingrédient qui n'existait pas encore lorsqu'il ne faisait que mettre à disposition ses normes à ces derniers: il publicise le rapport strictement privé entre les individus, en en faisant une relation tripartite, le droit de l'exécution forcée n'étant plus à la seule et libre disposition des parties. Ainsi, la *compétence d'exécution* de l'Etat (*jurisdiction to enforce*) s'entend du *pouvoir que possède un Etat de mettre en oeuvre une règle générale ou une décision individuelle par des actes matériels d'exécution pouvant aller jusqu'à la mise en oeuvre de la contrainte étatique*²⁰⁷³.

b) Les diverses formes d'exercice de la compétence d'exécution

682. Conformément au titre de la présente étude, nous ne nous intéressons qu'à l'aspect transfrontière de la compétence d'exécution, à savoir celle qui vise des personnes, des biens ou des actes situés hors du territoire de l'autorité qui use de dite compétence. Il existe deux manières d'exercer cette compétence à l'étranger: soit de manière extraterritoriale au sens strict, soit de manière inttatoritoriale, mais avec des effets se déployant à l'étranger. L'exercice de la compétence d'exécution est extraterritorial au sens strict lorsque les autorités chargées de l'exécution d'une décision interviennent directement par des actes matériels ou par des actes mettant en oeuvre des

²⁰⁷¹ Cf. *supra*, Partie 1, I. A. 1. b).

²⁰⁷² Cf. *supra*, Partie 1, I. A. 1. b).

²⁰⁷³ Cf. *supra*, Partie 1, I. A. 1. b) *in fine* et les références citées.

prérogatives de puissance publique en territoire étranger. A l'inverse, l'exercice de la compétence d'exécution est intraterritorial, mais assorti d'effets extraterritoriaux, lorsque les autorités chargées de l'exécution d'une décision ne prennent des mesures concrètes ou matérielles que dans les limites du territoire national. Or, les mesures d'exécution prises dans le respect de ces limites peuvent néanmoins déployer des effets à l'étranger; c'est le cas précisément de la pénalité judiciaire assortissant une injonction extraterritoriale, qui vise à provoquer un comportement déterminé sur un territoire étranger.

c) La pénalité judiciaire extraterritoriale comme cas d'application de l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution

683. Un exemple peut permettre de comprendre ce qu'il faut entendre par exercice intraterritorial de la compétence d'exécution ayant des effets extraterritoriaux. Tel est par exemple le cas lorsqu'un tribunal ou une autorité accompagne son injonction extraterritoriale d'une astreinte: si le destinataire de l'injonction refuse de l'exécuter, l'astreinte sera exécutée sur les biens que possède sur le territoire du for le débiteur de l'obligation de faire ou de ne pas faire qui doit être exécutée à l'étranger. Même la menace de peines quasi-pénales (*contempt of court*), voire même pénales²⁰⁷⁴ (art. 292 CPS) suffira fréquemment à déterminer le débiteur à se conformer à l'injonction, quel qu'en soit le lieu d'exécution. Pareille injonction, prononcée dans un cas approprié, notamment lorsque son destinataire réside sur le territoire du for, n'est donc nullement condamnée à l'inefficacité. En revanche, l'efficacité d'une injonction extraterritoriale devient douteuse si le défendeur ne réside pas sur le territoire de l'Etat du for ou s'il n'y détient pas - actuellement ou dans le futur - de biens saisissables ou si l'injonction n'est pas susceptible d'exequatur à l'étranger²⁰⁷⁵.

²⁰⁷⁴ La compétence pénale s'étend aussi aux actes commis à l'étranger. L'exécution de la peine dépendra alors évidemment de la compétence personnelle que l'Etat du for pourra acquérir sur le contrevenant ou la possibilité d'obtenir son extradition. Cf. SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 43, n° 7.

²⁰⁷⁵ Elle pourrait être dans ce cas, comme l'expriment parfois les tribunaux anglais - par référence à Plin, *Hist. nat.*, II, 113 - un *brutum fulmen*: cf. *Norris v. Chambers* (1861) 3 De G.F. & J. 583, 584-585; 45 ER 1004, 1005; *Royal Exchange Assurance v. Compania Naviera Santi S.A.* [1962] 1 Lloyd's Rep. 410, 420; *E.D. & F. Man (Sugar) Ltd v. Haryanto (No. 2)* [1991] 1 Lloyd's Rep. 429, 439. Ce risque ne les amènera pas nécessairement à refuser de prononcer une injonction, puisque le tribunal n'est pas tenu de "*contemplate the possibility that [the order] will not be obeyed*", cf. *Castanho v. Brow & Root (U.K.) Ltd* [1981] AC 557, 574, per Lord SCARMAN et la jurisprudence citée, et que, comme a pu l'indiquer Lord DENNING dans *Board of Governors of the Hospital*

2. La prohibition de l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution

a) Le principe de l'exclusivité de l'exercice du pouvoir de contrainte

684. Dans l'arrêt *Lotus*, la Cour Permanente de Justice Internationale a non seulement distingué entre la compétence d'exécution et la compétence normative, mais a également très clairement proclamé l'interdiction de l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution, en affirmant l'exercice strictement territorial de cette dernière²⁰⁷⁶:

"La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure - sauf l'existence d'une règle permissive contraire - tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale: elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention".

685. A notre connaissance, cette déclaration n'a pas, à l'instar de celle sur l'extraterritorialité du pouvoir normatif, fait l'objet de discussion dans l'abondante littérature générée par l'arrêt *Lotus*. Elle ne reflète qu'une conséquence de l'égalité souveraine des Etats. L'Etat souverain ayant le monopole de la force armée organisée sur son territoire, et la société internationale étant composée d'une pluralité d'Etats souverains, il en résulte que chaque Etat a l'exclusivité de la compétence d'exécution sur son territoire²⁰⁷⁷, et qu'il

for Sick Children v. Walt Disney Productions [1967] 1 All ER 1005, 1011: "[the injunction] can be enforced by sequestration against [the defendant's] assets here. There is no evidence that it has any assets here today: but that does not matter. It may have assets here tomorrow." Mais le risque d'inefficacité d'une injonction peut être pris en considération lorsque le tribunal exerce son pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de cette mesure, cf. *Locabail International Finance Ltd v. Agroexport* [1986] 1 WLR 657, 665 (CA). Sur la problématique, cf. aussi, à propos de demandes portées devant les juridictions autrichiennes et tendant à interdire à l'Etat tchécoslovaque la construction de centrales nucléaires près de la frontière austro-tchèque, OGH, 23 février 1988, JBI 110 (1988), p. 459, obs. critique Böhm, Peter (arrêt qui confirme la compétence des juridictions autrichiennes pour connaître de la demande et note qu'une astreinte éventuelle pourra "probablement" être recouvrée en Autriche); *contra*, dans une affaire similaire: OGH Linz, 2 mars 1989, JBI 112 (1990), p. 260 (qui estime qu'une astreinte serait irrecevable, étant donné l'immunité d'exécution de l'Etat étranger). Cf. aussi en jurisprudence constitutionnelle allemande, BVerfG, 12 mars 1986, BVerfGer 72, p. 66, p. 78-79 (à propos de demandes d'injonctions formées, en Allemagne, à l'encontre des nuisances causées par l'aéroport de Salzbourg).

²⁰⁷⁶ Affaire du *Lotus*, 7 novembre 1927, CPJ, Rec. 1927, Série A, n° 10, Arrêt 9, p. 18-19.

²⁰⁷⁷ Cf. seulement STERN, *Quelques observations*, p. 13.

ne pourra donc accomplir des actes d'exécution sur le territoire d'un de ses pairs. Il découle de ce principe de souveraineté qu'aucune exécution matérielle d'une norme étatique ne pourra jamais être effectuée sur le territoire d'un autre Etat par les organes de l'Etat auteur de la norme²⁰⁷⁸, à moins que l'Etat sur lequel l'acte de contrainte doit avoir lieu y consente²⁰⁷⁹. Il résulte d'ailleurs du même principe qu'une disposition de droit public ne peut être exécutée devant un tribunal étranger, ceci indépendamment de l'application éventuelle d'une telle norme dans un litige de droit privé; à supposer qu'il cherche à le faire, l'Etat étranger refusera en principe son action. Même s'ils ne nécessitent pas toujours l'emploi de la force, les actes de contrainte demeurent dès lors interdits lorsqu'ils sont exercés à l'étranger. Le corollaire de cette exclusivité - le *principe de non-intervention*, qui interdit l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution - est clairement défini à l'art. 2 (4) de la Charte des Nations-Unies:

"Les membres de l'organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations-Unies."

686. Selon une définition traditionnelle, l'intervention dans les affaires d'un Etat doit se comprendre comme étant une ingérence étatique par l'usage de la force. Néanmoins, une approche plus contemporaine permet de considérer toutes les ingérences, même sans l'usage de la force, comme illégales, si ces mesures représentent un degré équivalent de coercition ou de menace envers la souveraineté ou l'indépendance de l'Etat étranger²⁰⁸⁰. C'est d'ailleurs conformément à cette approche que les Nations-Unies ont adopté en 1970 la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats que nous connaissons déjà²⁰⁸¹ et qui constitue le principe minimal à respecter par les Etats dans l'exercice de leur compétence normative et, *a majore ad minus*, de leur compétence d'exécution.

²⁰⁷⁸ Cf. seulement STERN, *L'extraterritorialité revisitée*, p. 250.

²⁰⁷⁹ Cf. *infra*, Partie 3, I. A. 2. c).

²⁰⁸⁰ A titre d'exemple, la doctrine a cité certaines formes d'intervention moderne ne nécessitant pas l'usage de la force. Ainsi en est-il de propagandes lancées sur les ondes ou du boycott économique.

²⁰⁸¹ Cf. *supra*, Partie 1, I. C. 3. a).

b) La nécessité du caractère matériel de l'exécution en territoire étranger

687. L'exercice de la puissance publique en territoire étranger par des agents ou officiels de l'Etat prohibé par le droit international doit revêtir un caractère matériel. Le principal critère à prendre en considération est celui de la présence physique de ces agents ou officiels de l'Etat sur le territoire de l'Etat étranger. Ces actes matériels peuvent être d'abord des actes impliquant l'emploi de la contrainte, de la force²⁰⁶²: les arrestations ou les enlèvements de personnes²⁰⁶³, ainsi que les saisies ou les enlèvements de biens en constituent des exemples. Ces actes matériels peuvent aussi, ensuite, être des actes mettant en oeuvre des prérogatives de puissance publique n'impliquant pas l'emploi de la force²⁰⁶⁴: les célébrations de mariage ou l'exécution d'un acte matériel tendant à collecter un impôt, mais également les enquêtes, les auditions de témoins et toutes autres mesures de récolte de preuves²⁰⁶⁵, si elles nécessitent la présence physique d'un agent de l'Etat en territoire étranger, ainsi que la notification d'actes judiciaires et extra-judiciaires à l'étranger²⁰⁶⁶ en constituent des exemples. Le fait de savoir si l'Etat exerce lui-même ces activités de puissance publique par l'intermédiaire de sa propre administration ou par l'intermédiaire de personnes extérieures à cette administration est sans importance au regard des principes de droit international. Toute personne accomplissant des activités de puissance publique doit être considérée comme un agent ou un officiel de l'Etat. L'exécution de ces actes à l'étranger est d'ailleurs pénalement sanctionnée par certains pays dans lesquels ils ont lieu²⁰⁶⁷. Enfin, le caractère matériel ou non de certaines activités de puissance publique doit être déterminé en fonction de la législation et de la pratique de

²⁰⁶² Cf. par exemple STERN, *Quelques observations*, p. 14.

²⁰⁶³ Les traités d'extradition permettent précisément d'agir en conformité avec le droit international.

²⁰⁶⁴ Cf. par exemple STERN, *Quelques observations*, p. 14.

²⁰⁶⁵ La Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale (RS 0.274.132), entrée en vigueur en Suisse le 1er janvier 1995, permet précisément d'agir en conformité avec le droit international.

²⁰⁶⁶ La Convention de La Haye du 15 novembre 1965 sur la signification à l'étranger de documents judiciaires et extra-judiciaires en matière civile et commerciale (RS 0.274.131), entrée en vigueur en Suisse le 1er janvier 1995, permet précisément d'agir en conformité avec le droit international.

²⁰⁶⁷ En Suisse, on mentionnera les dispositions bien connues de l'art. 271 CPS (actes exécutés sans droit pour un Etat étranger) et de l'art. 273 CPS (services de renseignements économiques).

l'Etat dans lequel ces activités sont exercées et non en fonction des principes de l'Etat exerçant sa compétence²⁰⁸⁸.

c) La modification conventionnelle de la répartition des compétences d'exécution

688. L'exercice de la compétence d'exécution par un Etat en dehors de son territoire étant interdit par le droit international, seul le consentement de l'Etat sur le territoire duquel s'effectue l'acte matériel d'exécution peut lever cette interdiction. En effet, il est possible à l'Etat auteur de la norme extraterritoriale et à l'Etat sur le territoire duquel elle doit s'appliquer de modifier la répartition des compétences d'exécution entre eux, de sorte que le premier puisse également exercer sa compétence d'exécution sur le territoire du second, sauf si un tel accord était contraire au *jus cogens*²⁰⁸⁹. Par exemple, on n'envisage guère qu'un Etat puisse renoncer de manière générale à sa compétence d'exécution sur son propre territoire; il ne peut y renoncer que de manière ponctuelle²⁰⁹⁰. Ainsi, il peut exister des règles internationales conventionnelles limitant l'exclusivité de la compétence d'exécution d'un Etat sur son territoire, et offrant à l'Etat auteur de la norme extraterritoriale des moyens de procéder à son exécution extraterritoriale²⁰⁹¹.

689. En dehors de l'hypothèse d'un accord entre les Etats modifiant la répartition de leurs compétences d'exécution, l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution est donc prohibé en raison du principe de la territorialité stricte de l'exercice du pouvoir de contrainte et du principe de non-

²⁰⁸⁸ Ainsi, le droit suisse considère la récolte de preuves comme activité de puissance publique, qu'elle soit exercée par les parties, respectivement un de leur représentants, ou par une autorité étatique. Les Etats-Unis d'Amérique ont une vision plus large de la récolte de preuve, en ce sens qu'ils ne considèrent pas la récolte par les parties dans le cadre de procédure de la *discovery* comme une procédure mettant en oeuvre la puissance étatique. Cf. l'affaire *In re Anschutz & Co. GmbH*, 754 F.2d 602, 611-612 (5th Cir. 1985) et la doctrine citée *supra*, Partie 1, III. C. 1. b) (3). Sur l'ensemble du problème, cf. VOLKEN, *Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen*, p. 126-138.

²⁰⁸⁹ Cf. JACQUET, p. 382.

²⁰⁹⁰ Cf. notamment COMBAU/SUR, p. 316; STERN, *Quelques observations*, p. 27.

²⁰⁹¹ A titre d'exemple, la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1993, permet notamment une coopération policière et judiciaire et certaines dispositions du texte autorisent l'intervention des polices nationales sur le territoire des autres parties (art. 40 et 41: droit de poursuite). En matière intercantonale, des accords similaires réglant le droit de poursuite des agents des forces de l'ordre ont été passés entre les cantons de Vaud et Genève par exemple.

intervention²⁰⁹². Le monopole de l'Etat dicte ainsi le régime international des procédures d'exécution²⁰⁹³, en excluant de ce domaine le conflit de lois²⁰⁹⁴ tout en rendant inconcevable l'exercice du pouvoir de contrainte au-delà des frontières nationales.

3. L'admissibilité de l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution ayant des effets extraterritoriaux

a) Sa justification pratique

690. Les injonctions extraterritoriales résultent de l'application extraterritoriale de législations nationales à des situations comportant des éléments d'extranéité. Ces injonctions peuvent être exécutées à l'étranger après y avoir reçu l'exequatur par les tribunaux du lieu d'exécution - hypothèse qui n'est pas dépourvue d'importance pratique²⁰⁹⁵, mais qui n'est pas celle qui nous intéresse ici. Dans de nombreux cas en effet, le recours à la coopération des autorités judiciaires étrangères n'est pas nécessaire, l'injonction extraterritoriale pouvant être exécutée sur le territoire même de l'Etat dont elle émane, précisément par le prononcé d'une pénalité judiciaire extraterritoriale, alors

²⁰⁹² Pour la jurisprudence internationale, cf. notamment CPII, affaire du *Lotus*, 7 novembre 1927, Rec. CIJ 1927, Série A, n° 10, Arrêt 9, p. 18-19; CPII, affaire du *Détroit de Corfou*, 9 avril 1949, Rec. CIJ 1949; Commission européenne, affaire *Geigy c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-52-69, 14 juillet 1972, Rec. 1972, p. 787.

Pour la doctrine de droit international, cf. notamment SIEGRIST, *Hoheitsakte*, p. 10; STERN, *Quelques observations*, p. 14; Id., *L'extraterritorialité revisitée*, p. 251; VERDROSS/SIMMA, § 1181.

Pour la doctrine de procédure civile, cf. notamment GOTTWALD, *Grenzen zivilgerichtlicher Massnahmen mit Auslandswirkung*, p. 120; SCHLOSSER, *Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung*, p. 505.

²⁰⁹³ Une certaine doctrine traditionnelle considère encore les mesures d'exécution et les mesures conservatoires comme une catégorie fonctionnellement homogène, soumise à une territorialité rigoureuse en raison du monopole de l'Etat local en matière de contrainte. Pour une illustration du traitement unitaire des mesures provisoires et des mesures d'exécution, cf. Cass. civ., 2e Ch., 29 février 1984, RCDIP 74 (1985), p. 545-555, obs. Sinay-Cytermann, Anne; RDIC 62 (1985), p. 405, obs. Sace, Jean.

²⁰⁹⁴ Sur l'exclusion en fait du conflit de lois en ce domaine, absorbé par le conflit de juridiction, cf. VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires*, p. 400.

²⁰⁹⁵ Dans le contexte de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par exemple, le Rapport SCHLOSSER précise que le tribunal saisi est tenu d'appliquer les mêmes moyens de contrainte que ceux qui seraient autorisés si ses propres injonctions étaient méconnues, cf. SCHLOSSER, *Rapport*, n° 211, p. 132. Sur la reconnaissance et l'exécution de pareils injonctions de faire et de ne pas faire aux Etats-Unis, cf. BUZARD, p. 270. L'exequatur en Angleterre ne serait pas possible en dehors du champ d'application de la Convention de Bruxelles, les jugements étrangers *in personam* n'étant exécutés que s'ils tendent au paiement d'une somme d'argent, cf. notamment CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, p. 367; DICEY/MORRIS/COLLINS, Tome 1, p. 462.

même que des personnes, des biens et actes situés en territoire étranger en sont affectés. Il convient dès lors de distinguer l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution, prohibé par le droit international, et l'effet extraterritorial de la compétence d'exécution exercée de manière intraterritoriale, qui ne représente pas une manifestation illicite de la puissance publique d'un Etat en territoire étranger²⁰⁹⁶.

691. Même si une interdiction absolue d'assortir une injonction extraterritoriale d'une pénalité judiciaire permet une délimitation claire entre les différentes compétences et peut paraître, de ce fait, tentante, toute une série d'aspects plaident pour l'admissibilité de l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution assortissant une injonction extraterritoriale. A l'instar de la compétence normative strictement territoriale, qui contraint l'ouverture d'une procédure méritoire dans toutes les juridictions dans lesquelles un certain comportement est recherché, une compétence d'exécution exclusive de l'Etat du lieu où l'acte ou l'abstention doivent effectivement avoir lieu peut conduire, notamment en matière d'obligations d'abstention, à une atomisation de l'exécution forcée. Ainsi, même si une injonction négative extraterritoriale est prononcée, il faut ensuite obtenir dans chaque Etat visé la commination d'une pénalité judiciaire séparée. Cette procédure, outre sa lourdeur pour les parties, présente encore un autre désavantage important: bien souvent le débiteur ne disposera de biens réalisables que dans l'Etat dans lequel la procédure méritoire a été engagée. Dans ce cas, la pénalité judiciaire prononcée à l'étranger au lieu où l'acte ou l'abstention doivent avoir lieu doit à nouveau faire l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution forcée dans l'Etat d'origine²⁰⁹⁷. On assiste ainsi à un va-et-vient entre l'attribution de la compétence

²⁰⁹⁶ Pour la doctrine de droit international privé: cf. notamment GEIMER, *Verfassung, Völkerrecht und internationales Zivilverfahrensrecht*, p. 333-335; Id., *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 400 et n° 3223; GOTTWALD, *Grenzen zivilgerichtlicher Massnahmen mit Auslandswirkung*, p. 124; Id., *Die internationale Zwangsvollstreckung*, p. 291; HESS, *Staatenimmunität bei Distanzdelikten*, p. 367; LINDACHER, *Internationale Unterlassungsvollstreckung*, p. 399-409; MANKOWSKI, *Unterlassungsvollstreckung*, p. 1148; MATSCHER, *Überlegungen*, p. 299-309; MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 277; PFEIFFER, *Internationale Zusammenarbeit*, p. 89-91; REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 304; SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, n° 973; SCHLOSSER, *Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung*, p. 506; SPELLENBERG/LEIBLE, p. 335; STUTZ, p. 17; TREIBMANN, p. 101.

Plus nuancé, cf. STÜRNER, *Das grenzübergreifende Vollstreckungsverfahren*, p. 870, Id., *Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleichsrecht*, n° 57.13, qui plaide pour l'usage subsidiaire de l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution, celui-ci ne se justifiant que si l'exécution forcée au lieu d'exécution n'est pas possible; il n'est pas très clair cependant si STÜRNER y voit une violation du droit international ou de la courtoisie internationale.

²⁰⁹⁷ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 301.

juridictionnelle et la compétence d'exécution, contraire aux principes élémentaires d'une saine administration de la justice. Enfin, dans certains cas, le prononcé d'une sanction intraterritoriale dans l'Etat du for permettra de favoriser l'exécution en nature de la prétention due, si par exemple l'Etat de reconnaissance dans lequel l'acte doit être accompli ne connaît pas l'exécution en nature pour ce type de prétention, mais seulement la condamnation à des dommages-intérêts. Cela peut être relevant, notamment dans les relations entre les pays de droit civil et les pays de la *common law*²⁰⁹⁸.

b) Son application en deux phases

692. L'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution se caractérise par *deux phases* successives: le prononcé, tout d'abord, d'une injonction extraterritoriale assortie de la menace de sanctions juridiques, en particulier la pénalité judiciaire, en cas d'inexécution et, le prononcé, ensuite, de la sanction comminée assortie d'un effet strictement territorial visant à en assurer l'exécution.

693. Dans un premier temps, afin de garantir le respect de l'injonction à l'étranger, le juge aura souvent recours à des moyens de contrainte indirecte, dont il assortira précisément son injonction. Dans bien des cas, la frontière sera difficile à tracer entre contrainte indirecte et contrainte directe. En outre, il sera souvent difficile aussi de localiser les effets des moyens de contrainte indirecte et de savoir s'il s'agit bien d'un exercice intraterritorial ou au contraire d'un exercice extraterritorial de la compétence d'exécution. Toujours est-il que la simple menace de sanctions permettra souvent d'obtenir le respect d'une injonction par des sujets de droit privé se trouvant en territoire étranger. Tel est le cas notamment lorsqu'une décision ordonne, sous peine de sanction pécuniaire par exemple, à une entreprise étrangère d'adopter ou cesser un comportement sur son propre territoire. Ces injonctions ne doivent pas être considérées comme des actes d'exécution extraterritoriale: tant que l'Etat se contente uniquement d'appliquer extraterritorialement ses normes, c'est-à-dire de prononcer des injonctions dont les effets se prolongent à l'étranger, l'Etat étranger est protégé par la possibilité d'ignorer de telles injonctions dans le cadre de son ordre juridique lors d'une éventuelle procédure de reconnaissance subséquente²⁰⁹⁹. Ce genre d'injonctions, accompagnées de la menace d'une sanction juridique, ne doit dès lors

²⁰⁹⁸ Sur le droit d'obtenir l'exécution en nature, cf. *supra*, Partie 2, VI. D. 1.

²⁰⁹⁹ Cf. STERN, *Quelques observations*, p. 15.

pas être considéré comme un acte d'exécution matériel: *commander n'est pas contraindre*²¹⁰⁰. C'est uniquement le pouvoir de contrainte directe de l'Etat qui ne pourra s'exercer sur le territoire d'un Etat étranger. Ainsi, la condamnation au paiement d'une amende, dès lors qu'elle sanctionne des actes tombant sous le coup de la loi du for en raison des effets qu'ils produisent sur le territoire du for, est indissolublement liée à l'application de la loi du for à l'hypothèse en question, et refuser au juge de la prononcer serait priver de toute signification cette compétence normative. Même si ce pouvoir d'ordonner ou d'interdire l'accomplissement d'un acte à l'étranger a été sporadiquement contesté au nom du droit international et de la souveraineté étrangère²¹⁰¹, ces critiques paraissent étendre abusivement le champ d'application des limitations que le droit international, lui, n'impose qu'à la compétence d'exécution directe des Etats, concrétisée par l'accomplissement d'actes matériels sur le territoire étranger: il est évident qu'en envoyant à l'étranger sa force publique - ou des huissiers de justice - pour exécuter matériellement un jugement, un Etat porterait atteinte à la souveraineté territoriale de l'Etat étranger; mais comme le rappelle précisément l'arrêt *Lotus*, "il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international"²¹⁰².

694. Dans un second temps, lorsque les personnes physiques ou morales à qui s'adressent les injonctions extraterritoriales assorties de mesures de contrainte indirecte refusent de les exécuter spontanément à l'étranger, l'Etat recherchant le respect de l'injonction prononcée peut avoir recours à des mesures d'exécution strictement territoriale qui ne peuvent avoir qu'un effet extraterritorial indirect en territoire étranger. L'Etat tirera ainsi sur son propre territoire les conséquences de la méconnaissance des obligations qu'il a cherché à imposer extraterritorialement par des moyens de contrainte indirecte. Ces mesures d'exécution accomplies sur le territoire du for peuvent alors revêtir contrairement aux précédentes un caractère matériel. Elles res-

²¹⁰⁰ Cf. notamment COMBACAU/SUR, p. 342; STERN, *Quelques observations*, p. 14-15.

²¹⁰¹ Cf. BEALE, *A Treatise*, p. 421; Id., *The Jurisdiction of Courts over Foreigners*, p. 292-294, notamment, qui était hostile au pouvoir des tribunaux d'ordonner l'accomplissement d'un acte à l'étranger (mais non aux injonctions extraterritoriales portant interdiction d'un acte); malgré les allusions à la souveraineté de l'Etat étranger, son attitude s'expliquait plutôt par des considérations d'opportunité, à savoir la prévention d'un conflit avec les lois locales.

²¹⁰² CPJI, Rec. 1927, Série A, n° 10, Arrêt n° 9, p. 18-19. Cette opinion est aussi largement partagée par la doctrine, cf. seulement MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 282.

teront néanmoins limitées au territoire national mais n'en seront pas moins efficaces quant à leur portée.

c) Son essor sur le continent européen

695. Longtemps ignorée de la doctrine continentale²¹⁰³, la technique de l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution déployant des effets à l'étranger tend à gagner en importance sur le continent²¹⁰⁴. Une profonde évolution s'y accomplit progressivement, qui oblige à reconsidérer les termes dans lesquels est habituellement posée en droit international la question de l'exercice de la compétence d'exécution. Elle a notamment permis, sur le plan international, l'avènement d'instruments nouveaux et efficaces. Par exemple, l'apparente faiblesse de la *Mareva injunction*²¹⁰⁵, à savoir le défaut d'effet direct sur les biens visés, constitue dans l'ordre international la clé même de son formidable essor²¹⁰⁶ : visant le défendeur *in personam*, elle peut être ordonnée - et assortie de la menace du *contempt of court* en cas d'inexécution - même lorsque les biens du défendeur sont situés en dehors du territoire du for. Ce qui ne saurait être obtenu directement en raison du phénomène de la frontière l'est ainsi indirectement, par la menace de sanctions juridiques en cas d'inexécution. Tenant lieu de saisie conservatoire, l'injonction de faire portant sur les avoirs du défendeur ignore les restrictions

²¹⁰³ Le procédé est mentionné, en jurisprudence anglaise, dès *Penn v. Lord Baltimore* (1750) 1 Ves. Sen. 444; 27 ER 1132, jugement d'une importance historique dans lequel le chancelier, Lord HARDWICKE, ordonna au défendeur de faire procéder (conformément à un contrat passé entre les parties) à la délimitation des provinces de Pennsylvanie et de Maryland, qui ne relevaient pourtant pas de la compétence des juridictions anglaises. Lord HARDWICKE expliqua que sa décision n'aurait d'effet que *in personam*, et que dans un cas antérieur concernant la délimitation de terres situées en Irlande, des mesures de contrainte sur la personne et les biens du défendeur avaient assuré l'exécution de l'injonction: "*I could enforce it by process of contempt in personam and sequestration, which is the proper jurisdiction of this court*" (p. 454). Cf. aussi *Auorney General v. Barker & Anther* [1990] 3 All ER 257, 260; *Hospital for Sick Children (Board of Governors) v. Walt Disney Productions Inc.* [1968] 1 Ch.D. 52 (CA) et les avis de Lord DENNING, MR, p. 69B, SALMON LJ, p. 77B-C et HARMAN LJ, p. 71C-D. Cette règle vaut aussi lorsque les tribunaux anglais visent des biens immobiliers sis à l'étranger, *British South Africa Co. v. Companhia de Moçambique* [1892] 2 QB 358, 364. Cependant, les tribunaux anglais n'ont pas encore appliqué la *sequestration* à des biens situés à l'étranger, cf. *MacKinnon v. Donaldson, Lufkin & Jeanrette Securities Corporation* [1986] Ch.D. 482, 494; *British South Africa Co. v. De Beers Consolidated Mines Ltd* [1910] 2 Ch.D. 502; *Hospital for Sick Children (Board of Governors) v. Walt Disney Productions Inc.* [1968] 1 Ch.D. 52 (CA) et les avis de Lord DENNING, MR, p. 69B, et SALMON LJ, p. 77D-F.

²¹⁰⁴ GEIMER, *Verfassung, Völkerrecht und internationales Zivilverfahrensrecht*, p. 333-335 la qualifie comme un des grands défis à venir de la procédure civile internationale.

²¹⁰⁵ Sur la *Mareva injunction*, cf. *supra*, Partie 1, III. C. 2. a).

²¹⁰⁶ Cf. MUIR-WATT, *Extraterritorialité des mesures conservatoires in personam*, p. 29.

qu'impose la prohibition de l'exercice extraterritorial du pouvoir de contrainte et déploie ainsi ses effets sur des biens situés hors du territoire de son auteur.

696. Nous avons vu que divers instruments de contrainte indirecte pécuniaire étaient connus en droit interne comparé²¹⁰⁷. Substituts de l'exécution forcée, ils ont permis au pouvoir de juger de se dissocier progressivement de celui d'assurer l'exécution des décisions judiciaires. Nous avons aussi vu que c'est la matière contractuelle, qui, des deux côtés de la Manche, offrait l'illustration la plus remarquable de cette évolution, le paysage des remèdes judiciaires se trouvant, de part et d'autre, bouleversé par la création et l'avènement de la pénalité judiciaire²¹⁰⁸. Aussi, éprouvée en droit interne, la possibilité de recourir à un succédané de la contrainte directe lorsque celle-ci s'avère impossible ou inopportune, révèle aujourd'hui des potentialités restées longtemps insoupçonnées dans le domaine du contentieux transfrontière privé²¹⁰⁹. Une pression indirecte, pareillement exercée à la faveur de sanctions fortement dissuasives (qu'elles soient pénales, quasi-pénales ou simplement civiles, peu importe) encourues dans le ressort du for, à l'égard d'un défendeur soumis à la compétence juridictionnelle de ce dernier, permet d'obtenir l'accomplissement d'un acte - ou de le prohiber - sur un territoire étranger, où l'*imperium* du juge du for n'a pourtant pas d'emprise. La territorialité ainsi contournée, apparaît par là-même une nouvelle figure de conflits de lois²¹¹⁰ - aussi insolite aujourd'hui que pouvait le paraître naguère en droit interne l'idée d'une exécution forcée indirecte d'une condamnation de faire.

697. En Europe continentale, lorsque le débiteur est domicilié dans l'Etat du for, les tribunaux n'hésitent pas à prononcer une injonction extraterritoriale assortie d'une pénalité judiciaire. En France, le juge prononce régulièrement des injonctions extraterritoriales assortie d'une commination à une astreinte, que ce soit pour ordonner la restitution de valeurs mobilières détenues à l'étranger²¹¹¹, la représentation d'un enfant hébergé par son père à l'étran-

²¹⁰⁷ Cf. *supra*, Partie 2.

²¹⁰⁸ Sur l'évolution de la pénalité judiciaire, cf. *supra*, Partie 2, I. D. 1., II. D. 1., III. D. 1., IV. D. 1., V. D. 1. et VI. D. 1.

²¹⁰⁹ Cf. MUIR-WATT, *Extraterritorialité des mesures conservatoires in personam*, p. 31-33.

²¹¹⁰ Ce phénomène est décrit pour la première fois par MANN, *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*, p. 45 sous l'appellation de "conflict of enforcement jurisdiction."

²¹¹¹ Trib. civ. Seine, 9 juillet 1963, JCP 1963, II, p. 134, 2e espèce, obs. Level, Bertrand ("ordonne au Crédit Lyonnais de restituer à la dame veuve Takla tous les titres appartenant à cette dame et déposés à sa succursale de Londres"); CA Paris, 21 décembre 1962, Gaz. Pal. 1963, I, p. 99; JDI (90)

ger²¹¹², la restitution d'un enfant vers la France depuis l'Espagne²¹¹³, simplement un paiement à effectuer à l'étranger²¹¹⁴, l'accomplissement d'opérations d'expertise dans la comptabilité d'une entreprise est-allemande²¹¹⁵, la publication d'une décision judiciaire française - après traduction en allemand - dans un journal publié en Allemagne²¹¹⁶, ou même la production aux services français des douanes, par le client d'une banque italienne, de relevés de compte qu'il pourra "se faire remettre [...] à l'occasion de l'un de ses voyages en Italie"²¹¹⁷. La problématique, il est vrai, ne semble guère avoir réellement préoccupé la jurisprudence; le plus souvent les tribunaux français prononcent ces injonctions assorties d'astreinte sans s'interroger sur les éventuelles limites territoriales de leurs pouvoirs²¹¹⁸. La Cour Suprême allemande, quant à elle, a estimé que l'injonction ordonnant sous la menace de sanctions juridiques internes l'accomplissement d'un acte à l'étranger ne portait pas atteinte à la souveraineté étrangère, notamment lorsque le débiteur est domicilié en Allemagne²¹¹⁹. Les tribunaux allemands ont, par exemple ordonné sous la menace d'un *Zwangsgeld*, la pose d'un grillage autour d'une propriété sise en Espagne²¹²⁰, ou interdit à une entreprise allemande, sous commination d'un *Ordnungsgeld*, d'accomplir certains actes de concur-

1963, p. 424, obs. Bredin, Yves; RTDCE 1963, p. 956, obs. Loussouarn, Yvon; JCP 1963 II n° 13447, obs. Mazeaud, Henri.

²¹¹² TGI Paris, 25 juin 1982, Gaz. Pal. 1982, II, p. 396 (astreinte prévue à titre préventif dans la décision même fixant la période d'hébergement de l'enfant).

²¹¹³ TGI Paris, 25 juin 1982, Gaz. Pal. 1982, II, p. 396. Dans son arrêt, le tribunal précise expressément que l'astreinte prononcée peut être recouvrée par réalisation des biens du débiteur sis en France.

²¹¹⁴ Trib. civ. Seine, 16 novembre 1938, confirmé par CA Paris, 24 avril 1940, S. 1942, II, p. 29, obs. Niboyet, J.-P. (paiement à Amsterdam).

²¹¹⁵ Ch. mixte, 6 juillet 1984, JCP 1985, II, n° 20338 (affaire *Carl Zeiss*: contrefaçon de marque).

²¹¹⁶ TGI Paris, 23 juin 1976, RCDIP 77 (1978), p. 132, obs. Gaudemet-Tailon, Hélène (affaire *Aga Khan*: publication à titre de sanction d'une atteinte à l'intimité de la vie privée par la société *Axel Springer*).

²¹¹⁷ Crim., 11 avril 1988, JCP 1988, II, n° 21116, 3e espèce, obs. Pannier, Christian.

²¹¹⁸ Cf. toutefois TGI Quimper (réf.), 22 octobre et 6 novembre 1992, Gaz. Pal. 1993, I, p. 238, ordonnances qui rejettent "une exception d'incompétence des juridictions françaises s'agissant d'une mesure coercitive appliquée à une société étrangère agissant hors du territoire français." Le tribunal interdit, sous astreinte, une partie de la publicité du tabac au Grand Prix automobile d'Australie, manifestation sportive dont les images, transmises par satellite, devaient être diffusées à la télévision française. Sa décision, affirmant trop facilement la compétence judiciaire et législative française dans cette situation, n'est certainement pas à l'abri de la discussion.

²¹¹⁹ BGH, 2 octobre 1956, BGHZ 22, p. 1, p. 13 ("da das vom deutschen Gericht erwirkte Urteil nur Wirkung im Inland erzeugt, bleibt die ausländische Souveränität unangetastet"); cf. déjà RG, 20 janvier 1894, RGZ 32, p. 414. Cf. aussi, WENGLER, *Internationales Privatrecht*, vol. 1, p. 327; SCHLOSSER, *Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung*, p. 501.

²¹²⁰ OLG Stuttgart, 26 septembre 1983, ZJP 97 (1984), p. 487-492, obs. Münzberg, Wolfgang.

rence déloyale en France²¹²¹. La jurisprudence néerlandaise également offre quantité d'exemples de condamnations portant sur des actes ou abstention devant être exécutés à l'étranger et qui sont assorties d'un *dwangsom*. Outre la jurisprudence étendue en matière de protection des droits de la propriété intellectuelle²¹²² et de l'environnement²¹²³, on peut mentionner également l'interdiction, sous *dwangsom*, d'agir à l'étranger, sous une raison de commerce prohibée²¹²⁴, ou l'ordre fait, sous la menace d'un *dwangsom*, à un mannequin de se présenter à un défilé de mode à Düsseldorf²¹²⁵.

698. La même pratique s'observe lorsque le débiteur n'est pas non plus domicilié dans l'Etat du for. Le *Bundesgerichtshof* allemand, a, par exemple, interdit à une entreprise anglaise, sous menace d'un *Ordnungsgeld*, de faire de la publicité déloyale dans des journaux suisses distribués également en Allemagne²¹²⁶ ou interdit à une entreprise anglaise, sans menace d'un *Ordnungsgeld* cependant²¹²⁷, d'exercer une activité professionnelle en Allemagne pour défaut d'autorisation²¹²⁸. La même pratique a également été suivie par les tribunaux inférieurs²¹²⁹. Aux Pays-Bas, les tribunaux prononcent, en matière de brevets, des injonctions extraterritoriales assorties d'astreintes indépendamment du domicile du défendeur²¹³⁰. Un autre exemple frappant est un arrêt de la Cour de cassation belge qui admet que le juge des référés d'Anvers puisse interdire à des membres étrangers de l'association *Greenpeace*, opérant en haute mer à partir d'un navire battant pavillon néerlandais, de tenter d'empêcher la décharge de déchets chimiques par des

²¹²¹ HansOLG Hamburg, 15 mai 1987, GRUR Int. 1987, p. 105.

²¹²² Cf. *supra*, Partie 1, III. A. 1. b).

²¹²³ Cf. *supra*, Partie 1, III. B. 1.

²¹²⁴ Kantongerecht Amsterdam, 3 juin 1930, NJ 1931, p. 196.

²¹²⁵ Arr. Rb. Rotterdam, 1er août 1986, KG 1986, n° 683.

²¹²⁶ BGH, 23 octobre 1970, GRUR 1971, p. 153-156, obs. Droste; WRP 1971, p. 26-29.

²¹²⁷ Le *Bundesgerichtshof* note cependant l'absence de différence entre le domicile du débiteur en Allemagne ou à l'étranger, laissant comprendre que ce n'est pas le domicile en Angleterre qui l'a retenu de commettre un *Ordnungsgeld*.

²¹²⁸ BGH, 2 novembre 1995, EWIR 1996, p. 47-48, obs. Walker, Wolf-Dietrich; IPRax 1997, p. 36-38, obs. Robe, Mathias, *ibid.*, p. 14-21; JR 1996, p. 371-376, obs. Mankowski, Peter; MDR 1996, p. 451-454, obs. Gleussner, Irmgard; NJW 1996, p. 198-200; WRP 1996, p. 104-107, obs. Bork, Reinhard, *ibid.*, p. 181-183.

²¹²⁹ OLG Nuremberg, 5 avril 1974, IPRspr. 1974, n° 188, p. 517 (ordre donné à une entreprise romaine de délivrer des documents comptables concernant les affaires conclues avec les clients allemands).

²¹³⁰ Cf. *supra*, Partie 1, III. A. 1. b).

navires belges: ces étrangers "ont commis en haute mer des actes tombant sous l'application de la notion de 'piraterie'" si bien que - par application des conventions internationales régissant la compétence des Etats en haute mer - le juge belge peut se déclarer compétent pour leur adresser des injonctions²¹³¹. Cette manière de voir a également été approuvée par les tribunaux américains²¹³².

B. L'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution comme accessoire de l'exercice de la compétence normative

699. S'il est largement admis qu'un juge puisse assortir son injonction extraterritoriale d'un moyen de contrainte indirecte, la question se pose de savoir si *tertium datur*, à savoir s'il existe, à côté de la compétence normative et de la compétence d'exécution, un troisième type de compétence, intermédiaire, pouvant justifier le prononcé d'une pénalité judiciaire extraterritoriale (1). La thèse d'une compétence d'un troisième type a été soutenue en matière d'injonction visant l'obtention de preuves à l'étranger; elle est cependant inapplicable aux injonctions extraterritoriales assorties d'une pénalité judiciaire fondées sur le droit matériel. L'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution est donc une compétence accessoire à la compétence normative (2). La même conclusion s'impose aussi pour la Suisse, même si elle est le seul des pays examinés qui a confié au droit pénal la sanction de l'inexécution des injonctions non pécuniaires (3).

1. La thèse de l'existence d'une compétence d'un troisième type

700. Dans la première partie, nous sommes partis de l'hypothèse que le droit international avait bien vocation à régir l'étendue de la compétence - normative ou exécutive - des Etats. Nous avons conclu qu'en matière de compétence *normative*, le droit international n'était en mesure de placer que des limites indirectes à l'activité des Etats²¹³³, rejetant ainsi les thèses de

²¹³¹ Cass., 19 décembre 1986, Pas. belge 1987, I, p. 497.

²¹³² Cf. l'affaire *Pilkington Bros. Ltd v. AFG Industries Inc.* (1984) 581 F. Supp. 1039, dans laquelle un tribunal fédéral de l'Etat du Delaware a jugé que les contraventions aux Etats-Unis contre une injonction anglaise ordonnant un certain comportement sur ce territoire peuvent être poursuivies en Angleterre même, avec les sanctions à disposition dans ce pays, rendant ainsi inutile une injonction identique rendue par un tribunal américain. Sur cette décision, cf. BUZARD, p. 270-292.

²¹³³ Cf. *supra*, Partie 1, I. C. 2.

l'existence de limites directes²¹³⁴ et celle, opposée, de l'absence totale de limites²¹³⁵, respectivement celle de l'existence positive d'une compétence illimitée²¹³⁶. En revanche, en matière de compétence d'exécution, nous avons constaté, par l'énoncé univoque sur ce point de l'arrêt *Lotus*, que le droit international prohibe clairement son exercice extraterritorial²¹³⁷.

701. Qu'en est-il des limites que le droit international fixe à l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution ayant des effets à l'étranger? Instinctivement, la réglementation par un Etat, par l'intermédiaire de ses autorités judiciaires, du comportement de personnes privées ou de biens sis à l'étranger, même s'il n'exerce pourtant son pouvoir de contrainte qu'intraterritorialement, sans procéder à l'envoi de ses agents à l'étranger, ne doit être admise qu'avec prudence. Cependant, nous pouvons d'office exclure l'application à l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution des limites directes fixées par l'arrêt *Lotus* à l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution; les actes matériels d'exécution, dans le cas de l'exercice intraterritorial ayant des effets à l'étranger, ne se déroulent précisément pas sur le territoire étranger, mais bel et bien sur le territoire du for. Il convient au contraire de déterminer si, aussitôt qu'un Etat exerce de manière conforme sa compétence normative, les tribunaux agissant en vertu de cette compétence peuvent également user des moyens de contrainte indirecte et ce même si cet usage entraîne des effets extraterritoriaux²¹³⁸ ou, si au contraire, nous avons à faire dans ce cas à une compétence d'un troisième type existant aux côtés de la compétence normative et de la compétence d'exécution, et qui exigerait des liens plus étroits avec le territoire du for que ceux exigés pour l'exercice de la compétence normative, puisque l'injonction extraterritoriale assortie de sanctions juridiques aura un impact plus accentué sur des personnes, biens ou actes situés à l'étranger que la simple injonction extraterritoriale.

²¹³⁴ Cf. *supra*, Partie 1, I. B. 2.

²¹³⁵ Cf. *supra*, Partie 1, I. B. 3.

²¹³⁶ Cf. *supra*, Partie 1, I. C. 1.

²¹³⁷ Cf. *supra*, Partie 1, I. B. 1. a) et *supra*, Partie 3, I. B. 2. a).

²¹³⁸ En ce sens, BROWNIE, p. 309 et le Gouvernement suisse, ASDI 37 (1981), p. 248: "La distinction ... entre la compétence législative et la compétence en matière d'enforcement, soit entre la législation extraterritoriale et l'application extraterritoriale de cette législation ne sera pas reprise ici. Avec Brownlie il faut admettre que l'une des deux compétences est fonction de l'autre et que leurs limites coïncident." Cependant, il semble qu'une confusion est faite ici entre le terme "application" et "enforcement", alors que leur sens respectif n'est pas identique. Cf. MANN, *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*, p. 35, note 50.

702 A titre préliminaire, il semble qu'en matière d'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution, l'idée de base soit que le droit international ne fixe pas de limites aux Etats autres que celles qu'il fixe à l'exercice de leur compétence normative²¹³⁹. C'est du moins l'indice qui nous est donné par l'arrêt *Lotus*:

"[...] il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international."

Le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)* lui aussi se fonde sur ce principe, lorsqu'il affirme que *"a state may employ judicial or nonjudicial measures to induce or to compel compliance or punish non compliance with its laws or regulations, provided it has jurisdiction to prescribe in accordance with §§ 402 and 403"*²¹⁴⁰.

2. La thèse de l'existence de la compétence d'un troisième type en matière d'obtention de preuves à l'étranger

a) Ses origines

703. La thèse de l'existence d'une compétence d'un troisième type en droit international, existant aux côtés de la compétence normative et de la compétence d'exécution, a été soutenue en matière d'injonctions extraterritoriales ordonnant l'apport de preuves situées à l'étranger²¹⁴¹. Cette idée a été lancée à la suite du fameux conflit judiciaire transatlantique²¹⁴² des années 1980 mettant aux prises les Etats-Unis et les principaux Etats exportateurs européens suite aux prononcés répétés d'injonctions extraterritoriales par les juges et autorités américaines ordonnant, sous la menace de lourdes peines d'amendes, l'apport de preuves situées à l'étranger, notamment en France, en

²¹³⁹ Affaire du *Lotus*, 7 novembre 1927, CPIJ, Recueil des Arrêts 1927, Série A, n° 10, Arrêt n° 9, p. 18-19.

²¹⁴⁰ *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)*, Introductory Note avant le § 431 (1).

²¹⁴¹ Cf. KAUFMANN-KOHLER, *Conflits en matière d'obtention de preuves*, p. 117, note 30, qui propose la création d'une juridiction d'un troisième type et surtout MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung*, p. 334-342, dont c'est précisément l'objet de la thèse, recensée par Kindler, Peter, ZZP 105 (1992), p. 375-380 et Schlosser, Peter, *RabelsZ* 59 (1995), p. 182-186.

²¹⁴² Nommé ainsi d'après SCHLOSSER, *Justizkonflikt*, et STÜRNER, *Der Justizkonflikt*.

Suisse et en Allemagne²¹⁴³. Cette compétence d'un troisième type, particulière en matière de preuves (*Beweiszuständigkeit*), se définit comme le pouvoir d'un juge ou d'une autorité d'ordonner, sous la menace de sanctions pécuniaires, l'apport de preuves ou l'audition de témoins situés ou domiciliés à l'étranger, directement, sans passer par la voie de l'entraide judiciaire²¹⁴⁴. Cette compétence doit ainsi être déterminée de manière autonome, selon le principe du rattachement raisonnable, sans qu'il s'agisse forcément d'une compétence accessoire à la compétence normative²¹⁴⁵.

704. Il convient dès lors d'examiner les arguments invoqués à l'appui d'une compétence d'un troisième type en matière d'injonctions extraterritoriales ordonnant l'apport de preuves situées à l'étranger (b), pour conclure à leur non-application en matière d'injonctions extraterritoriales de droit privé assorties d'une pénalité judiciaire (c).

b) Les arguments invoqués à l'appui d'une compétence d'un troisième type en matière d'obtention de preuves à l'étranger

705. Selon MÖSSLE, trois arguments plaident principalement pour un rattachement propre de la compétence d'enjoindre les parties ou des tiers à produire des preuves situées à l'étranger²¹⁴⁶.

706. Le premier argument invoqué à l'appui d'une telle compétence d'un troisième type en matière d'obtention de preuves (*Beweiszuständigkeit*) se fonde sur une analyse chronologique de la procédure judiciaire. En effet, l'exercice de la compétence en matière d'obtention de preuves intervient très souvent avant la saisine au fond d'un juge, par exemple dans le cadre d'une enquête préliminaire ou dans le cadre de la *pre-trial discovery*. A ce stade, l'existence de la compétence juridictionnelle du juge ordonnant la mesure en matière de preuve n'est souvent pas encore certaine, voire pas même établie du tout. En effet, l'injonction extraterritoriale en matière de preuves est sou-

²¹⁴³ Ces trois pays ont par ailleurs condamné vigoureusement ces pratiques, qu'ils considèrent contraires au droit international, cf. les *amicus curiae briefs* de la France, ILM 25 (1986), p. 1519, p. 1524, de la Suisse, ILM 25 (1986), p. 1549, p. 1553 et de l'Allemagne, ILM 25 (1986), p. 1539 dans l'affaire *Aérospatiale*, *supra*, Partie 1, III. C. 1. b) (3).

²¹⁴⁴ En particulier, MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung*, p. 200-201 et p. 334-342.

²¹⁴⁵ *Ibid.*

²¹⁴⁶ MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung*, p. 337-339 (pour la différenciation par rapport à la *jurisdiction to adjudicate*) et p. 339-341 (pour la différenciation par rapport à la *jurisdiction to prescribe*).

vent le moyen permettant de déterminer les faits qui pourraient justifier, le cas échéant, l'exercice de la compétence juridictionnelle²¹⁴⁷. Dès lors, il n'est pas possible de déduire simplement de l'existence de la compétence juridictionnelle celle d'une compétence en matière de preuves, la première n'étant très souvent pas encore déterminée au moment de l'exercice de la seconde.

707. Ensuite, l'existence d'une compétence d'un troisième type en matière d'obtention de preuves se justifie, selon ses promoteurs, par le fait que les critères fondant l'exercice de la compétence juridictionnelle, comprise comme usage que fait un Etat de sa compétence normative²¹⁴⁸, tels les *minimum contacts* aux Etats-Unis, ne suffisent pas forcément à fonder une compétence en matière de preuves: l'exercice de la compétence sur une personne déterminée en raison de ses contacts avec le for est déterminée par l'intensité de ces contacts avec le for, alors que l'existence de la compétence sur un moyen de preuve est déterminée par la localisation du moyen de preuve et le contrôle exercé sur ce dernier par le destinataire de l'injonction. Ainsi, dans le conflit judiciaire transatlantique, c'est bien souvent l'application extraterritoriale des dispositions sur la *discovery* qui a donné lieu à des protestations de la part des pays européens, et non l'acceptation généreuse par les autorités américaines de leur compétence juridictionnelle. A titre d'exemple²¹⁴⁹, une banque américaine dont le siège est à New York est soumise à la compétence juridictionnelle des tribunaux new yorkais²¹⁵⁰; différente est la question de savoir si les juges ainsi compétents le sont aussi pour ordonner à cette banque sous la menace d'une peine d'amende l'apport de documents sis hors des Etats-Unis. Cette question se justifie encore plus s'il s'agit d'extraits de comptes d'un client d'une filiale étrangère de la banque, qui ne concernent en plus que des activités à l'étranger et dont la production est ordonnée dans une procédure dans laquelle la banque n'est pas partie elle-même, mais intervient uniquement comme témoin, par exemple dans le cadre d'une enquête *antitrust* contre le client de la banque. Ici la question de savoir si les contacts de la banque avec les Etats-Unis, bien qu'intenses, sont suffisants à eux seuls pour justifier l'exercice par les tribunaux américains de leur compétence sur les moyens de preuves détenus par la banque, se pose de

²¹⁴⁷ Par exemple dans le cadre de la *jurisdictional discovery*.

²¹⁴⁸ Cf. *supra*, Partie 1, I. A. 1. c) (1).

²¹⁴⁹ Tiré de *United States v. First National City Bank* 396 F.2d 897 (2d Cir. 1968), discuté par MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung*, p. 402-405.

²¹⁵⁰ En l'occurrence en vertu de la *personal jurisdiction*.

manière distincte par rapport à celle des contacts suffisants qu'entretient la banque avec le for lorsqu'elle est elle-même partie à la procédure.

708. Enfin, même si la *lex fori* est la loi applicable au fond du litige et que cette certitude apparaît déjà au stade de la récolte des preuves, il ne serait pas approprié d'admettre automatiquement la compétence du juge saisi pour prononcer des mesures en matière d'administration des preuves également. Cela est valable en particulier en rapport avec les tiers et, de manière générale, lorsque les activités auxquelles se rapportent l'administration de la preuve d'une part et la compétence normative d'autre part ne se recouvrent pas. Cette dichotomie peut être illustrée par la problématique des prix de transfert²¹⁵¹ : la filiale d'une société ayant son siège à l'étranger, mais elle-même présente sur le territoire du for, est soumise à la juridiction fiscale du for. Cependant, afin de déterminer le montant de l'impôt dû, il peut s'avérer indispensable de déterminer si les prix de transfert imposés par la société-mère à sa filiale ne sont pas trop élevés, afin de minimiser le bénéfice de la filiale parce que cette dernière est située dans un pays à charge fiscale élevée, et, par conséquent de diminuer la dette fiscale de cette dernière. Dans l'hypothèse d'une parfaite identité entre la compétence normative et la compétence en matière de preuves (*Beweiszuständigkeit*), l'application du droit fiscal du for, justifiée par l'autorité fiscale de l'Etat sur les sujets présents sur son territoire, impliquerait automatiquement, afin de pouvoir procéder à des comparaisons utiles, la compétence de requérir de la société-mère la production des prix de livraison de marchandises destinées à d'autres sociétés tierces ne faisant pas partie du groupe et localisées dans des pays tiers. Une telle compétence aurait de fortes chances d'être exorbitante, étant donné que les prestations de service de la société-mère à l'égard d'autres sociétés tierces à l'étranger n'ont aucun lien raisonnable avec le for, ce qui justifie également un rattachement distinct de la compétence en matière de preuves.

c) La non-application de la théorie de la compétence du troisième type aux injonctions extraterritoriales de droit privé assorties d'une pénalité judiciaire

709. Il ne s'agit pas ici de discuter le bien-fondé du système développé notamment par MÖSSLE pour justifier la compétence du juge d'ordonner sous

²¹⁵¹ Adapté d'après *United States v. Toyota Motor Corp.*, 561 F.Supp. 354 (C.D.Cal. 1983); 569 F.Supp. 1158 (C.D.Cal. 1983), discuté par MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung*, p. 433.

menace de pénalités judiciaires l'apport de preuves sises à l'étranger²¹⁵². Il s'agit bien plutôt d'examiner si ce système peut, en tant que tel, être transposé aux injonctions extraterritoriales de droit privé assorties d'une pénalité judiciaire. Notre réponse est négative et se fonde sur trois arguments.

710. Le premier argument avancé à l'appui de la compétence d'un troisième type en matière d'obtention de preuves n'est par définition pas applicable aux injonctions extraterritoriales de droit privé. En effet, ces dernières sont prononcées à un moment où l'existence de la compétence juridictionnelle est clairement établie, contrairement au prononcé des mesures en matière d'obtention de preuves; à défaut, le juge refuserait tout simplement de la prononcer. Dès lors, s'il est peut-être justifié, en amont, de vouloir créer une compétence du troisième type en matière d'obtention de preuves, la création d'une telle compétence en aval, au moment du prononcé de l'injonction extraterritoriale de droit privé ne saurait plus se justifier. Ensuite, l'activité judiciaire visée par l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution est inéluctablement liée à l'exercice de la compétence normative. En effet, l'exécution forcée d'une injonction ne constitue en rien un processus parallèle à celui de la procédure qui mène à son prononcé: il ne s'agit que d'une conséquence, inéluctable en cas d'absence d'exécution volontaire de l'injonction, qui se situe sur le même axe de l'activité judiciaire que celui de la procédure méritoire, mais en aval de celle-ci, cela d'autant plus que les parties impliquées sont les mêmes. En revanche, la récolte de preuves ne se situe souvent pas sur le même axe que celui de la procédure méritoire, soit parce que celui-ci n'est pas encore entamé du tout, soit parce que les personnes impliquées sont différentes. Enfin, ce dernier élément, à savoir celui des personnes impliquées, permet également de distinguer les injonctions extraterritoriales en matière d'obtention de preuves de celles, extraterritoriales aussi, mais fondées sur le droit privé. En effet, les parties concernées par les injonctions extraterritoriales de droit privé sont les mêmes que celles qui sont parties à la procédure méritoire. En revanche, les injonctions extraterritoriales en matière d'obtention de preuves visent souvent des tiers au procès. Dans ce dernier cas, la simple possession d'éléments de preuve ou la qualité de témoin ne suffisent pas forcément à créer un lien suffisant ou raisonnable

²¹⁵² SCHLOSSER, *Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung*, p. 510, l'a d'emblée contestée et favorise la solution traditionnelle, faisant de la compétence en matière de preuve (*Beweiszuständigkeit*) une compétence accessoire à la compétence normative. En effet, si un Etat présente suffisamment d'intérêt pour se saisir d'un litige, il aura aussi suffisamment d'intérêt à pouvoir récolter les preuves nécessaires à son règlement, sous réserve de respecter la souveraineté des Etats étrangers.

avec le destinataire de l'injonction, nécessaire pour créer l'instance légitimant le juge à ordonner un certain comportement à l'étranger.

711. Il résulte de ce qui précède que le système de compétence d'un troisième type développé en matière d'injonctions extraterritoriales ordonnant l'apport de preuves situées à l'étranger - justifié peut-être en matière d'obtention de preuves - ne peut pas servir de base dogmatique à l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution. Cette conclusion est encore renforcée par une autre constatation. Les efforts déployés afin de justifier la nécessité d'une compétence d'un troisième type en matière de preuves s'expliquent finalement par le fait que les injonctions en cette matière relèvent du droit de procédure. Or, le raisonnement de conflit de lois n'a traditionnellement jamais joué un rôle déterminant en cette matière. L'application de la *lex fori* aux règles de procédure est considérée comme un des plus anciens principes de droit international privé et jouit d'une reconnaissance dans le monde entier²¹⁵³. En outre, le dogme de la *lex fori* laisse peu de place au raisonnement conflictuel²¹⁵⁴ : en admettant sa compétence, le juge a implicitement déjà décidé en faveur de l'applicabilité de ses règles de procédure, y compris celles de *discovery*. Les intérêts étrangers, comme ceux de l'Etat où est localisée la preuve²¹⁵⁵, ou les normes étrangères, comme les dispositions étrangères sur la *discovery*²¹⁵⁶, ne seront par conséquent pas pris en considération comme ils le sont dans le raisonnement de conflit de lois traditionnel,

²¹⁵³ De manière générale, cf. notamment JAECKEL, *Die Reichweite der lex fori*; KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 628, en particulier n° 657-667a sur la preuve; KOBERG, *Zivilprozessuale Besonderheiten*, p. 315 sur les règles applicables à la preuve; GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 319-323; COESTER-WALTJEN, *Internationales Beweisrecht*, n° 102.

²¹⁵⁴ Sui un essai dogmatique d'appliquer le raisonnement de conflit de lois aux règles de procédure, cf. MEIER, *Abgrenzung von Privatrecht und Prozessrecht*, p. 1-111.

²¹⁵⁵ Le *Bundesfinanzhof* allemand a répondu à une société suisse imposable fiscalement en Allemagne, qui invoquait l'art. 273 CPS que "*Ihr Verhalten ist allein nach deutschem Recht, hier nach den Vorschriften des deutschen Steuerrechts, zu würdigen. Enwaige Auswirkungen der schweizerischen Strafvorschrift braucht kein anderer Staat gegen sich gelten zu lassen.*" Cf. RTW 1981, p. 497, p. 498.

²¹⁵⁶ La doctrine allemande, lors des débats portant sur l'art. 7 de la Convention de Rome sur le droit applicable aux obligations contractuelles craignait que cette disposition ne rende plus difficile les mesures de défense prises en Allemagne contre les prétentions en production de pièces étrangères, notamment américaines. Dans l'hypothèse où un titulaire d'un compte bancaire en Suisse agit contre sa propre banque en Suisse afin de l'interdire de fournir les pièces qui lui sont demandées par une *subpoena* délivrée par une autorité américaine, on peut se demander si, malgré le droit suisse applicable au contrat entre le titulaire du compte et la banque prévoyant l'obligation de secret, le droit américain de la *discovery* pourrait trouver application par la porte de la prise en considération d'une disposition impérative d'un Etat tiers. Ceci paraît cependant hautement improbable. Sur la question, cf. MÖSSLE, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung*, p. 275.

soit directement par la détermination de la loi applicable, soit indirectement par le correctif de la théorie de la loi d'application immédiate par exemple²¹⁵⁷. Leur champ d'application dépend de la *lex fori* et peut différer sensiblement selon les ordres juridiques. L'absence de correctif subséquent peut ainsi expliquer la recherche d'un aiguillage déjà au stade de l'attribution de compétence, option qui ne saurait se justifier pour l'injonction de droit matériel, justement soumise au raisonnement du conflit de lois.

3. Cas particulier: l'application de l'art. 292 CPS à l'appui d'injonctions extraterritoriales

a) Le champ d'application territorial du droit pénal suisse

712. Parmi les pays examinés, la Suisse est le seul qui a pénalisé l'inexécution des injonctions non pécuniaires, en érigeant en contravention l'inobservation de la menace des peines prévues par l'art. 292 CPS. Tous les autres pays, y compris l'Angleterre par le *civil contempt*, ont créé des instruments de droit civil permettant de sanctionner l'inexécution des injonctions non pécuniaires²¹⁵⁸. Il convient donc de déterminer si la nature strictement pénale de la pénalité judiciaire prévue par le droit suisse empêche le juge suisse, à l'instar de son homologue européen, d'assortir son injonction extraterritoriale de la menace des peines pénales prévues à l'art. 292 CPS.

713. Le Code pénal suisse est gouverné par le principe de la territorialité; il est applicable à quiconque aura commis un crime ou un délit en Suisse²¹⁵⁹. La règle vaut aussi pour les contraventions²¹⁶⁰. Il s'agit d'une conséquence de la souveraineté de l'Etat sur son territoire, légitimant le maintien de l'ordre par les autorités étatiques de manière exclusive sur leur territoire²¹⁶¹. En outre, un crime ou un délit est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi qu'au lieu où le résultat s'est produit²¹⁶². Il s'agit du principe de l'ubiquité, bien connu en procédure civile internationale²¹⁶³. La doctrine suisse plaide

²¹⁵⁷ Art. 18 et 19 LDIP.

²¹⁵⁸ Cf. *supra*, Partie 2, V. B. 5. et Partie 2, VI. B. 5.

²¹⁵⁹ Art. 3 ch. 1 al. 1 CPS.

²¹⁶⁰ Art. 102 CPS.

²¹⁶¹ ATF 108 IV 146.

²¹⁶² Art. 7 al. 1 CPS.

²¹⁶³ CJCE, *Handelskverkerij G. J. Bier BV c. Mines de Potasse d'Alsace SA*, 30 novembre 1976, aff. C-21/76, Rec. 1976, p. 1735 instituant le principe de l'ubiquité en application de l'art. 5 ch. 3 de la Convention de Bruxelles; cf. *supra*, Partie 1, II. B. 2. a).

néanmoins pour une application restrictive de ce principe. En effet, il entraîne qu'une personne à l'étranger puisse être soumise au droit pénal suisse, alors qu'elle n'a encore jamais séjourné en Suisse, si le résultat de son acte ou omission s'est réalisé en Suisse²¹⁶⁴. Le principe de la territorialité est complété par les principes de la personnalité passive et de la personnalité active: quiconque aura commis à l'étranger un crime ou un délit contre un Suisse et tout Suisse qui aura commis à l'étranger un crime ou un délit sera également soumis à la juridiction suisse, à condition toutefois que l'infraction puisse donner lieu d'après le droit suisse à extradition, que l'acte soit réprimé aussi dans l'Etat où il a été commis et que l'auteur se trouve en Suisse, respectivement qu'il soit extradé à la Confédération en raison de son infraction²¹⁶⁵. Néanmoins, ces deux principes ne nous intéressent guère, l'infraction à l'art. 292 CPS n'étant par définition pas réprimée dans l'Etat où elle a été commise, excepté en Suisse et, au surplus, ne constitue pas une infraction susceptible de donner lieu à extradition²¹⁶⁶.

714. Il convient dès lors de distinguer deux situations: celle où le défendeur est domicilié en Suisse (b) et celle où il est domicilié à l'étranger (c).

b) Le défendeur est domicilié en Suisse

715. Cette hypothèse vise le cas de l'injonction adressée à un défendeur domicilié en Suisse et lui enjoignant un certain comportement dont les effets se font sentir à l'étranger. La doctrine suisse ne s'est pas intensément penchée sur cette problématique. Seul MEIER a récemment analysé cette hypothèse en rapport avec des injonctions prononcées dans des procédures matrimoniales et enjoignant les époux à se renseigner mutuellement sur l'existence et, le cas échéant, la nature de leurs avoirs situés à l'étranger²¹⁶⁷. En vertu du principe de la territorialité du droit pénal, la violation de la commination de l'art. 292 CPS par une personne domicilié en Suisse et agissant en Suisse est punissable, peu importe que l'acte ou l'omission ait exclusivement des effets à l'étranger. Il en résulte qu'une injonction extraterritoriale rendue par un juge suisse contre un débiteur domicilié en Suisse peut

²¹⁶⁴ Cf. notamment STRATENWERTH, *ATI*, § 5, n° 8.

²¹⁶⁵ Art. 5 al. 1 et art. 6 al. 1 CPS.

²¹⁶⁶ Cf. art. 3 et 35 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (LEIMP).

²¹⁶⁷ MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », approuvé de manière générale par KOCHER, p. 295-297.

être assortie sans restriction de la menace des peines de l'art. 292 CPS²¹⁶⁸. La même règle s'applique par analogie aux sanctions de droit cantonal²¹⁶⁹.

c) Le défendeur est domicilié à l'étranger

716. Les règles de compétence juridictionnelle en matière civile permettent sans autre d'envisager le prononcé par un juge suisse d'une injonction contre un défendeur domicilié à l'étranger et lui ordonnant un certain comportement ayant des effets en Suisse. Un renvoi aux art. 5 ch. 1 et 5 ch. 3 des Conventions de Bruxelles et de Lugano suffit à le démontrer. Or, dans cette hypothèse, la question de la commination des sanctions de l'art. 292 CPS se pose sous un angle différent. Certes, en vertu du principe de l'ubiquité, l'infraction à l'art. 292 CPS peut également être commise par un intimé domicilié à l'étranger, en ce sens que le résultat se produit en Suisse, ce qui justifie de soumettre ce dernier également à la juridiction suisse en matière pénale²¹⁷⁰. Cette solution semble *a priori* logique: si le juge civil suisse dispose de la compétence pour enjoindre à une personne à l'étranger un certain comportement à l'étranger, il semble également approprié de lui donner, ou à son homologue pénal, les moyens lui permettant de faire respecter cette injonction. Ce principe est par ailleurs aussi admis en matière intercantonale²¹⁷¹. On retrouve ici à nouveau une illustration du rapport d'accessorité entre l'exercice de la compétence normative et l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution. Reste uniquement ouverte la question de la compatibilité de la notification à l'étranger de telles injonctions assorties de menaces de sanctions pénales²¹⁷² avec le respect dû à la souveraineté étrangère. En principe, une telle notification sera refusé par l'Etat étranger, en raison précisément de la violation des principes susmentionnés²¹⁷³. Il conviendra d'omettre la commination des peines de

²¹⁶⁸ MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 279; STADLER, p. 97; cf. aussi ATF 99 IV 326.

²¹⁶⁹ MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 279.

²¹⁷⁰ MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 281. *Contra*, SJ 1990, p. 196, p. 200, où la Cour de Justice de Genève affirme, en renvoyant au principe de la territorialité du droit pénal, que, les personnes ou entités visées par la requête se trouvant à l'étranger, elles ne peuvent dès lors être menacées par un juge suisse.

²¹⁷¹ Cour de cassation de Zurich, 5 février 1996, ZR 96 (1997), n° 18.

²¹⁷² Les injonctions extraterritoriales assorties de menaces de peines civiles (astreinte par exemple) doivent *a contrario* être notifiées à l'étranger.

²¹⁷³ Cette restriction n'a pas empêché l'*Obergericht* du canton de Zurich, par décision présidentielle, de notifier à l'étranger par la voie de l'entraide judiciaire une ordonnance munie de la commination des peines de l'art. 292 CPS (décision du 4 janvier 1994 dans l'affaire W. c. W., Z1/LC90080), citée par MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 281, notes 17 et 21. Cette ordonnance a été par la suite

l'art. 292 CPS²¹⁷⁴. Cependant, il serait inapproprié de renoncer à prononcer une telle injonction. D'une part, dans la majeure partie des cas, une telle injonction sera néanmoins suivie par son destinataire, même si elle n'est pas munie de sanctions. D'autre part, et c'est sans doute une des raisons pour laquelle une telle injonction sera néanmoins suivie, elle peut toujours faire l'objet d'une demande de reconnaissance et d'une exécution dans le pays de domicile de l'intimé²¹⁷⁵. Toutefois, si cette notification doit intervenir dans un Etat membre de l'espace judiciaire européen, un refus n'est pas *a priori* possible sans autre, étant donné que l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano prévoit que les astreintes liquidées doivent être reconnues dans les Etats signataires. Il conviendra d'examiner si l'art. 43 des Conventions couvre également les pénalités judiciaires de nature pénale²¹⁷⁶.

C. Méthodes de résolution de conflits en cas d'exercice concurrent de la compétence d'exécution ayant des effets extraterritoriaux

717. Le conflit de compétences est une conséquence logique de l'état actuel du droit international. Même s'il n'existe pas de règle générale de droit international permettant de résoudre ce conflit, certains critères - fondés sur le principe de la territorialité et celui des intérêts étatiques en cause - semblent émerger dans la pratique et la doctrine contemporaine (1). Ces critères ont été concrétisés au niveau des techniques de conflits de lois par diverses théories unilatéralistes, développées tant aux Etats-Unis (*Act of State Doctrine*, *Foreign Sovereign Compulsion Defense*) qu'en Europe (*Sonderanknüpfung*) (2). A l'heure actuelle, ces techniques ont cependant été dépassées par celle de la bilatéralisation des règles de conflit de lois (3).

annulée, pour d'autres motifs cependant (cf. décision de la 1ère chambre de l'*Obergericht* du canton de Zurich du 9 mars 1994 dans l'affaire W. c. W., Z5/LC930080), citée par MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 281, notes 17 et 21.

²¹⁷⁴ En ce sens, la directive de la commission administrative de l'*Obergericht* du canton de Zurich du 27 janvier 1969, RSJ 56 (1960), p. 64, réitérée le 5 mars 1969, RSJ 65 (1969), p. 116 et WALTER, *Vorsorgliche Massnahmen bei fehlender Hauptsachezuständigkeit*, p. 131-132.

²¹⁷⁵ MEIER, « *Swiss-Worldwide-Mareva* », p. 282, note 22.

²¹⁷⁶ Cf. *infra*, Partie III, A. 3. a). En ce sens, cf. WALTER, *Vorsorgliche Massnahmen bei fehlender Hauptsachezuständigkeit*, p. 132 qui semble inclure les pénalités judiciaires de nature pénale dans le champ d'application de l'art. 43.

1. Le droit international des conflits de compétences

a) Le conflit de compétences, conséquence logique de l'état actuel du droit international

718. Le consensus selon lequel l'activité normative de l'Etat en matière de droit privé n'est pas internationalement totalement illimitée résulte plutôt d'un acte de foi²¹⁷⁷. En effet, les impératifs internationaux de répartition de compétences sont bien maigres, bien que pas nuls. Cependant, on ne peut probablement pas demander beaucoup plus à un ordre juridique - le droit international public - qui, à défaut de solidarité suffisante entre les membres de la communauté qu'il régit, ne coordonne pas lui-même, directement, du moins en ce qui concerne les questions de droit privé, les relations entre les ordres juridiques constitués par chacun d'eux.

719. La conséquence naturelle et inévitable de cette situation est l'existence de *conflits de compétences* normatives ou d'exécution entre les Etats membres de la communauté internationale. C'est précisément dans ce dernier cas que les conséquences de cet acte de foi se font le plus durement ressentir. En effet, deux Etats peuvent, dans l'exercice de leurs compétences concurrentes, adopter des attitudes divergentes et inconciliables à propos de la même situation ou à propos du même comportement du même individu. La concurrence de compétences conduit, dans ce cas, à un conflit de compétences. L'exemple classique est celui du conflit entre une compétence personnelle et une compétence territoriale: un Etat prétend exercer des compétences à l'égard d'une société parce qu'elle a son siège sur son territoire, et un autre Etat prétend exercer sa compétence à l'égard de la même société parce qu'elle exerce des activités sur son territoire par l'intermédiaire d'une succursale ou d'une filiale. Le conflit peut aussi résulter de deux affirmations de compétences fondées sur une compétence territoriale: compétence affirmée par un Etat à l'égard d'activités se déroulant directement sur son territoire, compétence affirmée par un autre Etat à l'égard des mêmes activités ayant un effet direct et substantiel sur son territoire.

720. La divergence de solutions que ce type de situation illustre est un phénomène fréquent dans les rapports internationaux de droit privé, regrettable peut-être, mais trop fréquent pour qu'on puisse estimer qu'il est internationalement interdit. Elle constitue une de ces conséquences néfastes de l'insuffisante intégration de la communauté internationale et de la large liberté qui

²¹⁷⁷ Cf. *supra*, Partie 1, I. C. 2. c).

en résulte, pour chaque Etat, de refuser, pour un rapport de droit privé donné, de considérer comme juste la manière dont il a été réglé par un Etat tiers. Cette divergence n'est dès lors que le résultat automatique auquel conduit la liberté conférée à tout Etat d'évincer la norme étrangère de l'ensemble des données juridiques dans lesquelles il puisera la réponse à telle question de droit privé. D'ailleurs, il est aussi possible que cette divergence, sans créer, à proprement parler, d'obligations contradictoires, aboutisse à la situation dans laquelle une personne aura le droit de se conduire d'une certaine manière au regard du droit d'un Etat, et aura l'obligation de ne pas se conduire de la sorte aux yeux d'un autre Etat. Aucun des Etats qui suscitent cette divergence par leurs chefs concurrents de compétence, ne pourrait donc être regardé comme outrepassant les limites que le droit international pose à sa compétence.

b) L'inexistence d'une règle générale de droit international de résolution des conflits de compétences

721. Il n'y a pas de règle générale du droit international qui pourrait permettre de résoudre tous les types de conflits mettant en cause des compétences extraterritoriales en matière de droit privé, par exemple en établissant une hiérarchie stricte des différents chefs de compétence possibles. Comme le souligne AKEHURST dans son étude classique sur les compétences des Etats²¹⁷⁸:

"since several States can exercise concurrent jurisdiction in many cases, it can happen that an individual is forbidden by one law to do an act which is permitted or even required by another law. In extreme cases the actual content of the law of one of the States concerned may be contrary to international law, or it may be possible to show that the law in question represents an abuse of legislative power and thus a breach of international law. But, apart from such extreme cases, there is probably no way of resolving the conflict, because 'international law... does not provide for choosing among competing bases of jurisdiction to prescribe rules of conduct'."

²¹⁷⁸ AKEHURST, p. 167-168.

722. En revanche, il existe des règles conventionnelles adoptées dans tel ou tel domaine précis, par exemple en matière *contractuelle*²¹⁷⁹, en matière *délictuelle*, à savoir dans le domaine de la coopération mutuelle en matière de pratiques commerciales restrictives²¹⁸⁰, ou encore en matière *procédurale*, à savoir dans le domaine de l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale²¹⁸¹, permettant précisément d'éviter de tels conflits.

723. Enfin, dans la mesure où le problème de l'application extraterritoriale du droit a donné lieu depuis quelques années à une pratique considérable de la part des Etats, impliquant aussi bien des actes constitutifs de précédents que des prises de position sous forme d'affirmations de compétences extraterritoriales, d'acceptations de compétences extraterritoriales ou de protestations contre des applications extraterritoriales du droit, il n'est pas exclu que certaines règles coutumières se dégagent de la pratique des Etats. Cependant, la pratique générale, acceptée comme étant la coutume internationale selon l'art. 38 ch. 1 lit. b du Statut de la Cour Internationale de Justice, n'est concluante que sous la double condition d'être "générale" et de s'accompagner de l'*opinio juris*. Comme l'a rappelé la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du *Plateau Continental de la mer du Nord*, "*les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux [...] qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique*"²¹⁸². La jurisprudence interne en particulier ne peut donc être prise en considération que dans la mesure où elle se fonde réellement sur des considérations de droit international.

724. Ce rappel préliminaire des principes applicables étant fait, il s'agit d'examiner à leur lumière la pratique existante; et plus particulièrement, de

²¹⁷⁹ Cf. art. 7 de la Convention de Rome de 1980 sur le droit applicable aux obligations contractuelles.

²¹⁸⁰ Cf., par exemple, par décision 98/386/CE, CECA, du Conseil et de la Commission du 29 mai 1998, JOCE n° L., p. 173 du 18 juin 1998, un nouvel accord concernant la mise en oeuvre du principe de courtoisie active dans l'application des règles de concurrence entre les Communautés européennes et les Etats-Unis a été approuvé par le Conseil et la Commission.

²¹⁸¹ Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, entrée en vigueur en Suisse le 1er janvier 1995, RS 0.274.132

²¹⁸² Arrêt du 20 février 1969, Rec. 1969, p. 3, p. 45.

confronter le critère *territorialiste* - qui correspond à la solution classique du conflit - au critère, d'origine américaine, des *intérêts étatiques en cause*.

c) L'émergence contemporaine de règles coutumières destinées à limiter les conflits de compétences

(1) Le critère de la territorialité

725. Personne ne soutient qu'il existe des règles de droit international établissant, pour tous les cas de concurrence de compétences étatiques, une hiérarchie stricte des différents chefs de compétence possibles. Néanmoins, pour ce qui est du conflit entre une norme extraterritoriale et les prohibitions de l'Etat exerçant la souveraineté territoriale sur le lieu d'exécution, une fraction importante de la doctrine estime que le droit international impose le respect des prohibitions locales. Cette opinion fait depuis longtemps l'objet d'un large consensus doctrinal en Angleterre²¹⁸³, mais elle se retrouve aussi chez d'autres auteurs sur le continent²¹⁸⁴. Le critère territorialiste de solution des conflits de compétence peut s'appuyer sur des considérations d'ordre général tirées de l'importance particulière traditionnellement reconnue à la souveraineté territoriale et au principe de non-intervention; il trouve peut-être son expression la plus précise à l'art. 7 de la Résolution sur l'application extraterritoriale du droit des ententes, adoptée par l'*International Law Association* en 1972:

"Dans le cas de compétence concurrente de deux ou plusieurs Etats créant un conflit relatif au comportement d'une personne:

- (a) aucun Etat n'imposera un comportement sur le territoire d'un autre Etat qui serait contraire à la loi de ce dernier Etat, et*
- (b) chaque Etat, en appliquant sa propre loi au comportement dans un autre Etat, respectera les intérêts importants et la politique économique de cet autre Etat."*

726. L'alinéa (b) doit s'appliquer à une situation où le comportement ordonné par la norme extraterritoriale n'est pas à proprement illégal au regard de la loi du souverain territorial, mais simplement contraire aux conceptions de politique économique de cet Etat, telles qu'elles s'expriment par des

²¹⁸³ Cf. notamment AKEHURST, p. 188; BROWNIE, p. 298-321, p. 310; MANN, *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*, p. 45-46.

²¹⁸⁴ Cf. notamment CARREAU, n° 901; MENG, *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, p. 582; VERDROSS/SIMMA, § 1189, p. 786.

interventions, moins contraignantes, de ses pouvoirs publics. A ce propos, l'*International Law Association* ne propose pas un respect absolu des souhaits ou initiatives du gouvernement local, mais un exercice de balance des intérêts - proposition qu'il convient de ne pas confondre avec la position américaine qui estime que même une intervention contraignante du souverain territorial ne s'impose pas nécessairement au juge américain. C'est l'alinéa (a) qui correspond à la solution territorialiste des véritables conflits de compétences. La priorité du critère territorialiste a été reprise à l'art. 9 ch. 1 du Projet de résolution de la 19^e commission de l'Institut de droit international²¹⁸⁵. Cependant, sur le continent, l'application du critère territorialiste afin de résoudre les conflits de compétences ne fait pas l'unanimité. On lui reproche notamment de conduire à une application d'un principe général de stricte territorialité, si par exemple il donnait également la priorité à des lois de blocage nationales, ce qui favoriserait, notamment en droit économique, les effets protectionnistes dans le commerce international²¹⁸⁶.

727. Afin d'illustrer la pratique des autorités supranationales, la prise de position de la CJCE sur la doctrine des effets en matière de concurrence et sur les conflits de compétences dans l'affaire des *Entreprises de "pâte de bois"* reste incontournable. La Cour y a par ailleurs fait preuve d'une remarquable prudence²¹⁸⁷:

"En ce qui concerne l'argument tiré de la violation du principe de non-intervention, il convient de préciser que les requérants membres de la KEA se sont référés à une règle selon laquelle, lorsque deux Etats ont compétence pour édicter et pour exécuter des normes et que leurs normes aboutissent à ce qu'une personne se voit imposer des ordres contradictoires quant au comportement qu'elle doit adopter, chaque Etat serait tenu d'exercer sa compétence avec modération. Les requérants en ont conclu qu'en appliquant son droit de la concurrence en méconnaissance de cette règle, la Communauté a porté atteinte au principe de non-intervention."

²¹⁸⁵ Art. 9 ch. 1: "En cas d'injonctions contradictoires émanant de deux Etats qui exercent simultanément la compétence législative, le tribunal saisi, en assurant le respect de l'équilibre des intérêts tel qu'il est prévu à l'art. 4, paragraphe 1, prendra en considération les liens territoriaux les plus étroits du destinataire."

²¹⁸⁶ Cf. notamment BÄR, *Kartellrecht*, p. 350; MESTMÄCKER, p. 224.

²¹⁸⁷ CJCE, *Ahlström Osakeyhtiö et autres c. Commission des Communautés européennes*, 27 septembre 1988, aff. C-89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Rec. 1988, p. 5193, p. 5244.

Sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur l'existence en droit international d'une règle telle que celle invoquée, il suffit de constater que les conditions d'application n'en sont, en toute hypothèse, pas remplies. En effet, il n'y a pas, en l'espèce, de contradiction entre le comportement prescrit par les Etats-Unis et celui prescrit par la Communauté, étant donné que la loi Webb-Pomerene se borne à exempter de l'application des lois antitrust américaines la conclusion de tels accords."

728. Ce que l'on peut au moins déduire de cet arrêt, c'est que la Cour paraît ne pas faire sienne la conception exprimée, par exemple, à l'art. 7 (b) de la Résolution précitée de l'*International Law Association*: elle estime que le droit international n'exige pas d'elle la prise en considération d'interventions non contraignantes des pouvoirs publics étrangers. L'arrêt ne se prononce en revanche pas sur la question qui nous intéresse. La Commission des Communautés européennes - dont la pratique présente, au regard du droit international général, un intérêt au moins équivalent - était allée un peu plus loin; elle avait reconnu l'existence, en droit international, d'un principe de non-intervention, mais avait relevé, pour démontrer que ce principe avait en l'espèce été respecté, qu'il "*fait une nette distinction entre la contrainte et la simple autorisation*"²¹⁸⁸.

729. La pratique des Etats est moins réservée. En matière contractuelle tout d'abord, la jurisprudence s'incline en général toujours devant les prohibitions de la loi locale, qui libèrent le débiteur de ses obligations²¹⁸⁹. Dans les pays de droit civil, il semble d'ailleurs qu'il existe une *opinio juris* correspondant à cette pratique générale²¹⁹⁰. En Angleterre également, les juges estiment depuis l'arrêt *Ralli*²¹⁹¹ que la solution est imposée par la *comity internationale*, comprise comme synonyme de "droit international public"²¹⁹². En dehors du contexte contractuel, l'existence d'une règle de droit international interdisant aux Etats d'enjoindre à des individus de violer les

²¹⁸⁸ Rapport d'audience, Rec. 1988, p. 5209. Cf. aussi les conclusions de l'avocat général Marc Darmon, Rec. 1988, p. 5229.

²¹⁸⁹ Cf. l'étude fouillée de KINSCH, n° 10 et ss, sur le fait du prince étranger.

²¹⁹⁰ Pour les pays de droit civil, cf. surtout les développements chez KINSCH, n° 20-28; cf. aussi les art. 18 et 19 LDIP.

²¹⁹¹ *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar* [1920] 2 KB 287, 304 (CA), confirmé par *Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd* [1958] A.C. 301, 322, per VISCOUNT SIMONDS.

²¹⁹² Cf. BROWNIE, p. 29-30.

lois locales a aussi été affirmée par les tribunaux²¹⁹³. En Suisse, elle a même été codifiée²¹⁹⁴. On ajoutera enfin, en sus de la jurisprudence, des prises de position diplomatiques, éléments de pratique particulièrement importants²¹⁹⁵.

730. Il n'est ainsi pas téméraire de conclure qu'il existe, en dehors des Etats-Unis d'Amérique, une "pratique générale, acceptée comme étant le droit" en faveur du critère territorialiste de solution des conflits de compétences²¹⁹⁶. La pratique américaine, quant à elle, est du moins en partie favorable à un critère différent, à savoir celui des *intérêts étatique en cause*²¹⁹⁷.

(2) Le critère des intérêts étatiques en cause

731. La pratique américaine elle-même n'est pas uniforme. En faisant abstraction de la matière des contrats, où l'effet libératoire du fait du prince étranger est reconnu sans difficultés²¹⁹⁸, le droit américain, notamment en

²¹⁹³ Cf. notamment *Mackinnon v. Donaldson, Lufkin and Jenrette Corp.* [1986] 1 Ch.D. 482, 496 per HOFFMAN, J: "International law generally recognizes the right of a state to regulate the conduct of its own nationals even outside its jurisdiction, provided that this does not involve disobedience to the local law." Cf. aussi *Lourho Ltd v. Shell Petroleum Co.* [1980] 1 WLR 627, 634, per Lord DIPLOCK.

²¹⁹⁴ Cf. art. 142 al. 2 LDIP.

²¹⁹⁵ Cf. notamment l'aide-mémoire britannique du 20 octobre 1969 adressé à la Commission des Communautés européennes, reproduit in BROWNLIE, p. 314-315; les différentes prises de position du gouvernement suisse dans l'affaire *Marc Rich SA*, reproduites dans ASDI 41 (1984), p. 160; les mémoires des gouvernements français, allemand, suisse et britannique dans l'affaire *Aérospatiale*, cf. ILM 25 (1986), p. 1519, p. 1539, p. 1549, p. 1557.

²¹⁹⁶ Le mémoire britannique dans l'affaire *Aérospatiale*, ILM 25 (1986), p. 1557, p. 1563, note 16 souligne à propos des différents Etats ayant adopté des "lois de blocage": "To the best of our knowledge, these nations have not, in peacetime, ever repudiated the territorial preference for resolving jurisdictional disputes even in situations where this means foregoing their own claim to jurisdiction."

²¹⁹⁷ Cf. § 403 (3) *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* (1987).

²¹⁹⁸ En vertu de la règle de l'*impracticability*. Celle-ci se trouve comme principe général à la section 264 du *Second Restatement* du droit des contrats:

"§ 264: *Prevention by Governmental Regulation or Order.*

If the performance of a duty is made impracticable by having to comply with a domestic or foreign governmental regulation or order, that regulation or order is an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made."

Elle se retrouve aussi à la section 2-615 de l'*Uniform Commercial Code*, applicable à la vente commerciale de marchandises: "... if performance as agreed has been made impracticable ... by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid."

matière de délits, plus particulièrement de droit de la concurrence²¹⁹⁹, ainsi qu'en matière de *discovery* internationale²²⁰⁰, connaît une approche fondée sur la *balance des intérêts en présence*. Est-il possible, dès lors, d'établir - même pour les besoins du juge américain - une règle générale prescrivant l'emploi systématique du *balancing of interests test*? L'*American Law Institute* reste toujours de cet avis; le § 403 (3) de son *Restatement (Third) of the Foreign Relations* (1987), intitulé "*Limitations on Jurisdiction to Prescribe*" propose d'une manière générale de ne tenir compte du conflit avec les commandements d'un autre Etat que dans le cadre d'une espèce de *règle de raison* fondée sur l'évaluation des intérêts en cause:

"§ 403 (3) *When it would not be unreasonable for each of two states to exercise jurisdiction over a person or activity, but the prescriptions by two states are in conflict, each state has an obligation to evaluate its own as well as the other state's interest in exercising jurisdiction, in light of all the relevant factors.*"

732. L'enseignement implicite du § 403 (3) est que le conflit de compétences ne se résout pas nécessairement sur la base d'un critère territorialiste; le § 442, consacrée aux conflits en matière de *discovery*, le confirme en précisant qu'une législation étrangère interdisant la communication de renseignements n'est pas un obstacle absolu à l'exercice des prérogatives du juge américain. Cela dit, le seul fait que l'*American Law Institute* approuve une pratique ne la rend pas encore conforme au droit international. Il s'agit en effet d'une pratique qui n'a rien de systématique en droit américain et qui reste isolée sur le plan international²²⁰¹. Bien que mentionné par le Projet de résolution de la 19^e commission de l'Institut de droit international²²⁰², le critère de la mise en balance des intérêts étatiques en cause a été dénoncée comme contraire au droit international par les gouvernements d'autres Etats²²⁰³. Dans

²¹⁹⁹ Cf. notamment *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, N.T. and S.A.*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976) *on remand* 574 F.Supp. 1453 (N.D. Cal. 1983), *confirmed* 749 F. 2d 1378 (9th Cir. 1984). Le premier arrêt est résumé au JDI 107 (1980), p. 902, obs. Herzog, Peter.

²²⁰⁰ Cf. les arrêts cités *supra*, Partie 1, III. C. 1. b) (3).

²²⁰¹ Cf. les conclusions de la thèse de VEELKEN.

²²⁰² Art. 4 ch. 1: "*La compétence extraterritoriale, quel que soit le titre spécifique invoqué à cet effet, doit être exercée de manière raisonnable, les intérêts juridiques en cause devant être mis en balance.*"

²²⁰³ Cf. *supra*, Partie 3, I. C. 1. c) (1); cf. aussi MANN, *Doctrine of International Jurisdiction Revisited*, p. 95: "*Where the large majority of nations co-exist harmoniously but there is tension and disagreement between them and a single other State, the presumption is that the latter is wrong.*"

ces circonstances, il resterait possible de soutenir que c'est la pratique contraire, suivie par les autres Etats, qui est l'exacte expression d'une règle coutumière se rattachant aux principes de souveraineté territoriale et de non-intervention: comme le souligne l'arrêt rendu par le Cour internationale de justice dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, une pratique étatique ne cesse pas de constituer une pratique "générale" parce qu'elle est parfois méconnue²²⁰⁴:

"Il ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique [...] La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les Etats y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle."

733. Et pourtant, il faut reconnaître que la question de la licéité de la pratique américaine en matière de conflits de compétences n'est pas définitivement résolue. Le critère du *balancing of interests*, s'il n'inspire pas la pratique étatique en dehors des Etats-Unis, a cependant convaincu - par sa souplesse sans doute - une partie de la doctrine, notamment en France²²⁰⁵ et en Allemagne²²⁰⁶.

(3) Convergences entre le critère de la territorialité et celui des intérêts étatiques en cause

734. Il serait excessif de terminer ces observations sur une note de scepticisme absolu. En effet, les divergences entre le critère territorialiste et le critère des intérêts étatiques ne doivent pas être exagérées. En prenant l'*American Law Institute* comme interprète autorisé du critère des intérêts étatiques, on observera que le commentaire du § 441 du *Restatement (Third) of the Foreign Relations* (1987) précise que même dans ce contexte, il existe

²²⁰⁴ Arrêt du 27 juin 1986, Rec., p. 13, 98 (à propos de l'interdiction du recours à la force et de l'intervention dans les affaires intérieures des autres Etats).

²²⁰⁵ Cf. notamment STERN, *Quelques observations*, p. 45.

²²⁰⁶ Cf. notamment MEESEN, *Drafting Rules*, p. 225-252.

"ordinairement" une "préférence territoriale"²²⁰⁷. Le § 441 intitulé "*Foreign State Compulsion*" énonce une règle souple certes, mais qui n'est pas fondamentalement différente de celle proposée par l'art. 7 (a) de la Résolution de l'*International Law Association*²²⁰⁸:

- "(1) *In general, a state may not require a person*
- (a) *to do an act in another state that is prohibited by the law of that state or by the law of the state of which he is a national; or*
 - (b) *to refrain from doing an act in another state that is required by the law of that state or by the law of the state of which he is a national.*
- (2) *In general, a state may require a person of foreign nationality*
- (a) *to do an act in that state even if it is prohibited by the law of the state of which he is a national;*
- or*
- (b) *to refrain from doing an act in that state even if it is required by the law of the state of which he is a national."*

735. Cette section, dont le commentaire indique qu'elle constitue une application de la règle générale du § 403 (3) ci-dessus reproduite, établit par conséquent une présomption en faveur du respect des normes territoriales. Si le § 442 fait entendre que cette présomption n'est pas particulièrement forte en matière de *discovery* internationale, son commentaire souligne qu'il en va différemment dans le cas d'un conflit concernant le fond du droit, et non la procédure²²⁰⁹. Dans une situation importante au moins, la solution résultant de l'application des deux critères devrait d'ailleurs concorder: il s'agit du cas du contrat international dont l'exécution se heurterait à une disposition du droit public du lieu d'exécution. Il est clair qu'un tribunal qui ordonnerait l'exécution en nature d'un contrat de vente malgré une interdiction d'exportation légitimement imposée par l'Etat de provenance des marchandises méconnaîtrait le droit international; plus généralement, le pouvoir de police légitimement exercé sur le territoire d'un Etat étranger par les organes de celui-ci doit nécessairement prévaloir, en cas de conflit, sur des obligations contractuelles. Il importe peu que cette solution soit justifiée par le respect

²²⁰⁷ § 441, comment b, p. 342.

²²⁰⁸ Cf. *supra*, Partie 3, I. 3. c) (1).

²²⁰⁹ § 442, comment e, p. 352.

absolu de la souveraineté territoriale ou par un *balancing of interests*, dont le résultat ne serait pas douteux.

2. Les concrétisations en matière de techniques de conflit de lois

736. Le droit américain a prévu certains mécanismes qui permettent de prendre en considération le droit étranger dans l'intérêt des Etats étrangers (*Act of State Doctrine*) (a), mais aussi des individus qui doivent pouvoir éviter d'être soumis à des ordres contradictoires (*Foreign Sovereign Compulsion Defense*) (b). La doctrine européenne également a prévu le rattachement spécial des dispositions impératives étrangères (*Sonderanknüpfung*) afin de tenir compte de ces intérêts divergents (c).

a) L'Act of State Doctrine américaine

737. L'Act of State Doctrine est une création de la jurisprudence américaine permettant d'aborder le problème de l'attitude à adopter par le juge à l'égard d'actes de souveraineté étrangers qui interviennent, de manière incidente, dans la situation litigieuse dont il est saisi²²¹⁰. Il s'agit en fait d'une manifestation de la conception que le juge américain se fait des limites de sa mission dans certains litiges internationaux. Les fondements de cette doctrine sont multiples: on peut citer la séparation des pouvoirs²²¹¹, le désir de garder

²²¹⁰ Pour un survol intéressant de la jurisprudence américaine en ce domaine, cf. BORN, *International Civil Litigation*, p. 685-744 et KINSCH, n° 271-288. Cf. aussi AMERICAN LAW INSTITUTE (édit.), *Restatement (Second) of the Conflict of Laws* (1971), §§ 41-43 et *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* (1987), §§ 443-444.

²²¹¹ Les tribunaux américains en effet ne veulent pas intervenir dans la conduite des affaires étrangères américaines qui est réservée au pouvoir exécutif. Dans la célèbre affaire *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 423 (1964), la Cour Suprême s'est exprimée sur les fondements de la doctrine de la façon suivante: "The act of state doctrine does [...] have 'constitutional' underpinnings. It arises out of the basic relationships between branches of government in a system of separation of powers [...]. In short, whatever way the matter is cut, the possibility of conflict between the Judicial and Executive Branches could hardly be avoided."

des bonnes relations internationales avec les Etats étrangers²²¹² et le respect de la souveraineté étrangère²²¹³.

738. Plus récemment, la Cour Suprême des Etats-Unis semble avoir rejeté ces fondements en qualifiant l'*Act of State Doctrine* comme une règle de conflit de lois²²¹⁴. En pratique, la doctrine de l'*Act of State* est le plus souvent associée avec le problème de la reconnaissance des expropriations étrangères, et la jurisprudence en matière d'expropriation a effectivement joué un rôle important dans le développement de la théorie par les tribunaux²²¹⁵. Toutefois, le champ d'application de la doctrine dépasse notablement celui des expropriations; elle exerce également une influence sur la question des effets d'une intervention étatique en matière de droit privé, notamment en matière de droit des obligations et en matière délictuelle. En droit *antitrust* par exemple, cela signifierait que si la partie défenderesse peut prouver que la résolution du litige impliquerait la révision de la validité d'un acte public étranger, la demande pourra être rejetée même si elle eût été fondée au regard du droit *antitrust* américain normalement applicable. Ainsi, déjà dans l'arrêt *American Banana*, la Cour Suprême des Etats-Unis avait considéré que de soumettre l'activité du défendeur au droit *antitrust* américain revenait à juger de la validité d'actes étatiques valablement accomplis par le gouvernement du Costa Rica²²¹⁶. Plus récemment, elle a été retenue dans l'affaire *IAM v. OPEC*, lors de laquelle un syndicat américain poursuivait l'Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole (OPEP), ainsi que ses 13 Etats membres, en soutenant qu'ils avaient

²²¹² L'appréciation de la validité d'un acte étranger peut blesser la susceptibilité du souverain étranger, ce qui serait en fin de compte nuisible aux relations internationales des Etats-Unis avec cet Etat; cf. à nouveau l'affaire *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 423 (1964): "The doctrine as formulated in past decisions expresses the strong sense of the Judicial Branch that its engagement in the task of passing on the validity of foreign acts of state may hinder rather than further this country's pursuit of goals both for itself and for the community of nations."

²²¹³ Cf. *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250, 252 (1897): "Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another done within its own territory."

²²¹⁴ Cf. *W.S. Kirkpatrick & Co. v. Environmental Tectonics Corporation*, 493 U.S. 400, 406 (1990): "The act of state doctrine is not some vague doctrine of abstention but a 'principle of decision binding on federal and state courts alike'." (soulignement en original).

²²¹⁵ Cf. notamment KINSCH, n° 273-276.

²²¹⁶ Cf. *American Banana Company v. United Fruit Company*, 213 U.S. 347 (1909).

fixé le prix du pétrole d'une façon contraire au droit *antitrust* américain²²¹⁷. Tant pour des raisons de politique étrangère que pour des motifs de respect de la souveraineté des pays membres de l'OPEP, les juges américains refusèrent de revoir la validité de l'activité de l'OPEP, bien que celle-ci eût été illégale *per se* selon le droit américain. En effet, le risque pour le tribunal d'interférer dans la politique étrangère américaine était immense et il valait mieux que le tribunal respecte l'ordre juridique des pays exportateurs de pétrole, car²²¹⁸:

"the granting of any relief would in effect amount to an order from a domestic court instructing a foreign sovereign to alter its chosen means of allocating and profiting from its own valuable natural resources."

739. Pour les besoins de la présente discussion, nous retiendrons de la théorie de l'*Act of State* qu'elle peut constituer dans la pratique judiciaire un instrument qui permet de donner effet aux normes contraignantes étrangères, selon des critères qui ne relèvent ni des règles de conflit traditionnelles, ni de règles de droit matériel: elle gravite autour de l'idée de pouvoir étatique territorialement défini, et elle tente de déterminer les droits et obligations résultant d'un contrat en les localisant soit dans la sphère de souveraineté ainsi délimitée, soit en dehors d'elle. En revanche, elle omet toute référence à la répartition des risques de l'intervention étatique entre les parties. Le résultat pratique de ce mécanisme sera que, refusant de revoir la validité d'un acte public étranger, le juge américain donnera effet à la loi de l'Etat étranger.

b) La Foreign Sovereign Compulsion Defense américaine

740. Le second mécanisme qui a été élaboré par la pratique américaine pour tenir compte du droit étranger, et aussi des intérêts particuliers en cause, est la *Foreign Sovereign Compulsion Defense*²²¹⁹, une théorie très proche de l'*Act of State Doctrine*, mais qui s'en distingue par le fait que c'est l'intérêt du particulier à ne pas être soumis à des ordres contradictoires qui en est

²²¹⁷ Cf. *International Association of Machinists and Aerospace Workers (IAM) v. Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC)*, 477 F. Supp. 558, (D.C. Cal. 1979), *affirmed* 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981), *cert. denied* 454 U.S. 1163 (1982).

²²¹⁸ *Ibid.*

²²¹⁹ Cf. notamment BORN, *International Civil Litigation*, p. 745-752; AMERICAN LAW INSTITUTE (édit.), *Restatement (Second) of the Conflict of Laws* (1971), § 202 et *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* (1987), § 441.

l'une des motivations essentielles. Cette théorie a notamment été appliquée dans l'affaire *Interamerican v. Texaco Maracaibo*²²²⁰, dans laquelle une société américaine avait été contrainte par le gouvernement vénézuélien d'en boycotter une autre pour des raisons politiques. Ce qui était normalement une violation du droit *antitrust* américain fut considéré comme admissible du fait de la contrainte que le gouvernement vénézuélien avait exercé sur les sociétés défenderesses. La Cour Suprême affirma²²²¹:

"It requires no precedent [...] to acknowledge that sovereignty includes the right to regulate commerce within the nation. When a nation compels a trade practice, firms have no choice but to obey. Acts of business become effectively acts of the sovereign."

741. En revanche, dans l'affaire *Watchmakers of Switzerland*, le juge refusa cette défense au motif que l'activité n'était pas exigée par le droit suisse, mais seulement approuvée et encouragée par le gouvernement suisse²²²²:

"If, of course, defendant's activities had been required by Swiss law, this court could indeed do nothing. An American court would have under such circumstances no right to condemn the government activity of another sovereign nation. In the present case, however, the defendant's activities were not required by the laws of Switzerland. They were agreements formulated privately without compulsion on the part of the Swiss Government."

742. Le jugement final dans cette même affaire contenait néanmoins une clause qui tenait compte de la possibilité d'une "*compulsion*" selon le droit suisse²²²³. Les jugements américains retiennent d'ailleurs fréquemment de telles *saving clauses* qui visent à prévenir des conflits de compétences qui

²²²⁰ Cf. *Interamerican Refining Corp. v. Texaco Maracaibo, Inc.* 307 F.Supp. 1291 (D.Del. 1970).

²²²¹ *Ibid.*, p. 1298.

²²²² Cf. *U.S. v. The Watchmakers of Switzerland Information Center Inc.*, 1963 Trade Cases § 70,600, p. 77456 (S.D.N.Y. 1962). Cf. aussi *U.S. v. Sisal Sales Corp.*, 274 U.S. 268 (1926) et *Continental Ore v. Union Carbide Corp.*, 370 U.S. 690 (1962).

²²²³ Cf. *U.S. v. The Watchmakers of Switzerland Information Center Inc.*, 1965 Trade Cases § 71,352, p. 80490 (S.D.N.Y. 1965): "Nothing contained in this Final Judgment shall be deemed to [...] prohibit any defendant [...] from performing any act in Switzerland which is required of it under the law of Switzerland [or] refraining from any act in Switzerland which is illegal under the law of Switzerland."

mettraient les individus dans des situations inextricables²²²⁴. Sans de telles clauses, les jugements américains seraient sans doute considérés comme des violations de la souveraineté étrangère. C'est d'ailleurs souvent à la suite de protestations diplomatiques vigoureuses que ces clauses ont été introduites dans les jugements finaux.

c) La *Sonderanknüpfung* européenne

743. Un mécanisme très similaire à ceux de l'*Act of State* et de la *Foreign Sovereign Compulsion Defense* est celui qui a été élaboré par la doctrine européenne, surtout allemande²²²⁵, du rattachement spécial des dispositions impératives étrangères (*Sonderanknüpfung*)²²²⁶. Selon cette doctrine, le juge devrait donner effet à une loi autre que la loi normalement applicable, lorsqu'elle revendique impérativement son application et qu'elle présente des liens suffisamment étroits avec la situation d'espèce. L'idée sous-jacente à cette doctrine est celle de la collaboration internationale. Elle est d'inspiration unilatérale, car elle propose de tenir compte de la volonté d'application des législations étrangères.

744. En ce qui concerne la jurisprudence, la technique du rattachement spécial a rarement rencontré la faveur des tribunaux, sans doute du fait que, dans le domaine de l'intervention étatique dans les mécanismes contractuels, elle n'aboutit pas à des résultats sensiblement différents de ceux fondés sur l'approche traditionnelle²²²⁷. Seule la jurisprudence néerlandaise a adopté une attitude inverse. Dans l'affaire *Sensor*, elle a expressément admis le rattachement spécial en général, mais l'a rejeté dans le cas d'espèce, car l'embargo américain, qui entendait s'appliquer au contrat litigieux soumis par ailleurs au droit néerlandais, n'avait pas de liens suffisants avec la situation du cas d'espèce: l'embargo frappait une exportation vers l'Union soviétique

²²²⁴ Cf. les exemples dans BORN, *International Civil Litigation*, p. 745-752.

²²²⁵ En particulier WENGLER, *Die Anknüpfung*, p. 168-212 et ZWEIGERT, *Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leitungsverbote*, p. 282-307.

²²²⁶ L'application des lois impératives étrangères en droit international privé a donné lieu à de nombreuses contributions par les auteurs, on ne citera ici que la thèse de KINSCH, n° 289-329, et, en Suisse, la thèse d'habilitation de SCHNYDER, *Wirtschaftskollisionsrecht*, p. 119 ss, p. 141 ss, p. 243 ss, p. 246 ss et les thèses de ERNE et BONOMI.

²²²⁷ Cf. les références chez KINSCH, n° 316-318, qui expose les réticences des tribunaux allemands, anglais, français et suisses.

de marchandises ne provenant pas des Etats-Unis et effectuée par un exportateur non américain²²²⁸.

745. Si la doctrine du rattachement spécial se base sur l'examen de la jurisprudence qui a occasionnellement suivi une telle approche, elle peut aujourd'hui se targuer en revanche de diverses consécration conventionnelles et législatives, tels que l'art. VIII ch. 2 lit. b des Statuts du Fonds monétaire international adopté à Bretton Woods le 22 juillet 1944²²²⁹ et l'art. 7 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles de 1980 qui admet un rattachement spécial des "*dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit.*" Enfin, et de manière toute générale, l'art. 19 LDIP consacre un tel rattachement spécial des dispositions impératives d'un Etat tiers²²³⁰. Si l'on regarde de plus près ces règles, il s'avère que les conditions de leur application s'articulent principalement en trois points; il faut d'abord que la loi étrangère entende impérativement être appliquée, ensuite que la situation présente un lien étroit avec le droit étranger et, finalement, que des "*intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit*" exigent son application. Ces deux dernières conditions sont décisives, du point de vue de l'Etat du for, pour déterminer le domaine d'application de l'ordre public étranger²²³¹. Il faut, en plus, selon l'art. 19 al. 2 LDIP, tenir compte du but que poursuit la législation étrangère et des conséquences qui découleraient de son application. Ainsi, la méthode de la *Sonderanknüpfung* n'implique pas, pour l'Etat du for, un accueil en principe favorable aux lois économiques impératives d'un Etat tiers. Elle a uniquement pour but d'offrir un cadre, dans lequel la question de la portée à donner à de telles lois étrangères doit faire l'objet d'une évaluation tenant compte de l'ensemble des intérêts en jeu.

²²²⁸ Arr. Rb. Gravenhage, *Compagnie Européenne des Pétroles SA c. Sensor Nederland B.V.*, 17 septembre 1982, RCDIP 72 (1983), p. 473-479; *RabelsZ* 47 (1983), p. 141-172, obs. Basedow, Jürgen; *ILM* 22 (1983), p. 66; *AJIL* 77 (1983), p. 636. Cette jurisprudence fut inaugurée par le Hoge Raad dans l'affaire *Alnati*, 13 mai 1966, RCDIP 56 (1967), p. 522; *JD* 96 (1969), p. 1010 et (105) 1978, p. 340.

²²²⁹ RS 0.979.1, RO 1992, p. 2571 ss.

²²³⁰ Sur le sujet, cf. la thèse de ERNE et celle toute récente de BONOMI.

²²³¹ Cf. BUCHER, *Droit applicable*, n° 536.

3. L'apparition de techniques nouvelles: la bilatéralisation des règles de conflit de lois

746. Tant de par ses effets que de par la méthode d'y parvenir, le système du rattachement spécial est conçu comme une dérogation aux règles de conflit, à l'instar des dispositions relatives à l'ordre public du for. Dans la mesure où les règles de conflit de lois s'inspirent de l'idée d'une certaine uniformité dans la nature des rapports de droit, elles ne peuvent absorber le phénomène de l'intervention de règles d'ordre public étranger. Celles-ci sont pourtant déjà prises en compte dans un certain nombre de règles de conflit du droit positif. Il s'avère, en effet, que dans certaines matières où l'on rencontre régulièrement, dans les législations étrangères, des règles d'ordre public dont le respect répond à l'intérêt prépondérant du for, les règles de conflit du for tendent à s'y adapter. L'évolution la plus intéressante dans ce domaine, qui a été reprise par la LDIP, consiste à *bilatéraliser* la règle de rattachement jusqu'à présent unilatérale²²³², permettant de tenir compte de l'intérêt manifesté, de façon concordante, par l'Etat du for et les Etats étrangers, à voir appliquer leur loi dans le domaine spatial ainsi fixé.

747. Le changement d'approche que représente une telle règle de rattachement bilatérale est devenu possible en raison de l'évolution du droit interne comparé d'une part et de la règle de conflit de lois d'autre part. En effet, pour que l'on puisse envisager une *règle de rattachement bilatérale*, il faut en premier lieu qu'une certaine communauté juridique se soit créée, de telle sorte que la loi du for et la loi étrangère puissent être considérées comme équivalentes, et, en second lieu, qu'il règne une certaine uniformité quant au champ d'application spatial que se donnent les lois en présence, de façon à ce que l'on n'en vienne pas à appliquer une loi étrangère contre son gré²²³³. En effet, les règles bilatérales de conflit étant en principe axées sur les intérêts du for, il est dans leur nature que des dispositions impératives d'un droit étranger non désigné soient écartées, soulevant ainsi le problème résolu par l'art. 19 LDIP. Il s'agit alors de vérifier si, au regard de cette règle spéciale d'exception et des intérêts propres à l'Etat du for, il peut être donné effet à la loi impérative d'un Etat tiers, en dérogation à la loi désignée par la règle de conflit du for.

²²³² Cf. BUCHER, *Droit applicable*, n° 171-173.

²²³³ Cf. RENOLD, n° 442.

748. Ainsi, lorsqu'il est constaté dans une matière déterminée, une intervention régulière du raisonnement consacré par l'art. 19 LDIP en faveur du respect de dispositions impératives d'un certain nombre d'Etat tiers, cela peut constituer le signe d'un renouveau nécessaire de la règle de conflit en cause. Il convient alors d'envisager une modification de celle-ci, afin que le domaine d'application des lois soit fixé dorénavant, de façon générale et bilatérale, en fonction des dites dispositions impératives, rencontrées dans plusieurs législations. Cette démarche a été accomplie par le législateur suisse à plusieurs reprises dans la LDIP. En matière délictuelle générale, il convient de se référer notamment à l'art. 142 al. 2 LDIP, préconisant la prise en considération des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu d'un acte. En matière de protection de la personnalité plus particulièrement, l'art. 139 al. 2 LDIP entend assurer à chaque Etat son autonomie quant au droit de réponse régissant les différents médias qui diffusent à partir de son territoire, en harmonie avec les solutions normalement prévues, dans chaque pays, de façon unilatérale et souvent impérative. De manière plus spectaculaire, la méthode du rattachement spécial a été développée, en particulier, dans le domaine des cartels et des actes de concurrence déloyale, la détermination de l'intérêt prépondérant tendant, pour l'essentiel, au respect des dispositions impératives de l'Etat sur le marché duquel de tels actes produisent leurs effets; cette solution est aujourd'hui codifiée, dans son principe, aux art. 136 al. 1 LDIP et 137 al. 1 LDIP. Enfin, comme se généralise, en Suisse et à l'étranger, une tendance à faire bénéficier les consommateurs des règles protectrices du pays du marché concerné, également lorsqu'ils sont sollicités par des fournisseurs étrangers, l'art. 120 LDIP préconise un rattachement bilatéral permettant de donner effet à de telles règles, qu'elles soient suisses ou étrangères, de sorte que l'art. 19 LDIP n'a plus à être consulté en cette matière non plus²²³⁴.

²²³⁴ Cf., parmi d'autres, VISCHER, *Zwingendes Recht und Eingriffsgesetze*, p. 457.

II. LA PENALITE JUDICIAIRE EXTRATERRITORIALE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

749. Il est maintenant établi que l'injonction non pécuniaire extraterritoriale, accompagnée d'une pénalité judiciaire, est autorisée par le droit international. Aussi, alors que traditionnellement les chemins de l'exécution forcée et du droit international ne semblaient jamais devoir se croiser, certaines intersections semblent se dessiner suite au rapprochement progressif de ces deux domaines, dû à l'extension du champ d'application du droit international d'une part et au caractère judiciaire croissant du droit de l'exécution forcée d'autre part. Le droit de l'exécution forcée internationale s'inscrit en effet dans les contradictions apparentes résultant d'une part de son application en droit international, alors que son origine est de droit interne, et d'autre part des conséquences qu'il entraîne sur le fond du droit, alors qu'il est qualifié de droit de procédure. Il convient dès lors de déterminer comment le droit international privé cette fois-ci, en qualité d'instrument permettant de concilier ces divergences, appréhende l'exécution forcée en général (A) et, en particulier, la question du droit applicable à la pénalité judiciaire (B). Enfin, la question de la reconnaissance des pénalités judiciaires étrangères en Suisse selon le droit autonome mettra un terme à cette section (C).

A. L'exécution forcée en générale et le droit international privé

750. Il est traditionnel d'énoncer comme principe que la *lex fori* s'applique en matière de procédure. Il n'y a de là qu'un pas à faire pour étendre le principe aux actes d'exécution forcée, d'autant plus que le droit international consacre l'exclusivité du pouvoir de contrainte sur le territoire étatique (1). Cependant, au regard du principe de l'application de la *lex fori*, l'exécution forcée internationale présente certaines spécificités par rapport à la procédure civile internationale (2), qui peuvent, en pratique, conduire à donner parfois la préférence au fond plutôt qu'à la forme, cela dans un but de favoriser l'harmonie des décisions en matière transnationale (3).

1. Le principe de l'application de la *lex fori* aux actes d'exécution forcée

a) La distinction entre le fond et la forme en droit international

751. Dans une acception large, les mots "procédure civile" désignent l'ensemble des règles qui président à la réalisation du droit privé grâce à l'inter-

vention d'organes juridictionnels institués à cet effet²²³⁵. La doctrine de droit international privé distingue en général entre les règles de droit matériel et les règles de procédure. Cette distinction entre la substance et la procédure, particulièrement dans le domaine du conflit de lois, jouit d'une longue tradition. Elle remonte au moins aux écrits des post-glossateurs du XII^e siècle et à la jurisprudence du Parlement de Paris dès le XIII^e siècle. Les premiers se fondaient sur la différence entre les *ordinatoria litis* (règles sur la marche de l'instance) et les *decisoria litis* (règles substantielles), qui suppose des règles régissant l'accomplissement des tâches judiciaires par les tribunaux et applicables indépendamment des règles matérielles. La distinction entre règles décisives et règles d'ordre ou d'organisation ne signifie pas que ces dernières ne peuvent pas, sous certaines circonstances spécifiques, avoir une influence sur l'issue du litige. Cependant, cette influence n'est pas leur but premier. En revanche, les règles qualifiées de *decisoria litis* visent à influencer directement le contenu du litige. Le Parlement de Paris, de son côté, élaborait une longue liste de questions qui concernaient les méthodes de travail des tribunaux, appartenant à la *consuetudo* ou *stilus* (aussi appelée *stylus*) *Curiae* et devaient être déterminées *ad usus hujus Curiae*²²³⁶. Cette liste comprenait des précédents judiciaires selon lesquels, par exemple, un aristocrate étranger n'avait pas à fournir de *cautio judicatum solvi* (jugement de 1265)²²³⁷ ou le défendeur devait présenter ses défenses péremptoires toutes en même temps (jugement de 1272)²²³⁸. Sur le même plan, les huissiers désignés afin d'administrer des moyens de preuves spécifiques dans une circonscription soumise à une autre loi de procédure devaient néanmoins toujours se plier à leur propre loi de procédure en tant que *lex auctoritatis: commissarii missi per Curiam habent servare stilum Curias, quantum ad ordinationem processus*²²³⁹. Fondée sur de telles racines historiques, la distinction entre fond et procédure a non seulement été qualifiée de radicale²²⁴⁰, mais aussi comme la plus vieille que la doctrine et la jurisprudence aient suivie, de manière séparée et indépendante²²⁴¹. Dans la *common law*, cette distinction entre droit et remède judiciaire²²⁴² a été qualifiée comme l'une des

²²³⁵ Cf., parmi d'autres, KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 623.

²²³⁶ Cf. MEIJERS, p. 23-29.

²²³⁷ *Ibid.*, p. 24, note 18 (5).

²²³⁸ *Ibid.*, p. 24, note 18 (8).

²²³⁹ *Ibid.*, p. 27, note 28.

²²⁴⁰ *Ibid.*, p. 23.

²²⁴¹ Cf. notamment MAYER, *Droit international privé*, n° 484.

²²⁴² WOLFF, *Private International Law*, n° 215, parle de distinction entre "*right and remedy*".

vérités éternelles de tout système de droit international privé²²⁴³. C'est dans le prolongement de cet arrière-fond historique que l'application de principe de la *lex fori* à la procédure est admise.

b) L'hypothèse de l'application de la *lex fori* aux actes d'exécution forcée

752. Il semblerait cependant que les questions d'exécution forcée n'apparaissent pas sur ces anciennes listes de questions de procédure telles que formulées par le Parlement de Paris et qui illustrent la distinction entre substance et procédure. Même aujourd'hui, l'exécution forcée n'est pas spécifiquement ou peu traitée dans les monographies concernant la juxtaposition de ces règles²²⁴⁴ ou les ouvrages généraux de droit international privé²²⁴⁵. La raison de cette absence n'est pas un doute sur la classification de la matière de l'exécution forcée, mais bien plutôt l'intérêt peu marqué des auteurs pour ce problème. En effet, une matière qui a été définie de manière appropriée comme "*la fin du droit*"²²⁴⁶, dont l'utilité est de concrétiser le résultat de procédures judiciaires, ne peut pas être localisée ailleurs qu'au cœur du droit de procédure. Cependant, quelle que soit l'indépendance de la procédure elle-même, toute question située au début ou à la fin de celle-ci présente un lien indissociable avec le fond: tout procès commence avec une allégation selon laquelle un droit matériel a été violé et se termine par une décision influençant directement et délibérément l'existence et l'étendue de ce droit. Aussi, vu l'objet de notre analyse, nous posons comme hypothèse que les actes d'exécution forcée, et notamment le choix des méthodes d'exécution forcée,

²²⁴³ Cf. CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, p. 74.

²²⁴⁴ Cf. notamment le silence des deux thèses les plus récentes sur le sujet, KOBERG, *Zivilprozessuale Besonderheiten* et JAECKEL, *Die Reichweite der lex fori*.

²²⁴⁵ Les seuls ouvrages qui en parlent signalent simplement que l'exécution forcée s'effectue selon la loi applicable au lieu d'exécution.

²²⁴⁶ Chief Justice MARSHALL, in *U.S. v. Nourse*, 9 Pet. 8, at 28, 11 U.S. 268, 271 (1835).

sont régis, à l'instar du droit de procédure, par la *lex fori*²²⁴⁷. Les paroles de CHESHIRE/NORTH/FAWCETT sont significatives à ce titre²²⁴⁸:

"The particular mode of execution admitted by that law, whether more or less favourable to the plaintiff than that recognised by the law governing the transaction, has exclusive application".

753. Dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano également, l'exécution forcée des décisions obtenues à l'étranger s'effectue selon le droit de l'Etat où l'exécution est requise²²⁴⁹. Les Conventions le confirment elles-mêmes aux art. 16 ch. 5²²⁵⁰ et 33 al. 1²²⁵¹.

c) Une hypothèse justifiée par le principe de l'exclusivité du pouvoir de contrainte

754. Cette hypothèse n'est certes pas très innovante. En effet, l'exécution forcée est intimement liée à l'exercice du pouvoir de contrainte, et en constitue en quelque sorte le prolongement. Or, nous l'avons vu²²⁵², le souverain local est le seul légitimé à user du pouvoir de contrainte sur un territoire donné. Ainsi, et particulièrement en matière d'exécution forcée, la *lex fori* est applicable en premier lieu pour des raisons de monopole de la force sur

²²⁴⁷ Cette hypothèse est très largement admise par la doctrine, néanmoins sans justification particulière; cf. BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 389-394; GEIMER, *Internationale Zivilprozessrecht*, n° 369 et n° 3237-3239; GOTTWALD, *Die internationale Zwangsvollstreckung*, p. 285; KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 628-633; LINDACHER, *Internationale Unterlassungsvollstreckung*, p. 403; LOUSSOUARN/BOUREL, n° 509; MUIR-WATT, *Effets en France des décisions étrangères*, n° 134; SCHACK, *Internationale Zivilverfahrensrecht*, n° 957; SZASZY, *International Civil Procedure*, p. 228.

²²⁴⁸ CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, p. 106.

²²⁴⁹ La règle se trouvait déjà dans les traités bilatéraux entre la Suisse et ses pays voisins concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires. Cf. art. 6 al. 2 de la Convention entre la Confédération suisse et le Reich Allemand du 2 novembre 1929 (RS 0.276.191.361); art. 11 de la Convention entre la Confédération suisse et la République d'Autriche du 16 décembre 1960 (RS 0.276.191.632); art. 3 al. 3 de la Convention entre la Suisse et l'Italie du 3 janvier 1933 (RS 0.276.194.541); art. 4 al. 2 de la Convention entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein du 25 avril 1968 (RS 0.276.195.141).

²²⁵⁰ Cette disposition, située dans le Titre 2 sur la compétence, consacre la compétence exclusive des tribunaux de l'Etat contractant en matière d'exécution des décisions.

²²⁵¹ Cette disposition, située dans le Titre 3 sur la reconnaissance et l'exécution, prévoit que "les modalités du dépôt de la requête [d'exécution] sont déterminées par la loi de l'Etat requis." Ici aussi est exprimée l'idée de l'application de la *lex fori* au déroulement de la procédure d'exécution.

²²⁵² Cf. *supra*, Partie 3, I. A. 2. a).

le territoire étatique. Cela explique aussi pourquoi les Conventions de Bruxelles et de Lugano ne traitent que des conditions de reconnaissance, sans mentionner la procédure d'exécution forcée elle-même, qui est de la compétence exclusive des Etats membres²²⁵³.

755. Cette application exclusive de la *lex fori* à la procédure d'exécution implique qu'il ne sera prêté attention ni à la loi applicable au fond, ni à la loi ayant régi la procédure dont le titre est issu, ni aux lois de procédure des autres pays qui ont reconnu le titre et dans lesquels l'exécution forcée peut être demandée; en matière de loi applicable, l'exécution forcée est totalement autonome, tant à l'égard de la procédure méritoire qu'à l'égard des procédures d'exécution forcée parallèles ouvertes à l'étranger. Ce cloisonnement institutionnel est le prix logique de la qualification de l'exécution forcée comme une intervention de l'Etat dans les relations de droit privé entre individus. Ainsi, le champ d'application de la *lex fori* est très large. Elle régit non seulement les étapes techniques de l'exécution forcée (autorités compétentes, pouvoir de ces autorités, délais, etc.), mais également la question plus générale de savoir jusqu'à quel point et pour quels types de prétentions un mode particulier d'exécution forcée est autorisé. En d'autres termes, les modalités de l'exécution forcée également sont régies par la loi locale²²⁵⁴.

2. Les spécificités de l'exécution forcée dans le contexte de la procédure civile internationale

a) Introduction

756. La règle générale de l'application de la *lex fori* aux actes de l'exécution forcée étant posée, il convient cependant de mentionner deux spécificités de l'exécution forcée internationale par rapport à la procédure civile internationale, à savoir la dispersion territoriale des actes de l'exécution forcée (b) et l'existence d'un lien entre l'exécution forcée et le droit matériel (c).

b) La dispersion territoriale des actes d'exécution forcée

757. La première particularité est la dispersion territoriale des actes d'exécution forcée²²⁵⁵. Celle-ci entraîne non seulement l'application d'une multi-

²²⁵³ Cf. CJCE, *Deutsche Genossenschaft c. Soc. Brasserie du Pêcheur*, 2 juillet 1985, aff. C-148/84, Rec. 1985, p. 1981; CJCE, *Hoffmann c. Krieg*, 4 février 1988, aff. C-145/86, Rec. 1988, p. 645.

²²⁵⁴ CA Paris, 12 février 1993, Rev. arb. 1993, p. 255-272, obs. Hascher, Dominique.

²²⁵⁵ Cf. KERAMEUS, *Enforcement*, p. 380-382.

tude de droits différents en matière d'exécution forcée, malgré l'existence d'un seul et unique titre devant être exécuté, mais également, le cas échéant, une application simultanée de droits différents au même titre, l'exécution de ce dernier pouvant être réclamée simultanément dans des juridictions différentes. En effet, un titre peut en principe faire l'objet d'une exécution forcée dans n'importe quelle partie du monde, notamment hors du territoire de l'autorité qui l'a rendu, pourvu qu'existe un intérêt à son exécution forcée, celui-ci pouvant par exemple se justifier par la présence de biens du débiteur ou du débiteur lui-même dans une juridiction donnée, différente de celle dont émane la décision à exécuter. En fait, le principe même de l'exécution et la reconnaissance des jugements étrangers démontre la grande mobilité, du moins potentielle, des titres judiciaires. En promouvant la reconnaissance et l'exécution des titres au-delà des frontières de l'Etat dont ils émanent, le législateur tient compte du fait que les biens du débiteur ou le débiteur lui-même peuvent se trouver dans le monde entier. Il est dès lors indéniable que la volatilité de l'exécution forcée est plus grande que celle de la procédure méritoire, même si dans cette dernière aussi, le juge peut ordonner à titre accessoire l'administration de preuves se trouvant à l'étranger. Cependant, dans ce dernier cas, ces preuves seront précisément renvoyées au juge appelé à rendre le jugement au fond, ce qui prive ces procédures annexes de toute autonomie. Aussi, au stade de la procédure d'exécution forcée, l'institution de la reconnaissance et de l'exécution de titres étrangers contribue non seulement à étendre le champ spatial de l'efficacité du titre en question, par la création de nouveaux lieux d'exécution, sans supprimer les anciens, mais aussi à élargir le cadre légal dans lequel se meut le titre, en commandant à chaque fois l'application d'une nouvelle *lex fori*, qui gouvernera l'exécution forcée prévue dans la nouvelle juridiction. Cette atomisation est caractéristique de l'exécution forcée et la distingue dès lors de la procédure méritoire, où le législateur cherche plutôt, par le mécanisme de la litispendance, à concentrer le litige sur une seule juridiction et par conséquent à n'appliquer qu'une seule *lex fori* aux règles de procédure régissant la procédure au fond.

c) Le lien entre l'exécution forcée et le droit matériel

758. Le lien entre l'exécution forcée et le droit matériel s'explique par le fait que tout procès part d'éléments de droit matériel et se termine normalement par un impact sur ceux-ci. Ainsi, il peut se justifier qu'afin d'assurer ou de ne pas altérer le fonctionnement et l'interaction de ces éléments de droit matériel, certains aspects de l'exécution forcée ne puissent pas valablement être régis par une autre loi que celle qui régit précisément ces éléments matériels, appelant ainsi l'application de la *lex causae* et non la *lex fori* à ces aspects.

759. Cette nécessité de ne pas découpler l'exécution forcée du droit matériel a aussi été ressentie en ce qui concerne les actes de procédure au sens strict. En effet, le principe de l'application forfaitaire de la *lex fori* aux actes de procédure subit depuis quelques temps des attaques répétées en doctrine, sous prétexte qu'il ne saurait plus se justifier étant donné que le fond et la forme sont de plus en plus imbriqués²²⁵⁶. Les auteurs de ces attaques justifient leur position en invoquant que le principe *forum regit processum* repose sur une assise dogmatique insuffisante et ne repose au fait que sur des raisons d'ordre pratique²²⁵⁷, ce qui les amène à proposer la création d'un système de conflit de lois applicable aux actes de procédure²²⁵⁸. MEIER a même récemment défendu que le droit privé et le droit de procédure constituent une unité inséparable²²⁵⁹, de sorte que le renvoi à la loi étrangère inclut non seulement un renvoi au droit matériel étranger, mais également au droit de procédure étranger, à l'exception des cas où l'application de la *lex fori* se justifie pour des raisons pratiques ou des raisons d'égalité de traitement avec les cas ne présentant aucun élément d'extranéité²²⁶⁰.

760. Malgré ces tentatives d'unifier dogmatiquement le droit privé et le droit de procédure, la doctrine dominante, et surtout la pratique, optent encore pour l'application de leur propre loi de procédure par les tribunaux de chaque Etat. Elle procède cependant à une correction en donnant à certains concepts qui, en droit interne, sont d'ordre procéduraux, une qualification

²²⁵⁶ Cf. notamment GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 319, ainsi que la tendance générale des contributions sur l'application de la *lex fori* à la procédure de GRUNSKY, *Lex fori*, p. 241-259; MEIER, *Abgrenzung von Privatrecht und Prozessrecht*, p. 1-111; NEUHAUS, P.-H., *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 201-269; NIEDERLÄNDER, *Materielles Recht und Verfahrensrecht*, p. 1-51; SZASZY, *International Civil Procedure*, p. 225. Sur l'ensemble de la question, cf. les thèses de KOBERG, *Zivilprozessuale Besonderheiten* et JAECKEL, *Die Reichweite der lex fori*.

²²⁵⁷ Pour une liste d'arguments dogmatiques justifiant le principe *forum regit processum*, cf. JAECKEL, *Die Reichweite der lex fori*, p. 27-51 et KOBERG, *Zivilprozessuale Besonderheiten*, p. 57-82, qui mentionnent notamment la sécurité du droit, la facilité et la célérité dans la conduite des procès, l'absence d'intérêt à l'application d'un droit de procédure étranger, le principe de territorialité, la neutralité du droit de procédure ou encore le fait que l'application par le juge d'un droit de procédure étranger transformerait ce juge en un "magistrat étranger."

²²⁵⁸ Cf. GRUNSKY, *Lex fori*, p. 241-259; SZASZY, *International Civil Procedure*, p. 225. Plus spécifiquement sur le droit de la preuve, cf. la thèse d'habilitation de COESTER-WALTJEN, *Internationales Beweisrecht*.

²²⁵⁹ Cf. MEIER, *Abgrenzung von Privatrecht und Prozessrecht*, p. 1-111.

²²⁶⁰ Cf. MEIER, *Abgrenzung von Privatrecht und Prozessrecht*, p. 7-8, discuté par KOBERG, *Zivilprozessuale Besonderheiten*, p. 102-106.

matérielle, leur ouvrant ainsi l'accès au système conflictuel²²⁶¹. Ainsi, aujourd'hui, même si le dogme de la *lex fori* n'est pas tombé, il est fortement ébranlé par une qualification souvent matérielle de chaque institution procédurale prise séparément, de manière à assurer l'harmonie des décisions dans l'ordre juridique international²²⁶².

3. Le principe de l'application de la *lex fori* aux actes d'exécution forcée dans la pratique

761. Sur la base des éléments dégagés ci-avant - adoption du principe de l'application de la *lex fori* du lieu d'exécution aux actes d'exécution forcée, qualification matérielle de certaines institutions de l'exécution forcée afin d'assurer l'harmonie des décisions dans le contexte international - voyons à l'aide de trois exemples comment fonctionne le mécanisme dans la pratique²²⁶³.

a) L'application de la *lex fori* du lieu d'exécution: le refus d'importer la contrainte par corps comme moyen d'exécution

762. Le refus d'importer un titre étranger avec le moyen d'exécution forcée dont il est assorti par le juge du pays d'origine comme conséquence du principe de l'application de la *lex fori* du lieu d'exécution aux actes d'exécution forcée est démontré par une affaire germano-grecque récente²²⁶⁴. Un créancier grec obtint en Allemagne un jugement lui accordant des dommages-intérêts fondés sur la responsabilité du fait des produits. Le jugement allemand fut reconnu et déclaré exécutoire en Grèce et, conformément au droit de l'exécution forcée grec qui prévoyait encore la contrainte par corps, le débiteur fut condamné à une peine d'emprisonnement. Le débiteur recourut contre cette sanction en alléguant que le droit allemand, applicable au titre à exécuter, ne permettait pas cette méthode d'exécution en matière de

²²⁶¹ Pour deux auteurs allant très loin dans cette méthode, cf. NIEDERLÄNDER, *Materielles Recht und Verfahrensrecht*, p. 1-51 et NEUHAUS, P.-H. *Internationales Zivilprozessrecht*, p. 201-269. En matière d'exécution forcée, cf. *Owens Bank Limited v. Fulvio Bracco et al.*, House of Lords, 1er avril 1992, ILPr. 1993, p. 24-35, qui qualifie étonnamment de manière matérielle le caractère de force exécutoire (*finality*) d'un jugement étranger. Le jugement fut aussi déféré à la CJCE, cf. *Owens Bank Ltd c. Fulvio Bracco et Bracco Industria Chimica SpA*, 20 janvier 1994, aff. C-129/92, Rec. 1994, p. 117.

²²⁶² Cf. notamment BUCHER, *Conflits de juridiction*, n° 394; GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 320-323; KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 636.

²²⁶³ Cf. KERAMEUS, *Enforcement*, p. 198-211.

²²⁶⁴ Rapporté par KERAMEUS, *Enforcement*, p. 198-200.

jugement fondé sur la responsabilité délictuelle et que, par voie de conséquence, le jugement allemand ne pouvait pas faire l'objet à l'étranger d'une exécution forcée plus sévère que dans son propre pays d'origine. La Cour d'appel grecque rejeta le recours. Elle soutint que l'emprisonnement n'était qu'une méthode d'exécution forcée et que l'ensemble de la matière de l'exécution forcée des jugements était soumis à la *lex fori*. Le fait que le droit allemand, en vertu duquel le jugement avait été rendu et qui était applicable au fond du litige, ne connaisse pas l'emprisonnement comme méthode d'exécution forcée ne modifie en rien le principe de la soumission de l'exécution forcée en Grèce à la *lex fori*. La cour grecque alla encore plus loin et précisa que la solution aurait été la même si l'affaire avait été portée directement devant un juge grec et que ce dernier eût aussi appliqué le droit matériel allemand au fond du litige. L'idée derrière cet argument alternatif était que l'exécution forcée aurait de toute façon eu lieu en Grèce et qu'elle serait, dès lors, soumise au droit grec exclusivement, indépendamment du fait que la décision dont l'exécution forcée est demandée est un jugement interne ou étranger, auquel était applicable un droit étranger.

763. Le résultat atteint par la Cour d'appel grecque et l'argumentation principale invoquée à son appui sont un reflet de l'application de la *lex fori* à la matière de l'exécution forcée. En revanche, l'hypothèse soulevée dans la justification alternative ne semble pas pertinente: le fait qu'un juge, en application de ses propres règles de conflit, applique un droit de fond étranger à la cause, ne requiert ni n'implique que la procédure et l'exécution forcée du jugement soient soumises aux règles de procédure du même droit étranger. La séparation du fond et de la forme prime en cette matière. Ainsi, l'hypothèse soulevée a été résolue conformément aux principes largement répandus en matière de procédure civile internationale, mais n'est pas pertinente pour résoudre la vraie question. Celle-ci est centrée sur le rapport entre la méthode d'exécution forcée et le jugement étranger, plutôt que sur le droit étranger appliqué par le juge du fond, national ou étranger. La vraie question est dès lors de savoir si le jugement étranger doit être importé accompagné de ses propres méthodes d'exécution ancrées dans la *lex fori* étrangère ou s'il doit être inséré en tant que tel dans l'ordre juridique interne. Cette question rejoint celle de la force exécutoire. Les juges grecs répondirent par la négative et appliquèrent la *lex fori ex auctoritate juris executionis* en séparant clairement entre l'exécution proprement dite et le droit de procédure sous le régime duquel le jugement étranger a été rendu.

764. A titre d'épilogue, il convient de relever que la question de l'application de la contrainte par corps à l'exécution forcée d'un jugement étranger

était intensément débattue au XIX^e siècle. Elle a même fait l'objet d'une résolution de l'Institut de droit international en 1879, selon laquelle le pays de l'exécution ne peut pas prononcer la contrainte par corps si elle n'est pas connue du tribunal qui a rendu le jugement²²⁶⁵. Elle n'est à vrai dire plus vraiment d'actualité, la contrainte par corps ayant été abolie dans la majeure partie des pays industrialisés, comme d'ailleurs également en Grèce²²⁶⁶. La Grèce vient d'ailleurs également de l'abroger.

b) L'application de la *lex fori* du pays d'origine: la force exécutoire de la décision étrangère

765. Le principe de l'application de la *lex fori* du lieu d'exécution à la matière de l'exécution forcée n'est cependant pas absolu. La force exécutoire de la décision étrangère, exigée par l'art. 25 lit. b LDIP par exemple en est un excellent exemple. En effet, même si c'est le droit de l'Etat d'exécution qui détermine ce qu'il faut entendre par force exécutoire, c'est-à-dire ce qu'il faut entendre par une décision qui n'est plus susceptible d'un "recours ordinaire" ou par une décision qui est "définitive", la réalisation de ces caractéristiques s'examine selon le droit de l'Etat dont émane la décision²²⁶⁷. Ainsi, la notion même de force exécutoire du jugement étranger est entièrement gouvernée par la loi du pays d'origine et n'est pas soumise aux conceptions du pays d'exécution forcée sur le caractère et les paramètres régissant l'exécutabilité des jugements.

766. Deux exemples permettent d'illustrer ce principe. Tout d'abord, en Allemagne, le *Bundesgerichtshof*²²⁶⁸ fut confronté à un jugement constata-

²²⁶⁵ Annuaire de l'Institut de droit international, vol. III-IV (1879-1880), tome I, p. 98: "Les voies ou modes d'exécution doivent être déterminés par la loi du pays où l'exécution a lieu. Toutefois, la contrainte par corps ne doit être applicable nulle part, si elle n'a été prononcée par le tribunal qui a rendu le jugement étranger." Cette règle a été reprise par exemple à l'art. 18 de la Convention entre la Suisse et la France sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile du 15 juin 1869 et par l'art. 7 du Traité entre la Suisse et l'Espagne sur l'exécution réciproque des jugements ou arrêts en matière civile ou commerciale du 19 novembre 1896, toutes deux abrogées avec l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano le 1^{er} janvier 1992.

²²⁶⁶ Par la loi n° 2462/1997 du 26 février 1997, la Grèce a ratifié le Pacte des Nations-Unies concernant les droits civils et politiques du 16 décembre 1966, dont l'art. 11 exclut la peine d'emprisonnement comme méthode d'exécution.

²²⁶⁷ Cf. notamment BERTI/SCHNYDER, ad Art. 25, n° 32; BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 589; KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 726; ATF 118 Ia 118 c. 3, JT 1994 II 148, 153, SJ 1992, p. 411, p. 417; ATF 102 I 308; BJM 1977, p. 151; ZR 79 (1980), n° 16.

²²⁶⁸ BGH, 15 octobre 1992, ILPr. 1994, p. 470-480, mentionné chez KERAMEUS, *Enforcement*, p. 200 et p. 341-343.

toire autrichien qui, d'une part, constatait la responsabilité du défendeur pour tous les dommages résultant du complètement d'un chèque en blanc en violation d'une convention entre les parties, et, d'autre part, condamnait le défendeur à payer tous les frais en rapport avec la procédure judiciaire. Dans la procédure de reconnaissance et d'exécution forcée de la décision initiée en Allemagne, le défendeur invoqua contre la reconnaissance et l'exécution de la seconde partie - condamnatoire - du dispositif que cette partie était entièrement dépendante de la première partie - constatatoire - du dispositif, et que cette dernière, en raison précisément de son caractère constatatoire, n'était pas susceptible d'exécution forcée en Allemagne, mais seulement de reconnaissance. En d'autres termes, il était allégué que ce rapport de dépendance empêchait la seconde partie du dispositif concernant la condamnation aux frais de procédure d'être exécutée en Allemagne. Le *Bundesgerichtshof* rejeta cet argument. Une relation de dépendance ne peut pas altérer un caractère exécutoire déjà existant selon le droit du for d'origine. Une fois déclarée, la force exécutoire a son existence propre et n'est plus soumise à des conditions extérieures. Dès lors, la Cour conclut que "*la décision sur les frais a sa propre existence en qualité de titre ayant force exécutoire*"²²⁶⁹. En 1992 également, la Cour de cassation française adopta en substance la même solution²²⁷⁰. L'exécution forcée en France d'un jugement sur moyen séparé rendu par un juge new yorkais en procédure sommaire (*summary judgment*) était en jeu. Le débiteur-défendeur réclama la suspension de la procédure d'exequatur française en alléguant que l'action principale à New York était encore pendante et que cette litispendance touchait par voie de conséquence également la force de chose jugée du jugement sur moyen séparé. La Cour de cassation rejeta l'appel au motif que selon le droit new yorkais, la procédure encore pendante au fond n'entravait pas la force exécutoire du jugement séparé²²⁷¹. Ainsi, la suspension de la procédure française d'exequatur n'était pas requise, mais restait à la discrétion du juge de l'exécution saisi.

²²⁶⁹ BGH, 15 octobre 1992, ILPr. 1994, p. 477, n° 14.

²²⁷⁰ Cass. civ., 18 février 1992, ILPr. 1993, p. 446-449, mentionné chez KERAMEUS, *Enforcement*, p. 202.

²²⁷¹ Cass. civ., 18 février 1992, ILPr. 1993, p. 446-449, p. 448. Cf. aussi BGH, 4 juin 1992, BGHZ 118, p. 312 sur la reconnaissance en Allemagne des *punitive damages*; EuZW 1992, p. 705; EWIR 1992, p. 827, obs. Geimer, Reinhold; IPRax 1993, p. 310-321, obs. Koch, Harald/Zekoll, Joachim, *ibid.*, p. 288-292; JZ 1993, p. 261-267, obs. Deutsch; NJW 1992, p. 3096-3106, obs. Koch, Harald, *ibid.*, p. 3073-3075; RIW 1993, p. 132-141, obs. Schütze, Rolf; WM 1992, p. 1451; ZIP 1992, p. 1256-1263, obs. Bungert, Hartwin, *ibid.*, p. 1707; ZIP 1993, p. 805, obs. Bungert, Hartwin; ZZP (106) 1993, p. 104, obs. Schack, Haimo.

767. Dans les deux cas, les cours suprêmes d'Allemagne et de France appliquèrent au problème de la force exécutoire et de ses modalités la *lex fori* du pays d'origine. Il déclinerent l'application de leur propre droit à la qualification de la dépendance entre deux parties du dispositif d'un même jugement ou entre deux décisions d'une même procédure.

c) La qualification matérielle du moyen d'exécution forcée: les intérêts moratoires progressifs

768. En principe, lorsqu'un procès a été clôturé par un jugement final et exécutoire condamnant le défendeur à une somme d'argent et que le débiteur ne s'exécute pas, les intérêts moratoires, c'est-à-dire les intérêts commençant à courir dès que le débiteur est mis en demeure, continuent à courir, en principe au même taux que celui applicable avant le prononcé de la condamnation. Cela est du moins la règle en Suisse²²⁷² et en Allemagne²²⁷³. L'inexécution d'un jugement exécutoire ne conduit pas à la condamnation d'intérêts moratoires plus élevés que ceux dus lorsque le débiteur est simplement en demeure sans qu'une décision judiciaire ne soit intervenue²²⁷⁴. La même règle vaut en Angleterre, où la loi ne fait pas de différence entre la période avant et après le jugement, lorsqu'il s'agit de déterminer la liberté du juge de prononcer des intérêts dus sur une dette impayée²²⁷⁵. En vertu de cette approche, les intérêts moratoires ou légaux sont considérés comme une partie intégrante de la dette consacrée par le jugement lui-même et, par voie de conséquence, le taux est calculé selon la loi applicable au fond (*lex causae*), quel que soit son montant. Seul l'ordre public pourrait conduire, dans la procédure de reconnaissance, à intervenir en faveur du débiteur.

769. D'autres systèmes en revanche, comme le système français par exemple, prévoient une augmentation du taux de l'intérêt moratoire lorsqu'il s'agit d'assurer le respect de la force exécutoire d'un jugement. L'art. 3 de la loi n° 75-619 du 11 juillet 1975 dispose qu'en cas de condamnation judiciaire, le taux de l'intérêt légal est augmenté de cinq points après deux mois dès que la décision est devenue exécutoire, même provisoirement. Cette règle a été

²²⁷² Art. 104 CO.

²²⁷³ § 291 BGB.

²²⁷⁴ Cela est particulièrement mis en évidence en Belgique, où les intérêts moratoires ne commencent à courir dès la date du jugement seulement si le jugement en question le détermine ainsi, cf. DE LEVAL, *Traité des saisies*, n° 224, note 1868 et n° 234, note 2009.

²²⁷⁵ *Report of the Committee on the Enforcement of Judgment Debts (Payne Report)*, Cmnd. 3909, London, Her Majesty's Stationery Office, 1969, paras. 1158, 1168, 1171 (1) (7).

introduite afin d'éviter les tactiques dilatoires²²⁷⁶. Cependant, le juge peut, sur requête du créancier ou du débiteur et en tenant compte de la situation du débiteur, libérer entièrement ce dernier de cet intérêt supplémentaire ou du moins réduire son montant²²⁷⁷. Enfin, le Projet Storme invite chaque Etat à prévoir l'indexation de la dette pour la durée de l'exécution forcée, même si elle n'était pas prévue pour la période antérieure, indexation qui doit être établie selon les critères objectifs et uniformes pour toutes les créances retenues au moment de la distribution des deniers, afin que la durée de l'exécution ne fasse pas préjudice aux créanciers²²⁷⁸. Des dispositions telles que celles mentionnées ci-avant conçoivent l'augmentation du montant de l'intérêt moratoire pendant l'exécution comme une mesure proche de l'exécution forcée elle-même et pourraient bien conduire à une qualification de celui-ci non pas comme une partie intégrante du jugement, donc matérielle, mais comme un élément de l'exécution forcée elle-même, donc procédurale. Dans la mesure où ces dispositions sont qualifiées de règles d'exécution, elles sont susceptibles de modifier le champ d'application de la *lex fori* en matière d'exécution forcée de deux manières: un juge français auquel il est demandé d'exécuter un jugement suisse, par exemple, peut condamner le débiteur au taux de l'intérêt moratoire progressif du droit français, puisque ce dernier serait considéré comme une sanction, relevant du droit de l'exécution forcée, auquel s'applique la *lex fori*; inversement, un juge suisse, auquel il est demandé d'exécuter un jugement français assorti d'un intérêt moratoire progressif, risque de refuser de considérer le taux progressif d'origine française comme une partie intégrante de la dette consacrée par le jugement, étant donné que sa qualification comme sanction l'exclurait des matières qui font usuellement l'objet de la reconnaissance et, *a fortiori*, de l'exécution.

770. Il apparaît dès lors que l'adage *forum regit processum* ne semble pas aussi incontesté en matière d'exécution forcée. Les exemples présentés d'exécution forcée de condamnations pécuniaires et les instruments censés la servir sont un indice de la difficulté de déterminer la ligne de démarcation entre le fond et la forme dans le cadre de l'exécution forcée internationale. Aussi longtemps que les concepts pertinents sont qualifiés selon les standards nationaux, un danger de divergence, de disparité ou même de conflit ouvert subsistera, dont l'importance augmentera étant donné que la qualification *lege fori* remplit plutôt des objectifs internes que transnationaux et

²²⁷⁶ Cf. TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, n° 584 (b).

²²⁷⁷ Art. 91 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

²²⁷⁸ Art. 12. 5. c).

qu'elle paraît mal adaptée aux transactions internationales. En revanche, si, dans un but transnational, la préférence est parfois volontairement donnée au fond plutôt qu'à la forme, cela intervient sur une base *ad hoc* et en anticipation d'un résultat recherché, le plus souvent en matière de loi applicable.

B. Le droit applicable à la pénalité judiciaire

771. La question du droit applicable à la pénalité judiciaire dépendra de sa qualification, soit comme instrument du droit matériel faisant partie intégrante du jugement, soit comme instrument d'exécution forcée faisant partie de la procédure forcée (1). Parmi les droits applicables envisageables, *lex fori*, *lex causae* ou *lex loci executionis* (2), c'est vers la *lex fori* que va notre préférence (3).

1. La qualification de la pénalité judiciaire

772. En matière de jugement condamnant à une prestation non pécuniaire, le problème de l'exécution forcée à l'étranger est encore plus aigu qu'en matière de jugements condamnant à une prestation pécuniaire. D'abord, les droits nationaux présentent des différences importantes dans les conditions à l'obtention d'une telle condamnation en nature²²⁷⁹; ensuite, les moyens de contrainte indirecte permettant d'assurer l'exécution forcée de ces titres diffèrent passablement entre eux²²⁸⁰. L'exemple du bénéficiaire de la pénalité judiciaire est significatif²²⁸¹: dans l'hypothèse où l'exécution forcée d'une astreinte française ou du Benelux est demandée en Allemagne, reste-t-elle attribuée au créancier ? Et, inversement, un *Zwangsgeld* allemand liquidé en France ne profiterait-il qu'au Trésor allemand, sans aucun avantage pécunier pour le créancier poursuivant ? Ici également la réponse dépendra de la qualification de la pénalité judiciaire dans le cadre de la dichotomie fond - forme. Si elle est qualifiée d'instrument de droit matériel, faisant partie intégrante du jugement au fond, elle sera régie par le droit applicable au fond du litige et suivra le sort du jugement au-delà des frontières nationales, sous réserve des exceptions d'ordre public. En revanche, si elle est qualifiée d'instrument propre à la procédure d'exécution forcée, voire de moyen d'exécution anticipée nécessairement lié territorialement au lieu d'exécution, elle sera régie par la loi du for. La réponse permettra par ailleurs non seulement

²²⁷⁹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. D. 1.

²²⁸⁰ Cf. *supra*, Partie 2.

²²⁸¹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. C.

de déterminer le bénéficiaire des sommes allouées, mais influencera aussi la motivation du créancier à rechercher l'exécution forcée de son titre au-delà du territoire du juge qui l'a prononcé.

2. Les solutions possibles

a) *Lex fori*

773. Le rattachement à la *lex fori* est préconisé par une doctrine largement majoritaire. En France, tant avant²²⁸² qu'après²²⁸³ la décision de la Cour de cassation de 1959 distinguant l'astreinte des dommages-intérêts, comme dans les pays du Benelux d'ailleurs²²⁸⁴, il est admis depuis longtemps que l'astreinte doit être qualifiée d'instrument de procédure relevant à ce titre de la loi du for. Pour justifier cette solution, on invoque principalement les discussions sur la légitimité du procédé, qui ont montré combien l'astreinte est liée à la conception du rôle du juge et de ses pouvoirs (*imperium* opposé à la *jurisdictio*)²²⁸⁵. Le *contempt of court* anglais²²⁸⁶ et le *Zwangsgeld* allemand²²⁸⁷ sont également rattachés à *lex fori* quelle que soit la loi applicable au fond, sans grande discussion cependant, étant donné qu'ils sont déjà expressément qualifiés d'instruments d'exécution forcée en droit interne, suivant ainsi la règle *forum regit processum*. En Suisse enfin, en matière intercantonale, la loi applicable aux moyens d'exécution est également la *lex fori*: l'exécution forcée est régie par la loi du canton où elle a lieu²²⁸⁸. Aussi, un juge zurichois appelé à prononcer l'exécution forcée d'une injonction rendue par un juge bernois contre un débiteur domicilié à Zurich ne pourra pas appliquer

²²⁸² Cf. notamment BATIFFOL, n° 499; BATIFFOL/LAGARDE, vol. 2, n° 607; NIBOYET, J.-P., obs. au S. 1932, I, p. 139.

²²⁸³ Cf. notamment RUSQUEC, *Astreintes, Astreinte définitive*, n° 104; TGI Seine, 22 juin 1967, RCDIP 58 (1969), p. 474, obs. Loussouarn, Yvon (cet arrêt, qui prononce une astreinte dans une affaire franco-israélienne, ne semble cependant pas déterminant, car le tribunal français appliqua aussi la *lex fori* au fond, selon la règle *lex loci commissi*).

²²⁸⁴ Cf. seulement VAN HECKE/LENAERTS, n° 842.

²²⁸⁵ Cf. *supra*, Partie 2, I. A. 2. et B. 3.

²²⁸⁶ Cf. CHESHIRE/NORTH/FAWCETT, p. 106; SZASZY, *International Civil Procedure*, p. 228.

²²⁸⁷ Cf. notamment BURST, p. 208 et 210; GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 369 et n° 3238-3239; REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 309; RIEZLER, p. 655; ZÖLLER/GEIMER/STÖBER/VOLLMKOMMER, § 722, n° 56.

²²⁸⁸ Cf. KUMMER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, p. 237. De manière non-surprenante, la nouvelle loi fédérale sur les fors ne traite pas le problème. La seule disposition portant sur la reconnaissance et l'exécution (art. 37) dispose qu'en matière de reconnaissance de jugement, la compétence du tribunal qui l'a rendu n'est plus examinée, conformément à l'art. 28 al. 4 des Convention de Bruxelles et de Lugano et à l'art. 81 al. 2 LP.

l'art. 403 ZPO BE, même si l'injonction en est assortie: les dispositions pénales cantonales ne peuvent pas être appliquées par un juge d'un canton autre que celui dont elles sont issues; il devra appliquer les dispositions du droit cantonal zurichois ou l'art. 292 CPS²²⁸⁸.

b) *Lex causae*

774. A l'instar de la clause pénale, il serait également concevable de soumettre la pénalité judiciaire à la *lex causae*²²⁹⁰. En outre, particulièrement en matière d'obligations de faire strictement personnelle et en matière d'obligations de ne pas faire, la pénalité judiciaire est quasiment la seule méthode permettant d'assurer l'exécution forcée²²⁹¹. Or, afin d'assurer au mieux l'exécution volontaire de la condamnation, il s'avère que le montant et les modalités d'une telle pénalité dépendront directement de l'appréciation de l'ensemble de la relation entre les parties. Dès lors, vue sous cet angle, la pénalité judiciaire pourrait être considérée comme une sorte de succédané à l'exécution, ce qui pourrait justifier de l'élever d'un simple moyen d'exécution forcée à une partie intégrante du jugement²²⁹² et de lui appliquer par conséquent la *lex causae* pour cette raison aussi.

c) *Lex loci executionis*

775. Enfin, la question de savoir si le juge doit tenir compte du droit applicable au lieu d'exécution de l'injonction lorsqu'il assortit cette dernière d'une pénalité judiciaire peut également se poser dans ce contexte, vu que c'est bien en ce lieu que la contrainte produira ses effets. Dans ce cas, la *lex loci executionis* pourrait trouver application. Elle se recouvrera cependant dans la plupart des cas avec la *lex fori*.

3. La solution préconisée

776. La pénalité judiciaire doit être régie par la *lex fori*. Celle-ci déterminera non seulement ses modalités, mais également son champ d'application. Les arguments en faveur de la *lex causae* ne sont pas décisifs. L'analogie

²²⁸⁸ Pour l'application de ce raisonnement en droit international, cf. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 3239, cf. aussi l'arrêt de la Cour d'appel grecque mentionné *supra*, Partie 3, II. A. 3.

a).

²²⁹⁰ Cf. BATIFFOL, n° 504.

²²⁹¹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. D. 2.

²²⁹² Cf. KERAMEUS, *Enforcement*, p. 393.

avec la clause pénale n'est pas adéquate; alors que celle-ci est le résultat d'un accord entre les parties, la pénalité judiciaire se distingue précisément par l'absence d'un élément subjectif²²⁹³. Cette caractéristique de la clause pénale justifie sa soumission à la *lex causae*, elle-même choisie par les parties ou déterminée selon les règles de conflit de lois du for. En outre, la distinction définitive de la pénalité judiciaire de l'institution des dommages-intérêts invite à exclure sa soumission à la *lex causae*²²⁹⁴. Enfin, la soumission de la pénalité judiciaire à la *lex loci executionis* peut d'emblée être exclue: la question du respect des lois locales doit être adressée en amont, au moment des tempéraments à apporter au droit applicable à l'injonction à prononcer; elle est par conséquent l'affaire du droit international privé, et non celle de l'exécution forcée²²⁹⁵.

777. Ainsi, de manière générale, lors de la procédure méritoire, le juge du for accompagnera le jugement qu'il prononce de la pénalité judiciaire qui lui est proposée par sa propre loi, indépendamment de la loi applicable au fond du litige, notamment si elle devait être étrangère. Ensuite, lors de la procédure d'exécution forcée d'un jugement étranger, c'est la *lex fori* du pays d'exécution et non celle du pays où le jugement a été rendu qui sera pertinente, conformément au principe du monopole de l'exécution forcée de chaque Etat sur son territoire²²⁹⁶.

C. Reconnaissance en Suisse selon le droit autonome de la pénalité judiciaire prononcée à l'étranger

778. Une fois que le créancier a obtenu le prononcé d'une pénalité judiciaire en sa faveur et que le débiteur ne s'est pas exécuté se pose la question de l'exécution de cette dernière. Si le débiteur est lui-même domicilié dans l'Etat du for ou s'il y possède des biens, le recouvrement de la pénalité judiciaire aura lieu dans le pays dont elle émane; il sera régi par les règles du for sur l'exécution forcée des jugements condamnant à une somme d'argent. En revanche, si le recouvrement d'une pénalité judiciaire déclarée exécutoire dans un Etat étranger doit avoir lieu en Suisse, il convient d'examiner, après avoir rappelé les conditions générales de l'exécution des décisions étrangères selon le droit autonome (1), si la pénalité judiciaire est une décision suscep-

²²⁹³ Cf. *supra*, Partie 2, VI. B. 2.

²²⁹⁴ Cf. *supra*, Partie 2, VI. B. 1.

²²⁹⁵ Cf. *supra*, Partie 3, I. C.

²²⁹⁶ Cf. *supra*, Partie 3, II. A. 1. c).

tible d'être reconnue en Suisse (2). Nous verrons que cela n'est pas le cas, la pénalité judiciaire ne tranchant pas une prétention de droit privé (3), condition indispensable pour qu'une décision étrangère puisse être reconnue en Suisse selon le droit autonome.

1. Les conditions générales de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères en Suisse

779. Il appartient à chaque Etat de déterminer dans quelle mesure il accepte sur son territoire les effets des décisions ou actes publics étrangers. A ce titre, la LDIP prolonge la tradition suisse du *favor recognitionis*, de l'harmonie des décisions et du respect des droits acquis²²⁹⁷. L'art. 25 LDIP énonce les conditions - cumulatives - de la reconnaissance des décisions étrangères, qui ont trait à la compétence de l'autorité qui a statué²²⁹⁸, à l'entrée en force du jugement²²⁹⁹ et à l'absence d'un motif de refus de la reconnaissance²³⁰⁰.

780. La compétence indirecte, d'abord, est indiquée dans les chapitres spéciaux traitant de la matière dont relève le jugement à reconnaître. Elle ne soulève pas de questions particulières en rapport avec la pénalité judiciaire, celle-ci, en qualité d'accessoire de la décision qu'elle accompagne n'étant pas prononcé à un for différent de cette dernière. La force exécutoire de la décision étrangère, ensuite, est examinée au regard du droit du pays où elle a été rendue²³⁰¹. Une pénalité judiciaire doit donc avoir été déclarée exécutoire dans son pays d'origine; en d'autres termes, elle doit y avoir été liquidée²³⁰². Enfin, les motifs de refus de reconnaissance, précisés à l'art. 27 LDIP, se répartissent en deux catégories, la réserve de l'ordre public matériel tout d'abord²³⁰³, que l'autorité de reconnaissance prend en considération d'office, et celle du respect des règles fondamentales de procédure civile²³⁰⁴, qui n'est examinée par le juge de la reconnaissance que sur requête d'une partie.

²²⁹⁷ Cf. seulement KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 723.

²²⁹⁸ Art. 25 lit. a LDIP.

²²⁹⁹ Art. 25 lit. b LDIP.

²³⁰⁰ Art. 25 lit. c LDIP.

²³⁰¹ Cf. *supra*, Partie 3, II. A. 3. b) et KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 726.

²³⁰² C'est aussi la condition de la liquidation énoncée par l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano; cf. *infra*, Partie 3, III. C.

²³⁰³ Art. 27 al. 1 LDIP.

²³⁰⁴ Art. 27 al. 2 LDIP.

781. En rapport avec la question de la reconnaissance en Suisse de la pénalité judiciaire prononcée à l'étranger, deux questions doivent être plus particulièrement examinées: principalement, la question de savoir si la pénalité judiciaire entre dans la définition de décision susceptible de reconnaissance au sens de l'art. 25 LDIP (2); subsidiairement, si une réponse positive peut être donnée à cette première question, si sa reconnaissance est compatible avec l'ordre public matériel du for selon l'art. 27 al. 1 LDIP. Nous verrons qu'il n'y a pas lieu de répondre à la question subsidiaire, la pénalité judiciaire ne passant déjà pas l'obstacle de la question principale (3).

2. La notion de décision susceptible de reconnaissance selon la LDIP

a) Le silence de la loi

782. Tout comme les Conventions de Bruxelles et de Lugano, la LDIP parle simplement de "*décisions*" lorsqu'elle mentionne les titres étrangers qui peuvent être reconnus²³⁰⁵, respectivement être déclarés exécutoires en Suisse²³⁰⁶. Cependant, contrairement aux Conventions de Bruxelles et de Lugano²³⁰⁷, ni la LDIP, ni le Message du Conseil fédéral l'accompagnant, ne donnent une définition de la notion de "*décisions*"²³⁰⁸. C'est par conséquent la doctrine qui s'est attachée à la façonner, dans la mesure du possible²³⁰⁹. Cependant, pour la pénalité judiciaire, la tâche de la doctrine sera être particulièrement exigeante; en effet, il n'y a pas de divergences sensibles quant à la substance entre les Conventions de Bruxelles et de Lugano d'une part et la LDIP d'autre part²³¹⁰, de sorte que l'on pourrait croire que la définition donnée par ces premières et par la CJCE à la notion de décision susceptible de reconnaissance puisse être simplement reprise afin de donner des contours plus précis à la notion de décision énoncée à l'art. 25 LDIP. Or, la pénalité

²³⁰⁵ Art. 25 LDIP.

²³⁰⁶ Art. 28 LDIP.

²³⁰⁷ L'art. 25 des Conventions de Bruxelles et de Lugano déclarent viser "*toute décision rendue par une juridiction d'un Etat contractant 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 de procès.*"

²³⁰⁸ Le Message du Conseil fédéral concernant une nouvelle loi de droit international privé du 10 novembre 1982 ne parle aussi que de "*décisions*" et de "*jugements*", sans définir plus spécifiquement ces termes, FF 1983 I p. 263-471, tiré à part, p. 62-63.

²³⁰⁹ Cf. surtout la thèse récente de JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung* et la contribution initiale de KREN KOSTKIEWICZ, *Anerkennbare und vollstreckbare Titel*, p. 419-463.

²³¹⁰ Cf. en ce sens BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 576.

judiciaire n'est précisément pas incluse dans le terme de "décision" indiqué à l'art. 25 des Conventions; elle fait au contraire l'objet d'une règle spéciale à son art. 43, qui n'est par conséquent pas transposable telle quelle, puisqu'elle ne connaît pas de pendant dans la LDIP!

b) Les éléments constitutifs de la décision au sens de la LDIP

783. La question de savoir quelles décisions tombent sous le coup de l'art. 25 LDIP dépend en premier lieu de la loi en vertu de laquelle la décision étrangère est qualifiée. Cette question n'est que peu traitée en Suisse²³¹¹. La loi reste d'ailleurs silencieuse sur ce point. La doctrine, quant à elle, préconise, en rapport avec les questions générales sur le droit applicable, la qualification *lege fori*²³¹². Récemment, JAMETTI GREINER a soutenu la méthode de la qualification autonome et a développé une définition de la décision selon laquelle elle constitue le dernier acte d'une procédure étatique étrangère servant à la constatation par voie d'autorité d'une prétention fondée sur le droit privé²³¹³. Elle procède ensuite à une délimitation de la notion en définissant les conditions que doit remplir chacun des quatre éléments constitutifs de la décision, à savoir le territoire étranger²³¹⁴, l'autorité²³¹⁵, la procédure étatique²³¹⁶ et la prétention fondée sur le droit privé²³¹⁷.

784. L'élément du territoire étranger ne soulève pas, en matière de pénalité judiciaire assortissant une injonction de droit privé matériel, de problèmes particuliers²³¹⁸. Ensuite, il est admis que l'élément de l'autorité doit être compris de manière très large. On ne s'arrêtera pas au caractère de l'autorité

²³¹¹ Cf. surtout JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung*, p. 69.

²³¹² Cf. BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 608 avec de nombreux renvois à la jurisprudence; KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 298; SCHWANDER, *Einführung in das internationale Privatrecht*, n° 280.

²³¹³ Cf. JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung*, p. 76.

²³¹⁴ *Ibid.*, p. 77-83.

²³¹⁵ *Ibid.*, p. 83-91.

²³¹⁶ *Ibid.*, p. 91-98.

²³¹⁷ *Ibid.*, p. 98-125.

²³¹⁸ Ce sont les décisions rendues en Suisse par des représentants d'Etats étrangers, notamment en matière de contrat de mariage ou de pacte successoral, en matière de prononcé de divorce, de répudiation ou de reconnaissance d'enfants qui peuvent le cas échéant prêter à discussion; cf. JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung*, p. 77-83.

étrangère, qui peut être judiciaire ou administrative²³¹⁹. Il suffit que celle-ci dispose du pouvoir juridictionnel d'une part et qu'elle soit d'autre part non seulement indépendante par rapport aux autres organes de l'Etat, mais que ses membres aussi soient eux-mêmes indépendants par rapport au litige concret dont ils ont à décider²³²⁰. Enfin, en ce qui concerne la notion de procédure, il suffit que ses règles soient fixées par avance, qu'elles soient impératives pour les parties et pour l'autorité, en ce sens qu'elles contraignent cette dernière à trancher le litige et non pas seulement à rendre un avis consultatif²³²¹. Les autres conditions que la procédure au terme de la laquelle est rendue la décision à reconnaître doit remplir sont réunies sous la notion de l'ordre public procédural²³²².

785. Il s'avère dès lors que c'est l'élément de la *prétention fondée sur le droit privé* qui constitue le critère décisif en matière de reconnaissance en Suisse de pénalités judiciaires prononcées par une autorité étrangère.

c) L'élément constitutif de la prétention fondée sur le droit privé en particulier

786. La décision à reconnaître doit concrétiser une prétention de droit privé. Cela ressort du titre même de la LDIP²³²³. Ce qui compte, c'est bien l'objet de la décision elle-même; il suffit qu'il se rapporte à l'une des matières couvertes par la LDIP²³²⁴, à savoir les matières concernant les personnes physiques²³²⁵, le mariage²³²⁶, la filiation²³²⁷, la tutelle et autres mesures protectrices²³²⁸, les successions²³²⁹, les droits réels²³³⁰, la propriété

²³¹⁹ Cf. BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 577; KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 724; KREN KOSTKIEWICZ, *Anerkennbare und vollstreckbare Titel*, p. 422.

²³²⁰ Cf. JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung*, p. 83-91, p. 85.

²³²¹ Cf. JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung*, p. 91-98, p. 93.

²³²² Art. 27 al. 2 lit. b LDIP.

²³²³ Cf. VOLKEN, ad Art. 25, n° 3. Dans BJM 1991, p. 31-32, il est expressément fait référence au lien systématique entre l'art. 25 et l'art. 28 LDIP.

²³²⁴ Cf. BUCHER, *Conflits de juridictions*, n° 577 qui mentionne l'exemple d'un acte d'une autorité administrative qui constitue une décision au sens de l'art. 25 LDIP; KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 724; KREN KOSTKIEWICZ, *Anerkennbare und vollstreckbare Titel*, p. 422; VOLKEN, ad Art. 25, n° 3.

²³²⁵ Art. 33-42 LDIP.

²³²⁶ Art. 43-65 LDIP.

²³²⁷ Art. 66-84 LDIP.

²³²⁸ Art. 85 LDIP.

intellectuelle²³³¹, le droit des obligations²³³² et le droit des sociétés²³³³, à l'exception cependant des décisions de faillites étrangères²³³⁴, des concordats homologués à l'étranger²³³⁵ et des sentences arbitrales étrangères²³³⁶. Les matières couvertes sont majoritairement contenues dans le Code civil, mais également dans le Code des obligations, ainsi que dans des textes particuliers, notamment en matière de droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle. Il s'agit dès lors de toutes les décisions du droit civil et commercial. Etant donné que le législateur suisse a adopté le système du code unique en édictant le Code civil suisse, dont le Code des obligations constitue en fait le Livre cinquième, la dichotomie droit civil - droit commercial lui est fondamentalement étrangère²³³⁷. Dès lors, la notion de droit privé englobe et le droit civil au sens étroit et le droit commercial. La doctrine utilise d'ailleurs de manière interchangeable les notions de droit civil (*Zivilrecht*) et de droit privé; en rapport avec le champ d'application des règles de reconnaissance et d'exécution de la LDIP, on parle dans la plupart des cas de jugements "civils"²³³⁸. En ce sens, la loi va plus loin que les Conventions de Bruxelles et de Lugano, puisque ces dernières limitent la reconnaissance uniquement aux titres étrangers se rapportant à une affaire civile ou commerciale²³³⁹ et qu'elles procèdent ensuite à l'exclusion d'un certain nombre de matières²³⁴⁰ dont certaines font partie des matières civiles selon la LDIP²³⁴¹.

²³²⁹ Art. 86-96 LDIP.

²³³⁰ Art. 97-108 LDIP.

²³³¹ Art. 109-111 LDIP.

²³³² Art. 112-149 LDIP.

²³³³ Art. 150-165 LDIP.

²³³⁴ Art. 166-174 LDIP.

²³³⁵ Art. 175 LDIP.

²³³⁶ Art. 194 LDIP.

²³³⁷ Cf. KREN KOSTKIEWICZ, *Anerkennbare und vollstreckbare Titel*, p. 422; MÜLLER, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen*, p. 83; BJM 1991, p. 31-32.

²³³⁸ Cf. MÜLLER, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen*, p. 82.

²³³⁹ Art. 1 al. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

²³⁴⁰ Art. 1 al. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

²³⁴¹ Par exemple l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions, exclus du champ d'application matériel des Conventions de Bruxelles et de Lugano par l'art. 1 al. 2 ch. 1.

787. Il résulte de cette qualification que les décisions fondées sur le droit public ne sont pas susceptibles de reconnaissance et d'exécution en Suisse selon la LDIP. Les décisions d'exequatur sont également exclues de la reconnaissance, vu qu'elles ne concernent pas un rapport de droit privé²³⁴². Cela concerne aussi jusqu'à un certain point les décisions de procédure²³⁴³.

3. La pénalité judiciaire n'est pas une décision tranchant une prétention de droit privé selon la LDIP

788. L'exécution forcée est un acte de contrainte étatique par excellence et exclut par conséquent dans une large mesure toute réflexion de droit international: elle ne s'exerce que sur le patrimoine situé dans l'Etat du for et relève exclusivement du domaine de la *lex fori*²³⁴⁴. Se pose dès lors la question de savoir si certaines décisions étrangères prises dans le cadre de l'exécution forcée peuvent elles-mêmes être considérées comme décisions susceptibles de reconnaissance et d'exécution à l'étranger²³⁴⁵. Il est vrai que ces décisions ne manquent pas de légitimité en ce qui concerne leur provenance: contrairement aux transactions judiciaires et aux actes authentiques exécutoires, elles sont rendues par une autorité étatique ou, à tout le moins, par un organe pourvu de l'autorité étatique. Dès lors, aussi longtemps que ce genre de mesure d'exécution est rendu à l'issue d'une procédure présentant les garanties minimales, il devrait être possible d'examiner les conditions générales nécessaires à leur reconnaissance, en particulier celle d'un procès équitable.

789. La jurisprudence est relativement rare en la matière. En France cependant, certains cas soumis au régime de la Convention de Bruxelles existent et seront traités ci-après²³⁴⁶. En Angleterre, les pénalités judiciaires n'ont pas obtenu la grâce devant le juge de la reconnaissance²³⁴⁷. En Belgique, l'exem-

²³⁴² "Exequatur sur exequatur ne vaut pas"; cf. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 3100; JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung*, p. 98 et p. 100-101.

²³⁴³ Cf. notamment BERTI/SCNHYDER, ad Art. 25, n° 49; JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung*, p. 98, p. 105-107; KREN KOSTKIEWICZ, *Anerkennbare und vollstreckbare Titel*, p. 426.

²³⁴⁴ Cf. *supra*, Partie 3, II. A. 2.

²³⁴⁵ Pro: cf. notamment GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 3283, qui relève néanmoins que la délimitation entre les effets de droit procédural et les effets de droit matériel est difficile à faire.

Contra: cf. notamment SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, n° 811.

²³⁴⁶ Cf. *infra*, Partie 3, III. C.

²³⁴⁷ *S.A. Consortium General Textiles v. Sun and Sand Agencies Ltd* [1978] QB 279 (CA). Cependant, Lord DENNING y déclara que seules les pénalités judiciaires attribuées à l'Etat ne pouvaient

ple classique est l'affaire *de Beaufremont*: la Cour d'appel de Bruxelles²³⁴⁸ refusa de prononcer l'exequatur d'une astreinte prononcée à Paris et accompagnant un ordre de remise d'un enfant²³⁴⁹, en alléguant que l'interdiction de l'astreinte faisait partie de l'ordre public belge. En Suisse, avant l'entrée en vigueur de la LDIP, la reconnaissance d'un *Zwangsgeld* allemand a été admise dans une décision rendue par l'*Obergericht* de Bâle-Ville²³⁵⁰, en application de la Convention entre la Confédération suisse et le Reich allemand relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires et de sentences arbitrales du 2 novembre 1929²³⁵¹. Dans un premier temps, le tribunal de district avait cependant refusé de prononcer l'exequatur du *Zwangsgeld*, suivant une prise de position de l'Office fédéral de la justice, en alléguant que la décision ordonnant le *Zwangsgeld* ne portait pas sur une prétention de droit matériel, mais n'était qu'une amende d'ordre de nature procédurale. En revanche, la Cour Suprême renversa la décision de l'instance inférieure et considéra que le *Zwangsgeld* n'était pas une amende d'ordre destinée à assurer l'exécution d'une obligation procédurale²³⁵², mais une prestation remplaçant la prétention de droit matériel du requérant contre l'intimé, en l'occurrence le droit au renseignement, ancré dans le droit matériel allemand. Ce raisonnement part d'une fausse qualification du *Zwangsgeld*: il ne s'agit pas d'un succédané à l'exécution d'une obligation de droit matériel, en l'occurrence l'obligation de renseigner, ce qui pourrait justifier son exécution forcée en Suisse²³⁵³, mais uniquement d'un moyen de contrainte, visant à favoriser l'exécution de l'obligation matérielle elle-même.

790. Dès lors, les mesures visant à assurer l'exécution forcée, et par voie de conséquence la pénalité judiciaire, ne constituent pas des décisions qui tranchent une prétention fondée sur le droit privé (*Sachentscheidung*) et susceptibles de reconnaissance à l'étranger²³⁵⁴. En effet, l'analyse de droit com-

pas faire l'objet de reconnaissance en Angleterre, p. 299H-300A. Cf. aussi *Huntington v. Atrill* [1893] AC 150 (PC).

²³⁴⁸ CA Bruxelles, 5 août 1880, Pas. 1880, II, p. 319, p. 326; JDI 7 (1880), p. 508, confirmé par la Cour de cassation, 19 janvier 1882, JDI 9 (1882), p. 364.

²³⁴⁹ CA Paris, 7 août 1876 et 13 février 1877, D. 1878, II, p. 125.

²³⁵⁰ OGer BL, 3 juin 1986, BJM 1987, p. 314-318.

²³⁵¹ RS 0.276.191.361, FF 1929 III 557.

²³⁵² OGer BL, 3 juin 1986, BJM 1987, p. 314-318, p. 316.

²³⁵³ Cf. *supra*, Partie 2, IV.

²³⁵⁴ Cf. notamment DÖRIG, p. 78; LINDACHER, *Internationale Unterlassungsvollstreckung*, p. 409; MÜLLER, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen*, p. 252-254; REMIEN,

paré a révélé que la pénalité judiciaire est indépendante des dommages-intérêts²³⁵⁵ et n'a pas de contenu de droit matériel: la plupart des systèmes examinés admettent la fixation de la pénalité judiciaire par le juge des mesures provisoires²³⁵⁶, ainsi que la fixation initiale de la pénalité judiciaire à la suite d'une nouvelle demande dans la procédure de recours seulement²³⁵⁷ et ne tiennent pas compte de la pénalité judiciaire pour fixer la valeur litigieuse²³⁵⁸. En outre, à l'exception de la Belgique et des Pays-Bas, chaque pays examiné se montre relativement timide dans le prononcé de la pénalité judiciaire par l'arbitre²³⁵⁹. Enfin, bien que la pénalité judiciaire ait la forme d'une condamnation au paiement à une somme d'argent, il ne s'agit pas d'une décision qui tranche originairement une prétention de droit privé; au contraire, il s'agit d'un moyen de contrainte assurant, par la menace d'une sanction pécuniaire, l'exécution d'un titre sous-jacent²³⁶⁰. En réalité, c'est le titre sous-jacent qui doit faire l'objet de la demande d'exequatur, et non la pénalité judiciaire. En effet, si l'on tolérât l'exequatur des mesures d'exécution, il n'y aurait plus aucune raison de refuser de prononcer l'exequatur des décisions d'exequatur - dans les deux cas, ce n'est pas le titre lui-même qui ferait l'objet de la requête, mais une décision subséquente²³⁶¹. En outre, la reconnaissance des actes d'exécution forcée étrangers impliquerait un dépeçage afin de distinguer les effets de droit matériel, susceptibles de reconnaissance, et les effets de droit procédural, non susceptibles de reconnaissance. Enfin, si l'on tolérât l'exequatur des pénalités judiciaires, cela consisterait à accepter l'exercice de la contrainte étrangère sur le territoire national, respectivement à reconnaître des décisions ayant un certain caractère pénal²³⁶².

Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld, p. 310; SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, n° 957 et n° 974; TREIBMANN, p. 154.

²³⁵⁵ Cf. *supra*, Partie 2, VI. B. 1.

²³⁵⁶ Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 1. b).

²³⁵⁷ Cf. *supra*, Partie 2, VI. B. 4., notamment l'art. 1 al. 2 de la loi uniforme Benelux.

²³⁵⁸ Art. 8 de la loi uniforme Benelux. Cf. Exposé des motifs, Jur. Benelux 1980-1981, p. 115, p. 126: "Une fois de plus le caractère 'sui generis' de l'astreinte apparaît puisqu'il n'en est pas tenu compte pour déterminer la compétence et le ressort." Pour la France, cf. BORE, Rép. Civ. Dalloz, *Astreintes*, n° 124; BOYER, J.-Cl. Proc. civ. fasc. 518-2, n° 33 et 64.

²³⁵⁹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 1. c).

²³⁶⁰ Cf. *supra*, Partie 2, VI. B. 5. a).

²³⁶¹ Cf. JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung*, p. 38.

²³⁶² Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 310.

III. LA PENALITE JUDICIAIRE EXTRATERRITORIALE DANS L'ESPACE JUDICIAIRE EUROPEEN

791. Conformément au champ d'application territorial de l'analyse, défini dans la Partie 1, c'est à la pénalité judiciaire extraterritoriale dans l'espace judiciaire européen que sera consacrée cette troisième section. Les Conventions de Bruxelles et de Lugano présentent le double intérêt non seulement de créer un système de compétences directes uniformes et exclusives, mais également de prévoir à l'art. 43 l'institution de l'*astreinte*, du *Zwangsgeld*, d'un *periodic payment by way of a penalty*, respectivement de la *penalità*. C'est dès lors à l'étude de cette institution que nous nous consacrerons d'abord (A). Ensuite, il conviendra de déterminer si, dans l'espace judiciaire européen, la compétence juridictionnelle pour prononcer une pénalité judiciaire suit les règles générales ou si elle doit être rattachée au contraire à la compétence exclusive du juge de l'exécution selon l'art. 16 ch. 5 des Conventions, vu la nature hybride de la pénalité judiciaire (B). Enfin, au stade de l'exécution forcée du jugement, il s'agira, le cas échéant, soit de faire simplement reconnaître la pénalité judiciaire à l'étranger, soit de prononcer une nouvelle pénalité judiciaire dans l'Etat de reconnaissance (C).

A. La notion de la pénalité judiciaire dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano

792. Avant d'oser une définition de la pénalité judiciaire dans l'espace judiciaire européen, il semble indispensable de rappeler les problèmes d'interprétation, notamment la nécessité d'un système d'interprétation, soulevés par les Conventions de Bruxelles et de Lugano, en particulier les mécanismes - institutionnel et méthodologique - mis en place (1). A l'aide de ces mécanismes, nous tenterons ensuite de formuler une définition de la pénalité judiciaire, comme étant un acte d'autorité au caractère répressif, prononcé dans le cadre d'une procédure civile et visant à assurer l'exécution d'une décision civile (2). Enfin, c'est à la qualification sous la Convention de Lugano des trois types de pénalités judiciaires suisses - art. 292 CPS, amendes d'ordre cantonales et astreinte genevoise - que sera consacrée la dernière partie (3).

1. L'interprétation des Conventions de Bruxelles et de Lugano

a) Nécessité d'un mécanisme pour assurer une interprétation uniforme

793. Il est évident que le but assigné aux Conventions de Bruxelles et de Lugano de créer des règles de compétence directe et de reconnaissance et d'exécution uniformes ne peut pas simplement être atteint par l'édiction de règles générales et abstraites. Afin de préserver l'unité du droit réalisée par ces Conventions également lors de leur application, il est vital d'instaurer des mécanismes permettant d'assurer l'interprétation uniforme des deux Conventions. Cela est d'autant plus vital que ces Conventions lient ensemble plus de 20 Etats de systèmes juridiques et cultures judiciaires différents.

b) Mécanisme institutionnel visant à assurer une interprétation uniforme

794. Pour la Convention de Bruxelles, l'interprétation uniforme est assurée par l'engagement pris par les Etats membres, en vertu d'un protocole additionnel²³⁶³, de saisir la CJCE - un tribunal supranational - d'une question préjudicielle lorsqu'ils l'estiment nécessaire pour rendre une décision. Cette voie, souvent empruntée²³⁶⁴, a fait ses preuves en pratique.

795. Pour la Convention de Lugano, ni la saisine de la CJCE, ni la création d'un tribunal supranational propre n'entrent en considération²³⁶⁵. En revanche, les Etats membres tentent d'atteindre une interprétation uniforme de la Convention au moyen des mesures dictées par le Protocole 2²³⁶⁶, à savoir la prise en compte des principes définis par toute décision pertinente rendue par les tribunaux des autres Etats contractants²³⁶⁷, l'échange d'infor-

²³⁶³ Protocole concernant l'interprétation par la Cour de Justice de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signé à Luxembourg le 3 juin 1971.

²³⁶⁴ On renvoie aux chroniques annuelles de JAYME/KOHLER, publiées depuis 1988 dans le dernier numéro annuel de la revue *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, qui donnent les dernières données statistiques. Jusqu'au 31 juillet 1999, 111 procédures concernant l'interprétation de la Convention de Bruxelles ont été clôturées, dont 99 par jugement.

²³⁶⁵ De manière générale, sur l'interprétation de la Convention de Lugano, cf. la thèse de SCHMIDT-PARZEFALL.

²³⁶⁶ Protocole 2 sur l'interprétation uniforme de la Convention, signé à Lugano le 16 septembre 1988 (RS 0.275.11).

²³⁶⁷ Art. 1er du Protocole 2.

mations²³⁶⁸, ainsi que la consultation au sein d'un comité permanent²³⁶⁹. Il est encore trop tôt pour juger si ces dispositions porteront leurs fruits²³⁷⁰. En revanche, actuellement, une autre disposition du Protocole occupe un rang primordial. En effet, il ressort, indirectement, du deuxième alinéa du Préambule que les décisions rendues par la CJCE avant la signature de la Convention de Lugano sont considérées comme partie intégrante de celle-ci²³⁷¹, et lient par conséquent directement les tribunaux lors de son interprétation²³⁷². Les décisions rendues par la CJCE en application de la Convention de Bruxelles après la signature de la Convention de Lugano n'ont en revanche pas d'effet obligatoire. Cependant, comme il ressort d'une Déclaration des Etats signataires de la Convention de Lugano qui sont membres de l'AELE²³⁷³, il conviendra également de tenir compte, lors de l'interprétation de la Convention de Lugano, des principes contenus dans la jurisprudence résultant de la CJCE et des tribunaux des Etats membres des Communautés européennes relative aux dispositions de la Convention de Bruxelles qui sont reproduites en substance dans la Convention de Lugano. Ainsi, les nouvelles décisions rendues en application de la Convention de Bruxelles sont à considérer comme les jugements concernant la Convention de Lugano, ce qui semble approprié, eu égard au système d'interprétation de cette dernière, qui ne repose que sur la force de persuasion des arguments les meilleurs²³⁷⁴.

c) Mécanisme méthodologique visant à assurer une interprétation uniforme

796. Le mécanisme institutionnel mis en place par le Protocole 2 n'est pas suffisant pour réaliser à lui seul une application uniforme de la Convention de Lugano. Si l'on ne pense qu'au fait que souvent la Convention utilise des

²³⁶⁸ Art. 2 du Protocole 2.

²³⁶⁹ Art. 3 du Protocole 2.

²³⁷⁰ Très sceptique, par exemple, SCHLOSSER, *EuGVÜ, Einleitung*, n° 25. En revanche, le Tribunal fédéral s'est très clairement prononcée en faveur d'une interprétation parallèle, cf. ATF 124 III 382. Il a par exemple adopté la jurisprudence de la CJCE pour définir la "matière civile et commerciale" selon l'art. 1 al. 1 de la Convention (ATF 124 III 382) ou le "lieu d'exécution en matière contractuelle" selon l'art. 5 ch. 1 de la Convention (ATF 122 III 298; 124 III 188).

²³⁷¹ Cf. l'énumération de ces décisions dans JENARD/MÖLLER, *Rapport*, n° 132.

²³⁷² Cf. JENARD/MÖLLER, *Rapport*, n° 112. Sur la portée de ce lien, cf. SCHMIDT-PARZEFALL, p. 68.

²³⁷³ Reproduite dans le Message du Conseil fédéral sur la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 21 février 1990, FF 1990 II 269, tiré à part, p. 118.

²³⁷⁴ Cf. VOLKEN, *Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1990)*, p. 84.

concepts qui ont un sens très différent dans les Etats membres, il est clair que l'interprétation de ces notions selon les *lex fori* respectives conduit forcément à des résultats hautement insatisfaisants. En outre, le but de la Convention, à savoir créer un système de compétences directes et de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères uniforme, ne peut être réalisé, sur le plan des méthodes, que par une interprétation autonome des concepts utilisés dans la Convention.

797. Le point de départ d'une telle interprétation est la reconnaissance que les concepts utilisés dans la Convention ont une signification propre. Afin de la déterminer, il convient, là où une description indépendante fait défaut, de se référer, comme dans tout droit uniforme, prioritairement au texte de la disposition ainsi qu'à l'objet et au but de la norme, respectivement de la Convention dans son ensemble²³⁷⁵. Parallèlement, il convient aussi de s'inspirer de la systématique, des travaux préparatoires de la Convention, ainsi que des principes fondamentaux éventuels des droits autonomes des Etats contractants²³⁷⁶. Même si l'interprétation autonome présente des difficultés considérables et ne conduit pas toujours à des résultats univoques, il convient d'assumer ces difficultés, afin de ne pas offrir un terrain favorable à une désagrégation du droit uniforme.

2. La notion de pénalité judiciaire à l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano

a) Le texte et la nécessité de son interprétation

798. L'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano prévoit, cependant sans la définir, la pénalité judiciaire²³⁷⁷. Il dispose que:

"Les décisions étrangères condamnant à une astreinte ne sont exécutoires dans l'Etat requis que si le montant en a été définitivement fixé par les tribunaux de l'Etat d'origine."

²³⁷⁵ Cf. art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (RS 0.111).

²³⁷⁶ Sur le tout, cf. SCHMIDT-PARZEFALL, p. 38 et DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 1, n° 400-458. Cf. aussi récemment ATF 123 III 414, 420.

²³⁷⁷ La Proposition d'acte du Conseil établissant la convention relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution dans les Etats membres de l'Union européenne, des décisions en matière civile et commerciale et la Proposition de règlement (CE) du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ne modifient en rien la formulation actuelle.

799. La version allemande dispose que:

"Ausländische Entscheidungen, die auf Zahlung eines Zwangsgelds lauten, sind in dem Vollstreckungsstaat nur vollstreckbar, wenn die Höhe des Zwangsgelds durch die Gerichte des Ursprungsstaats endgültig festgesetzt ist."

800. Si le texte français parle d'"astreinte", le texte allemand parle de "*Zwangsgeld*" et le texte anglais parle de "*periodic payment by way of a penalty*"; enfin, le texte italien parle de "*penalità*." Ainsi, les Conventions utilisent à tour de rôle des termes clairement issus de législations nationales (*astreinte*, *Zwangsgeld*) ou des termes génériques, isolés (*penalità*) ou qui contiennent déjà un début de définition (*periodic payment by way of penalty*). Cette diversité de terminologie ne nous surprend pas, dans la mesure où la pénalité judiciaire n'est pas connue dans l'ensemble des Etats signataires. Elle dénote cependant l'absence de réflexion de droit comparé dans la rédaction et la compréhension de l'institution. En effet, si les termes "*astreinte*" et "*Zwangsgeld*" semblent directement se référer aux institutions nationales correspondantes, on constate que la version italienne est trop large, vu qu'elle n'utilise que le terme de "*penalità*", alors que la version anglaise est sans doute trop étroite, dans la mesure où elle ne vise que des paiements périodiques; or, nous avons vu que la pénalité judiciaire pouvait se présenter sous trois formes, à savoir montant global, montant par unité de temps ou montant par contravention²³⁷⁸. Nous préférons donc classer pour le moment l'ensemble de ces termes sous l'appellation de *pénalité judiciaire*.

801. A vrai dire, cette disposition n'a pas suscité un engouement inconsidéré, ni de la part des plaideurs, ni de la part de la doctrine²³⁷⁹. Cela s'explique peut-être par le fait que le créancier choisira souvent un for dans lequel le débiteur dispose de biens, même si ce ne sont que des créances, et qui sont par conséquent directement soumis à l'*imperium* du juge saisi, ou alors par le fait qu'il aura tendance à demander la reconnaissance à l'étranger de l'injonction prononcée au for, voire même de solliciter le prononcé de la même injonction parallèlement dans plusieurs juridictions en même temps. On peut prédire néanmoins avec certitude que la disposition gagnera rapidement en importance, avec l'avènement des injonctions extraterritoriales,

²³⁷⁸ Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 3. b) (2).

²³⁷⁹ Outre les commentaires figurant dans les ouvrages de référence, seul REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 314-326, l'a analysée de manière détaillée.

favorisés par l'explosion des nouvelles technologies de communication et la globalisation des marchés. Jusqu'à présent, cependant, la seule²³⁸⁰ controverse soulevée et discutée dans la doctrine a été, à notre connaissance, la question de savoir si les pénalités judiciaires dont le bénéficiaire est l'Etat tombent également dans le champ d'application de l'art. 43 des Conventions²³⁸¹. Cela vise en particulier le *contempt of court* anglais, les *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* allemands, ainsi que les amendes d'ordre cantonales.

b) Interprétation littérale

802. En réalité, l'art. 43 des Conventions ne fait que régler les conditions de la reconnaissance à l'étranger de la pénalité judiciaire: son montant doit avoir été définitivement fixé par les tribunaux de l'Etat d'origine. Cette précision nous semble logique et indispensable, dans la mesure où les Conventions n'exigent d'un titre, pour être susceptible de reconnaissance, que la force exécutoire²³⁸². Or, une astreinte simplement provisoire a précisément déjà force exécutoire²³⁸³. En revanche, l'art. 43 ne répond pas expressément à la question de savoir si les pénalités judiciaires qui reviennent à l'Etat tombent aussi dans son champ d'application. *A priori*, rien ne permet de l'exclure. En effet, si l'on admet que toutes les langues des Etats signataires ont la même valeur²³⁸⁴, on doit en conclure que l'art. 43 permet aussi la reconnaissance de pénalités judiciaires attribuées à l'Etat. En effet, la version allemande parle de *Zwangsgeld*, dont le montant, on le sait²³⁸⁵, est précisément attribué à l'Etat. Même la version anglaise, bien que plus élaborée, ne mentionne pas non plus le bénéficiaire. Aussi, une interprétation restrictive

²³⁸⁰ Le cas des condamnations à un montant à imputer ultérieurement sur la créance en réparation du dommage n'est clairement pas assimilable à la pénalité judiciaire telle qu'envisagée ici. Cf. SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 43, n° 1.

²³⁸¹ Pro: cf. par exemple BÜLOW/BÖCKSTIEGEL/GEIMER/SCHÜTZE, p. 606, n° 266; GÄRTNER, p. 217; GOTTWALD, *Die internationale Zwangsvollstreckung*, p. 291; KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung*, p. 200; Id., *Durchsetzung einer "world-wide Mareva order" in Deutschland ?* p. 258 (pour le *contempt of court*); KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 43, n° 1; LINDACHER, *Internationale Unterlassungsvollstreckung*, p. 399-409; REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 319; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 43, n° 8; STÜRNER, *Das grenzübergreifende Vollstreckungsverfahren*, p. 867, p. 870, p. 872. Contra: cf. par exemple DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 2, n° 2221; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 43, n° 2; MEZGER, p. 507; SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, n° 977; TREIBMANN, p. 165.

²³⁸² Art. 31 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

²³⁸³ Cf., par exemple pour la France, *supra*, Partie 2, I. F. 3. a).

²³⁸⁴ Art. 68 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

²³⁸⁵ Cf. *supra*, Partie 2, IV. C.

de la disposition n'admettant pas la reconnaissance à l'étranger des pénalités judiciaires qui reviennent à l'Etat introduirait une limitation qui n'est pas couverte par le texte-même de la disposition.

c) Interprétation historique

803. L'art. 43 de la Convention de Lugano est repris tel quel de la Convention de Bruxelles; il n'a jamais connu de modifications. Le Rapport JENARD/MÖLLER ne s'y arrête pas non plus. Il ne fait que préciser que pour les dispositions qui sont reprises telles quelles de la Convention de Bruxelles, il convient de se référer aux travaux et rapports relatifs à cette dernière²³⁸⁶. Le Rapport JENARD relatif à la Convention de Bruxelles nous enseigne que l'art. 43 de la Convention de Bruxelles trouve ses origines dans le projet de traité Benelux sur la compétence judiciaire, la faillite, l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques du 24 novembre 1961²³⁸⁷, ainsi que dans le traité entre l'Allemagne et les Pays-Bas sur la reconnaissance et l'exécution des décisions et autres titres en matière civile et commerciale du 30 août 1962²³⁸⁸. Le projet Benelux précise simplement que l'élément d'une décision judiciaire condamnant à un *dwangsom* ou une astreinte doit également faire l'objet de l'exequatur dans l'Etat requis²³⁸⁹. Le traité entre l'Allemagne et les Pays-Bas prévoit dans une disposition unilatérale que les décisions néerlandaises condamnant à une pénalité judiciaire peuvent également faire l'objet d'un exequatur en Allemagne, à condition que le tribunal néerlandais ait définitivement fixé le montant de ladite pénalité dans une décision ultérieure²³⁹⁰. En revanche, le cas des *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* allemands est passé sous silence. Ainsi, le projet de traité Benelux, avec sa règle bilatérale, mais surtout le traité entre l'Allemagne et les Pays-Bas, avec sa règle unilatérale, n'accordent la reconnaissance qu'aux pénalités judiciaires attribuées au créancier. En revanche, le Rapport SCHLOSSER accompagnant la Convention de Bruxelles laisse expressément ouverte la question de savoir si les pénalités judiciaires allouées à la collectivité sont susceptibles de reconnais-

²³⁸⁶ Cf. JENARD/MÖLLER, *Rapport*, n° 2.

²³⁸⁷ Trb. 1961, n° 163.

²³⁸⁸ BGBl. 1965 II, p. 27, p. 1155, Trb. 1963, n° 50.

²³⁸⁹ Cf. l'art. 14 al. 1.

²³⁹⁰ Cf. l'art. 7.

sance à l'étranger²³⁹¹. Le Rapport JENARD, enfin, ne mentionne même pas le problème.

804. L'art. 43 ne diffère guère en fait de ces dispositions préexistantes, si ce n'est qu'il énonce une règle *bilatérale*²³⁹², dont l'effet ne peut se faire sentir que si les pénalités judiciaires de tous les Etats membres entrent dans la catégorie des astreintes telles que mentionnées dans la Convention. L'histoire de la disposition et les documents qui lui ont servi de modèle ne règlent dès lors pas la question de la reconnaissance des pénalités judiciaires qui reviennent à l'Etat.

d) Interprétation comparée ou autonome

805. L'étude de droit comparé de la pénalité judiciaire a montré que certains éléments étaient communs à toutes les formes de pénalité judiciaire. Aussi, la pénalité judiciaire peut être définie comme un acte d'autorité au caractère répressif (1), prononcé dans le cadre d'une procédure civile (2) et visant à assurer l'exécution d'une décision civile (3). Ce sont l'existence de ces éléments qui vont déterminer si, positivement, une pénalité judiciaire va entrer dans le champ d'application de l'art. 43 des Conventions.

(1) Un acte d'autorité au caractère répressif

806. Tout d'abord, nous avons vu que toutes les formes de pénalités judiciaires constituent un acte d'autorité²³⁹³. Il s'agit d'une intervention de l'*imperium* du juge dans les relations entre particuliers²³⁹⁴. Toutes remplissent un objectif double: d'une part, elles visent à préserver les intérêts privés du créancier; d'autre part, elles visent à assurer l'effectivité des décisions judiciaires et relèvent donc, en définitive, de l'intérêt général et de l'ordre social²³⁹⁵. Cette émanation de l'*imperium* est particulièrement prononcée pour l'astreinte française - curieusement la seule astreinte dont on ne met pas en doute la possibilité de reconnaissance à l'étranger -, étant donné que le juge peut l'imposer souverainement; on rappellera à ce titre seulement les paroles de la Cour de cassation selon lesquelles "*les juges du fond disposent*

²³⁹¹ Cf. SCHLOSSER, *Rapport*, n° 213.

²³⁹² Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 316.

²³⁹³ Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 3. a).

²³⁹⁴ Cf. GÄRTNER, *Probleme der Auslandsvollstreckung*, p. 33.

²³⁹⁵ Cf. notamment MOREAU-MARGREVE, *L'astreinte*, p. 88.

*d'un pouvoir souverain pour assortir leur décision d'une astreinte, mesure de contrainte, destinée à vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation*²³⁹⁶.

807. Ensuite, toutes les pénalités judiciaires ont un caractère répressif. Elles prennent en compte la faute du débiteur à un titre ou à un autre, soit positivement comme condition de son prononcé, soit négativement comme condition de sa suppression ou de sa réduction²³⁹⁷.

808. Cette double constatation permet de conclure que le caractère d'acte autorité est indépendant de l'identité du bénéficiaire de la pénalité judiciaire. Au contraire, nous avons vu qu'en matière d'identité du bénéficiaire, les réglementations les plus diverses étaient en vigueur²³⁹⁸, celles-ci étant souvent aléatoires, dépendant plutôt d'une majorité politique que d'un raisonnement juridique, et qu'aucune ne liait le caractère d'acte d'autorité de la pénalité judiciaire à son attribution à l'Etat; les tentatives françaises de priver le créancier du bénéfice pécunier de l'astreinte sont là pour le démontrer: en rien un changement du bénéficiaire n'aurait modifié le caractère juridique de l'astreinte²³⁹⁹. Enfin, le mode de recouvrement de la pénalité judiciaire - d'office ou sur requête de son bénéficiaire - ne semble pas non plus influencer sur sa nature juridique²⁴⁰⁰. Le *Zwangsgeld* allemand en est un exemple: dévolu à l'Etat, son recouvrement est cependant l'œuvre du créancier²⁴⁰¹. Nous pensons dès lors à nouveau que le mode de recouvrement ne saurait être déterminant pour exclure ou inclure telle pénalité judiciaire du champ d'application de l'art. 43 des Conventions. En d'autres termes, les spécificités nationales ne doivent pas pouvoir entraver la libre circulation de cet instrument, commandée en fin de compte par les Conventions.

(2) Prononcé dans le cadre d'une procédure civile

809. A l'exception de la sanction pénale de l'art. 292 CPS, toutes les pénalités judiciaires ont un caractère civil et sont prononcées par un juge civil -

²³⁹⁶ Cass. civ., 3e, 17 février 1976, Bull. Civ. III, n° 110; cf. aussi Cass. com., 19 janvier 1991, Bull. Cass. IV, n° 109, p. 76; JCP 1991, IV, p. 189.

²³⁹⁷ Cf. *supra*, Partie 2, IV. B. 4. et F. 1.

²³⁹⁸ Cf. *supra*, Partie 2, VI. C. 1.

²³⁹⁹ Cf. *supra*, Partie 2, I. C et VI. C.

²⁴⁰⁰ Cf. *supra*, Partie 2, VI. F. 3.

²⁴⁰¹ Cf. *supra*, Partie 2, IV. F.

ordinaire ou d'exécution - au terme d'une procédure civile, même si toutes prennent en compte la faute du débiteur et visent un certain effet répressif. Elles sont clairement distinctes de la sanction pénale prononcée à l'issue d'une procédure pénale. Cela ne vaut pas que pour les astreintes, française, Benelux ou genevoise, mais aussi pour le *contempt of court*, les *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* allemands et les amendes d'ordre cantonales²⁴⁰².

(3) Visant à assurer l'exécution d'une décision civile

810. Enfin, fonctionnellement, toutes les pénalités judiciaires visent à assurer l'exécution d'une décision civile, même si elles ne participent pas de l'exécution forcée proprement dite²⁴⁰³. Cela vaut également pour l'astreinte française, alors même que, historiquement, elle avait une fonction réparatrice²⁴⁰⁴.

e) Interprétation systématique

811. Les éléments dégagés par l'interprétation de droit comparé ou autonome permettent de mieux réfuter l'opinion de certains auteurs²⁴⁰⁵ qui excluent les astreintes revenant à l'Etat du champ d'application des Conventions, en alléguant qu'elles ne constituent pas une matière "*civile et commerciale*", seule couverte par les Conventions au sens de leur art. 1er al. 1er. Nous répondons à cette opinion en trois temps.

812. Tout d'abord, nous rappelons que la CJCE a opté pour une interprétation autonome de la matière "*civile et commerciale*"²⁴⁰⁶, favorisant ainsi, dans la mesure du possible, l'égalité et l'uniformité des droits et obligations qui découlent des Conventions pour les Etats signataires et les personnes intéressées. Le critère décisif est de savoir, si, au vu de l'objet du litige,

²⁴⁰² Cf. *supra*, Partie 2, VI. B. 4.

²⁴⁰³ Cf. *supra*, Partie 2, VI. B. 3.

²⁴⁰⁴ Cf. *supra*, Partie 2, I. B. 3.

²⁴⁰⁵ Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugana*, vol. 2, n° 2221; GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 43, n° 2; MEZGER, p. 507; SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, n° 977; TREIBMANN, p. 165.

²⁴⁰⁶ CJCE, *LTU c. Eurocontrol (Eurocontrol I)*, 14 octobre 1976, aff. C-29/76, Rec. 1976, p. 1541; CJCE, *Bavaria Fluggesellschaft et Germanair c. Eurocontrol (Eurocontrol II)*, 14 juillet 1977, aff. C-9/77 et C-10/77, Rec. 1977, p. 1517; CJCE, *Pays-Bas c. Rüffer*, 16 décembre 1980, aff. C-814/79, Rec. 1980, p. 3807. Le Tribunal fédéral a opté pour la même interprétation autonome, cf. ATF 124 III 382.

l'autorité en question a agi *jure gestionis* ou *imperii*²⁴⁰⁷. Dans une affaire impliquant une action en responsabilité contre un enseignant, la Cour de Justice a estimé que "la circonstance que l'enseignant ait le statut de fonctionnaire et agît en tant que tel ne saurait être déterminante. En effet, même s'il agit pour le compte de l'Etat, un fonctionnaire n'exerce pas toujours la puissance publique"²⁴⁰⁸. Il découle de la jurisprudence de la CJCE que la notion de "matière civile et commerciale" doit être conçue de manière large, les motifs susceptibles d'entraver l'application des Conventions devant être, autant que faire se peut, écartés²⁴⁰⁹. Aussi, affirmer que la pénalité judiciaire attribuée à l'Etat n'est pas une matière civile et commerciale est erroné: le recouvrement de ladite pénalité dans l'Etat requis ne se justifie pas par l'intérêt fiscal de l'Etat d'origine, mais bien par l'intérêt d'assurer la réalisation effective des droits du créancier privé²⁴¹⁰. La condition de l'art. 1er al. 1er des Conventions est, en matière de pénalité judiciaire, remplie aussitôt que la décision sous-jacente est de nature civile ou commerciale: la pénalité judiciaire n'a qu'un caractère accessoire, d'autant plus que, nous l'avons vu²⁴¹¹, son attribution au créancier ou à la collectivité relève plutôt de majorités politiques aléatoires que du désir d'en faire une affaire de droit public ou de droit privé.

813. Ensuite, si l'interprétation doit se faire de manière autonome, le caractère répressif et l'effet coercitif de la pénalité judiciaire ne sauraient être déterminants, puisqu'ils sont communs à toutes les pénalités judiciaires, y compris celles (astreintes, *Zwangsgeld*) expressément mentionnées par l'art. 43. Seules les sanctions strictement pénales, faisant de l'inexécution de l'obligation une infraction pénale propre ne pourront pas être couvertes par l'art. 43. Aussi, la seule distinction pertinente ne peut être que le caractère de la procédure à l'issue de laquelle la sanction est infligée²⁴¹²: si la pénalité judiciaire est prononcée à l'issue d'une procédure pénale, elle ne pourra pas être reconnue. En revanche, si elle est prononcée à l'issue d'une procédure civile entendue au sens large, elle pourra être exportée. A nouveau, parmi

²⁴⁰⁷ CJCE, *Pays-Bas c. Rüffer*, 16 décembre 1980, aff. C-814/79, Rec. 1980, p. 3807.

²⁴⁰⁸ CJCE, *Volker Sonntag c. Hans, Elisabeth et Stefan Waidmann*, 21 avril 1993, aff. C-172/91, Rec. 1993, p. 1963, n° 21.

²⁴⁰⁹ Cf. notamment DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 1, n° 838.

²⁴¹⁰ Cf. LINDACHER, *Internationale Unterlassungsvollstreckung*, p. 407.

²⁴¹¹ Cf. *supra*, Partie 2, III. A. 2. d) (1).

²⁴¹² Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 318.

les pénalités examinées, seule la sanction de l'art. 292 CPS sera exclue du champ d'application de l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

814. Enfin, l'art. 43 des Conventions peut être considéré comme une *lex specialis* par rapport à l'art. 1er al. 1er des Conventions. En effet, au moment de l'adoption en 1968 de la Convention de Bruxelles, l'astreinte française avait déjà un caractère d'acte d'autorité, puisque c'est en 1959 qu'elle a été définitivement détachée des dommages-intérêts²⁴¹³. Ainsi, si toutes les pénalités judiciaires ont un caractère d'autorité, on ne voit pas pourquoi seules celles attribuées au créancier seraient susceptibles de reconnaissance à l'étranger, étant donné, encore une fois, que le critère du bénéficiaire n'est nullement évoqué dans les Conventions.

f) Conclusion

815. Afin de favoriser la libre circulation des jugements dans l'espace juridique européen, voulue par les Conventions de Bruxelles et de Lugano, nous préconisons la reconnaissance des pénalités judiciaires prononcées à la suite d'une procédure civile, visant à assurer l'exécution d'une décision entrant dans le champ d'application matériel des Conventions, même si elles représentent l'exercice de la force publique et qu'elles contiennent un élément répressif. Ni l'identité du bénéficiaire, ni le mode de recouvrement, qui sont des faux critères, ne sauraient être déterminants. On peut d'ailleurs sans peine envisager l'autorité étatique agir comme un créancier ordinaire devant un juge de l'exequatur étranger. Une solution contraire irait à l'encontre des buts des Conventions et créerait un déséquilibre dans le système de compétence et de reconnaissance qu'elles instituent: les jugements non pécuniaires provenant d'un Etat qui connaît une pénalité proche de la peine privée auraient plus de poids dans l'espace judiciaire européen que les jugements provenant d'un Etat qui connaît une pénalité dévolue au Trésor public²⁴¹⁴. En effet, les pénalités judiciaires assortissant les premiers peuvent être liquidées par un seul juge et ensuite être reconnues sur l'ensemble du territoire des Etats membres, alors que celles assortissant les seconds n'auraient qu'une portée territoriale, ce qui contraint le créancier à requérir l'exequatur du jugement non pécuniaire lui-même et ensuite à demander dans chaque juridiction son exécution forcée séparée. Ici aussi, la concentration des compétences sert une meilleure justice, plus rapide et moins chère, et permet

²⁴¹³ Cf. *supra*, Partie 2, I. B. 1.

²⁴¹⁴ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 320.

d'éviter une nouvelle sorte de *forum shopping*, voire même de *forum running* vers les pays dans lesquels sont situés les biens du débiteur ou les pays connaissant un moyen d'exécution forcée proche de la peine privée, qui serait seul susceptible de reconnaissance à l'étranger conformément à l'art. 43 des Conventions.

3. L'art. 43 de la Convention de Lugano et le droit suisse

a) L'art. 292 CPS et les amendes d'ordre cantonales

816. Par la menace de l'ouverture d'une procédure pénale en cas d'inexécution de la décision de l'autorité, l'art. 292 CPS se distingue très clairement de la pénalité judiciaire telle que définie pour l'espace judiciaire européen²⁴¹⁵. Issue d'une procédure purement pénale, l'amende pécuniaire qui en résulte se distingue très nettement des autres institutions examinées et ne saurait pas tomber sous l'empire de l'art. 43 des Conventions. L'art. 292 CPS n'est clairement pas eurocompatible, ce qui ne saurait d'ailleurs surprendre, vu son caractère résolument pénal.

817. En vertu de la définition autonome que nous avons donnée à l'institution de la pénalité judiciaire dans l'espace judiciaire²⁴¹⁶, une pénalité judiciaire dont le bénéficiaire est l'Etat et dont le recouvrement se fait d'office entre dans le champ d'application de l'art. 43 des Conventions. *A priori*, il semble donc que les amendes d'ordre cantonales soient eurocompatibles, à condition qu'elles soient prononcées par un juge civil²⁴¹⁷, peu importe qu'il soit un juge spécial de l'exécution ou le juge du fond, et qu'elles puissent être liquidées. En revanche, si la compétence de son prononcé est transférée au juge pénal²⁴¹⁸ et qu'elle se transforme ainsi en peine pénale, alors nous doutons de sa possibilité d'être reconnue dans les autres Etats membres.

818. Se pose encore la question du caractère définitif de l'amende cantonale. A partir de quand l'amende cantonale est-elle définitivement fixée ? Deux cas de figure sont à distinguer. Si le juge se contente de prononcer la menace des peines d'amende sans fixer un montant précis, mais en faisant un

²⁴¹⁵ Cf. *supra*, Partie 3, III. A. 2. d). Sur le caractère pénal de la peine pour insoumission de l'art. 292 CPS, cf. *supra*, Partie 2, V. B. 5.

²⁴¹⁶ Cf. *supra*, Partie 3, III. A. 2. d).

²⁴¹⁷ Par exemple, le cas de Zurich.

²⁴¹⁸ Par exemple, le cas de Saint-Gall ou de Berne.

simple renvoi à la loi, comme l'exige la jurisprudence en ce qui concerne la commination de l'art. 292 CPS²⁴¹⁹, alors il faudra attendre la décision du juge de l'exécution qui fixera, en cas d'inexécution, le montant dû. En revanche, est-il nécessaire, au vu des exigences posées par l'art. 43 des Conventions, de repasser devant le juge de l'exécution si la commination comporte déjà un montant définitif et que le débiteur ne s'est pas exécuté par la suite²⁴²⁰? Cela signifierait que le montant soit définitivement fixé, mais pas que ce montant soit effectivement dû. Il ne s'agit que d'une condamnation éventuelle, qui ne devient réalité qu'au moment où le débiteur ne s'est pas exécuté selon les termes ordonnés. Le bon sens commande qu'une condamnation éventuelle ne puisse pas faire l'objet d'une reconnaissance à l'étranger. Un juge du for doit constater l'inexécution et condamner au paiement du montant définitivement dû, même s'il ne fait que confirmer le montant fixé dans la commination. Cependant, ce caractère définitif ne saurait être assimilé à la force définitive de chose jugée: si le jugement au fond fait par la suite l'objet d'un recours et que la décision sur recours annule le jugement de première instance, la pénalité judiciaire prononcée par le juge de première instance sera néanmoins due et susceptible de reconnaissance à l'étranger. Les règles sur l'enrichissement illégitime s'appliqueront le cas échéant. En pratique, cette problématique n'aura qu'une influence limitée, dans la mesure où l'on peut s'attendre à ce que le juge chargé de fixer définitivement le montant de l'astreinte sera bien inspiré d'ajourner sa décision jusqu'à droit connu sur le recours contre le jugement au fond.

b) L'astreinte genevoise

819. On se rappellera que la question principale mise en évidence par l'astreinte pratiquée à Genève avait presque toujours trait à la compatibilité de cette mesure de procédure civile avec le droit fédéral, spécialement le monopole de ce dernier en matière de réparation du dommage²⁴²¹. A ce titre, TERCIER soutient notamment que *"la condamnation a toujours un caractère provisoire, servant en quelque sorte d'avance sur des dommages-intérêts dont le créancier devra de toute façon établir le bien-fondé"*²⁴²². DONZALLAZ en déduit que ce caractère provisoire exclut l'exécution à

²⁴¹⁹ En pratique, le texte de l'art. 292 CPS sera simplement reproduit dans le dispositif de la décision.

²⁴²⁰ La même situation se rencontre avec l'astreinte définitive française, l'astreinte Benelux et le *Zwangsgeld* allemand.

²⁴²¹ Cf. *supra*, Partie 2, V. B. 1.

²⁴²² Cf. TERCIER, *Des "astreintes"*, p. 77; cf. *supra*, Partie 2, V. A. 2. c).

l'étranger des astreintes prononcées en Suisse²⁴²³. Nous ne pensons pas que l'on puisse procéder à une telle généralisation. Au contraire, ENGEL²⁴²⁴ a démontré que cette mesure était parfaitement compatible avec le droit fédéral si elle ne limite pas la liberté du juge au fond de déterminer librement le montant des dommages-intérêts dus, en d'autres termes si elle est clairement distinguée des dommages-intérêts. La seule condition pour sa reconnaissance à l'étranger restera que son montant soit définitivement fixé, ce qui contraindra le créancier à retourner devant le juge du for pour obtenir la confirmation judiciaire du montant conminé.

c) Conclusion

820. Le principal instrument suisse assurant l'exécution forcée des condamnations non pécuniaires - la sanction des peines de l'art. 292 CPS - n'est pas eurocompatible²⁴²⁵. Cette faiblesse est une raison supplémentaire pour intégrer la réflexion sur une pénalité judiciaire suisse dans le cadre du mandat confié à la commission d'experts nommée par le Département fédéral de justice et police le 26 avril 1999 en vue de l'unification du droit de procédure civile en Suisse²⁴²⁶. L'adoption d'une telle disposition instituant une astreinte uniforme en Suisse, basée sur les réflexions formulées dans la Partie 2, permettrait de renforcer la protection judiciaire en Suisse, notamment dans sa portée extraterritoriale.

B. La compétence directe pour prononcer une pénalité judiciaire

821. L'examen de la compétence directe pour prononcer une pénalité judiciaire doit d'abord passer par l'élimination de la contradiction apparente entre l'art. 16 ch. 5 et l'art. 43 des Conventions, le premier prônant l'unité de la procédure de l'exécution forcée, alors que le second semble prôner l'exécution transfrontière, en distinguant la fixation de la pénalité judiciaire de son exécution forcée (1). L'interaction entre l'art. 16 ch. 5 et l'art. 43 ne peut se comprendre que par les buts respectifs de ces dispositions, ce qui nous permettra de conclure que la compétence pour prononcer une pénalité judiciaire est identique à la compétence au fond, même dans l'hypothèse où la

²⁴²³ Cf. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 2, n° 2222.

²⁴²⁴ Cf. ENGEL, *Traité des obligations*, p. 700.

²⁴²⁵ Cf. *supra*, Partie 3, III. A. 3. a).

²⁴²⁶ Cf. *supra*, Partie 2, V. A. 1.

pénalité judiciaire est, dans l'espace judiciaire européen, considérée comme une mesure d'exécution en vertu de la définition donnée par l'art. 16 ch. 5 (2). Or, il s'avère que cette hypothèse n'est même pas indispensable, étant donné que les mesures de contrainte indirecte, notamment la pénalité judiciaire, ne sont pas, dans le cadre des Conventions, des mesures d'exécution au sens de l'art. 16 ch. 5 (3).

1. Une contradiction apparente: l'art. 16 ch. 5 et l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano

822. Nous avons vu qu'en droit international général, l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution est considéré comme une faculté accessoire à l'exercice de la compétence normative d'un Etat²⁴²⁷. Il en résulte qu'un juge qui est saisi en vertu de ses règles de compétence juridictionnelle, édictées suite à l'usage que l'Etat a fait de sa compétence normative, est également compétent pour assortir son injonction d'une pénalité judiciaire, même si elle vise des personnes, des biens ou des comportements situés à l'étranger. En revanche, les Conventions de Bruxelles et de Lugano semblent adopter une attitude contradictoire en matière de possibilité d'exécution forcée transfrontière dans l'espace judiciaire européen, et, par voie de conséquence, sur la compétence territoriale des tribunaux du for à prononcer des pénalités judiciaires assortissant des injonctions extraterritoriales.

823. En effet, les Conventions semblent d'une part favoriser le principe de l'unité de la procédure d'exécution forcée individuelle: les art. 16 ch. 5 et 31 à 33 des Conventions d'une part paraissent plutôt plaider en faveur d'une claire séparation entre la procédure méritoire dans l'Etat d'origine et la procédure d'exécution forcée dans l'Etat de reconnaissance. L'art. 43 des Conventions d'autre part paraît très clairement admettre comme hypothèse l'exécution transfrontière au sein de l'espace judiciaire européen, en distinguant la fixation de la pénalité judiciaire dans l'Etat d'origine de son exécution forcée éventuelle dans l'Etat de reconnaissance. L'admissibilité de cette "coupure" dans l'exécution forcée - admise en droit international général - ne semble pas *a priori* aller de soi au regard de l'art. 16 ch. 5 des Conventions: la pénalité judiciaire pourrait en effet être qualifiée comme faisant partie de la "*matière d'exécution des décisions*" telle que précisément visée par l'art. 16 ch. 5 des Conventions, ce qui conduirait à conférer par conséquent la compétence exclusive pour la prononcer aux tribunaux du lieu

²⁴²⁷ Cf. *supra*, Partie 3, I. B. 2. c).

d'exécution. Certains auteurs ont d'ailleurs considéré la présence de l'art. 43 comme un pêché du législateur et plaident par conséquent pour une interprétation étroite des possibilités qu'il offre²⁴²⁸. L'on peut cependant aussi comprendre cette disposition comme une norme qui commande aux Etats membres de coopérer dans le cadre d'une exécution transfrontière, avec la conséquence de favoriser le créancier, qui pourra choisir entre, d'une part, une exécution forcée concentrée dans l'Etat de reconnaissance (prononcé et fixation, ainsi qu'exécution forcée de la pénalité judiciaire dans l'Etat d'exécution selon la *lex fori*), conformément au principe de l'unité de l'exécution forcée individuelle, et, d'autre part, une exécution forcée scindée ou précisément transfrontière entre l'Etat d'origine (prononcé et fixation de la pénalité judiciaire) et l'Etat de la reconnaissance (exécution forcée de la pénalité judiciaire)²⁴²⁹.

824. Nous optons très clairement pour la seconde solution. Nous allons exposer notre position ci-après.

2. La portée de l'art. 16 ch. 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano en rapport avec la pénalité judiciaire

a) Le but de l'art. 16 ch. 5

825. L'art. 16 ch. 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano dispose qu'en matière d'exécution forcée des décisions, les tribunaux de l'Etat contractant du lieu de l'exécution sont seuls compétents, sans considération de domicile. L'art. 16 ch. 5 concrétise le principe de la souveraineté en matière d'exécution forcée, en ce sens que seuls les tribunaux de l'Etat du lieu d'exécution sont compétents pour ordonner des mesures d'exécution forcée devant prendre effet sur leur territoire²⁴³⁰. Ceux-ci n'ont pas, dans le cadre du Titre III des Conventions, à tolérer que les tribunaux étrangers saisis au fond donnent des directives aux organes d'exécution internes. Or, si l'on qualifiait le prononcé d'une pénalité judiciaire d'acte d'exécution forcée au sens de l'art. 16 ch. 5, "*seuls les tribunaux de l'Etat contractant du lieu de l'exécution seraient compétents pour la prononcer*".

²⁴²⁸ Cf. par exemple, SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, n° 976.

²⁴²⁹ Favorable à ce système, par exemple, STÜRNER, *Das grenzübergreifende Vollstreckungsverfahren*, p. 863-875.

²⁴³⁰ Cf. par exemple GAUDEMET-TALLON, n° 101.

b) Les conséquences d'une assimilation de la pénalité judiciaire aux mesures d'exécution forcée

826. L'assimilation de la pénalité judiciaire aux mesures d'exécution forcée selon l'art. 16 ch. 5 a rencontré certains échos positifs. En France, MEZGER par exemple refuse l'exécution forcée en France des *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* prononcés par un juge allemand selon les §§ 888 et 890 ZPO, au motif que le juge allemand considère ces mesures précisément comme des mesures d'exécution²⁴³¹. En Suisse, DONZALLAZ classe également l'astreinte dans les mesures d'exécution, pour lesquelles il confie la compétence aux juges normalement désignés par le droit cantonal applicable en fonction de l'art. 16 ch. 5²⁴³². L'*Oberlandgericht* de Nuremberg, enfin, a également suivi cette interprétation en réformant un jugement en tant qu'il avait ordonné à un expert comptable d'établir à Rome un relevé d'opérations sur la base des livres de compte d'une débitrice ayant siège dans cette ville²⁴³³. Ces interprétations se fondent toutes sur une qualification *lege fori* de la matière d'exécution forcée des décisions selon l'art. 16 ch. 5, alors qu'il convient de se référer à une interprétation autonome de cette notion.

c) La compétence pour prononcer une pénalité judiciaire est identique à la compétence au fond

827. Même si le prononcé de la pénalité judiciaire tombait dans la matière d'exécution des décisions selon l'art. 16 ch. 5, cela ne constituerait cependant pas encore un empêchement pour le tribunal compétent au fond de la prononcer. En effet, il conviendrait encore de déterminer quels sont les "tribunaux de l'Etat contractant du lieu d'exécution" au sens de l'art. 16 ch. 5 dont la compétence sera exclusive. Trois solutions sont envisageables²⁴³⁴: les tribunaux de l'Etat où la pénalité judiciaire est requise²⁴³⁵, les tribunaux de l'Etat où la pénalité judiciaire doit être exécutée²⁴³⁶ et les tribunaux de l'Etat où l'obligation de faire ou de ne pas faire doit être exécutée, ces différents lieux pouvant bien entendu se recouper. Il s'avère que la première solution se recouvre avec la compétence des tribunaux saisis au fond

²⁴³¹ Cf. MEZGER, p. 507.

²⁴³² Cf. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 2, n° 6402.

²⁴³³ OLG Nuremberg, 5 avril 1974, IPRspr. 1974, n° 188. Cependant, dans le même jugement, le tribunal a admis le prononcé d'un *Zwangsgeld* selon le § 888 ZPO.

²⁴³⁴ Cf. STÜRNER, *Der Justizkonflikt*, p. 27, note 127 et les références citées.

²⁴³⁵ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 324.

²⁴³⁶ Cf. STUTZ, p. 20; TREIBMANN, p. 120.

telle que nous l'avons admise ci-dessus²⁴³⁷ et que les deux autres solutions doivent d'emblée être écartées, comme nous le démontrons ci-après.

828. Tout d'abord, admettre la compétence exclusive des tribunaux de l'Etat où la pénalité judiciaire doit être exécutée engendrerait des complications pratiques, dans la mesure où il faudrait préalablement déterminer si le débiteur possède des biens dans cet Etat, avant que de requérir le prononcé de la pénalité judiciaire. Ensuite, la contradiction avec l'art. 43 ne serait pas susceptible d'être résolue, étant donné que toute exportation d'une pénalité judiciaire se révélerait inutile, celle-ci ne pouvant être exclusivement prononcée qu'au lieu où le débiteur possède des biens et où elle sera par conséquent exécutée. L'art. 43 serait tout simplement lettre morte. En outre, étant donné que la pénalité judiciaire ne serait pas exportable, elle devrait à chaque fois être prononcée séparément dans chaque Etat dans lequel le débiteur a des biens. On assisterait non seulement à une atomisation de l'exécution forcée, mais la commination elle-même de la pénalité judiciaire devrait en outre intervenir simultanément dans tous ces Etats. En effet, si la commination intervient plus tard dans tel Etat signataire, elle y serait dépourvue d'effet utile, vu qu'elle ne pourrait y sanctionner un comportement qui se serait déroulée avant sa commination. En outre, l'atomisation de la compétence due à l'application de l'art. 16 ch. 5 provoquerait encore un autre effet secondaire néfaste: une seule contravention, qui probablement ne toucherait d'ailleurs que le territoire d'un seul Etat, permettrait le prononcé d'une pénalité judiciaire dans plusieurs Etats et de manière indépendante²⁴³⁸. Non seulement le débiteur serait soumis à de multiples procédures, mais il serait difficile à chaque juge saisi de déterminer le taux adéquat de la pénalité judiciaire, celle-ci devant être fixée en fonction de la faute du débiteur. Il devra tenir compte des autres procédures ouvertes à l'étranger, ce qui, pratiquement, semble difficilement réalisable, dans la mesure où ces dernières ne sont pas coordonnées. Enfin, cette interprétation conduirait à donner deux définitions différentes d'une même notion figurant dans la même phrase de l'art. 16 ch. 5, selon que l'on vise la "*matière d'exécution forcée*" ou "*les tribunaux de l'Etat contractant du lieu d'exécution*": dans le premier cas, on utiliserait une définition large, puisqu'on y assimilerait le simple prononcé d'une pénalité judiciaire; dans le deuxième cas, on se servirait d'une définition étroite,

²⁴³⁷ Cf. *supra*, Partie 3, I. B. 2. c).

²⁴³⁸ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 325, note 71.

puisque'on admettrait uniquement la compétence des tribunaux où la mesure doit être effectivement exécutée contre les biens du débiteur²⁴³⁹.

829. La compétence du lieu d'exécution de l'obligation elle-même doit également être écartée. D'abord, une telle limitation n'est contenue ni à l'art. 16 ch. 5, ni à l'art. 43 des Conventions. Ensuite, elle devrait faire appel à des critères de localisation hypothétiques. En effet, seule l'application de la contrainte directe permet de déterminer avec certitude le lieu d'exécution d'une obligation en matière d'exécution forcée. Or, la contrainte directe ne permet pas d'assurer l'exécution forcée d'obligations de ne pas faire et d'obligations de faire strictement personnelles. C'est précisément la contrainte indirecte, matérialisée par la pénalité judiciaire, qui est le moyen d'exécution par excellence de ces obligations²⁴⁴⁰. Enfin, la référence au lieu d'exécution de l'obligation ne trouve aucun appui dans le texte-même des Conventions; cela n'est d'ailleurs pas non plus souhaitable, dans la mesure où le for et/ou le patrimoine du débiteur peuvent être situés dans un autre Etat signataire que ce lieu hypothétique.

830. On voit donc bien que, tout comme en droit international général, dans l'espace judiciaire européen également la compétence pour prononcer une pénalité judiciaire est identique à celle pour juger au fond²⁴⁴¹. Mais comment les Conventions de Bruxelles et de Lugano permettent-elles de justifier cette solution ?

3. La distinction entre procédure méritoire et procédure d'exécution forcée dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano

a) L'adoption d'un critère fonctionnel

831. La qualification de la pénalité judiciaire dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano, nécessite d'abord de distinguer la procédure mé-

²⁴³⁹ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 324.

²⁴⁴⁰ Cf. *supra*, Partie 2, VI. D. 2.

²⁴⁴¹ D'ailleurs, l'art. 35 al. 1 du Protocole sur le règlement des litiges en matière de contrefaçon et de validité des brevets communautaires du 15 décembre 1989, pas encore en vigueur, prévoit que si un tribunal de brevets communautaires constate que l'intimé viole un brevet communautaire, il interdira son comportement, sauf si des raisons particulières devaient l'en retenir. En outre, il prononcera les mesures de droit interne permettant d'assurer le respect de son injonction. Or, il s'avère que la principale de ces mesures est précisément la pénalité judiciaire.

ritoire de la procédure d'exécution forcée. La distinction n'est pas simple, tant au niveau international qu'au niveau interne²⁴⁴². Et pourtant, des conséquences importantes sont tirées de cette distinction, tant pour la compétence directe que pour la reconnaissance et l'exécution forcée. Tout d'abord, seule la procédure méritoire est soumise aux règles sur la compétence directe - tant en vertu des Conventions de Bruxelles et de Lugano, qu'en vertu du droit conventionnel général et de la LDIP. Ensuite, seules les décisions issues de la procédure méritoire sont susceptibles d'exécution à l'étranger - au contraire des décisions d'exécution forcée et d'exequatur, auxquelles la procédure d'exequatur n'est pas ouverte²⁴⁴³.

832. Les Conventions de Bruxelles et de Lugano ne donnent pas de définition de la procédure méritoire. Et les descriptions qu'elles donnent de la procédure d'exécution forcée restent floues. Ce n'est dès lors qu'en se référant aux buts des dispositions de compétence directe que l'on peut classer dans l'une ou l'autre catégorie les instruments d'exécution forcée nationaux. A cet effet, la définition fonctionnelle que GULDENER donne des procédures méritoires, respectivement de l'exécution forcée, peut servir de limite générale et prétendre à une validité au-delà de la dynamique légale interne²⁴⁴⁴:

"Das Ziel des Erkenntnisverfahrens (Zivilprozess im engeren Sinne) ist es, Rechtsgewissheit im Einzelfall herzustellen; Ziel des Vollstreckungsverfahrens ist die zwangsweise Verwirklichung des rechtsgemässen Zustandes."

²⁴⁴² Cf. MÜLLER, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen*, p. 55.

²⁴⁴³ Cf. *supra*, Partie 3, II. C. 3: "Exequatur sur exequatur ne vaut pas." De cet adage, l'on déduit aussi que les décisions d'exécution forcée ne sont pas susceptibles d'exequatur. Cf. notamment MÜLLER, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen*, p. 59 qui argumente que les décisions d'exécution forcée ne sont pas susceptibles d'exécution forcée à l'étranger, vu leur caractère de droit public.

²⁴⁴⁴ Cf. GULDENER, *Zwangsvollstreckung und Zivilprozess*, p. 20. Une définition semblable, insistant sur le caractère fonctionnel de la procédure, se trouve aussi chez HABSCHEID/BERTI, n° 142; KUMMER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, p. 238; STAHELIN/SUTTER, § 25, n° 1.

b) La signification de la réglementation des compétences dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano

(1) Procédure au fond

833. Les compétences judiciaires du Titre II des Conventions de Bruxelles et de Lugano fixent la compétence du tribunal qui, en tenant compte de tous les intérêts en présence, sera le plus qualifié, territorialement, pour trancher le litige²⁴⁴⁵. Le critère déterminant est non pas la nationalité du défendeur, mais son domicile²⁴⁴⁶. La réglementation de la compétence directe est ainsi inspirée du principe de la protection des intérêts du défendeur²⁴⁴⁷. Le second principe sous-jacent aux règles de compétences directes, aux côtés du souci de protection du défendeur, est celui de l'autonomie de la volonté des parties de choisir librement leur for²⁴⁴⁸. La jurisprudence de la CJCE confirme la position du Rapport JENARD en lui donnant encore des contours plus prononcés: le lieu où le litige doit être porté devant les tribunaux doit être prévisible et déterminable²⁴⁴⁹. A nouveau, ce sont les droits du défendeur qui sont mis en avant²⁴⁵⁰, ce qui explique que dans l'arrêt *AS-Autoteile Service*, la Cour ait donné priorité à la compétence de l'art. 2 al. 1 par rapport à celle de l'art. 16 ch. 5²⁴⁵¹.

834. Le but de la réglementation de la compétence directe est dès lors clair. Dans les rapports de droit internationaux, il convient d'assurer la plus grande sécurité du droit possible dans la phase qui justement se concentre sur la réalisation des droits matériels des parties, car l'issue de cette phase ouvre celle de l'exécution forcée. En outre, le but de la réglementation de la compétence directe se définit également en rapport avec la deuxième partie des Conventions traitant de la reconnaissance et de l'exécution des décisions. Les buts de chacune des ces parties sont parfaitement synchronisés: ce n'est

²⁴⁴⁵ Cf. JENARD, *Rapport*, p. 20.

²⁴⁴⁶ Cf. JENARD, *Rapport*, p. 20.

²⁴⁴⁷ Cf. JENARD, *Rapport*, p. 26; CJCE, *Kloms c. Michel*, 16 juin 1981, aff. C-166/80, Rec. 1981, p. 1593.

²⁴⁴⁸ Art. 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

²⁴⁴⁹ CJCE, *Sté Jakob Handte et Cie c. Sté Traitements mécano-chimiques des surfaces*, 17 juin 1992, aff. C-26/91, Rec. 1992, p. 3967, n° 18; CJCE, *Custom Made Commercial Ltd c. Stawa Metallbau GmbH*, 29 juin 1994, aff. C-288/92, Rec. 1994, p. 2913, n° 12 et 13.

²⁴⁵⁰ CJCE, *Sté Jakob Handte et Cie c. Sté Traitements mécano-chimiques des surfaces*, 17 juin 1992, aff. C-26/91, Rec. 1992, p. 3967, n° 14.

²⁴⁵¹ CJCE, *A.S. Autoteile Service GmbH c. Mahlé*, 4 juillet 1985, aff. C-220/84, Rec. 1985, p. 2267, n° 15.

que parce que la première partie assure la sécurité du droit des parties concernées, notamment les droits du défendeur, qu'une réglementation relativement libérale de la reconnaissance et de l'exécution dans la deuxième partie par une procédure d'exequatur peut se justifier²⁴⁵².

(2) Procédure d'exécution forcée

835. Les compétences directes examinées ne sont adaptées qu'aux procédures méritoires dans lesquelles aucune décision au fond n'est encore intervenue, et non aux procédures qui tendent à l'exécution forcée de décisions déjà exécutoires²⁴⁵³. En revanche, en rapport avec l'exécution forcée de décisions déjà rendues, les aspects mentionnés de la compétence directe cèdent leur place au respect de la souveraineté des Etats tiers et aux aspects d'ordre pratique²⁴⁵⁴.

836. L'importance du respect de la souveraineté est déjà démontrée par le texte même de l'art. 16 ch. 5, dont la version allemande dispose que sont compétents "... *die Gerichte des Vertragsstaates, in dessen Hoheitsgebiet*"²⁴⁵⁵ *die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll oder durchgeführt worden ist*". Par ailleurs, même si les Conventions renvoient aussi à d'autres endroits aux fors du droit interne - par exemple à l'art. 24 - elles n'y utilisent pas le terme "*Hoheitsgebiet*," mais seulement celui d'"*autorités judiciaires de cet Etat [contractant]*". Enfin, le Rapport JENARD insiste également sur l'importance de la notion de souveraineté en qualifiant de mesures d'exécution "*les contestations auxquelles peuvent donner lieu le recours à la force, à la contrainte, ou à la dépossession*"²⁴⁵⁶. Or, l'exercice de la force constitue l'illustration par excellence d'un acte de souveraineté. Positivement, un Etat ne pourra exécuter un acte de souveraineté que dans les limites de son territoire. Négativement, il n'a pas à tolérer l'exercice d'un acte de souveraineté sur son territoire par un Etat tiers²⁴⁵⁷. La Cour de Justice insiste également sur cet aspect du respect de la souveraineté lorsqu'elle applique l'art. 16 ch. 5

²⁴⁵² CJCE, *Kloms c. Michel*, 16 juin 1981, aff. C-166/80, Rec. 1981, p. 1593, n° 17. L'on peut mentionner à ce titre l'interdiction faite au juge de l'exequatur de contrôler la compétence internationale et locale du juge d'origine (art. 28 al. 1 des Conventions de Bruxelles et de Lugano *a contrario*).

²⁴⁵³ CJCE, *Owens Bank Ltd c. Fulvio Bracco et Bracco Industria Chimica SpA*, 20 janvier 1994, aff. C-129/92, Rec. 1994, p. 117, concl. de l'avocat général LENZ, n° 46.

²⁴⁵⁴ Cf. GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 16, n° 267-268.

²⁴⁵⁵ C'est nous qui soulignons.

²⁴⁵⁶ Cf. JENARD, *Rapport*, n° 83.

²⁴⁵⁷ Cf. *supra*, Partie 3, I. A. 2.

de la Convention de Bruxelles. Dans l'arrêt *Reichert II*, elle précise qu'il convient de tenir compte, lors de l'interprétation de cette disposition, du fait que la raison principale de la compétence exclusive des tribunaux du lieu d'exécution de la décision réside dans le principe qu'il appartient aux seuls tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel l'exécution doit être mise en oeuvre d'appliquer sur ce territoire les dispositions régissant l'activité des autorités d'exécution²⁴⁵⁸.

837. Outre les considérations de souveraineté, des raisons d'ordre pratique commandent également d'attribuer exclusivement la compétence d'exécution, notamment l'exercice du pouvoir de contrainte, aux tribunaux du lieu où ces mesures prendront effectivement place, notamment au domicile du débiteur ou au lieu de situation de ses biens²⁴⁵⁹.

838. Cependant, ces deux critères constituent les seules justifications permettant de contourner les compétences directes ordinaires de la procédure méritoire, considérées comme justes et édictées dans l'intérêt des parties²⁴⁶⁰. En effet, une procédure d'exécution forcée conduite en un lieu dont le lien avec les parties ou l'objet du litige est minimal ne sera pas aussi préjudiciable aux parties que la conduite de la procédure méritoire elle-même à ce même lieu, étant donné que seuls des moyens limités peuvent être invoqués dans la procédure d'exécution forcée contre la compétence admise dans la procédure méritoire. Cette restriction de l'objet de la procédure d'exécution forcée permet aussi d'imaginer des fors d'exécution dont le lien avec les parties ou l'objet est ténu, au contraire des fors ordinaires du Titre II des Conventions. Cela explique aussi pourquoi les parties seront moins touchées par la restriction de leur autonomie en matière d'exécution forcée - exclusion des fors prorogés²⁴⁶¹ et exclusion du for fondé sur la comparution

²⁴⁵⁸ CJCE, *Reichert c. Dresdner Bank (Reichert II)*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, Rec. 1992, p. 2149, n° 26.

²⁴⁵⁹ CJCE, *Sanders c. van der Putte*, 14 décembre 1977, aff. C-73/77, Rec. 1977, p. 2383, n° 10-11. GEIMER/SCHÜTZE, ad Art. 16, n° 268 parlent de "Rechtsnähe."

²⁴⁶⁰ Cf. notamment KAUFMANN-KOHLER, *Commandement de payer*, p. 560.

²⁴⁶¹ Art. 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

volontaire²⁴⁶² en cette matière - que s'ils l'étaient dans le cadre de la procédure au fond²⁴⁶³.

(3) Procédure d'exequatur

839. La procédure d'exequatur est régie par une règle de compétence propre - même si elle n'est que locale -, sise dans le Titre III des Conventions portant sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. Il s'agit de l'art. 32 ch. 2 qui dispose que la requête d'exequatur doit être présentée à l'autorité du domicile de la partie contre laquelle l'exécution est demandée. Si cette partie n'est pas domiciliée sur le territoire de l'Etat requis, la compétence est déterminée par le lien d'exécution.

840. Cet emplacement hors du Titre II sur la compétence directe se justifie, car le champ d'application territorial du Titre III sur la reconnaissance et l'exécution ne correspond pas à celui du Titre II: la procédure d'exequatur selon les Conventions ne s'applique que si une décision issue d'un autre Etat signataire est déclarée exécutoire²⁴⁶⁴, alors que les chefs de compétence du Titre II s'appliquent déjà lorsque le défendeur a son domicile dans un Etat signataire²⁴⁶⁵. Cependant, de par sa fonction, la procédure d'exequatur est à situer dans le voisinage de la procédure d'exécution forcée: elle est une condition nécessaire pour l'exécution forcée d'une décision étrangère et exige dès lors l'existence d'une compétence internationale dans l'Etat d'exécution, déterminées soit par le domicile du défendeur, soit par le lieu d'exécution²⁴⁶⁶. Pour cette raison aussi, l'art. 16 ch. 5 a été considéré comme un corps étranger dans le Titre II, dont la place serait plutôt dans le Titre III concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères²⁴⁶⁷. Il en résulte que la procédure d'exequatur ne doit pas être considérée comme une troisième catégorie de procédure, en ce qui concerne la question de la compétence internationale. Elle appartient clairement à la procédure d'exécution forcée.

²⁴⁶² Art. 18 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

²⁴⁶³ CJCE, *Reichert c. Dresdner Bank (Reichert II)*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, Rec. 1992, p. 2149, n° 25; cf. aussi KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 16, n° 3.

²⁴⁶⁴ CJCE, *Owens Bank Ltd c. Fulvio Bracco et Bracco Industria Chimica SpA*, 20 janvier 1994, aff. C-129/92, Rec. 1994, p. 117, n° 25.

²⁴⁶⁵ Art. 4 *a contrario* des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

²⁴⁶⁶ Cf. art. 32 al. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano; CJCE, *Owens Bank Ltd c. Fulvio Bracco et Bracco Industria Chimica SpA*, 20 janvier 1994, aff. C-129/92, Rec. 1994, p. 117, n° 24.

²⁴⁶⁷ CJCE, *Owens Bank Ltd c. Fulvio Bracco et Bracco Industria Chimica SpA*, 20 janvier 1994, aff. C-129/92, Rec. 1994, p. 117, concl. de l'avocat général LENZ, n° 46.

c) Conclusion

(1) Interprétation restrictive de la compétence d'exécution de l'art. 16 ch. 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano

841. La Cour de Justice a tendance à favoriser l'application de certaines règles de compétence juridictionnelle par rapport à d'autres, en partant du but assigné à chaque critère de compétence et de la nécessité de protéger les intérêts que chacun de ces critères représentent. Dans ce contexte, la compétence ordinaire de l'art. 2 al. 1 est centrale, garante de la protection des droits du défendeur. Les compétences exclusives de l'art. 16 seront dès lors interprétées de manière particulièrement restrictive, par rapport à la compétence ordinaire de l'art. 2 al. 1²⁴⁶⁸, voire même par rapport à toutes les autres compétences de la Convention²⁴⁶⁹. Enfin, de manière spécifique, la CJCE a précisé sa jurisprudence restrictive dans les arrêts *Reichert II* et *Owens Bank* en l'appliquant précisément à la compétence d'exécution de l'art. 16 ch. 5²⁴⁷⁰.

(2) Distinction entre la contrainte directe et la contrainte indirecte dans l'exécution forcée

842. Le Rapport JENARD précise²⁴⁷¹, à l'appui de l'art. 16 ch. 5, que la matière de l'exécution vise *"les contestations auxquelles peuvent donner lieu le recours à la force, à la contrainte, ou à la déposssession de biens meubles et immeubles en vue d'assurer la mise en oeuvre matérielle des décisions, des actes"*. Cette intervention matérielle justifie la compétence des autorités du lieu où les mesures doivent effectivement être prises, s'expliquant par le fait que l'exécution forcée est destinée à produire un impact matériel sur une situation donnée. Il semble ainsi approprié d'attribuer cette compétence aux autorités qui sont, matériellement, les plus à même de produire l'effet voulu. Cette réglementation n'est cependant impérative que dans les situations où c'est l'exercice de la force physique elle-même qui entre en ligne de compte comme mesure d'exécution forcée. Si l'exécution est recherchée par une mesure de contrainte indirecte, son succès ne dépend pas forcément de

²⁴⁶⁸ CJCE, *A.S. Autoteile Service GmbH c. Mahlé*, 4 juillet 1985, aff. C-220/84, Rec. 1985, p. 2267, n° 14-17.

²⁴⁶⁹ CJCE, *Reichert c. Dresdner Bank (Reichert II)*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, Rec. 1992, p. 2149, n° 25.

²⁴⁷⁰ CJCE, *Reichert c. Dresdner Bank (Reichert II)*, 26 mars 1992, aff. C-261/90, Rec. 1992, p. 2149, n° 25; CJCE, *Owens Bank Ltd c. Fulvio Bracco et Bracco Industria Chimica SpA*, 20 janvier 1994, aff. C-129/92, Rec. 1994, p. 117, n° 24.

²⁴⁷¹ Cf. JENARD, *Rapport*, n° 83.

son prononcé par l'autorité du lieu où la mesure sera effectivement exécutée par la suite²⁴⁷². En effet, l'exécution forcée se déroulera en deux temps: à la commination et à la fixation du moyen de contrainte indirecte suivra, le cas échéant, son recouvrement, qui, lui, pourra impliquer des mesures d'exécution directe proprement dites. Cette dissociation explique aussi pourquoi ordonner ou autoriser la mesure de contrainte indirecte extraterritoriale ne porte pas atteinte à la souveraineté de l'Etat sur le territoire duquel se trouve les biens à réaliser. Elle s'assimile au contraire aux décisions autorisant une mesure d'exécution sur des biens situés à l'étranger²⁴⁷³; elles n'impliquent pas plus d'immixtion dans l'action des organes étrangers chargés de l'exercice de la coercition que celui de prononcer un jugement ordinaire de condamnation, devant lui aussi être exécuté hors de son pays d'origine: dans les deux cas, la souveraineté de l'Etat étranger est protégée par les règles d'exequatur et par la soumission des formes d'exécution à la loi du lieu de réalisation de la mesure de contrainte²⁴⁷⁴. Il semble dès lors aller de soi, dans l'espace judiciaire européen également, d'appliquer au prononcé de la contrainte indirecte les principes généraux de la compétence juridictionnelle directe, tels qu'ils sont appliqués à la procédure méritoire. Cette différence se concrétise aussi par la possibilité de prononcer une mesure de contrainte indirecte à un for prorogé, alors qu'on envisage difficilement l'exercice du pouvoir de contrainte directe par une telle autorité prorogée.

(3) La pénalité judiciaire n'est pas une mesure d'exécution selon l'art. 16 ch. 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, mais une condamnation accessoire

843. Il résulte de ce qui précède que dans l'espace judiciaire européen, la pénalité judiciaire ne doit pas être qualifiée de mesure d'exécution. Au contraire, elle doit être qualifiée de condamnation accessoire, comme elle l'est

²⁴⁷² Cf. GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, p. 623.

²⁴⁷³ CJCE, *de Cavel c. dame de Cavel (de Cavel I)*, 27 mars 1979, aff. C-143/78, Rec. 1979, p. 1055 (compétence du juge de fond français pour autoriser l'apposition de scellés sur les meubles situés dans l'appartement des époux en Allemagne et pour prononcer la saisie de biens et comptes de l'épouse dans deux établissements bancaires en Allemagne); CJCE, *Denilauler c. S.N.S Couchet Frères*, 21 mai 1980, aff. C-125/79, Rec. 1980, p. 1553 (compétence du juge de fond français pour prononcer une saisie-conservatoire à l'encontre du débiteur domicilié en Allemagne sur un compte bancaire auprès d'une banque à Francfort); CJCE, *Brennero c. Wendel*, 27 novembre 1984, aff. C-258/83, Rec. 1984, p. 3971 (compétence du juge de fond italien pour prononcer un *sequestro conservativo* sur des biens situés en Allemagne).

²⁴⁷⁴ Cf. notamment GAUDEMET-TALLON, n° 101; GOTHOT/HOLLEAUX, n° 158, p. 91; KOCH, *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung*, p. 200.

dans les systèmes issus du droit romain, qui précède une mesure d'exécution directe, en l'occurrence celle visant à recouvrer la pénalité judiciaire elle-même si elle n'est pas payée. Dès lors, l'art. 16 ch. 5 des Conventions ne s'applique pas aux mesures de contrainte indirecte, en particulier aux pénalités judiciaires, et le tribunal compétent au fond est également compétent prononcer la pénalité judiciaire, même si elle accompagne une injonction extraterritoriale²⁴⁷⁶. Les tribunaux des Etats membres ont d'ailleurs déjà prononcé des pénalités judiciaires dans les cas les plus divers ayant un lien d'extranéité²⁴⁷⁶. Cela implique que si le débiteur détient des biens dans l'Etat d'origine, la pénalité judiciaire pourra y être exécutée sans aucune condition supplémentaire, même si l'injonction qu'elle accompagne n'est pas reconnue dans l'Etat du lieu d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire. En revanche, cette réglementation de la compétence de prononcer une pénalité judiciaire extraterritoriale aura comme conséquence, pas forcément désirable, qu'une obligation de faire qui doit être exécutée dans un Etat tiers peut être assortie d'une pénalité judiciaire même si l'Etat en question ne connaît pas la possibilité d'assurer l'exécution de dite obligation par une telle mesure²⁴⁷⁷. Enfin, il résulte de l'art. 43 que le juge compétent pour prononcer la condamnation principale - même s'il ne l'est qu'en vertu de l'art. 24 des Conventions - et qui a assorti sa décision d'une pénalité judiciaire est aussi compétent fixer définitivement cette dernière²⁴⁷⁸.

C. La pénalité judiciaire dans l'Etat de reconnaissance

844. La problématique de la pénalité judiciaire dans l'Etat de reconnaissance couvre deux hypothèses: soit le titre étranger à reconnaître est assorti d'une pénalité judiciaire liquidée et l'exécution forcée de cette dernière s'effectuera selon l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano (1); soit le titre étranger à reconnaître provient d'un Etat qui ne connaît pas la pénalité judiciaire ou est assorti d'une pénalité judiciaire non liquidée et son exécution forcée sera assurée, le cas échéant, par le prononcé d'une nouvelle pénalité judiciaire dans l'Etat requis (2). Dans le cas de la reconnaissance d'une pénalité judiciaire prononcée et liquidée à l'étranger, il convient encore

²⁴⁷⁶ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 326; SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 16, n° 26; TREIBMANN, p. 115.

²⁴⁷⁶ Cf. *supra*, Partie 3, I. A. 3. c).

²⁴⁷⁷ Cf. *infra*, Partie 3, III. C. 2. b) et c).

²⁴⁷⁸ Arr. Rb. Rotterdam, 4 février 1983, NJ 1985, n° 417, p. 319.

d'examiner dans quelle mesure la réserve d'ordre public peut constituer un obstacle à sa reconnaissance (3).

1. La reconnaissance à l'étranger de la pénalité judiciaire prononcée dans l'Etat d'origine

a) L'exigence du caractère définitif de la pénalité judiciaire

845. La divergence existant entre le caractère provisoire ou définitif de l'astreinte française explique la formulation de l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano²⁴⁷⁹ : lorsque le juge de l'Etat requis est appelé à reconnaître une décision portant condamnation à payer une pénalité judiciaire, il devra tout d'abord s'assurer que la décision présentée fixe de manière définitive le montant de cette dernière. Seules les pénalités judiciaires dont le montant est définitivement fixé sont susceptibles d'être reconnues et exécutées à l'étranger. Cette précision se devait de figurer expressément dans la Convention de Bruxelles, puis dans la Convention de Lugano, puisque le principe général qu'elles énoncent est celui de l'exequatur des décisions simplement exécutoires²⁴⁸⁰. Il ne suffit cependant pas que le montant dû soit déterminable, par exemple en multipliant le nombre des contraventions par le montant prévu pour chaque contravention²⁴⁸¹. Le montant dû doit résulter expressément de la décision étrangère dont la reconnaissance est demandée²⁴⁸². A défaut, la requête d'exequatur sera mal fondée²⁴⁸³.

846. Cela signifie également, *a contrario*, que la fixation du montant définitif ne pourra pas être l'oeuvre du juge de l'exequatur. La question se pose particulièrement dans le cas de l'astreinte des pays du Benelux. En effet, l'astreinte Benelux, définitive dès sa commination, est exécutoire dès son prononcé, mais pas encore définitivement fixée, et n'est dès lors, sous le régime des Conventions de Bruxelles et de Lugano, pas susceptible de reconnaissance, alors qu'elle l'est sous la loi uniforme Benelux, étant donné que la

²⁴⁷⁹ Cf. SCHLOSSER, *Rapport*, n° 213.

²⁴⁸⁰ Art. 31 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Dans l'affaire *Denilauler c. S.N.S Couchet Frères*, 21 mai 1980, aff. C-125/79, Rec. 1980, p. 1553, la CJCE a admis le principe de la reconnaissance d'une mesure provisoire.

²⁴⁸¹ Cf. SCHLOSSER, *Rapport*, n° 213.

²⁴⁸² Cf. notamment GOTHOT/HOLLEAUX, n° 365; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 43, n° 1.

²⁴⁸³ SA *La Médicale Equipex c. Soc. Farmitalia Erba SRL Fice*, CA Versailles, 25 janvier 1989, O. 1989 I.R., p. 64; *Richard c. Europroducts*, Civ. Arlon (1ère ch.), 27 décembre 1996, J.T. 1997, p. 781.

décision du juge qui prononce l'astreinte, une fois revêtue de la formule exécutoire, peut servir de titre à l'exécution forcée de l'astreinte²⁴⁸⁴. Dans une affaire où étaient demandées la reconnaissance et l'exécution en France d'une astreinte belge, la Cour d'appel de Paris a strictement exigé le respect des conditions de l'art. 43 et a jugé que *"le bénéficiaire de l'astreinte doit, préalablement à l'exécution dans l'Etat requis, obtenir une décision de justice statuant, sous une forme définitive, sur son montant et s'apparentant à une condamnation pure et simple du paiement d'une somme"*²⁴⁸⁵. Le fait que la législation de l'Etat d'origine n'exige pas la liquidation de l'astreinte, parce que celle-ci est déjà définitive dès sa commination, n'y change rien. En effet, le bénéficiaire *"ne peut se prévaloir de la législation de l'Etat d'origine même si - comme en droit belge ou néerlandais - cette législation n'impose pas au bénéficiaire d'obtenir un nouveau titre en justice avant de poursuivre le recouvrement de l'astreinte"*²⁴⁸⁶. Cette exigence supplémentaire semble s'expliquer par le fait que le titre dont la reconnaissance est demandée n'est pas suffisamment déterminé. En effet, alors que dans le cas d'un titre condamnant par exemple à des intérêts, la détermination du montant dû par le juge de l'exequatur est admise, il n'est pas possible de déterminer à partir de l'astreinte non liquidée, même si elle est définitive, si cette dernière est réellement due, car le respect de la condamnation principale qu'elle est censée assurer ne peut pas se déduire du prononcé de l'astreinte lui-même²⁴⁸⁷. Sur cette base, SCHLOSSER propose de différencier entre la pénalité judiciaire qui assortit une obligation de faire et celle qui assortit une obligation de ne pas faire. La première peut être fixée définitivement par le juge de l'exequatur sur la base des indications données par le créancier, alors que pour la seconde, le juge de l'exequatur ne pourra pas, pour des raisons de sécurité du droit et de protection des droits du défendeur, se fonder sur les seules déclarations du créancier²⁴⁸⁸.

²⁴⁸⁴ Art. 3, 2e phrase de la loi uniforme.

²⁴⁸⁵ *Sàrl Hugo Boss c. Société BVBA Boss Invest*, Paris, 1ère Chambre civile, 7 juillet 1992, D. 1992 I.R., p. 226; ERPL 2 (1994), p. 399-408, obs. Remien, Oliver. La Cour d'appel de Paris a ultérieurement confirmé sa position dans *Eurosensory c. Tieman et BEE*, CA Paris, 28 janvier 1994, RDPI 1995, p. 18.

²⁴⁸⁶ *Sàrl Hugo Boss c. Société BVBA Boss Invest*, Paris, 1ère Chambre civile, 7 juillet 1992, D. 1992 I.R., p. 226.

²⁴⁸⁷ Cette différence entre la reconnaissance de titres portant condamnation à des intérêts et ceux portant condamnation à une astreinte a récemment été relevée par le BGH, 4 mars 1993, MDR 1993, p. 904.

²⁴⁸⁸ Cf. SCHLOSSER, *EuGVÜ*, ad Art. 43, n° 5.

847. Le point de vue de la Cour d'appel de Paris peut paraître erroné, non pas parce que dans l'hypothèse où la législation nationale reconnaît d'emblée le caractère définitif de l'astreinte prononcée, son bénéficiaire pourra s'en prévaloir directement²⁴⁸⁹, mais peut-être parce que cette exigence française, respectivement de l'art. 43 des Conventions, constitue une restriction injustifiée à l'une des libertés fondamentales du Traité de Rome, respectivement d'Amsterdam²⁴⁹⁰. En effet, ces libertés fondamentales interviennent aussi en matière de droit privé, notamment en matière de procédure civile²⁴⁹¹. Il est cependant indéniable que la nécessité de la liquidation est justifiée par le respect de la protection du débiteur et par la sécurité du droit. Cette exigence a deux conséquences pour ces pays. D'abord, la Convention de Bruxelles a - paradoxalement - alourdi les conditions de reconnaissance de l'astreinte entre les pays du Benelux²⁴⁹². Ensuite, lorsque la reconnaissance à l'étranger d'une astreinte Benelux est envisagée, le créancier devra requérir préalablement devant le juge d'origine une décision constatant que le débiteur est passible d'une astreinte et fixant le montant définitif de celle-ci²⁴⁹³.

848. Enfin, si le caractère définitif doit simplement être confirmé, cela signifie-t-il aussi que la pénalité judiciaire doit être véritablement due ? L'art. 43 ne parle que de montant "*définitivement fixé*", et non du caractère payable de l'astreinte. Selon KROPHOLLER, l'art. 43 signifie uniquement que le montant total de l'astreinte doit résulter définitivement de la décision étrangère²⁴⁹⁴. Même si la formulation de l'art. 43 invite à penser que l'astreinte étrangère doit être irrévocablement due à son bénéficiaire, à l'instar d'un jugement pécuniaire, une totale irrévocabilité ne saurait être exigée. En

²⁴⁸⁹ *Contra*: DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 2, n° 2219.

²⁴⁹⁰ En ce sens, cf. les observations de REMIEN à l'arrêt *Hugo Boss* précité, ERPL 2 (1994), p. 404-405.

²⁴⁹¹ Cf. EHRICKE, *Art. 12 I (ex 6 I) EG-Vertrag und das nationale Zivilprozessrecht*, p. 312; SCHLOSSER, *Die europäische justizielle Infrastruktur*, p. 250-257 et la nombreuse jurisprudence de la CJCE en matière de *cautio judicatum solvi*, en dernier lieu CJCE, *Stephen Austin Saldanha et MTS Securities Corporation c. Hross Holding AG*, 2 octobre 1997, aff. C-122/96, Rec. 1997, p. 5325 ainsi qu'en matière de séquestre en cas d'exécution d'un jugement à l'étranger; CJCE, *Firma Mund und Fester c. Firma Hatrex International Transport*, 10 février 1994, aff. C-398/92, Rec. 1994, p. 467.

²⁴⁹² Civ. Bruxelles, 31 octobre 1973, RW 1973-1974, col. 882. Cf. DE BOER, p. 805.

²⁴⁹³ Trib. Arr. Rotterdam, 4 février 1983, NJ 1985, n° 417; Ger. Hof. Leeuwarden, 7 avril 1982, NJ 1983, n° 406; Ger. Hof. Amsterdam, 27 février 1992, NJ 1993, n° 453; Ger. Hof. de La Haye, 21 mai 1992, NJ 1993, n° 238. La possibilité de cette décision constatatoire est prévue par l'Exposé des motifs communs, ad art. 3, Jur. Benelux 2 (1980-1981), p. 115, p. 122.

²⁴⁹⁴ Cf. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 43, n° 1.

effet, une astreinte peut être définitivement fixée, alors même que reste ouverte la possibilité d'annuler la décision principale. Ainsi, la valeur à donner aux termes "*définitivement fixé*" ne doit pas aller au-delà de leur signification première: ils concernent uniquement le *montant* de l'astreinte, indépendamment de la possibilité d'annuler la décision au fond et de demander la restitution des montants payés à tort sur la base des règles concernant l'enrichissement illégitime. La solution contraire impliquerait que la reconnaissance de l'astreinte étrangère serait subordonnée à l'autorité de chose jugée de la décision principale, ce qui serait aller au-delà des exigences expresses des Conventions²⁴⁹⁵.

b) L'influence du caractère accessoire de la pénalité judiciaire

849. Le caractère accessoire de la pénalité judiciaire implique formellement que la requête d'exequatur doit être accompagnée des documents mentionnés aux art. 27, 46 et 47 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, tant en ce qu'ils concernent la décision définitive portant condamnation à la pénalité judiciaire qu'en ce qu'ils concernent la décision principale²⁴⁹⁶. En effet, le caractère accessoire de la pénalité judiciaire exige que la décision principale qu'elle accompagne soit elle-même susceptible de reconnaissance et d'exécution selon les règles des Conventions, notamment qu'elle entre dans son champ d'application²⁴⁹⁷. Plus intéressante est la question de savoir comment doit se comporter le juge de l'exequatur qui est requis de déclarer exécutoire une pénalité judiciaire définitive assortissant une injonction de faire ou de ne pas faire étrangère qui doit être exécutée dans un Etat tiers, alors que cet Etat tiers ne connaît pas la possibilité d'assurer l'exécution de dite obligation par une pénalité judiciaire, parce que, par exemple, il prévoit l'exécution directe. Nous pensons que rien ne s'oppose à l'importation de cette pénalité judiciaire dans l'Etat requis, car l'exécution forcée est déterminée par la *lex fori*. En revanche, qu'en est-il si c'est l'exécution en nature elle-même qui ne pourrait pas être obtenue dans l'Etat tiers, en raison de la protection de la personnalité du débiteur par exemple²⁴⁹⁸, ou si la condamnation principale viole l'ordre public de l'Etat requis ? Nous verrons que ces questions peuvent

²⁴⁹⁵ Art. 31 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

²⁴⁹⁶ *Sarl Hugo Boss c. Société BVBA Boss Invest*, Paris, 1ère Chambre civile, 7 juillet 1992, D. 1992 I.R., p. 226.

²⁴⁹⁷ Cf. KAYE, *Civil Jurisdiction*, n° 1358; REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 318; STAUDER, *Anwendung*, p. 475; TREIBMANN, p. 151-152.

²⁴⁹⁸ Par exemple, l'obligation pour un employeur de réintégrer un travailleur est autorisée dans l'Etat d'origine, mais pas dans l'Etat de reconnaissance.

aussi se poser au juge de l'exequatur auquel il est demandé d'assortir la décision étrangère d'une pénalité judiciaire. Aussi, elles feront l'objet d'un traitement commun ci-après²⁴⁹⁹.

c) La reconnaissance d'une pénalité judiciaire assortissant une sentence arbitrale

850. Qu'en est-il de la pénalité judiciaire prononcée par un tribunal arbitral ? Selon DONZALLAZ, une astreinte prononcée par un arbitre n'est pas susceptible d'être reconnue et exécutée à l'étranger sur la base de l'art. 43 des Conventions²⁵⁰⁰ : il faudrait que le prononcé soit le fait d'une autorité judiciaire au sens strict, et non d'un arbitre ; en effet, aucune décision arbitrale n'étant susceptible d'être reconnue en vertu des Conventions, indépendamment du domaine du droit sur lequel elle porte, il n'y a pas lieu de modifier ce principe pour les astreintes²⁵⁰¹. Ce raisonnement ne vaut tel quel que pour les pénalités judiciaires prononcées par des arbitres procédant selon le code de procédure belge ou néerlandais, étant donné que l'astreinte qu'ils prévoient est définitive²⁵⁰². En revanche, qu'en est-il de l'astreinte prononcée par un arbitre siégeant en France ? Nous avons vu qu'on y considère que l'arbitre aura épuisé son pouvoir juridictionnel avec le prononcé de la sentence, le cas échéant accompagné d'une astreinte, et qu'il ne pourra proroger sa mission afin de procéder à la liquidation de l'astreinte²⁵⁰³. Cette opération sera l'oeuvre du juge civil. Selon le critère de DONZALLAZ, à savoir la qualité de l'auteur de la décision dont l'exequatur est demandé, cette astreinte-là devrait être reconnue. Or, nous ne le pensons pas. En effet, le caractère accessoire de l'astreinte empêchera ici aussi la reconnaissance dans le cadre des Conventions, étant donné qu'une telle astreinte vise à assurer l'exécution d'une sentence arbitrale, dont la reconnaissance est expressément exclue par les Conventions²⁵⁰⁴.

²⁴⁹⁹ Cf. *infra*, Partie 3, III. C. 3.

²⁵⁰⁰ Cf. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 2, n° 2220.

²⁵⁰¹ *Ibid.*

²⁵⁰² Cf. *supra*, Partie 2, III. E. 1. c) (1) et (2).

²⁵⁰³ Cf. *supra*, Partie 2, I. E. 1. d).

²⁵⁰⁴ Art. 1 al. 2 ch. 4.

2. Le prononcé d'une nouvelle pénalité judiciaire dans l'Etat requis

851. La faculté pour le juge de l'Etat requis de prononcer lui-même une pénalité judiciaire assortissant le jugement dont l'exequatur est demandé est un pilier fondamental du système d'exécution forcée transfrontière que nous préconisons, dans lequel le créancier peut décider librement dans quel Etat il entend demander la fixation de la méthode d'exécution forcée. En droit autonome, cette faculté est reconnue. Cependant, il convient d'examiner s'il en est de même dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano, justement parce que celles-ci prévoient expressément la reconnaissance des pénalités judiciaires prononcées à l'étranger. La question peut surgir dans deux situations. Soit le juge du fond n'a tout simplement pas prononcé de pénalité judiciaire, parce qu'il ne l'estimait pas nécessaire ou parce que sa législation nationale ne le lui permettait pas. Soit le juge du fond a prononcé une pénalité judiciaire, mais celle-ci n'a pas ou pas encore été liquidée.

a) Les arguments inhérents aux Conventions de Bruxelles et de Lugano en faveur du prononcé d'une nouvelle pénalité judiciaire dans l'Etat requis

(1) La pénalité judiciaire ne constitue pas un complément à la décision étrangère

852. Le premier argument qui a été avancé pour refuser au juge de l'exequatur la faculté de prononcer une nouvelle pénalité judiciaire repose sur le principe de la séparation claire entre la procédure méritoire et la procédure d'exécution forcée, concrétisé à l'art. 31 des Conventions. Il a été soutenu en France²⁵⁰⁵ et en Belgique²⁵⁰⁶ que le juge qui assortit sa décision d'exequatur d'une astreinte, alors que celle-ci ne figurait pas dans la décision étrangère, ajoutait un *complément* à cette dernière, dans la mesure où l'astreinte donnait au créancier une prétention en argent supplémentaire²⁵⁰⁷. Or, la possibilité d'accueillir une demande additionnelle paraît rigoureusement exclue dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano: l'art. 31 ne donne comme

²⁵⁰⁵ *Dietrich Garski c. Brigitte Bolelli et Société Unger Flugreisen c. Sté Diallo Voyages*, TGI Paris, ordonnances du 26 février 1980, *Gaz. Pal.* 1980, I, p. 308, obs. Mauro; RCDIP 69 (1980), p. 782-787, obs. Gaudemet-Tallon, Hélène, qui approuve la décision.

²⁵⁰⁶ Cf. notamment DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 242.

²⁵⁰⁷ Etant donné que le *contempt of court* anglais, les *Zwangsgeld* et *Ordnungsgeld* allemands et les différentes amendes d'ordre cantonales sont attribuées au Trésor, cet argument tombe déjà de ce seul fait pour ces moyens d'exécution forcée. Cf. STUTZ, p. 169 et p. 180.

mission au juge de l'exequatur que de revêtir la décision étrangère de la formule exécutoire²⁵⁰⁸. A ce titre, la CJCE s'est prononcée pour une théorie édulcorée de l'extension des effets du jugement étranger²⁵⁰⁹, suivant en cela la formule de DROZ²⁵¹⁰: "*un jugement étranger ne devrait avoir dans le pays requis plus d'effets qu'il n'en a dans son pays d'origine, mais par ailleurs, il ne devrait pas non plus avoir dans le pays requis plus d'effets que n'en ont les jugements locaux.*"

853. Nous prétendons que le prononcé d'une pénalité judiciaire dans l'Etat de reconnaissance ne viole pas cette théorie. En effet, elle ne change ni la nature, ni le contenu de la décision dont l'exequatur est demandé. Elle ne donne pas plus de droits au créancier qu'il n'en détient déjà; elle ne sert qu'à assurer l'exécution de la décision principale. Le fait qu'en France et au Benelux le bénéficiaire de l'astreinte soit le créancier lui-même est une particularité des droits nationaux et ne saurait permettre de considérer l'astreinte comme un plus par rapport au titre dont l'exequatur est requis²⁵¹¹. Bien qu'elle forme, après sa liquidation, une nouvelle prétention, ni contenue dans le titre dont l'exequatur est demandé, ni dérivant de ce dernier, elle ne résulte pas du droit matériel et ne constitue dès lors pas une ingérence prohibée dans la compétence du juge du fond. Elle trouve sa justification uniquement dans la *lex fori* de l'Etat requis, auquel il n'est pas interdit de prononcer de nouvelles obligations à charge du débiteur²⁵¹². D'ailleurs, en France à tout le moins, la réforme du droit de l'exécution a expressément supprimé cette impossibilité, dans la mesure où l'art. 33 al. 2 de la loi du 9 juillet 1991 concernant les réformes des procédures civiles d'exécution dispose expressément que le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge "*si les circonstances en font apparaître la nécessité.*" Rien n'empêche que cet "autre juge" soit un juge étranger.

²⁵⁰⁸ Sur le problème du complément au jugement, cf. DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 2, n° 3389-3422.

²⁵⁰⁹ CJCE, *Hoffmann c. Krieg*, 4 février 1988, aff. C-145/86, Rec. 1988, p. 645. Sur les différentes théories, cf. MÜLLER, *Annerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen*, p. 200-213.

²⁵¹⁰ Cf. DROZ, *Compétence judiciaire*, n° 448.

²⁵¹¹ Cf. STUTZ, p. 76.

²⁵¹² Cf. STUTZ, p. 74.

(2) L'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano est une norme de reconnaissance et de coordination

854. Certains ont trouvé un argument supplémentaire pour refuser d'assortir la condamnation étrangère d'une nouvelle pénalité judiciaire dans l'art. 43 lui-même. En effet, s'il s'avère que l'Etat d'origine est compétent pour prononcer une pénalité judiciaire et qu'il est aussi compétent pour en fixer définitivement le montant, l'on peut légitimement se demander si cette compétence n'est pas exclusive. Cette position est notamment défendue en Belgique par DE LEVAL/COMPERNOLLE²⁵¹³, qui estiment que la compétence du juge de l'Etat d'origine est exclusive, sous peine de voir le juge de l'Etat requis modifier le contenu du titre exécutoire constitué par la décision revêtue de l'exequatur. Dans le même sens, et en allant encore plus loin, on pourrait considérer comme "choquant"²⁵¹⁴ que le tribunal de l'Etat requis puisse prononcer une astreinte entièrement nouvelle, puisque celle-ci doit être fixée définitivement dans l'Etat d'origine.

855. Le texte de l'art. 43 des Conventions ne semble toutefois pas soutenir cette interprétation en faveur d'une compétence exclusive du juge de l'Etat d'origine. Il ne fait qu'interdire au juge de l'exequatur d'une part de reconnaître une pénalité judiciaire non définitive et d'autre part de fixer lui-même le montant définitif d'une pénalité judiciaire déjà prononcée dans l'Etat de jugement²⁵¹⁵. Il ne s'agit donc pas d'une norme de compétence, exclusive ou non, qui s'adresserait au juge saisi au fond, mais plutôt d'une norme de reconnaissance qui s'adresse en premier lieu au juge de l'exequatur, qualification justifiée déjà par la position de l'art. 43 dans le Titre III intitulé "reconnaissance et exécution". Cette interprétation permet en outre de tenir compte des différences nationales en matière de pénalité judiciaire: alors que le droit français connaît la liquidation judiciaire, celle-ci n'est pas connue dans les Etats du Benelux²⁵¹⁶. La norme ne vise dès lors qu'à évacuer les incertitudes de savoir quel juge doit liquider l'astreinte déjà prononcée²⁵¹⁷. En

²⁵¹³ Cf. DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 242.

²⁵¹⁴ Selon l'expression de Gaudemet-Tallon, Hélène, RCDIP 69 (1980), p. 786-787.

²⁵¹⁵ Cf. STUTZ, p. 76.

²⁵¹⁶ Cf. JENARD, *Rapport*, ad art. 43; SCHLOSSER, *Rapport*, n° 212, qui donne l'exemple d'un jugement anglais pouvant être exécuté en Allemagne à l'aide d'un *Zwangsgeld*. En outre, au n° 213 du même Rapport il est stipulé: "Im Ausland kann dann eine Zwangsvollstreckung nur noch wegen der 'astreinte' stattfinden." Cf. aussi SCHLOSSER, *RabelsZ* 50 (1986), p. 420; Id., *Grenzüberschreitende Vollstreckung*, p. 322.

²⁵¹⁷ Dans le même sens, DROZ, *Compétence judiciaire*, n° 587.

ce sens, on peut également parler d'une norme de *coordination*. Les Conventions elles-mêmes n'interdisent donc pas le prononcé de la pénalité judiciaire par le juge de l'exequatur. Une solution contraire contraignant le créancier à requérir le prononcé de la pénalité judiciaire dans l'Etat d'origine serait non seulement en contradiction avec l'opinion selon laquelle la pénalité judiciaire ne tombe pas sous l'art. 16 ch. 5, mais ralentirait aussi l'ensemble de la réalisation judiciaire des droits du créancier: à l'exequatur de la décision au fond pourrait suivre l'exequatur de la pénalité judiciaire, qui aura préalablement dû être liquidée dans l'Etat d'origine²⁵¹⁸. En outre, le risque de voir l'Etat requis refuser l'exequatur de la pénalité judiciaire s'il s'agit d'un *contempt of court* anglais ou d'un *Zwangsgeld* allemand n'est pas non plus négligeable²⁵¹⁹.

856. Se pose encore la question de savoir si la pénalité judiciaire prononcée par le juge de l'exequatur peut viser des contraventions antérieures dans le temps. Nous ne le pensons pas. En effet, nous avons vu que chaque législation conditionne l'exécution forcée de la pénalité judiciaire par sa connaissance de la part le débiteur. Il en découle que la pénalité judiciaire prononcée par le juge de l'exequatur ne peut viser que des actes postérieurs à sa notification. Quid alors si une pénalité judiciaire a déjà été prononcée, voire même déjà été liquidée dans l'Etat d'origine? Le prononcé d'une pénalité judiciaire dans l'Etat d'exequatur ne semble alors pas justifié, puisque l'art. 43 permet la reconnaissance de la pénalité qui a déjà été liquidée dans l'Etat d'origine. Mais serait-il néanmoins autorisé à le faire? Nous ne le pensons pas non plus. Le caractère de norme de coordination de l'art. 43 reprend toute son importance. Toute solution contraire engendrerait le risque que le débiteur soit l'objet de plusieurs condamnations à des pénalités judiciaires différentes, toutes exportables, mais assortissant toutes la même décision au fond. Ainsi, le premier Etat qui a prononcé une pénalité judiciaire sera exclusivement compétent²⁵²⁰. En revanche, la possibilité d'attendre la réalisation de la contravention dans l'Etat d'origine, d'y demander la liquidation définitive de la pénalité judiciaire et d'en demander la reconnaissance dans l'Etat requis n'empêche pas le créancier de requérir la reconnaissance de la condamnation principale elle-même dans l'Etat requis et d'y demander la

²⁵¹⁸ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 329.

²⁵¹⁹ A moins que le juge de l'exequatur ne suive notre opinion!

²⁵²⁰ Cf. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 330, qui exclut la contrainte par corps de ce raisonnement.

fixation d'une nouvelle pénalité judiciaire selon le droit de ce dernier²⁵²¹. Le créancier a notamment un intérêt à cette alternative dans l'exécution forcée, par exemple lorsqu'elle est plus rapide que la reconnaissance de la pénalité judiciaire de l'Etat d'origine ou si la contrainte par corps est prévue comme moyen de contrainte dans l'Etat d'origine.

(3) Le principe de non-discrimination du Traité d'Amsterdam peut contraindre le juge de l'Etat requis à prononcer une pénalité judiciaire

857. Le succès de l'exécution forcée dans l'Etat requis dépendra de la *lex fori* de ce dernier. Cependant, dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles, même si on ne peut tirer de cette dernière un droit à l'exécution forcée, le droit au prononcé d'une pénalité judiciaire dans l'Etat requis peut néanmoins exister par l'intermédiaire du Traité d'Amsterdam, dont l'art. 12 prévoit le principe de la non-discrimination²⁵²².

858. La Convention de Bruxelles règle de manière uniforme dans les Etats membres la compétence directe de leurs tribunaux, ainsi que les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères. Les auteurs de la Convention ont cependant renoncé intentionnellement à régler la procédure d'exécution forcée elle-même, régie par la *lex fori* de chaque Etat signataire, qui décidera dès lors du succès de la procédure d'exécution forcée²⁵²³. En

²⁵²¹ En ce sens aussi, OLG Karlsruhe, 19 décembre 1994, ZZPInt 1 (1996), p. 91-95, p. 95, obs. Zuckermann, A.A.S./Grunert, Jens, *ibid.*, p. 96-102.

²⁵²² Le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination sur la base de la nationalité a été appliqué à maintes reprises par la CJCE en connection avec les droits de procédure nationaux; cf. CJCE, *Hubbard c. Hamburger*, 1er juillet 1993, aff. C-20/92, Rec. 1993, p. 3777 (§ 110 ZPO allemande prévoyant une *cautio judicatum solvi* pour un exécuteur testamentaire anglais jugé contraire à libre prestation de services); CJCE, *Case Data Delcta c. MSL Dynamics*, 26 septembre 1996, aff. C-43/95, Rec. 1996, p. 4661 (extension de la règle *Hubbard* aux personnes morales); CJCE, *Stephen Austin Saldanha et MTS Securities Corporation c. Hiros Holding AG*, 2 octobre 1997, aff. C-122/96, Rec. 1997, p. 5325 (application de la règle *Hubbard* aux personnes ayant une double nationalité, d'un pays membre et d'un pays non-membre); CJCE, *Horst Otto Bickel et Ulrich Franz*, 24 novembre 1998, aff. C-274/96, (non-publié) (régime linguistique applicable aux procédures pénales); CJCE, *E.D. Srl c. Italo Fenocchio*, 12 juin 1999, aff. C-412/97, (pas encore publié) (refus de prononcer un *decreto ingiuntivo* italien contre un ressortissant italien résidant à Berlin confirmé par la CJCE). Cf. en général sur l'application de l'art. 12 du Traité d'Amsterdam aux règles de procédure civile nationale, EHRIKKE, Art. 12 I (ex 6 I) EG-Vertrag und das nationale Zivilprozessrecht, p. 311-323, commentant l'arrêt de la CJCE, *Stephen Austin Saldanha et MTS Securities Corporation*.

²⁵²³ La CJCE laisse aux Etats membres le soin de décider des modalités de la procédure d'exécution forcée, ainsi que, le cas échéant, la restriction de l'exécution forcée à certains types de jugements. Cf. CJCE, *Hoffmann c. Krieg*, 4 février 1988, aff. C-145/86, Rec. 1988, p. 645.

matière de reconnaissance des décisions étrangères, nous avons vu que la CJCE avait opté pour la théorie de l'extension des effets, limitée cependant par la portée des dispositions locales²⁵²⁴ : la déclaration d'exequatur selon les art. 31 et suivants de la Convention de Bruxelles place la décision étrangère sur un pied d'égalité avec les décisions internes de l'Etat requis, sans cependant lui conférer plus d'effet que ces dernières. Aussi, une inégalité de traitement fondée sur l'origine du titre - étrangère ou interne - ne saurait être admise après achèvement de la procédure d'exequatur. Cette interdiction de discrimination ne touche pas seulement les titres entre eux, mais également les titulaires de ces titres, le contraire ayant pour effet de favoriser un titre national par rapport à un titre étranger. En outre, la Convention de Bruxelles, lue en rapport avec le Traité d'Amsterdam, place sur un pied d'égalité les décisions internes et étrangères, également après le prononcé de l'exequatur. En rendant l'arrêt *Mund & Fester*²⁵²⁵, la Cour de Justice a conclu à l'incompatibilité avec le droit communautaire du § 917 al. 2 ZPO allemande qui admet comme motif suffisant pour une saisie conservatoire le fait que le jugement devra être exécuté à l'étranger. Elle a estimé que cette disposition comportait une forme dissimulée de discrimination contraire à l'art. 6 du Traité de Rome (aujourd'hui art. 12 du Traité d'Amsterdam) non justifiée par des circonstances objectives, car elle conduit en réalité à discriminer le défendeur étranger par rapport au défendeur allemand, vu que la plupart des jugements qui devront être exécutés à l'étranger sont ceux où le défendeur est un ressortissant étranger. Or, dans le cadre du système de la Convention de Bruxelles et en relation avec les finalités inscrites dans le Traité d'Amsterdam, il n'existe plus aucune justification de présumer que l'exécution du jugement serait rendue impossible ou fondamentalement plus difficile par le seul fait qu'elle devrait avoir lieu dans un autre Etat contractant : les conditions d'exécution des décisions judiciaires et les risques y afférents doivent en effet être considérés les mêmes dans tous les Etats membres.

859. Cette jurisprudence s'applique aussi inversement, à l'importation de jugements étrangers : en effet, dans la plupart des cas, le créancier sera également un ressortissant étranger. Dès lors, même si le créancier du titre étranger ne pourra pas se prévaloir de la possibilité d'obtenir plus facilement, dans son pays, l'exécution forcée de son titre, il pourra exiger, étant donné que l'exequatur de son jugement à l'étranger place ce dernier sur un

²⁵²⁴ Cf. *supra*, Partie 3. III. C. 2. a) (1).

²⁵²⁵ CJCE, *Firma Mund und Fester c. Firma Hatrex International Transport*, 10 février 1994, aff. C-398/92, Rec. 1994, p. 467.

pied d'égalité avec les jugements internes du pays d'exequatur, que les règles d'exécution forcée applicables aux jugements internes le soient aussi aux jugements étrangers²⁵²⁶. Si l'Etat requis prévoit la pénalité judiciaire, il sera obligé de la prononcer en vertu de l'art. 12 du Traité d'Amsterdam.

b) Divergence entre le droit matériel de l'Etat d'origine et celui de l'Etat requis

(1) L'hypothèse

860. En matière de reconnaissance, des difficultés peuvent surgir lorsque le droit matériel de l'Etat requis ne prévoit pas la possibilité d'obtenir l'exécution en nature d'une prétention que le droit d'un autre Etat connaît et dont les tribunaux peuvent prononcer l'exécution en nature selon le droit matériel applicable. Dans ce cas, le droit matériel appliqué par le juge d'origine d'une part et le droit de l'exécution forcée, voire même l'ordre public de l'Etat requis d'autre part sont en contradiction: en effet, aucun ordre juridique ne met à disposition un moyen d'exécution forcée pour une prétention pour laquelle il ne prévoit par ailleurs pas de droit d'action. Le point de départ de la problématique se situe donc dans les limites au droit d'obtenir l'exécution forcée en nature existantes dans l'Etat requis. En particulier, la question se posera lorsque ces limites sont plus sévères dans l'Etat requis que dans l'Etat dont la loi est appliquée au fond.

861. Eu égard aux différentes réglementations dans les Etats signataires et aux difficultés qui en découlent pour l'exécution forcée, la question se pose de savoir si et dans quelle mesure les Conventions de Bruxelles et de Lugano fondent une obligation des Etats signataires de mettre à disposition des moyens de contrainte afin d'assurer l'exécution forcée des décisions étrangères, alors même que le droit national de l'Etat requis ne prévoit pas l'exécution forcée en nature dans le cas d'espèce. L'exemple des relations entre la Suisse et l'Italie ou l'Espagne peut illustrer le problème: un jugement suisse condamnant le débiteur à une obligation de faire strictement personnelle ou à une abstention doit-il ou peut-il être exécuté en Italie ou en Espagne, alors que ces deux pays ne connaissent pas de moyens de contrainte indirecte, mais seulement l'allocation de dommages-intérêts en cas d'inexécution²⁵²⁷? Inversement, un tel jugement rendu en Italie doit-il ou

²⁵²⁶ KERAMEUS, *Enforcement*, p. 393.

²⁵²⁷ Art. 2933 Codice civile et art. 612 et ss Codice di procedura civile italiens; art. 924 et 925 Ley de enjuiciamiento civil (LEC) espagnole.

peut-il être exécuté en Suisse par la contrainte indirecte, alors qu'une telle possibilité n'existe pas en Italie ? Le problème est encore plus flagrant lorsque le droit applicable est le droit allemand. En effet, l'Allemagne ne connaît, en droit matériel, quasiment aucune limite au prononcé de l'exécution en nature, les seules limites intervenant en aval, au stade de l'exécution forcée²⁵²⁸. Comment doit alors se comporter le tribunal requis de prononcer l'exequatur d'un titre allemand condamnant le débiteur à l'exécution en nature, alors que lui-même n'aurait jamais pu prononcer l'exécution en nature dans un tel cas²⁵²⁹. Doit-il néanmoins prononcer un *contempt of court*, une astreinte, voire une amende d'ordre cantonale²⁵³⁰ ? Ou les limites du droit national au champ d'application de ces moyens de contrainte²⁵³¹ empêchent-elles l'exécution forcée à l'étranger d'un titre inconnu de la législation de l'Etat requis ?

862. Les Conventions elles-mêmes ne donnent pas de réponses claires à ces questions. L'alinéa 2 du Préambule dispose que les Conventions doivent assurer l'exécution des décisions, des actes authentiques et des transactions judiciaires et l'art. 31 dispose que "*les décisions rendues dans un Etat contractant [...] sont mises à exécution dans un autre Etat contractant [...]*", sans restrictions ajouterons-nous. Ainsi, les Conventions semblent instaurer une obligation d'exécution, sans cependant déterminer le genre et la portée de cette exécution²⁵³². S'ajoute la volonté des Conventions, concrétisée par la CJCE²⁵³³, de conférer à la décision étrangère le même effet dans l'Etat requis qu'elle a dans l'Etat d'origine, même si les tribunaux de l'Etat requis ne sont pas habilités à ordonner des décisions ayant le même effet²⁵³⁴. Cependant,

²⁵²⁸ § 888 al. 2 ZPO. Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 1.

²⁵²⁹ Par exemple, obligation d'exécuter une oeuvre d'art ou scientifique, obligation de réintégrer un travailleur congédié à tort à la suite d'une grève, obligation de conclure un contrat de société de personnes.

²⁵³⁰ *A contrario*, le problème ne se posera jamais en Allemagne, ce pays étant celui qui admet le plus largement la condamnation de l'exécution en nature. Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 1.

²⁵³¹ Nous n'examinerons ici que le problème pour le droit de l'exécution forcée, et partons de l'hypothèse que le titre étranger condamnant à l'exécution en nature a passé l'obstacle de l'ordre public de l'Etat requis. Pour la question de l'ordre public, cf. *infra*, Partie 3, III. C. 3.

²⁵³² CJCE, *Firma Mund und Fester c. Firma Hatrex International Transport*, 10 février 1994, aff. C-398/92, Rec. 1994, p. 467, concl. de l'avocat général TESAURO, in RCDIP 83 (1994), p. 390. Dans ce sens, pour la contrainte indirecte, cf. SCHLOSSER, *EuGVU*, ad Art. 43, n° 6. En ce sens aussi, OLG Karlsruhe, 19 décembre 1994, ZZPInt 1 (1996), p. 91-95, p. 95, obs. Zuckermann, A.A.S./Grunert, Jens, *ibid.*, p. 96-102.

²⁵³³ CJCE, *Hoffmann c. Krieg*, 4 février 1988, aff. C-145/86, Rec. 1988, p. 645.

²⁵³⁴ La théorie de l'extension des effets (*Wirkungserstreckungstheorie*) ayant été rejetée par la CJCE.

même si l'on étend cette obligation, valable pour les effets de la reconnaissance de la décision, aux modalités de son exécution dans l'Etat requis²⁵³⁵, elle ne permettrait pas d'accorder à un jugement étranger un traitement dans l'Etat requis qui serait meilleur que celui accordé à un jugement interne²⁵³⁶. La portée de l'exécution forcée accordée à un jugement étranger sera donc toujours limitée par la loi du for.

(2) Droit comparé

(a) France

863. En ce qui concerne l'astreinte française, il a été dit qu'elle constitue un moyen d'exécution forcée général²⁵³⁷, à l'exception de certaines obligations de faire nécessitant le concours personnel du débiteur, tels que des engagements à exécuter une oeuvre d'art ou scientifique, ou la réintégration de travailleurs injustement licenciés²⁵³⁸. Il en résulte pratiquement que les limites de l'astreinte sont celles de l'exécution en nature. L'importance de ces exceptions peut cependant paraître marginale: l'exécution en nature des prestations artistiques ou culturelles n'est généralement pas non plus admise dans les autres pays européens, le droit de réintégration en matière de droit du travail est rarement octroyé, etc²⁵³⁹. Cependant, dans tel ou tel cas particulier, l'impossibilité en France de l'exécution en nature de telle ou telle obligation à caractère strictement personnel, qui entraînera le refus de prononcer une astreinte en France en faveur d'un tel titre étranger, empêchera d'obtenir son exécution forcée dans ce pays.

(b) Angleterre

864. Tant le *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* que le *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1991*, qui incorporent la Convention de Bruxelles, respectivement celle de Lugano dans le droit national en Angleterre, prévoient, en lieu et place du prononcé d'une décision d'exequatur, que la décision étrangère fasse l'objet d'un enregistrement en Angleterre

²⁵³⁵ Cf. STUTZ, p. 91.

²⁵³⁶ Selon la théorie du cumul des effets; dans ce sens, cf. aussi GOTTWALD, *Die internationale Zwangsvollstreckung*, p. 288; LINDACHER, *Internationale Unterlassungsvollstreckung*, p. 405; STUTZ, p. 23.

²⁵³⁷ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 1. c).

²⁵³⁸ Cf. *supra*, Partie 2, I. D. 3. b).

²⁵³⁹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. D. 3. b).

(*registration*). Cet enregistrement confère non seulement à la décision étrangère la qualité de décision interne, mais également la même force que celle d'une décision nationale²⁶⁴⁰. Elle doit ainsi être exécutée en Angleterre pas le moyen du *contempt of court*²⁶⁴¹. La doctrine anglaise est également unanime sur ce point²⁶⁴². Ainsi, le droit anglais confère au créancier un droit illimité, à supposer que le titre étranger passe l'obstacle de l'ordre public, à l'exécution forcée des titres étrangers condamnant à une exécution en nature.

865. Se pose encore la question de savoir si les tribunaux d'enregistrement peuvent, en se fondant sur le droit du *contempt of court*, poser des limites à l'exécution des titres étrangers ordonnant l'exécution en nature, dans l'hypothèse où celle-ci ne serait pas ordonnée selon le droit anglais. Le droit du *contempt of court* ne distingue pas selon le contenu du titre à exécuter, contrairement au droit allemand et français: toute décision anglaise ordonnant l'exécution en nature peut être assortie du *contempt of court*²⁶⁴³. Les limites à ce dernier se confondent dès lors avec celles de l'exécution en nature ancrées dans le droit matériel anglais. Ainsi, si un titre étranger passe l'obstacle de l'ordre public, aucune restriction au prononcé d'un *contempt of court* ne pourra lui être opposée. Cela s'explique par la nature même du *contempt of court*, qui ne vise pas seulement à assurer le respect des obligations du débiteur à l'égard de son créancier, mais aussi à sanctionner une éventuelle désobéissance au juge. En l'occurrence, le juge anglais ayant accueilli la décision étrangère par son enregistrement, c'est bien son autorité et non plus celle du juge étranger que le *contempt of court* servira à protéger.

(c) Benelux

866. Selon la loi uniforme Benelux, l'astreinte n'est pas considérée comme une mesure d'exécution, mais comme une institution du droit matériel, à

²⁶⁴⁰ Section 4 (3) *Civil Jurisdiction and Judgments Act*:

"A judgment [...] shall, for the purposes of its enforcement, be of the same force and effect, the registering court shall have in relation to its enforcement the same powers, and proceedings for or with respect to its enforcement may be taken, as if the judgment had been originally given by the registered court and had (where relevant) been entered."

²⁶⁴¹ Cela avait déjà été relevé par SCHLOSSER, *Rapport*, n° 212: "Im umgekehrten Fall [Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung auf Vornahme individueller Handlungen aus der BRD] hätte das Gericht des V.K. und Irlands Strafen wegen contempt of court wie bei Missachtung seiner eigener Urteile zu verhängen."

²⁶⁴² Cf., par exemple, DICEY/MORRIS/COLLINS, p. 491; O'MALLEY/LAYTON, n° 10.52 et 10.60.

²⁶⁴³ Cf. *supra*, Partie 2, II. D. 2.

savoir une condamnation accessoire sous forme de peine privée, qui ne peut être comminée que si elle a été demandée et débattue en même temps que l'objet de la condamnation principale²⁵⁴⁴; en outre, le juge qui la prononce doit être celui qui prononce la condamnation principale²⁵⁴⁵. Aussi, elle ne peut être prononcée par le juge de l'exequatur belge pour assurer l'exécution d'un jugement étranger. Tel est du moins l'opinion générale en Belgique²⁵⁴⁶.

(d) Allemagne

867. L'Allemagne ne dispose pas d'un moyen de contrainte indirecte général, comme la France, les pays du Benelux ou l'Angleterre²⁵⁴⁷. Le choix du moyen d'exécution forcée en Allemagne dépendra du *numerus clausus* des moyens d'exécution, déterminé selon le contenu du titre à exécuter. Un titre étranger condamnant par exemple à une obligation de faire strictement personnelle selon la seule *lex fori* peut poser certains problèmes. La décision aura une portée considérable: même si le droit matériel allemand ne connaît en principe pas de restriction à la possibilité d'obtenir un titre condamnant à l'exécution en nature, le droit de l'exécution forcée fixe certaines limites, notamment en matière de titres condamnant à une obligation de faire strictement personnelle (*unvertretbare Handlung*)²⁵⁴⁸. En effet, les libertés fondamentales ont trouvé leur concrétisation au § 888 al. 2 ZPO et fixent des limites à la possibilité d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation de contracter mariage, à la condamnation à la reprise de la vie conjugale, ainsi qu'à l'obligation de prestation de service. Cependant, les tribunaux étrangers sont plus retenus que les tribunaux allemands dans le prononcé de condamnations à l'exécution en nature. Ainsi, malgré ces limitations qui ressortent du droit de l'exécution forcée allemand, on peine à imaginer des condamnations étrangères à des obligations de faire ou de ne pas faire qui ne pourraient pas être assorties d'un *Zwangsgeld* ou *Ordnungsgeld* en Allemagne, dans

²⁵⁴⁴ Cf. *supra*, Partie 2, III. B.

²⁵⁴⁵ Civ. Namur (réf.), 31 juillet 1996, JT 1997, p. 101.

²⁵⁴⁶ Cf. notamment GOTHOT/HOLLEAUX, n° 357; DE LEVAL/VAN COMPERNOLLE, p. 241.

²⁵⁴⁷ Cf. *supra*, Partie 2, IV. D. 1. b).

²⁵⁴⁸ En revanche, l'exécution forcée d'une obligation de ne pas faire (*Unterlassung* selon § 890 ZPO) et celle d'une obligation de faire non strictement personnelle (*vertretbare Handlung* selon § 887 ZPO) sera toujours possible.

l'hypothèse toujours où cette condamnation étrangère passe la barrière de l'ordre public²⁵⁴⁹.

(e) Suisse

868. La pénalité judiciaire, lorsqu'elle est prononcée en vertu de l'art. 292 CPS, présente une double nature. Non seulement elle vise à contraindre le débiteur à s'exécuter, mais en plus elle vise à le punir dans l'hypothèse où il ne respecte pas la commination dont il est l'objet. En vertu de cet aspect pénal, la pénalité judiciaire de l'art. 292 CPS ne peut être prononcée que si l'obligation de faire ou de ne pas faire est couverte par le champ d'application territorial du CPS²⁵⁵⁰. Or, en vertu de la théorie de l'ubiquité, si le débiteur est domicilié en Suisse, la commination de l'art. 292 CPS est applicable même si c'est uniquement à l'étranger que le débiteur est censé s'abstenir d'un certain comportement²⁵⁵¹.

(3) Conclusion

869. Ni l'art. 12 du Traité d'Amsterdam pour les pays membres de l'Union européenne, ni les art. 25 et suivants de la Convention de Bruxelles ou de Lugano pour les pays parties à l'espace judiciaire européen, ni les droits nationaux, ni la courtoise internationale ne permettent d'exiger des tribunaux de l'Etat requis qu'ils traitent de manière plus favorable les titres étrangers, donc les créanciers étrangers, par rapport à des créanciers locaux dans des cas similaires, en élargissant uniquement pour les premiers le champ d'application de leur moyens d'exécution: selon la théorie du cumul des effets, la limite de l'extension des effets étrangers reste fixée par la *lex fori* de l'Etat requis. Le contraire reviendrait à une discrimination par l'Etat de ses propres nationaux (*Inländerdiskriminierung*), dans la mesure où le titulaire d'un titre interne resterait confiné aux limites du droit national pour obtenir une pénalité judiciaire, alors que le titulaire d'un titre étranger en serait affranchi et pourrait obtenir la pénalité judiciaire de manière généralisée. Aussi, ce déséquilibre pourrait constituer une nouvelle cause de *forum shopping* vers la France et les Etats du Benelux, dont on connaît les avantages de l'astreinte

²⁵⁴⁹ Cf. STUTZ, p. 180. Pour un exemple, cf. LG Munich II, 13 janvier 1986, GRUR Int. 1987, p. 597, obs. Stauder, Dieter (prononcé d'un *Ordnungsgeld* assortissant un jugement autrichien exequaturé). Cependant, dans ce cas, l'octroi d'un *Ordnungsgeld* semblait aller de soi, étant donné que le jugement autrichien lui-même n'en était pas assorti.

²⁵⁵⁰ Art. 3-7 CPS. Cf. *supra*, Partie 3, I. B. 3. a).

²⁵⁵¹ *Contra*: MÜLLER, *Annerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen*, p. 249-250.

pour les créanciers et la possibilité de sa reconnaissance à l'étranger, alors qu'ils connaissent au contraire des restrictions, limitées ou totales, dans le prononcé d'astreintes en faveur de décisions étrangères.

870. En d'autres termes, cela signifie que le titulaire d'un titre non pécuniaire peut miser sur une exécution forcée de son titre à l'étranger si l'Etat requis connaît non seulement le principe de l'exécution en nature, mais qu'il prévoit aussi les moyens d'exécution adéquats. Seuls l'Angleterre et la Suisse, du moins en ce qui concerne l'application de l'art. 292 CPS, réalisent une pleine et entière libre circulation des jugements non pécuniaires en Europe, conformément aux buts affichés par les Conventions de Bruxelles et de Lugano. La France limite le champ d'application de l'astreinte à celui du droit matériel de l'exécution en nature, les pays du Benelux n'admettent pas même le prononcé d'une astreinte en faveur d'une décision étrangère²⁶⁵² et l'Allemagne, bien que permettant l'obtention sans restrictions de l'exécution en nature en droit matériel, place ensuite des limites à sa réalisation lors de l'exécution forcée. Enfin, des pays comme l'Italie et l'Espagne ne prévoient que l'allocation de dommages-intérêts, du moins pour les injonctions de ne pas faire²⁶⁵³. Ainsi, non seulement l'Angleterre et la Suisse réalisent une égalité entre les titres étrangers et les titres nationaux et confèrent au créancier un droit à l'exécution forcée, mais ils permettent également la réalisation effective de ce droit en mettant à disposition du bénéficiaire d'un titre condamnant à l'exécution en nature, sans restrictions, un outil permettant d'assurer son exécution forcée²⁶⁵⁴.

871. En conclusion, nous rappellerons que l'importance de ces exceptions peut paraître marginale: l'exécution en nature des prestations artistiques ou culturelles n'est généralement pas admise dans les pays européens, le droit de réintégrande en matière de droit du travail y est rarement octroyé, etc. Cependant, dans tel ou tel cas particulier, l'impossibilité de l'exécution forcée de telle ou telle obligation à caractère strictement personnel dans tel ou tel pays, notamment en France, empêchera d'obtenir une complète liberté de circulation des jugements en Europe.

²⁶⁵² Les restrictions du droit français et Benelux ont néanmoins perdu une grande partie de leur valeur, depuis la distinction entre l'astreinte et les dommages-intérêts et sa reconnaissance en tant que pur moyen d'exécution forcée.

²⁶⁵³ Cf. STUTZ, p. 119.

²⁶⁵⁴ Cf. STUTZ, p. 174.

c) **Divergence entre le droit d'exécution forcée de l'Etat d'origine et celui de l'Etat requis: l'exemple de la *Mareva injunction* anglaise en Suisse**

(1) **L'hypothèse**

872. Le cas de la divergence entre le droit d'exécution forcée de l'Etat d'origine et celui de l'Etat requis se caractérise par le fait que tant le droit de l'Etat d'origine que celui de l'Etat requis admettent le résultat visé par la décision prononcée, mais qu'ils prévoient des moyens différents pour en assurer l'exécution forcée. Classique est à ce titre la problématique de la reconnaissance sur le continent d'une *Mareva injunction* anglaise. En effet, le blocage de biens à titre provisoire est réalisé sur le continent par des mesures réelles (saisie-conservatoire en France²⁵⁵⁵, *Arrest* en Allemagne²⁵⁵⁶, séquestre en Suisse²⁵⁵⁷ et *sequestro conservativo* en Italie)²⁵⁵⁸, alors qu'en Angleterre, celui-ci est réalisé par un ordre personnel adressé au débiteur, accompagné de la menace des peines du *contempt of court*. Dans la mesure où les conditions générales de reconnaissance sont réunies - on pense notamment au respect d'une procédure contradictoire²⁵⁵⁹, le juge de l'exequatur doit-il prononcer une mesure provisoire limitant uniquement la capacité de disposer du débiteur (*vorsorgliche Sicherungsmassnahme*)²⁵⁶⁰, assortie par exemple de la menace des peines de l'art. 292 CPS ou d'un *Ordnungsgeld* selon le § 890 ZPO allemande, privilégiant la nature *in personam* de la mesure étrangère²⁵⁶¹, ou doit-il prononcer un séquestre ou un *Arrest*, dénaturant ainsi la mesure étrangère, mais privilégiant la méthode qui, selon son propre

²⁵⁵⁵ Art. 48-58, 557-582 Nouveau Code de procédure civile.

²⁵⁵⁶ §§ 916-945 ZPO.

²⁵⁵⁷ Art. 271-281 LP; pour la qualification du séquestre comme mesure provisionnelle, cf. ATF 120 III 92, 93.

²⁵⁵⁸ Art. 671-687 Codice di procedura civile.

²⁵⁵⁹ CJCE, *Denilauler c. S.N.S. Couchet Frères*, 21 mai 1980, aff. C-125/79, Rec. 1980, p. 1553.

²⁵⁶⁰ Selon l'art. 223 ch. 1 ZPO ZH par exemple.

²⁵⁶¹ En ce sens, BLOCH/HESS, p. 176 (en se fondant sur la théorie de la "*Wirkungsangleichung*" en matière de reconnaissance des décisions étrangères); KOCH, *Durchsetzung einer "world-wide Mareva order" in Deutschland*?, p. 257-258 (à tout le moins en ce qui concerne le blocage d'objets corporels); MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 182; SCHLOSSER, *Grenzüberschreitende Vollstreckung*, p. 322; Id., *EuGVÜ*, ad Art. 39, n° 5; STOLL, *Die britische Mareva-Injunction*, p. 109.

droit, a la même fonction que l'injonction personnelle étrangère, à savoir le blocage à titre provisionnel de biens²⁵⁶² ?

(2) Les précédents judiciaires en Europe

873. En Allemagne, l'*Oberlandgericht* de Karlsruhe a été confronté à la question de savoir si et dans quelle forme une *Mareva injunction* doit être déclarée exécutoire en Allemagne²⁵⁶³. La Cour a prononcé l'exequatur et a soumis l'exécution forcée aux règles applicables aux injonctions négatives, en l'assortissant d'un *Ordnungsgeld* selon le § 890 ZPO. Elle a estimé que la reconnaissance ne violait pas l'ordre public allemand²⁵⁶⁴. Elle ne violait pas non plus le principe de la proportionnalité régissant toute restriction à la liberté personnelle et au patrimoine du débiteur, car elle avait été prononcée à la suite d'un accord intervenu entre les parties²⁵⁶⁵. Cependant, le caractère indéterminé du *freezing order* empêchait de prononcer un *Arrest*²⁵⁶⁶ ou une restriction du pouvoir de disposer de certains biens mobiliers²⁵⁶⁷, deux instruments traditionnels de droit allemand, afin de donner à la *Mareva injunction* son effet utile en Allemagne. Dès lors, seul le prononcé d'une interdiction de disposer assortie de l'*Ordnungsgeld* du § 890 ZPO permettait de contourner l'exigence de l'ordre public allemand de la précision suffisante des biens à séquestrer²⁵⁶⁸. En effet, même si l'injonction étrangère frappe les biens du débiteur de manière indéterminée, les tribunaux des Etats membres doivent faire tout leur possible pour reconnaître, au sein de l'Union européenne, les décisions étrangères et satisfaire ainsi aux exigences présidant le Traité d'Amsterdam. Or, les exigences quant à la précision du titre étranger peuvent être réduites lors du prononcé d'une injonction négative assortie de

²⁵⁶² En ce sens, ALBRECHT, *Das EuGVÜ und der einstweilige Rechtsschutz*, p. 174; Id., *Artikel 24 EuGVÜ*, p. 187; GASSMANN, *Arrest im internationalen Rechtsverkehr*, p. 112-113; KOCH, *Durchsetzung einer "world-wide Mareva order" in Deutschland ?*, p. 257-258 (à tout le moins en ce qui concerne le blocage d'un compte bancaire en Allemagne); Id., *Grenzüberschreitender einstweiliger Rechtsschutz*, p. 100.

Enfin, GRUNDMANN, p. 120, note 722 est peu clair: il semble vouloir assimiler la *Mareva injunction* à un ordre de séquestre interne, mais exige parallèlement la réalisation des conditions internes du prononcé du séquestre.

²⁵⁶³ OLG Karlsruhe, 19 décembre 1994, ZZPInt 1 (1996), p. 91-95, obs. Zuckermann, A.A.S./Grunert, Jens, *ibid.*, p. 96-102. Cf. aussi GRUNERT, *Die "World-wide" Mareva Injunction*, p. 186-193.

²⁵⁶⁴ Art. 27 ch. 1 de la Convention de Bruxelles.

²⁵⁶⁵ "Volenti non fit injuria."

²⁵⁶⁶ §§ 916 et suivants ZPO.

²⁵⁶⁷ §§ 930, 938 al. 2 ZPO.

²⁵⁶⁸ BGH, NJW 1993, p. 1801-1803.

la sanction du § 890 ZPO: dans ce cas, l'exécution forcée reste entre les mains du juge, et non dans celle des organes de l'exécution forcée, de sorte que les garanties d'une procédure judiciaire restent préservées en cas de violation de la norme. Il convient ici de mentionner que la Cour n'a pas été appelée à se prononcer sur l'extension des effets de la décision d'interdiction à l'égard des tiers, ce point ne lui ayant pas été soumis. Cet élément est cependant, dans les relations de droit interne anglais, un des effets majeurs de la *Mareva injunction*. Nous y reviendrons dans notre conclusion.

874. En Suisse, STOLL²⁶⁶⁹ rapporte une décision rendue par le Président du Tribunal du district de Zurich le 22 septembre 1994. Le Président prononça l'exequatur, refusa de prononcer un "séquestre de sûreté" au sens de l'art. 39 al. 2 de la Convention de Lugano, mais accorda en revanche un séquestre fondé sur le domicile à l'étranger du défendeur selon l'art. 271 al. 4 LP, cependant seulement après la production d'*affidavits* supplémentaires. Bien que le canton de Zurich eût admis le fameux "sixième cas de séquestre" fondé sur la Convention de Lugano²⁶⁷⁰, destiné à permettre la pleine réalisation de l'art. 39 de la Convention en Suisse²⁶⁷¹, le tribunal refusa à juste titre de le prononcer, en alléguant que l'*Order* de la *High Court of Justice*, déclaré exécutoire en Suisse, ne portait pas sur une obligation de payer une somme d'argent, mais sur une interdiction de disposer. Or, le cas de séquestre spécifiquement fondé sur la Convention de Lugano ne pouvait intervenir qu'en rapport avec l'exécution forcée d'une décision emportant condamnation à payer une somme d'argent²⁶⁷².

(3) Conclusion pour le juge suisse

875. La concrétisation de la *Mareva injunction* sur le continent par une mesure provisoire personnelle ne semble pas tenir compte du but et de la fonction de cette dernière dans son pays d'origine, en tant qu'instrument servant à assurer l'exécution forcée ultérieure d'une créance pécuniaire. Nous passerons rapidement sur la faiblesse de cette méthode lorsque le débiteur n'a pas

²⁶⁶⁹ Cf. STOLL, p. 108.

²⁶⁷⁰ Circulaire de la Cour supérieure du canton de Zurich du 13 novembre 1991, ZR 90 (1991), n° 35, ch. 6.

²⁶⁷¹ La réalisation des exigences de l'art. 39 de la Convention de Lugano en Suisse a fait couler beaucoup d'encre; cf. seulement récemment, CAMBI FAVRE-BULLE, *La mise en oeuvre en Suisse de l'art. 39 al. 2 de la Convention de Lugano*, p. 335-370.

²⁶⁷² Cf. LEUENBERGER, *Lugano-Übereinkommen*, p. 965-973; Circulaire de la Cour supérieure du canton de Zurich du 13 novembre 1991, ZR 90 (1991), n° 35, ch. 6.

de biens ou de domicile dans l'Etat requis, ce qui impliquerait, si la mesure provisoire était assortie d'une contrainte indirecte de nature pénale comme en Suisse, que la mesure serait dépourvue de toute chance de succès, la pénalité judiciaire pénale ne pouvant pas être reconnue à l'étranger, au lieu de domicile du débiteur ou au lieu où il dispose de biens²⁵⁷³. Cependant, l'attrait de la *Mareva injunction* dans son pays d'origine est le fait que même les tiers qui ont en connaissance sont concernés par la commination du *contempt of court* qu'elle comporte²⁵⁷⁴. Or, la transformation d'une *Mareva injunction* en une injonction personnelle d'interdiction de disposer munie d'une menace de pénalité judiciaire n'a pas d'effet absolu; même si elle peut être adressée aux parties et à des tiers²⁵⁷⁵, ce n'est qu'à l'égard de ces premières que les menaces de sanctions auront des effets²⁵⁷⁶. Et le prononcé par le juge de l'exequatur d'une interdiction complémentaire adressée aux tiers en possession des biens du débiteur, soit par le jeu d'un droit réel, soit par le jeu d'un droit contractuel, est déjà exclue par la jurisprudence *Denilauler*²⁵⁷⁷.

876. Afin de conférer à une décision étrangère le même effet dans l'Etat requis que dans l'Etat d'origine²⁵⁷⁸, le cas échéant sans excéder ceux que la loi de ce pays lui accorde elle-même²⁵⁷⁹, il convient de trouver en droit interne un moyen permettant de donner à la *Mareva injunction* tous les effets qui s'attachent à elle selon son droit d'origine, pourvu qu'ils ne soient pas contraire à l'ordre public de l'Etat requis. En Suisse, trois mesures permettent *de lege lata* d'obtenir cet effet à l'égard des tiers: le séquestre²⁵⁸⁰, la saisie provisoire²⁵⁸¹ et l'inventaire²⁵⁸². Ces mesures permettent en outre toutes de pallier au problème de la protection des tiers qui surgit dans l'hypothèse où la *Mareva injunction* serait simplement exequaturée sous la

²⁵⁷³ Cf. *supra*, Partie 3, I. A. 3. a).

²⁵⁷⁴ Cf. GRUNERT, *Die "World-wide" Mareva Injunction*, p. 84-108.

²⁵⁷⁵ Cf. BLOCH/HESS, p. 176-177.

²⁵⁷⁶ Cf. notamment FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 110, n° 28.

²⁵⁷⁷ Cf. GRONSTEDT, p. 250. En effet, ces tiers n'ont pas été entendus dans la procédure dans l'Etat du for.

²⁵⁷⁸ Théorie de l'extension des effets (*Wirkungserstreckungstheorie*). Sur les possibilité d'adaptation en matière d'exécution forcée, cf. BASEDOW, *Qualifikation, Vorfrage und Anpassung*, p. 154.

²⁵⁷⁹ Théorie du cumul des effets.

²⁵⁸⁰ Art. 271 LP.

²⁵⁸¹ Art. 89 et suivants LP.

²⁵⁸² Art. 162 et suivants LP.

forme d'une mesure personnelle adressée au débiteur. L'injonction personnelle n'ayant aucun effet à l'égard de tiers, une banque, par exemple, en tant que tiers-débitrice, ne pourrait pas s'opposer valablement à une demande de paiement des fonds formulée par son client, même si ce dernier les réclame en parfaite contradiction avec la mesure d'interdiction qui lui a été notifiée. Même si les juges anglais excluent du champ d'application de la *Mareva injunction* les tiers non résidents, en ajoutant dans l'ordre une clause limitant les sanctions encourues au titre du *contempt of court* au défendeur lui-même et aux tiers résidents par notification²⁵⁸³, le tiers non résident qui est néanmoins présent dans l'Etat du for, court le risque d'être poursuivi une seconde fois ou de devoir répondre d'un *contempt of court*.

877. Il s'avère qu'aucune de ces mesures ne permet de reproduire de manière fidèle la *Mareva injunction*. Concernant le séquestre tout d'abord, cette mesure ne peut être octroyée que si l'un des cinq cas de séquestre est réalisé. Hors de ces hypothèses, il est difficilement possible aux cantons de prévoir un cas de séquestre supplémentaire, au motif que la proposition du groupe d'experts de la révision de la LP a refusé d'introduire dans la loi, à l'art. 271 al. 1 ch. 6, un cas de séquestre pour l'hypothèse où "*le créancier possède contre le débiteur un titre de mainlevée définitive ou un autre titre déclaré exécutoire*" et que la loi révisée continuera donc de limiter le séquestre aux cinq cas déjà connus. Et même si l'on admet que, le droit international primant sur le droit interne, la Convention de Lugano et ses dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers constituent une base légale suffisante s'agissant du principe de l'octroi de la mesure, le séquestre exige l'intervention de l'office des poursuites, lequel, à son tour n'intervient qu'en application des règles de la LP. Dès lors, le séquestre prononcé directement sur la base des art. 25 et 31 de la Convention de Lugano et de la décision d'exequatur d'une *Mareva injunction* ne relèverait

²⁵⁸³ Appelée *Babanaft provisio* à l'origine, cette clause est maintenant précisée dans *Practice Direction (Mareva and Anton Piller Orders: New Forms)* [1994] 4 All ER 52. Pour une application récente, cf. *Baltic Shipping Co. v. Translink Pacific Shipping Ltd and Other.* (1995) 1 Lloyd's Rep. 673. (QBD). En général, sur la protection des banques dans le cadre d'une *Mareva injunction*, cf. MALEK/LEWIS, *Worldwide Mareva Injunctions*, p. 88-98. D'ailleurs, la jurisprudence américaine, même la plus récente, ne tient pas compte de cette distinction: *Alliance Bond Fund Inc. v. Grupo Mexicano de Desarrollo SA*, 119 S.Ct 1961 (1999), commenté par BUXBAUM, *Asset Freezes in United States Federal Courts*, p. 39-40; COLLINS, *United States Court Rejects Mareva Jurisdiction*, p. 601-604. Elle accepte par principe des mesures extraterritoriales contre des tiers en subordonnant leur admissibilité à une balance des intérêts étatiques en jeu. Cf. *United States v. First National City Bank*, 396 F.2nd 341 (1968) qui a estimé que la simple présence aux Etats-Unis d'une succursale d'une banque étrangère était suffisante pour légitimer la portée extraterritoriale d'une injonction adressée à cette dernière par les juridictions fédérales.

pas du champ d'application de la LP, et, partant, de la compétence de l'office des poursuites. En d'autres termes, une juridiction cantonale pourrait certes en application de la Convention de Lugano, prononcer une mesure conservatoire qu'elle baptiserait "séquestre", mais elle ne pourrait en aucun cas ordonner à l'office des poursuites de l'exécuter, ladite mesure étant bien une mesure conservatoire, mais pas un séquestre au sens de la LP. En outre, ce dernier ne peut porter que sur les biens du débiteur désignés par le créancier²⁵⁸⁴, et non sur tous ses biens jusqu'à couverture de la créance séquestrante. Or, le dispositif d'une *Mareva injunction* anglaise vise les biens du débiteur de manière générale, tout en fixant, le cas échéant, une limite au-delà de laquelle il ne peut plus en disposer. Le conseil fait au créancier de mentionner déjà devant le juge prononçant la mesure quels biens il entend bloquer²⁵⁸⁵, au-delà de la question de savoir si une telle demande est admissible selon le droit interne, s'avérera vain en pratique: il est bien rare que le créancier connaisse, au moment où il requiert le prononcé d'une *Mareva injunction*, les pays dans lesquels le débiteur dispose de biens, et encore moins quels biens il y possède. Enfin, la nécessité de s'adresser à autant de juges du séquestre qu'il y a de lieux où se trouvent des biens à séquestrer²⁵⁸⁶ nuit à l'efficacité de la mesure.

878. Ensuite, aux termes de l'art. 83 al. 1 LP, le créancier qui a obtenu le prononcé de la mainlevée provisoire²⁵⁸⁷ peut requérir la saisie provisoire²⁵⁸⁸ ou l'inventaire des biens²⁵⁸⁹ de son débiteur, selon que ce dernier est soumis à la poursuite par la voie de la saisie ou de la faillite. Ces deux mesures présentent de nombreux avantages par rapport au séquestre: elles portent sur tous les biens du débiteur et non seulement sur les avoirs qu'il a pu désigner et elles peuvent déployer leurs effets dans toute la Suisse, par le biais de l'entraide administrative. Cependant, ces deux mesures ne peuvent être ordonnées qu'après le prononcé de la mainlevée, laquelle est par définition contradictoire, contrairement aux exigences de la Convention de Lugano, qui exige, du moins dans la première phase, une procédure d'exequatur uni-

²⁵⁸⁴ Art. 272 al. 1 ch. 3 LP.

²⁵⁸⁵ Cf. les obs. de Zuckermann, A.A.S./Grunert, Jens, ZZPInt 1 (1996), p. 96-102, p. 100-102, ad OLG Karlsruhe, 19 décembre 1994, *ibid.*, p. 91-95.

²⁵⁸⁶ Art. 272 al. 1 LP.

²⁵⁸⁷ La jurisprudence a étendu cette possibilité au prononcé de la mainlevée définitive, ATF 108 III 9.

²⁵⁸⁸ Art. 89 LP.

²⁵⁸⁹ Art. 162 LP.

latérale²⁵⁹⁰. Mieux encore, elles ne peuvent être octroyées qu'au créancier dont le débiteur est domicilié en Suisse, puisque c'est le domicile en Suisse qui crée le for de la poursuite²⁵⁹¹. En outre, l'inventaire présente le défaut majeur de ne pas priver le débiteur de son pouvoir de disposer, celui-ci étant simplement passible de sanctions pénales s'il dispose des avoirs inventoriés de manière à porter préjudice à ses créanciers²⁵⁹².

879. Il ne reste dès lors au juge de l'exequatur plus qu'à faire preuve de créativité! Le président du Tribunal de district de Kreuzlingen, dans une décision du 24 janvier 1996²⁵⁹³, peut être cité en exemple. Dans une procédure de reconnaissance d'un acte authentique étranger condamnant à payer une somme d'argent, il a, dans le cadre de l'art. 39 al. 2 de la Convention de Lugano octroyant un droit inconditionnel à l'octroi de mesures de sûretés aussitôt l'exequatur prononcé par le juge de première instance, prononcé l'exequatur à titre principal (en dehors de toute procédure de mainlevée) et a ordonné la saisie provisoire, précisant que, dans un premier temps, il n'y avait pas lieu d'avertir le débiteur, afin de sauvegarder l'effet de surprise! Cette jurisprudence cantonale tente donc de combiner les avantages du séquestre et ceux de la saisie provisoire²⁵⁹⁴. Au moment de son prononcé, cette décision pouvait se justifier, même si elle dérogeait à la LP, car elle mettait en oeuvre un traité postérieur et l'on pouvait admettre que la loi était affectée d'une lacune qu'il convenait de combler. Aujourd'hui, depuis que la révision de la LP a expressément refusé d'intégrer une mesure conservatoire susceptible de satisfaire aux conditions de la Convention de Lugano, cette décision serait contraire au droit fédéral. Cependant, une *Mareva injunction* n'est pas une mesure provisoire emportant condamnation à payer une somme d'argent. La procédure d'exécution forcée relève dès lors du droit cantonal. Dans

²⁵⁹⁰ Art. 34 de la Convention de Lugano.

²⁵⁹¹ Art. 46 LP. Le titulaire d'une *Mareva injunction* dont le débiteur n'habite pas la Suisse ne pourrait alors que requérir un séquestre fondé sur l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP, mais cela implique que le créancier connaisse les biens de son débiteur. Or rien ne justifie que l'on traite différemment deux créanciers au bénéfice d'une *Mareva injunction* en fonction de domicile suisse ou étranger de leurs débiteurs respectifs.

²⁵⁹² Art. 169 CPS.

²⁵⁹³ BLSchK 1996, p. 103-108.

²⁵⁹⁴ Cette solution avait été à l'époque proposée par une minorité du Groupe d'experts chargé d'examiner la nécessité d'adapter le projet de LP révisée à la Convention de Lugano, baptisée "séquestre de sûreté", Rapport non publié du 10 juillet 1993 du groupe d'experts chargé d'examiner la nécessité d'adapter le projet de LP révisée à la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ch. 2.4.

ce cadre, rien n'empêche le juge compétent pour la reconnaissance de prononcer un tel séquestre de sûreté.

3. Réserve de l'ordre public matériel de l'Etat requis lors de la reconnaissance de la pénalité judiciaire

a) Distinction

880. Nous avons vu que dans le cadre de l'espace judiciaire européen, la pénalité judiciaire doit être considérée comme une condamnation *accessoire*²⁵⁹⁵. Cette qualification conduit à distinguer deux niveaux dans l'examen de la problématique du respect de l'ordre public matériel²⁵⁹⁶.

881. Tout d'abord, la reconnaissance et l'exécution de la condamnation principale, injonction de faire ou de ne pas faire, le cas échéant injonction de livrer ou de déclarer une volonté, doivent être distinguées de la reconnaissance et l'exécution du moyen d'exécution lui-même - la pénalité judiciaire - qui les assortit. Cependant, la violation d'une norme faisant partie de l'ordre public par le titre condamnant à l'exécution en nature lui-même empêche également la reconnaissance et l'exécution de la pénalité judiciaire qui l'assortit²⁵⁹⁷. Assimiler la condamnation définitive à une pénalité judiciaire à une condamnation pure et simple en dommages et intérêts²⁵⁹⁸ serait détourner les principes de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères.

882. Ensuite, au moment de trancher la question de la reconnaissance de la pénalité judiciaire elle-même, il convient de distinguer entre l'admissibilité par l'Etat d'origine de la pénalité judiciaire, comme moyen d'exécution forcée, et le refus de son admissibilité dans l'Etat requis. Le fait que l'Etat requis, tout en autorisant l'exécution en nature dans le cas précis, n'autorise pas le prononcé d'une pénalité judiciaire, mais opte pour un autre mode d'exécution²⁵⁹⁹ ne nous semble pas suffisant pour refuser la reconnaissance

²⁵⁹⁵ Cf. *supra*, Partie 3, C. 1. b).

²⁵⁹⁶ Nous excluons ici l'examen de la violation de l'ordre public procédural selon l'art. 27 ch. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, qui ne présente pas de particularités quant à notre sujet.

²⁵⁹⁷ En ce sens, KAYE, *Civil Jurisdiction*, n° 1358; REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 318; STAUDER, *Anwendung*, p. 465, p. 475; TREIBMANN, p. 151-152.

²⁵⁹⁸ Comme le fait DROZ, *Compétence judiciaire*, n° 587.

²⁵⁹⁹ L'Italie ou l'Espagne ne prévoient que la réparation du dommage en cas de violation d'une injonction de faire strictement personnelle ou une injonction interdisant un certain comportement.

d'une pénalité judiciaire étrangère²⁶⁰⁰. Un refus contreviendrait déjà simplement au principe posé à l'art. 43 des Conventions. Ensuite, il convient de mentionner que pour les pays membres de l'Union européenne, le Traité de l'Union prévoit lui-même l'institution de l'astreinte en cas de non-respect des jugements de la Cour de Justice par les Etats membres²⁶⁰¹. Enfin, il aurait comme conséquence, en Suisse, de créer un ordre public cantonal, les cantons étant compétents pour fixer les modes d'exécution des obligations non pécuniaires, ce qui contreviendrait à la règle voulant que l'ordre public soit uniforme sur tout le territoire étatique²⁶⁰². Ainsi, la reconnaissance en Suisse d'une astreinte française assortissant une condamnation principale tendant au paiement d'une somme d'argent ou une obligation de faire n'impliquant pas le concours personnel du débiteur serait admissible, bien qu'en Suisse, la première condamnation serait exécutée dans le cadre de la LP et la seconde, selon la grande majorité des cantons, par le prononcé d'une prestation de remplacement à exécuter par un tiers aux frais du débiteur.

883. Il convient donc d'examiner ci-après la problématique de la violation de l'ordre public par une condamnation principale étrangère. A nouveau, une double distinction s'impose. Tout d'abord, la violation de l'ordre public peut se concrétiser de deux manières: soit le principe même de la condamnation de l'exécution en nature n'est pas compatible avec l'ordre public de l'Etat requis; soit simplement le dispositif de l'injonction est en contradiction avec l'ordre public de l'Etat requis, sans que celui-ci n'interdise dans le cas précis, l'exécution en nature (b). Ensuite, une injonction étrangère extraterritoriale, voire même *worldwide*, peut violer non seulement l'ordre public de l'Etat requis, mais aussi celui d'un Etat tiers, soit de manière additionnelle, soit exclusivement. Le juge requis doit-il tenir compte de la violation de l'ordre public d'un Etat tiers, ou est-ce que la violation même d'une disposition d'ordre public d'un Etat tiers peut-elle aussi constituer une violation de l'ordre public de l'Etat requis (c) ?

²⁶⁰⁰ En ce sens, REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, p. 326; STÜRNER, *Das grenzübergreifende Vollstreckungsverfahren*, p. 871; TREIBMANN, p. 152.

²⁶⁰¹ Art. 171 du Traité d'Amsterdam. A titre d'exemple, la CJCE a condamné la Grèce à une astreinte de 20,000 Euros par jour dès le 4 juillet 2000 jusqu'à la dépollution complète des gorges de Koupouptos sur l'île de Crète. Ce montant élevé a été justifié par le fait que la Grèce avait déjà été enjointe en 1992 à prendre les mesures nécessaires.

²⁶⁰² Cf. notamment KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 360.

b) Coadamnation principale non compatible avec l'ordre public de l'Etat requis

(1) L'absence de définition de l'ordre public matériel selon les Conventions de Bruxelles et de Lugano

884. L'art. 27 ch. 1 combiné avec l'art. 34 al. 2 des Conventions de Bruxelles et de Lugano permet de refuser la reconnaissance d'une décision étrangère si elle est contraire à l'ordre public de l'Etat requis. Même si le texte des Conventions ne contient pas la formule habituelle de la "*décision manifestement contraire à l'ordre public*"²⁶⁰³, l'ordre public matériel ne sera que très rarement opposé à une décision venant d'un Etat contractant et rendue dans le champ d'application des Conventions²⁶⁰⁴. La jurisprudence va d'ailleurs en ce sens, et la CJCE a expressément relevé que "*la clause de l'ordre public ne doit jouer que dans des cas exceptionnels*"²⁶⁰⁵. Enfin, il convient de rappeler que, à l'instar du droit commun, l'appréciation de la conformité de la décision étrangère à l'ordre public du for se fera concrètement, au regard des effets de la reconnaissance ou de l'exécution de la décision. Ce n'est donc pas la décision étrangère elle-même qui sera confrontée à l'ordre public, mais bien les effets qu'elle entraînera dans l'Etat requis lorsqu'elle sera reconnue ou exécutée²⁶⁰⁶. Aussi longtemps que la CJCE ne s'est pas prononcée sur la question, il est certain que l'ordre public de référence est national, et non pas communautaire par l'intermédiaire d'une interprétation autonome. D'ailleurs, une large partie de la doctrine européenne nie même à la CJCE la compétence de se prononcer sur cette question qui est par essence nationale²⁶⁰⁷.

²⁶⁰³ Cf., par exemple, l'art. 27 al. 1 LDIP.

²⁶⁰⁴ Cf. JENARD, *Rapport*, p. 44.

²⁶⁰⁵ CJCE, *Hoffmann c. Krieg*, 4 février 1988, aff. C-145/86, Rec. 1988, p. 645, n° 21, répété dans CJCE, *Bernardus Hendrikman et Maria Feyen c. Magenta Druck & Verlag GmbH*, 10 octobre 1996, aff. C-78/95, Rec. 1996, p. 4943, n° 23.

²⁶⁰⁶ Cf. JENARD, *Rapport*, p. 44, qui précise qu'un tel contrôle reviendrait à procéder à une révision au fond, prohibée par les Conventions (art. 34 al. 3).

²⁶⁰⁷ Cf. notamment, pour la Suisse, DONZALLAZ, *La Convention de Lugano*, vol. 2, n° 2808; pour la France, GAUDEMET-TALLON, n° 355; pour l'Allemagne, KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, ad Art. 27, n° 4; pour l'Angleterre, O'MALLEY/LAYTON, n° 27.14.

(2) La violation d'une norme de l'Etat requis interdisant l'exécution en nature

885. A titre préliminaire, il convient de rappeler que les Conventions recouvrent des matières dans lesquelles il sera rare que l'ordre public d'un Etat contractant soit heurté par une décision rendue dans un autre; dans les "*matières civiles ou commerciales*", les conceptions de fond qui règnent dans les divers Etats contractants relèvent des mêmes idées directrices et ne sont pas sensibles au regard de l'ordre public, comme pourrait l'être, par exemple, le droit de la famille²⁶⁰⁸.

886. La reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère ne peuvent pas déjà être refusés au motif d'une violation de l'ordre public parce que son contenu est inconnu selon le droit matériel de l'Etat requis. Une telle position de principe violerait déjà l'interdiction de la révision au fond de l'art. 34 al. 3 des Conventions. Ainsi, de manière générale, l'Etat requis n'est pas autorisé à refuser systématiquement, sous couvert de violation de son ordre public, l'exequatur à une décision étrangère ordonnant l'exécution en nature, si son droit national ne confère pas une prétention d'exécution en nature, mais seulement une prétention en réparation du dommage suite à l'inexécution²⁶⁰⁹. Nous avons vu que le principe "*nemo praecise potest cogi ad factum*" avait connu une érosion sérieuse dans les pays qui l'avait adopté comme base de leur législation. Il ne peut dès lors être considéré comme un élément d'un ordre public national d'un Etat contractant. Au même titre, la jurisprudence suisse, par exemple, a précisé qu'une simple différence avec la solution du droit suisse ou même une application erronée du droit par le juge étranger ne saurait suffire à justifier la mise en oeuvre de l'exception de l'ordre public²⁶¹⁰. Au contraire, il faudra en plus une atteinte à des principes essentiels du for²⁶¹¹. Ceux-ci ne pourront cependant être mis en balance et évalués qu'en présence d'un cas concret. En adaptant un exemple proposé par STÜRNER²⁶¹², on pourrait se demander si l'ordre de rétractation d'un

²⁶⁰⁸ D'ailleurs expressément exclu du champ d'application des Conventions, cf. art. 1 al. 1 ch. 2.

²⁶⁰⁹ Cf. notamment, pour la France, BERAUD, *Convention de Lugano, Reconnaissance des décisions juridictionnelles; exécution des décisions judiciaires, actes authentiques et transactions judiciaires*, ch. 23; pour l'Allemagne, TREIBMANN, p. 151; pour l'Angleterre, où cela semble historiquement important, DICEY/MORRIS/COLLINS, p. 495-496; O'MALLEY/LAYTON, n° 10.59, 10.60 et 51.69, note 59; cf. aussi SCHLOSSER, *Rapport*, n° 212.

²⁶¹⁰ En droit commun, ATF 118 Ia 123; 116 II 630; 111 Ia 14.

²⁶¹¹ *Ibid.*

²⁶¹² STÜRNER, *Das grenzübergreifende Vollstreckungsverfahren*, p. 870.

juge allemand adressé à un rédacteur d'un journal suisse distribué en Allemagne où vit le requérant et qui a propagé des informations manifestement fausses à son égard est compatible avec l'ordre public suisse, où seul le droit de réponse ou la prétention en réparation du dommage sont possibles. La question se posera évidemment soit lors de la reconnaissance en Suisse d'un éventuel *Zwangsgeld* liquidé en Allemagne, soit lors de la reconnaissance en Suisse de l'injonction elle-même.

(3) La violation d'une norme d'interdiction ou d'une norme d'autorisation de droit public de l'Etat requis

887. En revanche, la pénalité judiciaire assortissant une injonction de faire enjoignant d'adopter un certain comportement interdit dans l'Etat requis ou, plus fréquent, assortissant une injonction interdisant un certain comportement autorisé par un acte de droit public dans l'Etat requis, ne saurait passer la barrière de l'ordre public, tout comme l'injonction elle-même. Dans ce second cas, nous visons en particulier les injonctions extraterritoriales en matière d'environnement interdisant au débiteur une activité, en raison des immixtions qu'elles provoquent sur le territoire du for, alors que cette activité, par exemple l'exploitation d'une centrale nucléaire, fait l'objet d'une autorisation, voire même d'une concession de droit public dans l'Etat requis²⁶¹³. Dans la procédure de reconnaissance, l'acte de droit public des autorités de l'Etat requis l'emporte face au jugement étranger ou le moyen d'exécution l'accompagnant²⁶¹⁴. Cette solution est logique, dans la mesure où aucun Etat ne confèrera aux étrangers une protection contre les immixtions plus étendue que celle qu'il offre à ses propres citoyens²⁶¹⁵, sous réserve d'une condamnation à des dommages-intérêts éventuelle²⁶¹⁶. Reste cependant réservée la question de l'éventuelle prétention en dommages-intérêts de l'Etat d'origine pour violation du droit international public par l'Etat requis qui a octroyé l'autorisation d'exploitation, si l'exercice de l'activité ainsi autorisé cause des dommages substantiels sur le territoire d'Etats étrangers²⁶¹⁷.

²⁶¹³ Sur le problème de la pollution transfrontière, cf. *supra*, Partie 1, III. B. 1.

²⁶¹⁴ Cf. SIEHR, *Grenzüberschreitender Umweltschutz*, p. 388.

²⁶¹⁵ Cf. KLOEPFFER/KOHLER, *Kernkraftwerk und Staatsgrenze*, p. 174; SCHACK, *Das Internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten*, p. 344.

²⁶¹⁶ KOHLER, *Zivilrechtliche Schadenersatz- und Unterlassungsklagen*, p. 167.

²⁶¹⁷ Sur les effets de la violation du droit international public sur la reconnaissance, cf. SIEHR, *Grenzüberschreitender Umweltschutz*, p. 389.

c) Condamnation principale non compatible avec l'ordre public d'un Etat tiers

888. La dernière question qu'il convient de résoudre est, on le concède, quelque peu académique. Imaginons qu'à la demande d'un grand propriétaire foncier un juge néerlandais prononce une injonction interdisant, sous menace d'un *dwangsom*, à une entreprise de papier allemande, dûment autorisée par les autorités locales compétentes, la continuation à exercer son activité de brûlure de copeaux de bois, au motif que celle-ci produit des émanations toxiques dont la teneur en soufre dépasse les valeurs-limites tolérées aux Pays-Bas, notamment en cas de pluie, ce qui à la fois empêche le propriétaire foncier requérant de mettre en valeur la zone frontière qu'il possède, et entraîne une importante moins-value de celle-ci. L'entreprise allemande n'obtempère pas; elle n'a pas de biens aux Pays-Bas et sait que ni l'injonction, ni la pénalité judiciaire qui l'accompagne, ne seront reconnues en Allemagne, étant donné que son activité y est dûment autorisée par le Ministère de l'environnement du Land où est situé le centre de production en cause. Le créancier le sait. Sachant également que l'entreprise allemande dispose d'une relation bancaire en Suisse, il décide alors de demander à un juge zurichois la reconnaissance du jugement lui accordant des dommages-intérêts et une pénalité judiciaire qui entre-temps a été liquidée à 54 mio. de florins. Le juge suisse doit-il accorder l'exequatur en estimant que son ordre public n'est pas touché ou doit-il refuser l'exequatur, sous prétexte que la décision néerlandaise n'est pas compatible avec l'ordre public allemand ?

889. Deux aspects doivent être examinés. Tout d'abord se pose la question de savoir si un juge peut refuser l'exequatur à une décision étrangère sous prétexte qu'elle viole l'ordre public d'un Etat tiers. La réponse nous semble être clairement non. La justification est simple: l'ordre public ne sert qu'à protéger les valeurs essentielles de l'Etat requis²⁶¹⁸. En revanche, et c'est la deuxième question qui se pose, le respect par les membres de la communauté internationale de la souveraineté des autres Etats et des droits qui en découlent fait-il partie de l'ordre public national de l'Etat requis ? Dans l'affirmative, on pourrait alors avancer que le juge suisse peut refuser l'exequatur à la pénalité judiciaire néerlandaise. On rappellera que la réserve d'ordre public n'intervient que si les liens territoriaux entre la loi étrangère ou la situation créée à l'étranger, d'une part, et l'Etat requis, d'autre part, sont

²⁶¹⁸ Cf. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, n° 2969.

suffisamment étroits²⁶¹⁹. C'est la fameuse exigence de la *Binnenbeziehung* ou *Inlandsbeziehung*. La seule présence de biens en Suisse risque de ne pas satisfaire cette exigence²⁶²⁰. On considère comme un lien suffisant, par exemple le fait qu'un Suisse est partie ou qu'une partie a son domicile en Suisse, ou que le contrat en cause devait être exécuté en Suisse²⁶²¹. En l'occurrence, aucun des éléments qui pourraient fonder un lien suffisant n'est existant, de sorte que la réserve d'ordre public ne pourrait pas intervenir dans ce cas d'espèce.

²⁶¹⁹ Cf. notamment KNOEPFLER/SCHWEIZER, *Précis*, n° 365.

²⁶²⁰ Le créancier néerlandais pourra cependant obtenir le séquestre de cette somme, puisque il dispose d'un jugement exécutoire selon l'art. 271 al. 1 ch. 4 lit. a LP.

²⁶²¹ Sur le lien suffisant, voir les commentaires relatifs à l'art. 271 al. 1 ch. 4 lit. c LP. En Allemagne, le *Bundesgerichtshof* exige aussi un lien suffisant comme condition *praeter legem* du patrimoine du § 23 ZPO, cf. BGH, 2 juillet 1991, BGHZ 115, p. 90, DWiR 1991, p. 239, obs. Schütze, Rolf; JZ 1992, p. 51-56, obs. Schack, Haimo; NJW 1991, p. 3092-3095, obs. Geimer, Reinhold, *ibid.*, p. 3072; NJW 1992, pp. 3062, obs. Mark, Jürgen/Ziegenhain, Hans-Jörg; NJW 1992, p. 3066, obs. Fricke, Martin; RIW 1991, p. 856-858, obs. Fischer, Klaus, RIW 1992, p. 57-59; IPRax 1992, p. 160, p. 140, obs. Schlosser, Peter; WM 1991, p. 1692; ZZZ 105 (1992), p. 314-318, obs. Lüke, Wolfgang, et surtout la thèse de KLEINSTÜCK.

CONCLUSION GENERALE

890. Au terme de cette étude, nous voulons, avant d'émettre quelques perspectives et propositions pour l'avenir, jeter un regard vers l'arrière afin de mesurer le chemin parcouru depuis le début de nos travaux.

L'admissibilité des injonctions extraterritoriales en droit international

891. A la base de toute exécution forcée transfrontière intervient une injonction extraterritoriale. Aussi, son admissibilité ne peut être déterminée qu'en examinant l'exercice de la *compétence normative de l'Etat*²⁶²². La compétence normative tombe dans le domaine du droit international public; c'est un corollaire de la souveraineté des Etats. Elle se distingue de la compétence d'exécution, qui s'entend du pouvoir que possède un Etat de mettre en oeuvre une règle générale ou une décision individuelle, fondées tous deux sur l'exercice de la compétence normative, par des actes matériels de contrainte. Vu sous cet angle, ni la règle de conflit de lois, ni la règle de conflit de juridictions, si chères à la discipline du droit international privé, ne constituent des compétences véritables, mais reflètent bien plutôt l'usage que chaque Etat fait de sa compétence normative. Le droit international public a vocation à régir les règles de conflit de lois et de juridictions, bien que les conceptions privatistes et particularistes du droit international privé puissent faire naître l'apparence contraire²⁶²³. Les auteurs, tant publicistes que privatistes, envisagent, les premiers la connexion des questions de conflits de lois et de juridictions avec le droit international public, les seconds l'examen des règles générales de droit international lors de l'élaboration des règles de conflits. Cependant, l'influence du droit international public sur le conflit de lois et de juridictions reste faible, en raison du caractère embryonnaire de son système de répartition. Malgré des tentatives, déployées surtout au XIXe (mouvement universaliste) et au début du XXe siècle (constructions fondées sur l'*opinio necessitatis*), plus personne ne croit guère aujourd'hui en l'existence imposée par le droit international public d'un système fournissant des réponses directes aux questions de conflits de lois et de juridictions²⁶²⁴.

²⁶²² Cf. *supra*, Partie 1, I. A. 1.

²⁶²³ Cf. *supra*, Partie 1, I. A. 2.

²⁶²⁴ Cf. *supra*, Partie 1, I. A. 3.

892. Dès lors, si l'on admet que le droit international public influence les réponses aux questions de droit international privé, cette influence ne peut être, pour l'heure, qu'*indirecte*. Le droit international ne contient pas de règles de conflit de lois ou de règles de compétence, directe ou indirecte des tribunaux, étendant leurs conséquences jusque dans les ordres internes. L'universalisme n'existe pas en droit international privé positif²⁶²⁵. C'est aussi ce qu'affirme l'arrêt *Lotus*, dont l'interprétation que nous préconisons prévoit que le droit international ne règle directement ni la compétence législative, ni la compétence juridictionnelle des Etats, en droit pénal, et a fortiori, en droit privé. Il laisse les Etats régler eux-mêmes ces questions, sous réserve de la conformité avec le droit international. En clair, cela signifie que les règles de compétence normative étatique, dans le monde contemporain, sont des règles étatiques et non des règles internationales. Quel est alors le contenu des règles limitant la liberté des Etats dans la fixation des compétences étatiques? L'arrêt *Lotus* est silencieux. N'y a-t-il pas des cas dans lesquels le droit international contient quand même certaines règles de compétence normative minimales auxquelles l'Etat ne peut déroger? Une partie de la doctrine soutient que les règles de compétence *territoriale* et de compétence *personnelle* limitent la compétence des Etats. Nous avons démontré que ces deux concepts sont frappés d'une trop grande imprécision pour remplir cette fonction et qu'au surplus, ils ne nous disent rien sur la titularité ou l'absence de titularité du pouvoir normatif d'un sujet de droit international²⁶²⁶. Faut-il alors en déduire que le droit international est totalement *permissif* et qu'il laisse les Etats régler selon leur discrétion les problèmes de compétence normative en matière de droit privé?²⁶²⁷ Pareille solution signifierait que d'un point de vue international, un Etat serait toujours juridictionnellement et législativement compétent pour trancher un litige quelconque en matière de droit privé. Elle va à l'encontre des conclusions que nous avons tirées de l'arrêt *Lotus*.

893. A l'inverse, la thèse opposée, proclamant l'*absence de limites internationales*, doit aussi être rejetée²⁶²⁸. En effet, l'absence ou la relative rareté de protestations diplomatiques des Etats dans le secteur de la compétence normative ne permet pas d'inférer l'absence de toute limite internationale à cette compétence. C'est plutôt par le refus de reconnaissance du jugement dans

²⁶²⁵ Cf. *supra*, Partie 1, I. B. 1.

²⁶²⁶ Cf. *supra*, Partie 1, I. B. 2.

²⁶²⁷ Cf. *supra*, Partie 1, I. B. 3.

²⁶²⁸ Cf. *supra*, Partie 1, I. C. 1.

L'Etat requis que la protestation se matérialisera. Ces considérations conduisent donc à penser que le droit international n'est pas totalement permissif, mais qu'il fixe des *limites*, certes indirectes, à la compétence normative des Etats et aux injonctions qu'il peut prononcer. Cependant, l'harmonie dont fait montre la doctrine sur le principe de l'existence de limites se désagrège lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu précis de ces limites. C'est finalement l'idée du caractère *raisonnable* du lien entre l'Etat et l'acte considéré qui émerge du foisonnement des expressions utilisées par la doctrine²⁶²⁹. Le seuil minimal du caractère raisonnable est matérialisé par le *principe de non-intervention*, qui interdit aux Etats de remettre en cause, par leur activité de détermination de leur compétence normative et de celle de leurs pairs, la souveraineté de ces derniers²⁶³⁰. En matière de compétence internationale, ce principe se concrétisera d'une part par une atteinte au domaine réservé de l'Etat visé par l'intervention et d'autre part par la nature contraignante de celle-ci. Une telle hypothèse nous paraît cependant exceptionnelle. La loi *Helms-Burton* en est une.

L'injonction extraterritoriale et ses limites dans l'espace judiciaire européen

894. Dans les litiges transnationaux, la *compétence juridictionnelle* - vu les conséquences qu'elle implique pour la résolution du litige - est devenue le principal champ de bataille des plaideurs. Ce transfert de l'intérêt des plaideurs - de la question du droit applicable vers celle du juge compétent - a encore été accentué par l'avènement des mesures provisoires et conservatoires dans la gestion des litiges transnationaux et par l'apparition de la discipline nouvelle du *forum running*²⁶³¹. A ce titre, les Conventions de Bruxelles et de Lugano ont éliminé d'entrée de cause certains critères de compétence extraterritoriale des droits nationaux, soit de manière négative, par l'exclusion des fors *exorbitants*²⁶³², soit de manière positive, par l'instauration de fors *exclusifs*²⁶³³.

895. En matière de procédure *au fond*, la compétence *générale* du for du domicile du défendeur permet le prononcé d'injonctions extraterritoriales

²⁶²⁹ Cf. *supra*, Partie 1, I. C. 2.

²⁶³⁰ Cf. *supra*, Partie 1, I. C. 3.

²⁶³¹ Cf. *supra*, Partie 1, II. A. 1.

²⁶³² Cf. *supra*, Partie 1, II. A. 2.

²⁶³³ Cf. *supra*, Partie 1, II. A. 3.

quelle que soit l'intensité du lien entre le litige et le for²⁶³⁴. Les compétences *spéciales* en revanche, le for du lieu du délit, le for du lien d'exécution du contrat et le for des co-défendeurs, pour ne mentionner que les plus importantes, contiennent des limites inhérentes, restreignant le potentiel extraterritorial de ces chefs de compétence aux situations qui justifient précisément ce lien spécial avec le for²⁶³⁵. Enfin, à côté de cette classique dichotomie, la compétence *prorogée* est dotée, vu son fondement dans l'autonomie des parties d'un potentiel extraterritorial quasiment illimité²⁶³⁶.

896. En matière de *mesures provisoires d'appui*, le caractère extraterritorial de la compétence juridictionnelle a récemment été limité par la jurisprudence. Celle-ci définit désormais de manière plus étroite les mesures susceptibles de reconnaissance, notamment lorsque il s'agit d'une *mesure d'anticipation*, et elle exige un lien de rattachement *réel* entre la mesure et le territoire de l'Etat du for²⁶³⁷. En effet, l'acceptation d'une extraterritorialité illimitée constituerait en cette matière un détournement du système mis en place par les Conventions de Bruxelles et de Lugano. En revanche, il ne se justifie pas de soumettre les mesures provisoires et conservatoires prononcées par le juge du fond à ces règles particulières, la soumission aux règles ordinaires étant suffisante.

Domaines d'application des injonctions extraterritoriales en droit privé

897. Les domaines qui sont le plus susceptibles de générer des injonctions extraterritoriales sont ceux où le bien juridique en question est un *droit absolu*. La protection des droits de la *propriété intellectuelle* est un exemple significatif de l'intérêt que peut représenter une protection judiciaire transnationale pour le titulaire du droit²⁶³⁸. Cependant, les limites inhérentes aux critères de compétence juridictionnelle des Conventions de Bruxelles et de Lugano d'une part²⁶³⁹ et la mise en oeuvre de moyens de défense procédu-

²⁶³⁴ Cf. *supra*, Partie 1, II. B. 1.

²⁶³⁵ Cf. *supra*, Partie 1, II. B. 2.

²⁶³⁶ Cf. *supra*, Partie 1, II. B. 3.

²⁶³⁷ Cf. *supra*, Partie 1, II. C.

²⁶³⁸ Cf. *supra*, Partie 1, III. A. 1.

²⁶³⁹ Cf. *supra*, Partie 1, III. A. 2.

raux par le défendeur d'autre part font de la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon une lettre morte²⁶⁴⁰.

898. En outre, même si la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon est celle, qui, ces dix dernières années a suscité le plus d'intérêt auprès des acteurs économiques, d'autres domaines vont à l'avenir connaître un succès grandissant, suite aux potentiels nouveaux offerts par l'avènement d'instruments globaux tels que le réseau Internet. Des biens tels que l'*environnement*²⁶⁴¹, la *concurrence*²⁶⁴² ou la *personnalité*²⁶⁴³ sont directement touchés par l'avènement du *comportement global*.

899. Enfin, la protection extraterritoriale des droits de nature *procédurale* doit faire l'objet de réserves touchant à la violation de la souveraineté territoriale que ne connaissent pas sous cette forme les injonctions fondées sur le droit matériel. L'injonction extraterritoriale en matière d'*obtention de preuves à l'étranger* ne peut pas pour des raisons dogmatiques être gouvernée par les mêmes règles que l'injonction extraterritoriale fondée sur le droit privé matériel²⁶⁴⁴. Cette exclusion de principe ne s'applique cependant ni aux injonctions visant le *blocage d'avoirs à l'étranger*²⁶⁴⁵, ni aux injonctions visant à *ne pas être assigné en justice à l'étranger*²⁶⁴⁶. Les premières, à condition que le droit national l'autorise, peuvent parfaitement être extraterritoriales, alors que le caractère extraterritorial des secondes ne doit être nié que dans le cadre de l'espace judiciaire européen.

La pénalité judiciaire en droit privé comparé européen

900. L'examen de la pénalité judiciaire dans les principaux systèmes européens (France, Angleterre, Belgique, Allemagne et Suisse) et dans les principaux textes d'harmonisation et d'unification, tant du droit matériel (Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 1994, *Principles of European Contract Law* de 1995 et Convention des

²⁶⁴⁰ Cf. *supra*, Partie 1, III. A. 3.

²⁶⁴¹ Cf. *supra*, Partie 1, III. B. 1.

²⁶⁴² Cf. *supra*, Partie 1, III. B. 2.

²⁶⁴³ Cf. *supra*, Partie 1, III. B. 3.

²⁶⁴⁴ Cf. *supra*, Partie 1, III. C. 1.

²⁶⁴⁵ Cf. *supra*, Partie 1, III. C. 2.

²⁶⁴⁶ Cf. *supra*, Partie 1, III. C. 3.

Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises de 1980) que du droit de procédure ou d'exécution forcée (Travaux de la Commission Storme de 1994, Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 1994 et Projet commun d'UNIDROIT et de l'*American Law Institute* (ALI) pour l'établissement des *Transnational Rules of Civil Procedure*) montre que cette institution est encore très fortement ancrée dans le droit national, ce qui ne surprend guère vu sa fonction de moyen de contrainte d'une part et son imbrication dans le droit matériel de l'exécution en nature d'autre part²⁶⁴⁷. La comparaison des institutions analysées a cependant démontré qu'une astreinte harmonisée au niveau européen doit revêtir les éléments suivants:

901. La pénalité judiciaire doit être *indépendante* des dommages-intérêts, de la clause pénale et du droit pénal. En revanche, son efficacité est augmentée par une *double fonction* de contrainte et de répression²⁶⁴⁸.

902. Le choix du *bénéficiaire* doit être laissé au législateur national, les arguments en faveur de l'attribution du produit de l'astreinte au créancier de l'obligation principale et ceux en faveur de son attribution à la collectivité publique étant en balance²⁶⁴⁹.

903. La pénalité judiciaire doit avoir un *champ d'application* général²⁶⁵⁰. Elle doit être impérative en particulier pour les obligations de faire *intuitu personae*, les obligations de ne pas faire et les obligations de livrer une chose *mobile individuelle*, alors qu'elle peut être optionnelle pour les obligations de faire *non intuitu personae* et les obligations de livrer une chose *mobile fongible* et une chose *immobilière*. Dans ces derniers cas, le principe de la proportionnalité doit servir de guide au juge requis. En revanche, l'astreinte ne se justifie pas pour assurer l'exécution forcée des obligations d'émettre une manifestation de volonté et pour les obligations de payer une somme d'argent. Il est évident que certaines limites²⁶⁵¹, ancrées dans l'obligation principale ou dans la protection de la liberté individuelle du débiteur, doivent borner le prononcé de la pénalité judiciaire.

²⁶⁴⁷ Cf. *supra*, Partie 2, I., II., III., IV., V.

²⁶⁴⁸ Cf. *supra*, Partie 2, VI. B. 1., 2. et 5.

²⁶⁴⁹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. C.

²⁶⁵⁰ Cf. *supra*, Partie 2, VI. D. 2.

²⁶⁵¹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. D. 3.

904. La pénalité judiciaire doit sans conteste être ouverte au juge *ordinaire* et au juge des *mesures provisoires*²⁶⁵². Elle doit également être étendue à *l'arbitre*, selon l'exemple des législations belge et néerlandaise²⁶⁵³. Cette extension est une conséquence logique de la flexibilité de la procédure arbitrale, consacrée notamment par la possibilité pour les parties de la soumettre au droit de leur choix et par le pouvoir toujours plus étendu des arbitres en matière de contentieux provisoire. La liquidation de la pénalité judiciaire doit, si le tribunal arbitral n'est plus constitué à ce moment, être conférée au juge ordinaire.

905. La pénalité judiciaire doit être *comminée* à un montant *provisoire*, accompagnée d'un mécanisme de fixation d'un montant définitif ultérieur. Ce système est le seul à même d'atteindre les deux objectifs d'effectivité et de justice assignés à l'exécution forcée²⁶⁵⁴. Le système de la fixation immédiate d'un montant définitif ne permet pas, notamment, de tenir compte de la faute du débiteur, ce qu'exige la pénalité judiciaire.

906. Le juge ne doit pas pouvoir assortir d'office son injonction de droit privé d'une pénalité judiciaire²⁶⁵⁵. Cette dernière doit être gouvernée par la *maxime des débats* et le *principe de la libre disposition du litige*, tous deux chers au procès civil. Cette solution garantit aussi le respect du droit d'être entendu de l'adverse partie. Cependant, le prononcé de la pénalité judiciaire doit rester dans la discrétion du juge, son activité restant soumise au principe de la proportionnalité²⁶⁵⁶. La fixation du montant et des modalités de la pénalité judiciaire (montant global, montant par unité de temps, montant par contravention) doit également être laissée à l'appréciation du juge, qui est le mieux placé pour en connaître²⁶⁵⁷. L'astreinte doit courir dès que le débiteur a connaissance de son prononcé; cette connaissance peut être antérieure à la notification formelle. Le cours de l'astreinte doit dépendre de la durée de l'injonction sous-jacente²⁶⁵⁸.

²⁶⁵² Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 1. a) et b).

²⁶⁵³ Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 1. c).

²⁶⁵⁴ Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 2.

²⁶⁵⁵ Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 3. a) (1).

²⁶⁵⁶ Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 3. a) (2).

²⁶⁵⁷ Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 3. b).

²⁶⁵⁸ Cf. *supra*, Partie 2, VI. E. 3. c).

907. Vu la double fonction de la pénalité judiciaire, moyen de contrainte et moyen de répression, il doit être tenu compte de la *faute* lors de sa fixation²⁶⁵⁹. Le *recouvrement* de la pénalité judiciaire doit être laissé à l'initiative de celui à qui elle revient²⁶⁶⁰.

908. Pour la Suisse, il est souhaitable que ces principes servent de base à l'élaboration d'une *pénalité judiciaire fédérale* dans le cadre des travaux en cours portant sur l'unification du droit de la procédure civile.

La pénalité judiciaire extraterritoriale en droit international public

909. La compétence normative ne permet de prononcer qu'une injonction extraterritoriale. Pour assortir son injonction d'une pénalité judiciaire, le juge saisi doit en outre disposer de la *compétence d'exécution*. Or, il convient de distinguer soigneusement l'*exercice extraterritorial* de la compétence d'exécution au sens strict, où les autorités d'exécution interviennent directement par des actes matériels en territoire étranger, de l'*exercice intraterritorial* de la compétence d'exécution ayant des effets à l'étranger, où les autorités d'exécution ne prennent des mesures matérielles que dans les limites de leur territoire national, mais dont le effets se prolongent à l'étranger²⁶⁶¹. Il est incontesté depuis l'arrêt *Lotus* que l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution au sens strict est prohibé par le droit international. En dehors de l'hypothèse d'un accord entre les Etats, le principe de la territorialité de l'exercice du pouvoir de contrainte et le principe de non-intervention l'interdisent²⁶⁶². En revanche, l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution avec effet extraterritorial est autorisé par le droit international²⁶⁶³. L'intérêt de ce mécanisme est qu'il permet d'éviter (i) un recours à la coopération des autorités étrangères, (ii) un va-et-vient dans les attributions de compétences juridictionnelles lorsque le débiteur ne possède de biens que dans le territoire du for, (iii) un déni de justice éventuel si le pays sur le territoire duquel l'obligation non pécuniaire doit être exécutée ne connaît pas l'exécution en nature et, enfin, (iv) un morcellement de la procédure d'exécution forcée.

²⁶⁵⁹ Cf. *supra*, Partie 2, VI. F. 1. et 2.

²⁶⁶⁰ Cf. *supra*, Partie 2, VI. F. 3.

²⁶⁶¹ Cf. *supra*, Partie 3, I. A. 1.

²⁶⁶² Cf. *supra*, Partie 3, I. A. 2.

²⁶⁶³ Cf. *supra*, Partie 3, I. A. 3.

910. L'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution - concrétisée par le prononcé d'une pénalité judiciaire extraterritoriale - fonde-t-il, à côté de la compétence normative et de la compétence d'exécution au sens strict, une compétence internationale intermédiaire, que nous avons appelée d'un troisième type ou le juge peut-il, usant de sa compétence normative, simplement à titre accessoire, prononcer une telle pénalité judiciaire, indépendamment de la portée territoriale de son injonction?²⁶⁶⁴ L'analyse a démontré que l'existence d'une *compétence d'un troisième type* - développée initialement pour les injonctions en matière d'obtention de preuves à l'étranger - en matière d'injonctions fondées sur le droit matériel privé doit clairement être *niée*, ces deux types d'injonctions présentant des différences dogmatiques trop importantes pour que l'on puisse les assimiler²⁶⁶⁵. L'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution est donc *accessoire* à l'exercice de la compétence normative. D'un point de vue suisse, cela signifie que l'art. 292 CPS peut également assortir une injonction extraterritoriale, étant donné d'une part que le droit international de la compétence ne distingue pas entre le droit pénal et le droit privé et d'autre part que le CPS lui-même énonce la règle d'ubiquité au titre des critères fondant son champ d'application territorial²⁶⁶⁶. La règle vaut par ailleurs quel que soit le domicile du débiteur. Les problèmes soulevés par la notification à l'étranger d'une commination pénale restent toutefois réservés.

911. Même si l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution est admise par le droit international, ce dernier ne fournit pas de solution générale pour résoudre le conflit résultant de l'exercice concurrent par deux Etats de cette compétence. Certaines règles - concrétisées par le principe de la territorialité et celui des intérêts étatiques en cause - semblent cependant émerger de la pratique et de la doctrine contemporaine²⁶⁶⁷. Ces critères résultent des techniques de conflits de lois fondées sur diverses théories unilatéralistes, développées tant aux Etats-Unis (*Act of State Doctrine, Foreign Sovereign Compulsion Defense*) qu'en Europe (*Sonderanknüpfung*)²⁶⁶⁸. A

²⁶⁶⁴ Cf. *supra*, Partie 3, I. B. 1.

²⁶⁶⁵ Cf. *supra*, Partie 3, I. B. 2.

²⁶⁶⁶ Cf. *supra*, Partie 3, I. B. 3.

²⁶⁶⁷ Cf. *supra*, Partie 3, I. C. 1.

²⁶⁶⁸ Cf. *supra*, Partie 3, I. C. 2.

l'heure actuelle, ces techniques ont cependant été dépassées par celle de la bilatéralisation des règles de conflit de lois²⁶⁶⁹.

La pénalité judiciaire extraterritoriale en droit international privé

912. L'étude a montré que le droit de l'exécution forcée internationale s'inscrit dans les contradictions résultant, d'une part de son application en droit international, alors que son origine est de droit interne, et d'autre part des conséquences qu'il entraîne sur le droit au fond, alors qu'il est qualifié de droit de procédure. Il est aisé de démontrer que l'exécution forcée générale est gouvernée par la *lex fori*²⁶⁷⁰. En effet, il est traditionnel d'énoncer que la loi du for s'applique en matière de procédure. De là, il n'y a qu'un pas à faire pour étendre le principe aux actes d'exécution forcée, d'autant plus que le droit international consacre l'exclusivité du pouvoir de contrainte sur le territoire étatique. Cependant, l'exécution forcée internationale présente certaines spécificités par rapport à la procédure civile internationale²⁶⁷¹ - liées notamment à la dispersion territoriale des actes d'exécution forcée et au lien existant entre l'exécution forcée et le droit matériel -, qui peuvent, en pratique, conduire parfois à préférer le fond plutôt que la forme, cela dans un but de favoriser l'harmonie des décisions en matière internationale²⁶⁷².

913. Dans ce contexte, nous concluons que la pénalité judiciaire soit également soumise à la *lex fori*, principalement en raison de son lien avec la conception que l'on se fait du rôle du juge et de ses pouvoirs (*imperium* opposé à la *jurisdictio*)²⁶⁷³.

914. Lors de l'exécution forcée de la pénalité judiciaire deux situations peuvent se présenter²⁶⁷⁴. Si le débiteur est domicilié dans l'Etat du for ou s'il y possède des biens, le recouvrement aura lieu dans le pays dont elle émane; il sera régi par les règles du for sur l'exécution forcée des jugements condamnant à une somme d'argent. Si le recouvrement d'une pénalité judiciaire exécutoire dans l'Etat d'origine doit avoir lieu en Suisse, la question de sa

²⁶⁶⁹ Cf. *supra*, Partie 3, I. C. 3.

²⁶⁷⁰ Cf. *supra*, Partie 3, II. A. 1.

²⁶⁷¹ Cf. *supra*, Partie 3, II. A. 2.

²⁶⁷² Cf. *supra*, Partie 3, II. A. 3.

²⁶⁷³ Cf. *supra*, Partie 3, II. B.

²⁶⁷⁴ Cf. *supra*, Partie 3, II. C. 1.

reconnaissance se posera²⁶⁷⁵. Or, les mesures visant à assurer l'exécution forcée, dont la pénalité judiciaire fait partie, ne constituent pas des décisions qui tranchent une prétention fondée sur le droit privé (*Sachentscheidung*) selon la LDIP, et ne sont par conséquent pas susceptibles de reconnaissance en Suisse selon le droit autonome²⁶⁷⁶.

La pénalité judiciaire extraterritoriale dans l'espace judiciaire européen

915. L'analyse de la pénalité judiciaire dans l'espace judiciaire européen présente le double intérêt que les Conventions de Bruxelles et de Lugano ont non seulement créé un système de compétences directes uniformes et exclusives, mais ont également prévu à l'art. 43 l'institution de l'*astreinte*, du *Zwangsgeld*, d'un *periodic payment by way of a penalty*, respectivement de la *penalità*. A l'aide des mécanismes tant institutionnels que méthodologiques mis en place par les Conventions de Bruxelles et de Lugano²⁶⁷⁷, la pénalité judiciaire doit être définie comme étant (i) un acte d'autorité au caractère répressif, (ii) prononcé dans le cadre d'une procédure civile et (iii) visant à assurer l'exécution d'une décision civile²⁶⁷⁸. L'identité du bénéficiaire de la pénalité judiciaire, Etat ou créancier de la condamnation principale, n'est pas déterminante. Pour le droit suisse, cela signifie que l'amende prononcée en application de l'art. 292 CPS, issue d'une procédure purement pénale, ne peut pas être qualifiée de pénalité judiciaire au sens européen du terme, ce qui exclut sa reconnaissance à l'étranger²⁶⁷⁹. Nous voyons là un second motif, à côté de la faiblesse inhérente à la mesure, qui justifie l'élaboration d'une *pénalité judiciaire fédérale* eurocompatible dans le cadre des travaux sur l'unification de la procédure civile en Suisse.

916. Dans l'espace judiciaire européen, l'examen de la compétence directe pour prononcer une pénalité judiciaire doit d'abord surmonter la contradiction apparente entre l'art. 16 ch. 5 et l'art. 43 des Conventions, le premier prônant l'unité de la procédure de l'exécution forcée, alors que le second semble prôner l'exécution transfrontière, en distinguant la fixation de la

²⁶⁷⁵ Cf. *supra*, Partie 3, II. C. 2.

²⁶⁷⁶ Cf. *supra*, Partie 3, II. C. 3.

²⁶⁷⁷ Cf. *supra*, Partie 3, III. A. 1.

²⁶⁷⁸ Cf. *supra*, Partie 3, III. A. 2.

²⁶⁷⁹ Cf. *supra*, Partie 3, III. A. 3.

pénalité judiciaire de son exécution forcée²⁶⁸⁰. La pénalité judiciaire ne doit pas être qualifiée de mesure d'exécution, mais de condamnation accessoire. Aussi, malgré l'art. 16 ch. 5, il en résulte, tout comme en droit international général, que dans l'espace judiciaire européen également la compétence pour prononcer une pénalité judiciaire est identique à celle pour juger au fond²⁶⁸¹. L'art. 43 des Conventions se profile donc comme une norme qui commande aux Etats signataires de coopérer dans le cadre d'une exécution transfrontière, avec comme conséquence de favoriser le créancier, qui pourra choisir entre, d'une part, une exécution forcée concentrée dans l'Etat de reconnaissance (prononcé et fixation, ainsi qu'exécution forcée de la pénalité judiciaire dans l'Etat d'exécution selon la *lex fori*), conformément au principe de l'unité de l'exécution forcée individuelle, et, d'autre part, une exécution forcée scindée ou précisément *transfrontière* entre l'Etat d'origine (prononcé et fixation de la pénalité judiciaire) et l'Etat de la reconnaissance (exécution forcée de la pénalité judiciaire)²⁶⁸².

917. En matière de reconnaissance enfin, il convient de distinguer deux situations. La première est celle où le titre étranger est assorti d'une pénalité judiciaire liquidée²⁶⁸³. L'exécution forcée de cette dernière s'effectuera dans le cadre de l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Le montant dû doit cependant résulter expressément de la décision étrangère à reconnaître; celui-ci ne saurait être fixé par le juge de l'exequatur. Le caractère accessoire de l'astreinte empêchera que l'astreinte prononcée par un arbitre ou celle prononcée par un juge civile, mais assortissant une sentence arbitrale puisse bénéficier de la reconnaissance prévue à l'art. 43 des Conventions. La seconde situation est celle où le titre étranger soit provient d'un Etat qui ne connaît pas la pénalité judiciaire, soit est assorti d'une pénalité judiciaire non-liquidée²⁶⁸⁴. Tout comme en droit autonome, le juge de la reconnaissance dans le cadre des Conventions peut aussi prononcer une nouvelle pénalité judiciaire. Non seulement la pénalité judiciaire ne constitue pas un complément prohibé à la décision étrangère, mais l'art. 43 n'est pas non plus une norme de compétence, mais uniquement une norme de *reconnaissance* et de *coordination*. Le principe de non-discrimination contraindra aussi le juge de l'exécution forcée à assortir le titre étranger d'une pénalité judiciaire.

²⁶⁸⁰ Cf. *supra*, Partie 3, III. B. 1.

²⁶⁸¹ Cf. *supra*, Partie 3, III. B. 2.

²⁶⁸² Cf. *supra*, Partie 3, III. B. 3.

²⁶⁸³ Cf. *supra*, Partie 3, III. C. 1.

²⁶⁸⁴ Cf. *supra*, Partie 3, III. C. 2.

A ce titre, un certain déséquilibre entre les droits *matériels* de l'exécution en nature pourrait constituer une nouvelle cause de *forum shopping* vers les Etats dont la législation est très libérale sur ce point, d'autant plus que la pénalité judiciaire assortissant une telle injonction sera reconnue dans l'espace judiciaire aux conditions de l'art. 43 des Conventions. Enfin, la réserve de l'ordre public joue également un rôle dans la reconnaissance de la pénalité judiciaire²⁶⁸⁵. A titre liminaire, il n'est pas inutile de rappeler que la violation de l'ordre public par le titre condamnant à l'exécution en nature empêchera d'emblée la reconnaissance et l'exécution de la pénalité judiciaire qui l'assortit. Deux situations sont alors possibles. Soit le titre viole l'ordre public de l'Etat requis. L'hypothèse est la plus probable lorsque le titre étranger viole une norme d'interdiction ou une norme d'autorisation de droit public de l'Etat requis. Soit le titre viole l'ordre public d'un Etat tiers. La réserve d'ordre public n'intervient alors que si les liens territoriaux entre la loi étrangère ou la situation créée à l'étranger, d'une part, et l'Etat requis, d'autre part, sont suffisamment étroits. La seule présence de biens dans l'Etat requis risque de ne pas satisfaire cette exigence.

²⁶⁸⁵ Cf. *supra*, Partie 3, III. C. 3.

Bibliographie

Dans cet ouvrage, les références bibliographiques sont faites par la simple désignation du nom de l'auteur figurant en majuscule et de la référence (p. ex. AFFOLTER, p. 65) ou, notamment lorsque plusieurs contributions d'un auteur figurent dans l'appareil de référence, par la désignation du nom et le titre abrégé en italique (imprimée en caractère gras dans l'appareil de référence) (p. ex. AUDIT, *Extra-territorialité*, p. 423).

ADAMS, JOHN N.

- *Choice of Forum in Patent Disputes*, EIPR 1995, p. 497-502.

AFFOLTER, MARKUS

- *Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess*, Zurich 1993.

AGO, ROBERTO

- *Règles générales des conflits de lois*, RdC 1936 IV (vol. 58), p. 243-469.

AHRENS, HANS-JÜRGEN

- *Grenzüberschreitende selbständige Beweisverfahren - eine Skizze*, in: Geimer, Reinhold (édit.), *Wege zur Globalisierung des Rechts*, Festschrift für Rolf A. Schütze, Munich 1999, p. 1-13.

AKEHURST, MICHAEL

- *Jurisdiction in International Law*, BYIL 46 (1972-1973), p. 145-257.

ALBRECHT, CHRISTIAN

- *Das EuGVÜ und der einstweilige Rechtsschutz in England und der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1991.
- *Artikel 24 EuGVÜ und die Entwicklung des einstweiligen Rechtsschutzes in England seit 1988*, IPRax 1992, p. 184-187.

AMERICAN LAW INSTITUTE (EDIT.)

- *Restatement (Second) of the Foreign Relations Law (1965)*, St-Paul, Minnesota 1965.
- *Restatement (Second) of the Conflict of Laws (1971)*, St-Paul, Minnesota 1971.
- *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987)*, St-Paul, Minnesota 1987.

AMERICAN LAW INSTITUTE ET UNIDROIT (EDIT.)

- *Transnational Rules of Civil Procedure. Rules and Commentary*, version du 1er avril 1999 disponible sur Internet: www.ali.org/ali/transrules.html.

ANCEL, BERTRAND

- *Le transfert international des informations nécessaires à l'administration du droit privé*, in: *Mélanges François Rigaux*, Bruxelles 1993, p. 1-12.

ANDOLINA, ITALO

- *La cooperazione internazionale nel processo civile*, RTDPC 1996, p. 755-796.

ANDREWS, NEIL H.

- *Mareva relief cannot stand alone: further judicial reflections upon the Siskina doctrine (comment on Mercedes-Benz AG v. Leiduck)*, CJK 15 (1996), p. 12-14.

ARLIDGE, ANTHONY/EADY, DAVID

- *The Law of Contempt*, Londres, Edimbourg 1982.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (EDIT.)

- *L'effectivité des décisions de justice (journées françaises)*, T. 36, Paris 1985.

AUBERT, MAURICE/BEGUIN, PIERRE-ANDRE/BERNASCONI, PAOLO/GRAZIANO-VON BURG, JOHANNA/TREUILLAUD, RAPHAËL

- *Le secret bancaire suisse*, 3e éd. 1995.

AUDIT, BERNARD

- *Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien*, RCDIP 72 (1983), p. 401-434.
- *Droit international privé*, 2e éd., Paris 1997.

AUSTIN, G.W.

- *The Infringement of Foreign Intellectual Property Rights*, ICLQ 46 (1997), p. 321-340.

BACHMANN, BIRGIT

- *Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im Internet (zu LG München I, 17.10.1996)*, IPRax 1998, p. 179-187.

BÄR, ROLF

- *Kartellrecht und Internationales Privatrecht*, Karlsruhe 1966.
- *Extraterritoriale Wirkung von Gesetzen*, in: Jenny, Guido/Kälin, Walter (édit.), *Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Berne 1988, p. 3-26.
- *Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht*, in: von Büren, Roland/Cottier, Thomas, *Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld: Globalisierung - Wettbewerbsrecht - öffentliches Beschaffungswesen*, Berne 1997, p. 87-108.

BAETGE, DIETMAR

- *Das Recht der Verbandsklage auf neuen Wegen - Zu den Auswirkungen der EG-Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen auf die Verbandsklage in Deutschland*, ZEuP 1999, p. 329 ss.

BALLARINO, TITO

- *Le Droit International Privé de l'Environnement - Questions de Procédure Civile et de Loi Applicable dans les Etats de l'Europe Occidentale*, in: Bar, Christian von (édit.), *Internationales Umwelthaftungsrecht: Tagung des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück am 8. und 9. April 1994* in Osnabrück, Cologne, Berlin, Munich 1995, p. 111-128.

BALLON, GABRIEL LUC

- *De nieuwe wet op de dwangsom*, RW 43 (1979-80), p. 2017-2036.
- *Dwangsom*, Gand, Louvain 1980.

BALMER, FRITZ

- *Erläuterungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht*, in: Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts, Rapport du comité de la société suisse des juristes, RDS 88 (1969), vol. 1, p. 293-466.

BARBOSA MOREIRA, JOSE CARLOS

- *Le code-modèle de procédure civile pour l'Amérique latine de l'Institut Ibero-Américain de Droit Processuel*, ZZPInt 1998, p. 437-445.

BASEDOW, JÜRGEN

- *Qualifikation, Vorfrage und Anpassung im Internationalen Zivilverfahrensrecht*, in: Schlosser, Peter F. (édit.), *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkung der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung*, Bielefeld 1992, p. 131-156.

BATIFFOL, HENRI

- *Les conflits de lois en matière de contrats: étude de droit international privé*, Paris 1938.

BATIFFOL, HENRI/LAGARDE PAUL

- *Traité de droit international privé*, vol. 1 (8e éd., 1988), vol. 2 (7e éd., 1983), Paris.

BAUDENBACHER, CARL

- *Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach schweizerischem Recht*, GRUR Int. 1989, p. 310-320.

BAUDENBACHER, CARL/CAVELTI, URS JOSEF

- *Weltkongress Prozessrecht 1995. Landesbericht Schweiz*, Bâle et Francfort-sur-le Main 1997.

BAUER, STEFAN

- *Rechtsvergleichende Untersuchung der Systeme des deutschen und französischen Zwangsvollstreckungsrechts*, Tübingen 1993.

BAUM, HARALD

- *Inländische Abwehrklagen gegen US-amerikanische Produkthaftungsklagen*, in: Heldrich, Andreas/Kono, Toshiyuki (édit.), *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, Tübingen 1994, p. 185-229.

BAUMBACH, ADOLF/LAUTERBACH, WOLFGANG/ALBERS,

JAN/HARTMANN, PETER

- *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 57e éd., Munich 1999.

BEALE, DAVID

- *The Jurisdiction of a Sovereign State*, HLR 36 (1923), p. 241 ss.
- *A Treatise on the Conflict of Laws*, vol. 1, New York, 1929.

BEAN, DAVID

- *Injunctions*, 7e éd. Londres 1996.

BECKER, HERMANN

- *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2e éd., Berne 1941.

BEHR, VOLKER

- *Internationale Tatortzuständigkeit für vorbeugende Unterlassungsklagen bei Wettbewerbsverstößen*, GRUR Int. 1992, p. 604-608.

BELL, ANDREW S.

- *Anti-Suit Injunctions and the Brussels Convention*, LQR 110 (1994), p. 204-209.
- *The Negative Declaration in Transnational Litigation*, LQR 111 (1995), p. 674-695.

BENZ, ALBERT

- *Der Vollstreckungsbefehl in der zürcherischen Rechtspraxis*, Zurich 1936.

BERAUDO, JEAN-PAUL

- *Convention de Lugano du 16 septembre 1988*, in: Jurisclasseur Europe, vol. 6, Fasc. 3100/635-2: *Généralités*; Fasc. 3101/635-3: *Compétences*; Fasc. 3102/635-4: *Reconnaissance des décisions juridictionnelles; exécution des décisions judiciaires, actes authentiques et transactions judiciaires*; Fasc. 3103/635-5: *Interprétation*, Paris 1991 (mise à jour annuelle).

BERMANN, GEORGE A.

- *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, COJTL 28 (1990), p. 589-631.
- *Provisional Relief in Transnational Litigation*, COJTL 35 (1997) p. 553-617.

BERNEKE, WILHELM

- *Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen*, Munich 1995.

BERNET, BENNO

- *Die besonderen Probleme im Zusammenhang mit dem Recht der USA (Pre-Trial-Discovery usw.)*, in: IZP, Seminar von 26. Oktober 1990 der HSG-Weiterbildungsstufe, Saint-Gall 1990.

BERTI, STEPHEN V.

- *Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Zurich 1989.
- *ad Art. 183*, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedün Peter/Schnyder, Anton K. (édit.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Bâle; Francfort-sur-le-Main 1996.
- *Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess*, RDS 116 (1997), vol. 2, p. 171-251.

- *Zum Vorentwurf zu einem schweizerischen Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen*, ZZPInt 2 (1997), p. 185-197.
- (édit.), *Helvetisches Zivilprozessrecht*, Symposium zum 75. Geburtstag von Walther J. Habscheid, Bâle 1999.

BERTI, STEPHEN V./SCHNYDER, ANTON K.

- *ad Art. 25*, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K. (édit.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Bâle; Francfort-sur-le-Main 1996.

BERTOSSA, BERNARD/GAILLARD, LOUIS/GUYET, JACQUES

- *Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987*, vol. I, art. 1 à 151, vol. II, art. 153 à 319, vol. III, art. 320 à 519, Genève 1989, 1992, 1994.

BERTRAMS, HELEEN

- *Das grenzüberschreitende Verletzungsverbot im niederländischen Patentrecht*, GRUR Int. 1995, p. 193-201.
- *The Cross-Border Prohibitory Injunction in Dutch Patent Law*, IIC 1995, p. 618-636.

BESSE, DIRK

- *Die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag von Amsterdam und das EuGVÜ*, ZEuP 1999, p. 107-122.

BESSON, SÉBASTIEN

- *Arbitrage international et mesures provisoires, Etude de droit comparé*, thèse, Zurich 1998.

BETLEM, GERRIT

- *Civil Liability for Transfrontier Pollution. Dutch Environmental Tort Law in International Cases in the Light of Community Law*, Londres, Dordrecht, Boston 1993.
- *Transboundary Enforcement: Free Movement of Injunctions*, in: Deimann, Sven/Dyssli, Bernard (édit.), *Environmental Rights: Law, Litigation & Access to Justice*, London 1995, p. 184-229.
- *Cross-border water pollution: two paradigmatic Dutch cases*, ERPL 4 (1996), p. 159-178.

BETLEM, GERRIT/JOUSTRA, CARLA

- *The Draft Consumer Injunctions Directive*, COLJ 1997, p. 8-18.

BISCHOF, THOMAS PIUS

- *Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- oder Handelssachen*, Zurich 1997.

BLAAUW, R. M.

- *Executiemiddelen, De sanctionering van vonnissen, veroorddelend tot een andere prestatie dan het betalen van geld*, Deventer 1980.

BLANC, EMMANUEL

- *Les nouvelles procédures d'exécution*, 2e éd., Paris 1994.

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.

BLOMEYER, ARWED

- *Zivilprozessrecht - Vollstreckungsverfahren*, Berlin, Heidelberg, New York 1975.

DE BOER, MARGREET B.

- *Osservazioni sull'Astreinte nel diritto processuale civile olandese*, RDP 1996, p. 790-808.

BOGDAN, MICHAEL

- *Some reflections regarding the new EU Directive on injunctions for the protection of consumers' interests*, COLJ 1998, p. 369-375.

DE BOISSESON, MATHIEU

- *Le droit français de l'arbitrage*, Paris 1990.

BONOMI, ANDREA

- *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurich 1998.

BORCK, HANS-GÜNTHER

- *Zuständigkeitserschleichung qua negativer Feststellungsklage ?*, WRP 1997, p. 265-268.

BORK, REINHARD

- *Ab wann ist die Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungsverfügung sanktionierbar gem. § 890 ZPO ?* WRP 1989, p. 360-366.
- *Die Vollziehung und die Vollstreckung von Unterlassungstiteln*, WRP 1993, p. 374-379.
- *Ein letztes Mal noch: Zur Unterlassungsvollstreckung*, WRP 1996, p. 181-183.

BORE, LOUIS

- *Astreintes*, Rép. Civ. Dalloz (mis à jour périodiquement).
- *Le juge pénal, l'astreinte et les condamnations à une obligation de faire*, Gaz. Pal. 1996, I, Doctrine, p. 654 ss.

BORN, GARY B.

- *International Civil Litigation in United States Courts*, 3e éd, Deventer, Boston 1996.
- *Critical Observations on the Draft Transnational Rules of Civil Procedure*, 33 TILJ (1998), p. 387-412.

BORRIE, GORDON/LOWE, NIGEL

- *The Law of Contempt*, 3e éd., Londres 1996.

BREHM, WOLFGANG

- *Zwangsvollstreckung nach §§ 888, 890 n.F. ZPO*, NJW 1975, p. 249-251.

BRIGGS, ADRIAN

- *Anti-European Teeth For Choice Of Court Clauses, Comment to Continental Bank v. Aekos*, LLMCLQ 1994, p. 158-163.
- *Two Undesirable Side-Effects of the Brussels Convention ?*, LQR 113 (1997), p. 364-368.
- *The Unrestrained Reach of Anti-suit Injunction: a Pause for Thought*, LLMCLQ 1997, p. 90-102.

BRILMAYER, LEA

- *The extraterritorial application of american law: a methodological and constitutional appraisal*, in: Law&CP, 1987, vol. 50, n° 3, p. 11 ss.

BRINKHOFF, J.J.

- *Summary Proceedings and Other Provisional Measures in Connection with Patent Infringements*, IIC 1993, p. 762-777.
- *Das einstweilige Verfügungsverfahren und andere vorläufige Massnahmen im Zusammenhang mit Patentverletzungen*, GRUR Int. 1993, p. 387-394.
- *Could the President of the District Court of the Hague Take Measures Concerning the Infringement of Foreign Patents ?*, EIPR 1994, p. 360-364.
- *Geht das grenzüberschreitende Verletzungsverbot im niederländischen einstweiligen Verfügungsverfahren zu weit ?*, GRUR Int. 1997, p. 489-497.

BRÖNNIMANN, JÜRGEN

- *Vereinheitlichung des Gerichtsstandsrechts - Das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG)*, Revue de l'avocat 8/1999, p. 8-11.

BROWNLIE, IAN

- *Principles of Public International Law*, 4e éd., Oxford 1990.

BROX, HANS/WALKER, WOLF D.

- *Zwangsvollstreckungsrecht*, 4e éd., Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1993.

BRUNNER, ALEXANDER

- *Transnationale Unterlassungsklagen im schweizerischen Schieds- und Zivilprozessrecht im Zeitalter liberalisierter Kommunikationsmärkte*, in: Stauder, Bernd (édit.), Les actions collectives transfrontières des organisations de consommateurs. Droit international et droit du marché intérieur. Actes du colloque organisé avec le Centre d'études juridiques européennes, Faculté de droit de Genève, Zurich 1997, p. 109-153.

BUCHER, ANDREAS

- *Droit international privé suisse, Tome I/2; Partie générale - Droit applicable*, Bâle/Francfort-sur-le Main 1995.
- *Droit international privé suisse, Tome I/1; Partie générale - Conflits de juridictions*, Bâle/Francfort-sur-le Main 1998.
- *Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers*,

SJ 2000 II, n° 2, p. 77-133.

BUCHER, EUGEN

- *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2e éd., Zurich 1988.

BÜHLER, ALFRED/EDELMANN, ANDREAS/KELLER, ALBERT

- *Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung: Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984*, Aarau/Francfort-sur-le-Main 1998.

BÜLOW, ARTHUR/BÖCKSTIEGEL, KARL-HEINZ/GEIMER, REINHOLD/SCHÜTZE, ROLF A.

- *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, 2 vol., état septembre 1997, Munich.

BULACHER, PETER

- *Die Realzekution nach den Zivilprozessordnungen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft*, Basel 1988.

BUNGE, JÜRGEN

- *Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in England - eine Gesamtdarstellung mit internationalem Zivilprozessrecht und einer Bibliographie*, Berlin 1995.

BURST, SILKE

- *Pönale Momente im ausländischen Privatrecht und deutscher ordre public*, Francfort-sur-le-Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Vienne 1994.

BUXBAUM, HANNAH

- *Asset Freezes in United States Federal Courts: Grupo Mexicano de Desarrollo, S.A. v. Alliance Bond Fund, Inc.*, IPRax 2000, p. 39-40.

BUZARD, DAVID A.

- *U.S. Recognition and Enforcement of Foreign Country Injunctive and Specific Performance Decrees*, DPCI 1990, p. 270-292.

CAFLISCH, LUCIUS

- *La pratique suisse en matière de droit international public 1980*, ASDI 37 (1981), p. 246-253 (principe de la territorialité).

CAMBI FAVRE-BULLE, ALESSANDRA

- *La mise en oeuvre en Suisse de l'art. 39 al. 2 de la Convention de Lugano*, RSDIE 8 (1998), p. 335-370.

CAPPER, DAVID

- *Worldwide Mareva Injunctions*, MLR 54 (1991) p. 329-348.
- *The Trans-Jurisdictional Effects of Mareva Injunctions*, CIQ 15 (1996), p. 211-233.
- *Further Trans-Jurisdictional Effects of Mareva Injunctions*, CIQ 16 (1997), p. 35-40.

CAPPONI, BRUNO

- *Una prospettiva di armonizzazione: il titolo esecutivo europeo*, in: Documenti

giustizia, Rome 1993, p. 1389 ss.

- *Attualità e prospettive della cooperazione giudiziaria civile nell'Unione europea*, RTDPC 1998, p. 148-171.

CARPI, FEDERICO

- *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa in relazione alla Convenzione di Bruxelles del 1968*, in: *Scintillae iuris*, Studi in memoria di Gino Gorla, Milan 1994, p. 1399-1416.

CARREAU, DOMINIQUE

- *Droit international*, Paris 1988.

CARTER, BARRY/TRIMBLE, PHILIPPE

- *International Law*, Boston, Toronto, London 1991.

CARTER, P.B.

- *Defamation*, in: McLachlan, Campbell/Nygh, Peter, *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Principles*, Oxford 1996, p. 105-123.

CASSANI, URSULA

- *"Pretrial discovery" sur sol suisse et protection pénale de la souveraineté territoriale*, RSDA 64 (1992), p. 10-19.

CHABAS, FRANÇOIS

- *La réforme de l'astreinte (Loi du 5 juillet 1971)*, D. 1972, Chron., p. 271-276.
- *La réforme de l'astreinte*, D. 1992, Chron., p. 299-300.
- *Astreintes*, Rép. pr. civ. Dalloz, mars 1998 (avec la collaboration de Sophie Deis).

CHERPILLOD, IVAN

- *La compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon*, in: Rapp, Jean-Marc/Jaccard, Michel (édit.), *Le droit en action*, Recueil des travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion du Congrès commun de la Fédération suisse des avocats et de la Société suisse des juristes des 7 et 8 juin 1996, Lausanne 1996, p. 41-60.

CHESHIRE, GEOFFREY CHEVALIER/NORTH, PETER MACHIN/FAWCETT, JAMES J.

- *Private International Law*, 12e éd., Londres, Dublin, Edimbourg 1992.

COCCHI, BRUNO/TREZZINI, FRANCESCO

- *Codice di Procedura Civile ticinese annotato*, Lugano 1993.

COESTER-WALTJEN, DAGMAR

- *Internationales Beweisrecht*, Ebelsbach 1983.
- *Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, in: Geimer, Reinhold (édit.), *Wege zur Globalisierung des Rechts*, Festschrift für Rolf A. Schütze, Munich 1999, p. 175-185.

COHEN, LAURENCE J.

- *Intellectual Property and the Brussels Convention*, EIPR 1997, p. 379-382.

COHEN-TANIGUCHI, LAURENT

- *Les juridictions américaines face aux lois étrangères interdisant la communication de renseignements économiques*, RCDIP 72 (1983), p. 9 ss.

COLLINS, LAWRENCE

- *The Territorial Reach of Mareva Injunctions*, LQR 105 (1989), p. 262-299.
- *Anton Piller Orders and Fundamental Rights*, LQR 106 (1990), p. 173-176.
- *Provisional and Protective Measures in International Litigation*, RdC 1992 III (vol. 234), p. 9-238.
- *The Marc Rich Case and Actions for Negative Declarations*, in: Mélanges Jacques-Michel Grossen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1992, p. 385-397.
- *Negative Declarations and the Brussels Convention*, LQR 108 (1992), p. 545-549.
- *The Territorial Reach of Mareva Injunctions*, in: Collins, Lawrence, *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford 1994, p. 189-224.
- *The Hague Evidence Convention and Discovery: A Serious Misunderstanding ?*, in: *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford 1994, p. 289-312.
- *The Siskina Again: An Opportunity Missed*, LQR 112 (1996), p. 8-12.
- *United States Court Rejects Mareva Jurisdiction*, LQR 115 (1999), p. 601-604.

COMBACAU, JEAN/SUR, SERGE

- *Droit international public*, 2e éd., Paris 1995.

VAN COMPERNOLLE, JACQUES

- *La production forcée de documents dans le code judiciaire*, Ann. dr. 1981, p. 81 ss.
- *L'astreinte*, Bruxelles 1992.

CORBOZ, BERNARD

- *Les principales infractions*, Berne 1997.

CORNISH, W.R.

- *Intellectual Property Infringement and Private International Law: Changing the Common Law Approach*, GRUR Int. 1996, p. 285-289.

CREMONINI, CARLENDREA

- *An Italian looks at Civil Contempt - From Rome to Glastonbury*, CJO 3 (1984), p. 132-162.

DAVENPORT, B.J.

- *Anton Piller Orders*, LQR (108) 1992, p. 555-559.

DAVID, LUCAS

- *Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht*, in: von Büren, Roland/David, Lucas (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. I, Einleitung, Teilbd. 2: der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, 2e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998.

DAWSON, JOHN P.

- *Specific Performance in France and Germany*, 57 Michigan L. Rev. (1958-1959), p. 495-538.

DELAPORTE, VINCENT

- *Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé*, Travaux du comité français de droit international privé 1986-1988, Paris 1989, p. 148-170.

DEMARET, PAUL

- *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie ?*, RTDE 1985, p. 1-39.

DENTI, VITTORIO/SILVESTRI, ELISABETTA

- *Regional Report from Continental Western Europe*, in: Jacobsson, Ulla/Jacob, Sir Jack I. H. (éd.), *Trends in the Enforcement of Non-Money Judgments and Orders*, The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure, June 1985, Faculty of Law, University of Lund, Deventer, Antwerpen, Londres, Francfort, Boston, New York 1988.

DESSEMONTET, FRANÇOIS

- *Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé*, Medialex 1997, p. 77-86.

DETHLOFF, NINA

- *Ausländisches Wettbewerbsrecht im einstweiligen Rechtsschutz*, RabelsZ 62 (1998), 287-307.

DEVONSHIRE, PETER

- *The Implications of Third Parties Holding Assets Subject to a Mareva Injunction*, LLMCLQ 1996, p. 268-285.
- *Mareva Injunctions and Third Parties: Exposing the Subtext*, MLR 64 (1999), p. 539-563.

DICEY, ALBERT VENN/MORRIS, JOHN HUMPHREY CARLILE/COLLINS, LAWRENCE

- *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 12e éd., Londres 1993 (& Suppl. 1994).

DIGGELMANN, PETER

- *Strafbestimmungen bei Unterlassungsbegehren im Immaterialgüterrecht*, RSPI 1992, p. 23-26.
- *Unterlassungsbegehren im Immaterialgüterrecht*, RSJ 88 (1992), p. 26-29.

DOCKRAY, MARTIN/LADDIE, HUGH

- *Piller Problems*, LQR (106) 1990, p. 601-620.

DÖRIG, ADRIAN

- *Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer Entscheidungen in der Schweiz*, thèse, Saint-Gall/Lacben 1998.

DOHMANN, BARBARA/BRIGGS, ADRIAN

- « *Worldwide Mareva Injunctions* » und die Vollstreckung ausländischer Urteile in England, in: Schlosser, Peter F. (édit.), *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkung der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung*, Bielefeld 1992, p. 157-170.

DONZALLAZ, YVES

- *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, vol. 1, n° 1-1736, Berne 1996.
- *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, vol. 2, n° 1737-4238, Berne 1997.
- *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, vol. 3, n° 4239-7164, Berne 1998.
- *Le for contractuel de l'art. 5 ch. 1 CL dans la jurisprudence du Tribunal fédéral*, RSJB 1999, p. 382-400.

DRAKE, VOLKER

- *Die Naturalerfüllung im französischen Recht mit Hilfe der « astreinte »*, Eine Analyse der französischen Rechtsprechung, thèse, Francfort-sur-le-Main 1968.

DRAGOTTI, GUALTIERO

- *Cross-Border Injunctions: verso una tutela sovranazionale dei brevetti (europei) ?*, RIDI 1995, p. 256-266.

DROZ, GEORGES A. L.

- *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968), Paris 1972.

DUPUY, PIERRE-MARIE

- *Droit international public*, 3e éd., Paris 1995.

DUTOIT, BERNARD

- *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997.

DUTSON, STUART

- *Actions for Infringement of a Foreign Intellectual Property Right in an English Court*, ICLQ 46 (1997) p. 918-925.
- *The Infringement of Foreign Intellectual Property Rights - A Restatement of the Terms of Engagement*, ICLQ 47 (1998), p. 659-679.

EHRICKE, ULRICH

- *Art. 12 I (ex 6 I) EG-Vertrag und das nationale Zivilprozessrecht - Bilanz und Perspektiven*, IPRax 1999, p. 311-323.

EILERS, ANKE

- *Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr, Internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung*, thèse, Bielefeld 1991.

ENGEL, PIERRE

- *Droit privé - Rapport suisse*, in: L'effectivité des décisions de justice (Journées françaises), Travaux de l'Association Henri Capitant, T. 36 (1985), p. 231-239.
- *Traité des obligations en droit suisse*, 2e éd., Berne 1997.

ERGEK, RUSEN

- *La compétence extraterritoriale à la lumière du contentieux sur le gazoduc euro-sibérien*, Bruxelles 1984.

ERNE, MONICA

- *Vertragsgültigkeit und drittstaatliche Eingriffsnormen*, Zurich 1985.

ESMEIN, ADHEMAR

- *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, RTDC 2 (1903), p. 5 ss.

FALLON, MARC

- *Le référé international en matière civile et commerciale*, Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1993, p. 43-94.

FAWCETT, J.J.

- *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Report to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law, Oxford 1995.

FAZZALARI, ELIO

- *Per un processo europeo*, in: Scintillae iuris, Studi in memoria di Gino Gorla, Milan 1994, p. 1425-1440.

FELLMANN, WALTER

- *Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR - "Vollstreckungstheorie" oder "Erfüllungstheorie"*, recht 1993, p. 109-118.

FENTIMAN, RICHARD

- *Intellectual Property and the Brussels Convention*, CLJ 1997, p. 503-506.
- *Antisuit Injunctions and the Appropriate Forum*, CLJ 1997, p. 46-48.
- *Comity and Antisuit Injunctions*, CLJ 1998, p. 467-469.

FERID, MURAD

- *« Contempt of Court » im Zivilprozess und ähnliche Regelungen in anderen Rechten*, in: Wolff, Ernst (édit.), Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950, Berlin, Tübingen 1950, p. 542-569.

FITZMAURICE, SIR GERALD

- *General Principles of International Law*, RdC 1957 II (vol. 92), p. 1-227.

FLOYD, CHRISTOPHER/PURVIS, IAIN

- *Can an English Court Restrain Infringement of a Foreign Patent ?*, EIPR

1995, p. 110-115.

FOSSIER, THIERRY

- *Les astreintes prononcées par les juridictions pénales. Occasions manquées*, JCP 1998, I, p. 641-645.

FOUCHARD, PHILIPPE/GAILLARD, EMMANUEL/GOLDMAN, BERTHOLD

- *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996.

FOX, JOHN SIR

- *The History of Contempt of court*, Londres 1927.

FRAGISTAS, N.

- *La compétence internationale en droit privé*, RdC 1961 III (vol. 100), p. 159-271.

FRANCK, JEROME

- *Un premier pas vers la reconnaissance d'une action collective transfrontière*, REDC 1993, p. 206-212.

FRANCK, JEROME/GOYENS, MONIQUE

- *L'action en cessation des organisations de consommateurs à l'épreuve du Marché Unique*, REDC 1995, p. 27-37.
- *La proposition de directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs: quelques impressions préliminaires*, REDC 1996, p. 95-108.

FRANK, RICHARD

- *Soll das Zivilprozessrecht in der Schweiz vereinheitlicht werden?*, in: Schwander, Ivo/Stoffel, Walter A. (édit.), *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für Oscar Vogel*, Fribourg 1991, p. 23-50.

FRANK, RICHARD/STRÄULI, HANS/MESSMER, GEORG

- *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3e éd., Zurich 1997.

FRANZOSI, MARIO

- *Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo*, EIPR 1997, p. 382-385.

FREI, LIONEL

- *Schweizerische Unternehmen in den USA als Diener zweier Herren: Amerikanische Verfahrenspflichten und schweizerische Geheimhaltung*, RSJ 82 (1986), p. 73-80.

FREI, LIONEL/TRECHSEL, STEFAN

- *Origins and Applications of the United States-Switzerland Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, HILR 31 (1990), p. 77-97.

FRIEDEL-SOUCU, EVELYNE

- *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux États-Unis et dans la Communauté européenne*, Paris 1994.

FRIEDMAN, DANIEL

- *Specific Performance or Damages*, in: Immenga, Ulrich (éd.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1996, p. 1025-1036.

GAILLARD, LOUIS

- *Les mesures provisionnelles en droit international privé*, SJ 1993, p. 141-164.
- *Le séquestre des biens du débiteur domicilié à l'étranger*, in: Jeanneret, Vincent (édit.), Le séquestre selon la nouvelle LP, Zurich 1997, p. 19-46.

GANI, LUCIEN

- *Le « lien suffisant » avec la Suisse et autres conditions du séquestre lorsque le domicile du débiteur est à l'étranger (art. 271 al. 1er. ch. 4 nLP)*, RSJ 92 (1996), p. 227-232.

GÄRTNER, JOACHIM

- *Probleme der Auslandsvollstreckung von Nichgeldleistungsentscheidungen im Bereich der Europäischen Gemeinschaft*, Munich 1991.

GASSMANN, RICHARD

- *Arrest im internationalen Rechtsverkehr. Zum Einfluss des Lugano-Übereinkommens auf das schweizerische Arrestrecht*, Zurich 1998.
- *Die Arrestzuständigkeit*, in: Spühler, Karl, (édit.), Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht, Zurich 2000, p. 85-120.

GAUCH, PETER

- *Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung - Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts*, recht 1987, p. 24-28.

GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCMID, JÖRG/REY, HEINZ

- *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, vol. I et II, 7e éd., Zurich 1998.

GAUCI, GEOFFREY

- *Beware of the Danger which Lurks in the Netherlands: The Pan-European Injunction*, EIPR 1998, p. 361-363.

GAUDEMET-TALLON, HELENE

- *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2e éd., Paris 1996.

GEBAUER, MARTIN

- *Kollisionsrechtliche Auswirkungen der US-amerikanischen Helms-Burton-Gesetzgebung*, IPRax 1998, p. 145-155.

GEE, STEVEN

- *Mareva Injunctions and Anton Piller Relief*, 3e éd., Londres 1995.

GEIMER, REINHOLD

- *Verfassung, Völkerrecht und internationales Zivilverfahrensrecht*, ZIVR 33 (1992), p. 321-347 et 401-419.

- *Menschenrechte im internationalen Zivilverfahrensrecht*, in: Kälén, Walter (éd.), Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Band 33, Heidelberg 1994, p. 213-275.

- *Internationales Zivilprozessrecht*, 3e éd., Cologne 1997.

GEIMER, REINHOLD/SCHÜTZE, ROLF A.

- *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen*, Munich 1997.

GERBER, DAVID J.

- *Beyond Balancing: International Law Restraints on the Reach of National Laws*, YJIL 10 (1984), p. 185 ss.
- *Extraterritorial Discovery and the Conflict of Procedural Systems: Germany and the United States*, AJCL 34 (1986), p. 745-788.
- *International Discovery After Aerospatiale: The Quest for an Analytical Framework*, AJIL 82 (1988), p. 521-555.
- *Obscured Visions: Policy, Power, and Discretion in Transnational Discovery*, VJTL 23 (1990), p. 993-1016.

GERHARD, FRANK

- *La compétence du juge d'appui pour prononcer des mesures provisoires extraterritoriales. A propos du prononcé d'une worldwide Mareva injunction anglaise à l'appui d'une procédure au fond en Suisse et de la jurisprudence Van Uden de la Cour de Justice des Communautés européennes*, RSDIE 1999, p. 97-141.

GIELEN, CHARLES/EBBINK, RICHARD

- *First Europe-wide Biotech Patent Injunction. Comment to Applied Research Systems v. Organon International and Kirin-Amgen v. Boehringer Mannheim*, EIPR 1994, p. 243-244.

GILLES, PETER

- *Prozessrechtsvergleichung. Comparative Procedural Law. Zustand, Bedeutung und Eigenheiten einer Rechtsdisziplin im Aufschwung*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1996.

GOLDMAN, BERTHOLD

- *Instance judiciaire et instance arbitrale internationale*, in: Etudes offertes à Pierre Bellet, Paris 1991, p. 219-243.

GOTHOT, PIERRE/HOLLEAUX, DOMINIQUE

- *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968: compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris 1985.

GOTTWALD, PETER

- *Grenzen zivilgerichtlicher Massnahmen mit Auslandswirkung*, in: Lindacher, Walter F./Pfaff, Dieter/Roth, Günther H./Schlosser, Peter/Wieser, Eberhard (édit.), Festschrift für Walther J. Habscheid, Bielefeld 1989, p. 119-130.
- *Die internationale Zwangsvollstreckung*, IPRax 1991, p. 285-292.

GRONSTEDT, SEBASTIAN

- *Grenzüberschreitender einstweiliger Rechtsschutz*, Francfort-sur-le-Main, Berlin, Berne, New York, Paris, Vienne 1994.

GROSS, ALEXANDRE

- *De l'exécution forcée des obligations non pécuniaires*, thèse, Lausanne 1934.

GROTJE, HELMUT

- *Exorbitante Gerichtszuständigkeit - Konfliktquelle im deutsch-amerikanischen Rechts- und Wirtschaftsverkehr*, in: Heldrich, Andreas/Kono, Toshiyuki (édit.), Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts, Tübingen 1994, p. 209-229.

GRUNDMANN, STEFAN

- *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer einstweiliger Massnahmen nach IPRG und Lugano-Übereinkommen*, thèse, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1996.

GRUNERT, JENS

- *Die "World-wide" Mareva Injunction: eine Zwischenbilanz*, Baden-Baden 1998.

GRUNSKY, WOLFGANG

- *Lex fori und Verfahrensrecht*, ZJP 89 (1976), p. 241-259.

GRUNSKY, WOLFGANG/ STÜRNER, ROLF/WALTER, GERHARD/WOLF, MANFRED (EDIT.)

- *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur, Tübingen 1992.

GUHL, THEO/SCHNYDER, ANTON K./DRUEY, JEAN NICOLAS

- *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9e éd., Zurich 2000.

GULDENER, MAX

- *Über die Herkunft des Schweizerischen Zivilprozessrechtes*, Berlin 1966.
- *Zwangsvollstreckung und Zivilprozess*, RDS 74 (1955), vol. 1, p. 19-59.
- *Internationales und interkantonaes Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zurich 1951, supplément Zurich 1959.
- *Bundesprivatrecht und kantonaes Zivilprozessrecht*, rapport présenté à la société suisse des juristes à l'occasion de son centenaire, Bâle 1961, publié in: RDS 80 (1961), vol. 2, p. 1 ss.
- *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3e éd., Zurich 1979.

GUTZWILLER, MAX

- *Internationalprivatrecht*, Berlin 1931.

HABSCHIED, WALTHER J.

- (édit.) *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, Bielefeld 1986.
- *Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte nach dem schweizerischen Gesetz über das International Privatrecht (IPRG)*, IPRax 1989, p. 134-137.

- *Die Europäisierung des Zivilprozessrechts*, in: Müller-Graff, Peter-Christian (édit.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2e éd., Baden-Baden 2000, p. 543-563.

HABSCHEID, WALTHER J./BERTI, STEPHEN V.

- *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: ein Lehrbuch seiner Grundlagen*, 2e éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main 1990.

HABSCHEID, WALTHER J./RUDOLF, WALTER

- *Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung*, *BerDtGesVR* 11 (1973) p. 7-45 et 47-76.

HAILSHAM OF ST MARYLEBONE, LORD (EDIT.)

- *Halsbury's Law of England*, 4e éd., Londres 1975.

HALTINER, ANDREAS

- *Vollstreckung*, in: Hangartner, Yvo (édit.), *Das st. gallische Zivilprozessgesetz*, Saint-Gall 1991, p. 241-261.

HARRIS, JONATHAN

- *Recognition of Foreign Judgments at Common Law - The Anti-suit Injunction Link*, *OJLS* 1997, p. 477-498.
- *Anti-suit Injunctions - A Home Comfort ?* *LLMCLQ* 1997, p. 413-422.
- *Restraint of foreign proceedings - the View from the Other Side of the Fence*, *CJQ* 16 (1997), p. 283-289.

HARTLEY, TREVOR C.

- *Comity and the Use of Antisuit-Injunctions in International Litigation*, *AJCL* 35 (1987), p. 487-511.
- *Brussels Jurisdiction and Judgements Convention, Jurisdiction Agreements and lis alibi pendens*, *ERL* 19 (1994), p. 549-552.

HARTWIEG, OSKAR

- *Die schnellen Rechtsbehelfe in der Debatte um die Juristenausbildung*, *JZ* 1997, p. 381-390.

HARTWIEG, OSKAR/GRUNERT JENS

- *Bedarf und Möglichkeiten provisorischer Eilverfügungen im E-Commerce*, *ZIP* 2000, p. 721-732.

HASENBÖHLER, FRANZ

- *Zivilprozessrecht im Trachtenlook: Begründeter Helvetismus oder Ärgernis ? (zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts - national)*, in: Hasenböhler, Franz/ Schnyder, Anton K., *Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht. Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht. Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin*, Zurich 1997, p. 59-69.

HAU, WOLFGANG

- *Durchsetzung von Zuständigkeits- und Schiedsvereinbarung mittels Prozessführungsverboten im EuGVÜ: Neuere Rechtsprechung des Courts of Appeal zu Obligation-based antisuit injunctions*, *IPRax* 1996, p. 44-48.

- *Positive Kompetenzkonflikte im Internationalen Zivilprozessrecht. Überlegungen zur Bewältigung von multi-fora disputes*, Francfort-sur-le-Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Vienne 1996.
- *Zustellung ausländischer Prozessführungsverbote: Zwischen Verpflichtung zur Rechtshilfe und Schutz inländischer Hoheitsrechte* (zu OLG Düsseldorf, 10.1.1996 - 3 VA 11/95), IPRax 1997, p. 245-248.

HAUBENSAK, URS

- *Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung*, Zurich 1975.

HAUSER, ROBERT/REHBERG, JÖRG

- *StGB - Schweizerisches Strafgesetzbuch mit Anmerkungen*, 11e éd., Zurich 1986.

HAUSMANN, RAINER

- *Zur Anerkennung und Vollstreckung von Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen des EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens*, IPRax 1981, p. 79-82.

HAZARD, GEOFFREY C./TARUFFO, MICHELE

- *Transnational Rules of Civil Procedure. Rules and Commentary*, CILJ 30 (1997) p. 493-539.

HECKE, GEORGES VAN

- *Principes et méthodes de solutions des conflits de lois*, RdC 1969 I (vol. 126), p. 399-571.

VAN HECKE, GEORGES/LENAERTS, KOEN

- *Internationaal Privaatrecht*, Gent 1986.

HEINI, ANTON

- *Jurisdiktion und Jurisdiktionsgrenzen im internationalen Privatrecht*, ASDI 41 (1985), p. 93-98.

HEINI, ANTON/KELLER, MAX/SIEHR, KURT/VISCHER, FRANK/VOLKEN, PAUL (EDIT.)

- *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zurich 1993.

HEISS, BERNHARD

- *Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Zivilrechtsverkehr* (Art. 24 EuGVÜ), Berlin 1987.

HELDRIK, ANDREAS

- *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin/Tübingen 1969.

HENKIN, LOUIS/PUGH, RICHARD/SCHACHTER, OSCAR/ SMIT, HANS

- *International Law. Cases and Materials*, 3 éd., St. Paul, Minnesota 1987.

HESS, BURKHARD

- *Probleme der Staatenimmunität bei grenzüberschreitenden Unterlassungsklagen*, Besprechung der Entscheidung des OGH vom 23.02.1988 (JBI 110 (1988), p. 459), JBI 111 (1989), p. 285-294.
- *Staatenimmunität bei Distanzdelikten. Der Private Kläger im Schnittpunkt von zivilgerichtlichem und völkerrechtlichem Rechtsschutz*, Munich 1992.
- *Der Binnenmarkprozess. Neuer Verfahrenstyp zwischen nationalem und internationalem Zivilprozessrecht*, JZ 1998, p. 1021-1032.
- *Die "Europäisierung" des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag - Chancen und Gefahren*, NJW 2000, p. 23-32.

HESS, BURKHARD/VOLLMKOMMER, GREGOR

- *Die begrenzte Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen nach Art. 24 EuGVÜ*, IPRax 1999, p. 220-225.

HESS, URS

- *Die Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV in der heutigen Rechtswirklichkeit*, Zurich 1979.

HIGGINS, ROSALYN

- *Legal bases of jurisdiction*, in: Olmstead, C.J. (édit.), *Extraterritorial application of the laws and responses thereto*, Oxford 1984, p. 3-14.

HOECHNER, KURT M.

- *A Swiss Perspective on Conflicts of Jurisdiction*, Law&CP 1988, p. 271-282.

HÖK, GÖTZ-SEBASTIAN

- *Discovery proceedings als Anerkennungshindernis*, Göttingen 1993.

HOGAN, GERARD

- *The Judgments Convention and Mareva Injunctions in the United Kingdom and Ireland*, ELR 13 (1989), p. 191-208.
- *The Brussels Convention, Forum Non Conveniens and the Connecting Factors Problem*, ELR 19 (1995), p. 471-493.

HOHL, FABIENNE

- *La réalisation du droit et les procédures rapides. Evolution et réformes*, Fribourg 1994.

HOLLEAUX, DOMINIQUE/FOYER, JACQUES/GEOUFFRE DE LA

PRADELLE, GERARD DE

- *Droit international privé*, Paris 1987.

HOLMES, OLIVER WENDELL

- *The Path of the Law*, HLR 10 (1897), p. 457 ss.

HONEGGER, PETER C.

- *Amerikanische Offenlegungspflichten in Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten*, Zurich 1986.

HONORATI, COSTANZA

- *La cross-border prohibitory injunction olandese in materia di contraffazione di brevetti: sulla legittimità dell'inibitoria transfrontaliera alla luce della convenzione di Bruxelles del 1968*, RDIPP 1997, p. 301-332.

HONSELL, HEINRICH (EDIT.)

- *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin, Heidelberg, etc. 1996.

HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/SCHNYDER, ANTON K. (EDIT.)

- *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Bâle; Francfort-sur-le-Main 1996.

HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (EDIT.)

- *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR*, 2e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996.

HOYLE, MARK

- *The Mareva Injunction and Related Orders*, 3e éd., Londres 1997.

HUBER, PETER

- *Die englische Forum-non-conveniens-Doktrin und ihre Anwendung im Rahmen des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens*, Berlin 1994.
- *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien im Rahmen des Europäischen Zivilprozessrechts*, ZEuP 1996, p. 295-313.

HUBER, ULRICH

- *ad Art. 28*, in: van Caemmerer, Ernst/Schlechtriem, Peter (édit.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 2e éd., Munich 1995.

HUET, ANDRE

- *Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales en droit privé français*, JDI (114) 1988, p. 5-35.

INGLIS, ANDREW/GRINGRAS, CLIVE

- *Conflict of Intellectual Property Laws: A U.K. Perspective on Europe*, EIPR 1997, p. 396-400.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL (EDIT.)

- *La compétence extraterritoriale des Etats*, Projet de résolution de la 19e commission de l'Institut de droit international sur la compétence extraterritoriale des Etats, Annuaire - Institut de droit international, vol. 65, Tome I et II, 1993.

JACOB, SIR JACK I. H.

- *General Report including Regional Report from Great Britain*, in: Jacobsson, Ulla/Jacob, Sir Jack I. H. (édit.), *Trends in the Enforcement of Non-Money Judgments and Orders*, The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure, June 1985, Faculty of Law, University of Lund, Deventer, Antwerpen, Londres, Francfort, Boston, New York 1988, p. 3-67.

JACOBSSON, ULLA/JACOB, SIR JACK I. H. (EDIT.)

- *Trends in the Enforcement of Non-Money Judgments and Orders, The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure, June 1985, Faculty of Law, University of Lund, Deventer, Antwerpen, Londres, Francfort, Boston, New York 1988.*

JACQUET, JEAN-MICHEL

- *La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international*, JDI (111) 1985, p. 327-405.

JAECKEL, FRITZ

- *Die Reichweite der lex fori im internationalen Zivilprozessrecht*, Berlin 1995.

JAMETTI GREINER, MONIQUE

- *Der vorsorgliche Rechtsschutz im internationalen Verhältnis*, RSJB 130 (1994), p. 649-677.
- *Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Privatrecht*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998.
- *Die Revision des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens*, PJA 1999, p. 1135-1139.
- *Grundsätzliche Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes aus internationaler Sicht*, in: Spühler, Karl (édit.), *Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht*, Zurich 2000, p. 11-34.

JARROSSON, CHARLES

- *Réflexions sur « l'imperium »*, in: *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris 1991, p. 245-279.

JAYME, ERIK/KOHLER, CHRISTIAN

- *Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1995 - Der Dialog der Quellen*, IPRax 1995, p. 343-354.
- *Europäisches Kollisionsrecht 1997 - Vergemeinschaftung durch "Säulenwechsel" ?*, IPRax 1997, p. 385-397.
- *Europäisches Kollisionsrecht 1999 - Die Abendstunde der Staatsverträge*, IPRax 1999, p. 401-413.

JEANDIDIER, WILFRID

- *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, RTDC 74 (1976), p. 700-724.

JEGHER, GION

- *Mit schweizerischer negativer Feststellungsklage ins europäische Forum Running - (Gedanken anlässlich BGE 123 III 414)*, RDS 118 (1999), vol. 1, p. 31-49.

JEGHER, GION(SCHNYDER, ANTON K.

- *ad Art. 109*, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K. (édit.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Bâle; Francfort-sur-le-Main 1996.

JENARD, PAUL

- *Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JOCE du 5 mars 1979, n° C 59, p. 1-65.

JENARD, PAUL/MÖLLER, GUSTAF

- *Rapport relatif à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Lugano le 16 septembre 1988*, JOCE du 28 juillet 1990, n° C 189, p. 57 ss.

JEULAND, EMMANUEL

- *Les effets des jugements provisoires hors du territoire du for*, RRJ 1996, p. 173-191.

JIMENEZ DE ARECHAGA, EDUARDO

- *International Law in the Last Third of a Century*, RdC 1978 I (vol. 159), p. 1-344.

JOLY, ANDRE

- *Die "Astreinte" im französischen Recht*, MIZVZH, n° 4, 1987, p. 3-19.

JOLOWICZ, J.A./VAN RHEE, C.H.,

- *Recourse Against Judgments In The European Union*, La Haye, Londres, Boston, 1999.

JONES, GARETH/GOODHART, WILLIAM

- *Specific Performance*, 3e éd., Londres 1996.

JONGBLOED, A.W.

- *Reële executie in het privaatrecht, Beschouwingen over reële executie naar geldend en wordend recht*, Deventer 1987.

JOORIS, ERIC

- *Infringement of Foreign Copyright and the Jurisdiction of English Courts*, EIPR 1996, p. 127-148.

JOVANOVIĆ, S.

- *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris 1988.

JUNKER, ABBO

- *Discovery im deutschen-amerikanischen Rechtsverkehr*, Heidelberg 1987.
- *US-amerikanische "Discovery" als Herausforderung des Internationalen Zivilprozessrechts*, in: Heldrich, Andreas/Kono, Toshiyuki (édit.), *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, Tübingen 1994, p. 103-118.

JUNOD, CHARLES-ANDRE/HIRSCH, ALAIN (EDIT.)

- *L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale*; actes d'un colloque tenu à Genève les 6 et 7 février 1986, Genève 1986.

KAROLLUS, MARTIN

- *ad Art. 28*, in: Honsell, Heinrich (édit.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin, Heidelberg, etc. 1996.

KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE

- *Conflits en matière d'obtention de preuves à l'étranger*, ASDI 41 (1985), p. 110-120.
- *Commandement de payer, mainlevée provisoire, action en libération de dette et convention de Lugano. Réflexions à l'occasion d'un arrêt du Tribunal fédéral*, SJ 1995, p. 537-562.
- *L'exécution des décisions étrangères selon la Convention de Lugano: titres susceptibles d'exécution, mainlevée définitive, procédure d'exequatur, mesures conservatoires*, SJ 1997, p. 561-580.
- *Internet: mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges ?*, in: Boele-Welki, Katharine/Kessedjian, Catherine (édit.), *Internet, Quel tribunal décide ?, Quel droit s'applique ?*, Colloque en l'honneur de Michel Pelichet, La Haye/Londres/Boston, p. 89-142.

KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE/RIGOZZI, ANTONIO

- *Premiers actes de droit international privé communautaire*, Jusletter 17 juillet 2000.

KAYE, PETER

- *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Oxon 1987.
- *Extraterritorial Mareva Orders and the Relevance of Enforceability*, CIQ 9 (1990), p. 12-16.

KEGEL, GERHARD

- *Internationales Privatrecht*, 7e éd., Munich 1995.

KELLER, MAX/SIEHR, KURT

- *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich 1986.

KEMPNER, RICHARD A./FRICKER, JOE

- *Can UK Courts Face the Dutch Challenge on Cross-Border Injunctions in Intellectual Property Case ?*, EIPR 1996, p. 377-378.

KENNETT, WENDY

- *The Production of Evidence within the European Community*, MLR 56 (1993), p. 342-360.

KERAMEUS, KONSTANTINOS D.

- *Procedural Unification: The need and the limitations*, in: I.R. Scott (édit.), *International perspectives on Civil Justice, Essays in honour of Sir Jack I. H. Jacob*, Londres 1990, p. 47-66.
- *Procedural Harmonization in Europe*, AJCL 43 (1995), p. 401-416.
- *Enforcement in the International Context*, RdC 1997 I (vol. 264), p. 179-410.
- *Political Integration and Procedural Convergence in the European Union*, AJCL 45 (1997), p. 919-930.

KESSEDJIAN, CATHERINE

- *Mesures provisoires et conservatoires: A propos d'une résolution adoptée par l'Association de droit international*, JDI (123) 1997, p. 103-114.

- *L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe*, RDIPP 1997, p. 281-300.
- *Document préliminaire No 7 - Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, avril 1997, La Haye, disponible sur <http://www.hcch.net/f/workprog/jdgm.html>.
- *Document préliminaire No 8 - Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, juin 1997, La Haye, disponible sur <http://www.hcch.net/f/workprog/jdgm.html>.
- *Document préliminaire No 9 - Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, mars 1998, La Haye, disponible sur <http://www.hcch.net/f/workprog/jdgm.html>.
- *Document préliminaire No 10 - Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé*, octobre 1998, La Haye, disponible sur <http://www.hcch.net/f/workprog/jdgm.html>.
- *First Impression of the Transnational Rules of Civil Procedure from Paris and The Hague*, 33 TILJ (1998), p. 477-498.

KEUTGEN, CHARLES

- *Chronique de jurisprudence, L'arbitrage*, JT 1993, p. 677.

KIENINGER, EVA-MARIA

- *Internationale Zuständigkeit bei der Verletzung ausländischer Immaterialgüterrechte: Common Law auf dem Prüfstand des EuGVÜ. Zugleich Anmerkung zu Pearce v. Ove Arup Partnership and others (Chancery Division) und Coin Controls Ltd v. Suzo International (UK) Ltd and others (Chancery Division)*, GRUR Int. 1998, p. 280-290.

KINSCH, PATRICK

- *Le fait du prince étranger*, Paris 1994.

KLEINSTÜCK, TILL U.

- *Due Process-Beschränkung des Vermögensgerichtsstandes durch hinreichenden Inlandsbezug und Minimum Contacts*, Munich 1994.

KLOEPFER, MICHAEL/KOHLER, CHRISTIAN

- *Kernkraftwerk und Staatsgrenze, Völkerrechtliche, verfassungsrechtliche, europarechtliche, kollisions- und haftungsrechtliche Fragen grenznaher Kernkraftwerke*, Berlin 1981.

KNOEPFLER, FRANÇOIS

- *Les mesures provisoires et l'arbitrage international*, in: Kellerhals, Franz (édit.), *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zurich 1997, p. 307-329.

KNOEPFLER, FRANÇOIS/SCHWEIZER, PHILIPPE

- *Tchernobyl, action ouverte en Suisse, for et droit applicable*, in: Dutoit, Bernard et al. (édit.) *Pollution transfrontière: Tchernobyl, Schweizerhalle, Bâle et Francfort-sur-le-Main* 1989, p. 33-53.
- *Précis de droit international privé*, 2e éd, Berne 1995.

KOBERG, ANN-KRISTIN

- *Zivilprozessuale Besonderheiten bei Sachverhalten mit Auslandsberührung*, thèse, Saint-Gall 1992.

KOCH, HARALD

- *Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschliesslich des einstweiligen Rechtsschutzes*, in: Schlosser, Peter F. (édit.), *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkung der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung*, Bielefeld 1992, p. 171-207.
- *Durchsetzung einer "world-wide Mareva order" in Deutschland?* in: Schlosser, Peter F. (édit.), *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkung der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung*, Bielefeld 1992, p. 257-258.
- *Grenzüberschreitender einstweiliger Rechtsschutz*, in: Heldrich, Andreas/Kono, Toshiyuki (édit.), *Herausforderungen des internationalen Zivilverfahrensrechts*, Tübingen 1994, p. 85-102.

KOCHER, MARTIN

- *Güterrechtliche Sicherstellung im Massnahmeverfahren (Art. 145 ZGB und Art. 322 ZPO BE)*, thèse, Berne 1996.

KÖNIG, P.

- *Materiellrechtliche Probleme der Anwendung von Fremdrecht bei Patentverletzungsklagen und Verfügungsverfahren nach der Zuständigkeitsordnung des EuGVÜ*, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 9/1996, p. 296

KÖTZ, HEIN/FLESSNER, AXEL

- *Europäisches Vertragsrecht*, 2 vol., vol. I: Kötz, Hein, Abschluss, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages, Die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996.

KOFMEL, SABINE

- *Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren*, Bern 1992.

KOFMEL EHRENZELLER, SABINE

- *Vorläufiger Rechtsschutz im internationalen Verhältnis: Regeln der International Law Association (ILA) anlässlich der Helsinki-Konferenz vom August 1996*, RSDIE 8 (1998), p. 177-206.

KOHLER, CHRISTIAN

- *Zivilrechtliche Schadenersatz- und Unterlassungsklagen - Gerichtliche Zuständigkeit und Verfahrensfragen (Recht der Europäischen Gemeinschaften)*, in: Bothe, Michael/Prieur, Michel/Ress, Georg (édit.), *Rechtsfragen grenzüberschreitender Umweltbelastungen*, Berlin 1984, p. 159-171.

- *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam*, RCDIP (88) 1999, p. 1-30.

KRAFFT, JEAN-PHILIPPE

- *"Exorbitante" Gerichtsstände im internationalen Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zurich 1999.

KRAFFT, MATHIAS-CHARLES

- *Secret bancaire et conflits de juridiction. Le point de vue d'un internationaliste*, in: Rudolf v. Graffenried (édit.), *Beiträge zum schweizerischen Bankerecht*, Berne 1987, p. 207-225.

KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA

- *Anerkennbare und vollstreckbare Titel nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen*, in: Schwander, Ivo/Stoffel, Walter A. (édit.), *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht. Festschrift für Oscar Vogel*, Fribourg 1991, p. 419-463.
- *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, Berne 1998.

KREUZER, KARL

- *Umweltstörungen und Umweltschäden im Kollisionsrecht*, in: Dolzer, Rudolf (édit.), *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Umweltschutz im Völkerrecht und Kollisionsrecht: Referate und Thesen mit Diskussionen*, Heidelberg 1992, p. 245-313.

KREUZER, KARL/KLÖTGEN, PAUL

- *Die Shevill-Entscheidung des EuGH: Abschaffung des Deliktortsgerichtsstands des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ für ehrverletzende Streudelikte*, IPRax 1997, p. 90-96.

KROPHOLLER, JAN

- *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zum EuGVÜ*, 6. Aufl., Heidelberg 1998.

KUBIS, SEBASTIAN

- *Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechtsverletzungen*, Bielefeld 1999.

KUMMER, MAX

- *Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung*, RDS 92 (1973), vol. 1, p. 163-205.
- *Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafwang*, in: Walder, Hans/Trechsel, Stefan (édit.), *Lebendiges Recht, Festgabe für Hans Schultz*, in: RPS 94 (1977), p. 377-398.
- *Grundriss des Zivilprozessrechts. Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes*, 4e éd., Berne 1984.

KURTH, JÜRGEN

- *Inländischer Rechtsschutz gegen Verfahren vor ausländischen Gerichten*, Berlin 1989.

LALIVE, PIERRE/POUDRET, JEAN-FRANÇOIS/REYMOND, CLAUDE

- *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989.

LANDO, OLE/BEALE, HUGHES (EDIT.)

- *Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non Performance and Remedies*, Dordrecht, Boston, etc. 1995 (Une version complétée et modifiée en 1998 est disponible sur Internet: www.jus.nio.no/lm/toc/x.00-contract.principles.htm).

LEIPOLD, DIETER

- *Lex fori, Souveränität, Discovery - Grundfragen des Internationalen Zivilprozessrechts*, Heidelberg 1989.

LEJEUNE, MATHIAS

- "*Personal Jurisdiction*" über ausländische Firmen nach amerikanischem Zivilprozessrecht, RIW 44 (1998), p. 8-19.

LEMKEN, ELMAR

- *Diskussionsbericht zum europäischen Zivilprozessrecht*, ZZP 1996, p. 337-343.

LEUCH, GEORG/MARBACH, OMAR/KELLERHALS, FRANZ

- *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar (ohne Vollstreckungsrecht) samt einem Anhang zugehöriger Erlasse*, 4e éd., Berne 1995.

LEUENBERGER, CHRISTOPH

- *Lugano-Übereinkommen: Verfahren der Vollstreckbarerklärung ausländischer « Geld » - Urteile*, PJA 1992, p. 965-973.

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE

- *Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen*, Bern 1999.

DE LEVAL, GEORGES

- *Traité des saisies, Règles générales*, Liège 1989.
- *Une harmonisation des procédures d'exécution dans l'Union européenne est-elle concevable ?* Actes du Colloque international de Liège, Saisies et surendettement en Belgique et dans l'Union européenne du 9 décembre 1994, in: Act. dr. 1995, p. 485-520.
- (édit.), *Seizures and Overindebtedness in the European Union / Les Saisies et le Surendettement dans l'Union Européenne / Zwangsvollstreckung und Verbraucherkonkurs in der Europäischen Union*, La Haye, Londres, Boston, 1997.

DE LEVAL, GEORGES/VAN COMPERNOLLE, JACQUES

- *Les problèmes posés par l'exécution de l'astreinte*, in: Dix ans d'application de l'astreinte, Colloque par le C.I.E.A.U., Bruxelles 1991, p. 237-284.

LEVARDA, DANIELA

- *A Comparative Study of U.S. and British Approaches to Discovery Conflicts: Achieving a Uniform System of Extraterritorial Discovery*, FILJ 18 (1995), p. 1340-1396.

VAN LEYNSEELE, PATRICK/DAL, MARC

- *Pour un modèle belge de la procédure de discovery ?* in: JT, 29 mars 1997,

116e année, n° 5837, p. 225-232.

LINDACHER, WALTER F.

- *Internationale Unterlassungsvollstreckung*, in: Schilken, Eberhard/ Becker-Eberhard, Ekkehard/Gerhardt, Walter (édit.), *Festschrift für Hans Friedhelm Gaul*, Bielefeld 1997, p. 399-409.

LINDBLOM, HENRICK

- *Harmony of the legal spheres. A Swedish view on the construction of a unified European procedural law*, ERPL 5 (1997), p. 11-46.

LINKE, HARTMUT

- *Internationales Zivilprozessrecht: Leitfaden für Verfahren mit Auslandsbezug*, 2e éd., Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1995.

LIPSTEIN, KURT

- *The general principles of private international law*, RdC 1972 I (vol. 135), p. 97-230.

LOBSIGER, ADRIAN/MARKUS, ALEXANDER R.

- *Überblick zu den vier neuen Konventionen über die internationale Rechtshilfe*, RSJ 1996, p. 177-192 et p. 202-211.

LOQUIN, EMMANUEL

- *Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international*, JDI (109) 1983, p. 293 ss.

LORITZ, KARL-GEORG

- *Transnationales Streitverfahren und Beweisrecht - Transnational litigation and the evolution of law of evidence*, in: Gilles, Peter (édit.), *Transnationales Prozessrecht: Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz für Prozessrecht in Taormina, Sizilien, 1995*, Baden-Baden 1995, p. 141-156.

LOUSSOUARN, YVON/BOUREL, PIERRE

- *Droit international privé*, 5e éd., Paris 1996.

LOWE, A.VAUGHAN

- *Helms-Burton and EC Regulation 2271/96*, CLJ 1997, p. 248-250.

LOWENFELD, ANDREAS F.

- *Injunctions across national frontiers: A tale of two cities*, in: ARIA 3 (1992), Essays in Honor of Hans Smit, p. 3-16.
- *International Litigation and the Quest for Reasonableness, General Course on Private International Law*, RdC 1994 I (vol. 245), p. 9-320.
- *Congress and Cuba: The Helms-Burton Act*, AJIL 90 (1996), p. 419-434.
- *Editorial Comment. Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations, and Related Tools of International Litigation*, AJIL 91 (1997) p. 314-324.
- *Editorial Comment. Forum Non Conveniens and Antisuit Injunctions: An Update*, AJIL 92 (1999) p. 41-43.

LÜTHI, ANDREAS

- *Der Einbezug von Dritten in vorsorgliche Massnahmen und die Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht*, Zurich 1986.

LUPOI, MICHELE ANGELO

- *Convenzione di Bruxelles ed esercizio discrezionale della giurisdizione*, RTDPC 1995, p. 997 ss.
- *Cenni comparatistici sulle "antisuit injunctions" nei paesi di "common law"*, RTDPC 1996, p. 1197-1224.

MÄCHLER-ERNE, MONICA

- *ad Art. 19 IPRG*, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K. (édit.) *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Bâle, Francfort-sur-le-Main 1996.

MAIER, HAROLD G.

- *Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: An Intersection Between Public and Private International Law*, AJIL 76 (1982), p. 280-320.
- *Jurisdictional Rules in Customary International Law*, in: Meessen, Karl M. (édit.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Londres, La Haye, Boston 1996, p. 64-102.

MALEK, ALI /LEWIS, CAROLINE

- *Worldwide Mareva Injunctions - the Position of International Banks*, LLMCLQ 1990, p. 88-98.

MALES, STEPHEN

- *Comity and anti-suit injunctions*, LLMLCQ 1998, p. 543-551.

MANKOWSKI, PETER

- *Für einen Wegfall des Fortsetzungszusammenhangs bei der Unterlassungsvollstreckung*, WRP 1996, p. 1144-1148.
- *Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht*, RabelsZ 63 (1999), p. 203-294.

MANN, FRANCIS A.

- *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, RdC 1964 I (vol. 111), p. 1-162.
- *Staatliche Aufklärungspflicht und Völkerrecht*, in: Festschrift für Hermann Mosler, Berlin, Heidelberg, New York 1983, p. 529-544.
- *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, RdC 1984 III (vol. 186), p. 9-116.

MANSEL, HEINZ-PETER

- *Grenzüberschreitende Prozessführungsverbote (antisuit injunctions) und Zustellungsverweigerung*, EuZW 1996, p. 335-341 (commentaire de l'arrêt rendu par l'OLG Dusseldorf le 10.01.1996, EuZW 1996, p. 351-352).

MARK, JÜRGEN/ZIEGENHAIN, HANS-JÖRG

- *Der Gerichtsstand des Vermögens zwischen Völkerrecht und deutschem inter-*

nationalen Prozessrecht, IPRax 1992, p. 3062-3066.

MARKUS, ALEXANDER R.

- *Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten*, RSDA 1999, p. 205-232.

MARTY, GABRIEL/RAYNAUD, PIERRE/JESTAZ, PHILIPPE

- *Les obligations*, T. 2: *Le régime*, 2e éd., Paris 1989.

MATSCHER, FRANZ

- *Überlegungen über einen einheitlichen Begriff der inländischen Gerichtsbarkeit in Zivilrechtssachen*, in: Fischer, Peter/Kröck, Heribert Franz/Verdross, Alfred (édit.), *Völkerrecht und Rechtsphilosophie*, Internationale Festschrift für Stephan Verosta, Berlin 1980, p. 299-309.

MATTHEWS, PAUL

- *Provisional and Protective Measures in England and Ireland at Common Law and under the Conventions: A Comparative Survey*, CJK 14 (1995), p. 190-202.

MAYER, PIERRE

- *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, RCDIP 68 (1979), p. 1-29, 349-388 et 537-583.
- *Droit international privé*, 5e éd., Paris 1994.
- *Imperium de l'arbitre et mesures provisoires*, in: Haldy, Jacques/Rapp, Jean-Marc/Ferrari, Phidias (édit.), *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, p. 437-452.

MAZEAUD, HENRI ET LEON/MAZEAUD, JEAN/CHABAS, FRANÇOIS

- *Leçons de droit civil, tome II/1, Obligations, théorie générale*, 9e éd., Paris 1998.

MAZZAN, STEPHAN

- *Neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtes in Arrestsachen*, in: Spühler, Karl (édit.), *Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht*, Zurich 2000, p. 35-46.

MCINTOSH, DAVID/HOLMES, MARJORIE

- *Civil Procedures in EC Countries*, Londres 1991.

MCLACHLAN, CAMPBELL

- *Transnational Applications of Mareva Injunctions & Anton Piller Orders*, ICLQ 36 (1987), p. 669-679.
- *Extraterritorial Orders Affecting Bank Deposits*, in: Meessen, Karl M. (édit.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, Londres, La Haye, Boston 1996, p. 39-51.
- *The Jurisdictional Limits of Disclosure Orders in Transnational Fraud Litigation*, ICLQ 47 (1998), p. 3-49.

MCLACHLAN, CAMPBELL/NYGH, PETER

- (édit.), *Transnational Tort Litigation - Jurisdictional Principles*, Oxford 1996.

MEESSEN, KARL M.

- *International Law Limitations on State Jurisdiction*, in: Olmstead, C.J. (édit.), Extraterritorial application of the laws and responses thereto, Oxford 1984, p. 38 ss.
- *Conflict of jurisdiction under the new Restatement*, Law&CP 1987, vol. 50, n° 3, p. 47 ss.
- *Drafting Rules on Extraterritorial Jurisdiction*, in: Meessen, Karl M. (édit.), Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice, Londres, La Haye, Boston 1996, p. 225-252.

VON MEHREN, ARTHUR/TRAUTMAN, ROBERT

- *Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis*, HLR 79 (1966), p. 1121 ss.

VON MEIBOM, WOLFGANG/PITZ, JOHANN

- *Grenzüberschreitende Verfügungen im internationalen Patentverletzungsverfahren*, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte, 7/1996, p. 181-190.
- *Cross-border Injunctions in International Patent Infringement Proceedings*, EIPR 1997, p. 469-478.
- *Die europäische "Transborderrechtsprechung" stösst an ihre Grenzen*, GRUR Int, p. 765-771.

MEIER, ANDREAS

- *Die Anwendung des Haager Beweisübereinkommens in der Schweiz*, Bâle 1999.

MEIER, ISAAK

- *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht*, Zurich 1983.
- *Besondere Vollstreckungstitel nach dem Lugano-Übereinkommen*, in: Schwander, Ivo (édit.), Das Lugano-Übereinkommen, Saint-Gall 1990, p. 157-211.
- *Abgrenzung von Privatrecht und Prozessrecht im IPR-Gesetz*, in: IZP, Seminar von 26. Oktober 1990 der HSG-Weiterbildungsstufe, St-Gallen 1990.
- *Privatrecht und Prozessrecht - eine Untersuchung zum schweizerischen Recht unter Einbezug des deutschen Rechts*, in: Schlosser, Peter F. (édit.), Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkung der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung, Bielefeld 1992, p. 1-111.
- *Internationales Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*, Zurich 1994.
- *« Swiss-Worldwide-Mareva » im Scheidungsprozess ?*, in: Meier, Isaak/Siehr, Kurt (édit.), Rechtskollisionen: Festschrift für Anton Heini, Zurich 1995, p. 277-284.
- *Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes bei internationalen Streitigkeiten*, MIZVZH, n° 20, 1996, p. 5-25.
- *Rechtsschutz im summarischen Verfahren als Alternative zum ordentlichen Zivilprozess im schweizerischen Recht*, Cologne 1997.

- *Grundfragen der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts - insbesondere gezeigt am Beispiel der Realvollstreckung*, in: Berti, Stephen V. (édit.), *Helvetisches Zivilprozessrecht: Symposium zum 75. Geburtstag von Walther J. Habscheid*, Bâle 1999.

MEIJERS, E.M.

- *Etudes d'histoire du droit international privé*, Paris 1967.

MEILICKE, WIENAND

- *Beweissicherungsverfahren bei Auslandssachverhalten*, NJW 1985, p. 2017-2018.

MENG, WERNER

- *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, Berlin 1994.
- *Extraterritoriale Jurisdiktion in der US-amerikanischen Sanktionsgesetzgebung*, EuZW 1997, p. 423-428.

MERKT, OLIVIER

- *Les mesures provisoires en droit international privé*, Zurich 1993.

MERMOUD, JEAN-RENE H.

- *Loi de procédure civile genevoise annotée*, Genève 1988.

MERZ, THOMAS

- *Die Unterlassungsklage nach Art. 28 ZGB*, Zurich 1973.

MESSERLI, PETER

- *Die Vollstreckung des Urteils auf Abgabe einer Willenserklärung nach Art. 407-408 der bernischen Zivilprozessordnung*, Berne 1983.

MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM

- *Staatliche Souveränität und offene Märkte*, *RabelsZ* 52 (1988), p. 224 ss.

MEZGER, ERNST

- *Über einige Lücken des EuGVÜ (Brüssel 1968) und des deutschen Ausführungsgesetzes*, in: Lüke, Gerhard/Ress, Georg/Will, Michael R. (édit.), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Berlin 1983, p. 503-515.

MILLER, CHRISTOPHER JOHN

- *Contempt of Court*, 2e éd., Londres 1989.

MOREAU-MARGREVE, IRMA

- *L'astreinte*, *Annales de la Faculté de droit de Liège* 27 (1982), p. 11-103.
- *Principes généraux*, in: *Dix ans d'application de l'astreinte*, Colloque par le C.I.E.A.U., Bruxelles 1991, p. 9-50.

MORRISON, NIGEL

- *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, 1995 SLT (News) 183-185.

MORSE, C.G.J.

- *Obtaining Evidence Abroad: English and American Comparisons*, in: *Legal History and Comparative Law. Essays in Honour of Albert Kiraly*, London

1990, p. 159-192.

MÖSSLE, KLAUS P.

- *Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationalen Wirtschaftsrecht. Eine vergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des US-amerikanischen und deutschen Rechts*, Baden-Baden 1990.

MOUSSERON, JEAN-MARC/RAYNARD, JACQUES/VERON, PIERRE

- *Cross-Border Injunctions - A French Perspective*, IIC 1998, p. 885-906.

MÜLLER, BEAT

- *Annerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im Bereich des Schuldrechts*, thèse, Zurich 1994.

MÜLLER, MARKUS

- *Die internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Umweltbeeinträchtigungen*, Bâle 1994.

MÜLLER-CHEN, MARKUS

- *Folgen der Vertragsverletzung*, Zurich 1999.

MUIR-WATT, HORATIA

- *Effets en France des décisions étrangères. Contenu de l'efficacité internationale*, Juris-classeur de droit international, Paris, édition techniques, 1990, fasc. 584-6.
- *Au pays des merveilles: le contentieux du provisoire dans l'ordre international*, Justices 1997, p. 175 ss.
- *Extraterritorialité des mesures conservatoires in personam (à propos de l'arrêt de la Court of Appel, Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi)*, RCDIP 87 (1998), p. 27-50.

MUMENTHALER, BEAT

- *Le séquestre des biens du débiteur domicilié à l'étranger selon l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP*, PJA 1999, p. 302-306.

MUSGER, GOTTFRIED

- *Grenzüberschreitende Umweltbelastungen im internationalen Zivilprozessrecht. Eine Darstellung am Beispiel Deutschland - Österreich*, Saarbrücken 1991.

NAEF, KARL

- *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage im schweizerischen Recht*, Zurich 1919.

NAGEL, HEINRICH/GOTTWALD, PETER

- *Internationales Zivilprozessrecht*, 4e éd., Münster/Cologne 1997.

NAY, GIUSEP

- *Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Graubünden*, Coire 1986.

NEHLSSEN-VON STRYK, KARIN

- *Grenzen des Rechtszwanges: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung*, AcP 193 (1993), p. 529-555.

NEUFANG, PAUL

- *Erfüllungszwang als "remedy" bei Nichterfüllung. Eine Untersuchung zu Voraussetzungen und Grenzen der zwangsweisen Durchsetzung vertragsgemässen Verhaltens im US-amerikanischen Recht im Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland*, Baden-Baden 1998.

NEUHAUS, P.-H.

- *Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht*, RabelsZ 19 (1955), p. 201-269.

NEUHAUS, WILFRIED

- *Das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 (EuGVÜ) und das Luganer Übereinkommen vom 16.9.1988 (LugÜ), soweit hiervon Streitigkeiten des gewerblichen Rechtsschutzes betroffen werden*, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 9/1996, p. 257-269.

NEWTON, JUSTIN J.

- *Forum Non Conveniens in Europe (Again)*, Sarrio S.A. v. Kuwait Investment Authority, The Xin Yang, LLMCLQ 1997, p. 337-344.

NGUYEN, QUOC DINH/DAILLIER, PATRICK/PELLET, ALAIN

- *Droit international public*, 5e éd., Paris 1994.

NIEDERER, WERNER

- *Internationales Privatrecht und Völkerrecht*, ASDI 4 (1948), p. 63-83.
- *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich 1956.

NIEDERLÄNDER, HUBERT

- *Materielles Recht und Verfahrensrecht im internationalen Privatrecht*, RabelsZ 19 (1955), p. 1-51.

NOBEL, PETER

- *Die Rechtshilfe in Zivilsachen im Lichte der Ratifikation der Haager Konvention von 1970 über die Beweisaufnahmen im Ausland in Zivil- und Handelssachen*, RSDA 67 (1995), p. 72-78.

NORMAND, JACQUES

- *Du bon usage de l'astreinte en référé*, RTDC 84 (1986), p. 177-178.
- *Il ravvicinamento delle procedure civili nell'unione europea*, RDP 1998, p. 682-700.
- *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, II. Jugements et voies de recours, RTDC 97 (1999), p. 458-467.

North, Peter

- *The Brussels Convention and Forum Non Conveniens*, IPRax 1992, p. 183-

184.

NOVIER, MERCEDES

- *La propriété intellectuelle en droit international privé suisse*, Tolochenaz 1996.

NYGH, PETER

- *Provisional and Protective Measures in International Litigation. The Helsinki Principles*, *RabelsZ* 62 (1998), p. 115-122.

NYSSSEN, BERNARD

- *L'astreinte et le droit social*, in: *Dix ans d'application de l'astreinte*, Colloque par le C.I.E.A.U, Bruxelles 1991, p. 191-209.

O'MALLEY, STEPHEN/LAYTON, ALEXANDER

- *European Civil Practice*, Londres 1989.

OSER, HUGO/SCHÖNENBERGER, WILHELM

- *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. V: *Das Obligationenrecht*, 1. Halbband: Art. 1-183, 2e éd., Zurich 1929.

O'SULLIVAN, GEAROID

- *Cross-border Jurisdiction in Patent Infringement Proceedings in Europe*, *EIPR* 1996, p. 654-664.

OTHENIN-GIRARD, SIMON

- *Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse* (art. 3 LDIP), *RSDIE* 1999, p. 251-285.

PACTEAU, BERNARD

- *Astreintes envers les personnes morales de droit public*, *Genève*, *Juris-Cl. Proc. Civ. Fasc.* (2147), *Régime*, *Fasc.* (2147), état 1997.

PASTOR, WILHELM

- *Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO*, 3e éd., Cologne, Berlin 1982.

PEEL, EDWIN

- *Anti-Suit Injunctions - The House of Lords Declines to Act as International Policeman*, *LQR* 114 (1998) p. 543-546.

PERKINS, DAVID/MILLS, GARRY

- *Patent Infringement and Forum Shopping in the European Union*, in: *FILJ* 20 (1997), p. 549-601.

PERRET, FRANÇOIS

- *Territorialité des droits de propriété industrielle et compétence "extra-territoriale" du juge de la contrefaçon*, in: *Haldy, Jacques/Rapp, Jean-Marc/Ferrari, Phidias* (édit.), *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne 1999, p. 125-142.

PERROT, ROGER

- *L'application à l'arbitrage des règles du nouveau Code de procédure civile*, *Rev. arb.* 1980, p. 642 ss.
- *Droit privé interne - Rapport français*, in: *L'effectivité des décisions de justice* (Journées françaises), *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. 36 (1985),

p. 105-120.

- *L'Astreinte. Ses aspects nouveaux*, Gaz. Pal. 1991, p. 801-807.
- *Journée sur le droit des saisies - Conclusion, Actes du Colloque international de Liège, Saisies et surendettement en Belgique et dans l'Union européenne du 9 décembre 1994*, in: Act. dr. 1995, p. 521-542.
- *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, RDP 1996, p. 658-674.

PFEIFFER, THOMAS

- *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit. Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozess zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik*, Francfort-sur-le-Main 1995.
- *Internationale Zusammenarbeit bei der Vornahme innerstaatlicher Prozesshandlungen*, in: Gilles, Peter (édit.), Transnationales Prozessrecht: Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz für Prozessrecht in Taormina, Sizilien, 1995, Baden-Baden 1995, p. 77-117.

PFENNINGER, HANS

- *Die Realzekution im schweizerischen Recht*, Zurich 1925.

PLANIOL, MARCEL

- *Traité élémentaire de droit civil*, Paris 1917.

PLASTER, JOHN C.

- *The Hague Evidence Convention: The Need for Guidance on Procedures and Resolution of Conflicts in Transnational Discovery*, VTJL 27 (1994), p. 185-217.

POLAK, M.V.

- *Civiele sancties in het internationale geval voor de Nederlands rechter*, Deventer 1994.

POSNER, RICHARD

- *Economic Analysis of Law*, 4e éd., Boston 1992.

POUDRET, JEAN-FRANÇOIS/WURZBURGER, ALAIN/HALDY, JACQUES

- *Procédure civile vaudoise*, 4e éd., Lausanne 1996.

PRÜTTING, HANNS

- *Probleme des europäischen Vollstreckungsrechts*, in: IPRax 1985, p. 137-140.
- *Auf dem Weg zu einer Europäischen Zivilprozessordnung: dargestellt am Beispiel des Mahnverfahrens*, in: Prütting, Hanns (édit.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel, Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1990, p. 457-469.
- *Die Entwicklung eines europäischen Zivilprozessrechts*, Saarbrücken 1992.

QUEIROLO, ILARIA

- *Forum non conveniens e convenzione di Bruxelles: un rapporto possibile ?*, RDIPP 1996, p. 763-794.

DE RANITZ, REMCO

- *Jan Brinkhof in Conversation with Remco de Ranitz*, EIPR 1999, p. 142-146.

REHBERG, JÖRG

- *Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit*, 2e éd., Zurich 1996.

REICH, NORBERT

- *Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt*, *RabelsZ* 56 (1992), p. 444-520.
- *Europäisches Verbraucherrrecht*, 3e éd., Baden-Baden 1996.
- *L'action collective transfrontière en droit allemand et en droit communautaire*, in: Stauder, Bernd (édit.), *Les actions collectives transfrontières des organisations de consommateurs. Droit international et droit du marché intérieur. Actes du colloque organisé avec le Centre d'études juridiques européennes, Faculté de droit de Genève*, Zurich 1997, p. 157-176.

REIMANN, MATHIAS

- *Beyond Fishing - Weitreichende Neuerungen im amerikanischen Discovery-Verfahren*, *IPRax* 1994, p. 152-156.

REISER, HANS

- *Zur Zuständigkeit für Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im Anwendungsbereich des IPR-Gesetzes (zum Entscheid der Genfer Cour de Justice civile vom 8.2.1990)*, *MIZVZH*, n° 13, 1991, p. 9-18.

REMIEN, OLIVER

- *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld: Vergleich, Vereinheitlichung, Kollisionsrecht*, thèse, Tübingen 1992.
- *Einseitige Unterlassungsverfügungen im europäischen Binnenmarkt und das EuGVÜ*, *WRP* 1994, p. 25-28.
- *Astreinte, dwangsom und Zwangsgeld im Binnenmarkt*, *ERPL* 1994, p. 399-408.

REMPP, ANSGAR C./LIENEMEYER, MAX

- *Auswirkungen der Änderungen der US-amerikanischen "Rules of Civil Procedure" unter Berücksichtigung des deutsch-amerikanischen Rechtsverkehrs*, *ZvglRWiss* 94 (1995), p. 383-408.

RENOLD, MARC-ANDRE

- *Les conflits de lois en droit antitrust*, Zurich 1991.

RIEZLER, ERWIN

- *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Berlin, Tübingen 1949.

RIGAUX, FRANÇOIS

- *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, *Cours général de droit international privé*, *RdC* 1989 I, p. 9-408.

RIJSDIJK, MICHIEL

- *Patent Cases: 1994 to the Present*, *EIPR* 2000, p. 120-124.

ROBERT, JACQUES/MOREAU, BERNARD

- *L'arbitrage*, 6e éd., Paris 1993.

ROBERTSON, AIDAN

- *Corporate Liability for Contempt of court under the Restrictive Trade Practices Act 1976*, [1995] 3 ECLR p. 196 ss.

RÖNN, KIRSTEN VON

- *Die Anwendung des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens im Vereinigten Königreich*, Francfort-sur-le-Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1996.

ROGERS, ANDREW

- *The Extra-territorial Reach of the Mareva Injunction*, LLMCLQ (1991), p. 231-248.

ROGERSON, PIPPA

- *English Interference in Greek Affairs*, CLJ 1994, p. 241-244.

ROGGENBUCK, SUSANNE

- *US-amerikanische Discovery im deutschen Zivilprozess?*, IPRax 1997, p. 76-80.

ROHE, MATHIAS

- *Schadensfälle durch Zivilprozess - fließende Grenzen zwischen IPR und IZPR (zu BGH, 2.11.1995 - IX ZR 141/94)*, IPRax 1997, p. 14-21.

ROMY, ISABELLE

- *Class actions américaines et droit international privé suisse*, PJA 1999, p. 783-801.

ROSENBERG, LEO/GAUL, HANS FRIEDHELM/SCHILKEN, EBERHARD

- *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11e éd., Munich 1997.

ROSENBERG, LEO/SCHWAB, KARL-HEINZ/GOTTWALD, PETER

- *Zivilprozessrecht*, 15e éd., Munich 1993.

VON ROSPATT, PETER

- *Decisions of German Courts in Patent Infringement Cases with Cross border effect*, IIC 1998, p. 504-511.

VAN ROSSUM, AGNES A.

- *Dwangsom. Recente ontwikkelingen*, NJB 1996, p. 1491-1496.

ROTH, HERBERT

- *Die Vorschläge der Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch - das Erkenntnisverfahren*, ZZP 109 (1996), p. 271-313.
- *Reszension "Marcel Storme (édit.), Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne - Approximation of Judiciary Law in the European Union"*, ZEuP 1997, p. 567-572.

ROUSSEAU, CHARLES

- *L'aménagement des compétences en droit international*, RGDIP 1930, p. 420 ss.
- *Droit international public*, 5 vol., 1970-1983, Paris.

RUSQUEC, EMMANUEL DU

- *Astreintes, Introduction, Juris-Cl. proc. civ. (2120), Astreinte provisoire, Juris-Cl. proc. civ. (2130), Astreinte définitive et légales, astreintes en droit international privé, droit communautaire et droit comparé, Juris-Cl. proc. civ. (2140), mis à jour annuellement.*

SCHACK, HAIMO

- *Das internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten*, BerDtGesVR 32 (1992), p. 315-357.
- *Buchbesprechung* von Remien, Oliver: *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, ZJP 106 (1993), p. 554 ss.
- *Die Versagung der deutschen internationalen Zuständigkeit wegen forum conveniens und lis alibi pendens*, RabelsZ 58 (1994), p. 40-58.
- *Wechselwirkung zwischen europäischem und nationalem Zivilprozessrecht*, ZJP 107 (1994), p. 279-300.
- *Rechtsangleichung mit der Brechstange des EuGH - Vom Fluch eines falsch verstandenen Diskriminierungsverbotes. Zugleich Besprechung von EuGH 10.2.1994, Mund & Fester c. Hatrex*, ZJP 108 (1995), p. 47-58.
- *Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht*, 2e éd., Munich 1995.
- *Internationale Zuständigkeit und Inlandsbeziehung*, in: Andreas Heldrich/Takeyoshi Uchida (édit.), *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag*, Tokio 1996, p. 492-514.
- *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2e éd., Munich 1996.
- *Neue Techniken und Geistiges Eigentum*, JZ 1998, p. 753-763.
- *Entscheidungszuständigkeiten in einem weltweiten Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen*, ZEuP 1998, p. 931-956.
- *Die EG-Kommission auf dem Holzweg von Amsterdam*, ZEuP 1999, p. 805-808.

SCHILKEN, EBERHARD

- *Die Vorschläge der Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch - einstweiliger und summarischer Rechtsschutz und Vollstreckung*, ZJP 109 (1996), p. 315-336.

SCHLOSSER, PETER F.

- *Rapport sur la Convention relative à l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, à la Convention sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ainsi qu'au Protocole concernant l'interprétation par la Cour de Justice de cette Convention*, JOCE du 5 mars 1979, n° C 59, p. 71-144.
- *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Berlin 1985.
- *Grenzüberschreitende Vollstreckung von Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im EuGVÜ-Bereich*, IPRax 1985, p. 321-322.

- *Einstweiliger Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im Dienste der Schiedsgerichtsbarkeit*, ZZP 99 (1986), p. 241-270.
- *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2e éd., Tübingen 1989.
- *Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess*, in: Pfister, Bernhard/Will, Michael R. (édit.), Festschrift für Werner Lorenz, Tübingen 1991, p. 497-512.
- *Die europäische justizielle Infrastruktur ohne Diskriminierung*, ZEuP 1995, p. 250-257.
- *EuGVÜ. Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme*, Munich 1996.

SCHMIDT, DANIEL

- *Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug und deren Vollstreckung*, Zurich 1963.

SCHMIDT-PARZEFALL, TILLMANN

- *Die Auslegung des Parallelübereinkommens von Lugano*, Tübingen 1995.

SCHMUTZ, ANDREAS

- *Massnahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes im Lugano-Übereinkommen aus schweizerischer Sicht*, Berne 1993.

SCHNYDER, ANTON K.

- *Internationale Amts- und Rechtshilfe in Wirtschaftssachen*, SAS 1988, p. 1-13.
- *Wirtschaftskollisionsrecht*, Zurich 1990.
- *Zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts - international*, in: Hasenböhler, Franz/Schnyder, Anton K. (édit.), Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht. Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht. Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin, Zurich 1997, p. 59-69.

SCHOBERT, PETER RICHARD

- *Die Realerfüllung, insbesondere nach anglo-amerikanischem Recht*, Berne 1952.

SCHOLTZ, TIBOR

- *Naturalerexekution in skandinavischen Rechten*, Berlin 1995.

SCHRÖDER, JOCHEN

- *The Right Not To Be Sued Abroad*, in: Festschrift für Gerhard Kegel, Stuttgart, Berlin 1987, p. 523-548.

SCHÜPBACH, HENRI-ROBERT

- *Essai panoramique de définition de la reconnaissance et de l'exequatur en matière civile*, RJN 1992, p. 9-66.
- *Traité de procédure civile*, Volume premier: Introduction, Zurich 1995.

SCHUSCHKE, WINFRIED/WALKER, WOLF-DIETRICH

- *Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz*, 2e éd.,

Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1997.

SCHWAIBOLD, MATTHIAS

- *Rechtshilfe in Zivil- und Strafsachen - Querbezüge zum Bankgeheimnis*, in: IZP, Seminar von 26. Oktober 1990 der HSG-Weiterbildungsstufe, Sain-Gall 1990.

SCHWANDER, IVO

- *Das UWG im grenzüberschreitenden Verkehr*, in: Baudenbacher, Carl (édit.), *Das UWG auf neuer Grundlage*, Berne et Stuttgart 1989, p. 184 ss.
- *Einführung in das internationale Privatrecht, Allgemeiner Teil*, 2e éd., Saint-Gall 1990.

SCHWEIZER, PETER ALEXANDER

- *Der Schutz der Rechtsverwirklichung im angelsächsischen Rechtskreis: die Lehre vom Contempt of Court*, Zurich 1973.

SCHWENZER, INGEBORG

- *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Berne 1998.

SCOTT, I.R.

- *Extra-territorial Jurisdiction and Mareva Relief (Comment on Mercedes-Benz A.G. v. Leiduck)*, CJQ 15 (1996), p. 6-8.

SIEGRIST, DAVE

- *Hoheitsakte auf fremden Staatsgebiet*, Zurich 1987.

SIEGRIST, KARL

- *Probleme aus dem Gebiet der Realexekution*, Zurich 1957.

SIEHR, KURT

- *Grenzüberschreitender Umweltschutz*, RabelsZ 45 (1981), p. 377-398.
- *Deutsches Haftpflichtrecht für grenzüberschreitende Immissionen - Reaktionsmöglichkeiten auf die Unglücke von Tschernobyl und Schweizerhalle*, in: Dutoit, Bernard et al. (édit.) *Pollution transfrontière: Tchernobyl, Schweizerhalle, Bâle et Francfort-sur-le-Main* 1989, p. 55-93.

SIMLER, PHILIPPE

- *Contrats et Obligations*, Juris-Cl. Civil, Art. 1136-1145, Fasc. 10, état 1995.

SPELLENBERG, ULRICH/LEIBLE, STEFAN

- *Die Notwendigkeit vorläufigen Rechtsschutzes bei transnationalen Streitigkeiten*, in: Gilles, Peter (édit.), *Transnationales Prozessrecht, Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz für Prozessrecht in Taormina, Baden-Baden 1996*, p. 293-335.

SPÜHLER, KARL

- (édit.), *Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht*, Zurich 2000.

STADLER, ASTRID

- *Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im deutschen und U.S. - amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren*, Tübingen 1989.
- *Die internationale Durchsetzung von Gegendarstellungsansprüchen*, JZ 1994,

p. 642-654.

- *Schriftliche Zeugenaussagen und pre-trial discovery* im deutschen Zivilprozess, ZJP 110 (1997), p. 137-165.
- *Erlass und Freizügigkeit einstweiliger Massnahmen im Anwendungsbereich des EuGVÜ*, JZ 1999, p. 1089-1099.

STADLER, PETER

- *Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB)*, Zurich 1990.

STAEHELIN, ADRIAN/SUTTER, THOMAS

- *Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts*, Zurich 1992.

STAEHELIN, DANIEL

- *Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, PJA 1995, p. 259-284.

STÄHLI, THOMAS

- *Persönlichkeitsverletzung im IPR*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1990.

STALEV, ZLATKO

- *Regional Report from Continental Eastern Europe*, in: Jacobsson, Ulla/Jacob, Sir Jack I. H. (édit.), *Trends in the Enforcement of Non-Money Judgments and Orders*, The First International Colloquium on the Law of Civil Procedure, June 1985, Faculty of Law, University of Lund, Deventer, Antwerpen, Londres, Francfort, Boston, New York 1988, p. 171 ss.

STARCK, BORIS/ROLAND, HENRI/BOYER, LAURENT

- *Obligations, 3. Régime général*, 5e éd., Paris 1997.

STAUDER, DIETER

- *Patentverletzung im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1975.
- *Die Anwendung des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens auf Klagen im Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, GRUR Int. 1976, p. 465-477 et p. 510-520.
- *Aspekte der Durchsetzung gewerblicher Schutzrechte: Fachkundiger Richter, schnelles Verfahren und europaweites Verletzungsgebot*, in: Straus, Joseph (édit.), *Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums*, Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag, Cologne, Berlin, Bonn, Munich 1996, p. 619-627.
- *Grenzüberschreitende Verletzungsverbote im gewerblichen Rechtsschutz und das EuGVÜ*, IPRax 1998, p. 319-322.

STAUDER, DIETER/ROSPATT, PETER VON/ROSPATT, MAXIMILIAN VON

- *Grenzüberschreitender Rechtsschutz für europäische Patente*, GRUR Int. 1997, p. 859-864.

STEIN, FRIEDRICH/JONAS, MARTIN

- *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Bd. 7/1: §§ 864-945, 21e éd., Tübingen 1996.

STERN, BRIGITTE

- *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit*, *Annuaire français de droit international* XXXII (1986), p. 9-52.
- *L'extraterritorialité revisitée (1). Où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de bois et de quelques autres... (2)*, *Annuaire français de droit international* XXXVIII (1992), p. 239-313.
- *Note d'actualité: Vers la mondialisation juridique ? Les lois Helms-Burton et D'Amato-Kennedy*, *RGDIP* 1996, p. 979-1003.
- *Can the United States set Rules for the World ?*, *JWT* 31 (1997), p. 5-26.
- *De simples "commentaires" à une "action commune": la naissance d'une politique juridique communautaire en matière d'extraterritorialité*, *Europe* 2/1997, p. 8-9.

STOLL, DANIEL

- *Die britische Mareva-Injunction als Gegenstand eines Vollstreckungsbegehrens unter dem Lugano-Übereinkommen. Anmerkung zu einem bemerkenswerten Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich*, *RSJ* 92 (1996), p. 104-110.

STORME, MARCEL

- *Een revolutionaire Hervorming. De dwangsom*, *TPR* 17 (1980), p. 222-240.
- *Les pratiques du commerce et les problèmes de procédure*, *Ann. dr. Louvain* 46 (1986), p. 103 ss.
- *Rechtsvereinheitlichung in Europa. Ein Plädoyer für ein einheitliches europäisches Prozessrecht*, *RabelsZ* 56 (1992), p. 290-299.
- *Procedural Consequences of Common Private Law for Europe*, in: Hartkamp, A. S./Hesselink, M. W./Hondius, E. H./du Perron, C.E./Vranken, J. B. M (édit.), *Towards a European Civil Code*, Dordrecht/Boston/Londres 1994, p. 83-95.
- (édit.) *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne/ Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht, Antwerpen, Londres, Francfort, Boston, New York 1994.
- *Ein einheitlicher Europäischer Vollstreckungstitel als Vorbote eines weltweiten Titels*, in: Andreas Heldrich/Takeyoshi Uchida (édit.), *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag*, Tokio 1996, p. 581-598.

STORY, JOSEPH

- *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston 1834.

STRATENWERTH, GÜNTER

- *Schweizerisches Strafrecht, BT II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, Berne 1995.

- *Schweizerisches Strafrecht, AT I: Die Straftat*, 2e éd., Berne 1996.

STRAUB, PETER A.

- *Englische Mareva Injunctions und Anton Piller Orders*, RSDIE 2 (1992), p. 525-550.

STUDER, URS W./RÜEGG, VIKTOR/EIHOZLER, HEINER

- *Der Luzerner Zivilprozess, Gesetz über die Zivilprozessordnung (ZPO) vom 27. Juni 1994 kommentiert*, Kriens 1994.

STÜRNER, ROLF A.

- *Das ausländische Beweissicherungsverfahren* (zu OLG Köln, 5.1.1983 - 17 W 482/82), IPRax 1984, p. 299-301.
- *Der Justizkonflikt zwischen USA und Europa*, in: Habscheid, Walther J. (édit.), *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, Bielefeld 1986, p. 3-63.
- *Das Europäische Zivilprozessrecht - Einheit oder Vielfalt*, in: Grunsky, Wolfgang/ Stürmer, Rolf/Walter, Gerhard/Wolf, Manfred (édit.), *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur, Tübingen 1992, p. 1-24.
- *Das grenzübergreifende Vollstreckungsverfahren in der Europäischen Union*, in: Gerhardt, Walter/Diederichsen, Uwe/Rimmelspacher, Bruno/Costede, Jürgen (édit.), *Festschrift für Wolfram Henckel*, Berlin, New York 1995, p. 863-875.
- *Zwangsvollstreckung-, Konkurs und Vergleichsrecht*, Bd. 1: *Einzellvollstreckungsrecht*, 12e éd., Heidelberg 1995.
- *Eigenarten der Prozessrechtsvergleichung - Special features of comparative procedural law*, in: Gilles, Peter (édit.), *Transnationales Prozessrecht*, Deutsche Landesberichte zur Weltkonferenz für Prozessrecht in Taormina, Baden-Baden 1996, p. 263-292.
- *Modellregeln für den internationalen Zivilprozess ? Zum Stand eines gemeinsamen Vorhabens des American Law Institute und des Institut pour l'Unification du Droit Privé (Unidroit)*, ZZP 1999, p. 185-203.

STUTZ, ANDREA

- *Die internationale Handlungs- und Unterlassungsvollstreckung unter dem EuGVÜ*, Constance 1992.

SUTTER-SOMM, THOMAS

- *Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zurich 1998.
- *Unification de la procédure civile en Suisse*, Revue 8/1999, p. 6-7.
- *Konzeptionelle Überlegungen für eine schweizerische Zivilprozessordnung*, in: Berti, Stephen V. (édit.), *Helvetisches Zivilprozessrecht*, Symposium zum 75. Geburtstag von Walther J. Habscheid, Bâle 1999, p. 32-46.

SZASZY, ISTVAN

- *International Civil Procedure*, Leyden 1967.
- *Recognition of the Legal Effects of Foreign Civil Procedure*, in: Festschrift Guldener, Zurich 1973, p. 309-327.

TALLON, DENIS

- *Dommages et intérêts et exécution en nature. Quelques observations comparatives entre la common law et le droit français*, JT 104 (1985), p. 601-605.
- *L'astreinte*, Gaz. Pal. 1992, p. 474-476.

TARUFFO, MICHELE

- *Drafting Rules for Transnational Litigation*, ZZPInt 2 (1997), p. 449-460.

TARZIA, GUISEPPE

- *Le problème de l'introduction de l'astreinte en droit italien*, in: Dix ans d'application de l'astreinte, Colloque par le C.I.E.A.U, Bruxelles 1991, p. 285-291.
- *Le juge et la conduite du procès civil dans les pays de la Communauté*, Ann. dr. Louvain 1993, p. 521 ss.
- *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella Comunità Economica Europea*, in: Scintillae iuris. Studi in onore di Gino Gorla, Milan 1994, tome II, p. 1519-1537.
- *Aussichten für eine Harmonisierung des Zwangsvollstreckungsrechts in der Europäischen Union*, ZEuP 1996, p. 231-242.

TERCIER, PIERRE

- *Des "astreintes"*, commentaire à l'arrêt de la Cour de Justice de Genève du 22 avril 1982 (SJ 1982, p. 439-443), DC 1982, p. 76-78.
- *Le droit des obligations*, Zurich 1996.

TERRE, FRANÇOIS/SIMLER, PHILIPPE/LEQUETTE, YVES

- *Droit civil. Les obligations*, 6e éd., Paris 1996.

THERY, PHILIPPE

- *Judex Gladii (des juges et de la contrainte en territoire français)*, in: Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Paris 1996, p. 477-497.

THOMAS, JOHN R.

- *Litigation Beyond the Technological Frontier: Comparative Approaches to Multinational Patent Enforcement*, Law & Pol'y Int'l Bus. 27 (1996), p. 277-352.

THOMAS, HEINZ/PUTZO, HANS

- *ZPO - Zivilprozessordnung*, 20e éd., Munich 1997.

TRAICHEL, CHRISTIAN

- *Die Reform des französischen Zwangsvollstreckungsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Bielefeld 1995.

TRECHSEL, STEFAN

- *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, 2e éd., Zurich 1997.

TREIBMANN, BEATE

- *Die Vollstreckung von Handlungen und Unterlassungen im europäischen Zivilrechtsverkehr*, Munich 1994.

TREITEL, GUENTHER HEINZ

- *Remedies for Breach of Contract: a Comparative Account*, Oxford 1989.
- *Specific Performance and Injunction*, in: Chitty, Joseph/Guest, Anthony Gordon (édit.), *Chitty on Contracts*, vol. 1, 27e éd., Londres 1994.
- *The Law of Contract*, 9e éd., Londres 1995.

TROCKER, NICOLO

- *Il contenzioso transnazionale e l'evoluzione del diritto delle prove*, in: Studi in onore di Vittorio Denti, Milan 1994, p. 619-669.

TROLLER, KAMEN

- *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, 2 tomes, 2e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996.

TROMANS, STEPHEN

- *Multinational Companies and Environmental Liability*, IBL 1998, p. 441-451.

TUGENDHAT, MICHAEL

- *Media Law and the Brussels Convention*, LQR 113 (1997), p. 361-364.

VON TUHR, ANDREAS/PETER, HANS/ESCHER, ARNOLD

- *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3e éd., Zurich 1974/1979.

UNIDROIT (INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE)

- *Principes relatifs aux contrats du commerce international, (Principes UNIDROIT)*, Rome 1994.

VALLONI, LUCIEN WILLIAM

- *Der Gerichtsstand des Erfüllungsort nach Lugana und Brüsseler Übereinkommen*, Zurich 1998.

VAN HECKE, GEORGES

- *Principes et méthodes de solution des conflits de lois*, RdC 1969 I, p. 399 ss.

VAREILLES-SOMMIERES, PASCAL DE

- *La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires*, RCDIP 85 (1996), p. 397-437.
- *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, Paris 1997.

VEELKEN, WINFRIED

- *Interessenabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht*, Baden-Baden 1988.

VERDROSS, ALFRED/SIMMA, BRUNO

- *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3e éd., Berlin 1984.

VISSON, ARIELLE ELAN

- *Droit à la production de pièces et discovery. Droit fédéral, droits cantonaux de*

Vaud, Genève, Zurich et droit anglais, Zurich 1997.

VOGEL, OSCAR

- *Europavorbild und Eigenwuchs. Die Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts*, in: Tercier, Pierre/Volken, Paul/Michel, Nicolas (édit.), *Aspects du droit européen/Beiträge zum europäischen Recht. Hommage offert à la Société suisse des juristes à l'occasion de son assemblée générale 1993 par la Faculté de droit de Fribourg*, Fribourg 1993, p. 297-316.
- *Zivilprozessrecht quo vadis ?* in: Lieber, Viktor/Rehberg, Jörg/Walder, Hans Ulrich/Wegmann, Paul (édit.), *Rechtsschutz. Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg*, Zurich 1997, p. 259-271.
- *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, 6e éd., Berne 1999

VOLKEN, PAUL

- *Haager Konferenz für internationales Privatrecht. Arbeitsprogramm 1988-1993*, ASDI 45 (1989), p. 153-184.
- *Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1990)*, RSDIE 1 (1991), p. 81-142.
- *La Convention de Lugano dans ses rapports avec la loi de DIP et avec d'autres conventions internationales*, in: Gillard, Nicolas (édit.), *L'espace judiciaire européen, la Convention de Lugano du 16 septembre 1988*, CEDIDAC n° 21, Lausanne 1992, p. 153-169.
- *ad Art. 10 et ad Art. 25, IPRG-Kommentar*, Zurich 1993.
- *Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen*, Zurich 1996.

WADLOW, C.M.

- *Intellectual Property and the Judgements Convention*, ELR 10 (1985), p. 305-315.

WAGNER, GERHARD

- *Ehrenschaft und Pressefreiheit im europäischen Zivilverfahrens- und Internationalen Privatrecht*, RabelsZ 62 (1998), p. 243-285.

WAGNER, ROLF

- *Die geplante Reform des Brüsseler und des Lugano-Übereinkommens*, IPRax 1998, p. 241-244.

WAHL, NILS

- *The Lugano Convention and Legal Integration*, Stockholm 1990.

WALDER, HANS ULRICH

- *Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zurich 1989.
- *Hans Ulrich Walder, wird das Prozessrecht jemals einheitlich ?*, Plädoyer 1996, p. 31.
- *Zivilprozessrecht*, 4e éd., Zurich 1996.

WALDER, HANS ULRICH/MEIER, ISAAK

- *Vorsorgliche Massnahmen ausländischer Gerichte unter dem neuen IPR-Gesetz*, RSJ 83 (1987), p. 238-242.

WALTER, GERHARD

- *Zur gegenwärtigen Lage des Zivilprozessrechts in der Schweiz*, ZZP 102 (1989), p. 141-174.
- *Tu felix Europa...: zum Entwurf einer Europäischen Zivilprozessordnung*, PJA 1994, p. 425-437.
- *Wechselwirkung zwischen europäischem und nationalem Zivilprozessrecht: Lugana-Übereinkommen und Schweizer Recht*, ZZP 107 (1994) p. 301-364.
- *Vorläufiger Rechtsschutz in der Schweiz*, in: Andreas Heldrich/Takeyoshi Uchida (édit.), Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag, Tokio 1996, p. 657-683.
- *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 2e éd., Berne, Stuttgart, Vienne 1998.
- *Vorsorgliche Massnahmen bei fehlender Hauptsachezuständigkeit*, in: Spühler, Karl (édit.), *Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht*, Zurich 2000, p.121-140.

WALTER, GERHARD/BAUMGARTNER, SAMUEL P.

- *Utility and Feasibility of Transnational Rules of Civil Procedure: Some German and Swiss Reactions to the Hazard-Taruffo Project*, 33 TJIL (1998), p. 463-476.

WALTER, GERHARD/BOSCH, WOLFGANG/BRÖNNIMAN, JÜRGEN

- *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz. Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes*, Berne 1991.

WALTER, GERHARD/WALTHER, FRIDOLIN M.R.

- *International Litigation: Past Experiences and Future Perspectives*, Berne 2000.

WALTHER, FRIDOLIN M.R.

- *Développements récents en droit européen et international de procédure - ou l'eupéanisation, la régionalisation et l'internationalisation du droit de procédure*, Revue 1/2000, p. 13-18.

WEBER, ROLF H.

- *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109, Berne 2000.

WEIL, P.

- *International law limitations on State jurisdictions*, in: Olmstead, C.J. (édit.), *Extra-territorial application of laws and responses thereto*, Oxford 1984, p. 32 ss.

WEINTRAUB, RUSSELL J.

- *Critique of the Hazard-Taruffo Transnational Rules of Civil Procedures*, 33 TJIL (1998), p. 413-424.

WENGLER, WILHELM

- *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*, ZvglRWiss 54 (1941), p. 168-212.
- *Internationales Privatrecht*, 2 vol., Berlin 1981.
- *Völkerrechtliche Schranken der Beeinflussung auslandsverknüpften Verhaltens durch Massnahmen des staatlichen Rechts*, GYIL 31 (1988) p. 448-477.

WERRO, FRANZ (EDIT.)

- *L'eupéanisation du droit privé. Vers un Code civil européen ?*, 3e cycle romand de droit, Fribourg 1998.

WERRO, FRANZ/BELSER EVA MARIA

- *Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge. Eine Würdigung aus schweizerischer Sicht*, in: Rapports suisses présentés au XVe Congrès international de droit comparé, Zurich 1998, p. 511-566.

WERY, PATRICK

- *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (Essai): Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Anvers 1993.
- *Les dépens du remplacement judiciaire, note ad ordonnances du juge des saisies du Tribunal civil de Liège du 25 août 1993 et du 25 octobre 1993*, in: Act. dr. 1994, p. 693-697.
- *Les voies d'exécution des condamnations non-pécuniaires: essai de systématisation du droit belge*, in: Act. dr. 1995, p. 825-842.
- *L'article 1142 du Code civil et les condamnations à l'exécution en nature, en matière d'obligations contractuelles de faire et de ne pas faire*, RRD 1996, p. 211-222.
- *Le principe de l'exécution en nature et son application à l'article 1144 du Code civil*, obs. à Cour de cassation, 14 avril 1994, Act. dr. 1996, p. 31-38.

WIDMER, PETER/MAURENBRECHER, BENEDIKT

- *What's Negative about Negative Declarations ?*, in: Vogt, Peter Nedim et al. (édit.), *The International Practice of Law, Liber Amicorum for Thomas Bär and Robert Karrer*, Bâle, Francfort-sur-le-Main, La Haye, Londres, Boston 1997, p. 263-284.

WIEGAND, WOLFGANG

- *ad Art. 97 OR et ad Art. 98 OR*, in: Honsell, Heinrich/ Vogt, Peter Nedim/ Wiegand, Wolfgang (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR*, 2e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996.

WIGET, GEORG

- *Die Durchsetzung von Ansprüchen aus synallagmatischen Verträgen nach*

zürcherischen Zivilprozessordnung, Zurich 1980.

WILDHABER, LUZIUS

- *Multinationale Unternehmen und Völkerrecht*, BerDtGesVR 18 (1978), p. 7-71.
- *Jurisdiktionsgrundsätze und Jurisdiktionsgrenzen im Völkerrecht*, ASDI 41 (1985), p. 99-109.

WILLEMS, JAN

- *Bericht über die neue niederländische Rechtsprechung*, GRUR Int. 1998, p. 221.
- *Report on Recent Jurisprudence in the Netherlands*, IIC 1997, p. 877-878.

WILTSCHKE, LOTHAR

- *Grenzüberschreitende Entscheidungen in Patentverletzungsverfahren*, ÖBI 1998, p. 132-137.

DE WIT, SEVERIN

- *Die Anwendungspraxis des EuGVÜ und des LugÜ in Patent- und Markensachen mit internationalem Bezug durch Gerichte in den Niederlanden*, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte, 8/1996, p. 225-232.

WOLF, MANFRED

- *Abbau prozessualer Schranken im europäischen Binnenmarkt*, in: Grunsky, Wolfgang/ Stürmer, Rolf/Walter, Gerhard/Wolf, Manfred (édit.), *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur, Tübingen 1992, p. 35-67.

WOLFF, MARTIN

- *Private International Law*, Oxford 1945.

WOLFF, MARTIN K.

- *Vollstreckbarerklärung*, in: *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, vol. III/2, chap. IV, Tübingen 1984.

WOOPEN, HERBERT

- *L'exécution forcée en droit allemand et la réforme des voies d'exécution en France*, Clermont-Ferrand 1992.

WYSS, RALPH

- *Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht*, Lachen/Saint-Gall 1997.

ZEILER, GEROLD

- *Europäisches Sicherungsverfahren: Die Regelungen der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen über einstweilige Massnahmen*, JBI 118 (1996), p. 635-643.

ZIEGENHAIN, HANS-JÖRG

- *Extraterritoriale Rechstanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses*, Munich 1992.

ZIERES, HELMUT

- *Die Straffestsetzung zur Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen* (§ 890 ZPO), NJW 1972, p. 751-753.

ZÖLLER, RICHARD/GEIMER, REINHOLD/STÖBER, KURT/ VOLLKOMMER, MAX

- *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einföhrungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, Kostenanmerkung*, 20e éd., Cologne 1997.

ZUCKERMANN, A.A.S.

- *Mareva Injunctions and Security for Judgment in a Framework of Interlocutory Remedies*, LQR 109 (1993), p. 432-460.
- *Procedural Remedies in Quest of Procedural Fairness*, MLR 56 (1993), p. 325-341.

ZWEIGERT, KONRAD

- *Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leitungsverbote*, RabelsZ 14 (1942), p. 282-307.

ZWEIGERT, KONRAD/KÖTZ, HEIN

- *Einföhrung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3e éd., Tübingen 1996.

Index

A

Absolus

- droits, 215

Abus de droit, 163, 167 s, 314

Act of State Doctrine, 737 ss

Actes d'administration judiciaire,
273 ss

Action

- constatatoire négative, 116 s, 145, 193, 216, 221, 227, 236
- en contrefaçon, 217 ss
- immobilière, 129
- personnelle, 130
- préventives, 146 s
- validation du cas de séquestre, 118, 120

Amsterdam (Traité), 579, 857 ss,
869, 873

Ancillary disclosure order, 187, 301

Anti-suit injunction,

- compétence, 316
- dans l'espace judiciaire européen, 315
- extraterritorialité, 315 ss
- général, 309 ss
- reconnaissance à l'étranger, 317

Anton Piller order,

- extraterritorialité, 280 ss
- général, 280 ss

Astreinte Benelux, cf. *dwangsom*

Astreinte française

- arbitre, 350, 638 ss
- bénéficiaire, 328, 599 ss
- champ d'application
 - caractère général, 333
 - exécution en nature, 329 ss

- limites, 341 ss, 629 ss
- par rapport aux types d'obligations, 334 ss, 619 ss
- définition, 320
- définitive, 363, 642 ss
- histoire, 321
- influence de la faute, 358, 671, 674
- liquidation, 359 ss, 674
- nature juridique
 - clause pénale, 325, 583
 - condamnation principale, 327, 587 s
 - dommages-intérêts, 324, 581
 - droit pénal, 591
 - exécution forcée, 326, 585
- procédure
 - autorité compétente, 348 ss, 636 ss
 - condamnation, 352 s, 651, 657, 659
 - durée, 357, 669
 - modalités, 355, 663 s
 - point de départ, 356, 667 s
 - taux, 354, 661
- provisoire, 362, 646 ss
- recouvrement, 364 ss, 675
- sources, 322

Astreinte genevoise, 502, 507, 510,
513, 516, 545, 587

B

Balancing of interests

cf. intérêts en cause (critère des)

Brevet, 217 ss

- communautaire, 219
- européen, 217 ss
- nullité, 238 ss

C**Caractère international**

- litige, 175

Comity, 729**Compétence étatique**

- coercitive
 - cf. d'exécution
- conflit de compétences, 717 ss
 - inexistence de règle de résolution, 721 ss
 - critère des intérêts étatique en cause, 731 ss
 - critère de territorialité, 725 ss
- définition, 12 ss
- exécution (d'), 680 ss
 - définition, 681, 687
 - extraterritoriale, 682
 - prohibition, 684 ss, 687 ss
 - intraterritoriale, 682
 - admissibilité, 690 ss
 - avènement, 695 ss
 - compétence normative, 699 ss
 - et pénalité judiciaire, 683
- normative
 - définition, 12 ss
 - extraterritoriale
 - juridictionnelle
 - assimilation avec la compétence législative, 58 ss
 - générale, 138 ss
 - illimitée, 64 ss
 - spéciale, 143 ss
 - législative
 - illimitée, 69 ss
 - illimitée, 61 ss
 - limites, 35 ss
 - absence de, 50 ss, 56, 73 ss
 - directes, 50 ss
 - indirectes, 35 ss, 80 ss

- personnelle, 52, 54
- territoriale, 52, 54
 - objective, 52
 - subjective, 52

- règles des conflit de lois et de juridictions, 24 ss
- troisième type, 700 ss
- usage

Conflit

- de juridictions
 - et règle de compétence étatique, 24 ss
 - règle de, 19
- de lois
 - et règle de compétence étatique, 24 ss
 - règle de, 18
- de souverainetés

Connexité, 161, 227, 233 s**Conseil de l'Europe, 91****Consortité, 162****Constitution fédérale (1874)**

- art. 59, 46
- art. 61, 547
- art. 64, 46, 495, 500, 521
- art. 113, 120

Constitution fédérale (1999)

- art. 10, 496
- art. 30, 46
- art. 122, 46, 495, 500, 521, 547
- art. 191, 120

Contempt of court

- arbitre, 402, 638 ss
- bénéficiaire, 378, 598 ss
- champ d'application
 - exécution en nature, 379
 - *specific performance*, 381 ss
 - *injunction*, 385
 - limites, 394 ss, 629 ss

- par rapport aux types d'obligation, 386 ss, 619 ss
- définition, 367
- histoire, 372
- influence de la faute, 407, 671, 674
- nature juridique
 - clause pénale, 374, 583
 - condamnation principale, 376, 587 s
 - dommages-intérêts, 373, 581
 - droit pénal, 377, 590, 590 ss
 - exécution forcée, 375, 505
- procédure
 - autorité compétente, 400 ss, 636 ss
 - condamnation, 403 ss, 652, 659
 - durée, 406, 669
 - modalités, 405, 662 ss
 - point de départ, 406, 667 s
 - taux, 405, 661
- recouvrement, 408 ss, 675
- sources, 372

Contrainte par corps, 379, 433, 496, 596, 624, 762 ss, 856

Convention de Bruxelles

- interprétation uniforme, 794 ss
- révision, 110, 212
- art. 1, 316 s
- art. 2, 138 ss, 222 ss, 230
- art. 3, 117 ss, 196, 205, 211
- art. 5 ch. 1, 152 ss, 711
- art. 5 ch. 3, 143 ss, 222 ss, 231 s, 252 ss, 268, 711
- art. 6 ch. 1, 157 ss, 222 ss, 227, 233 s
- art. 6 ch. 2, 163
- art. 12 - 15, 177 s
- art. 16, 126 ss, 177 s
 - art. 16 ch. 1, 128 ss, 252

- art. 16 ch. 2, 131 ss
- art. 16 ch. 3, 134
- art. 16 ch. 4, 135 ss, 217, 232, 238 ss, 246
- art. 16 ch. 5, 753, 821 ss
- art. 17, 164 ss
- art. 19, 246
- art. 21, 116, 193, 236, 316
- art. 22, 162, 233 ss, 236, 241
- art. 24, 173, 180 ss, 293
- art. 25, 189, 292, 294, 869
- art. 27, 316, 849, 884
- art. 31, 852, 858, 862
- art. 32 ch. 2, 839
- art. 33, 753, 823
- art. 34, 884, 886
- art. 39, 874, 879
- art. 43, 211; 798 ss
- art. 46, 849
- art. 47, 849

Convention de Lugano

cf. Convention de Bruxelles

Convention des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises

- art. 28, 573, 606, 609 s
- art. 46, 570, 606 ss
- art. 49, 607
- art. 62, 570, 606 ss
- champ d'application, 573, 606 ss
- en général, 567 ss
- exécution forcée, 570

D

Délit à distance, 147, 151

Discovery (pre-trial)

- générale, 284 ss, 706 s
- extraterritorialité, 284 ss, 706 s

Domaine réservé, 91, 95 ss

Droit

- absolu, 215

- concurrence, 258
- environnement, 249 ss
- harmonisation, 567 ss, 570 ss
- personnalité, 265 ss
- procédurales, 272 ss
- propriété intellectuelle et industrielle, 216 ss
- unification, 567 ss, 570 ss
 - droit des contrats, 567 ss, 570 ss
 - procédure civile, 578

***Due process clause*, 45**

Dwangsom

- arbitre, 436 ss, 638 ss
- bénéficiaire, 422, 599 ss
- champ d'application
 - caractère général, 424
 - exécution en nature, 423
 - limites, 429 ss, 629 ss
 - par rapport aux types d'obligation, 425 ss, 619 ss
- définition, 409
- définitive, 444, 642
- bistoire, 411
- influence de la faute, 443, 671, 674
- liquidation, 444
- nature juridique
 - clause pénale, 418, 583
 - condamnation principale, 420, 587 s
 - dommages-intérêts, 417, 581
 - droit pénal, 591
 - exécution forcée, 419, 585
- procédure
 - autorité compétente, 434 ss, 636 ss
 - condamnation, 440, 650, 657, 659
 - durée, 442, 669
 - modalités, 441, 662 ss

- point de départ, 442, 667 s
- taux, 442, 661
- recouvrement, 445 ss, 675
- révision, 446
- sources, 415

E

Election de for

cf. For prorogé

Effets

- doctrine, 54, 727

Entraide judiciaire, 279, 292

Exécution forcée

- et droit international privé, 750 ss
- et droit matériel, 758 s, 860 ss
- et *lex fori*, 751 ss, 761 ss

Extraterritorialité

- injonctions, cf. injonctions
- limites, cf. compétence normative

F

For

- co-défendeurs, 157 ss
- domicile du défendeur, 138 ss
- exclusif, 126 ss, 177 s
 - inscription dans des registres publics, 131 ss
 - en matière de sociétés et de personnes morales, 131 ss
 - au sens strict, 134
 - en matière de droits de propriété intellectuelle, 135
 - lieu de situation de l'immeuble, 127 ss
- exorbitant, 117 ss
 - exclusion, 117
 - lieu de notification (du), 124
 - nationalité (de la), 122 s
 - patrimoine (du), 118 ss, 119, 121

- séquestre (du), 118 ss, 120, 121
- extraterritoriaux, 139 s
 - limites, 141 s
- impératif, 177 s
- lieu de commission du délit, 143 ss
- lieu d'exécution du contrat, 152 ss
- mesures provisoires, 171 ss, 179 ss
- prorogé, 164 ss
 - abus de droit, 167 s
 - *forum conveniens*, 169 s
 - mesures provisoires, 171 ss

Foreign Sovereign Compulsion Defense, 740 ss

Forum non conveniens, 158, 169 s, 311

Forum running, 114, 116, 815

Forum shopping, 187, 220, 314, 815, 869

Full faith and credit clause, 45

G

Gazoduc (affaire du), 54, 104 ss, 744

H

Helms-Burton (loi de), 92 ss

I

Injonctions extraterritoriales

- en général, 121, 123, 125, 130, 133, 140, 147, 151 s, 154, 159 s, 166 ss, 184, 188 ss, 223, 260, 265, 690, 697 s
 - et l'art. 292 CPS, 712 ss
 - concurrence, 258 ss
 - environnement, 249 ss
 - limites, 141 ss, 148 ss, 155 s, 161 s, 174 ss, 230 ss

- personnalité, 265 ss
- procédurales, 272 ss
 - en matière de preuve, 273 ss
 - en matière de gel des avoirs à l'étranger, cf. *Mareva injunction*
 - en matière d'assignation en justice à l'étranger, cf. *anti-suit injunction*
- propriété intellectuelle, 222 ss, 230 ss
- sur les biens à l'étranger, 304 ss

Intérêts étatique en cause (critère des), 731 ss

Internet, 147, 151, 269 s

J

Jurisdiction to adjudicate, 51, 59

Jurisdiction to enforce, 51, 59

- cf. compétence d'exécution, 51, 680 ss

Jurisdiction to prescribe, 51, 59

- cf. compétence normative, 51

K

Kort geding, 196 s, 223 ss, 240

L

LDIP

- art. 5, 168
- art. 10, 172
- art. 13, 263
- art. 19, 745 ss
- art. 25, 765, 779, 781 ss
- art. 109, 229
- art. 120, 748
- art. 136, 748
- art. 137, 748
- art. 139, 748

- art. 142, 748
- art. 182, 551
- art. 183, 550

Leistungsverfügung, cf. mesures provisoires et conservatoires d'anticipation

Lex fori,

- général, 113, 186, 286, 288, 711, 751 ss
- et contrainte par corps, 762 ss
- et exécution forcée, 752 ss, 761 ss, 858
- et force exécutoire, 765 ss
- et intérêts moratoires, 768 ss
- et mesures provisoires, 186
- et obtention de preuves, 711 ss
- et pénalité judiciaire, 773, 776 s

Libertad Act

- cf. *Helms-Burton* (loi de)

Lien

- cf. rattachement

Locus executionis, 127

Lotus (arrêt), 36 ss, 684, 702

M

Mareva injunction,

- en général, 187, 195, 295 ss, 695, 872
- reconnaissance, 872 ss

Mesures provisoires et conservatoires

- d'anticipation, 196 ss, 637
- d'appui, 183, 185 ss, 204 ss
- avènement, 115
- définition, 180 ss
- en général, 179 ss
- extraterritoriales, 183 ss, 187, 188 ss
 - limites, 196 ss
- rattachement réel, 204 ss
- rôle, 180 ss

Minimum contacts, 139, 162

Moçambique rule, 226

N

Non-intervention

- principe, 89 ss, 104, 108, 685 s, 689, 727 s

Nottebohm (arrêt), 48

O

Ordnungsgeld, cf. **Zwangsgeld**

Ordre public, 316 s, 746, 768, 780 s, 849, 860, 864 s, 873, 880 ss

P

Particularisme, 25

Pêcheries norvégiennes (arrêt), 48

Pénalité judiciaire (en Suisse)

- arbitre, 548 ss, 638 ss
- bénéficiaire, 516, 598 ss
- champ d'application
 - exécution en nature, 517 ss
 - limites, 539 ss, 629 ss
 - par rapport aux types d'obligation, 529 ss, 619 ss
- et Convention de Lugano, 816 ss
- définition, 498 ss
- influence de la faute, 559 s, 671, 674
- nature juridique, 506 ss
 - clause pénale, 508, 583
 - condamnation principale, 510, 587 s
 - dommages-intérêts, 506 s, 581
 - droit pénal, 513 ss, 590 ss
 - exécution forcée, 509, 585
- procédure
 - autorité compétente, 545 ss, 636 ss
 - condamnation, 552 s, 653, 657, 659

- durée, 558, 669
- modalités, 555, 663 ss
- point de départ, 557, 667 s
- taux, 554, 661
- reconnaissance à l'étranger
 - en droit suisse, 778 ss
 - selon les Conventions de Bruxelles/Lugano, 844 ss
- recouvrement, 564, 675
- sources, 495
- Pénalité judiciaire (synthèse)**
 - cf. astreinte française
 - cf. *contempt of court*
 - cf. *dwangsom*
 - cf. *Ordnungsgeld*
 - cf. pénalité judiciaire (en Suisse)
 - cf. *Zwangsgeld*
- arbitres, 638 ss
- bénéficiaire, 597 ss
- champ d'application
 - exécution en nature, 606 ss
 - limites, 629 ss
 - par rapport aux types d'obligation, 619 ss
- et Convention de Bruxelles/Lugano, 798 ss
 - art. 16 ch. 5
 - compétence directe, 821 ss
 - définition, 798 ss
 - interprétation, 793 ss
 - reconnaissance à l'étranger, 844 ss
- définitive, 642 ss
- et droit applicable, 772 ss
- extraterritoriale, 677 ss
 - compétence d'exécution, 683
- harmonisation, 574 ss, 579 s
- influence de la faute, 670 ss, 673 ss
- interprétation, 798 ss

- et libre circulation des jugements, 815
- nature juridique
 - clause pénale, 583 s
 - condamnation principale, 586 ss, 849
 - dommages-intérêts, 581 s
 - droit pénal, 590 ss
 - exécution forcée, 585
- procédure
 - autorité compétente, 636 ss
 - commination, 648
 - condamnation, 650 ss
 - durée, 669
 - modalités, 662 ss
 - point de départ, 667 s
 - taux, 661
- provisoire, 646 ss
- Principes UNIDROIT, 582, 587, 589, 600, 607, 654, 657, 662
- Projet Storme, 582, 587, 589, 600, 619, 654, 657, 661, 662, 667
- reconnaissance à l'étranger
 - en droit suisse, 778 ss
 - selon les Conventions de Bruxelles/Lugano, 844 ss
- unification, 574 ss, 579 s,
- *Transnational Rules*, 587, 589, 600, 619

Personnalité

- principe de la, 52, 54, 713
 - en droit pénal, 713
 - active, 713
 - passive, 54, 713

Principes UNIDROIT

- art. 7.2.2, 568, 606 ss
- art. 7.2.4, 575, 578, 654
- bénéficiaire, 600, 605
- champ d'application,
 - exécution en nature, 571 s, 606 ss

- limites,
- par rapport aux types d'obligations
- en général, 567 ss
- exécution en nature, 606 ss.
 - limites, 611 ss
- exécution forcée, 568
- nature juridique
 - clause pénale, 584
 - condamnation principale, 587, 589
 - dommages-intérêts, 582 s
 - droit pénal, 590 ss
 - exécution forcée, 585
- procédure
 - condamnation, 654, 657, 662

Principles of European Contract Law

- art. 9.102, 569, 606 ss
- champ d'application
 - exécution en nature, 571 s, 606 ss
 - limites,
 - par rapport aux types d'obligations
- en général, 567 ss
- exécution en nature, 606 ss
 - limites, 611 ss
- exécution forcée, 569

Privatisme, 25

Projet Storme (astreinte)

- art. 13, 576
- bénéficiaire, 600, 605
- en général, 575, 769
 - clause pénale, 584
 - condamnation principale, 587, 589
 - dommages-intérêts, 582 s
 - droit pénal, 590 ss
 - exécution forcée, 585
- procédure

- condamnation, 654, 657, 661, 662, 667

Protection

- principe de, 52

R

Raisonné (rattachement), 55,
84, 86 ss, 119, 138, 206

Rattachement

- raisonnable
 - cf. raisonnable
- réel, 204 ss
- suffisant, 119, 138, 257, 290, 889
- territorial, 51 ss

Reconnaissance

- actes d'administration judiciaire, 274
- anti-suit injunctions, 317
- injonctions en matière d'obtention de preuves, 292
- Mareva injunction, 872 ss
- pénalité judiciaire, 778 ss

Référé-expertise,

- général, 277, 293
- extraterritorialité, 277

Référé-provision,

- général, 198 ss
- extraterritorialité, 196

Restatement (Third) of the Foreign Relations Law (1987), 51 ss, 65,
87, 702, 731 ss

Rule of reason, 731

S

Séquestre,

- action en validation, cf. action en validation
- exploratoire, 187
- extraterritorialité, 304 ss
- for, cf. for
- suisse, 307

Services publics

- principe de, 52

Specific performance

cf. *Contempt of court*, champ d'application, exécution en nature

Sonderanknüpfung, 743**Souveraineté**

- conflit de, 278
- général, 52, 107
- principe de la, 52, 89, 273, 286, 317, 685, 713, 725, 825, 836

T**Tag jurisdiction, 124, 141****Territorialité**

- en droit de la propriété intellectuelle, 217 ss
- en droit pénal, 713
- principe de la, 52, 54, 217, 286, 689
 - objective, 52
 - subjective, 52

Transient rule, 124**Transnational Rules of Civil Procedure**

- art. 32, 575, 577
- bénéficiaire, 600, 605
- en général, 575 et exécution forcée, 619
- nature juridique
 - condamnation principale, 587, 589

U**Unification**

- droit de l'exécution en nature, 567 ss
- droit de l'exécution forcée, 574 ss
- procédure civile en Suisse, 497, 820

- procédure civile en Europe, 574 ss, 580

Universalité

- principe, 52

Z**Zwangsgeld,**

- arbitre, 487 s, 638 ss
- bénéficiaire, 467, 597
- champ d'application
 - exécution en nature, 468
 - limites, 478 ss, 629 ss
 - *numerus clausus*, 469
 - par rapport aux types d'obligation, 470 ss, 619 ss
- définition, 450
- distinction avec l'*Ordnungsgeld*, 452 ss
- histoire, 457
- influence de la faute, 493, 671, 674
- nature juridique
 - clause pénale, 459, 583
 - condamnation principale, 462, 587 ss
 - dommages-intérêts, 458, 581
 - droit pénal, 463, 590 ss
 - exécution forcée, 461, 585
- procédure
 - autorité compétente, 485 ss, 636 ss
 - condamnation, 489, 650, 658, 659
 - durée, 492, 669
 - modalités, 491, 663 ss
 - point de départ, 492, 667 s
 - taux, 490, 661
- recouvrement, 494, 675 s
- sources, 457

Table des matières

Sommaire.....	9
Abréviations	11
Avant-propos.....	25
PARTIE I: L'INJONCTION EXTRATERRITORIALE EN DROIT PRIVE	31
1. L'admissibilité de la compétence normative extraterritoriale en droit international.....	32
A. La compétence normative étatique en droit privé	32
1. La notion de compétence	32
a) La compétence	32
b) La compétence étatique en droit privé	33
c) La compétence en droit international privé.....	35
(1) La règle de conflit de lois	35
(2) La règle de conflit de juridictions.....	36
(3) La règle de compétence internationale indirecte.....	37
2. La vocation des règles de compétence étatique à régir les règles de conflit de lois et de juridictions	38
a) L'absence apparente de vocation des règles de compétence étatique à régir les règles de conflit de lois et de juridictions	38
b) L'influence effective des règles de compétence étatique sur les règles de conflit de lois et de juridictions.....	40
c) Les raisons de la faiblesse de l'influence du droit international public sur le conflit de lois et de juridictions.....	41
3. L'absence de réglementation directe de la compétence normative étatique par le droit international.....	42
a) Les tentatives du mouvement universaliste du XIX ^e siècle	42
b) Les constructions fondées sur l' <i>opinio necessitatis</i>	43
c) Conclusion	44
B. L'existence de limites indirectes de droit international public en matière de compétence normative étatique en droit privé.....	46

1. La présomption de liberté de prononcer des injonctions extraterritoriales énoncée par l'arrêt <i>Lotus</i>	46
a) Le contenu de l'arrêt <i>Lotus</i>	46
b) Les critiques formulées à l'égard de l'arrêt <i>Lotus</i>	48
(1) Le contenu des critiques	48
(2) La valeur des critiques	50
(3) La valeur de la motivation de l'arrêt <i>Lotus</i>	51
c) L'interprétation à donner à l'arrêt <i>Lotus</i>	54
2. L'absence de limites directes à la compétence normative étatique en droit privé	56
a) La thèse de l'existence de limites directes	56
b) Son rejet	60
c) L'assimilation - avec quelques exceptions - de la compétence juridictionnelle à la compétence législative	65
3. L'absence d'une compétence normative étatique totalement illimitée en droit privé	68
a) La thèse d'une compétence normative totalement illimitée	68
b) Le rejet de la thèse de l'existence d'une compétence juridictionnelle totalement illimitée	69
c) Le rejet de la thèse de l'existence d'une compétence législative totalement illimitée en droit privé	73
C. Le contenu de la réglementation internationale indirecte de la compétence normative étatique en droit privé	74
1. Le rejet de la thèse de l'absence totale de limites internationales à la compétence normative étatique en droit privé	74
a) L'existence d'une règle internationale indirecte	74
b) La thèse de l'absence totale de limite internationale	75
c) Son rejet	76
2. L'adoption de la thèse de l'existence de limites internationales indirectes à la compétence normative étatique en droit privé	77
a) Le consensus doctrinal sur l'existence de limites	77
b) Les affirmations diverses de l'existence de limites internationales	79
c) L'insuffisance des limites traditionnelles	82
3. Le principe de la non-intervention dans les affaires intérieures d'un Etat comme limite indirecte à la compétence normative étatique en droit privé	85

a) Les deux éléments de l'intervention illicite	85
b) Cas d'application: la loi <i>Helms-Burton</i>	87
(1) Présentation de la loi.....	87
(2) Le critère du domaine réservé.....	88
(3) Le critère de la contrainte	89
c) Conclusion	92
II. L'exercice et les limites de la compétence normative extraterritoriale dans l'espace judiciaire européen	94
A. Les limitations expresses au caractère extraterritorial des compétences juridictionnelles conventionnelles.....	95
1. Les raisons de l'importance croissante de la compétence juridictionnelle.....	96
a) Les enjeux traditionnels.....	96
b) L'avènement des mesures provisoires et conservatoires dans la gestion des litiges transnationaux.....	97
c) L'apparition du <i>forum running</i> dans les litiges transnationaux.....	98
2. La limitation négative de la compétence juridictionnelle extraterritoriale: l'exclusion des fors exorbitants (art. 3 al. 2).....	99
a) L'exclusion conventionnelle des fors exorbitants.....	99
b) Le caractère extraterritorial des principaux fors exorbitants exclus	100
(1) Les fors fondés sur la situation de biens du défendeur	100
(2) Les fors fondés sur la nationalité d'une partie	102
(3) Les fors fondés sur le lieu de notification d'un acte judiciaire	103
3. La limitation positive de la compétence juridictionnelle extraterritoriale: l'instauration de fors exclusifs (art. 16).....	104
a) La coïncidence territoriale entre la compétence juridictionnelle et le lieu d'exécution forcée	104
b) Les fors en matière de droits réels immobiliers (art. 16 ch. 1).....	105
c) Les fors en matière d'inscription dans des registres publics.....	107
(1) Art. 16 ch. 2: compétence en matière de sociétés et de personnes morales.....	107

(2) Art. 16 ch. 3: compétence en matière d'inscription dans des registres publics au sens strict.....	108
(3) Art. 16 ch. 4: compétence en matière de droits de propriété intellectuelle.....	109
B. Les compétences juridictionnelles extraterritoriales en matière de procédure au fond.....	110
1. La compétence générale: le for du domicile du défendeur (art. 2 al. 1).....	110
a) Les fors ordinaires des Conventions.....	110
b) Le potentiel extraterritorial de la norme.....	111
c) Les limites au caractère extraterritorial de la norme.....	112
2. Les compétences spéciales.....	113
a) Le for du lieu du délit: art. 5 ch. 3.....	113
(1) L'applicabilité de la norme aux injonctions non pécuniaires et/ou préventives.....	113
(2) Le potentiel extraterritorial de la norme.....	116
(3) Les limites au caractère extraterritorial de la norme.....	117
b) Le for du lieu d'exécution du contrat: art. 5 ch. 1.....	121
(1) Le texte de la norme.....	121
(2) Le potentiel extraterritorial de la norme.....	122
(3) Les limites au caractère extraterritorial de la norme.....	123
c) Le for des co-défendeurs: art. 6 ch. 1.....	124
(1) Le texte de la norme.....	124
(2) Le potentiel extraterritorial de la norme.....	125
(3) Les limites au caractère extraterritorial de la norme.....	126
3. La compétence prorogée: art. 17.....	128
a) Le caractère prorogatoire et dérogatoire de la clause d'élection de for.....	128
b) Le potentiel extraterritorial de la norme.....	129
(1) L'absence de l'interdiction de l'abus de droit.....	129
(2) L'absence de doctrine du <i>forum conveniens</i>	130
(3) L'application aux mesures provisoires et conservatoires.....	132
c) Les limites au caractère extraterritorial de la norme.....	134
(1) L'exigence immanente du caractère international du litige.....	134
(2) Les limites du droit national impératif ?.....	135

(3) La priorité donnée aux fors impératifs et aux fors exclusifs prévus par les Conventions.....	135
C. La compétence juridictionnelle extraterritoriale en matière de mesures provisoires et conservatoires d'appui.....	136
1. Les mesures provisoires et conservatoires <i>d'appui</i> dans le cadre des Conventions de Bruxelles et de Lugano: art. 24.....	137
a) Le rôle des mesures provisoires et conservatoires dans la gestion des litiges transnationaux.....	137
b) Le système de compétences en matière de mesures provisoires institué par les Conventions de Bruxelles et de Lugano	139
c) Les risques posés par les mesures provisoires et conservatoires <i>d'appui</i> extraterritoriales	142
2. Le potentiel extraterritorial de la norme	143
a) Le silence des Conventions de Bruxelles et de Lugano	143
b) Les modèles avancés par la doctrine	144
c) L'admissibilité de principe des mesures provisoires et conservatoires <i>d'appui</i> extraterritoriales	146
3. Les limites au caractère extraterritorial de la norme	149
a) Les restrictions apportées aux mesures d'anticipation (<i>Leistungsverfügungen</i>)	149
(1) L'arrêt <i>Van Uden</i>	149
(2) L'enjeu.....	150
(3) Les conditions de la garantie de restitution et de la territorialité de l'exécution.....	153
b) Le lien de rattachement réel	156
(1) L'enjeu.....	156
(2) La règle	157
(3) Les incertitudes.....	158
c) Les travaux de révision de la Convention de Bruxelles	161
III. Domaines d'application des injonctions extraterritoriales non pécuniaires en droit privé.....	164
A. La protection extraterritoriale des droits de la propriété intellectuelle	164
1. L'avènement de la compétence extraterritoriale en matière de protection des brevets d'invention étrangers.....	165
a) Le principe de la territorialité en matière de droit de la propriété intellectuelle.....	165

b) La justification de la concentration des fors en matière d'action en contrefaçon de brevets d'invention étrangers.....	167
c) L'avènement de la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon en Europe	168
(1) Les développements aux Pays-Bas.....	168
(2) La jurisprudence en Angleterre	171
(3) La jurisprudence dans les autres pays européens.....	173
2. Les limites à la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon inhérentes aux Conventions de Bruxelles et de Lugano	175
a) For du domicile du défendeur: art. 2 al. 1	175
b) For du délit: art. 5 ch. 3	176
c) For des co-défendeurs: art. 6 ch. 1	177
3. Les limites à la compétence extraterritoriale du juge de la contrefaçon résultant de la mise en oeuvre de moyens de défense procéduraux	180
a) L'action en constatation négative: art. 21 et 22	180
b) Le moyen tiré de la nullité du brevet: art. 16 ch. 4	181
(1) La nullité du brevet invoquée à titre principal.....	181
(2) La nullité du brevet invoquée à titre préjudiciel.....	183
c) Conclusion	184
B. La protection extraterritoriale de l'environnement, de la concurrence et de la personnalité	186
1. La protection extraterritoriale de l'environnement	186
a) L'indivisibilité des prétentions en matière de pollution transfrontière.....	186
b) La qualification de l'action en cessation de troubles protégeant une propriété foncière	188
c) Les injonctions dirigées contre un Etat étranger	190
2. La protection extraterritoriale de la concurrence.....	192
a) L'ouverture des marchés et le besoin accru de protection du consommateur individuel.....	192
b) La défense collective des intérêts individuels des consommateurs	193
c) La qualité pour agir des entités de défense des intérêts des consommateurs dans les litiges transfrontières.....	194
3. La protection extraterritoriale de la personnalité.....	196

a) L'importance de la diffusion à large échelle des produits de presse	196
b) La définition du lieu de résultat en matière de délit commis par voie de presse.....	197
c) La présence virtuelle et la présence légale sur les réseaux	198
C. La protection extraterritoriale des droits procéduraux	200
1. Le droit d'obtenir des preuves situées à l'étranger	200
a) L'injonction en matière d'obtention de preuves comme catégorie particulière d'acte d'administration judiciaire	200
b) L'injonction extraterritoriale en matière d'obtention de preuves à l'étranger	202
(1) France: ordonnance de référé-expertise.....	202
(2) Angleterre: <i>Anton Piller order</i>	203
(3) Etats-Unis: <i>pre-trial discovery</i>	205
c) Les motifs d'exclusion de la présente étude de l'injonction extraterritoriale en matière d'obtention de preuves à l'étranger.....	208
(1) L'injonction en matière d'obtention de preuves concrétise des droits procéduraux et non des droits ancrés dans le droit privé matériel	208
(2) L'injonction en matière d'obtention de preuves ne vise pas que les parties au litige, mais également les tiers	210
(3) L'injonction en matière d'obtention de preuves n'est pas susceptible de reconnaissance dans l'espace judiciaire européen.....	211
2. Le droit d'obtenir le gel des avoirs à l'étranger de l'adverse partie	214
a) La <i>Mareva injunction</i> anglaise et son élargissement progressif	214
(1) L'extension de la <i>Mareva injunction</i> au juge d'appui	215
(2) L'extension de la <i>Mareva injunction</i> aux avoirs à l'étranger	216
(3) L'extension cumulative de la <i>Mareva injunction</i> au juge d'appui et aux avoirs à l'étranger	217
b) L'admissibilité des mesures réelles visant le gel d'avoirs à l'étranger dans l'espace judiciaire européen	221
c) L'admissibilité des mesures visant le gel d'avoirs à l'étranger prononcées par les tribunaux suisses.....	223

3. Le droit de ne pas être assigné en justice à l'étranger	225
a) Le développement des <i>anti-suit injunctions</i> anglaises	225
b) L'admissibilité des <i>anti-suit injunctions</i> dans les autres pays européens	227
c) L'admissibilité des <i>anti-suit injunctions</i> dans l'espace judiciaire européen	228

PARTIE II: LA PENALITE JUDICIAIRE EN DROIT PRIVE

COMPARE EUROPEEN	233
I. France	234
A. Les caractères généraux de l'astreinte	234
1. Définition	234
2. Histoire.....	234
3. Sources.....	235
B. La nature juridique de l'astreinte	237
1. Astreinte et dommages-intérêts	237
2. Astreinte et clause pénale	238
3. Astreinte et exécution forcée	239
4. Astreinte et condamnation principale	240
C. Le bénéficiaire de l'astreinte	240
D. Le champ d'application et les limites de l'astreinte.....	241
1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel.....	241
a) Limitation du principe " <i>pacta sunt servanda</i> " par l'art. 1142 CCFr.	241
b) Favorisation de l'exécution en nature par l'avènement de l'astreinte	242
c) Caractère général de l'astreinte	243
2. Champ d'application	244
a) Obligations de faire	244
b) Obligations de ne pas faire	245
c) Obligations de livrer	246
d) Obligations de payer une somme d'argent	248
3. Limites	248
a) Limites dues à l'obligation principale.....	248
b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle	249

E. La procédure de l'astreinte	252
1. Autorité compétente.....	252
a) Compétence du juge ordinaire.....	252
b) Compétence du juge des mesures provisoires.....	253
c) Compétence des arbitres.....	254
2. Condamnation et modalités	255
a) Pouvoirs du juge	255
b) Taux et modalités de l'astreinte	256
c) Point de départ et durée de l'astreinte	258
3. Influence de la faute.....	259
F. Les effets de la condamnation: la liquidation de l'astreinte.....	260
1. Juge compétent.....	260
a) Le juge de l'exécution.....	260
b) Le juge du prononcé	260
2. Pouvoirs du juge de la liquidation	261
a) Astreinte provisoire	261
b) Astreinte définitive.....	262
3. Effets de la condamnation.....	263
a) Caractère exécutoire de l'astreinte non liquidée	263
b) Absence d'autorité de la chose jugée de l'astreinte non liquidée	263
c) Effets de la liquidation.....	264
II. Angleterre.....	265
A. Les caractères généraux du <i>contempt of court</i>	265
1. Définition	265
2. Sanctions en cas de <i>civil contempt of court</i>	266
3. Sources	267
B. La nature juridique du <i>contempt of court</i>	268
1. <i>Contempt of court</i> et dommages-intérêts.....	268
2. <i>Contempt of court</i> et clause pénale.....	268
3. <i>Contempt of court</i> et exécution forcée.....	269
4. <i>Contempt of court</i> et condamnation principale.....	269
5. <i>Contempt of court</i> et droit pénal	269
C. Le bénéficiaire du <i>contempt of court</i>	271

D. Le champ d'application et les limites du <i>contempt of court</i>	271
1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel.....	271
a) Priorité historique accordée par le droit matériel à l'attribution de dommages-intérêts	271
b) <i>Specific performance</i>	273
(1) Conditions de son prononcé.....	273
(2) Refus de son prononcé.....	275
(3) Conclusion	275
c) <i>Injunctions</i>	276
2. Champ d'application	276
a) Obligations de faire	276
b) Obligations de ne pas faire	277
c) Obligations de livrer	277
d) Obligations de payer une somme d'argent	279
3. Limites	280
a) Limites dues à l'obligation principale.....	280
b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle	280
E. La procédure du <i>contempt of court</i>	284
1. Autorité compétente.....	284
a) Compétence du juge ordinaire.....	284
b) Compétence du juge des mesures provisoires.....	284
c) Compétence des arbitres.....	285
2. Condamnation et modalités	285
a) Pouvoirs du juge	285
b) Taux et modalités de la <i>fine</i>	286
c) Point de départ et durée de la <i>fine</i>	287
3. Influence de la faute.....	287
F. Les effets de la condamnation.....	288
III. Benelux.....	289
A. Les caractères généraux de l'astreinte	289
1. Définition	289
2. Histoire.....	289
a) Belgique.....	290
b) Pays-Bas	290
c) Luxembourg.....	291
3. Sources.....	291

B. La nature juridique de l'astreinte	292
1. Astreinte et dommages-intérêts	292
2. Astreinte et clause pénale	292
3. Astreinte et exécution forcée	293
4. Astreinte et condamnation principale	293
C. Le bénéficiaire de l'astreinte	294
D. Le champ d'application et les limites de l'astreinte	295
1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel	295
2. Champ d'application	296
a) Principe de l'application généralisée de l'astreinte	296
b) Obligations de faire	297
c) Obligations de ne pas faire	297
d) Obligations de livrer	298
e) Obligations de payer une somme d'argent	299
3. Limites	300
a) Limites dues à l'obligation principale	300
b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle	300
E. La procédure de l'astreinte	303
1. Autorité compétente	303
a) Compétence du juge ordinaire	303
b) Compétence du juge des mesures provisoires	303
c) Compétence des arbitres	304
(1) Belgique	304
(2) Pays-Bas	305
(3) Luxembourg	306
2. Condamnation et modalités	306
a) Pouvoirs du juge	306
b) Taux et modalités de l'astreinte	307
c) Point de départ et durée de l'astreinte	308
3. Influence de la faute	309
F. Les effets de la condamnation	309
1. Caractère définitif de l'astreinte	309
2. Caractère exécutoire de l'astreinte	310
3. Révision	310
a) Faillite du condamné	311

b) Décès du débiteur	311
c) Impossibilité de la condamnation principale.....	312
IV. Allemagne	313
A. Les caractères généraux du <i>Zwangsgeld</i> et de l' <i>Ordnungsgeld</i>	313
1. Définition	313
2. Distinctions entre le <i>Zwangsgeld</i> et l' <i>Ordnungsgeld</i>	314
a) <i>Zwangsgeld</i> (§ 888 ZPO).....	314
b) <i>Ordnungsgeld</i> (§ 890 ZPO).....	315
c) Comparaison	316
3. Sources	317
B. La nature juridique du <i>Zwangsgeld</i> et de l' <i>Ordnungsgeld</i>	317
1. <i>Zwangsgeld</i> et <i>Ordnungsgeld</i> et dommages-intérêts	317
2. <i>Zwangsgeld</i> et <i>Ordnungsgeld</i> et clause pénale	318
3. <i>Zwangsgeld</i> et <i>Ordnungsgeld</i> et exécution forcée	319
4. <i>Zwangsgeld</i> et <i>Ordnungsgeld</i> et condamnation principale.....	319
5. <i>Zwangsgeld</i> et <i>Ordnungsgeld</i> et droit pénal	320
C. Le bénéficiaire du <i>Zwangsgeld</i> et de l' <i>Ordnungsgeld</i>	322
D. Le champ d'application et les limites du <i>Zwangsgeld</i> et de l' <i>Ordnungsgeld</i>	322
1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel.....	322
a) Le principe de l'exécution en nature	322
b) Le <i>numerus clausus</i> des moyens d'exécution forcée	323
2. Champ d'application	323
a) Obligations de faire	323
b) Obligations de ne pas faire	325
c) Obligations de livrer	325
d) Obligations de payer une somme d'argent	326
3. Limites	327
a) Limites dues à l'obligation principale.....	327
b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle	327
E. La procédure du <i>Zwangsgeld</i> et de l' <i>Ordnungsgeld</i>	330
1. Autorité compétente.....	330
a) Compétence du juge ordinaire.....	330
b) Compétence du juge des mesures provisoires.....	330

c) Compétence des arbitres.....	330
2. Condamnation et modalités	331
a) Pouvoirs du juge	331
b) Taux et modalités du <i>Zwangsgeld</i> et de l' <i>Ordnungsgeld</i>	332
c) Point de départ et durée du <i>Zwangsgeld</i> et de l' <i>Ordnungsgeld</i>	333
3. Influence de la faute.....	333
F. Effets de la condamnation.....	334
V. Suisse.....	335
A. Les caractères généraux de la pénalité judiciaire	335
1. Sources	335
2. Distinctions entre les différents types de pénalités judiciaires.....	338
a) L'art. 292 CPS.....	338
b) Les amendes prévues par les codes civils cantonaux.....	339
c) L'astreinte genevoise	340
3. Rapport entre les différents types de pénalités judiciaires	341
B. La nature juridique de la pénalité judiciaire	343
1. Pénalité judiciaire et dommages-intérêts.....	343
2. Pénalité judiciaire et clause pénale	344
3. Pénalité judiciaire et exécution forcée	345
4. Pénalité judiciaire et condamnation principale.....	345
5. Pénalité judiciaire et droit pénal	346
C. Le bénéficiaire de la pénalité judiciaire	347
D. Le champ d'application et les limites de la pénalité judiciaire.....	348
1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel.....	348
a) Exclusion de l'exécution en nature sous l'empire du Code fédéral des obligations	348
b) Droit d'obtenir l'exécution en nature sous l'empire du CO.....	349
c) Règles du CO concernant l'exécution forcée des obligations non pécuniaires	350
(1) Art. 97 al. 2 CO.....	350

(2) Art. 98 al. 1 CO et l'exécution des obligations de faire par un tiers au frais du débiteur.....	350
(3) Art. 98 al. 3 CO et la suppression d'une situation en contravention d'une obligation de ne pas faire.....	353
2. Champ d'application	354
a) Obligations de faire	354
b) Obligations de ne pas faire	357
c) Obligations de livrer	358
d) Obligations de payer une somme d'argent	359
3. Limites	360
a) Limites dues à l'obligation principale.....	360
b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle	361
E. La procédure de la pénalité judiciaire.....	363
1. Autorité compétente.....	363
a) Compétence du juge ordinaire.....	363
b) Compétence du juge des mesures provisoires.....	364
c) Compétence des arbitres.....	364
2. Condamnation et modalités	367
a) Pouvoirs du juge	367
b) Taux et modalités de la pénalité judiciaire.....	368
c) Point de départ et durée de la pénalité judiciaire.....	369
3. Influence de la faute.....	370
F. Les effets de la condamnation.....	371
VI. Synthèse: L'exécution en nature et la pénalité judiciaire en droit comparé et dans les instruments d'unification et d'harmonisation du droit	373
A. Introduction	373
1. La pénalité judiciaire - un instrument à la croisée des chemins	373
2. Principaux instruments d'unification et d'harmonisation du droit prévoyant l'exécution en nature.....	374
a) Textes pertinents.....	374
b) Dispositions pertinentes	375
c) Fonction et valeur de ces instruments dans le processus d'unification du droit privé.....	376
3. Principaux instruments d'unification et d'harmonisation du droit prévoyant la pénalité judiciaire	377

a) Textes pertinents.....	377
b) Dispositions pertinentes	380
c) Fonction et valeur de ces instruments dans le processus d'unification du droit de procédure civile	382
B. La nature juridique de la pénalité judiciaire.....	384
1. Pénalité judiciaire et dommages-intérêts.....	384
2. Pénalité judiciaire et clause pénale.....	385
3. Pénalité judiciaire et exécution forcée.....	386
4. Pénalité judiciaire et condamnation principale.....	387
5. Pénalité judiciaire et droit pénal	388
a) Moyen de contrainte ou moyen de répression.....	388
b) Pénalisation de l'inexécution des obligations civiles	390
c) Pénalisation de comportements violant les droits d'autrui.....	390
C. Le bénéficiaire de la pénalité judiciaire	391
1. Diversité des systèmes.....	391
a) Etat comme bénéficiaire	392
b) Créancier de la condamnation principale comme bénéficiaire	392
c) Solutions mixtes	393
2. Appréciation.....	393
a) Raisons de cette variété	393
b) Arguments contre l'attribution de la pénalité judiciaire au créancier de la condamnation principale	393
c) Arguments en faveur de l'attribution de la pénalité judiciaire au créancier de la condamnation principale	394
3. Conclusion	395
D. Le champ d'application et les limites de la pénalité judiciaire.....	396
1. Exécution en nature des obligations non pécuniaires en droit matériel.....	396
a) Consécration progressive du droit à l'exécution en nature	396
b) Pouvoir discrétionnaire du juge.....	397
c) Limites à l'exécution en nature contenues dans les instruments d'unification ou d'harmonisation du droit matériel.....	399
(1) Principe général	399

(2) Obligation présentant un caractère strictement personnel ou dépendant de relations personnelles	400
(3) Exécution par équivalent	402
2. Champ d'application	403
a) En général	403
b) Obligations de faire	403
c) Obligations de ne pas faire	404
d) Obligations de livrer	405
e) Obligations de payer une somme d'argent	407
3. Limites	408
a) Limites dues à l'obligation principale	408
b) Limites dues à la protection de la liberté individuelle	408
E. La procédure de la pénalité judiciaire	410
1. Autorité compétente	410
a) Compétence du juge ordinaire	410
b) Compétence du juge des mesures provisoires	411
c) Compétence des arbitres	411
2. Fixation de la pénalité judiciaire et sa liquidation	413
a) Fixation définitive	413
b) Fixation provisoire	415
c) Degré de précision de la commination	415
3. Condamnation et modalités	416
a) Pouvoirs du juge	416
(1) Maxime d'office ou maxime dispositive	416
(2) Pouvoir discrétionnaire ou non	418
(3) Pouvoir souverain ou non	419
b) Taux et modalités de la pénalité judiciaire	420
(1) Taux	420
(2) Modalités	420
c) Point de départ et durée de la pénalité judiciaire	422
(1) Point de départ	422
(2) Durée	423
F. Questions annexes	424
1. Influence de la faute	424
2. Critères de fixation du montant de la pénalité judiciaire	425
3. Recouvrement de la pénalité judiciaire	426

PARTIE III: LA PÉNALITÉ JUDICIAIRE**EXTRATERRITORIALE EN DROIT PRIVÉ 429****I. La pénalité judiciaire extraterritoriale en droit international public..... 430****A. L'exercice de la compétence d'exécution en droit international..... 430****1. La compétence d'exécution en droit privé 431****a) La notion de compétence d'exécution..... 431****b) Les diverses formes d'exercice de la compétence d'exécution 431****c) La pénalité judiciaire extraterritoriale comme cas d'application de l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution..... 432****2. La prohibition de l'exercice extraterritorial de la compétence d'exécution 433****a) Le principe de l'exclusivité de l'exercice du pouvoir de contrainte 433****b) La nécessité du caractère matériel de l'exécution en territoire étranger 435****c) La modification conventionnelle de la répartition des compétences d'exécution 436****3. L'admissibilité de l'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution ayant des effets extraterritoriaux 437****a) Sa justification pratique..... 437****b) Son application en deux phases..... 439****c) Son essor sur le continent européen 441****B. L'exercice intraterritorial de la compétence d'exécution comme accessoire de l'exercice de la compétence normative 445****1. La thèse de l'existence d'une compétence d'un troisième type..... 445****2. La thèse de l'existence de la compétence d'un troisième type en matière d'obtention de preuves à l'étranger..... 447****a) Ses origines..... 447****b) Les arguments invoqués à l'appui d'une compétence d'un troisième type en matière d'obtention de preuves à l'étranger 448****c) La non-application de la théorie de la compétence du troisième type aux injonctions extraterritoriales de droit privé assorties d'une pénalité judiciaire 450**

3. Cas particulier: l'application de l'art. 292 CPS à l'appui d'injonctions extraterritoriales	453
a) Le champ d'application territorial du droit pénal suisse.....	453
b) Le défendeur est domicilié en Suisse.....	454
c) Le défendeur est domicilié à l'étranger.....	455
C. Méthodes de résolution de conflits en cas d'exercice concurrent de la compétence d'exécution ayant des effets extraterritoriaux	456
1. Le droit international des conflits de compétences.....	457
a) Le conflit de compétences, conséquence logique de l'état actuel du droit international	457
b) L'inexistence d'une règle générale de droit international de résolution des conflits de compétences.....	458
c) L'émergence contemporaine de règles coutumières destinées à limiter les conflits de compétences.....	460
(1) Le critère de la territorialité	460
(2) Le critère des intérêts étatiques en cause.....	463
(3) Convergences entre le critère de la territorialité et celui des intérêts étatiques en cause	465
2. Les concrétisations en matière de techniques de conflit de lois.....	467
a) L' <i>Act of State Doctrine</i> américaine.....	467
b) La <i>Foreign Sovereign Compulsion Defense</i> américaine.....	469
c) La <i>Sonderanknüpfung</i> européenne	471
3. L'apparition de techniques nouvelles: la bilatéralisation des règles de conflit de lois.....	473
II. La pénalité judiciaire extraterritoriale en droit international privé.....	475
A. L'exécution forcée en générale et le droit international privé.....	475
1. Le principe de l'application de la <i>lex fori</i> aux actes d'exécution forcée	475
a) La distinction entre le fond et la forme en droit international	475
b) L'hypothèse de l'application de la <i>lex fori</i> aux actes d'exécution forcée.....	477
c) Une hypothèse justifiée par le principe de l'exclusivité du pouvoir de contrainte.....	478

2. Les spécificités de l'exécution forcée dans le contexte de la procédure civile internationale	479
a) Introduction	479
b) La dispersion territoriale des actes d'exécution forcée.....	479
c) Le lien entre l'exécution forcée et le droit matériel.....	480
3. Le principe de l'application de la <i>lex fori</i> aux actes d'exécution forcée dans la pratique.....	482
a) L'application de la <i>lex fori</i> du lieu d'exécution: le refus d'importer la contrainte par corps comme moyen d'exécution.....	482
b) L'application de la <i>lex fori</i> du pays d'origine: la force exécutoire de la décision étrangère.....	484
c) La qualification matérielle du moyen d'exécution forcée: les intérêts moratoires progressifs.....	486
B. Le droit applicable à la pénalité judiciaire	488
1. La qualification de la pénalité judiciaire	488
2. Les solutions possibles.....	489
a) <i>Lex fori</i>	489
b) <i>Lex causae</i>	490
c) <i>Lex loci executionis</i>	490
3. La solution préconisée	490
C. Reconnaissance en Suisse selon le droit autonome de la pénalité judiciaire prononcée à l'étranger	491
1. Les conditions générales de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères en Suisse	492
2. La notion de décision susceptible de reconnaissance selon la LDIP.....	493
a) Le silence de la loi.....	493
b) Les éléments constitutifs de la décision au sens de la LDIP	494
c) L'élément constitutif de la prétention fondée sur le droit privé en particulier	495
3. La pénalité judiciaire n'est pas une décision tranchant une prétention de droit privé selon la LDIP	497
III. La pénalité judiciaire extraterritoriale dans l'espace judiciaire européen	500
A. La notion de la pénalité judiciaire dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano	500

1. L'interprétation des Conventions de Bruxelles et de Lugano.....	501
a) Nécessité d'un mécanisme pour assurer une interprétation uniforme.....	501
b) Mécanisme institutionnel visant à assurer une interprétation uniforme.....	501
c) Mécanisme méthodologique visant à assurer une interprétation uniforme.....	502
2. La notion de pénalité judiciaire à l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano	503
a) Le texte et la nécessité de son interprétation.....	503
b) Interprétation littérale.....	505
c) Interprétation historique	506
d) Interprétation comparée ou autonome.....	507
(1) Un acte d'autorité au caractère répressif.....	507
(2) Prononcé dans le cadre d'une procédure civile.....	508
(3) Visant à assurer l'exécution d'une décision civile	509
e) Interprétation systématique	509
f) Conclusion	511
3. L'art. 43 de la Convention de Lugano et le droit suisse.....	512
a) L'art. 292 CPS et les amendes d'ordre cantonales	512
b) L'astreinte genevoise	513
c) Conclusion	514
B. La compétence directe pour prononcer une pénalité judiciaire.....	514
1. Une contradiction apparente: l'art. 16 ch. 5 et l'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano	515
2. La portée de l'art. 16 ch. 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano en rapport avec la pénalité judiciaire	516
a) Le but de l'art. 16 ch. 5	516
b) Les conséquences d'une assimilation de la pénalité judiciaire aux mesures d'exécution forcée.....	517
c) La compétence pour prononcer une pénalité judiciaire est identique à la compétence au fond.....	517
3. La distinction entre procédure méritoire et procédure d'exécution forcée dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano	519
a) L'adoption d'un critère fonctionnel.....	519
b) La signification de la réglementation des compétences dans les Conventions de Bruxelles et de Lugano.....	521
(1) Procédure au fond	521

(2) Procédure d'exécution forcée.....	522
(3) Procédure d'exequatur.....	524
c) Conclusion.....	525
(1) Interprétation restrictive de la compétence d'exécution de l'art. 16 ch. 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.....	525
(2) Distinction entre la contrainte directe et la contrainte indirecte dans l'exécution forcée.....	525
(3) La pénalité judiciaire n'est pas une mesure d'exécution selon l'art. 16 ch. 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, mais une condamnation accessoire.....	526
C. La pénalité judiciaire dans l'Etat de reconnaissance.....	527
1. La reconnaissance à l'étranger de la pénalité judiciaire prononcée dans l'Etat d'origine.....	528
a) L'exigence du caractère définitif de la pénalité judiciaire.....	528
b) L'influence du caractère accessoire de la pénalité judiciaire.....	531
c) La reconnaissance d'une pénalité judiciaire assortissant une sentence arbitrale.....	532
2. Le prononcé d'une nouvelle pénalité judiciaire dans l'Etat requis.....	533
a) Les arguments inhérents aux Conventions de Bruxelles et de Lugano en faveur du prononcé d'une nouvelle pénalité judiciaire dans l'Etat requis.....	533
(1) La pénalité judiciaire ne constitue pas un complément à la décision étrangère.....	533
(2) L'art. 43 des Conventions de Bruxelles et de Lugano est une norme de reconnaissance et de coordination.....	535
(3) Le principe de non-discrimination du Traité d'Amsterdam peut contraindre le juge de l'Etat requis à prononcer une pénalité judiciaire.....	537
b) Divergence entre le droit matériel de l'Etat d'origine et celui de l'Etat requis.....	539
(1) L'hypothèse.....	539
(2) Droit comparé.....	541
(3) Conclusion.....	544
c) Divergence entre le droit d'exécution forcée de l'Etat d'origine et celui de l'Etat requis: l'exemple de la <i>Mareva injunction</i> anglaise en Suisse.....	546
(1) L'hypothèse.....	546

(2) Les précédents judiciaires en Europe	547
(3) Conclusion pour le juge suisse	548
3. Réserve de l'ordre public matériel de l'Etat requis lors de la reconnaissance de la pénalité judiciaire.....	553
a) Distinction	553
b) Condamnation principale non compatible avec l'ordre public de l'Etat requis	555
(1) L'absence de définition de l'ordre public matériel selon les Conventions de Bruxelles et de Lugano	555
(2) La violation d'une norme de l'Etat requis interdisant l'exécution en nature.....	556
(3) La violation d'une norme d'interdiction ou d'une norme d'autorisation de droit public de l'Etat requis.....	557
c) Condamnation principale non compatible avec l'ordre public d'un Etat tiers	558
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	561
Bibliographie.....	575
Index	627
Table des matières.....	637