

Université de Neuchâtel
Faculté de droit et des sciences économiques

Les mesures provisoires en droit international privé

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

par
Olivier Merkt

Neuchâtel
1993

Imprimerie: Huber Druck AG, Entlebuch

**Monsieur Olivier MERKT est autorisé à imprimer
sa thèse de doctorat en droit intitulée:
«Les mesures provisoires en droit international privé».
Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.**

Neuchâtel, le 15 août 1993

**Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques**

Henri-Robert Schüpbach

à Susan

à mes parents

Je remercie MM. les professeurs François Knoepfler et Henri-Robert Schüpbach du soutien et de l'intérêt qu'ils ont apporté à ce travail ainsi que mon frère Benoît Merkt qui a relu attentivement les manuscrits successifs d'un regard critique et compétent.

ABRÉVIATIONS

| | |
|-------------------------------|---|
| A 2d | Atlantic Reporter second series |
| Abs. | Absatz |
| A. C. | Appeal Cases (Law reports) |
| aCPC | ancien Code de procédure civile |
| AELE | Association européenne de libre échange |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis |
| al. | alinéa |
| All ER | All England Report |
| Am. J. Comp. L. | American Journal of Comparative Law |
| art. | article(s) |
| ASDI | Annuaire suisse de droit international |
| ATF | arrêt du Tribunal fédéral |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| BJM | Basler Juristische Mitteilungen |
| Bull. civ. | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation en matière civile |
| <i>cf.</i> | contre |
| Camb. L. J. | Cambridge Law Journal |
| Cass. | Cour de cassation |
| Cass. Civ. (ou Comm. ou Soc.) | arrêt de la section civile (ou commerciale ou sociale) de la chambre civile de la Cour de cassation |
| CCS | Code civil suisse du 10 décembre 1907 |
| CEDH | Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme |
| <i>cf.</i> | confer |
| CJCE | Cour de justice des Communautés européennes |
| CJ | Cour de justice |
| ch. | chiffre(s) |
| Ch. | Chancery Division (Law Report) |
| CIJ | Cour internationale de Justice |
| Cir. | Circuit Court |

les mesures provisoires

| | |
|-----------------|---|
| CIRDI | Centre international de règlement des différends en matière d'investissements |
| Clunet | Journal du droit international |
| CMLR | Common Market Law Review |
| CPC | code de procédure civile |
| Cst | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 |
| D. | Recueil Dalloz |
| DC | District of Columbia |
| DPCI | Droit et pratique du commerce international |
| ECC | European Commercial Cases |
| éd. | édition / éditeur |
| ELR | European Law Review |
| F 2d | Federal Reporter second series |
| fasc. | fascicule |
| FF | Feuille fédérale |
| FJS | Fiche juridique suisse |
| FS | Festschrift |
| F supp | Federal Supplement |
| Gaz. Pal. | Gazette du Palais |
| HL | House of Lords |
| IPRax | Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht |
| J-cl. dr.int. | Jurisclasseur de droit international |
| JCP | Semaine juridique |
| JOCE | Journal officiel des Communautés européennes |
| Jour. Int. Arb. | Journal of International Arbitration |
| JT | Journal des tribunaux |
| LCD | Loi sur la concurrence déloyale |
| LDIP | Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 |
| LG | Landesgericht |
| L.J. | Lord Justice |
| Lloyd's Rep. | Lloyd's Law Report |
| loc. cit. | locus citatus |

en droit international privé

| | |
|------------------------------|---|
| LP | Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1989 |
| LQR | Law Quarterly Review |
| Mess. | message du Conseil fédéral |
| M.R. | Master of the Rolls |
| n° | numéro |
| NCPC | nouveau Code de procédure civile |
| NILR | Netherland International Law Review |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NY Supp 2d | New York Supplement second series |
| obs. | observations |
| OLG | Oberlandsgericht |
| p. | page(s) |
| Par. | Paragraph(en) |
| p. ex. | par exemple |
| QB | Queen's Bench Division (Law Report) |
| RabelZ | Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| Rec. | Recueil officiel des arrêts de la Cour de justice des Communautés |
| Rev. arb. | Revue de l'arbitrage |
| Rev. crit. dr. int. | Revue critique de droit international privé |
| Rev. trim. dr. civ. | Revue trimestrielle de droit civil |
| Rev. trim. dr. europ. | Revue trimestrielle de droit européen |
| Riv. dir. int. priv. e proc. | Rivista di diritto internazionale privato e processuale |
| Riv. dir. int. | Rivista di diritto internazionale |
| RIW | Recht der internationalen Wirtschaft |
| RJN | Revue de jurisprudence neuchâteloise |
| RO | Recueil officiel des lois fédérales |
| RS | Recueil systématique du droit fédéral |
| RSDIE | Revue suisse de droit international et de droit européen |
| S Ct | Supreme Court Reporter |
| SJ | Semaine judiciaire |
| SJZ | Schweizerische Juristenzeitung |
| spéc. | spécialement |
| ss | et suivants |

les mesures provisoires

| | |
|-------------|---|
| TC | Tribunal cantonal |
| TF | Tribunal fédéral |
| TGI | Tribunal de grande instance |
| US | United States Reporter |
| v | versus |
| WLR | Weekly Law Report |
| Yb. Eur. L. | Yearbook of European Law |
| ZBJV | Zeitschrift des bernischen Juristenvereins |
| ZfRV | Zeitschrift für Rechtsvergleichung |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZR | Blätter für zürcherische Rechtsprechung |
| ZSR | Zeitschrift für schweizerisches Recht |
| ZZP | Zeitschrift für Zivilprozess |

INTRODUCTION

1. L'objet d'un procès civil est de trancher autoritairement et définitivement un litige opposant deux ou plusieurs parties, à propos de l'existence ou de la portée d'un droit subjectif garanti par le droit privé. Son déroulement implique nécessairement que soit circonscrit l'objet de la contestation (*Streitgegenstand*) résultant des allégations contradictoires des parties, que les faits contestés soient élucidés et que les règles de droit applicables au litige soit découvertes et appliquées.

2. La responsabilité respective du juge et des parties lors de chacune de ces étapes du procès varie grandement d'un ordre juridique à l'autre. Suivant les systèmes juridiques, le juge peut être très interventionniste ou, au contraire, se contenter de laisser les parties s'affronter et attendre que l'étincelle de la vérité et de la justice jaillisse du choc des antagonismes. Ces différences ont leur origine dans les traditions et reflètent différentes conceptions du rôle du juge dans la société. Elles constituent un des obstacles majeurs à la coopération entre les Etats en matière de droit privé. Ainsi, le droit anglo-saxon, et spécialement le droit américain, considère la recherche des preuves comme une activité essentiellement privée des parties pour laquelle l'exercice de la souveraineté étatique ne joue qu'un rôle marginal¹. Les Etats européens, au contraire, envisagent l'administration des preuves comme une prérogative du juge dans l'exercice de la puissance publique. Là où les uns ne voient qu'une activité purement privée qui peut librement s'exercer au-delà des frontières nationales, les autres considèrent toute ingérence comme une intrusion inadmissible dans leur sphère de souveraineté².

3. Pour être un substitut efficace à la vengeance privée, la justice civile doit disposer d'un certain pouvoir de contrainte. En premier lieu, il est nécessaire que le jugement, étape ultime de l'activité judiciaire, soit imposé au besoin contre la volonté de celui qui y a succombé. La contrainte est indispensable également à toutes les étapes préalables du déroulement du procès. Ainsi, les actes judiciaires doivent être notifiés, parfois contre des personnes qui ne souhaitent pas les recevoir; les parties ou des tiers au procès doivent être requis de déposer des pièces, des témoins doivent être entendus contre leur gré, des expertises doivent être conduites, etc.

¹ HANS SMIT, *Les conflits de juridiction en procédure civile*, Revue internationale de droit comparé 1990 p. 871 à 883, spéc. 880 à 883

² voir notamment à propos de ce qu'on a appelé le conflit juridique entre l'Europe et les Etats-Unis : PETER SCHLOSSER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Berlin, 1985; HABSCHIED (éd.), *Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, Bielefeld, 1986, en particulier le rapport de ROLF STÖRNER, p. 5 à 58

4. L'exercice de ces actes d'administration judiciaire relève de la souveraineté des Etats. Il est strictement territorial et ne peut directement s'exercer au delà des frontières qui boment le champ d'activité du juge. Il arrive cependant que l'éparpillement spatial des parties et des différents éléments du procès conduisent à d'inévitables prolongements à l'étranger, qu'il s'agisse de notifier des actes à l'étranger, de recueillir un témoignage ou de procéder à une expertise en dehors du ressort judiciaire du tribunal saisi de la cause. Cette circonstance rend indispensable une forme de collaboration entre les Etats dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière internationale. Le jugement finalement rendu peut fort bien se révéler illusoire si son exécution est impossible à l'étranger. Loin d'avoir la rigueur d'une tragédie classique, le déroulement du procès impose à ses acteurs de renoncer à l'unité de temps, de lieu et d'action pour se jouer dans une succession de lieux différents, devant des autorités différentes, selon des règles différentes. Cette circonstance est susceptible de provoquer des conflits de compétence entre les autorités. L'internationalisation du litige provoque également d'inévitables retards dans son règlement³.

5. Un droit subjectif n'est pas toujours suffisamment protégé par la seule perspective d'obtenir un jugement final. Les circonstances de la vie se modifient à une vitesse trop grande pour être appréhendées par un procès ordinaire. Une des parties peut être tentée de compromettre par avance l'exécution future d'un jugement qui risque de lui être défavorable, ou encore d'effacer des preuves susceptibles d'étayer la position juridique d'un adversaire potentiel. Certaines atteintes aux droits subjectifs, par exemple dans le domaine de la protection de la personnalité ou du droit de la concurrence et de la propriété intellectuelle, justifient une intervention judiciaire très rapide, voire immédiate. Tous les systèmes de procédure prévoient, selon des modalités diverses, la possibilité d'ordonner des mesures rapides, afin de sauvegarder une position menacée que le déroulement normal du procès ne permettrait pas, en raison de sa lenteur inhérente, de protéger utilement. Cette justice rapide, parfois éphémère, a pour objet ce que l'on appelle les mesures provisoires.

6. La justification des mesures provisoires, dont le but ultime est de répartir entre les parties les risques liés à la durée de la procédure, n'est pas différente selon que le procès est purement interne à un pays ou qu'au contraire il présente des caractères d'extranéité. Certaines caractéristiques de la société moderne accroissent toutefois dans le cadre international les enjeux des mesures provisoires. Ainsi, la mobilité croissante de la population et la facilité des transports permettent à une partie d'utiliser les frontières comme paravent contre un jugement ou une mesure judiciaire. Qu'une mesure judiciaire interdise la production d'un bien, son producteur peut être tenté d'en transférer la fabrication à l'étranger; qu'un débiteur soit condamné à payer une somme importante, il peut essayer de déplacer ses biens pour les mettre à l'abri de ses créanciers.

7. Dans certaines matières sensibles du droit de la famille, cette circonstance a incité les Etats à prévoir par voie conventionnelle la reconnaissance des mesures

³ pour un exemple de retard occasionné par la recherche de preuves à l'étranger, cf. SJZ 1991 p. 88, n° 15

provisaires à l'étranger en matière d'obligation d'entretien⁴, alors que leur droit commun ne permettait pas de façon générale la reconnaissance de telles mesures, ou encore à développer des mécanismes particuliers d'entraide en matière de garde des enfants⁵.

8. A la mobilité de la population correspond la fluidité croissante des capitaux. Il suffit d'un simple télex pour transférer des millions d'un bout à l'autre de la planète. Plus que jamais, il est aisé pour un débiteur astucieux de soustraire des éléments de son patrimoine de la portée de ses créanciers. Le développement des mesures provisoires en Angleterre, par exemple, et la création de la procédure de "Mareva injunction" répondent à ce genre de situations nouvelles auxquelles la justice civile a été confrontée par la liquidité et la mobilité toujours plus grande du patrimoine.

9. Les situations internationales ont toujours posé des problèmes particuliers que certains droits ont résolu à l'aide de mesures provisoires. Il en est ainsi de la réglementation du séquestre des personnes domiciliées à l'étranger (art. 271 al. 1 ch. 4 LP) en droit suisse ou de l'Arrest en droit allemand (Par. 917 al. 2 ZPO).

10. Cependant, les caractéristiques mêmes des mesures provisoires, leur rapidité et l'examen forcément sommaire de la contestation par le juge, surtout lorsque l'urgence impose une limitation du droit d'être entendu du défendeur, favorisent les abus. Les mesures de séquestre sont parfois utilisées comme des armes d'espionnage économique (Sucharreste); le demandeur peut tenter d'utiliser de façon vexatoire les armes que la procédure met à sa disposition. En matière internationale, les risques d'abus sont encore accrus par l'éparpillement des éléments du procès et par la possibilité pour le demandeur de saisir simultanément les autorités judiciaires de différents Etats. Les juges, n'ayant par la force des choses qu'une connaissance fragmentaire du litige, sont moins à même de déceler une utilisation abusive des institutions. L'impact des mesures provisoires, notamment dans le domaine du droit de la concurrence déloyale, peut littéralement mettre en péril l'existence économique de la partie visée. Pour cette raison, un juge anglais a comparé les mesures provisoires aux armes nucléaires de la justice⁶.

11. Les règles et principes qui contrôlent leur utilisation dans les litiges internationaux et qui en définissent les effets font l'objet de la présente étude. Conformément à la méthode traditionnelle du droit international privé, la compétence

⁴ Convention de la Haye du 15 août 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligation alimentaire envers les enfants; RS 0.211.221.432 et Convention de la Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance de décisions relatives aux obligations alimentaires; RS 0.211.213.02

⁵ Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants; RS 0.211.230.01 et Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants; RS 0.211.230.313.1

⁶ DONALDSON, L.J. : "It is in effect, together with the Anton Piller order, one of the law's two nuclear weapons" in *Bank Mellat v Nipour*; [1985] FSR 87,p 92, en parlant des Mareva injunctions

les mesures provisoires

des autorités (titre II), la détermination du droit applicable (titre III) et la reconnaissance des mesures provisoires ordonnées à l'étranger (titre IV) seront successivement étudiées. Auparavant toutefois, il conviendra de définir la notion de mesures provisoires, et de déterminer le champ d'application des différentes règles de conflit, d'origine légale ou conventionnelle, qui permettent de régler ces questions (titre I).

TITRE I GÉNÉRALITÉS, RÈGLES APPLICABLES ET DÉFINITIONS

CHAPITRE I SOURCES DES RÈGLES DE CONFLITS

A. Loi fédérale sur le Droit International Privé (LDIP)

12. La détermination de la compétence internationale des autorités, du droit applicable et des conditions de la reconnaissance des décisions rendues à l'étranger constituent le triptyque classique du droit international privé. Ces questions font l'objet en Suisse depuis l'entrée en vigueur de la LDIP d'une réglementation uniforme et exhaustive⁷. Cela signifie en premier lieu que les cantons n'ont plus de compétence résiduelle en la matière, sauf réserve prévue en leur faveur par le droit fédéral (art. 5 al. 1 CCS).

13. En premier lieu, le droit cantonal n'a plus vocation à régir en matière internationale les questions de compétence directe des autorités. Auparavant, le TF déduisait des règles de for de droit cantonal la compétence internationale des autorités suisses. Depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, le droit cantonal ne détermine plus le for dans les litiges internationaux. Manifestement, le législateur neuchâtelois a perdu de vue cet élément lorsqu'il a adopté l'art. 18 lit a du nouveau code de procédure civile neuchâtelois qui confère aux tribunaux du domicile du demandeur la compétence de

⁷ ATF 116 II 624 et 118 II 188

trancher un litige impliquant un défendeur domicilié à l'étranger. Une telle disposition, contraire à la LDIP, est dénuée de tout effet.

14. Ensuite, les cantons n'ont plus de compétence pour régler les conditions de la reconnaissance des jugements étrangers. En particulier, ils ne pourraient pas prévoir un régime plus libéral que celui organisé par la LDIP. Leur seule compétence résiduelle se limite à l'organisation de la procédure. Déjà avant l'entrée en vigueur de la LDIP, leur autonomie était restreinte par l'art. 81 LP qui prévoit, pour tous les jugements étrangers en paiement d'une somme d'argent dont les conditions de la reconnaissance sont régies par un traité international, la voie de l'exécution forcée de la LP. Les cantons restent certes libres de conserver une procédure d'exequatur séparée pour les jugements non pécuniaires ou pour les jugements portant sur une somme d'argent en provenance d'un Etat qui n'est pas lié à une convention sur la reconnaissance des jugements avec la Suisse⁸. Toutefois, l'intérêt pratique d'une telle procédure indépendante est réduite, puisque les conditions matérielles de la reconnaissance ont été fixées de manière uniforme par le législateur fédéral et qu'elles peuvent fort bien être examinées dans le cadre d'une procédure de mainlevée définitive.

15. L'entrée en vigueur de la LDIP a également eu une influence sur les règles de compétence directe instituées par la législation fédérale. Alors que leur impact avait été étendu par la jurisprudence au règlement de la compétence internationale, l'entrée en vigueur de la LDIP les a privées de leur dimension internationale⁹. Par conséquent, les règles de for contenues dans la législation fédérale (art. 28 CCS, 144 CCS, etc.) ne régissent plus la compétence locale des autorités que dans les matières purement internes. Elles ne s'appliquent plus aux situations internationales. Ainsi, le for du demandeur de l'action en divorce (art. 144 CCS) ne peut plus être invoqué que si les deux parties sont domiciliées en Suisse. A défaut, ce sont les règles de la LDIP qui s'appliquent.

16. Cette limitation des effets internationaux des règles de compétence territoriale se répercute également sur certaines règles de for prévues par la LP¹⁰. La LDIP prévoit un for spécial pour les procédures de reconnaissance ou d'exécution des décisions étrangères (art. 29 al. 1 première phrase LDIP). Dans cette mesure, la LDIP déroge aux règles de la LP. En revanche, la LDIP ne détermine pas où les jugements et décisions suisses doivent être exécutés. La compétence des autorités chargées de l'exécution de ceux-ci continue d'être régie par les règles de for de la LP, même dans les litiges internationaux. Cette loi ne règle pourtant pas uniquement des procédures d'exécution au sens strict du terme. Elle prévoit également un certain nombre d'actions

⁸ ADRIAN STAHELIN, *Das neue Bundesgesetz über das internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung : ZPO/Vollstreckung*, BJM 1989 p. 169, spéc. 182; ATF 116 Ia 394

⁹ ADRIAN STAHELIN, BJM 1989 p. 174; IVO SCHWANDER, *das UWG im grenzüberschreitenden Verkehr*, p. 161; 169 à propos de la règle de for de l'art. 12 LCD

¹⁰ HANS-ULRICH WALDER, *Direkte Zuständigkeit der Schweizerischen Gerichte, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile*, p. 183 à 185; Mess. LP p. 51. Le projet de révision de la LP prévoit un nouvel art. 30a al. 2 qui exprime cette hiérarchie en toutes lettres.

qui ont pour objet des prétentions de droit matériel et non des contestations relatives à une procédure d'exécution. Pour ces procédures, les règles de for de la LDIP remplacent en matière internationale les règles de la LP. Ainsi, l'action spéciale en répétition de l'indu de l'art. 85 LP ne peut plus être intentée au for de la poursuite lorsque le défendeur est domicilié à l'étranger. Ce sont les règles de compétence de la LDIP en matière d'enrichissement illégitime qui prennent le relais¹¹. Il en va ainsi de toutes les actions de droit matériel prévues par la LP¹².

17. La procédure d'exécution forcée instituée par la LP présente la particularité de permettre l'exécution forcée d'une créance avant qu'un jugement, ou sans qu'un jugement, ne décide de sa validité. La procédure de mainlevée provisoire qui statue de façon provisoire, sur la base de pièces, n'a d'effets que dans le cadre de la poursuite en cours. Une décision de mainlevée provisoire permet toutefois au créancier de faire procéder à l'exécution de sa créance par la saisie puis par la réalisation par l'autorité administrative d'éléments de patrimoine appartenant à son débiteur, à moins que celui-ci ne fasse usage dans le délai légal de la faculté d'introduire une action en libération de dette. Dans la procédure de mainlevée, le juge statue sur la vraisemblance de la créance invoquée. Il ne s'agit donc pas d'une simple mesure d'exécution qui se borne à constater l'existence d'un titre exécutoire (procédure de mainlevée définitive). La procédure de mainlevée provisoire a pour but de suppléer, dans le cadre de la procédure d'exécution forcée, à l'absence de titre exécutoire, par une appréciation sommaire des mérites de la prétention du demandeur. Elle juge de la vraisemblance des droits subjectifs des parties. Le for de la procédure de mainlevée provisoire en matière interne est fixé au for de la poursuite, par une règle implicite de droit fédéral¹³. Cette règle de for sera exprimée en toute lettre dans la loi selon le projet de révision de la LP¹⁴. Dans les litiges internationaux, on peut se demander si les règles de compétence directe de la LDIP ne doivent pas s'appliquer aux procédures de mainlevée provisoire et aux actions en libération de dette. En effet, il ne s'agit pas d'une authentique mesure d'exécution, mais d'une procédure simplifiée destinée à trancher les mérites du droit subjectif des parties (Erkenntnisverfahren). Par conséquent, les règles de compétence directe édictées par la LDIP s'appliquent en matière internationale aux procédures de mainlevée provisoire. Cela a pour conséquence que les règles de la LDIP sur l'exception d'arbitrage (art. 7) ou la prorogation de for, peuvent être invoquées dans la procédure devant le juge de mainlevée.

¹¹ Dans ce sens, HANS-ULRICH WALDER, *Direkte Zuständigkeit*, p. 185

¹² P. ex. l'action révocatoire (art. 285 ss). Le projet de révision de la LP prévoit un for adapté aux situations internationales, cf. Mess. LP p. 205; sur la qualification de ces procédures dans le cadre de la Convention de Lugano, voir STOFFEL, FS Vogel, p. 374 et 375

¹³ ATF 112 III 11

¹⁴ Mess. LP p. 78

B. La Convention de Lugano

18. La réglementation de la compétence internationale des autorités et surtout de la reconnaissance des jugements étrangers fait l'objet de nombreuses conventions internationales, bilatérales ou multilatérales, générales ou spéciales, expressément réservées par l'art. 1 LDIP. La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée par 18 Etats européens et ratifiée par la Suisse le 18 octobre 1991¹⁵, représente par l'étendue de son champ d'application une véritable codification européenne de la procédure civile internationale.

19. La Convention de Lugano reprend textuellement, à quelques exceptions près, les solutions consacrées par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, liant les Etats membres de la Communauté Européenne¹⁶. Les liens entre les deux conventions dépassent la simple similarité textuelle. Il est nécessaire d'expliquer la nature juridique de la Convention de Bruxelles afin de faire ressortir leur interaction. Cette convention a été adoptée sur la base de l'art. 220 du Traité de Rome de 1957 instituant la Communauté Européenne qui prévoit que les Etats membres

"engageront entre eux des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants (...) la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales."

Les négociateurs de la Convention de Bruxelles ont dépassé par certains côtés le mandat qui leur avait été confié. Ainsi, ils ne se sont pas contentés de régler les conditions de la reconnaissance des jugements, mais ils ont également unifié les règles de compétence directe des autorités (convention double). Ils n'ont pas restreint non plus les bénéfices de la convention à leurs seuls ressortissants, puisque la nationalité des parties ne joue absolument aucun rôle dans la délimitation de son champ d'application. Le domicile constitue le critère de rattachement principal de la Convention. Par certains aspects, en revanche, les auteurs de la Convention sont restés en deçà du mandat de l'art. 220. La Convention ne traite aucunement de la reconnaissance des sentences

¹⁵ FF 1991 IV 306. Elle est entrée en vigueur entre la Suisse et respectivement la France et les Pays-Bas le 1 janvier 1992, entre la Suisse et le Luxembourg le 1 février 1992, RSDIE 1991 p. 469; elle est ensuite entrée en vigueur en Grande-Bretagne le 1 mai 1992, RSDIE 1992 p. 114, au Portugal le 1 juillet 1992, RSDIE 1992 p. 259, en Italie le 1 décembre 1992, en Suède le 1 janvier 1993, en Norvège le 1 mai 1993, RSDIE 1992 p.603.

¹⁶ Par simplification, le terme de "Convention" sera utilisé pour désigner indifféremment l'un ou l'autre de ces instruments internationaux. Lorsqu'il sera question spécifiquement de l'une ou l'autre de ces conventions, il sera précisé s'il s'agit de la "Convention de Bruxelles" ou de la "Convention de Lugano".

arbitrales, matière jugée suffisamment réglée par d'autres instruments internationaux¹⁷. Enfin, la Convention de Bruxelles ne s'étend pas à toutes les décisions judiciaires, ni même à l'ensemble des matières "civiles et commerciales" (art. 1). En effet, certaines matières, relevant typiquement du droit civil ont été exclues de son champ d'application (cf. infra n° 216).

20. Entrée en vigueur entre les 6 Etats fondateurs de la CEE le 1 février 1973, la Convention de Bruxelles a subi des modifications successives à mesure que le cercle des Etats membres s'élargissait. Une première révision en 1978, occasionnée par l'entrée dans la Communauté du Danemark, de la Grande-Bretagne et de l'Irlande est entrée en vigueur le 1 décembre 1986 entre les 6 Etats originaires et le Danemark, le 1 janvier 1987 en Grande-Bretagne et le 1 juin 1988 en Irlande. L'entrée de la Grèce dans le Marché Commun a suscité une seconde révision, le 25 octobre 1982, qui n'a pas apporté, à la différence de la précédente révision, de changements notables. Enfin, la troisième révision, lors de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal, a été signée le 26 mai 1989 à Donostia-San Sebastian. Cette nouvelle version comble presque entièrement les quelques divergences de fond qui séparent la Convention de Bruxelles de la Convention de Lugano¹⁸.

21. La Convention de Bruxelles ne constitue pas du droit communautaire au sens strict. Il s'agit d'une convention internationale indépendante, liant certes les Etats membres de la Communauté, mais qui reste détachable du droit communautaire au sens strict (Traité de Rome et actes normatifs édictés par les organes de la CEE)¹⁹. La Convention de Bruxelles n'en a pas moins des liens fonctionnels très étroits avec les institutions communautaires, et son caractère véritablement "fédérateur"²⁰ s'illustre par le mécanisme d'interprétation supranationale confié à la Cour de Justice des Communautés. L'unification du droit ne serait jamais parfaite sans la présence d'une institution à même d'imposer une certaine unité dans l'interprétation des règles communes. Tout naturellement, cette tâche a été confiée à la CJCE qui exerce cette fonction au regard du droit communautaire. Les modalités de l'intervention de cette juridiction sont régies par un protocole signé le 3 juin 1971 à Luxembourg, entré en vigueur en 1976. Ce protocole lie tous les Etats parties à la Convention de Bruxelles.

22. La Convention de Lugano a été expressément conçue comme une Convention parallèle à celle de Bruxelles. Alors qu'en géométrie, deux droites parallèles finissent

¹⁷ Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères; RS 0.277.12 et Convention de Genève de 1961 (à laquelle la Suisse n'est pas partie); sur l'étendue de l'exclusion des procédures arbitrales de la Convention, cf. infra n° 359

¹⁸ GEORGES A. L. DROZ, *La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano*, Rev. crit. dr. int. 1990 p. 2 à 21; PAUL VOLKEN, *Rechtsprechung zum Lugano Übereinkommen*, RSDIE 1991, p. 81 et 82

¹⁹ Sur une discussion à propos de la nature juridique de la Convention de Bruxelles, cf. JAN KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, n°10 Einleitung

²⁰ Pour reprendre l'expression de BERTHOLD GOLDMAN, Rev. trim. dr. europ. 1971 p. 1

par se rejoindre à l'infini, l'interprétation de deux textes semblables par des autorités totalement indépendantes provoquent inmanquablement des divergences croissantes. La solution prévue par les négociateurs de la Convention de Lugano pour tenter de surmonter les obstacles au maintien de l'unité de l'interprétation des textes correspond à ce qui pouvait politiquement être accepté par les parties en présence. Au moment de la signature par les pays de l'AELE de la Convention de Lugano, l'idée même d'un Espace Economique Européen n'avait pas encore été formulée²¹. Il s'agissait dans un domaine technique et juridique d'un effort précurseur d'intégration européenne impliquant les Etats membres de la CEE et de l'AELE. Il n'était pas question pour ces derniers de se soumettre à la juridiction de la Cour de justice des Communautés. Les mesures adoptées pour promouvoir une interprétation uniforme de la Convention restent très modestes. Elles se limitent à la mise sur pied d'un système centralisé qui assure une diffusion des jurisprudences nationales rendues en application de la Convention (Protocole no 2 sur l'interprétation uniforme de la Convention) et à des déclarations relativement platoniques exprimant la volonté réciproque de chaque groupe d'Etats contractants de tenir compte de la jurisprudence des autres. Enfin, les Etats signataires de la Convention de Lugano ont convenu de créer un comité permanent dont le but est essentiellement consultatif.

23. La différence qualitative du contrôle de l'interprétation des deux Conventions est susceptible de provoquer des distorsions et le parallélisme des deux textes conventionnels risque d'en souffrir²². La différence principale entre les deux conventions réside dans la procédure de contrôle dont la Convention de Bruxelles est dotée et dont la Convention de Lugano est privée. La Convention de Bruxelles de 1968 a fait l'objet à ce jour d'une cinquantaine d'arrêts de la CJCE qui ont précisé le sens de plusieurs de ses dispositions. Cette jurisprudence n'est pas sans effet indirect sur les dispositions correspondantes de la Convention de Lugano et la question se pose de l'autorité des arrêts de la CJCE sur les tribunaux suisses. Le préambule du protocole No 2 précise que les Etats ont signé la Convention de Lugano "en pleine connaissance des décisions rendues par la Cour de justice des Communautés Européennes sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles jusqu'au moment de la signature (...)". Cette énonciation n'est pas sans rappeler les formules rituelles qui avertissent le signataire d'une police d'assurance qu'il a eu pleine connaissance des conditions générales figurant au verso de son contrat ! De plus, ce même préambule précise également que les négociations préalables à la conclusion de la Convention de Lugano se sont fondées sur le texte de la Convention de Bruxelles, tel qu'il avait été interprété par la CJCE. Il est donc nécessaire d'exposer brièvement la nature du contrôle exercé par la CJCE dans le cadre de l'interprétation de la Convention de Bruxelles.

²¹ Le discours du président de la Commission Jacques Delors devant le Parlement Européen, qui a ouvert les négociations sur l'Espace Economique Européen, date du 17 janvier 1989, cf. OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, *RSDIE* 1991 p. 63, alors que la Convention de Lugano a été signée le 16 septembre 1988

²² JACQUELINE MINOR, *The Lugano Convention : Some Problems of Interpretation*, *CMLR* 1990 p. 507 à 519; P.A. STONE, *The Lugano Convention on Civil Jurisdiction and Judgments*, 1988 *Yb. Eur. L.*, p. 105 à 119, spéc. 116 à 118

24. Les arrêts rendus par la CJCE en application du protocole de Luxembourg de 1971 ne tranchent jamais concrètement un litige. La Cour ne fait que répondre à des questions abstraites relatives à l'interprétation de la Convention, qui surgissent à l'occasion d'une procédure pendante devant les autorités d'un Etat contractant. Le protocole de 1971 prévoit deux modes de saisine de la CJCE : le recours consultatif en interprétation (art. 4 du protocole) et la question préjudicielle en interprétation (art. 2 du protocole). Construit sur le modèle du pourvoi dans l'intérêt de la loi du droit français²³, le recours consultatif en interprétation permet à l'autorité compétente de chaque Etat contractant de déférer devant la CJCE une question d'interprétation de la Convention surgie à l'occasion d'un litige tranché de façon définitive par un tribunal de dernière instance qui fait apparaître une divergence avec l'interprétation donnée par la CJCE ou par un tribunal supérieur d'un autre Etat contractant. Cette procédure n'a pas eu, jusqu'à aujourd'hui, d'effets pratiques et ce mode de saisine de la Cour est resté lettre morte. La totalité des arrêts a donc été rendu à la suite d'une question préjudicielle en interprétation, en application de l'art. 2 du protocole. Dans cette procédure, ce sont les autorités judiciaires et non les parties qui ont la capacité de saisir la Cour. Cette institution est calquée sur la procédure de l'art. 177 du traité de Rome. Il existe pourtant des différences puisque la faculté d'interroger la Cour à propos de la Convention de Bruxelles est réservée aux autorités de seconde instance, alors qu'elle est ouverte à toute autorité judiciaire dans le cadre de l'art. 177 du traité de Rome²⁴. L'arrêt de la Cour, rendu après que les parties au procès, mais également les Etats signataires et la Commission des Communautés ont eu l'occasion de se prononcer, ne répond qu'indirectement au problème d'interprétation litigieux. Le dispositif est formulé en termes généraux et abstraits. Selon l'expression consacrée, la CJCE "dit pour droit". Son dispositif a la forme d'une règle de droit. Il appartient ensuite aux tribunaux nationaux saisis du dossier de tirer les conséquences dans le cas d'espèce des règles énoncées par la Cour.

25. Le pouvoir d'interprétation de la CJCE s'apparente donc tout autant, sinon davantage, à un pouvoir réglementaire plutôt qu'à une fonction purement judiciaire. La cour énonce des règles générales sans trancher un cas particulier. Cette caractéristique détermine évidemment la portée de ses arrêts. L'interprétation donnée par la Cour lie en premier lieu le juge qui l'a saisie lorsqu'il tranche le litige qui a suscité son intervention. Mais la généralité de leur dispositif confère aux arrêts de la Cour une autorité qui dépasse le cadre du litige qui leur a donné naissance²⁵. Les règles qu'ils posent transcendent le cas particulier et s'imposent à toutes les autorités chargées de

²³ DROZ, *Compétence judiciaire*, p. 465 n° 712 ss

²⁴ cf. sur ces questions institutionnelles, DROZ, *Compétence judiciaire*, p. 456 à 469

²⁵ JEAN-PAUL BERAUDO, *Convention de Bruxelles*, juriste de droit européen, fasc. 3060-634-53 p. 10; HARTMUT LINKE, *EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen*, RIW, Beilage 5, 1991 p. 3 in initio, n° 1 à 12

l'interprétation de la Convention²⁶. Celles-ci n'ont d'autre choix que de s'incliner devant l'interprétation donnée par la Cour dans un cas précédent, ou de l'interroger à nouveau, dans l'espoir de provoquer un changement de jurisprudence²⁷. Les arrêts d'interprétation déploient des effets "erga omnes"²⁸ et sont en quelque sorte incorporés aux dispositions de la Convention qu'ils interprètent.

26. En signant la Convention de Lugano, les Etats membres de l'AELE ont-ils adopté un texte vierge de toute interprétation ou ont-ils reçu dans leur ordre juridique la Convention de Bruxelles accompagnée de tout le sédiment interprétatif constitué par la jurisprudence de la CJCE qui lui est incorporé ? En d'autres termes, les signataires de la Convention de Lugano sont-ils liés par la jurisprudence de la CJCE rendue en application de la Convention de Bruxelles ou sont-ils libres de donner une interprétation divergente à un texte identique ? De la réponse à cette question dépend le degré de parallélisme des deux textes.

27. La situation est différente selon que les arrêts de la CJCE ont été rendus après ou avant la signature de la Convention de Lugano. Les Etats de l'AELE n'ont pu consentir qu'à l'interprétation du texte qu'ils connaissaient. Certes, ils se sont engagés pour l'avenir, en vertu d'une déclaration annexe, à "tenir dûment compte" de la jurisprudence de la CJCE. Il ne s'agit toutefois que d'une obligation non contraignante. Cet engagement n'est pas un blanc-seing en faveur de la jurisprudence de Luxembourg. Le but d'unification du droit et les efforts d'uniformisation de la pratique poursuivis par les Etats parties s'opposent cependant à ce que les tribunaux suisses s'écartent sans raison de la jurisprudence communautaire. Parmi plusieurs interprétations possibles, il faudra préférer celle qui se concilie avec la jurisprudence des autres Etats, en particulier avec la jurisprudence de la CJCE. Ce n'est que si la solution retenue en application de la Convention de Bruxelles leur apparaît insoutenable que les tribunaux suisses pourront s'en écarter lorsqu'ils appliqueront la Convention de Lugano. L'obligation de "tenir dûment compte" de la jurisprudence de la CJCE obligera toutefois les autorités suisses à motiver les raisons de leur divergence²⁹.

28. Le devoir de tenir compte de la jurisprudence des autres Etats n'est pas unilatéral, et les tribunaux des Etats membres de la CEE, comme la CJCE, devront "tenir compte", dans l'interprétation qu'ils donnent de la Convention de Bruxelles, des solutions de la Convention de Lugano. Il faut espérer ne pas devoir lire dans la surprenante décision de la CJCE du 15 février 1989³⁰, dans laquelle elle a expressément écarté, en matière de contrat de travail, la solution prévue par la

²⁶ A propos de l'effet des arrêts de la CJCE rendus en application de l'art. 177 du Traité de Rome, l'arrêt *da Costa*, Rec. 1963 p. 59

²⁷ arrêt *Clifit c Ministère italien de la santé*, Rec. 1982 p. 3415.

²⁸ DROZ, *Compétence judiciaire*, p. 464, n° 711

²⁹ JACQUELINE MINOR, CMLR 1990 p. 518

³⁰ arrêt *Humbert c/ Six constructions*, Rec. 1989 p. 341

Convention de Lugano, un mauvais présage sur l'évolution du parallélisme des deux textes. La Convention de San Sebastian a d'ailleurs corrigé cet égarement.³¹

29. L'effet de la jurisprudence de la CJCE antérieure à la signature de la Convention de Lugano est d'une autre intensité. Les négociateurs en avaient "pleine connaissance" et elle a servi de base aux discussions. Lorsque l'interprétation de certains articles donnés par la CJCE ne convenaient pas aux négociateurs, le texte de la Convention a été spécialement modifié. Ainsi, la jurisprudence en matière de logements de vacances³² a-t-elle été expressément écartée par un changement du texte conventionnel³³. S'il est formellement exact que la jurisprudence de la Cour ne "lie pas directement"³⁴ les tribunaux suisses, il faut considérer que les règles développées par la CJCE en application de la Convention de Bruxelles ont été reprises dans la Convention de Lugano comme une véritable interprétation authentique. Les règles énoncées par la jurisprudence de la CJCE ont été en quelque sorte reprises par la volonté concordante des Etats signataires, et, de ce fait, font corps avec la Convention de Lugano³⁵. Dans cette mesure, la signature de la Convention de Lugano implique nécessairement une reprise de "l'acquis jurisprudentiel européen"³⁶.

30. Les caractéristiques de la Convention de Lugano, le souci du maintien du parallélisme avec la Convention de Bruxelles et la volonté exprimée par les Etats membres de favoriser l'uniformité de l'interprétation de ces textes contraignent l'interprète de la Convention de Lugano à tenir compte du sens que donnent la CJCE et les tribunaux des autres Etats européens à la Convention de Bruxelles. C'est particulièrement vrai en matière de mesures provisoires, en raison des différences qui séparent les conceptions des droits nationaux et des risques de divergences que cela engendre. Pour cette raison, une attention particulière sera portée à la jurisprudence de la CJCE ainsi qu'aux droits des partenaires européens de la Suisse.

31. La volonté politique de la Suisse de mener des négociations dans le but d'aboutir à une adhésion à la CEE justifie davantage encore la prise en considération de la jurisprudence européenne. Si elle ratifie le traité de Rome, la Suisse devra également accepter les traités internationaux adoptés en vertu de l'art. 220. L'entrée dans la CEE impliquera une ratification de la Convention de Bruxelles et une

³¹ DROZ, *Rev. crit. dr. int.* 1990 p. 9 et 10

³² arrêt Rössler *c/* Rottwinkel du 15 janvier 1985, *Rec.* 1985 p. 99

³³ *Mess.* Convention p. 41 et 42

³⁴ *Mess.* p. 27

³⁵ JEAN-CLAUDE BERRAUDO, *juriclasseur de droit européen*, fasc. 2103 p. 2

³⁶ PAOLO MICHELE PATOCCHI, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers selon la Convention de Lugano du 16 septembre 1988*, p. 94 note 7; d'un autre avis, OLIVIER JACOT-GUILLARMOT, *L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire : aspects normatifs et judiciaires*, in *Le droit suisse et le droit communautaire, convergences et divergences*, Zürich 1990, p. 14; VOLKEN, *RSDIE* 1991 p. 84, n° 7

soumission complète à la jurisprudence de la Cour. Dans ces conditions, il est sage de tenir compte par anticipation, en interprétant la Convention de Lugano, des arrêts de la CJCE rendus à propos de la Convention de Bruxelles.

32. La Convention de Lugano n'édicte pas de règles de portée universelle et ne remplace pas entièrement le droit international privé commun des Etats membres. La LDIP conserve son importance pour régler la compétence directe des autorités et la reconnaissance des décisions dans les cas non réglés par la Convention. Certaines des solutions prévues par la LDIP sont très semblables aux règles conventionnelles, et d'ailleurs, le législateur suisse s'est largement inspiré de la Convention de Bruxelles lors de la rédaction de la LDIP³⁷. La juxtaposition de deux systèmes de règles de conflit, légal et conventionnel, peut compliquer le jeu de la procédure civile internationale. Lorsque le droit commun ne prévoit pas clairement une solution différente du droit conventionnel, il conviendrait, dans la mesure du possible, de tenir compte de l'expérience européenne et des règles conventionnelles qui jouent un rôle de modèle. La jurisprudence de la CJCE et des tribunaux des Etats européens peuvent à ce titre jouer un rôle indirect dans l'interprétation des règles de la LDIP³⁸.

³⁷ Mess. LDIP, p. 35

³⁸ En faveur d'une interprétation des règles de la LDIP compatible avec l'expérience communautaire, IVO SCHWANDER, *Internationales Privatrecht und Internationales Zivilprozessrecht*, in *Le droit suisse et le droit communautaire, convergences et divergences*, p. 591 et 600

CHAPITRE II LA NOTION DE MESURES PROVISOIRES

A. Généralités

33. La LDIP utilise à plusieurs reprises les termes de "mesures provisoires" (art. 10) et (art. 62), de "mesures conservatoires" (note marginale de l'art. 89 et art. 96), de "mesures provisionnelles et conservatoires" (art. 183). La Convention de Lugano parle de "mesures provisoires et conservatoires" (art. 24) et de "mesures conservatoires" (art. 39) en rapport avec la procédure d'exécution instaurée par le chap. 2, titre III de la Convention.

34. L'imprécision de la terminologie que dénote l'emploi de ces différentes locutions n'est pas l'apanage du droit international privé. Elle se reflète aussi dans la réglementation de droit interne suisse des mesures provisoires. Comme le relève Pelet, "les termes de mesures provisoires ne recouvrent pas une notion unique et bien précise en droit suisse"³⁹. Cette imprécision est alimentée par le partage des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de procédure civile, d'exécution forcée et de droit privé matériel. Les mesures provisoires se situent au confluent de ces trois branches du droit⁴⁰ et leur réglementation en droit suisse offre par conséquent l'image d'une mosaïque complexe. Comme l'exécution forcée des créances pécuniaires fait l'objet d'une législation fédérale exhaustive, les règles relatives au séquestre (art. 271 ss LP) constituent la seule protection provisoire à disposition d'un créancier pour garantir l'exécution future d'un jugement portant condamnation d'une somme d'argent. Les cantons n'ont pas de compétence en la matière⁴¹. Seul le législateur fédéral peut introduire de nouvelles mesures visant ce but. Ensuite, le droit fédéral régit en détail les mesures provisoires dans plusieurs domaines parmi les plus importants en pratique, par exemple en matière de droit de la personnalité (art. 28 a ss CCS), de droit de la concurrence et des cartels, de la propriété intellectuelle et dans les procédures de divorce et de filiation.

³⁹ PELET, p. 4

⁴⁰ MEIER, *Grundlagen*, p. 8 et 9

⁴¹ ATF 110 II 14; HOHL, *AJP* 1992 p. 577

35. L'étendue de la compétence résiduelle des cantons est controversée. Pour VOGEL⁴², les mesures provisoires sont régies par le droit fédéral qui détermine par des règles écrites ou non écrites aussi bien l'étendue que les conditions de la protection provisoire des droits privés subjectifs. Pour Berti⁴³, les mesures provisoires font partie de la protection provisoire offerte par le droit privé. Du moment que ce dernier règle les conditions de la protection définitive d'un droit ordonnée par le juge après un examen complet des faits litigieux, a fortiori doit-il régler les conditions d'une protection provisoire qui se justifie après un examen limité à la vraisemblance du droit subjectif invoqué. D'autres auteurs⁴⁴ distinguent, suivant la doctrine allemande, entre les "Regelungsmassnahmen", qui sont du ressort du droit matériel parce qu'elles règlent la situation juridique des parties au procès durant la durée de l'instance, des "Sicherungsmassnahmen" qui garantissent l'exécution future d'un jugement à rendre et s'apparentent davantage à un instrument de procédure ou d'exécution forcée des jugements⁴⁵.

36. La doctrine suisse donne aux mesures provisoires des définitions qui ne se recoupent pas exactement. Pour certains auteurs, les mesures provisoires incluent les mesures destinées à assurer la conservation provisoire des preuves⁴⁶ organisées par les procédures de preuve à futur prévues par les différents droits de procédure civile cantonaux ou par le droit fédéral (art. 367 al. 2 CO, par exemple). Pour d'autres auteurs en revanche, ces mesures sont abusivement assimilées aux mesures provisoires, soit parce qu'elles ne sont pas forcément liées à une procédure existante ou à venir et sont par conséquent privées du caractère d'accessorité qui serait leur trait caractéristique⁴⁷, soit parce qu'elles ne servent pas directement à assurer la protection d'un droit⁴⁸. De semblables controverses existent à propos d'autres institutions. Les actions possessoires, par exemple, peuvent fort bien être considérées comme une protection provisoire du droit de propriété, et par conséquent n'être qu'une forme de mesures provisoires⁴⁹, ou au contraire être envisagées comme la protection définitive d'un droit - la possession - parfaitement distinct du droit réel à la base de l'action

⁴² OSKAR VOGEL, *Probleme des vorsoglichen Rechtsschutzes*, SJZ 1980, p. 89 à 100

⁴³ STEPHEN BERTI, *Zum Einfluss ungeschriebenes Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtssprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Zurich, 1989, p. 61 et 62

⁴⁴ GLOOR, p. 34 à 41

⁴⁵ Pour un aperçu des diverses théories développées par la doctrine suisse, cf. STACH, p. 34 à 41

⁴⁶ KNOEPLER, FRANÇOIS / SCHWEIZER, PHILIPPE, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, p. 224; GULDENER, ZPR, p. 576; HABSCHIED, ZPO, p. 364, n° 615

⁴⁷ PELET, p. 7

⁴⁸ MEIER, *Grundlagen*, p. 48

⁴⁹ MEIER, *Grundlagen*, p. 77 et 115 à 117 et ATF 113 II 243 du 31 août 1987, P. SA c/ P.

pétitoire. Faute de lien d'accessorité entre le possessoire et le pétitoire, le premier ne saurait être qualifié de provisoire par rapport au second⁵⁰.

37. La difficulté éprouvée par la doctrine à donner une définition cohérente des mesures provisoires en droit interne doit être surmontée en droit international privé par le jeu de la qualification⁵¹. En effet, "l'ambiguïté de la notion de mesures provisoires ou conservatoires qui est à l'origine de bien des difficultés en matière interne, bouleverse également le jeu normal du droit processuel international⁵²."

38. Le droit des différents Etats connaît des degrés variables de protection judiciaire des droits subjectifs. Outre les jugements définitifs rendus au terme d'un procès ordinaire, après une complète appréciation des preuves, il existe de nombreuses autres possibilités d'intervention judiciaire destinées à protéger les prétentions des parties. Le développement du droit international privé et de la procédure civile internationale s'est fait principalement en fonction de procédures ordinaires. Les règles sur la reconnaissance des décisions étrangères, sur l'application du droit étranger et sur la détermination des compétences sont adaptées aux procédures contradictoires ordinaires, au cours desquelles les parties impliquées sont effectivement entendues et discutent les questions de fait et de droit. Le développement des procédures rapides porte en germe un risque d'érosion de la méthode de droit international privé. Les difficultés rencontrées pour insérer les mesures provisoires dans le système de la Convention et de la LDIP illustrent cette possible inadéquation.

B. La notion de mesures provisoires dans la Convention de Lugano

39. Puisque certaines règles particulières s'appliquent aux mesures provisoires, principalement en matière de compétence des autorités, mais également en matière de reconnaissance et de recherche du droit applicable, il convient de donner à la notion de mesures provisoires une définition adaptée aux situations internationales. Pour l'interprétation de la Convention de Lugano - comme pour celle de Bruxelles - le procédé de la qualification autonome s'impose.

40. Les termes utilisés par la Convention ont, en général, été interprétés par la CJCE selon des critères uniformes et intrinsèques au système de la Convention et non

⁵⁰ PELET p. 9 et la doctrine majoritaire

⁵¹ Sur la nécessité d'une qualification propre au droit international privé de la notion de mesures provisoires, cf. MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel nach dem Lugano Übereinkommen*, p. 159

⁵² VINCENT DELAPORTE, *Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé*, Travaux du comité français de droit international privé, 1987, p. 147

par référence à l'un ou l'autre des droits nationaux des Etats membres⁵³. La technique de la qualification autonome des conventions internationales poursuit un dessein d'harmonisation. Les Etats membres restent libres de régler à leur guise leur droit interne. En revanche, il ne leur appartient plus de fixer les critères qui déterminent si telle ou telle situation correspond aux prévisions de la Convention. Dans certains cas, le seul jeu de l'interprétation autonome provoque une uniformisation complète du droit. Ainsi, en définissant de manière autonome la notion de notification "régulière et en temps utile" au sens des art. 27 ch. 2 et 20 Convention⁵⁴, la CJCE a écarté toute marge d'appréciation des législations nationales. En revanche, lorsque l'interprétation porte sur un concept décrivant une institution ou une catégorie juridique abstraite, l'effet uniformisateur de la qualification est atténué. Par exemple, la marge de manoeuvre des Etats membres dans la réglementation des mesures provisoires ne serait pas restreinte, si les conditions d'application de l'art. 24 Convention étaient limitées par des critères restrictifs de qualification autonome.

41. La Convention ne donne aucune définition expresse des mesures provisoires. En revanche, l'utilisation simultanées par l'art. 24 Convention des termes de "mesures provisoires" et de "mesures conservatoires", constitue un indice que les auteurs de la Convention avaient une notion assez large de celles-ci⁵⁵. En application de la Convention de Bruxelles, la CJCE a été saisie à plusieurs reprises de questions d'interprétation relatives à l'art. 24. Pour l'heure toutefois, elle n'a pas énoncé de critères restrictifs qui écarteraient un type de mesures provisoires des prévisions de l'art. 24. La jurisprudence de la CJCE s'est principalement attachée à déterminer le champ d'application de la Convention en matière de mesures provisoires⁵⁶ ou à déterminer les conditions de leur reconnaissance⁵⁷. Si la CJCE a refusé à plusieurs reprises d'englober dans le champ d'application de la Convention les mesures provisoires qui lui étaient soumises, c'est parce que, dans les circonstances du cas d'espèce, la mesure concernait une matière qui échappait à la convention, et non en raison de la nature particulière de la mesure ordonnée. Au contraire, elle a eu

⁵³ Notables exceptions au principe de l'interprétation autonome de la Convention, la fixation du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande, selon l'art. 5 al 1 (arrêt *Tessili c/ Dunlop* du 6 octobre 1976, Rec. 1976 p. 1473) et la détermination du moment déterminant pour la litispendance, selon l'art. 21 (arrêt *Zelger c/ Salinetti II* du 7 juin 1984, Rec. 1984 p. 2397) ont été laissées au droit national des tribunaux saisis. Selon HERBOTS / KREMLIS, cahiers de droit européen 1990, p. 6, la notion de contrat de travail n'ayant pas donné lieu à une définition autonome, il appartient à la loi applicable au contrat désigné par les règles de conflits de loi du juge saisi de décider si une relation juridique peut être qualifiée de "contrat de travail" au sens de cette disposition.

⁵⁴ arrêt *Debacker et Plouvier c/ Gerrit Bouwman*, du 11 juin 1985, Rec. 1985 p. 1779

⁵⁵ KROPHOLLER, *EZPR* n° 3 à 5 ad art. 24

⁵⁶ arrêts de *Cavel I*, du 27 mars 1979, Rec. 1979, p. 1055, de *Cavel II*, du 6 mars 1980, Rec. 1980 p. 731 et *CHW c/ GJH*, du 31 mars 1982, Rec. 1982 p. 1189

⁵⁷ arrêts *Denilauver c/ Couchet frères*, du 21 mai 1980, Rec. 1980 p. 1553 et de *Cavel II*, Rec. 1980 p. 731

l'occasion de préciser que "la Convention ne fournit aucune base juridique permettant de distinguer, quant à son champ d'application matériel, entre mesures provisoires et définitives"⁵⁸.

42. Un survol de la jurisprudence de la CJCE montre que des mesures aussi diverses que séquestre⁵⁹, saisie provisoire de comptes bancaires⁶⁰, apposition de scellés⁶¹, mais également des mesures tendant à une interdiction provisoire⁶² ou à l'attribution d'une pension à titre provisoire durant la durée d'un procès en divorce⁶³ ont occupé la juridiction européenne.

43. La doctrine est divisée en deux tendances. Certains auteurs estiment que la notion de mesure provisoire doit être largement entendue. Parmi les représentants de cette tendance, BÜLOW / BÖCKSTIEGEL / MÜLLER, se fondant sur des arguments téléologiques, estiment que la notion désigne "toute mesure qui offre une protection provisoire d'un droit, antérieure ou annexe à un procès au fond et dépendant de l'issue de celui-ci"⁶⁴. Parmi les mesures envisagées, ils mentionnent le séquestre (Arrest) et l'ensemble des mesures provisoires du droit allemand, en particulier les "Leistungsverfügungen", c'est-à-dire des mesures qui vont au delà d'une simple mesure de sûreté mais ordonnent l'exécution anticipée de la prétention réclamée dans la procédure principale. KROPHOLLER partage cette conception étendue des mesures provisoires⁶⁵, tout en recommandant une certaine retenue dans l'adoption de "Leistungsverfügungen" dans les rapports internationaux, en raison des difficultés éprouvées par le débiteur pour récupérer à la fin de la procédure ce qu'il a payé en trop. MEIER⁶⁶ partage également cette vision extensive des mesures provisoires.

44. Plusieurs auteurs en revanche s'inquiètent de la brèche portée par l'art. 24 dans le système de la Convention⁶⁷. La facilité de l'exécution à l'étranger des mesures provisoires et la survivance des compétences nationales en matière de mesures

⁵⁸ arrêt de Cavel I Rec. 1979 p. 1055, attendu 9

⁵⁹ arrêt Brennero c/ Wendel, du 27 novembre 1984, Rec. 1984 p. 397

⁶⁰ arrêts de Cavel I Rec. 1979 p. 1055 et Denilauer, Rec. 1980 p. 1553

⁶¹ arrêt de Cavel I Rec. 1979 p. 1055

⁶² arrêt CWH c/ GJH Rec. 1982 p. 1189

⁶³ arrêt de Cavel II Rec. 1980 p. 731

⁶⁴ BÜLOW / BÖCKSTIEGEL / MÜLLER, p. 606/180 s; KAYE, p.1136 à 1140

⁶⁵ KROPHOLLER, *EZPR*, n° 5 ad art. 24

⁶⁶ MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel* p. 159

⁶⁷ LAGARDE, PAUL, *Note sous TGI Marseille du 28 juin 1977, Boniteau c/ Soc. Lloyd Triestino*, *Rev. crit. dr. int.* 1979, p. 102

provisoires, déduite par la doctrine majoritaire de l'art. 24 Convention⁶⁸, risque de réintroduire de facto les fors exorbitants écartés par l'art. 3. Cette menace est particulièrement réelle lorsque le droit d'un Etat offre une protection provisoire très étendue et que les mesures provisoires tendent à remplacer en pratique la procédure ordinaire pour la résolution des litiges⁶⁹. L'impossibilité pour les autorités des autres Etats de contrôler au stade de la reconnaissance le respect des règles de compétence de la Convention amplifie l'effet pernicieux de la survivance des fors nationaux en matière de mesures provisoires. Pour déjouer ce risque, une partie de la doctrine s'emploie à restreindre la définition des mesures provisoires. Pour GOTHOT / HOLLEAUX⁷⁰, seules les mesures présentant un caractère d'urgence justifient l'application de l'art. 24 Convention et peuvent par conséquent être ordonnées dans un pays différent de celui saisi du fond en vertu de la Convention. Pour ces auteurs, l'urgence est une condition implicite de la qualification des mesures provisoires. A cette restriction de définition, ils ajoutent logiquement une condition supplémentaire liée à l'application même de l'art. 24 Convention. Non seulement les mesures demandées doivent être justifiées par l'urgence, mais elles doivent être ordonnées dans un for qui réellement permet une exécution rapide. Par conséquent, l'art. 24, selon leur opinion restrictive, ne permet que de solliciter des mesures urgentes à l'endroit où elles doivent être exécutées. Faute d'urgence, ou faute d'immédiateté possible de l'exécution, l'art. 24 ne trouve aucune application.

45. Une autre approche restrictive est défendue par HEISS⁷¹. Selon sa conception, les mesures qui préjugent du fond ne sont pas d'authentiques mesures provisoires. Par conséquent, les décisions qui accordent à titre provisoire ce qui fait l'objet de la procédure au fond ne bénéficieraient pas de l'art. 24. Selon cet auteur, les mesures de condamnation provisoire à une obligation de faire, de payer ou de s'abstenir d'un certain comportement, devraient être exclues des prévisions de l'art. 24 Convention.

1. Interprétation comparative

46. En préconisant une interprétation autonome de certaines notions utilisées dans la Convention, la CJCE recommande une méthode d'investigation comparative dont le but est de déterminer "les principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux"⁷². Cette méthode, généralement approuvée par la

⁶⁸ cf. infra 277

⁶⁹ A propos de la situation particulière aux Pays-Bas, cf. DROZ, note sous l'arrêt *GWH c/ GJH*, Rev. crit. dr. int. 1984, p. 350; SAUVEPLANE, IPRex 1983 p. 65 ss; VERHEUL, NILR 1981 p. 80 à 82

⁷⁰ GOTHOT / HOLLEAUX, p. 115 à 117

⁷¹ HEISS, p. 63 à 67

⁷² arrêt Eurocontrol I Rec. 1976 p. 1541, attendu 5

doctrine⁷³, a été utilisée à diverses reprises par la CJCE. Elle devrait également s'appliquer à l'interprétation de la Convention de Lugano⁷⁴. En effet, pour le maintien du parallélisme des deux textes, il est essentiel que leurs interprètes se rallient aux mêmes principes d'interprétation. L'analyse comparative ne constitue cependant pas un mode infaillible d'interprétation, ne serait-ce précisément qu'en raison des profondes divergences des différents droits nationaux. Mettant en présence 19 ordres juridiques, l'interprétation comparative est un véritable travail d'Hercule juridique, d'autant plus que cette méthode ne peut se résumer à la recherche d'un "plus grand dénominateur commun" ni à un plébiscite où les conceptions majoritaires l'emporteraient inmanquablement sur les solutions retenues par une minorité d'Etats membres⁷⁵.

47. De plus, malgré les importants efforts déployés pour promouvoir la circulation de la jurisprudence rendue par les autorités des Etats membres (Protocole n° 2), il est douteux, en raison du nombre et de la diversité des droits nationaux, que la méthode comparative puisse être utilement appliquée, spécialement par les autorités de première instance : on voit mal le juge d'Appenzell se lancer dans une analyse comparative des droits islandais et portugais pour éclairer une notion utilisée par la Convention qui lui semblerait obscure ! C'est donc avec un certain scepticisme sur l'utilité réelle de la méthode que l'on tentera quelques observations comparatives sur les mesures provisoires prévues par le droit de quelques-uns des pays signataires de la Convention de Lugano. Le but d'une telle démarche est de déterminer les traits communs des ordres juridiques considérés pour dégager des critères de qualification autonome. Elle permettra surtout d'indiquer les différences de nature et de procédure des différents droits et les risques de conflits qu'ils engendrent au stade de la reconnaissance des décisions et de la détermination de la compétence directe des autorités. Elle portera sur les types de mesures à disposition, sur la procédure, sur la détermination de la compétence directe des autorités, sur les rapports entre la procédure de mesure provisoire et la procédure au fond. D'autres études comparatives ayant déjà été consacrées à ce sujet⁷⁶, on se contentera ici de quelques indications sans avoir la prétention d'épuiser la matière.

48. Cette étude comparative est rendue difficile par les divergences importantes des traditions juridiques dans la démarcation entre l'exécution forcée des jugements et la procédure ordinaire⁷⁷. En droit français, comme du reste en droit suisse, les mesures

⁷³ MARTINY, Rabelz 1981, p. 440, KROPHOLLER, *EZPR*, Einleitung n° 40

⁷⁴ JACQUELINE MINOR, *CMLR* 1990 p. 516

⁷⁵ HEISS, p. 50. BASEDOW, *Hdb IZVR* I Kap II p. 127 et SCHLOSSER, *IPRax* 1981 p. 154; critique à propos de l'application de la méthode comparative, TREVOR C. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgments*, p. 14 et 15

⁷⁶ DALHUSEN, *Creditors' Remedies and the Conflict of Law in the European Community*, in FS Riesenfeld, p. 1 à 29; HEISS; EILERS; ALBRECHT; MORBACH

⁷⁷ GEIMER / SCHÜTZE, volume I/1 Par. 91 p. 814 à 816

conservatoires destinées à garantir le paiement d'une somme d'argent se rattachent au droit de l'exécution forcée. En particulier, la jurisprudence justifie la compétence des tribunaux français pour ordonner des mesures conservatoires dans des matières où ils ne sont pas compétents pour trancher du fond par le fait que de telles procédures relèvent de l'exécution forcée. Selon la Cour de Cassation,

"Les procédures conservatoires et d'exécution relèvent des lois de compétence de l'Etat où ces procédures sont diligentées, même si d'autres juridictions sont internationalement compétentes pour statuer sur le fond"⁷⁸.

Cet arrêt affirmait la compétence des tribunaux français pour ordonner une saisie conservatoire en France, alors que les tribunaux français n'étaient pas compétents pour trancher le fond, qui devait être jugé par les tribunaux internationaux chargés de trancher les litiges liés à la navigation sur le Rhin (Convention de Mannheim de 1868). Le fondement de cette compétence des autorités judiciaires par le droit de l'exécution forcée se justifie parfaitement par le fait que le droit français considère les mesures conservatoires comme une modalité des voies d'exécution forcée. Par contraste, le droit anglais n'assimile pas les mesures conservatoires aux voies d'exécution. Par conséquent, la position traditionnelle des tribunaux anglais liait le pouvoir d'ordonner des mesures telles que des "Mareva injonctions" au pouvoir de trancher le fond du litige. Ainsi, la House of Lords avait expressément refusé aux tribunaux anglais de prendre des mesures, même sur des biens situés en Angleterre, lorsque la procédure au fond devait se dérouler à l'étranger⁷⁹. Le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires, soumis aux règles générales sur la "jurisdiction", ne pouvait être exercé que lorsque le fond du litige était attribué aux tribunaux anglais. Selon cette conception, la compétence d'ordonner des mesures conservatoires est un accessoire naturel à la procédure au fond.

a. Droit français

49. En droit français, l'assimilation des mesures conservatoires au contentieux de l'exécution a des répercussions également dans la réglementation des compétences d'attribution. En principe, le juge de la mise en état jouit, pendant la durée de l'instruction de la procédure au fond, du pouvoir exclusif de statuer sur toutes mesures provisoires ou conservatoires⁸⁰. En revanche, les mesures conservatoires garantissant le paiement d'une somme d'argent, qui, selon la conception française appartiennent au contentieux de l'exécution, ne peuvent être ordonnées par ce magistrat, mais par le juge de l'exécution. Le droit français des procédures individuelles d'exécution a été

⁷⁸ Cass. Civ. du 29 février 1984, Veronas Investment Corporation c/ EDF, Rev. crit. dr. int. 1985 p. 545

⁷⁹ Siskina v Distos SA (1979) AC 210

⁸⁰ art. 771-4° NCPC; SOLUS / PERROT III n° 377 p. 335

modifié par une loi très récente, du 9 juillet 1991⁸¹. Cette nouvelle loi conserve les bases du droit antérieur. Elle apporte toutefois des innovations dont il est difficile pour un observateur étranger d'apprécier la portée. On se référera donc également à la pratique antérieure, dans la mesure où elle ne semble pas écartée entièrement par les textes nouveaux. Cette loi consacre un chapitre spécifique consacré aux "mesures conservatoires" (art. 67 à 79). Le droit français connaît encore de nombreuses mesures conservatoires spéciales, liées au droit civil, permettant par exemple l'apposition de scellés sur un appartement lors d'une procédure de divorce, de tutelle ou de succession⁸². La nouvelle loi ne règle que les trois types principaux de mesures conservatoires visant à protéger une créance d'argent. Il s'agit des saisies conservatoires, du nantissement judiciaire des fonds de commerce et de l'hypothèque judiciaire conservatoire⁸³.

50. Par opposition à une saisie ordinaire (saisie-vente selon la terminologie de la nouvelle loi, ou ancienne saisie-exécution), la saisie conservatoire permet au saisissant de faire saisir des biens mobiliers appartenant au saisi, bien qu'il ne dispose pas encore de titre exécutoire. Cette particularité distingue la saisie conservatoire d'une véritable procédure d'exécution. D'elle découlent les différentes règles qui régissent cette institution. En premier lieu, afin de pallier les risques d'abus, la procédure ne peut être déclenchée sans une autorisation préalable du juge. L'autorisation de saisie provisoire est rendue au terme d'une procédure unilatérale (procédure des requêtes), dont le saisi n'est informé qu'au moment de l'exécution de la mesure⁸⁴.

51. Lors de ce premier stade purement unilatéral de la procédure, le saisissant doit démontrer que la créance qu'il invoque "paraît fondée en son principe" (art. 67 de la nouvelle loi; art. 48 aCPC). Le juge ne se livre pas à un examen du fond du litige, mais se borne à vérifier "l'existence d'une apparence de bon droit"⁸⁵. Il n'est même pas nécessaire que la créance soit exigible ou qu'elle soit établie dans sa quotité. Il suffit qu'elle puisse être chiffrée lors de l'instance en validité⁸⁶. Sous l'empire de l'ancien code de procédure, le juge n'autorisait la saisie que dans la mesure où elle était justifiée par l'urgence et que le recouvrement de la créance semblait en péril (art. 48 aCPC). Le nouveau texte est plus large⁸⁷, puisqu'il prévoit l'intervention du juge

⁸¹ Loi n° 91 - 650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, entrée en vigueur le 1 août 1992

⁸² BLANC, p. 101

⁸³ VINCENT / PRÉVAUT, *voies d'exécution*, p. 98

⁸⁴ HUET, *Obs. sous arrêt CJCE Denilauver c/ Couchet frères*, *Clunet* 1980 p. 940

⁸⁵ OUARRAT, *Note sous Cass. Civ. du 20 mars 1989, République islamique d'Iran c/ Framatome*, *Clunet* 1990 p. 1011

⁸⁶ VINCENT / PRÉVAUT, *Voies d'exécution*, p. 102

⁸⁷ BLANC, p. 102

lorsque le créancier "justifie de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement" de sa créance (art. 67 de la nouvelle loi).

52. Pour obtenir l'autorisation de pratiquer une saisie conservatoire, le créancier peut agir à son choix devant le tribunal territorialement compétent du lieu du domicile du débiteur ou devant celui du lieu de situation des biens à saisir. Dans la seconde hypothèse, la compétence des autorités françaises s'exerce même si le débiteur est domicilié à l'étranger ou si les tribunaux d'un Etat étranger sont compétents, voire déjà saisis du fond⁸⁸. Les tribunaux français sont également compétents pour ordonner une saisie conservatoire lorsque le fond fait l'objet d'une procédure arbitrale⁸⁹. La compétence des tribunaux français pour ordonner des mesures conservatoires sur des biens situés à l'étranger n'est pas très claire. En principe, la jurisprudence et la doctrine françaises admettent que "dans l'ordre international, les tribunaux compétents sont toujours ceux du pays sur le territoire duquel les biens saisis se trouvent"⁹⁰. Toutefois, les tribunaux français se sont parfois déclarés compétents pour autoriser des saisies conservatoires sur des biens situés à l'étranger, comme dans la procédure de Cavel I où, dans le cadre d'une procédure en divorce, le Juge des affaires matrimoniales de Paris a ordonné des mesures conservatoires sur des biens situés en Allemagne. Dans la procédure Denilauer⁹¹, le tribunal de grande instance de Montbrison avait autorisé une saisie conservatoire portant sur des biens en Allemagne appartenant à une personne domiciliée en Allemagne. Enfin, la compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures conservatoires est également justifiée par le critère de l'urgence, qui constitue aussi bien une condition de fond qu'un chef de compétence internationale⁹².

53. Si la procédure est unilatérale jusqu'au moment de l'exécution de la saisie par un huissier de justice, elle devient contentieuse à partir de ce moment-là. En premier lieu, le débiteur, qui n'a pas encore été entendu, a la faculté de demander la mainlevée de la mesure de saisie conservatoire par une demande en référé. Selon le nouveau droit, le juge peut également décider spontanément, en autorisant la mesure, de la réexaminer après un débat contradictoire ultérieur (art. 69 al. 3). Mais surtout, le demandeur doit introduire une action en validité ou une action au fond dans le délai fixé par le juge, sous peine de péremption de la mesure⁹³.

⁸⁸ Cass. Civ du 6 décembre 1989 Rev. crit. dr. int. 1990 p. 545, note COUCHEZ

⁸⁹ Cass. Civ du 20 mars 1989, Clunet 1990 p. 1011

⁹⁰ HOLLEAUX, *DIP* p. 355 n° 722; HUET, *J-cl. dr.int.* fasc. 581-B n° 96 ss

⁹¹ Arrêt de la CJCE Denilauer *c/ Couchet frères* du 21 mai 1980, Rec. 1980 p.1517

⁹² Cass. Civ, du 29 février 1984 Soc. Varonas, Rev. crit. dr. int. 1985 p. 545, note SYNAY-CYTERMANN; BATTIFOL / LAGARDE, volume II n° 674 p. 460

⁹³ Le délai est en général de 2 ou 3 mois, PERROT, Rev. trim. dr. civ. 1991 p. 175

54. La notion d'action en validité, en droit français, n'est pas identique à celle d'action au fond. La première a pour objet l'examen de la validité de la saisie et permet de transformer la mesure conservatoire en une saisie-exécution. Elle permet, si le demandeur obtient gain de cause, de procéder directement à la réalisation des biens. L'examen de la validité de la créance protégée par la saisie-conservatoire n'est tranché qu'à titre préalable. Cette action en validité s'exerce au for du lieu où la saisie a été prononcée. En matière internationale, les tribunaux français sont "seuls compétents pour statuer sur l'instance en validité d'une saisie conservatoire pratiquée en France"⁹⁴.

55. Dans un arrêt Nassibian⁹⁵, la Cour de cassation a admis la compétence des tribunaux français pour statuer à titre préalable sur la validité d'une créance garantie par une mesure conservatoire alors que les parties étaient domiciliées à l'étranger et que les tribunaux français n'étaient normalement pas compétents. Ainsi, "lorsque les tribunaux français sont appelés à statuer à l'occasion d'une voie d'exécution, ils peuvent aussi trancher les question de fond qui en commandent la validité"⁹⁶. Par une sorte d'attraction, la procédure d'exécution forcée attire à elle les contestations relatives à l'existence du droit invoqué et introduit une forme de "forum arresti" en droit français⁹⁷. Cette compétence des tribunaux français existe même lorsque le principe de la créance est contesté devant une juridiction étrangère⁹⁸. La compétence reconnue au juge français est cependant facultative⁹⁹, et les tribunaux français, saisis d'une action en validité d'une saisie conservatoire ont également la possibilité de surseoir à statuer et de renvoyer les parties à plaider devant la juridiction compétente au fond¹⁰⁰.

56. Alors que la procédure en validité de la saisie conservatoire n'a en principe que des effets limités aux biens saisis, l'action au fond est une action condamnatoire

⁹⁴ Cass. Civ. 18 novembre 1986, Banque camerounaise de développement c/ Soc. des établissements Rolber, Rev. crit. dr. int. 1987 p. 773

⁹⁵ Cass. Civ. du 6 novembre 1979, Clunet 1980 p. 95; Rev. crit. dr. int. 1980 p. 588, note COUCHEZ

⁹⁶ arrêt Nassibian précité, rapport Ponsard, Clunet 1980 p. 100

⁹⁷ COUCHEZ, note à l'arrêt précité, Rev. crit. dr. int. 1990 p. 596 et 597; BERNARD ANCEL / YVES LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, p. 439 à 440

⁹⁸ Cass. Civ. du 6 décembre 1989, Fahim c/ Soc. Saudi investments Bank, note COUCHEZ, Rev. crit. dr. int. 1990 p. 545

⁹⁹ PIERRE MAYER, *Droit international privé*, p. 191, n° 293; BERNARD AUDIT, *Droit international privé*, p 295 et 296

¹⁰⁰ Cass. Civ. du 18 novembre 1986, Banque camerounaise de développement, Rev. crit. dr. int. 1987 p. 773

ordinaire¹⁰¹, ayant pour objet à titre principal et non préalable, l'existence de la prétention. Le for de la procédure au fond est déterminé par les règles générales, même si souvent, en pratique, les deux actions sont jointes. Comme pour l'instance en validité, la jurisprudence admet en matière internationale, la compétence des tribunaux français, à moins toutefois que la créance contestée ne relève de la compétence exclusive d'une autre juridiction¹⁰².

57. La saisie conservatoire rend indisponible les biens ou créances sur lesquels elle porte (art. 74 de la nouvelle loi). En revanche, elle ne procure aucun droit de suite au créancier saisissant en cas d'aliénation de l'objet saisi et ne crée pas de rang supérieur en sa faveur vis-à-vis des autres créanciers. A la différence d'autres droits, la saisie conservatoire des immeubles n'existe pas en droit français.

58. En dehors des saisies conservatoires, la loi française permet au créancier d'obtenir du juge qu'il ordonne des sûretés conservatoires sur certains types de biens. Depuis 1955, le droit français offrait deux types de sûretés conservatoires, à savoir l'hypothèque conservatoire sur les immeubles et le nantissement judiciaire conservatoire des fonds de commerce. La nouvelle loi étend ce type de mesure à deux nouvelles sortes de biens, les parts sociales et les valeurs mobilières¹⁰³. Les sûretés judiciaires sont ordonnées aux mêmes conditions que les saisies conservatoires. Elles produisent des effets différents, puisqu'elles n'affectent pas l'aliénabilité des biens. Elles sont en revanche opposables au tiers acquéreur. Le créancier bénéficie d'un droit de suite et d'un droit de préférence lors d'une réalisation forcée ultérieure¹⁰⁴. Comme les saisies conservatoires, les sûretés judiciaires conservatoires doivent être suivies d'une procédure en validité dans un certain délai, sous peine de déchéance. Le jugement de condamnation les transforme en sûretés définitives.

59. Si la loi de 1991 n'a pas bouleversé le régime des saisies conservatoires, elle a modifié profondément le système de la saisie-arrêt, qui s'appelle désormais saisie-attribution¹⁰⁵. La procédure relativement complexe de la saisie-arrêt avait pour objet principal la saisie des créances. Elle mettait en présence trois parties et deux créances et permettait au créancier saisissant d'intercepter auprès du tiers-saisi des sommes d'argent ou des choses mobilières dues par ce dernier au débiteur saisi¹⁰⁶. La

¹⁰¹ VINCENT / PRÉVAUT, *Voies d'exécution*, p. 115

¹⁰² Cass. Civ. du 18 novembre 1986, Banque Camérounaise de développement, note HORATIA MUIR-WATT, *Rev. crit. dr. int.* 1987 p. 773

¹⁰³ BLANC, p. 111, art. 77 de la loi

¹⁰⁴ BLANC, p. 112

¹⁰⁵ BLANC, p. 66. Cet auteur voit dans cette modification "la partie la plus novatrice de la réforme".

¹⁰⁶ VINCENT / PRÉVAUT, *Voies d'exécution* p. 198

fonction de cette institution était de réaliser un transfert de créance au profit du saisissant¹⁰⁷. La procédure de saisie-arrêt était longue et formaliste.

60. La saisie-arrêt avait un caractère mixte qui l'apparentait aussi bien à une mesure conservatoire qu'à une véritable mesure d'exécution. A la différence d'une saisie-exécution, la saisie-arrêt pouvait exceptionnellement intervenir à la demande d'un créancier qui ne justifiait d'aucun titre exécutoire. Dans cette hypothèse, le créancier-saisissant devait, comme pour une saisie conservatoire, obtenir l'autorisation préalable du juge. La procédure, à ce stade, était semblable à celle qui préludait à une saisie conservatoire. La doctrine et la jurisprudence françaises analysaient donc la saisie-arrêt en deux phases successives, la première étant purement conservatoire, la seconde s'apparentant à un acte d'exécution¹⁰⁸.

61. Alors que le droit français se contente d'une "créance paraissant bien fondée en son principe (art. 48 aCPC)" pour une simple mesure conservatoire, la saisie-arrêt ne pouvait être ordonnée que si l'existence de la créance était certaine et indiscutable. En revanche, et ceci est un corollaire de cela, l'autorisation judiciaire de saisir-arrêter n'exigeait pas du créancier qu'il établisse que sa créance était en péril ou qu'il y avait urgence¹⁰⁹. La certitude et l'exigibilité de la créance suppléaient l'urgence et le péril pour justifier la mesure conservatoire. Le créancier devait intenter une action en validité à l'encontre du saisi dans un délai fixé à huit jours par la loi (art. 563 aCPC).

62. Le jugement de validité avait pour effet d'ordonner au tiers saisi de payer directement au créancier-saisissant les sommes qu'il devait au saisi. Le rôle du juge de l'action en validité et ses pouvoirs variaient selon le titre ou l'absence de titre que le créancier pouvait faire valoir dans la procédure. S'il disposait d'un titre exécutoire constatant la créance (en général un jugement), le juge de la validité se bornait à vérifier l'existence du titre et la régularité formelle de la procédure d'exécution. En revanche, s'il n'existait pas de titre, le juge de la validité devait nécessairement se prononcer sur l'existence du droit invoqué. Il avait le choix de l'examiner lui-même à titre préalable, ou de surseoir à statuer jusqu'à ce que le créancier ait obtenu un titre exécutoire.

63. Le caractère hybride de cet instrument de procédure compliquait le règlement de la compétence des juridictions impliquées. Etaient compétents pour autoriser une saisie-arrêt, au choix du demandeur, les tribunaux du domicile du saisi ou du tiers saisi¹¹⁰. En revanche, l'instance en validité devait être intentée au for du domicile du saisi. Contrairement au principe général qui prévoit en droit français une transposition pure et simple des règles de compétence interne à l'ordre international,

¹⁰⁷ PERROT, *Rev. trim. dr. civ.* 1985 p. 623

¹⁰⁸ VINCENT / PRÉVAUT, *Voies d'exécution*, p. 200

¹⁰⁹ OUAKRAT, *note sous Cass. Civ. du 28 juin 1989*, *Clunet* 1990 p. 1014; PERROT, *Rev. trim. dr. civ.* 1985 p. 623 et 624

¹¹⁰ VINCENT / PRÉVAUT, *Voies d'exécution*, p. 221

la compétence internationale en matière de saisie-arrêt était sujette à certains aménagements pour tenir compte des particularités de la situation internationale¹¹¹. Si le tiers-saisi était domicilié en France, les tribunaux français étaient compétents pour connaître d'une action en validité contre un débiteur domicilié à l'étranger¹¹². La compétence des tribunaux français était également fondée si le tiers-saisi, domicilié en France, détenait à l'étranger (par exemple par l'intermédiaire de sa succursale) des biens pour le compte du saisi¹¹³. En revanche, il était douteux que la compétence du tribunal français soit établie lorsque le tiers saisi était domicilié à l'étranger et y détenait des biens pour le compte d'un débiteur domicilié en France¹¹⁴. Certains auteurs admettaient toutefois que les tribunaux français étaient compétents pour autoriser une saisie-arrêt "chaque fois que le débiteur saisi est domicilié en France, alors même que le tiers saisi serait domicilié à l'étranger ou que le meuble corporel qu'il détient se trouverait à l'étranger"¹¹⁵.

64. En principe donc, le règlement de la compétence des juridictions françaises en matière de saisie-arrêt n'était pas fondamentalement différent de celui de la saisie conservatoire. Dans les deux cas, les tribunaux français étaient compétents pour statuer à titre préalable sur la validité de la créance, même si une juridiction étrangère était compétente au fond¹¹⁶, voire même si un tribunal étranger était déjà saisi de la contestation¹¹⁷.

65. Dans le domaine de l'arbitrage, la Cour de cassation opérait quant à la compétence internationale une distinction entre les saisies conservatoires et les saisies-arrêts. L'occasion en a été fournie par le contentieux franco-iranien en matière atomique¹¹⁸ : alors que les différentes parties françaises et iraniennes étaient engagées dans une procédure arbitrale pour régler les suites financières de la cessation de la collaboration franco-iranienne en matière nucléaire, le gouvernement iranien avait

¹¹¹ HOLLEAUX / FOYER / GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *DIP* p. 355, n° 722 et MAYER, *DIP* p. 191, n° 293

¹¹² Cass. Civ. Nassibian du 6 novembre 1979, *Clunet* 1980 p. 95

¹¹³ Cass. Civ. *Compagnie Tunisienne de Navigation c/ Compagnie d'armement maritime*, note BATTIFOL, *Rev. crit. dr. int.* 1986 p. 329

¹¹⁴ LOUSSOUARN / BOUREL, *DIP*, p. 701 n° 448

¹¹⁵ HUET, *J-cl. dr. int.*, fasc. 581-B n° 94 et note sous *TGI Nice du 25 juillet 1980, Fayad c/ Nasrallah*, *Clunet* 1982 p. 163 et 164

¹¹⁶ Cass. Civ. Nassibian, du 6 novembre 1979, *Clunet* 1980 p. 95

¹¹⁷ Cass. Civ. du 6 décembre 1989, *Fahim c/ Soc. Saudi Investments Bank*, *Rev. crit. dr. int.* 1990 p. 545, note COUCHEZ, qui admet la compétence des tribunaux français pour statuer à titre préalable dans le cadre d'une instance en validité d'une mesure de saisie-arrêt, alors que la procédure au fond est déjà pendante devant les tribunaux saoudiens

¹¹⁸ *Clunet* 1990 p. 1004 ss., Cass. Civ. du 20 mars 1989 et du 28 juin 1989

obtenu la saisie-arrêt d'un compte bancaire appartenant à son partenaire français. Parallèlement, la société française d'économie mixte Framatome avait obtenu une saisie conservatoire à l'encontre du gouvernement de la République islamique d'Iran. Chacune des parties visées par ces mesures contestait la compétence des tribunaux français en invoquant la procédure d'arbitrage. La Cour de cassation admit la compétence des tribunaux français pour ordonner une saisie conservatoire¹¹⁹ alors qu'elle niait celle d'ordonner une saisie-arrêt¹²⁰. Pour justifier la distinction, la Cour suprême française s'appuyait sur les critères de l'urgence et de la vraisemblance. La saisie conservatoire est une mesure d'urgence fondée sur l'apparence du droit et "n'implique pas un examen du fond qui est réservé aux arbitres"¹²¹. A l'opposé, la saisie-arrêt "tend au paiement et n'est pas soumise aux conditions d'urgence et de péril de la créance" et par conséquent ne peut être ordonnée sans marcher sur les brisées des arbitres. Cette distinction est toutefois particulière à l'arbitrage et a été expressément exclue lorsqu'un tribunal étranger et non un tribunal arbitral est saisi de la procédure au fond.

66. Le législateur de 1991 a nettement opté pour le caractère de mesure d'exécution et a renoncé à l'aspect conservatoire de la saisie-arrêt. La nouvelle procédure de saisie-attribution n'est ouverte qu'aux titulaires d'un titre exécutoire. Par conséquent, il n'y a plus de procédure préalable d'autorisation ni d'action postérieure en validation. La nature mixte de la saisie a disparu¹²². Le créancier dépourvu de titre ne peut plus obtenir qu'une saisie conservatoire ordinaire. Le mécanisme triangulaire de la saisie-attribution reste le même, puisqu'elle permet toujours au créancier de se faire payer directement des mains du créancier de son débiteur. Le tiers saisi devient personnellement débiteur des causes de la saisie dans les limites de son obligation¹²³. Toutefois, cet instrument ne peut plus être qualifié de mesure conservatoire.

67. Le droit français de procédure civile connaît à côté des mesures conservatoires liées à l'exécution d'une créance en paiement d'une somme d'argent, une véritable "jurisdiction provisoire", celle du juge des référés et du juge des requêtes¹²⁴. Lorsque l'action au fond est pendante, le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires appartient exclusivement au juge de la mise en état, chargé de l'instruction¹²⁵. En dehors de

¹¹⁹ arrêt du 20 mars 1989 précité

¹²⁰ arrêt du 28 juin 1989 précité

¹²¹ Clunet, p. 1006, 1er arrêt

¹²² BLANC, p. 68

¹²³ BLANC, p. 69

¹²⁴ VINCENT / GUINCHARD, *procédure civile*, p. 139 ss

¹²⁵ En revanche, le juge de la mise en état n'est jamais compétent pour rendre des ordonnances sur requête non contradictoires. HÉRON, *Droit privé judiciaire*, p. 255; Cass. Civ. du 17 novembre 1981, Rev. trim. dr. civ. 1982 p. 463 obs. NORMAND, p. 474 obs. PERROT

toute procédure, ou avant que le juge du fond ne soit saisi, les mesures provisoires sont prises par le juge des référés ou le juge des requêtes, soit en général le président du tribunal compétent. Le terme de référé désigne une procédure simplifiée et accélérée de nature contentieuse qui aboutit à une décision judiciaire provisoire¹²⁶. Le caractère provisoire de l'ordonnance de référé signifie qu'elle ne lie en fait ni en droit le juge du fond saisi ultérieurement de la cause (juge du principal). Elle n'a pas, "au principal, l'autorité de la chose jugée" (art. 488 al. 1 NCPC). De plus, elle peut en tout temps être modifiée ou rétractée par le juge qui l'a ordonnée en cas de circonstances nouvelles (art. 488 al. 2 NCPC)¹²⁷. Toutefois, le caractère provisoire de la mesure ne justifie pas son intégration forcée dans une procédure ordinaire. Le bénéficiaire d'une mesure de référé n'a pas à la valider par l'introduction d'une action au fond. Souvent les parties renoncent à poursuivre la cause et renoncent à la procédure au fond¹²⁸.

68. La procédure de référé, conçue comme une procédure exceptionnelle, a connu un développement remarquable depuis une vingtaine d'années, à tel point qu'elle est devenue le lieu privilégié de la résolution des litiges dans nombre de domaines sensibles du droit. "Le développement du référé à notre époque est un fait majeur qui, de proche en proche, pourrait bien transformer l'aspect traditionnel de la justice moderne"¹²⁹. Cette évolution, initiée par quelques réformes législatives, a surtout été l'oeuvre, parfois hardie, des juges qui ont pleinement fait usage des larges pouvoirs qui leur étaient reconnus¹³⁰.

69. Les types de mesures que peut ordonner le juge des référés et les conditions d'ouverture à référé sont trop divers pour qu'il soit tenté ici d'en dresser un exposé systématique. Une première catégorie de mesures provisoires sur référé demande la réalisation d'une condition d'urgence. Le juge des référés peut intervenir chaque fois que l'urgence réclame une mesure rapide. Le juge peut alors prescrire toutes les mesures qu'il estime nécessaires, pourvu que la demande ne se heurte pas à une "contestation sérieuse"¹³¹. Cette formulation énigmatique correspond à l'idée que le juge des référés ne doit pas trancher "une question litigieuse sérieusement controversée"¹³². La fonction de cette condition est semblable à celle de la

¹²⁶ SOLUS / PERROT III p. 1055 n° 1254

¹²⁷ SOLUS / PERROT III p. 1144 n° 1346

¹²⁸ SOLUS / PERROT p. 1124 n° 1347; JACQUES HÉRON, *Droit judiciaire privé*, p. 234 et 242

¹²⁹ SOLUS / PERROT III p. 1060 n° 1256

¹³⁰ ESTOUP, p. 3 : "Le référé, en particulier, devenu une auberge espagnole, sinon une bonne à tout faire, donne lieu à des applications toujours plus variées et plus nombreuses en même temps qu'il tend parfois à suppléer ou à éviter la saisine du juge du fond."

¹³¹ art. 808 NCPC, SOLUS / PERROT III p. 1074 n° 1276; ESTOUP, p. 57 à 70

¹³² SOLUS / PERROT, loc. cit.

vraisemblance, connue notamment des droits allemand et suisse : le demandeur doit établir que sa prétention ne se heurte pas à une opposition sérieusement étayée de son adversaire. En revanche, à la différence des droits suisse et allemand qui ne définissent pas autrement qu'abstraitement la vraisemblance, la jurisprudence française a élaboré une casuistique qui décide, selon les cas, quelle situation soulève une contestation sérieuse. Par exemple, le juge des référés peut fonder sa décision sur un acte juridique exempt d'ambiguïté, mais ne peut se prononcer sur son interprétation¹³³.

70. Une seconde catégorie de mesures de référé (art. 809 NCPC), permet au juge de prendre "toutes les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite." Pour ce type de mesures, la réalisation du critère de l'urgence n'est pas nécessaire¹³⁴, encore que la notion d'urgence est implicite dans la définition du "dommage imminent" (mais non dans celui du trouble manifestement illicite). La jurisprudence française insiste également sur le fait que l'existence d'une contestation sérieuse ne fait pas obstacle à ce type de référé¹³⁵. Le législateur est même allé jusqu'à préciser que le juge peut prononcer une mesure de référé dans ce cas "même en présence d'une contestation sérieuse"(art. 809 al. 1 CPC, version selon décret 87-434 du 17 juin 1987).

71. Les juges ont largement usé du pouvoir qui est le leur. Non seulement ils prononcent des mesures d'interdiction, mais souvent ils ordonnent également l'exécution de prestations positives telles que réintégration d'un salarié dans l'entreprise qui l'a injustement licencié¹³⁶, injonction de continuer ou de reprendre des relations commerciales¹³⁷, suspension ou destruction de travaux, etc. Ils peuvent anticiper sur pratiquement toute décision que le juge du principal sera appelé à prendre. Les pouvoirs du juge français sont à cet égard plus étendus que ceux du juge suisse qui, en principe, ne peut prescrire à titre provisoire une obligation d'agir lorsqu'il est saisi d'une requête de mesures provisoires¹³⁸.

72. Le législateur français, dans une réforme de 1973 (décret 73-1122 du 17 décembre 1973), a autorisé le juge des référés à allouer une provision au demandeur, c'est à dire à prononcer une condamnation provisoire de payer une somme d'argent à imputer sur le jugement final. Cette institution, intitulée référé-provision, connaît un

¹³³ SOLUS / PERROT, III p. 1075 et 1079

¹³⁴ SOLUS / PERROT, III p. 1090 n° 1290

¹³⁵ Cass. Civ. du 24 février 1987, JCP IV 152

¹³⁶ Versailles du 6 juin 1984, JCP 85 II 2037, note B. TEYSSIE; LYON-CAEN / PÉLISSIER, *droit du travail*, n° 702

¹³⁷ Cass. Comm. du 21 mars 1984, Bull. civ. 1984 IV n° 115 p. 96

¹³⁸ GULDENER, ZPR p. 574; HARSCH, ZPO, p. 364 n° 613 et 614; HOHL, AJP 1992 p. 585

essor considérable¹³⁹. Dégagée de toute exigence relative à l'urgence, elle peut être ordonnée à la seule condition que l'obligation qui en est la cause ne soit pas "sérieusement contestable".

73. Enfin, la procédure du référé trouve un terrain d'utilisation privilégié en matière d'instruction *in futurum* (art. 145 NCPC)¹⁴⁰. Elle permet au juge des référés d'ordonner avant procès, même en l'absence d'urgence, toute mesure d'instruction, afin de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre à l'avenir, la solution d'un éventuel litige¹⁴¹.

74. La réglementation de la compétence internationale des tribunaux français en matière de référé n'est pas différente de celle des actions au fond et les règles générales sur la compétence locale s'appliquent par analogie¹⁴². Une option est ouverte toutefois au demandeur qui peut également saisir le juge dans le ressort duquel les mesures doivent être exécutées¹⁴³, ce qui correspond à la compétence internationale reconnue aux autorités françaises pour statuer en cas d'urgence¹⁴⁴.

75. La jurisprudence et la doctrine française ont éprouvé quelques difficultés à propos de l'insertion du référé-provision dans le système de la Convention de Bruxelles. Selon l'interprétation courante de l'art. 24 Convention, cette disposition permet au demandeur d'invoquer aussi bien les règles de for établies par la convention que les règles de compétence prévues par le droit national interne, y compris les règles de for exorbitantes, bannies par l'art. 3 Convention¹⁴⁵. Selon cette conception, un demandeur de nationalité française pourrait invoquer le privilège de l'art. 14 du code civil qui lui permet de plaider devant une juridiction française pour y solliciter une provision à l'encontre d'un défendeur domicilié dans un autre Etat membre de la Convention. La provision, par hypothèse accordée, pourrait ensuite être exécutée dans le pays du domicile du défendeur, dont les tribunaux n'ont pas le pouvoir de contrôler de manière indirecte la compétence des tribunaux français. L'utilisation généralisée de

¹³⁹ SOLUS / PERROT III p. 1096 ss et COUCHEZ, *Le référé-provision, mesure ou démesure*, p. 161 à 174

¹⁴⁰ Référé probatoire ou préventif, ESTOUP, p. 78 à 85

¹⁴¹ VINCENT / GUINCHARD, *Procédure civile*, p. 146 n° 143 et p. 753 ss n° 1158

¹⁴² ESTOUP, p. 26

¹⁴³ SOLUS / PERROT III p. 1122 n° 1320

¹⁴⁴ Cass. Civ. du 20 mars 1989, D. 1990 p. 147, note PEYRARD : "L'urgence peut justifier la compétence des tribunaux français pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, notamment lorsque la sécurité des personnes ou la conservation de leurs biens est en péril" ; cf. également HUET, *J.-cl. dr. int.* fasc. 581-B n° 121-141

¹⁴⁵ Voir à propos de cette interprétation de l'art. 24 et des critiques qu'elle appelle, *infra* n° 277

ce procédé aurait par conséquent pour effet de court-circuiter la prohibition des fors exorbitants et de provoquer une véritable "subversion" de la Convention¹⁴⁶.

76. D'une part, il est certain qu'en droit interne français, "toute ordonnance de référé est une décision provisoire (...) Il s'agit bien au demeurant d'une simple mesure d'attente du règlement définitif du litige par le juge du principal (...) Le référé-provision peut assurément être compris dans les mesures provisoires ou conservatoires que vise l'article 24 de la Convention de Bruxelles"¹⁴⁷. D'autre part, une partie de la doctrine, inquiète des débordements possibles du référé-provision, a développé diverses théories pour exclure cette procédure de la qualification de "mesures provisoires" au sens de l'art. 24 Convention, ou à tout le moins, pour en limiter les effets. Partisan d'une solution radicale, HUET¹⁴⁸ estime que "l'art. 24 impose une distinction rigoureuse des mesures provisoires des mesures relatives au fond du litige, de sorte qu'une mesure impliquant, comme le référé-provision un préjugé au fond peut difficilement être qualifiée de provisoire au sens de cette disposition"¹⁴⁹. De plus, comme "le montant de la provision n'a d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée"¹⁵⁰, la procédure du référé-provision est en réalité une procédure au fond, qui permet, en fait sinon en droit, de trancher définitivement certains litiges par une procédure accélérée.

77. D'autres auteurs, sans exclure entièrement le référé-provision du jeu de l'art. 24 Convention, ont proposé divers garde-fous pour en limiter les effets. Ainsi, GOTHOT / HOLLEAUX restreignent l'application de l'art. 24 aux cas où la compétence des tribunaux français est justifiée par l'urgence¹⁵¹. D'autres auteurs encore préconisent une certaine retenue dans l'octroi des montants alloués à titre de provision, de manière à éviter de "porter préjudice au principal"¹⁵². Certains auteurs étrangers se sont également inquiétés des dangers créés par le droit français du référé-provision pour

¹⁴⁶ VINCENT DELAPORTE, *Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé*, Travaux du comité français de droit international privé, 1987-1988, p. 154; GOTHOT / HOLLEAUX p. 116, n° 204

¹⁴⁷ COUCHEZ, *note sous Aix-en-Provence du 4 mai 1981*, Rev. crit. dr. int. 1983 p. 110 et *Référé-provision, mesure ou démesure*, mélanges Raynaud p. 173

¹⁴⁸ HUET, *Obs. sous Paris du 17 novembre 1987, Menegatti c/ Società Metallurgica Nova Stefano*, Clunet 1989 p. 96 à 100 et *Obs. sous CJCE du 31 mars 1982, CHW c/ GJH*, Clunet 1982 p. 942 ss

¹⁴⁹ Clunet 1989 p. 98, cf. également LAGARDE, *note sous TGI Marseilles du 28 juin 1977 Boniteau c/ soc. Lloyd Triestino*, Rev. crit. dr. int. 1979 p. 102

¹⁵⁰ Cass. Comm. du 21 janvier 1981; Gaz. Pal. 1982 p. 332

¹⁵¹ *supra* n° 44, cf. également HOLLEAUX / FOYER / GEOUFFRE DE LA PRADELLE, DIP n° 838

¹⁵² COUCHEZ, *Référé-provision, mesure ou démesure*, p. 173; MAURO, Gaz. Pal. 1979, 2, 455

l'équilibre de la Convention¹⁵³ et en ont recommandé l'exclusion des prévisions de l'art. 24.

78. Les tribunaux français, à en juger par la jurisprudence publiée, n'ont pas fait un usage excessif de l'art. 24 pour imposer à des défendeurs domiciliés dans d'autres Etats membres de la Convention des provisions en référé. Certaines décisions leur dénie la qualification de mesures provisoires¹⁵⁴. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt récent¹⁵⁵ a certes admis qu'en principe le référé-provision constitue une mesure provisoire au sens de l'art. 24 Convention. Toutefois, elle a déclaré les tribunaux français incompétents, au motif que "l'article 24 laisse assurément toute possibilité à la juridiction française d'apprécier l'opportunité de se saisir en référé" et que "le juge italien est mieux placé que le juge français pour statuer sur les mesures provisoires" demandées en l'espèce. Enfin, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 27 juin 1979¹⁵⁶ admet la qualification de mesures provisoires mais rejette la demande pour un autre motif. Si la situation juridique n'a pas été tout à fait clarifiée, il faut admettre que les tribunaux français n'ont pas fait un usage immodéré du référé-provision dans le cadre de la Convention de Bruxelles.

79. En matière d'arbitrage, le partage des compétences entre le juge des référés et l'arbitre semble établi. La seule existence d'un compromis d'arbitrage n'interdit pas au demandeur de saisir les tribunaux français d'une demande de référé-provision¹⁵⁷. En revanche, la demande de provision doit être rejetée lorsqu'une procédure d'arbitrage est en cours¹⁵⁸.

80. La procédure de référé est une procédure contradictoire, à laquelle le défendeur participe et fait valoir ses arguments avant que le juge ne prenne sa décision. La procédure des requêtes se distingue du référé principalement parce que le défendeur n'est pas entendu et qu'elle est rendue non contradictoirement. Elle est d'usage courant

¹⁵³ cf. notamment HEISS, p. 87 à 91 et COLLINS, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act*, p. 99

¹⁵⁴ cf. p. ex. Aix-en-Provence du 4 mai 1981 Rev. crit. dr. int. 1983 p. 110 et Cass. Soc. du 17 décembre 1986, Société Tag-Group c/ Halbardier, Rev. crit. dr. int. 1988 p. 92

¹⁵⁵ Paris du 17 novembre 1987 *Manegatti c/ Società Metallurgica Nova Stefano*, obs. HUET, Clunet 1989 p. 96

¹⁵⁶ Versailles du 2 juin 1979 *Société Verkor c/ Tron*, Clunet 1980 p. 894

¹⁵⁷ Cass. Civ. du 20 mars 1989, *The General Authority for supply commodity Cairo-Estram c/ Ipitrade International*, note OPPEIT, Clunet 1989 p. 1045; Paris du 20 janvier 1988, *Société VSK electronics SA c/ Société Sainport et Brice international SBI*, Clunet 1989 p. 1032

¹⁵⁸ Cass. Civ. du 14 mars 1984, *République islamique d'Iran c/ Commissariat à l'énergie atomique et autres*, note COUCHEZ, Rev. arb. 1985 p. 71; voir aussi Paris du 13 février 1990 : "L'existence d'une clause compromissoire ne fait pas obstacle en principe à la compétence du juge des référés (provision) mais la compétence de la juridiction française des référés, justifiée par l'urgence, est cependant exclue dès lors que le tribunal arbitral est saisi, et peut l'être, dans tous les cas par la convention des parties" D. 1990 p. 593

dans des matières diverses et hétéroclites qui nécessitent l'intervention du juge en dehors de tout litige (matière gracieuse au sens strict), ou lorsque les circonstances interdisent que le destinataire de la mesure en soit informé. En matière de mesures conservatoires, cette procédure est utilisée pour les autorisations de saisie conservatoire et de saisie-arrêt. De façon générale, cette procédure est suivie chaque fois qu'une mesure urgente doit être ordonnée, "lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement" (art. 812 NCPC). Cette procédure permet au juge de prendre toute mesure qui risquerait de ne pas être efficace si le défendeur était informé.

81. Conçue comme une procédure totalement unilatérale et gracieuse, elle n'est assujettie, sauf disposition contraire, à aucune règle de compétence territoriale particulière. Le risque est donc grand que le demandeur ne choisisse un for selon ses convenances personnelles. Pour cette raison, Solus et Perrot recommandent, lorsque la mesure est dirigée contre une personne déterminée, d'appliquer les règles de compétence du droit commun¹⁵⁹. Une fois que l'ordonnance a été rendue, le tiers affecté par la décision peut provoquer un débat contradictoire qui, rétrospectivement, corrige le caractère unilatéral de la procédure initiale. Le droit français offre à celui-ci la possibilité de demander la rétractation de l'ordonnance au juge qui l'a prononcée. La procédure de rétractation, instruite comme en référé, respecte le principe de contradiction. La partie visée par une ordonnance de requête peut en demander en tout temps la rétractation, sans être soumise à aucun délai.

b. Droit allemand

82. En Allemagne, comme en France ou en Suisse, le droit distingue entre les mesures provisoires qui ont pour objet de garantir les créances en paiement d'une somme d'argent, des autres mesures provisoires. Les mesures conservatoires garantissant une somme d'argent (Arrest, Par. 916 ss ZPO), aussi bien que les mesures provisoires ordinaires (Par. 935 ss ZPO) sont placées selon la systématique du code de procédure dans le livre 8 consacré à l'exécution des jugements. Si la doctrine admet unanimement que cette classification est erronée, et que les mesures provisoires visent à obtenir un titre permettant une exécution forcée ultérieure¹⁶⁰, cette conception n'en a pas moins une certaine importance sur la façon dont ces mesures sont réglementées. En particulier, le Par. 917 al. 2 ZPO, qui permet d'obtenir un séquestre (Arrest) lorsque le jugement doit être exécuté à l'étranger, est nettement conçu comme une modalité particulière de l'exécution des jugements allemands.

83. La procédure de séquestre (Arrest, Par. 916 ss ZPO) fait l'objet d'une réglementation détaillée qui contraste avec les dispositions fragmentaires qui régissent les autres mesures provisoires. La plupart des dispositions réglant cette mesure particulière s'appliquent par analogie aux autres mesures (Par. 936 ZPO). Le demandeur peut obtenir un séquestre s'il rend vraisemblable qu'il est créancier du défendeur et qu'il dispose d'un cas de séquestre (Arrestgrund). De façon générale, le

¹⁵⁹ SOLUS / PERROT, III p. 1170 et 1171

¹⁶⁰ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 2 vor Par. 916 ZPO

séquestre peut être ordonné si l'exécution du jugement au fond risque d'être mise en péril (Par. 917 al. 1 ZPO). Sur l'interprétation exacte de cette disposition, règne une "beträchtliche Unklarheit"¹⁶¹. En effet, le tribunal qui ordonne le séquestre dispose d'une certaine marge d'appréciation. En tous les cas, la détérioration de la situation patrimoniale du défendeur ne justifie pas à elle seule une telle mesure¹⁶².

84. Dans les situations internationales, la simple perspective de devoir exécuter le jugement à l'étranger constitue un cas de séquestre (Par. 917 al. 2 ZPO). Dans ce cas, le demandeur n'a pas à démontrer ou à rendre vraisemblable l'existence d'un danger concret qui menace les perspectives d'exécution du jugement. Dans le cadre de la Convention de Bruxelles, deux problèmes principaux se posent en relation avec cette disposition¹⁶³. En premier lieu, peut-on encore, au vu des facilités importantes apportées par la Convention à l'exécution des jugements, assimiler l'exécution forcée d'un jugement dans un Etat membre, à une exécution à l'étranger au sens du Par. 917 al. 2 ZPO ? La jurisprudence allemande s'en est tenue à une interprétation littérale¹⁶⁴ et assimile les autres Etats parties à la Convention à "l'étranger" au sens de cette disposition. Cependant, une partie importante de la doctrine conteste la justification de cette solution, et souhaite écarter de son application les litiges dont l'exécution forcée se réalisera dans un Etat membre de la Convention de Bruxelles. En effet, une telle mesure conservatoire protège le créancier qui conduit un procès en Allemagne contre les risques d'une impossibilité ou d'une très grande difficulté d'obtenir l'exécution du jugement à l'étranger. Lorsque la Convention s'applique, les perspectives d'obtenir l'exécution forcée du jugement à l'étranger ou dans l'Etat d'origine sont pratiquement équivalentes. La procédure d'exécution instituée par la Convention n'est pas plus lente qu'une procédure d'exécution d'un jugement national. De plus, l'art. 39 permet de prendre immédiatement des mesures conservatoires, dès l'introduction de la procédure d'exécution, avant même que le défendeur ne soit emendu. Dans ces conditions, il n'est pas légitime de bloquer le patrimoine d'un défendeur pendant toute la durée du procès au fond en Allemagne parce qu'il est domicilié dans un autre Etat partie à la Convention¹⁶⁵. Ainsi que le remarque avec

¹⁶¹ ACKMANN, IPRax 1991 p. 168 note 26

¹⁶² STED / JONAS / GRUNSKY n° 5 ad Par. 917 ZPO

¹⁶³ PETER MANKOWSKI, *Zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung in Par. 917 Abs. 2 ZPO*, RIW 1991, p. 181 à 188

¹⁶⁴ OLG Frankfurt du 14 février 1990, IPRax 1991 p. 185; KROPHOLLER, *EZPR*, n° 10 ad art. 24; STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 15 ad art. 917 ZPO; PETER MANKOWSKI, *Zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung in Par. 918 Abs. 2 ZPO*, RIW 1991, p. 181 à 188, spéc. 185 ss

¹⁶⁵ ACKMANN, IPRax 1991 p. 166 à 168; EHRICKE, NJW 1991, p. 2189; DITTMAR, NJW 1978 p. 1720 à 1722; SCHLOSSER, IPRax 1985 p. 321, 322 qui estime même qu'il s'agit d'une discrimination injustifiée selon l'art. 7 du traité de Rome; GEIMER / SCHÜTZE, U1 Par. 41 p. 277; OLG Koblenz, NJW 1976, p. 2081

pertinence GRUNSKY¹⁶⁶, une disposition telle que le Par. 917 al. 2 ZPO, n'a, dans le cadre de la Convention, "keine sinnvolle Aufgabe mehr."

85. Selon l'interprétation ordinaire du Par. 917 al. 2 ZPO cette disposition ne garantit que l'exécution future des jugements allemands à l'exclusion des jugements étrangers. Par conséquent, un séquestre ne peut être ordonné sur la base de cette disposition que si un juge allemand est compétent pour connaître du fond¹⁶⁷. Selon GRUNSKY, cette distinction ne se justifie pas¹⁶⁸. En effet, le besoin de protection du créancier n'est pas différent selon que la procédure au fond se déroule à l'étranger ou en Allemagne. De fait, les tribunaux allemands se déclarent compétents pour ordonner un "Arrest" lorsque la procédure au fond fait l'objet d'un arbitrage¹⁶⁹. Se justifie-t-il vraiment de traiter différemment les procédures étatiques étrangères des procédures arbitrales ? Le but de l'Arrest n'est pas de permettre l'affirmation de l'autorité des jugements allemands, mais bien plutôt de protéger un créancier contre les incertitudes d'une future procédure d'exécution. A cet égard, "die besseren Gründe sprechen dafür, bei Abs 2 nicht auf die Herkunft des Titels abzustellen"¹⁷⁰. Dans le cadre de la Convention, l'assimilation d'un jugement étranger à un jugement allemand se justifie encore davantage, puisque la philosophie de la Convention repose largement sur une présomption d'équivalence des décisions judiciaires émanant des États contractants. Certains auteurs assimilent donc aux jugements allemands, les décisions des autres États contractants¹⁷¹. Cette conception élargie de l'art. 917 al. 2 contient toutefois en germe un certain danger. En effet, le risque lié à l'exécution forcée d'un futur jugement étranger à l'étranger peut difficilement être apprécié de façon générale. L'intervention des tribunaux allemands ne peut se justifier par le seul fait que l'exécution doit se dérouler ailleurs qu'en Allemagne. Pour reprendre l'exemple de KROPHOLLER¹⁷², les tribunaux allemands n'ont pas à protéger à titre provisoire une prétention dont l'existence fait l'objet d'une procédure en Italie et qui devra être exécutée en Italie.

¹⁶⁶ GRUNSKY, *RIW* 1977 p. 8, critique la situation de lege ferenda, mais considère que le droit actuel ne permet pas une autre interprétation

¹⁶⁷ ZÖLLER / VOLLKOMMER, n° 15 ad Par. 917 ZPO; KROPHOLLER, *EZPR*, n° 12 ad art. 24; MANKOWSKY, *RIW* 1991 p. 184, WELTER, p. 75, EILERS, p. 60 à 72; OLG Frankfurt, *IPRax* 1983 p. 227; OLG Hamburg du 11 décembre 1989, *RIW* 1991 p. 244

¹⁶⁸ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 17 ad Par. 917 ZPO

¹⁶⁹ STEIN / JONAS / GRUNSKY n° 25 vor Par. 916 ZPO; la jurisprudence semble faire une distinction selon que l'arbitrage se déroule en Allemagne ou à l'étranger : OLG Frankfurt, *NJW* 1959 p. 1088; contra SCHLOSSER, *ZZP* 1986 p. 260, qui refuse l'application du Par. 917 Abs. 2 lorsque le fond fait l'objet d'un arbitrage, même en Allemagne

¹⁷⁰ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 17 ad Par. 917 ZPO

¹⁷¹ BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN, n° 2.c. ad Par. 917 ZPO

¹⁷² KROPHOLLER, *EZPR*, n° 13 ad art. 24

86. Une difficulté similaire apparaît si le jugement italien doit être exécuté non pas en Italie mais dans un autre Etat européen, en France, par exemple. Certes, même sous l'empire de la Convention, l'exécution d'un jugement italien en France est moins aisée que l'exécution d'un jugement français en France. Cette circonstance justifie-t-elle pour autant l'intervention des tribunaux allemands ? Pour que leur intervention soit utile, il faudrait encore que l'exécution du jugement italien soit possible en Allemagne, mais non en France. Certes, même sous l'empire de la Convention de Bruxelles, une telle situation peut occasionnellement se produire, en raison des motifs particuliers de refus de reconnaissance de l'art. 27 Convention. Toutefois, ces situations sont trop exceptionnelles pour justifier une intervention systématique de la procédure d'"Arrest", chaque fois qu'un futur jugement étranger doit être exécuté dans un autre Etat que son Etat d'origine. En revanche, une interprétation européenne de la notion de "jugement" au sens du Par. 917 al. 2 ZPO se justifierait lorsque un jugement émanant d'un autre Etat membre de la Convention doit être exécuté dans un Etat tiers. En effet, on peut admettre que l'exécution d'un jugement émanant d'un Etat membre de la Convention est plus aisée en Allemagne que dans n'importe quel Etat tiers. Par conséquent, le Par. 917 al. 2 ZPO conserve sa raison d'être¹⁷³. Une partie de la doctrine allemande recommande donc d'octroyer l'Arrest lorsque le jugement futur, émanant d'un Etat contractant, devra être exécuté dans un Etat¹⁷⁴. Il ne semble pas toutefois que cette solution se soit imposée dans la pratique¹⁷⁵.

87. La compétence des tribunaux allemands pour ordonner un séquestre est régie par le Par. 919 ZPO. Cette disposition confère au demandeur le choix de saisir alternativement l'Amtsgericht du lieu où le séquestre doit être exécuté ou le tribunal compétent au fond. Ce paragraphe, qui règle en matière interne aussi bien la compétence locale que matérielle des tribunaux, est appliqué par analogie à la compétence internationale¹⁷⁶.

88. Dans le cadre de la Convention de Bruxelles, le for de l'action au fond se limite-t-il aux compétences directes autorisées par la Convention, ou permet-il également au demandeur d'invoquer, pour obtenir un séquestre, la compétence fictive d'une action au fond qui se déroulerait dans un for exorbitant (for du patrimoine, Par. 23 ZPO) ? Cette question est controversée¹⁷⁷. Pour la plupart des auteurs, la Convention ne prive pas le demandeur de sa faculté d'invoquer la compétence de l'Amtsgericht du lieu où le séquestre doit être exécuté. En revanche, la possibilité de demander un séquestre au for du patrimoine comme for de l'action au fond est

¹⁷³ KROPHOLLER, *EZPR*, note 15 ad art. 24

¹⁷⁴ GEIMER / SCHÖTZE, I/1 Par. 41 p. 281; KROPHOLLER, *loc. cit.*; EHRLICHE, *NJW* 1991 p. 2192; *LG Bremen*, *RJW* 1980, p. 366

¹⁷⁵ KROPHOLLER, n° 15 ad art. 24

¹⁷⁶ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 2 ad Par. 917 ZPO; SCHACK, *IZVR*, BGHZ 44 p. 46

¹⁷⁷ Sur cette controverse, voir HANISCH, *IPRax* 1991 p. 215 ss

controversée. Selon deux arrêts de l'OLG Koblenz¹⁷⁸, le for du patrimoine est exclu pour obtenir un séquestre dans le cadre de la Convention. La référence du Par. 919 ZPO au for de l'action principale ne peut correspondre qu'à un chef de compétence admis par la Convention. La question a un intérêt pratique assez limité toutefois si l'on sait que le demandeur peut toujours invoquer la compétence de l'Arbeitsgericht du lieu où le séquestre doit être exercé.

89. Comme le Par. 917 al. 2 ZPO se limite à pallier l'exécution à l'étranger d'un jugement allemand, les conditions d'octroi de l'Arrest sont réduites en comparaison du séquestre du droit suisse. En effet, comme le for de la situation du patrimoine est exclu par la Convention, il est impossible d'obtenir un jugement allemand en l'absence d'un for conventionnel. Le défendeur peut valablement objecter à la demande de séquestre qu'il n'existe pas de for pour l'action au fond en Allemagne et que, par conséquent, l'obtention d'un jugement allemand n'est pas possible¹⁷⁹.

90. Le droit allemand connaît deux formes d'Arrest, le "persönliche Arrest" et le "dingliche Arrest". Le séquestre personnel (Par. 918 ZPO) représente une survivance de la contrainte par corps et permet au tribunal de restreindre la liberté de mouvement d'un débiteur récalcitrant. Subsidaire, cette forme de mesure conservatoire ne représente plus un intérêt pratique considérable. En tous les cas, elle ne peut être utilisée ni comme un moyen de punir le débiteur de son insolvabilité, ni comme un moyen indirect de le contraindre à gagner les moyens nécessaires à désintéresser son créancier ni même encore pour l'obliger à rapatrier des éléments de patrimoine qu'il aurait mis à l'abri à l'étranger¹⁸⁰. En définitive, cette mesure n'est guère utilisée que pour contraindre le débiteur à révéler la présence de biens qu'il pourrait avoir cachés à l'intérieur du pays.

91. Le "dingliche Arrest" s'exerce sur l'ensemble du patrimoine saisissable du débiteur, et non seulement sur les biens désignés ou connus par le créancier. Le séquestre est ordonné si le demandeur rend vraisemblable la créance qu'il invoque et l'existence d'un cas de séquestre, par exemple le fait que le jugement devra être exécuté à l'étranger. En revanche, le demandeur ne doit pas indiquer au stade du séquestre, les biens sur lesquels doit porter la mesure¹⁸¹. Ce n'est qu'au moment de l'exécution de la mesure sous forme de saisie (Pfändung) que se produit l'individualisation des biens touchés par le séquestre. Cette particularité a pour conséquence que le séquestre est susceptible de déployer ses effets au delà du ressort judiciaire du tribunal qui l'a ordonné¹⁸². Vu son caractère général, le séquestre de droit allemand est susceptible d'être exécuté sur des biens se situant à l'étranger. Il a

¹⁷⁸ RIW 1977 p. 359, NJW 1976 p. 2081 et IPRax 1991 p. 241, Obs. HANISCH p. 215

¹⁷⁹ WELTER, p. 76

¹⁸⁰ STEIN / JONAS / GRUNSKY n° ad Par. 918 ZPO; ZÖLLER / VOLLKOMMER, n° 1 ad Par. 918 ZPO

¹⁸¹ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 16 ad Par. 920 ZPO

¹⁸² STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 13 ad Par. 919 ZPO

même été admis que le tribunal allemand compétent au fond peut ordonner un Arrest même si le défendeur n'a aucun bien en Allemagne¹⁸³. Le droit allemand prévoit d'ailleurs expressément que l'ordonnance de séquestre doit être motivée lorsque son exécution intervient dans un des Etats membres de la Convention de Bruxelles (art. 32 al. 4 AVAG¹⁸⁴) alors que cette exigence de motivation ne s'applique pas dans les procédures purement internes¹⁸⁵.

92. La procédure de séquestre est en principe contradictoire, et le débiteur est normalement entendu avant que le tribunal ne prenne sa décision. Toutefois, le tribunal peut renoncer à une procédure contradictoire et statuer sans tenir d'audience, notamment si un effet de surprise est nécessaire pour empêcher que le défendeur ne compromette l'exécution de la mesure. Dans cette hypothèse toutefois, le défendeur a la possibilité de faire valoir sa position dans une procédure d'opposition (Widerspruch; Par. 924 ZPO), qu'il peut introduire en tout temps après la notification de la décision¹⁸⁶.

93. Le défendeur a le droit de demander au juge d'intimer au demandeur au bénéfice d'un séquestre d'introduire une action au fond dans un certain délai, dont le non respect entraîne la péremption de la mesure (Par. 926 ZPO). De plus, la jurisprudence reconnaît au défendeur une action en constatation négative de droit tendant à faire établir l'inexistence de la prétention à l'origine du séquestre et par conséquent rendre caduque la mesure conservatoire¹⁸⁷. En revanche, le droit allemand n'exige pas du demandeur qu'il introduise spontanément une action au fond pour valider la mesure provisoire.

94. A côté des mesures de séquestre, le droit allemand accorde une protection provisoire par une série de mesures que la doctrine classe en trois catégories. Leur point commun réside dans l'exigence imposée au demandeur de rendre vraisemblable l'existence de sa prétention (Verfügungsanspruch). Elles se distinguent par les conditions d'octroi supplémentaires qui leur sont particulières (Verfügungsgrund).

95. En premier lieu, il s'agit des mesures conservatoires (Sicherungsverfügungen) dont le but est de protéger à titre provisoire toute prétention, autre que le paiement d'une somme d'argent, dont l'exécution est menacée¹⁸⁸. Les tribunaux jouissent dans le choix des mesures à disposition d'un très large pouvoir d'appréciation. En

¹⁸³ cf. WELTER, p. 74

¹⁸⁴ Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz du 30 mai 1988, (loi d'introduction aux conventions de reconnaissance et d'exécution)

¹⁸⁵ Pour des exemples de mesures de séquestre allemandes exécutées en Hollande, cf. VERHEUL, NILR 1981 p. 217

¹⁸⁶ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 11 ad Par. 924 ZPO

¹⁸⁷ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 2 ad Par. 926 ZPO

¹⁸⁸ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 4 ad Par. 935

particulier, des mesures d'interdiction ou d'injonction de faire peuvent être ordonnées. En raison du caractère provisoire de la mesure, le tribunal doit éviter de créer une situation irréversible qui ne pourrait plus être réparée après l'issue de la procédure au fond¹⁸⁹.

96. En second lieu, le droit allemand prévoit des mesures provisoires, (*Regelungsverfügungen*, Par. 940 ZPO), dont la fonction est moins de protéger l'objet de la contestation que de régler de manière provisoire un rapport juridique durable¹⁹⁰. La doctrine allemande traditionnelle estime que ces mesures ont pour objet principal le maintien de la paix juridique (*Rechtsfrieden*), plutôt que la protection d'une prétention individuelle. Cette distinction n'est pas toujours bien marquée dans la pratique et de nombreuses voix contestent le bien fondé de son fondement théorique¹⁹¹. En effet, les deux institutions ont pour but de protéger les droits subjectifs des parties, et toute mesure judiciaire a pour but de maintenir la paix juridique.

97. De la variété des mesures ordonnées par la jurisprudence, la doctrine a identifié une troisième catégorie qui ne correspond exactement à aucun des deux groupes prévus par la loi. Alors que les *Regelungsverfügungen* et les *Sicherungsverfügungen* protègent la réalisation future de la prétention du demandeur et ne doivent pas conduire à la résolution définitive du litige, la pratique a accordé dans certains cas, au stade des mesures provisoires, ce qui fait l'objet de la procédure au fond. Ces "*Leistungsverfügungen*" ont trouvé un appui subséquent dans la législation, notamment en matière de concurrence déloyale (art. 25 UWG) et de propriété intellectuelle¹⁹². Une part importante de cette catégorie est constituée par les interdictions provisoires et les obligations provisoires de restituer (protection possessoire). En particulier, la jurisprudence allemande a développé, en dehors des cas d'entretien de droit de la famille, des mesures provisoires condamnatoires tendant au paiement d'une somme d'argent, lorsque le créancier a particulièrement besoin du paiement rapide de celle-ci, notamment dans les actions en réparation d'un dommage corporel¹⁹³.

c. Droit anglais.

98. Certaines particularités du droit anglais contemporain en matière de mesures provisoires s'expliquent par son histoire. Jusqu'au XIX^e siècle, le droit anglais connaissait deux systèmes de juridictions entièrement séparées, l'un administrant la "*Common Law*" et le second corrigeant les rigueurs du formalisme du premier par

¹⁸⁹ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 3 ad Par. 938

¹⁹⁰ STEIN / JONAS / GRUNSKY, ZPO n° 29 vor Par. 935

¹⁹¹ LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, p. 105 ss

¹⁹² STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 32 vor Par. 935 ZPO

¹⁹³ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 39 vor Par. 935 ZPO; HEISS, p. 61; Ce type de mesure est inconnu en droit Suisse, HOHL, AJP 1992 p. 580

l'"equity". Les tribunaux de Common Law, n'avaient que le pouvoir de prononcer des jugements en paiement d'une somme d'argent. Les remèdes procéduraux permettant d'ordonner des prestations positives ou des obligations d'abstention ont été inventés et développés par les organes judiciaires chargés d'administrer l'equity. Ces mesures sont liées au mode particulier d'exécution du "contempt of court", inconnu du droit continental. Depuis 1875, l'equity et la Common Law ont fusionné et depuis cette date, les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner des mesures d'injonction sous leur forme actuelle. Toutefois, le droit anglais a hérité de la coexistence de ces deux systèmes juridiques séparés la faculté, inconnue des droits d'Europe continentale, de pouvoir intervenir dans une procédure étrangère par des injonctions adressées aux parties soumises à sa juridiction¹⁹⁴.

99. Les tribunaux anglais exprimaient traditionnellement une certaine réserve dans l'admission de mesures provisoires. Les injonctions provisoires (interlocutory orders) n'étaient accordées qu'après une appréciation anticipée du cas et des preuves soumises sous forme d'affidavit¹⁹⁵, comme c'est le cas dans la plupart des droits d'Europe continentale. La House of Lords a permis une plus grande flexibilité en décidant que l'octroi d'injonctions provisoires devait résulter non plus d'une appréciation anticipée du litige, mais d'une pesée des intérêts des parties en présence (balance of convenience test)¹⁹⁶. Ce climat relativement favorable à l'extension des mesures provisoires a permis l'éclosion d'un certain nombre de types nouveaux de mesures dont le développement n'est pas encore achevé à ce jour.

100. En premier lieu, les mesures qui furent nommées "Mareva injunctions", en souvenir de l'un des premiers cas où elles furent ordonnées¹⁹⁷, a comblé un vide dans la procédure anglaise qui auparavant ne permettait pas de prendre des mesures conservatoires avant le jugement final à l'encontre de biens appartenant au débiteur¹⁹⁸. Il s'agit d'une mesure d'interdiction dirigée contre le défendeur, l'empêchant de disposer de ses biens ou de les déplacer à l'étranger, avant que le jugement au fond ne soit rendu¹⁹⁹. Création spontanée de la jurisprudence, la Mareva injunction a connu une évolution spectaculaire qui suscite la fierté des juges

¹⁹⁴ cf. infra n° 120

¹⁹⁵ COLLINS, *Provisional Measures, the Conflict of Laws and the Brussels Convention*, Yb. Eur. L. 1981 p. 249 à 265

¹⁹⁶ *American Cyanamid Co vs Ethicon* [1975] AC 396; GRAY, *Interlocutory Injunctions since Cyanamid*, [1981] Camb LJ 307

¹⁹⁷ *Mareva Companiera Naviera SA vs International Bulkcarriers SA* [1975] 2 Lloyd's Rep 509; [1980] 1 All ER 213

¹⁹⁸ GEE, p. 1 et 2; COLLINS, LQR p. 263. En droit écossais, en revanche, il a toujours existé des mesures permettant de prendre des mesures conservatoires sur les biens du défendeur, procédure dite d'"arrestment of moveables", cf. ANTON, *Private International Law*, p. 188 à 193

¹⁹⁹ GEE, p. 9 à 11

anglais²⁰⁰ et un mélange de fascination et d'effroi aux nombreux commentateurs continentaux qui se sont intéressés à cette institution²⁰¹. Le développement spectaculaire du droit des Mareva Injunctions est un exemple parfait de la créativité de la Common Law, qui a créé et développé en quelques années un nouvel instrument de procédure, totalement inconnu il y a seulement vingt ans²⁰².

101. Elles ont été ordonnées en premier lieu lorsque les tribunaux anglais étaient saisis du fond du litige et que le défendeur domicilié à l'étranger possédait des biens en Grande-Bretagne. Les différentes limites à l'octroi des Mareva Injunctions se sont progressivement effacées. La première étape du développement a été la dissociation du for des mesures provisoires de celles du for de l'action au fond. Le lien entre la procédure au fond et le pouvoir d'ordonner des Mareva Injunctions a été examiné pour la première fois dans l'affaire *Siskina vs Diskos SA*²⁰³. Il s'agissait d'un litige qui devait être tranché devant les tribunaux italiens, en raison d'une prorogation de for. Les biens du défendeur (une société armatrice panaméenne dont l'unique navire avait coulé entre Chypre et le Pyrée) se résumaient à une créance contre des assureurs londoniens. Le demandeur avait sollicité une Mareva Injunction faisant interdiction au défendeur en attendant l'issue du jugement italien de sortir de Grande-Bretagne les sommes d'assurances qu'il devait recevoir. Le débat a porté devant les tribunaux anglais sur la possibilité d'ordonner des mesures provisoires dans une affaire où des tribunaux étrangers sont compétents pour statuer au fond.

102. L'injonction, refusée en première instance, a été accordée par la Court of Appeal, pour être finalement définitivement refusée par la House of Lords. Les divergences d'opinion des juges anglais ont porté en particulier sur l'interprétation de l'art. 24 de la Convention de Bruxelles, alors pourtant non encore en vigueur en Grande-Bretagne. Pour Lord DENNING, le système de la Convention et son intégration dans la Communauté requérait des tribunaux anglais qu'ils interviennent pour faciliter l'exécution d'un jugement italien. Selon lui, l'art. 24 impose une certaine harmonisation des droits des Etats membres, et justifie l'octroi de mesures provisoires lorsque la procédure au fond est de la compétence des autres Etats contractants. L'art. 24 a donc un effet de droit matériel, et exige des Etats membres qu'ils accordent la même protection provisoire, que le fond du litige soit du ressort de leurs tribunaux ou des tribunaux d'un autre Etat membre. En revanche, pour la House of Lords et pour Lord DIPLOCK, l'art. 24 n'est qu'une norme purement permissive, qui n'impose aucune harmonisation, mais qui, au contraire, renonce à unifier les règles de compétence en matière de mesures provisoires. L'art. 24 autorise seulement, mais

²⁰⁰ Ainsi Sir J Donaldson in *Deutsche Schachtbau v R'as al Khaimah National Oil Co* [1987] 3 WLR 1023

²⁰¹ THOMAS KAISER, *Mareva Injunction : Höhepunkt überschritten*, ZfRV 1988 p. 194 à 201 et *Neuere Entwicklungen zur Mareva Injunction*, ZfRV 1988 p. 254 à 258

²⁰² KURT LIPSTEIN, *A New English Procedural Remedy - Mareva Injunctions*, FS Vischer p. 73 à 82

²⁰³ [1979] AC 210; [1977] 3 All ER 803

n'oblige pas, les différents droits des Etats contractants, s'ils l'estiment nécessaire, à accorder des mesures provisoires lorsqu'un autre Etat membre est compétent pour statuer au fond. La Mareva Injunction a donc été refusée, pour le motif que le droit anglais ne permettait pas d'ordonner des mesures provisoires si les tribunaux anglais ne sont pas compétents pour statuer au fond.

103. C'est le législateur anglais qui a autorisé les juges à ordonner des mesures provisoires lorsque les tribunaux anglais ne sont pas saisis du fond. En effet, le Civil Jurisdiction Act 1982 (art. 25), qui a incorporé en droit anglais les provisions de la Convention, confère expressément le pouvoir à la High Court d'ordonner des mesures provisoires, lorsque les procédures au fond "have been or are to be commenced in a contracting state other than the United Kingdom" ²⁰⁴.

104. Alors que les premières décisions confinaient les Mareva Injunctions aux cas où les défendeurs étaient domiciliés à l'étranger, toute distinction suivant le lieu de situation du défendeur a été abolie, et un débiteur anglais résidant en Angleterre peut fort bien être assujéti à une Mareva Injunction ²⁰⁵. Contrairement au droit allemand ou au droit suisse, le droit anglais ne fait aucune distinction selon le domicile des parties ou selon le lieu d'exécution de la mesure.

105. Après avoir relâché les limites relatives au for de l'action principale et au domicile du défendeur, les tribunaux anglais ont abattu la dernière barrière à une extension universelle de la portée des Mareva Injunctions ²⁰⁶. Pendant longtemps, il était admis que ces mesures ne pouvaient s'appliquer qu'à des biens situés en Angleterre. Ainsi, en 1987, un juge pouvait affirmer que la portée des Mareva Injunction était "clearly limited to assets within the jurisdiction" ²⁰⁷. Cette restriction aux biens situés sur le territoire anglais ne correspondait pas aux règles traditionnelles en matière d'injonction. En effet, le pouvoir d'ordonner celles-ci ne dépend pas du lieu où l'acte ordonné doit être exécuté. Toute personne, sujette à la "jurisdiction" des tribunaux anglais, est susceptible de se faire intimé un certain comportement, même à l'étranger ²⁰⁸. Par conséquent, le pas a pu aisément être franchi, et dans plusieurs cas récents, la jurisprudence anglaise a ordonné des Mareva Injunctions, bloquant des

²⁰⁴ Section 25(1) of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982

²⁰⁵ *Bekhor & Co v Bilton*, [1981] QB 923 ad p. 936-937

²⁰⁶ PETER KAYE, *Extraterritorial Mareva Orders and the relevance of Enforceability*, *Civil Justice Law Quarterly*, 1990 p. 12 à 16

²⁰⁷ *Dillon L.J., Ashiani v Kashi* [1987] QB 889

²⁰⁸ COLLINS, LQR 1989 p. 278; Neill, L.J. in *Babanaft International Co v Basatine* [1989] 2 WLR 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." Par comparaison aux Etats-Unis où ce pouvoir est encore plus largement exercé, BORN / WESTIN, p. 432 à 438

biens à l'étranger. En effet, selon l'expression souvent citée de L.J. KERR²⁰⁹ : "Some situations, which are nowadays by no means uncommon, cry out, as a matter of justice for plaintiff, for (...) Mareva type injunctions covering foreign assets of defendants." L'évolution du droit anglais, qui a permis la naissance de ce que les commentateurs ont baptisé "Worldwide Mareva Injunctions", a été extrêmement rapide.

106. Une telle injonction a été ordonnée pour la première fois dans un cas où le jugement au fond avait déjà été rendu. Il s'agissait pour les demandeurs d'essayer de faire exécuter un jugement anglais contre des défendeurs qui avaient eu soin de disséminer leurs biens dans de nombreux endroits discrets à l'étranger. Le jugement de la High Court, rendu après renvoi de la Court of Appeal, ordonna le gel de tous les avoirs des défendeurs dans le monde entier, jusqu'à l'exécution du jugement. Il est curieux, et probablement peu conforme au système de la Convention²¹⁰, qu'une telle mesure extra territoriale ait été ordonnée en *exécution* d'un jugement. En effet, l'art. 16 ch. 5 Convention réserve la compétence exclusive en matière d'exécution des jugements, aux tribunaux dans le ressort desquels l'exécution doit avoir lieu. Lord Kerr, qui a discuté le problème particulier de l'art. 16 ch. 5, a considéré que cette disposition ne s'appliquait pas aux mesures provisoires rendues à l'appui d'une procédure d'exécution. La Mareva Injunction n'était qu'une mesure conservatoire, sujette à l'art. 24 Convention et pouvait être ordonnée pour renforcer une procédure d'exécution conduite à l'étranger au for exclusif de l'art. 16 ch. 5. Le rapport entre l'art. 24 et les fors exclusifs de l'art. 16 Convention sera discuté en détail plus bas²¹¹. Toutefois, on observera que les autorités d'un Etat peuvent difficilement prendre des mesures conservatoires pour assurer l'exercice d'une procédure d'exécution qui relève de l'exercice de la souveraineté d'un autre Etat. Dans la mesure où ils ne peuvent pas procéder eux-mêmes à l'exécution du jugement qu'ils ont ordonné, ils devraient s'abstenir d'interférer avec des actes d'exécution qui ressortissent à la responsabilité d'autres Etats, en application de la procédure prévue par les art. 31 ss Convention. Le pouvoir des autorités judiciaires d'ordonner des mesures conservatoires est paradoxalement plus étendu avant le jugement final qu'il ne l'est après. Alors que les premières peuvent s'accommoder d'un régime "extraterritorial", la canalisation de la procédure d'exécution au lieu où elle doit s'exercer, interdit aux Etats membres d'ordonner des mesures conservatoires pour assurer le succès d'une procédure d'exécution à l'étranger. Pour cette raison la première brèche au système de la stricte territorialité des Mareva Injunctions, qui a permis d'assurer l'exécution d'un jugement final en bloquant des biens à l'étranger est sans doute également la plus contestable.

107. Même s'ils se déclarent plus enclins à ordonner des Mareva Injunctions affectant des biens à l'étranger lorsque le jugement au fond a déjà été rendu, les juges anglais

²⁰⁹ in *Babanaft International Co v Bassatne* [1989] 2 WLR 232, [1989] ECC 151

²¹⁰ cf. GERARD HOGAN, *The Judgments Convention and Mareva Injunctions in the United Kingdom and Ireland*, ELR 1989 p. 191 à 200

²¹¹ cf. *infra* n° 131

ont également pris de telles mesures avant que la procédure au fond ne soit achevée. Dans la procédure intentée par la République haïtienne contre Jean-Claude Duvalier et consorts, les demandeurs avaient sollicité des Mareva Injunctions devant les tribunaux anglais. La procédure au fond avait lieu en France, aucun des défendeurs n'était domicilié en Angleterre et n'y possédait de biens. Le seul lien avec le for des mesures provisoires se limitait au fait que des sollicitors londoniens détenaient, au nom des défendeurs, des comptes bancaires à l'étranger. Malgré ce lien ténu avec le for, les tribunaux anglais ont accordé une Mareva Injunction sur tous les biens situés à l'étranger appartenant aux défendeurs²¹². Dans des cas subséquents, la Court of Appeal a confirmé qu'elle était prête à prendre des mesures affectant la disponibilité de biens à l'étranger, que l'action au fond soit pendante en Angleterre ou dans un des Etats parties à la Convention.

108. Les circonstances exactes dans lesquelles de telles mesures seront accordées à l'avenir sont difficiles à prévoir. Selon les principes brièvement résumés ici, découlant de la lecture de quelques cas récents, on pourrait imaginer que les tribunaux anglais interviennent par des Mareva Injunctions chaque fois qu'un tribunal européen est saisi du litige au fond. Une telle situation serait à l'évidence absurde, et les juges anglais ont pris soin de préciser, en élargissant leur champ d'action, que les cas où ils interviendraient sur des biens situés hors de Grande-Bretagne seraient rares²¹³. En droit anglais, l'octroi ou le refus des injonctions est une décision discrétionnaire des juges²¹⁴. Par conséquent, même si la doctrine du forum non conveniens était complètement écartée dans le cadre de la Convention, les juges anglais resteraient relativement libres de choisir d'intervenir ou non par des mesures provisoires. En exerçant ce pouvoir discrétionnaire dans des situations internationales, les juges anglais ont souvent tenu compte des perspectives d'exécution de la mesure à l'étranger et du respect de la souveraineté étrangère²¹⁵. Sous l'empire de la Convention, la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires à l'étranger ne posent pas de difficultés particulières, et les mesures provisoires bénéficient du même régime de reconnaissance quasi-automatique que les jugements ordinaires. Cette circonstance pourrait bien inciter les juges anglais à faire un large usage de leur pouvoir discrétionnaire²¹⁶.

109. La description des Mareva Injunctions ne serait pas exacte si elle n'incluait pas quelques indications sur certaines caractéristiques qui les démarquent de la plupart des

²¹² Republic of Haiti v Duvalier [1989] 2 WLR 261, CA

²¹³ Neill, L.J. in Republic of Haiti v Duvalier, [1989] ECC p. 463 : "Cases where it will be appropriate to grant such an injunction will be rare - if not very rare indeed" et Kerr, L.J. in Babanaft, [1989] ECC p. 165

²¹⁴ STEPHEN O'MALLEY / ALEXANDER LAYTON, *European Civil Practice*, p. 149 et p. 165

²¹⁵ cf. par exemple le raisonnement de Kerr, L.J. in Babanaft, [1989] 2 WLR p. 244 et 245 et la critique de PETER KAYE, *Civil Justice Quarterly* 1990 p. 12 à 16

²¹⁶ O'MALLEY / LAYTON, p. 35 - 37

institutions qui remplissent les mêmes fonctions dans les droits des pays d'Europe continentale. Le pouvoir des tribunaux d'ordonner des Mareva Injunctions, s'accompagne de différentes mesures accessoires (ancillary orders) qui en garantissent l'efficacité²¹⁷. Ces mesures sont parfois très incisives et dans certains cas justifient même la limitation de la liberté de mouvement du défendeur²¹⁸.

110. La mesure la plus particulière est celle qui permet d'exiger du défendeur qu'il fournisse des informations ou des documents concernant ses biens. A cet égard, le droit anglais est en parfaite opposition avec les conceptions suisses. Le droit suisse en matière de séquestre réproouve avec force l'utilisation d'une procédure de séquestre pour obtenir des renseignements sur les biens du débiteur (inadmissibilité des séquestres exploratoires). Par conséquent, le créancier qui veut obtenir un séquestre doit connaître et rendre vraisemblable l'existence des biens qu'il cherche à faire frapper d'indisponibilité. En droit anglais, la procédure de Mareva Injunction permet au créancier d'obtenir tous les renseignements nécessaires sur la situation des biens de son débiteur. La pratique anglaise considère que l'information que le demandeur peut obtenir sur les biens du défendeur est un élément essentiel de l'efficacité des mesures provisoires²¹⁹. Avant même d'étendre l'effet des Mareva Injunctions aux biens situés hors d'Angleterre, les tribunaux avaient décidé d'ordonner au défendeur, par des mesures de "disclosure", de révéler l'existence de biens qu'il possède à l'étranger²²⁰.

111. L'intérêt des Mareva Injunctions pour le demandeur est donc considérable. Non seulement, il peut obtenir le gel de biens situés dans le monde entier, mais il reçoit par voie judiciaire toutes les informations qu'il souhaite sur leur localisation et leur importance. La tentation est donc grande d'utiliser cette arme pour découvrir des biens cachés dans d'autres Etats et d'y prendre immédiatement de nouvelles mesures conservatoires²²¹. Dans certains cas, la recherche de ces informations constitue le but unique du demandeur. Dans cette mesure on peut affirmer que l'efficacité principale des Mareva Injunctions portant sur des biens à l'étranger est assurée par l'ordre de "discovery" qui les accompagne.

112. Pour prévenir le risque de harcèlement procédural qui menace le défendeur et pour lui éviter de subir des procédures de mesures provisoires dans tous les Etats où il a des biens, les juges anglais assortissent généralement ces mesures d'une condition adressée au demandeur de ne pas utiliser sans l'autorisation préalable de la Cour les

²¹⁷ GEE, p. 212 à 224

²¹⁸ cf. Bayer AG v Winter [1986] 1 WLR 497, où le débiteur frappé d'une Mareva Injunction s'est vu interdire de quitter le pays et confisquer son passeport.

²¹⁹ COLLINS, LQR 1989 p. 286 ss

²²⁰ COLLINS, LQR 1989 p. 267; CBS UK Ltd v Lambert [1983] Ch 37; pour Hoffmann J. cité par GEE p. 214, restreindre l'ordre de dévoiler les biens à ceux qui se situent en Grande-Bretagne ne serait qu'une "pointless insularity".

²²¹ Derby & Co Ltd v Weldon [1989] 2 WLR 412

informations qu'il a obtenues. Selon KERR, L.J., cette mesure ne serait pas justifiée dans le cadre de la Convention. En effet, le système de l'art. 24 Convention exige que les mesures provisoires déploient leurs effets de la manière la plus incisive. Par conséquent, la partie qui a obtenu une Mareva Injunction doit pouvoir librement utiliser les renseignements qu'elle a obtenus pour obtenir l'exécution de la mesure ou tenter des procédures parallèles là où la reconnaissance s'avère impossible²²². En revanche, la majorité de la Cour n'a pas suivi cette position, et conserve donc le principe du contrôle judiciaire de l'utilisation de l'information par le demandeur²²³.

113. Une autre particularité des injonctions de droit anglais concerne l'effet qu'elles déploient envers les tiers. Lorsque les auteurs décrivent la particularité des Mareva Injunctions par rapport aux mesures poursuivant les mêmes objectifs dans d'autres ordres juridiques, ils insistent sur le fait qu'il s'agit d'un moyen de procédure qui agit "in personam", par opposition aux autres mesures qui ont un effet "in rem"²²⁴. Par cette formule, ils expriment l'idée que l'injonction est dirigée contre le défendeur personnellement, et qu'elle ne confère aucun droit réel d'aucune sorte sur les biens concernés. De plus, la "Mareva Injunction" n'implique pas une procédure de saisie ou ayant un effet similaire de "mettre sous main de justice" les biens qui en sont affectés. Il ne s'agit que d'une mesure d'interdiction adressée au défendeur, le prévenant d'aliéner ou de déplacer ses biens.

114. Cette description, toute exacte qu'elle soit, méconnaît la portée des règles de "contempt of court" sur les tiers et les effets indirects qu'une injonction peut déployer sur des tiers au procès. En effet, selon les principes généraux de droit anglais en matière d'injonction, un tiers qui, ayant connaissance de l'ordre de la Cour, aide la partie enjointe à violer la décision du juge se rend lui-même coupable de "contempt of court". Ainsi, par exemple, une banque qui a connaissance d'une Mareva Injunction affectant l'un de ses clients, se rend coupable de contempt of court si elle autorise celui-ci à retirer de l'argent ou des titres déposés chez elle au mépris de l'ordre du juge. Le seul fait d'honorer un chèque tiré sur un compte appartenant à une personne frappée d'une Mareva Injunction constitue pour l'établissement bancaire un contempt of court²²⁵. Parfois, cet effet indirect sur les tiers constitue le principal intérêt de la mesure. Ainsi, dans la procédure *Haiti v Duvalier*, le seul intérêt des Mareva Injunctions ordonnées par la High Court provenait de ce que les biens des défendeurs à l'étranger étaient détenus par des avocats londoniens. L'effet indirect de la mesure sur ceux-ci permettait seul d'assurer son exécution.

²²² cf. *Babanaft* ECC [1989] p. 171

²²³ *Nicholls*, L.J., *id.* p. 186

²²⁴ *GEE*, p. 9 et 10

²²⁵ *Z Ltd v A-Z*, Lord Denning MR, [1982] QB 558, 574; *Kerr*, L.J. in *Babanaft*: "Although Mareva injunctions are orders made in personam against defendants, they also have an in rem effect on third parties (...) the order is binding on third parties who have notice of the injunction." [1989] ECC 162

115. Bien entendu, l'effet indirect sur les tiers doit avoir des limites, lorsqu'il s'agit d'interdire des actes à l'étranger. Il ne semble pas cependant que la jurisprudence anglaise ait à ce jour clairement défini ces limites²²⁶. A en juger par quelques cas récents, il semble établi que les injonctions affectent parfois le comportement à l'étranger de tiers soumis à la juridiction anglaise. Dans la procédure *Duvalier*, la distinction a été faite entre personnes physiques et personnes morales, les premières étant sujettes au respect des injonctions à l'étranger alors que les secondes ne l'étaient pas. En clair, un avocat anglais doit s'abstenir d'aider l'un de ses clients à contrevenir à l'étranger à une injonction alors qu'une banque anglaise n'est pas tenue au même devoir. Cette distinction peu justifiée a été abandonnée²²⁷. L'effet extraterritorial des *Mareva Injunctions* a été étendu aux personnes, sujettes à la juridiction anglaise, qui sont en mesure d'empêcher la commission d'une violation d'une injonction à l'étranger. Cette nouvelle formulation ne permet pas de dire à quel point une banque anglaise peut être responsable des actes de ses filiales à l'étranger, ni, à l'inverse, dans quels cas l'effet des *Mareva Injunctions* s'étendra aux filiales anglaises de banques étrangères pour les actes commis par leur maison-mère à l'étranger²²⁸.

116. Simultanément au développement des *Mareva Injunctions*, les tribunaux anglais ont commencé à ordonner des injonctions particulières pour permettre à une partie d'assurer la préservation des preuves. Ces mesures, connues sous le nom d'*Anton Piller Orders*, d'après l'un des premiers cas où elles ont été accordées²²⁹ ont été utilisées en particulier dans des litiges en matière de propriété intellectuelle. Toutefois elles ne sont pas limitées à ce domaine et peuvent être ordonnées dans tous les litiges. Le fonctionnement de ce type de mesure est tributaire de la conception particulière des droits de *Common Law* en matière d'administration des preuves. En Angleterre, la récolte des preuves nécessaires au procès est de la responsabilité exclusive des parties et le tribunal n'y joue aucun rôle actif. L'ordre *Anton Piller* intime au défendeur de laisser les "solicitors" du demandeur pénétrer dans ses locaux et de leur permettre de consulter et de conserver les documents ou pièces nécessaires au procès qui risqueraient sinon d'être détruites. L'ordre en lui-même ne donne aucun pouvoir au demandeur ou à son avocat de perquisitionner les locaux du défendeur. L'injonction est adressée au défendeur et lui ordonne de permettre à l'avocat du demandeur et à un nombre limité de personnes désignées (p. ex. des experts), d'entrer à certaines heures dans les locaux du défendeur et d'y chercher des moyens de preuves tombant dans une des catégories spécifiées par la Cour.

117. Par fiction, le défendeur est censé autoriser spontanément le demandeur et ses représentants à visiter ses locaux et accepter qu'ils y recueillent les preuves qu'ils recherchent. S'il se montre récalcitram, le défendeur se rend coupable de contemp

²²⁶ COLLINS, LQR 1989 p. 282-284

²²⁷ *Derby & Co v Weldon*, [1989] 2 WLR 412, CA

²²⁸ sur cette discussion, cf. COLLINS, LQR p. 1989 p. 285

²²⁹ *Anton Piller KG v Manufacturing Process Ltd*, [1976] Ch 55

court. L'intervention d'un fonctionnaire exerçant la force publique n'est pas nécessaire. Seul le solicitor du demandeur, unilatéralement mandaté par l'une des parties, agit comme une sorte d'auxiliaire de la justice. Les risques d'abus sont conjurés par les conditions et mises en garde exprimées par le juge dans son ordonnance, et surtout dans la confiance que place le système juridique anglais dans l'éthique de ses mandataires. Ce type d'investigation privée présente toutefois le danger de se transformer, sous l'impulsion d'un avocat zélé, en une véritable "fishing expedition" et les droits de la défense risquent d'être bafoués, cela d'autant plus que l'ordre du juge est rendu au terme d'une procédure unilatérale et que le défendeur ne dispose souvent que de quelques heures pour obtenir des conseils juridiques avant d'obtempérer à la décision judiciaire qui lui est signifiée. Cette procédure a été soumise à l'examen de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui l'a trouvée compatible avec les garanties procédurales de l'art. 6 CEDH.

118. Le fonctionnement 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 juridiction anglaise, il est possible de lui enjoindre d'autoriser l'accès à ses locaux à l'étranger²³⁰.

119. Les procédures d'injonction provisoire telles que les Mareva Injunctions ou les Anton Piller Orders sont en principe unilatérales - *ex parte* selon la terminologie du droit anglais - afin de ménager l'effet de surprise nécessaire. Toutefois, la mesure ordonnée doit être suivie à bref délai d'une procédure contradictoire - *inter partes* - au cours de laquelle le défendeur fait valoir ses arguments. La procédure est assez souple, et rien n'empêche le juge de n'ordonner la mesure demandée qu'après une procédure contradictoire²³¹. D'ailleurs, se référant aux limites posées par l'arrêt *Denilauver c/ Couchet frères*, les auteurs suggèrent que soit suivie une procédure contradictoire lorsque l'exécution de la mesure doit être possible dans un Etat membre de la Convention. Pour tenir compte des droits de la défense, les juges anglais décident parfois de suspendre les effets de l'injonction jusqu'à ce que le bien-fondé de l'injonction ait fait l'objet d'un débat contradictoire²³².

120. Le droit anglo-saxon comporte enfin la particularité, par rapport au droit des pays d'Europe continentale, de permettre des injonctions qui ont pour effet d'entraver le déroulement d'une procédure à l'étranger. Le pouvoir général d'ordonner des injonctions permet notamment de contraindre une partie soumise à la juridiction anglaise, de renoncer à poursuivre ou à commencer une procédure à l'étranger. Certes les juges anglais ne peuvent directement interdire au tribunal étranger de se saisir d'un

²³⁰ *Altertext Inc v Advanced Data Communications Limited* [1985] 1 WLR 457 ad p. 463; [1985] 1 All ER 395

²³¹ COLLINS, LQR 1989 p. 292; Kerr, L.J. in *Babanaft* : "There appears to be no reason why our courts should refrain from granting *inter partes* pre-judgment Mareva injunctions in cases falling within the European Judgments Convention", [1989] ECC 170

²³² Arrêt *Altertext* précité

cas. Ils ont cependant le pouvoir d'interdire à une personne, sous la menace de "contempt of court", d'exercer son droit d'action dans un pays tiers²³³. Découlant du pouvoir discrétionnaire des cours, ce type d'injonction est ordonné dans des situations relativement exceptionnelles, notamment pour empêcher une partie d'initier une action lorsqu'elle est liée par une clause arbitrale choisissant un tribunal arbitral ayant son siège en Angleterre²³⁴, ou au mépris d'une clause de prorogation de for désignant les tribunaux anglais²³⁵. 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"²³⁶, ou encore lorsque la conduite de la procédure à l'étranger est "unconscionable"²³⁷.

121. L'histoire de ce type de procédure remonte aux origines du droit anglais, lorsque la Court of Chancery, responsable de l'equity affirmait son autorité 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'équité²³⁸. Tirant son origine d'un conflit de compétence entre deux systèmes parallèles de justice au sein d'un même ordre juridique, la transposition des Antisuit Injunctions dans le contexte international était naturelle. A une époque où l'affirmation d'objectifs de politique économique au moyen du droit privé se répand, la tentation est grande de recourir à ce type d'instruments pour assurer la suprématie des valeurs de la loi du for.

122. Un exemple de ces injonctions est fourni par la célèbre affaire Laker. Une petite compagnie d'aviation anglaise avait essayé sans succès de prendre une part du marché nord-atlantique. Elle accusait ses puissants concurrents de l'avoir poussée à la faillite par une pratique systématique de dumping (predatory pricing), et d'avoir conspiré avec sa banque afin que celle-ci refuse de lui renouveler les prêts dont elle aurait eu besoin pour sa survie. La société Laker, en liquidation pour cause de faillite, avait donc commencé une action aux Etats-Unis, fondée sur le droit anticartellaire américain, dans laquelle elle réclamait des "treble damages" pour plus d'un milliard de dollars à l'encontre de ses concurrents. La banque anglaise de Laker, craignant d'être jointe au

²³³ CHESHIRE / NORTH, *Private International Law*, p. 244 à 253

²³⁴ *Tracom SA v Sudan Oil Seeds Co Ltd* [1983] 3 All ER 140 : Dans ce cas, la Court of Appeal a fait interdiction à une société suisse de continuer la procédure qu'elle avait commencée en Suisse au mépris d'une clause d'arbitrage, estimée invalide par les autorités judiciaires suisses, mais valable au regard du droit anglais.

²³⁵ *Mike Trading and Transport Ltd v Pagnan and Fratelli (The Lisboa)*, [1980] 2 Lloyds' Rep 546

²³⁶ *Castanho v Brown and Root (UK) Ltd* [1981] 1 All ER 143, HL; *Société Aérospatiale v Lee Kui Jak* [1987] AC 871, Privy Council

²³⁷ *British Airways Board v Laker Airways Ltd* [1984] 3 All ER 39, HL

²³⁸ cf. HARTLEY, *Comity of Antisuit Injunctions in International Litigation*, Am. J. Comp. L. 1987 p. 487 à 511

procès américain, obtint des tribunaux anglais de première et deuxième instance, une injonction faisant interdiction à Laker d'entreprendre une procédure contre elle aux Etats-Unis. Elle fut suivie par les compagnies d'aviation, défenderesses au procès américain, qui obtinrent des tribunaux anglais une "anti-suit injonction" à l'encontre de Laker, lui enjoignant de cesser la procédure. Cette injonction de base était doublée d'une injonction particulière interdisant également à Laker de demander aux tribunaux américains une injonction les obligeant à renoncer aux procédures d'injonctions anglaises (counter-antisuit injonction). Nonobstant cette dernière menace, Laker obtint du District Court of Washington DC, confirmée par la Court of Appeal de DC, une injonction ordonnant aux compagnies d'aviation de cesser leurs procédures d'injonctions anglaises²³⁹... C'est dans cette situation de pat procédural que la House of Lords intervint pour lever les injonctions anglaises, au motif que la procédure américaine n'était pas "unconscionable".

123. L'utilisation de ce type de procédure dans le cadre européen couvert par les Conventions de Bruxelles et de Lugano est problématique. Lorsque le demandeur procède devant une autorité désignée par la Convention, il serait à l'évidence contraire à l'esprit de la Convention que les tribunaux anglais interviennent de cette façon²⁴⁰. En particulier, le rejet par la Convention de la doctrine du forum non conveniens, empêche les tribunaux anglais d'interdire à un demandeur de procéder devant une autorité désignée par les règles de for spéciales, même si, en l'espèce, le litige n'a que peu de liens avec le tribunal saisi. Lorsque le demandeur a saisi une autorité incompétente selon la Convention, celle-ci prévoit suffisamment de garde-fous, pour que l'intervention des juges anglais soit inutile. En matière d'arbitrage, l'exclusion de l'art. 1 par 4 Convention, pourrait laisser subsister les Antisuit Injunctions. Les juges anglais, selon l'interprétation que l'on donne à cette disposition, pourraient intervenir pour faire respecter une clause arbitrale qu'ils estiment valable, bien qu'elle ait été déclarée invalide par le tribunal saisi du fond.

2. Synthèse

124. L'examen cursif du droit de quelques-uns des Etats membres de la Convention met en évidence la variété de formes que prend la réglementation des mesures provisoires et explique la difficulté qu'il peut y avoir à donner à cette notion une définition cohérente. L'analyse comparative des mesures provisoires se heurte en premier lieu à la diversité de fonctions que ces procédures assurent dans chacun des ordres juridiques considérés. L'étude des mesures provisoires ne serait qu'une énumération stérile si l'on n'essayait pas de rechercher quels rôles leur sont dévolus

²³⁹ En Angleterre, cf. notamment *British Airways v Laker* [1984] QB 169, CA et *British Airways v Laker Airways* [1984] 3 All ER 39, HL, Aux Etats-Unis, 731 F2d 909, DC Cir. 1984, *Laker v Sabena Belgian World Airlines and others*

²⁴⁰ CHESHIRE / NORTH, *Private International Law*, p. 253

dans les droits de procédure européens. L'organisation de la justice est en outre si différente d'un Etat à l'autre, que les mesures provisoires, en admettant même qu'elles assument une fonction similaire, apparaissent inévitablement sous des formes variées. Il faut donc s'intéresser ensuite à la place qui leur est dévolue dans le déroulement du procès.

125. On assigne traditionnellement aux mesures provisoires la tâche de régler les rapports entre les parties au procès pendant la durée de l'instance, et de prévenir une modification de l'état de fait. Cette fonction classique demande 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 de la procédure de mesure provisoire 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.

126. Le souci de décharger les tribunaux incite en outre les législateurs à prévoir des procédures spéciales pour vider les litiges de manière simplifiée lorsqu'il n'existe pas de contestation véritable, ou encore pour permettre d'obtenir une décision fondée sur un examen limité à la vraisemblance de la prétention invoquée. Par exemple, le droit anglais permet au demandeur, dans certaines conditions, d'obtenir un jugement sommaire (*summary judgment*), lorsque le défendeur ne peut d'entrée de cause démontrer qu'il possède "a good arguable case" (procédure selon l'Order 14 of the Rules of the Supreme Court)²⁴¹. Le droit allemand prévoit également la possibilité de disposer rapidement et à moindre frais de litiges non sérieusement contestés. Le demandeur peut faire notifier au défendeur par l'intermédiaire du tribunal, une injonction (*Mahnverfahren*; Par. 688 à 703d ZPO) le sommant de payer dans un certain délai. L'ordre de payer, adressé au défendeur par le greffier de l'*Amtsgericht* sans examen de la créance invoquée, se transforme, si le débiteur ne fait pas opposition dans le délai (*Widerspruch*), en un titre exécutoire. Un ordre d'exécution (*Vollstreckungsbescheid*), assimilable à un jugement par défaut (Par. 700 ZPO) est alors rendu par le tribunal, contre lequel le défendeur peut encore bénéficier d'une voie procédurale (*Einspruch*, Par. 700 ZPO). Dans l'hypothèse où le débiteur s'oppose à l'injonction, la procédure se transforme automatiquement en une procédure contradictoire ordinaire²⁴². Le droit français sur ce point s'est largement inspiré du droit allemand et connaît de façon généralisée une procédure dite d'injonction qui

²⁴¹ Pour un exemple de reconnaissance en Suisse d'un tel jugement sommaire, cf. ATF 107 Ia 198 et F.A. MANN, *Zur Anerkennung summarischer Verfahren des englischen Rechts*, IPRax 1984 p. 44

²⁴² STOFFEL, FS Vogel, p. 377 et 378

ressemble, dans les grandes lignes, aux règles du code de procédure civile allemand (ZPO)²⁴³.

127. La tendance à favoriser ce type de justice rapide est générale en Europe. Souvent, sans avoir été l'oeuvre d'une réforme législative, elle s'est introduite peu à peu par voie jurisprudentielle. Les tribunaux, en assouplissant les conditions d'octroi des mesures provisoires traditionnelles, en viennent de plus en plus à trancher le fond de la controverse, et transforment les procédures de mesures provisoires en une véritable procédure accélérée qui met un terme au litige, en fait sinon en droit (cf. supra n° 72 à propos de l'institution du référé-provision en France.) Il en résulte une certaine ambiguïté de la notion de mesure provisoire. Puisque les mêmes procédures servent aussi bien à régler à titre provisoire une situation qui demande un règlement rapide qu'à trancher de manière définitive un litige qui peut être décidé de façon sommaire, il est difficile de tracer la limite entre les cas qui relèvent de l'une ou de l'autre de ces deux hypothèses.

128. La distinction entre mesures provisoires et procédures rapides s'estompe dans tous les ordres juridiques. La lenteur des procédures ordinaires incite les parties à recourir de plus en plus massivement aux mesures provisoires. Dans nombre de domaines du droit, les mesures provisoires sont devenues le mode privilégié de résolution des conflits, et ne sont souvent même plus suivies ou accompagnées d'une procédure au fond²⁴⁴. Sans doute peut-on se féliciter que la justice ait développé des mécanismes permettant de résoudre des situations de crise avec la célérité voulue, parfois d'heure en heure. La généralisation de ces procédures a toutefois des effets inquiétants²⁴⁵. La rapidité ne peut s'acquérir qu'au prix d'une limitation des garanties procédurales des parties et d'une appréciation bâclée des faits et du droit. Le fait que les parties renoncent à poursuivre la procédure au fond ne signifie pas nécessairement qu'elles sont convaincues de la justesse des mesures provisoires ordonnées par le juge. Il faut sans doute plutôt y voir un signe de découragement de la partie qui a succombé après un examen sommaire et qui renonce à se battre lorsqu'un tribunal a considéré que sa cause n'avait pas de chances vraisemblables de succès au fond. Ce développement du contentieux moderne a entraîné une modification progressive de la fonction des mesures provisoires. Elles visent de plus en plus à

²⁴³ Cette institution a été reçue en droit français lorsque le code de procédure allemand a été appliqué, à titre de loi locale en Alsace. La procédure d'injonction a ensuite été étendue à l'ensemble du droit français, cf. PIERRE ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, Paris 1990 p. 279, n° 365; GEORGES ROUHETTE, *L'influence en France de la science allemande du procès civil et du code de procédure allemand*, in : *Das Deutsche Zivilprozess-recht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen* 1990 p. 159 à 199, spéc. 175

²⁴⁴ MORBACH, p. 338; cf. en matière de cartel, FÉLIX H. THOMANN, *Vorsorgliche Massnahmen im Neuen Kartellgesetz*, p. 120

²⁴⁵ DIETER LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, Munich 1971 p. 10 à 14

anticiper la décision définitive, et ne se limitent plus à préserver les rapports existants entre les parties²⁴⁶.

129. Les mesures provisoires jouent également le rôle d'anticiper l'exécution forcée de la future décision. Elles empêchent le défendeur de se dérober avant que la décision finale ne lui soit définitivement opposable. Cet aspect est important au point que la séparation entre les mesures provisoires et les mesures d'exécution proprement dite n'est pas toujours très tranchée. Les mesures provisoires sont donc à la frontière entre l'action civile ordinaire et l'exécution forcée²⁴⁷. Les mesures conservatoires permettent souvent de procéder à de véritables actes d'exécution forcée avant que le litige n'ait été jugé.

130. En droit suisse, par exemple, le séquestre est conçu comme une mesure conservatoire intégrée dans une procédure d'exécution forcée. Les règles de la LP ne font aucune différence entre les mesures de séquestres rendues avant l'obtention d'un jugement ou après celui-ci. Leur but est de protéger à titre provisoire les intérêts du créancier en lui garantissant qu'il ne sera pas frustré du bénéfice de la procédure d'exécution forcée par les manœuvres du débiteur qui pourrait essayer de mettre ses biens hors de sa portée. Ce besoin de protection peut survenir avant ou sans que la créance ne fasse l'objet d'un procès au fond ou lorsque le jugement est déjà rendu et doit encore être exécuté.

131. La Convention opère cependant une séparation tranchée entre les mesures d'exécution proprement dite, ordonnées après un jugement, et les mesures provisoires, antérieures à celui-ci. Le contentieux lié aux premières est exclusivement attribué aux tribunaux où l'exécution doit être effectuée (art. 16 ch. 5 Convention). 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 impossible. Dans la procédure d'exécution des décisions en provenance des autres Etats contractants, la Convention prévoit elle-même la possibilité de prendre des mesures conservatoires, lorsque l'exécution n'est pas immédiatement possible parce que le jugement est susceptible d'un recours dans l'Etat d'origine (art. 39 Convention)²⁴⁸. Dans ce cas, la Convention, ou plus exactement l'interprétation qu'en donne la CJCE, impose certaines règles de procédure qui dérogent au droit commun des Etats membres. Ainsi, dans l'arrêt Capelloni²⁴⁹, la Cour a-t-elle décidé que ces mesures devaient pouvoir être ordonnées sans qu'une procédure en validation ne soit nécessaire, même si celle-ci est prévue par le droit de procédure de l'Etat contractant.

132. Les mesures d'exécution ne déploient d'effets que dans l'Etat où elles sont ordonnées. En conséquence, les mesures conservatoires liées à une procédure

²⁴⁶ PERROT, *Les mesures provisoires en droit français*, p. 153

²⁴⁷ MEIER, *Grundlagen*, p.9; MÖRBACH, p. 254

²⁴⁸ cf. *infra* n° 480

²⁴⁹ Rec. 1985 p. 3147

d'exécution après jugement n'ont pas d'effets extra-territoriaux. L'art. 24 Convention ne s'applique donc pas aux mesures prises après le jugement. Pour celles-ci, seule la règle de l'art. 16 ch. 5 Convention - for exclusif au lieu de l'exécution forcée - est applicable. Leur effet se limite nécessairement au territoire de l'Etat où elles sont ordonnées. En particulier, les mesures de séquestre sont qualifiées de mesures provisoires dans le cadre de la Convention dans la mesure où le litige n'a pas encore fait l'objet d'un jugement au fond. Dès que celui-ci a été notifié, et même s'il est encore susceptible d'un recours et n'est par conséquent pas définitif, les mesures de séquestre ordonnées pour en assurer l'exécution forcée ne sont plus des mesures provisoires au sens de l'art. 24 Convention. Elles sont alors soumises au régime des mesures d'exécution organisé par la Convention.

133. A côté de ces fonctions principales, les mesures provisoires remplissent également certaines tâches accessoires. Par exemple, elles ont parfois pour effet de fixer la compétence des autorités pour la procédure principale. C'est le cas de tous les systèmes qui connaissent la compétence du forum arresti (par exemple art. 4 LDIP). La Convention combat cet effet secondaire des mesures conservatoires (art. 3 Convention) lorsque le défendeur est domicilié dans un des Etats contractants. A titre exceptionnel, elle institue un for au lieu de la saisie en matière maritime (art. 5 ch. 7 et 54 bis Convention).

134. En général on oppose les procédures de mesures provisoires aux actions ordinaires. Aussi bien l'art. 10 LDIP que l'art. 24 Convention consacrent cette distinction en se référant dans le même membre de phrase aux mesures provisoires et à la procédure au fond. De nombreuses définitions insistent sur la dépendance des mesures provisoires par rapport à la procédure principale. Selon cette vue, les mesures provisoires constituent une forme d'action en justice particulière et accessoire, dépendant d'une action principale. Cette vision des mesures provisoires ignore la diversité des rapports qu'entretient, dans les différents ordres juridiques, la procédure de mesures provisoires avec d'autres types d'action. Un auteur a recensé pas moins de cinq modes différents d'intervention judiciaire gravitant autour d'une demande de mesure provisoire²⁵⁰. En premier lieu, il y a l'intervention par laquelle le juge ordonne la mesure. En deuxième lieu, il est fréquent que les mesures provisoires doivent être suivies d'une procédure particulière de validation. Cette action en validation ne se confond pas nécessairement avec l'action au fond. Parfois, la validité de la mesure dépend de la performance par le demandeur d'une formalité particulière dans un certain délai. En droit suisse, la validité d'un séquestre est conditionné par l'introduction d'une procédure de poursuite "en validation de séquestre" dans un délai de dix jours. Dans certains ordres juridiques, l'action en validité nécessite un contrôle limité à la vraisemblance du droit invoqué. Dans d'autres droits, l'action en validité, sans pour autant se confondre avec l'action au fond, implique un examen complet et définitif du droit. En général, cette procédure permet alors de procéder directement à l'exécution forcée, limitée aux biens affectés par la mesure provisoire. Si tous les ordres juridiques ne connaissent pas nécessairement une procédure de validation des

²⁵⁰ VERHEUL, NILR 1975 p. 354

mesures provisoires, tous connaissent en revanche un troisième type d'intervention judiciaire par lequel les mesures provisoires peuvent être modifiées, réduites ou supprimées. L'organisation de la procédure de modification des mesures provisoires répond à des critères assez différents. En quatrième lieu, tous les droits exigent que les mesures provisoires puissent être remises en question par le résultat d'une procédure principale, appelée action au fond, à laquelle elles sont subordonnées. Enfin, la cinquième forme d'intervention judiciaire liée aux mesures provisoires permet au juge d'apprécier les conséquences qu'entraînent sur le plan de la responsabilité civile une décision erronée.

135. L'appartenance de la procédure en validation aux mesures provisoires ou à l'action au fond est incertaine. Lorsque le droit interne distingue l'action au fond de l'action en validité, il rattache cette dernière à la procédure de mesure provisoire dont elle constitue la suite logique. Cette incertitude est alimentée notamment par un passage du rapport JÉNARD²⁵¹, qui assimile les actions en mainlevée et en validité aux procédures de mesures provisoires proprement dites²⁵². Cette opinion ne peut être que très partiellement partagée. Lorsque la procédure de validité n'est qu'une formalité et n'implique pas de décision définitive sur le fond, il se justifie en effet de la rattacher aux mesures provisoires. En revanche, lorsque il est procédé à titre préalable à une appréciation définitive du droit fond, il faut assimiler l'action en validité à une action au fond, soumise aux règles ordinaires de compétence.

136. L'accessorité des mesures provisoires par rapport à la procédure principale revêt des formes très variées dans les différents ordres juridiques²⁵³. Les mesures provisoires sont parfois intégrées dans une action ordinaire, parce que le demandeur doit en assurer la validité en introduisant une action au fond dans un certain délai, légal ou judiciaire. Inversement, la validité des mesures provisoires dépend parfois de l'attitude procédurale du défendeur, lorsqu'il lui est laissé l'initiative de demander au juge de contraindre le demandeur à l'action en lui intimant un délai, ou en introduisant lui-même une action négatoire de droit²⁵⁴. Les liens formels entre mesure provisoire et procédure principale sont encore plus lâches lorsque le caractère provisoire de la mesure résulte de sa possible modification par un jugement ordinaire et que, par conséquent, elle ne lie pas le juge du fond²⁵⁵. La validité des mesures provisoires ne dépend pas toujours de l'introduction de l'action au fond, et la décision d'introduire celle-ci n'incombe pas nécessairement à la partie qui a demandé la mesure. Dans une décision récente, l'Obergericht de Zurich a estimé qu'une ordonnance de mesure provisoire qui n'exigeait pas du demandeur d'agir au fond à bref délai, contrevenait à

²⁵¹ Rapport JÉNARD, JOCE 1979 n° C 59 p. 42

²⁵² Du même avis, WESER, p. 479 et 480

²⁵³ MORBACH, p. 260

²⁵⁴ cf. supra n° 93 à propos du droit allemand

²⁵⁵ cf. à propos du référé, supra n° 67

un principe fondamental du droit de procédure suisse et heurtait par conséquent l'ordre public²⁵⁶. Cette opinion est excessive et méconnaît que l'accessorité des mesures provisoires apparaît sous des formes variées.

137. Lorsqu'il s'agit de donner un contenu à la notion de mesures provisoires de l'art. 24 Convention, la doctrine privilégie fréquemment les considérations formelles, liées à la place des mesures provisoires dans la procédure et à leur dépendance face à une procédure principale.

138. Les mesures tendant à la protection anticipée des preuves correspondent difficilement à une définition des mesures provisoires fondée sur leur caractère accessoire. Une mesure judiciaire ordonnant une mesure d'instruction à futur pour assurer la constatation de faits dont la preuve risque de disparaître n'est pas nécessairement intégrée dans un procès au fond. La validité d'une telle mesure ne dépend pas de l'introduction de l'action au fond et ses effets ne sont pas conditionnés par l'issue de la procédure principale. La doctrine qui, pour cette raison, propose d'écarter en droit suisse ce type de procédure de la notion de mesures provisoires, les y assimile toutefois en matière internationale²⁵⁷.

139. Les mesures judiciaires qui ont pour objet la sauvegarde des moyens de preuve, hors de tout procès, sont rangées par le droit interne de certains Etats contractants parmi les mesures provisoires. En droit suisse, la question est controversée. Le droit allemand connaît également une procédure de ce type, mais ne la range traditionnellement pas parmi les mesures provisoires²⁵⁸. Quoique la question n'ait jamais fait l'objet d'une interprétation de la CJCE, il semble admis par la jurisprudence de la plupart des Etats européens que ce type de procédure tombe sous la notion de mesures provisoires et conservatoires au sens de l'art. 24 Convention²⁵⁹. Une définition purement formelle des mesures provisoires, ne reposant que sur les liens entre procédure principale et mesure provisoire, est donc insuffisante parce qu'elle écarte certaines institutions que la pratique assimile aux mesures provisoires. De plus elle ne fournit pas de critère précis en raison des variétés de forme que revêt ce lien d'accessorité.

²⁵⁶ Décision de la Verwaltungskommission de l'Obergericht du 11 juillet 1989, ZR 1989 p. 126 n° 37

²⁵⁷ cf. p. ex. MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 160 note 11 et MEIER, *Grundlagen*, p. 48 et 49

²⁵⁸ STÖRNER, *IPRax* 1984, p. 300

²⁵⁹ Paris du 19 mars 1987, *Stadtwerke Essen AG c/ société Trailgaz et Compagnie générale des Eaux* [1988] ECC 291; en Allemagne, HEISS, p. 55 à 57

140. Le caractère conditionnel des mesures provisoires est également un critère fréquemment recommandé par la doctrine. Ainsi, selon GRUNSKY²⁶⁰, la notion de mesures provisoires au sens de l'art. 24 Convention englobe "alle Massnahmen (...), die sich bewusst mit einer weniger sorgfältigen Prüfung des Sach- und Rechtslage begnügen, als dies sonst der Fall ist, und dies deswegen tun können, weil ein Hauptsacheverfahren folgt, in dem dieselbe Frage unter Beachtung aller erdenklichen Richtigkeitsgarantien entscheiden". GEIMER / SCHÜTZE²⁶¹ parviennent au même résultat lorsqu'ils considèrent comme des mesures provisoires toutes les procédures qui offrent une protection provisoire dépendant de l'issue de l'action au fond.

141. Cette vision extrêmement large de la notion de mesures provisoires permettrait même d'englober des mesures comme les procédures de mainlevée provisoire. Conformément à la formule de GRUNSKY en effet, cette procédure permet une appréciation superficielle de la prétention litigieuse parce que son résultat peut être corrigé par une procédure ordinaire (action en libération de dette). L'inclusion de la mainlevée provisoire dans le cadre de l'art. 24 Convention ne serait au demeurant pas totalement illégitime. Les autres Etats européens autorisent à certaines conditions des mesures tendant au paiement à titre provisoire d'une somme d'argent, susceptibles d'être révisées lors de la procédure au fond. La mainlevée provisoire remplit une fonction en apparence analogue en droit suisse. On justifie parfois l'interdiction déduite de la LP, imposée aux cantons, de prévoir des mesures tendant au paiement à titre provisoire d'une somme d'argent par le fait que la matière est exclusivement du ressort du droit fédéral de l'exécution forcée et que la mainlevée provisoire constitue le seul cas où le droit suisse autorise la condamnation à titre provisoire d'une somme d'argent²⁶². La procédure de mainlevée poursuit, à l'image des procédures de mesures provisoires tendant au paiement provisoire d'une somme d'argent, le but d'abrégier les procédures et de permettre au créancier d'obtenir paiement sans devoir subir les frais et lenteurs d'un procès ordinaire. De plus la procédure de mainlevée partage avec les mesures provisoires la caractéristique de n'exiger qu'un examen sommaire, limité à la vraisemblance, de la prétention. En outre, son résultat est provisoire, puisqu'il peut être remis en question par une action en libération de dette.

142. Toutefois, son caractère conditionnel ne justifie pas une assimilation de la procédure de mainlevée aux mesures provisoires de l'art. 24 Convention. Une telle qualification aurait pour effet, si l'on accepte l'interprétation majoritaire de l'art. 24 Convention, d'affranchir cette phase de la procédure d'exécution forcée de la prohibition des fors exorbitants. Par conséquent, si un séquestre a pu être obtenu en Suisse, la procédure en validation de séquestre pourrait se continuer au for du séquestre jusque et y compris au stade de la mainlevée provisoire. En revanche, l'action en

²⁶⁰ GRUNSKY, *EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen in deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, RTW 1977 p. 7

²⁶¹ GEIMER / SCHÜTZE, I/1 p. 264

²⁶² PELET, p. 244 à 247; MATILE, JT 1957 III p. 98 ss

libération de dette, action au fond ordinaire, devrait être introduite à l'un des fors autorisés par la Convention. Cette circonstance serait particulièrement défavorable au débiteur qui devrait, dans certains cas, pour éviter la réalisation forcée de ses biens, introduire à l'étranger une action en libération de dette (action en constatation négative de droit), dont la recevabilité pourrait s'avérer problématique dans un ordre juridique étranger aux particularités du droit suisse de l'exécution forcée des créances d'argent²⁶³.

143. Indépendamment de ces considérations fondées sur l'effet de la qualification de mesure provisoire, il convient de souligner que le fait qu'une mesure soit conditionnelle à l'issue d'une procédure principale ne constitue pas un critère suffisant. Le caractère "provisoire" de l'ordonnance de mainlevée provisoire tient à ce que ses effets sont conditionnés par l'inaction du défendeur ou par l'issue d'un procès au fond introduit par celui-ci. En revanche, elle ne sert pas à régler une situation ou à accorder une protection provisoire en attente d'un règlement définitif du litige. Elle permet toutefois d'obtenir une saisie provisoire qui relève des mesures provisoires au sens de l'art. 24 Convention.

144. La définition autonome de la notion de mesure provisoire ne doit donc dépendre ni d'une conception centrée sur ses liens formels avec la procédure principale, ni de son caractère d'accessorité.

145. Les définitions matérielles, qui s'inspirent de certaines caractéristiques des mesures provisoires, souffrent également de faiblesses qui les rendent impraticables ou insuffisantes en matière internationale. Ainsi, une définition qui fait de l'urgence un élément essentiel des mesures provisoires n'est pas suffisante, parce l'urgence n'est pas une condition universelle d'octroi des mesures provisoires. L'adoption de cette définition laisserait en dehors du champ d'application de nombreuses institutions qui servent indiscutablement à la protection provisoire des droits des parties à un procès sans que la preuve de l'urgence soit nécessairement requise. De plus, l'urgence est un critère vague, souvent laissé à la libre appréciation du juge. Les grandes différences qui peuvent apparaître dans cette appréciation la rendent impraticable comme élément déterminant de la qualification des mesures provisoires.

146. L'approche la plus satisfaisante est une définition fonctionnelle de la mesure provisoire, qui met l'accent sur les objectifs visés par les mesures envisagées, plutôt que sur les particularités de la procédure. Le but des mesures provisoires est d'offrir temporairement une protection judiciaire en attendant le règlement définitif de la contestation ou de maintenir en l'état une situation que l'écoulement du temps pourrait compromettre. Si l'on adopte ainsi une définition fonctionnelle des mesures provisoires au sens de l'art. 24 Convention, on inclut aussi bien les mesures généralement admises comme telles en droit suisse, mais également un certain nombre d'autres procédures qui ne correspondent pas exactement aux définitions formelles des mesures provisoires, mais qui cependant offrent une protection provisoire aux droits des parties.

²⁶³ WALDER, *Anerkennung und Vollstreckung*, p. 154

147. Ainsi, les mesures de séquestre répondent à la notion de mesures provisoires, lorsqu'elles ont été rendues avant la décision au fond. Les procédures de preuves à futur tombent également sous le coup d'une définition fonctionnelle des mesures provisoires. Il en va de même d'une série de mesures qui ne correspondent habituellement pas à la notion de mesures provisoires, mais dont le but est néanmoins de protéger à titre provisoire les prétentions des parties. En particulier, les actions possessoires, qui ne sont pas considérées en droit interne comme des mesures provisoires devraient tomber sous le coup de l'art. 24 Convention. En matière mobilière, la Convention ne connaît pas le for du lieu de situation des biens. Si l'on rangeait les actions possessoires parmi les procédures ordinaires, on ne pourrait jamais les ordonner au lieu où se trouvent les biens si le défendeur n'y est pas domicilié. L'efficacité de ces mesures rapides s'en trouverait réduite. Les considérer comme des mesures provisoires augmente le choix du demandeur de saisir un tribunal proche des biens à protéger. Dans son message à l'appui de la Convention de Lugano, le Conseil fédéral qualifie également de mesures provisoires les décisions en matière de consignation qui, sans être au sens technique des mesures provisoires, protègent toutefois les intérêts menacés des parties en attente du règlement de la situation litigieuse²⁶⁴.

148. Dans la procédure *Reichert c/ Dresdner Bank*²⁶⁵, l'opinion a été émise par la Commission de la CEE que l'action paulienne de droit français (art. 1167 CCF), pouvait être assimilée à une mesure conservatoire. Cette affaire, qui illustre les difficultés de qualification de différentes notions utilisées par la Convention, concernait une action intentée par une banque créancière en annulation de la donation par son débiteur à son fils d'un immeuble en France. Selon la famille Reichert, les tribunaux français n'étaient pas compétents pour connaître d'un litige impliquant des parties domiciliées en Allemagne. La CJCE, interrogée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, a exclu l'application de l'art. 16 ch. 1 Convention (action réelle immobilière), mais n'a pas tranché les autres chefs de compétence possibles. Dans ses observations, la Commission soutient que le caractère conservatoire de l'action paulienne rend possible la compétence des tribunaux français du lieu de situation de l'immeuble, même si cette compétence ne pouvait être déduite d'autres dispositions de la Convention. La Cour d'appel d'Aix a à nouveau interrogé la CJCE dans cette même affaire, notamment pour savoir si l'art. 24 Convention peut servir de base à sa compétence. Cette extension de l'art. 24 Convention n'est pas admissible²⁶⁶. Cette disposition ne peut raisonnablement être utilisée pour suppléer toutes les lacunes réelles ou supposées du catalogue des compétences de la Convention. Une procédure comme l'action paulienne a peut-être, dans un sens très peu technique, le but de protéger ou de conserver les expectatives du créancier dans la procédure d'exécution. Il ne s'agit pas pour autant d'une procédure conservatoire, puisqu'une telle procédure n'a pas pour

²⁶⁴ MESS. CONVENTION P. 52; STOFFEL, FS Vogel p. 391 à 393

²⁶⁵ Rec. 1990 p. 27

²⁶⁶ SCHLOSSER, IPRax 1991 p. 29 à 31

but de protéger les prétentions des parties à titre provisoire, ni de réparer les risques que l'écoulement du temps fait courir au demandeur. L'action paulienne ne correspond donc pas à la notion fonctionnelle des mesures provisoires et conservatoires.

C. La notion de mesures provisoires dans la LDIP

149. La règle générale de l'art. 10 LDIP qui traite de la compétence des autorités suisses s'apparente à la l'art. 24 de la Convention. Ces deux dispositions ont-elles un contenu identique ? La LDIP parle de "mesures provisoires" alors que la Convention se réfère aux "mesures provisoires et conservatoires". Au delà de cette légère différence terminologique, la structure des deux textes et leurs méthodes respectives de qualification peuvent provoquer des divergences.

150. Les notions conventionnelles ont un contenu indépendant des droits nationaux; l'interprétation autonome et la référence aux principes généraux communs aux droits des Etats membres sont propres aux méthodes d'interprétation de la Convention. En revanche, l'interprétation des termes utilisés par la loi est différente. Pour celle-ci, la qualification "lege fori" s'impose et il est tout à fait possible que cet éclairage différent dessine des contours différents à une expression en apparence identique. Ces divergences ne doivent cependant pas être encouragées. Dans la mesure où le contenu de l'art. 10 LDIP est semblable à celui de l'art. 24 Convention, il ne se justifie pas de perturber inutilement l'apparente harmonie qui règne entre droit commun et droit conventionnel.

151. L'art. 10 LDIP véhicule, comme l'art. 24 Convention, une notion large des mesures provisoires. Cette disposition doit être interprétée de manière fonctionnelle et indépendante des diverses classifications qu'opère le droit interne²⁶⁷. La jurisprudence du tribunal fédéral rendue en application de l'art. 2 bis de l'ancienne convention franco-suisse de 1869 donnait d'ailleurs au terme de "mesures provisoires" une acception très large qui dépassait largement la portée de cette notion en droit interne. C'est ainsi que des procédures diverses, qui ne sont pas assimilées aux mesures provisoires en droit suisse, ont été soumises à l'art. 2 bis²⁶⁸. Cette conception étendue des mesures provisoires mérite d'être approuvée.

152. Les mesures de séquestre présentent un problème particulier. Comme la Convention de Lugano, la LDIP établit une distinction entre procédure d'exécution et procédure au fond (Erkenntnisverfahren) que la LP ne fait pas. Par conséquent, la

²⁶⁷ SCHWANDER, *IPR*, p. 308 note de bas de page n° 16

²⁶⁸ p. ex. la procédure d'ouverture d'un testament en Suisse, Répertoire de droit international privé, p. 46 n° 142 et 143, ATF 85 II 86

compétence directe des autorités pour ordonner un séquestre après un jugement est réglée soit par la LP (exécution d'un jugement suisse), soit par l'art. 29 LDIP (exécution d'un jugement étranger) et non par l'art. 10 LDIP. Les séquestres avant jugement sont-ils soumis à l'art. 10 LDIP ? La règle du "forum arresti", ancree à l'art. 4 LDIP, ne précise pas dans quelles circonstances un tribunal suisse est compétent pour ordonner un séquestre. Cette disposition ne fait qu'offrir un for (subsidaire²⁶⁹) au créancier qui a obtenu un séquestre pour introduire une action au fond et valider la mesure conservatoire qu'il a obtenue. Cependant, la LDIP ne contient aucune règle qui désigne la compétence internationale des autorités pour ordonner la mesure de séquestre. Dans ces conditions, on peut douter que cette matière tombe sous le coup de la LDIP. WALTER²⁷⁰ conteste que l'art. 10 LDIP englobe les mesures de séquestre des art. 271 ss LP. Pour cet auteur, le séquestre en droit suisse est une mesure d'exécution forcée et, de ce fait, ne peut être assimilé aux mesures provisoires. Cette opinion méconnaît que le séquestre répond en droit suisse à deux besoins différents. Lorsqu'il est ordonné pour garantir une créance constatée dans un titre exécutoire, le séquestre remplit une pure fonction d'exécution forcée. En revanche, le séquestre prononcé avant le jugement au fond est destiné à produire ses effets pendant la durée de la procédure principale. Il sert à répartir entre les parties les risques liés à la durée de la procédure et assume une fonction dévolue par excellence aux mesures provisoires. Dans le message à l'appui de la LDIP, le Conseil Fédéral mentionnait d'ailleurs expressément les "saisies conservatoires" (en allemand Sicherungsarrest) parmi les mesures provisoires visées à l'art. 10 LDIP²⁷¹. Par conséquent, il faut admettre que le séquestre des art. 271 ss LP constitue une des mesures provisoires prévues par l'art. 10 LDIP²⁷², du moins lorsqu'il est ordonné avant l'obtention par le créancier d'un titre exécutoire.

153. D'ailleurs l'art. 10 LDIP n'est pas une simple règle de compétence. Il ne peut servir à lui seul à fonder la compétence des autorités. Lu en relation avec l'art. 4 LDIP, l'art. 10 rappelle que le demandeur conserve le choix d'introduire l'action au fond devant un tribunal étranger également compétent. Le for du séquestre n'est pas exclusif. L'art. 10 précise qu'une mesure conservatoire comme le séquestre conserve sa validité même si un tribunal étranger est compétent pour statuer au fond²⁷³. Ce principe est conforme à la jurisprudence du TF antérieure à la LDIP. L'assimilation du séquestre aux mesures provisoires de l'art. 10 LDIP est tout à fait justifiée, et elle est conforme à la notion de mesure conservatoire de la Convention.

²⁶⁹ RSDIE 1991 p. 271; BJM 1991 p. 191. Tribunal cantonal de Bâle-ville, du 20 août 1990

²⁷⁰ GERHARD WALTER, *Die internationale Zuständigkeit Schweizerischer Gerichte für "vorsorgliche Massnahmen"*, AJP 1992 p 61 à 65

²⁷¹ Mess. LDIP p. 42

²⁷² BROGGINI, *Rivista dell' Arbitrato*, 1991 p. 492 et 493

²⁷³ ATF 118 II 188

154. En matière d'arbitrage, l'art. 183 LDIP confère aux arbitres le pouvoir d'ordonner des "mesures provisionnelles et conservatoires". Ces mesures correspondent-elles à celles de l'art. 10 ou ces deux notions sont-elles totalement indépendantes ? La disposition de l'art. 183 est une norme dispositives et les parties à l'arbitrage - qui peuvent convenir de retirer à l'arbitre le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires - peuvent aussi préciser par avance le type de mesures qu'il pourra prendre. L'art. 183 ne définit pas les "mesures provisionnelles" à la disposition des arbitres. Une partie importante de la doctrine conteste que les mesures de séquestre tombent sous le coup de cette disposition²⁷⁴. De l'avis de BUCHER, les mesures à disposition de l'arbitre incluent certes toutes les mesures destinées à assurer l'exécution future de la sentence, à aménager les relations entre les parties pour la durée du procès ou à conserver les preuves. En revanche, "l'art. 183 ne vise pas l'hypothèse d'un séquestre de biens dans le but de garantir l'exécution de la sentence lorsque ces biens ne constituent pas l'objet du litige²⁷⁵". Selon HABSCHIED²⁷⁶, qui considère pourtant le séquestre comme la mesure conservatoire par excellence, ce type de mesure ne tombe pas sous le coup de l'art. 183 pour des raisons systématiques : Le tribunal arbitral ne peut avoir des compétences plus étendues que le juge étatique. Or, en droit suisse, le pouvoir d'ordonner un séquestre n'appartient pas au juge ordinaire saisi de l'action, mais à l'autorité de séquestre²⁷⁷.

155. La réglementation particulière des compétences matérielles des autorités en droit interne suisse n'est toutefois pas déterminante. D'abord, les dispositions en matière d'arbitrage international s'adressent aussi bien à des arbitres et des parties étrangères qu'à des juristes suisse. Or, pour l'ensemble des droits européens, la notion de mesure conservatoire englobe des mesures du type du séquestre. "Les distinctions opérées par le droit interne ne sont pas transposables telles quelles en droit de d'arbitrage²⁷⁸". L'objectif visé par l'art. 183 LDIP fournit un argument plus déterminant encore. En confiant à l'arbitre le soin d'ordonner des mesures conservatoires et provisoires, le législateur a manifestement voulu que l'arbitre intervienne pour accroître l'efficacité de la procédure et éviter que la sentence n'offre qu'une protection illusoire. Les pouvoirs de l'arbitre trouvent leur limite dans l'accord des parties qui lui ont confié le soin de dénouer leur différend. L'art. 183 lui permet d'ordonner toute mesure propre à renforcer l'efficacité de cette mission. Puisque l'arbitre est compétent pour ordonner le paiement à titre définitif d'une somme d'argent, il doit pouvoir prendre auparavant les mesures provisoires qui s'imposent pour que l'exécution future de la sentence ne

²⁷⁴ WALTER / BOSCH / BRÖNIMANN, p. 130 et 131

²⁷⁵ BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, p. 73 n 204; pour BLESSING, *das neue Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, p. 56, cette exclusion qu'il approuve s'impose pour des raisons de droit public.

²⁷⁶ HABSCHIED, *IPRax* 1989 p. 134

²⁷⁷ du même avis que HABSCHIED, WALDER, *IZPR*, p. 239 n° 37

²⁷⁸ LALIVE / POUDRET / REYMOND, n° 7 ad art. 183; BROGGI, *Rivista dell' Arbitrato* 1991 p. 500

soit pas entravée. A cet égard, il convient d'admettre que les mesures ordonnant un séquestre (que ce soit pour garantir une obligation de donner²⁷⁹ ou une obligation de payer), font partie de l'arsenal que l'art. 183 attribue à l'arbitre.

156. Il est artificiel de prétendre, comme le font WALTER / BOSCH / BRÖNIMANN²⁸⁰, que le séquestre ne peut pas être ordonné par les arbitres parce que cette mesure affecte des biens qui ne sont pas l'objet du litige. Le but des mesures conservatoires est d'assurer que l'écoulement du temps ou l'attitude d'une partie ne compromette pas le résultat d'une future exécution forcée. L'arbitre peut prendre toutes dispositions nécessaires pour parvenir à cette fin, même si cela affecte des droits ou obligations des parties qui ne sont pas directement en jeu dans la procédure principale. Par exemple, si deux contractants sont en litige à propos de l'exécution d'un contrat, l'arbitre pourra interdire provisoirement à l'un d'entre eux de faire valoir une garantie bancaire avant la fin de l'arbitrage. Même si le litige principal ne concerne pas formellement la mise en œuvre de la garantie, l'arbitre chargé d'apprécier les conséquences juridiques de l'exécution de la créance principale peut intervenir à titre provisoire dans l'exercice de la créance accessoire. Dans un litige portant sur la gestion d'une société, l'arbitre peut retirer à titre provisoire le pouvoir de représentation à certains administrateurs, même si cette question ne fait pas directement l'objet du litige principal. L'arbitre, comme le juge, jouit dans le choix des mesures provisoires qu'il ordonne d'un certain pouvoir d'appréciation. Toute mesure utile pour assurer de façon anticipée l'efficacité de la sentence entre dans ses attributions. Cette seule connexité suffit à placer la mesure provisoire dans l'orbite du litige principal.

157. Vu le caractère consensuel de l'arbitrage, il est vraisemblable que les arbitres n'ordonneront qu'en dernier ressort une mesure du type du séquestre. Ils utiliseront d'autres possibilités à leur disposition, par exemple l'ordre donné à l'une des parties de fournir une garantie lorsqu'elle menace de se soustraire à ses obligations. Il ne semble pas ressortir du texte de la loi que le pouvoir des arbitres, et les mesures à leur disposition en application de l'art. 183 LDIP, soient moindres que ceux des juges étatiques. Au contraire, il convient d'approuver LALIVE / POUURET / REYMOND selon qui "l'arbitre peut aller au delà des mesures que peut ordonner le juge étatique"²⁸¹ ; les mesures ordonnées par l'arbitre sont obligatoires sans être immédiatement exécutoires. L'arbitre se préoccupe moins que le juge des difficultés d'exécution que soulèvent les mesures qu'il ordonne. En raison du caractère consensuel de la procédure d'arbitrage, il peut s'attendre à ce que les parties se plient spontanément aux mesures qu'il édicte. Libéré des soucis d'efficacité des mesures qu'il ordonne, il jouit en fait d'un pouvoir plus large. Par conséquent, la notion de mesures conservatoires et provisionnelles de l'art. 183 est au moins aussi étendue que celle de l'art. 10 LDIP. Elle englobe également les mesures de séquestre.

²⁷⁹ admis apparemment par BUCHER, n° 204, dernière phrase a contrario

²⁸⁰ WALTER / BOSCH / BRÖNIMANN, p 131

²⁸¹ LALIVE / POUURET / REYMOND, n° 7 ad art. 183, p. 365 in medio

158. Certes, il manque aux instances arbitrales le caractère de permanence des tribunaux étatiques. Les mesures que l'arbitre est autorisé à trancher sont toujours liées étroitement au litige pour la résolution duquel il a été constitué. Cette circonstance empêche qu'il ordonne une mesure en dehors de toute procédure. Il s'agit ici davantage d'un empêchement fondé sur la nature des choses qu'une impossibilité dogmatique. Un tribunal arbitral ne peut être saisi d'une requête isolée tendant à la protection de la possession. En revanche, il n'est pas impossible, même si cela est probablement inhabituel, qu'en cours d'arbitrage, les arbitres aient à régler de manière provisoire l'exercice de la possession d'un bien litigieux entre les parties. De même, l'arbitrage n'est pas un moyen adapté pour obtenir hors de toute procédure une décision ordonnant la sauvegarde de preuves. En revanche, en cours de procédure, une telle décision est tout à fait possible²⁸².

CHAPITRE III CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DES RÈGLES DE CONFLIT APPLICABLES AUX MESURES PROVISOIRES

159. Les règles de droit n'ont jamais de valeur absolue. Elles sont finies dans le temps, dans l'espace et quant à la matière qu'elles embrassent. Les règles de conflits de loi et de juridiction n'échappent pas à cette constatation évidente. Les limites temporelles et spatiales de la LDIP et de la Convention de Lugano ne seront pas étudiées ici. En revanche, on examinera deux aspects des limites matérielles de l'application de la loi et de la Convention. En premier lieu, on examinera dans quelle mesure elles s'appliquent "en matière internationale" (section A) puis à quels types de procédure elles ont vocation à s'appliquer (section B).

160. Puisque les mesures provisoires sont subordonnées à une procédure au fond, il s'agira de déterminer les liens qui les unissent d'une part à la prétention qu'elles protègent et d'autre part à l'action principale dont elles dépendent. Il conviendra ainsi d'examiner si l'action provisoire est nécessairement assujettie aux mêmes règles que celles qui régissent l'action principale, ou si, au contraire, elle est susceptible d'un rattachement indépendant. Une mesure provisoire a-t-elle nécessairement un caractère international parce que la procédure au fond présente des éléments d'extranéité, ou faut-il que les facteurs d'extranéité se réalisent indépendamment dans la procédure de mesure provisoire ? Si la Convention de Lugano ne s'applique pas à la procédure au

²⁸² BUCHER, p. 73; LALIVE / POUDRET / REYMOND, n° 6 ad art. 183 p. 363 in fine

fond, cette exclusion couvre-t-elle nécessairement les mesures provisoires qui sont rendues à l'occasion de cette procédure ?

A. Rapport international

161. Le critère de l'extranéité en droit international privé joue un double rôle. En premier lieu, il délimite le champ d'application des règles réservées à la matière internationale par rapport à celui des règles purement internes. En second lieu, il précise les effets d'une règle qui peut n'avoir qu'une portée purement internationale ou, au contraire, déployer également des effets internes. Ainsi par exemple, la LDIP s'applique "en matière internationale" (art. 1 al. 1 LDIP). La règle générale de l'art. 10 LDIP en matière de mesures provisoires concerne donc la compétence des autorités suisses dans la mesure où il s'agit d'une "matière internationale", sinon cette question ressortit au droit cantonal applicable aux situations purement internes. A supposer que la condition de l'extranéité soit remplie, se pose la question de l'effet de la règle. N'a-t-elle qu'un effet purement international ou désigne-t-elle également quelle autorité suisse peut se saisir de la procédure ? La discussion qui suit traite de l'extranéité en tant que critère d'application matériel des règles de droit international privé.

162. Le critère de l'extranéité n'a pas la même utilité pour tous les types de règles de droit international privé. Il n'est d'aucun intérêt pour délimiter le champ d'application des règles sur la reconnaissance des actes étrangers. En effet, le caractère d'extranéité résulte simplement de la provenance de l'acte à reconnaître.

163. Souvent, le critère de l'internationalité se déduit implicitement de la règle de droit envisagée. Ainsi, par exemple, les règles objectives de conflit de loi définissent implicitement l'élément international déterminant par la localisation du facteur de rattachement. Si celui-ci est situé à l'étranger, le critère de l'extranéité est satisfait. Sinon, la question n'a aucun intérêt pratique, puisque de toute manière, le droit du for est applicable. L'adjonction de la condition d'extranéité n'a alors aucune valeur supplémentaire de délimitation.

164. Le critère de l'extranéité ne présente un intérêt véritable que dans deux hypothèses. En premier lieu, la condition d'extranéité permet de délimiter l'autonomie de la volonté des parties lorsque celle-ci est admise plus largement en matière internationale qu'en matière interne. Ainsi, la condition de l'extranéité permet de faire la distinction entre les rapports contractuels internationaux, pour lesquels les parties peuvent déterminer librement le droit applicable sous réserve des lois d'ordre public du for, et les situations purement internes pour lesquelles les parties ne peuvent déroger aux règles de droit impératif du droit du for.

165. En second lieu, le critère d'extranéité est nécessaire lorsque coexistent côte à côte des règles qui régissent les unes des situations internationales, les autres des situations purement internes. Il en va ainsi de toutes les règles matérielles régissant les rapports internationaux. La notion d'extranéité permet par exemple de délimiter les règles applicables aux arbitrages internationaux par rapport aux arbitrages internes²⁸³ ou de définir le champ d'application de la Convention des Nations Unies de 1980 sur la vente internationale de marchandises²⁸⁴ (art. 1).

166. Les règles de compétence internationale posent un problème particulier. Lorsqu'elles déterminent aussi bien la compétence internationale que la compétence locale des autorités, elles se substituent à des règles internes en matière de for qui peuvent être différentes. Le critère d'extranéité permet alors de distinguer la sphère respective d'application de chacune des règles. En revanche, lorsqu'elles se bornent à attribuer la compétence internationale à un Etat, sans intervenir sur la compétence locale des autorités, comme par exemple l'art. 2 Convention, le critère d'extranéité n'a pas d'importance. Les règles générales de compétence se superposent aux règles locales, mais ne les évincent pas.

167. L'application de la Convention de Bruxelles a donné lieu à plusieurs controverses à propos de la condition d'extranéité. La Convention ne mentionne pas expressément qu'elle s'applique dans l'ordre international, si ce n'est dans son préambule. Les rapports officiels expliquent qu'il faut y voir une condition implicite à son application. Elle laisse inchangées les règles nationales pour les litiges purement internes²⁸⁵. Cette opinion est partagée par la doctrine quasi-unanime²⁸⁶.

168. En revanche, GEIMER / SCHÜTZE²⁸⁷ contestent vigoureusement que le critère de l'extranéité soit une condition à l'application de la Convention. Selon ces auteurs, cette condition ne se trouve nulle part dans le texte de la Convention, et il est quelque peu hasardeux de déduire une conséquence aussi importante du préambule, dont la version allemande, au surplus, ne permet pas de corroborer avec autant de certitude cette interprétation. Ensuite, la définition du caractère international d'une relation juridique est malaisée et les explications et définitions données par la doctrine sont exagérément compliquées. "Hätten die Verfasser des Uebereinkommen seinen Anwendungsbereich wirklich so kompliziert definieren wollen, so müsste man ihrer

²⁸⁴ en Suisse, art. 176 LDIP; en France, art. 1492 NCPC

²⁸⁴ RS 0.221.211.1

²⁸⁵ Rapport JÉNARD, JOCE, 1979 n° C 59 p. 7 et Rapport SCHLOSSER id p. 81. Le message du Conseil fédéral partage cette interprétation, du moins en ce qui concerne les clauses de prorogation de for, Mess. Convention p. 45 in fine

²⁸⁶ Se prononcent en faveur du critère d'extranéité, notamment et selon des modalités diverses, DROZ, *Compétence judiciaire*, n° 26 ss; WESER, n° 188 à 215; BÜLOW / BÖCKSIEGEL p. 606/20 n° 4 ad art. 1; PLITZ, NJW 1979 p. 1071; STEIN / JONAS / SCHUMANN, n° 800 ss ad ZPO Einl.

²⁸⁷ GEIMER / SCHÜTZE, 1/1 p. 220 ss; KROPHOLLER, EZPR, n° 5 à 8 vor art. 2

Normgebungskunst ein Vernichten des Zeugnis ausstellen"²⁸⁸. De plus, les problèmes d'interprétation de l'art. 17 (prorogation de for) qui justifient la théorie de l'extranéité peuvent être surmontés différemment. Enfin, le caractère national ou international d'une situation évolue. Admettre cette théorie provoque d'épineux problèmes de conflits mobiles.

169. C'est en matière de prorogation de for que le problème de la définition du caractère international du litige revêt son aspect le plus aigu. Le droit de certains Etats est moins libéral que la Convention et interdit les accords de prorogation de compétence dans des situations où la Convention les tolère. Le critère de l'extranéité permet de distinguer entre les clauses de prorogation nulles, parce que contraires au droit national, de celles qui sont valables, parce que conformes au droit conventionnel (art. 17 Convention).

170. Un exemple tiré de la pratique illustrera cette problématique : Deux parties italiennes, domiciliées en Italie, avaient élu la compétence exclusive des tribunaux munichoïsis pour trancher les litiges découlant d'un contrat portant sur un transfert d'actions d'une société allemande. L'art. 2 du code de procédure civile italien interdit aux italiens domiciliés en Italie de se soustraire à la juridiction italienne. Si la Convention s'appliquait, les tribunaux italiens devaient reconnaître l'effet dérogoaire de la clause d'élection de for et se déclarer incompétents. En revanche, si la Convention ne s'appliquait pas, ils devaient se déclarer compétents et écarter la clause d'élection de for contraire à l'art. 2 CPCI. Le litige relatif à l'existence et à l'exécution du contrat a fait l'objet de deux procédures parallèles en Italie et en Allemagne²⁸⁹. Aussi bien les tribunaux italiens qu'allemands ont admis leur compétence, tout en admettant que l'extranéité du rapport juridique est une condition à l'application de la Convention. Pour la Cour de cassation, le critère de l'extranéité impliquait que les deux parties aient un domicile dans des Etats différents. En revanche, les tribunaux allemands ont admis leur compétence en application de la Convention parce que le critère de l'extranéité est satisfait lorsque les parties ont choisi un tribunal en dehors de l'Etat de leur domicile commun.

171. La notion d'extranéité répond à des conceptions diverses²⁹⁰. Certains critères sont matériels et sont liés exclusivement à l'objet du litige. D'autres sont formels et se fondent sur des paramètres extérieurs à la contestation, liés à la personne des parties (diversité de domicile, de nationalité, etc.). Enfin, le critère international peut être sujet à la volonté des parties (les parties décident elles-mêmes si une relation est internationale ou non).

²⁸⁸ GEIMER / SCHÜTZE, p. 222

²⁸⁹ Cour de cassation italienne (chambres réunies), du premier avril 1985, Riv. dir. int. priv. e proc. 1986 p. 863 et OLG Bayern du 13 février 1985, Riv. dir. int. priv. e proc. 1986 p. 931, Obs. STEFANIA BARIATTI, p. 819 à 852

²⁹⁰ KNOEPFLER / SCHWEIZER, FJS n° 237 p. 2

172. GEIMER / SCHÜTZE²⁹¹ concèdent que l'application de l'art. 17 Convention pose des difficultés d'interprétation et de délimitation par rapport aux règles plus restrictives du droit national. Selon leur opinion toutefois, la solution ne réside pas dans une application généralisée de la condition d'extranéité. L'art. 17 règle dans tous les cas la compétence internationale des Etats membres. En revanche, cette disposition ne réglerait pas la compétence locale des autorités si les deux parties sont domiciliées dans un même Etat. Ainsi, si un Munichois et un Hambourgeois conviennent de faire trancher les litiges qui pourraient survenir entre eux par les tribunaux de Cologne, la Convention s'applique pour déterminer la compétence internationale exclusive de l'Allemagne et permet d'exclure la compétence éventuelle d'un autre Etat. Cependant, la question de la compétence locale (validité de la clause de prorogation de for en faveur des tribunaux de Cologne) est régie par le droit interne allemand (Par. 48 ZPO). Cette conception, qui n'est pas rigoureusement conforme à la lettre de l'art. 17 se réclame du principe général, dérivé de l'art. 2 al. 1, selon lequel la Convention n'intervient pas dans la détermination de la compétence locale des autorités, à l'intérieur des Etats membres. Cette question reste la province réservée des législateurs nationaux. Dans tous les autres cas, l'art. 17 règle à la fois la compétence internationale et locale des autorités, même si le litige ne présente pas d'éléments de rattachement dans plusieurs Etats ou si une seule des parties est domiciliée sur le territoire de la Convention²⁹². Cette solution qui a certes le mérite de la simplicité, présente l'inconvénient de permettre dans des situations objectivement purement internes, une prorogation de for internationale là où le droit national ne permet même pas une prorogation sur le plan local.

173. Une théorie similaire à celle de l'extranéité s'est développée pour écarter du champ d'application de la Convention, les cas qui, tout en étant indiscutablement internationaux, ne concernent qu'un des Etats contractants. Pour les tenants de cette théorie²⁹³, la Convention ne s'appliquerait que si la relation juridique litigieuse présentait des éléments de rattachement dans plus d'un Etat contractant. Ainsi, si l'on additionne les conséquences de la théorie de l'extranéité avec cette dernière doctrine, la Convention ne s'appliquerait ni aux situations purement internes, ni aux cas tout à fait internationaux (extra-européens). La Convention ne s'appliquerait qu'aux relations

²⁹¹ GEIMER / SCHÜTZE I/1 p. 222

²⁹² GEIMER / SCHÜTZE I/1 p. 256 s

²⁹³ principalement, sinon exclusivement des auteurs allemands : PILTZ, NJW 1979 p. 1072; STEIN / JONAS / LEITPOLD, n° 22 ad Par. 38 ZPO; BÜLOW / BÖCKSTIEGEL / MÜLLER, p. 606/131 (à propos de l'art. 16 Convention); en France, cf. notamment HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Le "forum non conveniens", une menace pour la Convention de Bruxelles ?* Rev. crit. dr. int. 1991 p. 505 et 519

juridiques "intercommunautaires", selon une expression de la CJCE²⁹⁴, qui sert de justification à l'élaboration théorique cette doctrine.

174. L'enjeu de cette question, qui peut paraître exagérément théorique, peut être illustré à l'aide de deux exemples. Le BGH avait à connaître d'une action d'une association de consommateurs, fondée sur la loi allemande sur les conditions générales (art. 13 ss AGBG), qui tendait à faire déclarer nulle une clause des conditions générales contractuelles proposées par une entreprise allemande qui louait des maisons de vacances en France et en Espagne. La compétence étant controversée, le BGH décida que la compétence des tribunaux allemands résultait de la Convention de Bruxelles pour la location des immeubles situés en France, et au droit interne allemand pour les immeubles espagnols, parce que ce pays n'était pas partie à la Convention et que, par conséquent, le litige n'avait pas de rattachement suffisant avec un autre Etat membre de la Convention²⁹⁵. Dans l'affaire Duvalier, où la République haïtienne était aux prises avec son ancien président à vie, les tribunaux français ont exclusivement raisonné en application des règles de droit commun français, sans aucune référence à la Convention²⁹⁶. Fallait-il considérer que la procédure, pourtant relative à une matière internationale, ne concernait aucun autre Etat de la Communauté et n'était donc pas régie par la Convention (solution implicite des tribunaux français) ou, au contraire, admettre que la Convention s'applique, par le seul fait que le défendeur est domicilié dans l'un des Etats membres²⁹⁷ ?

175. La Convention de Lugano s'écarte du strict bilatéralisme des traités classiques sur l'exécution et la reconnaissance des jugements. Elle ne vise pas seulement à organiser les rapports juridiques entre les Etats contractants mais unifie les règles de compétence²⁹⁸. Son champ d'application est déterminé par le domicile du défendeur, ou, accessoirement par d'autres éléments. Le seul domicile du défendeur sur le territoire de la Convention suffit à justifier son application. Il n'est pas nécessaire d'exiger que la cause présente des points de contact avec d'autres Etats contractants. La règle de l'art. 2 est une règle purement générale et laisse subsister les règles nationales déterminant la compétence locale des autorités. En revanche la Convention oblige les tribunaux de l'Etat du domicile de se saisir du litige.

²⁹⁴ Somafer SA *c/* Saar-Ferngas AG du 22 novembre 1978, Rec. 1978 p. 2183; Kongress Agentur *c/* Hagen du 15 mai 1990, Rec. 1990 p. 1845 : "la Convention n'a pas pour objet d'unifier les règles de procédure, mais de répartir les compétences judiciaires pour la solution des litiges en matières civile et commerciale dans les relations intra-communautaires..." (attendu 17)

²⁹⁵ BGH 12 octobre 1989, RIW 1990 p. 63

²⁹⁶ Aix-en-Provence, 25 avril 1988, note HUET, Clunet 1988 p. 779; Cass. Civ. du 2 mai 1990, note BISCHOFF, Rev. crit. dr. int. priv. 1991 p. 386

²⁹⁷ art. 4 Convention; note HUET sous l'arrêt précité

²⁹⁸ GEMMER, *Ungeschriebene Anwendungsgrenzen des EuGVU*, IPRax 1991, p. 31

176. Si l'on admet que la condition d'extranéité est une condition générale d'application de la Convention, alors celle-ci doit être également réalisée pour l'application de l'art. 24 de la Convention, dont l'objet est de régler les rapports entre le for de l'action au fond et le for des mesures provisoires. L'intérêt de la question provient de ce que l'art. 24 n'est pas une règle de compétence objective ordinaire. Il a un contenu matériel, puisqu'il interdit au juge de décliner sa compétence, pour la seule raison que le fond du litige est de la compétence d'une autre autorité. En droit suisse, il n'existe pas de règles générales qui coordonnent les rapports entre l'autorité compétente au fond et le juge des mesures provisoires. Dans certaines matières, le droit fédéral impose une correspondance absolue entre les deux, en n'autorisant le juge des mesures provisoires à statuer que s'il est saisi du fond (art. 145 CCS; 281 CCS). Dans d'autres domaines, les cantons peuvent décider si leurs autorités sont habilitées à ordonner des mesures provisoires lorsqu'ils ne sont pas saisis de la procédure principale. Une minorité de cantons connaît une règle semblable à celle de l'art. 24 Convention²⁹⁹. La majorité d'entre eux toutefois lie le for des mesures provisoires à celui du fond. Dans les matières purement internes, les tribunaux de ces cantons peuvent refuser de se saisir d'une demande de mesures provisoires, lorsqu'un autre tribunal est saisi du fond. En revanche, une telle attitude est incompatible avec la Convention ou avec la LDIP. Il est donc nécessaire de délimiter par le critère d'extranéité la sphère respective des règles de portée internationale et des règles internes.

177. Suffit-il qu'une autorité d'un autre Etat soit compétente pour connaître du fond pour que la mesure provisoire ait un caractère international ? Lorsque l'action au fond est déjà introduite, la réponse est affirmative. Lorsque l'action au fond est pendante devant un tribunal du même Etat que celui de la demande de mesures provisoires, la Convention ne s'applique pas faute d'éléments d'extranéité³⁰⁰. La Convention décide si un juge soleurois peut ordonner des mesures provisoires lorsqu'un juge français est saisi du fond, en revanche, c'est le droit de procédure soleurois qui s'applique, faute d'extranéité, si le for principal est à Zurich. Le même raisonnement s'applique à l'art. 10 LDIP. Cette disposition ne s'applique pas en matière intercantonale lorsque l'action au fond est pendante devant le tribunal d'un autre canton que celui où la mesure provisoire est demandée³⁰¹.

178. La détermination du critère d'extranéité est plus aléatoire lorsque la mesure est demandée avant l'introduction de la demande au fond. Comme la Convention désigne fréquemment plusieurs fors alternatifs, il n'est pas possible de savoir à ce stade si un tribunal étranger sera saisi du fond. Une application restrictive du critère d'extranéité exclurait déjà l'application de la Convention ou de l'art. 10 LDIP, si, parmi plusieurs fors conventionnels possibles, figurait un tribunal suisse. Le droit de procédure interne déterminerait donc les liens entre le for du provisoire et celui du fond dès que les

²⁹⁹ PELET, p. 69

³⁰⁰ KROPHOLLER, *EZPR*, n° 8 vor art. 2, in fine

³⁰¹ KNOEPFLER /SCHWEIZER, *FJS* n° 238, p.8

règles de la Convention désignent un for suisse parmi plusieurs fors alternatifs. Le droit interne déterminerait donc si une mesure provisoire peut être ordonnée à Fribourg lorsque l'un des fors alternatifs de l'art. 5 Convention permet, parmi d'autres fors situés à l'étranger, que l'action principale soit jugée à Genève. Cette conception de l'extranéité est trop restrictive et ne tient pas compte du fait que, selon la Convention, la saisine d'une autorité en matière de mesure provisoire n'affecte pas le règlement de la compétence du fond. Nier le caractère d'extranéité dans ces conditions aurait dans certains cas pour effet de priver prématurément le demandeur du choix du for que lui offre la Convention. Par conséquent, le critère d'extranéité est satisfait, pour l'application de l'art. 24 Convention, si, selon les circonstances du cas, la saisine d'une autorité étrangère est virtuellement possible. Comme le fait justement observer KAYE³⁰², en dépit des termes de l'art. 24, le juge des mesures provisoires n'a pas à contrôler que le juge saisi d'une action au fond ou sur le point de l'être est réellement compétent. Le juge des mesures provisoires n'a pas à vérifier la compétence du juge du fond.

B. Champ d'application matériel

179. Les mesures provisoires servent une variété de buts et sont accessoires à différents types de procédure. Les litiges de droit privé ne sont pas les seuls qui nécessitent l'adoption de mesures destinées à assurer l'exécution future d'un jugement ou à régler provisoirement la situation juridique des parties impliquées. Le droit administratif, le droit pénal, le droit de la faillite prévoient aussi des procédures de mesures provisoires qui permettent, au terme d'une procédure simplifiée et rapide, d'assurer la réalisation future d'un droit dont la reconnaissance définitive fait l'objet d'un examen plus approfondi.

180. Le degré de coopération des Etats et la limitation de leurs compétences respectives en vertu du principe de souveraineté diffèrent selon l'objet des procédures. C'est donc un truisme que de rappeler que les règles qui régissent la coopération interétatique sont fondamentalement différentes en matière de procédure civile, de procédure administrative ou de procédure pénale. Une des difficultés contemporaines du droit international privé réside dans la délimitation de son champ d'application matériel. Destinées à régler les effets internationaux des règles et des décisions en matière de droit privé, les règles de conflits de lois et de juridictions demandent que leur objet soit défini. Cette section abordera la délimitation du droit privé par opposition au droit public alors que la suivante traitera de certaines exceptions particulières au champ d'application de la Convention de Lugano (section c).

³⁰² KAYE, p. 1145 in fine et 1146

1. Qualification de l'objet des mesures provisoires

181. En raison de leur caractère provisoire et conservatoire, les mesures provisoires sont en quelque sorte "neutres"³⁰³ en ce sens qu'un même type de mesures peut servir de support à des prétentions très différentes, relevant de différents domaines du droit. Ainsi, une mesure de séquestre au sens large peut être ordonnée pour garantir le paiement d'une obligation contractuelle, d'une prétention relevant du droit de la famille ou des successions, ou encore d'une dette fiscale. Son but peut être de conserver l'objet du litige, d'assurer le maintien sous main de justice d'un minimum de substance patrimoniale pour satisfaire un créancier, ou pour conserver des objets qui pourront servir de preuve dans une future procédure, etc.

182. Cette diversité de but et d'objet rend malaisée la qualification d'une mesure provisoire donnée. Faut-il qualifier ces procédures de manière indépendante, selon leur objet propre et par référence à la prétention de droit matériel dont elles ont la charge d'assurer la protection (qualification indépendante), ou alors de manière dépendante, d'après la qualification du litige principal dont elles constituent l'accessoire (qualification dépendante)³⁰⁴.

183. Le problème s'est posé à trois reprises à la CJCE. Dans les deux premiers cas, il s'agissait de trancher une question de reconnaissance de décisions étrangères³⁰⁵, dans le troisième cas, la détermination de la compétence directe du juge saisi d'une requête de mesure provisoire était en jeu³⁰⁶. Ces trois arrêts avaient trait à des procédures de mesures provisoires dont le fond échappait au champ d'application matériel de la Convention, parce qu'il s'agissait de procédures relatives à l'état des personnes ou aux régimes matrimoniaux (art. 1 ch. 1 Convention, cf. infra n° 216).

184. Dans le premier arrêt de Cavel, qui avait surgi à l'occasion d'une procédure de reconnaissance en Allemagne d'une ordonnance du juge aux affaires matrimoniales du Tribunal de grande instance de Paris demandant l'apposition de scellés sur les biens des parties dans leur appartement de Francfort et autorisant la saisie conservatoire de divers comptes bancaires en Allemagne, la CJCE avait à définir le champ d'application de la Convention. Après avoir affirmé que le caractère provisoire de la décision ne s'opposait en principe ni à son inclusion dans la convention, ni à sa reconnaissance

³⁰³ BASEDOW, *Hdb IZVR*, chap II n° 94

³⁰⁴ MATSCHER, *Vollstreckung im Auslandsverkehr von vorläufig vollstreckbaren Entscheidungen und von Massnahmen des provisorischen Rechtsschutzes*, ZEP 1982 p. 225 à 227; ALBRECHT, p. 87 ss

³⁰⁵ Arrêts de Cavel I Rec. 1979 p. 1055 et de Cavel II Rec. 1980 p. 731

³⁰⁶ CHW c/ GJH, Rec. 1982 p. 1189

dans un autre Etat contractant³⁰⁷, la CJCE a décidé que l'"appartenance au champ d'application de la Convention est déterminé, non par la nature propre des mesures provisoires, mais par la nature des droits dont elles assurent la sauvegarde"³⁰⁸.

185. Le second arrêt de Cavel, opérant ce que DROZ qualifie de "coup de barre sérieux mais peu orthodoxe"³⁰⁹, avait précisé que "les demandes accessoires relèvent du champ d'application de la Convention suivant la matière qu'elles concernent et non suivant la matière dont relève la demande principale". Précisant la portée de la jurisprudence de Cavel I, la Cour avait déclaré "qu'une demande d'apposition de scellés dans le cadre d'une demande en divorce ne relevait pas du champ d'application de la Convention, non à cause de son caractère accessoire, mais parce que par son objet propre, elle relevait en l'occurrence du régime matrimonial des époux." C'était probablement faire dire au premier arrêt de Cavel autre chose que ce qu'il disait. Dans le premier cas, l'exclusion du champ d'application avait été dicté par référence non à l'objet propre des mesures provisoires demandées, mais en relation à l'objet de la procédure principale dont elles constituaient un accessoire.

186. Par contraste avec le premier arrêt, de Cavel II préfère la qualification indépendante des mesures provisoires. Pour déterminer le champ d'application de la Convention, l'objet propre des mesures provisoires est déterminant, non celui de la procédure au fond. Les mesures provisoires sont envisagées isolément et pour elles-mêmes.

187. Dans un troisième arrêt, la CJCE a considéré qu'"Une demande de mesures provisoires tendant à obtenir la remise d'un document afin d'empêcher que les déclarations qui y figurent soient utilisées" comme preuve dans un litige en matière de régimes matrimoniaux ne relevait pas de la Convention³¹⁰. Les parties, domiciliées en Belgique, étaient engagées dans une procédure matrimoniale dans laquelle la femme reprochait au mari une mauvaise gestion de ses apports. Elle s'était emparée, sans droit de l'avis de celui-ci, d'un acte à cause de mort intitulé odcille dans lequel il confessait quelques irrégularités de gestion. Il avait alors saisi le juge d'Amsterdam d'une requête de mesures provisoires, demandant que soit ordonné à sa femme la restitution de ce document, afin de l'empêcher de s'en servir dans la procédure matrimoniale.

188. Contrairement à la jurisprudence de Cavel II, mais dans la ligne de raisonnement de l'arrêt de Cavel I, l'arrêt CHW / GJH insiste sur le caractère

³⁰⁷ Loc. cit. attendu 9 : "Attendu par ailleurs que la Convention ne fournit aucune base juridique permettant de distinguer, quant à son champ d'application matériel, entre mesures provisoires et définitives"

³⁰⁸ Loc. cit. attendu 8; opinion du Royaume-Uni, Rec. 1979 p. 1070 et rapport de l'Avocat général Warner, Rec. 1979 p. 1075

³⁰⁹ note sous de Cavel I et II, Rev. crit. dr. int. priv. 1980 p. 621

³¹⁰ Arrêt CHW *cf* GJH Rec. 1982 p. 1189, attendu 8

d'accessorité des mesures provisoires et sur son influence dans la détermination du champ d'application de la Convention. En effet, la CJCE précise qu'"une demande de mesures provisoires tendant à obtenir la remise d'un document afin d'empêcher que les déclarations qui y figurent soient utilisées comme preuve dans un litige concernant la gestion des biens de la femme est également, en raison de son caractère accessoire, à considérer comme se rattachant aux régimes matrimoniaux au sens de la Convention ³¹¹".

189. Avec perspicacité, HUET ³¹², remarque que la Cour de justice dans l'arrêt CHW "n'est pas rigoureusement en harmonie avec les enseignements du deuxième arrêt de Cavel". En cherchant à qualifier le litige principal, puis à en tirer des conséquences sur les mesures provisoires en raison de leur caractère accessoire, la CJCE choisit à nouveau la qualification dépendante. Pour rester dans la ligne de la jurisprudence de Cavel, HUET propose de dire que "la demande de mesures provisoires tendant à obtenir la remise d'un document afin d'empêcher son utilisation comme preuve (...) ne relève pas de la Convention de Bruxelles parce que, par son objet propre, elle concerne elle-même" une question ayant trait aux régimes matrimoniaux. Cette formulation montre la différence entre la qualification indépendante et la qualification dépendante. Pas plus qu'un litige relatif à la restitution d'un testament à son auteur ne relève du droit successoral, l'action en restitution d'un document ne saurait, de par son objet propre, relever du droit des régimes matrimoniaux, parce que les parties envisagent de l'utiliser comme moyen de preuve dans une procédure pour mauvaise gestion des biens matrimoniaux. Si elle avait appliqué strictement le principe de la qualification indépendante des mesures provisoires, la Cour aurait dû considérer qu'il s'agissait d'un litige lié à la possession ou au pouvoir de disposition d'un objet. Par conséquent, il relevait du champ d'application matériel de la Convention. Les circonstances particulières du litige et son enjeu dans la procédure principale ne devraient avoir aucune importance sur le champ d'application de la Convention. Une procédure de mesure provisoire ne devrait être qualifiée d'action en matière de régimes matrimoniaux que si la prestation dont la protection provisoire est invoquée est liée à l'attribution des biens dans le cadre du partage du régime ³¹³.

190. Utilisant le principe de détermination dépendante du champ d'application de la Convention en matière de mesures provisoires, cet arrêt illustre également les limites du critère tiré du caractère accessoire des mesures provisoires. En effet, même si le but ultime du demandeur était d'empêcher sa femme d'utiliser un document comme moyen de preuve, il est plus que douteux que la mesure demandée, la remise d'un document, constitue un "accessoire" par rapport à la procédure principale en matière de régime matrimonial. Le demandeur invoquait à l'appui de sa prétention le fait que la défenderesse avait pris possession sans droit du document, et la mesure qu'il demandait

³¹¹ Loc. cit. attendu 8

³¹² HUET, *Obs. sous G.H.W. cf G.J.H.* Clunet 1982 p. 944

³¹³ Favorables au contraire à une qualification dépendante, KAYE, p. 1171 et Avocat général Warner, Rec. 1979 p. 1075

protégeait à titre provisoire un droit réel (possession ou propriété). En revanche, son intention de priver la défenderesse d'un moyen de preuve dans le cadre d'une procédure distincte ne suffit pas à créer un rapport d'accessorité entre les deux procédures, puisque la validité de l'une ne dépend pas de l'issue de l'autre.

191. Les mesures provisoires n'ont pas un objet purement accessoire par rapport à celui d'une procédure principale. Elles sont certes dans un certain rapport d'infériorité parce que la situation juridique qu'elles créent n'est pas définitive, qu'elles sont susceptibles d'être modifiées ou supprimées, que leur validité et leurs effets sont conditionnés par le sort d'une procédure au fond. Il n'en reste pas moins que leur objet est distinct de celui du procès au fond.

192. La finalité des mesures provisoires, comme celle de l'action au fond, est de protéger les droits subjectifs des parties impliquées. Parfois, surtout lorsqu'il s'agit de "Regelungsmassnahmen", le droit subjectif qui sert de fondement à la mesure provisoire est immédiatement apparent³¹⁴. L'ordonnance de payer une pension à titre provisoire durant la durée d'une procédure correspond, par son objet propre à une décision "en matière d'obligation alimentaire" (art. 5 ch. 2 Convention), quand bien même la procédure principale (divorce, action d'état) échappe au champ d'application de la Convention. La qualification indépendante s'impose pour ce type de mesure (cf. arrêt de Cavel II).

193. Pour les autres types de mesure provisoire, en particulier pour les mesures conservatoires, la nature du droit protégé est moins apparent, de sorte que la tentation est grande de les rattacher, non à la prétention qu'elles protègent, mais à la procédure principale à laquelle elles sont intégrées. Or c'est le résultat d'une erreur méthodologique. Toute mesure provisoire protège la position juridique des parties. Il suffit de qualifier leur objet selon la nature du droit dont elles assurent la protection. Une action en paiement d'une somme d'argent est qualifiée d'action délictuelle, contractuelle ou successorale suivant les règles de droit et les éléments de fait invoqués à son appui. De façon analogue, une requête de mesure provisoire est qualifiée selon la situation de fait invoquée et la nature des droits dont la protection provisoire est demandée. La qualification et le rattachement des mesures provisoires à la Convention, ne découlent pas de la procédure principale, mais du droit subjectif dont elles assurent la protection³¹⁵.

2. Matière civile et commerciale selon la Convention de Lugano

³¹⁴ Pour MATSCHER, ZZP 1982 p. 227, la qualification indépendante des mesures provisoires en matière d'encretion est facilitée par le développement du droit international privé qui a émancipés les obligations alimentaires des règles de conflit du droit de la famille pour en faire une catégorie "sui generis".

³¹⁵ En faveur de la qualification indépendante, ALBRECHT, p. 94; BISCHOFF, *Clunet* 1982 p. 467; FOSCEANU, p. 119 n° 280 : "Ces constatations permettant d'affirmer que la demande de mesures provisoires ou conservatoires présente un caractère autonome et que son sort n'est pas lié à celui d'une autre procédure quelconque."

194. Les Conventions de Bruxelles et de Lugano ne s'appliquent qu'aux matières civiles et commerciales. Depuis l'accession de la Grande-Bretagne, de l'Irlande et du Danemark en 1978 le texte de l'art. 1 Convention de Bruxelles précise qu'elle ne s'applique pas aux "matières fiscales, douanières ou administratives". Cette adjonction se justifiait, selon le rapport SCHLOSSER³¹⁶, parce que les nouveaux Etats signataires de tradition de Common Law ne connaissent pas la distinction, connue en Europe continentale, entre droit public et droit privé.

195. Les termes de "matière civile et commerciale" sont utilisés dans de nombreuses conventions internationales. Ils sont d'un usage fréquent dans les conventions multilatérales conclues sous l'égide de la Conférence de la Haye de droit international privé, ainsi que dans les traités bilatéraux sur la reconnaissance des jugements. Leur fonction est d'exclure du champ d'application de ces instruments internationaux les procédures relevant du droit public ou du droit pénal. Cette formule n'a toutefois pas une signification unique, en raison de la diversité des traditions juridiques. La frontière entre le droit public et le droit privé suit un tracé qui varie d'un Etat à l'autre. Par exemple, les soumissions de marché public sont considérés en droit français comme des contrats de droit public, alors que le droit allemand, comme le droit suisse, les assimile à des contrats ordinaires de droit privé.

196. Influencés par leur propre tradition juridique, les juges donnent à la notion de matière civile et commerciale, une interprétation plus ou moins extensive, mettant en péril l'unité d'application des conventions internationales. En outre, le contenu de ces termes varie d'une Convention à l'autre. Il arrive donc qu'une même procédure échappe à la Convention de Bruxelles parce qu'elle ne correspond pas à la notion de "matière civile et commerciale" au sens de l'art. 1 Convention, mais qu'elle soit assujettie à une Convention bilatérale entre deux Etats Contractants, dont la conception de la matière civile et commerciale est plus large que celle de la Convention³¹⁷.

197. La définition de la matière civile et commerciale a donné lieu à des divergences d'interprétation qui ont conduit la Commission spéciale de la Conférence de la Haye de droit international privé à émettre une recommandation favorisant une interprétation autonome, libérée des particularités nationales³¹⁸. Cette recommandation concerne la Convention de la Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger du 18 mars 1970, et la Convention de la Haye, sur la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, que la Suisse a signées mais non encore ratifiées. Elle préconise une interprétation uniforme, dégagée du sens que peuvent donner à ces termes les droits nationaux des Etats concernés.

³¹⁶ Rapport SCHLOSSER, JOCE 1979 n° C 59 p. 82 à 84

³¹⁷ arrêt Eurocontrol II, Rec. 1977 p. 1517 : l'exécution en Allemagne d'une décision belge a été accordée en application de la Convention bilatérale entre les deux Etats, bien qu'elle ne corresponde pas à la matière civile et commerciale de la Convention de Bruxelles.

³¹⁸ Publiée notamment in RabelZ 1990 p. 370 à 373

198. La CJCE a également opté pour une interprétation autonome de la notion de matière civile et commerciale au sens de l'art. 1 Convention, en faisant appel aux "principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux" et "aux objectifs et au système de la Convention". Selon la CJCE, "est exclue du champ d'application de la Convention une décision rendue dans un litige, opposant une autorité publique à une personne privée, où l'autorité publique a agi dans l'exercice de la puissance publique"³¹⁹. La règle en elle-même, exprimée de cette manière générale, ne prête guère à discussion. Elle est peut-être même un peu simpliste et ainsi que le relève DROZ, "traîne dans tous les manuels depuis 50 ans"³²⁰. A juste titre, la Cour a-t-elle précisé que "la notion de matière civile et commerciale ne saurait être interprétée en fonction de la seule répartition des compétences entre les différents ordres juridictionnels existant dans certains Etats." En revanche, le critère de la nature juridique des participants au litige est insuffisant³²¹. En effet, il faut sans conteste attribuer également au droit public, et par conséquent soustraire de l'empire de la Convention, les litiges opposant formellement deux parties privées, dont l'une est investie de la puissance publique par délégation de l'autorité publique.

199. La définition de la matière civile et commerciale développée par la CJCE souffre de deux faiblesses. Tout d'abord, en déclarant que la Convention ne s'applique pas lorsque le litige met en jeu l'exercice de la puissance publique, elle ne fait que déplacer le problème sans garantir l'unité d'application. On admet en effet qu'une procédure fait intervenir l'autorité publique lorsque l'une des parties jouit de la prérogative, découlant du droit public, d'imposer unilatéralement sa décision³²². Or chaque Etat est libre d'affecter ou non l'exercice de sa puissance publique à la réalisation de tel ou tel objectif. Certains Etats assoient les relations entre l'usager d'un service public avec l'entreprise chargée de sa distribution sur des bases de droit public. Ils autorisent l'autorité à fixer le montant de la facture et à procéder à son recouvrement par le biais d'une procédure administrative spéciale. D'autres systèmes juridiques en revanche assimilent ces rapports juridiques au droit privé et en attribue le contentieux aux tribunaux ordinaires³²³. L'exclusion du droit public du champ d'application de la Convention repose donc sur un argument circulaire qui ruine les efforts d'uniformisation déployés par la CJCE : la Convention ne s'applique pas aux matières de droit public, le droit public recouvre les matières où une partie exerce la puissance publique et cette dernière notion se définit comme la faculté d'invoquer une

³¹⁹ Eurocontrol I (L.T.U. Lufttransportunternehmen GmbH c/ Eurocontrol du 14 octobre 1976, Rec. 1976 p. 1541)

³²⁰ DROZ, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1977 p. 780

³²¹ BASEDOW, *HaB IZPR*, p. 139 n° 78, contra GOTHOT / HOLLEAUX, p. 9 n° 19 et KRINGS, *cahiers de droit européen* 1981 p. 157

³²² BASEDOW, *HaB IZVR*, p. 140 n° 81 à 83; KROPHOLLER, *EZPR*, n° 8 et 9 ad art. 1

³²³ J. NORMAND ET E. BALATE, *Relations transfrontalières et consommation : quel(s) juge(s) et quelle(s) loi(s) ? Cahiers de droit européen*, 1990 p. 287 à 290

prérogative découlant du droit public ! Afin de préserver l'unité d'application de la Convention, il serait plus efficace de créer une définition totalement détachée des particularités des droits nationaux. Sans doute la matière civile et commerciale ne peut pas se résumer en une seule formule abstraite. Au risque de tomber dans une inévitable casuistique, il est préférable de décider de manière uniforme si telle ou telle contestation est régie par la Convention, sans se préoccuper si un des Etats concernés lui confère un caractère de droit public ou investit l'une des parties de l'autorité publique.

200. En second lieu, la conception de la CJCE de la matière civile et commerciale est trop restrictive, ainsi qu'il ressort de l'arrêt Rueffer³²⁴. Cette procédure concernait le recouvrement par l'Etat néerlandais devant ses propres tribunaux des frais qu'il avait engagés pour enlever l'épave d'un bateau, appartenant à un citoyen allemand domicilié en Allemagne, qui obstruait une voie navigable. Le défendeur contestait la compétence des tribunaux des Pays-Bas et la Hoge Raad posa la question de l'application de la Convention à la CJCE. La CJCE a dénié le caractère civil et commercial de la prétention en excluant du champ d'application de la Convention les créances qui prennent leur source dans un acte de puissance publique. La jurisprudence de la CJCE, en qualifiant de droit public non seulement les actions par lesquelles s'exercent la puissance publique de l'Etat mais aussi celles qui prennent leur source dans un acte où elle s'est exercée a réduit significativement le champ d'application de la Convention. Si le critère utilisé par la CJCE était généralisé, des procédures concernant le remboursement des frais d'intervention des services du feu contre le responsable d'un incendie, ou encore, pour prendre un exemple plus spectaculaire, les actions des collectivités publiques françaises et allemandes pour les frais qu'elles ont encourus en prenant les mesures nécessaires à la suite de l'accident de Schweizerhalle³²⁵ seraient exclues de la Convention. Cette conception relativement restrictive est en retrait de la tendance moderne qui admet de façon de plus en plus large les règles et décisions de droit public étranger³²⁶.

3. L'application de la LDIP au droit privé

201. La LDIP s'applique exclusivement aux rapports de droit privé. La loi ne le précise expressément que dans son titre. Elle ne règle la compétence des autorités et

³²⁴ CICE Rüffer, Obs. BISCHOFF, Clunet 1982 p. 463

³²⁵ cf. DUTOIT / KNOEPLER / SCHWEIZER / SIEHR, *Pollution transfrontière : Tschernobyl / Schweizerhalle*, Beihefte zur ZSR 1989 n° 9 (Ces auteurs ne remettent pas en cause la qualification de droit privé dans des cas où la Convention ne s'appliquait pas)

³²⁶ cf. par exemple les conclusions de la Commission spéciale de la Conférence de la Haye de droit international privée : "Dans la "zone grise" des matières qui se situent entre le droit privé et le droit public, l'évolution historique devrait amener à une ouverture plus large de la notion "civile ou commerciale", RabelZ 1990 p. 370

la reconnaissance des décisions étrangères qu'à la condition implicite qu'il s'agisse de litiges de droit privé, et non de droit pénal ou de droit public³²⁷.

202. Pendant longtemps, la question des conflits de juridiction a été occultée par celle des conflits de loi. Le TF refusait d'appliquer toute disposition de droit public étranger. A l'appui de cette jurisprudence, il invoquait même une règle dérivée directement du droit des gens³²⁸. Comme les tribunaux refusaient d'appliquer toute règle de droit public étranger, une action fondée sur une telle règle était irrecevable. Inversement, une action ostensiblement fondée sur une norme de droit privé, mais dissimulant en réalité l'exercice d'un acte de souveraineté (les procédures à tête de Janus, selon l'expression mythologique imagée de VISCHER³²⁹), pouvait être admise³³⁰. L'assouplissement de la règle de la territorialité du droit public étranger³³¹ a dissocié les critères d'application du droit de ceux de la compétence des autorités suisses.

203. La jurisprudence française assimile également la question de la compétence à celle des conflits de loi : "Les tribunaux français sont incompétents pour connaître d'un litige international dans lequel le demandeur étranger fonde sa demande sur le droit public de son pays³³²". La LDIP, en permettant largement l'application par les tribunaux civils suisses du droit public étranger (art. 13), a redonné indirectement de l'intérêt à la question de la recevabilité des actions introduites par des Etats ou organismes publics étrangers. Puisque le caractère de droit public des normes invoquées ne constitue plus un obstacle à leur application, de nouveaux critères doivent être inventés pour régler les possibilités et les limites à l'utilisation par des Etats étrangers des tribunaux civils suisses pour la réalisation d'objectifs relevant de l'exercice de leur souveraineté.

204. La procédure dirigée par l'Etat haïtien contre son précédent "président à vie" devant les tribunaux français pour récupérer les sommes qu'il avait illicitement détournées à son profit illustre parfaitement cette problématique. La recevabilité de l'action intentée devant le tribunal de grande instance de Grasse dépendait de la qualification (droit public ou droit privé) de la procédure. Selon la Cour d'appel d'Aix-

³²⁷ ATF Transcontainer du 12 juillet 1990, *Transcontainer Services AG c/ Security Forwarder Ltd*, STQJAN, p. 63 à 66; WALDER, *Direkte Zuständigkeit*, p. 189

³²⁸ ATF 107 II 489 du 26 novembre 1981, *Barner Ersatzgasse c/ Luftseilbahn Bettmeralp AG* : "Nach einem allgemein anerkannten Grundsatz des Völkerrechts gilt öffentliches Recht in der Regel nur in jenem Staat der erlassen hat."

³²⁹ VISCHER, *JPRax* 1991 p. 210

³³⁰ Pour un exemple fameux, cf. ATF Gordon 76 II 122, qui constituait pour KEGEL, *JPR*, p. 6, le paradigme de l'action qui ne relevait pas du droit international privé et qui devait être déclarée irrecevable.

³³¹ sur le développement de la pratique suisse, cf. notamment KNOEPFLER / SCHWEIZER, *Précis*, p. 61 ss

³³² Aix-en Provence du 25 avril 1988, *Etat haïtien c/ Duvalier*, *Clunet* 1988 p. 783

en-Provence, l'action était recevable parce que les demandes n'étaient fondées sur aucune règle ou principe de droit public haïtien. De plus, les rapports entre une collectivité publique et un agent qui lui cause un préjudice par une faute personnelle sont des rapports de droit privé³³³. En revanche, la Cour de cassation a estimé que les litiges relatifs aux rapports entre un Etat et ses dirigeants sont liés à l'exercice de la puissance publique, quelle que soit la nature de la faute commise. Par conséquent, l'action de l'Etat haïtien, qualifiée de droit public, a été déclarée irrecevable³³⁴.

205. Une partie de la doctrine estime qu'il y a lieu de raisonner par analogie avec les règles applicables en matière d'immunité de juridiction des Etats³³⁵. La théorie de WENGLER se fonde sur une conception de l'égalité des armes dans la procédure. Lorsque l'Etat étranger peut invoquer son immunité de juridiction à l'encontre de son adversaire, il convient de protéger de manière semblable une personne privée qui, dans une situation analogue mais renversée se trouverait en position de défendeur face à un Etat étranger. Cette théorie méconnaît le fait que l'Etat peut renoncer au bénéfice de son immunité, alors que l'irrecevabilité des actions fondées sur le droit public étranger s'invoque en principe d'office. De plus, ainsi que le remarque très justement VISCHER³³⁶, les intérêts juridiques protégés sont différents. L'immunité de juridiction a pour but de protéger l'Etat étranger contre une ingérence des tribunaux du for, alors que la règle de l'irrecevabilité des actions de droit public intentées par un Etat étranger évite aux tribunaux du for le risque de se muer en valets d'une puissance étrangère qui tenterait de les utiliser pour réaliser des buts relevant de l'exercice de sa souveraineté. La ratio legis de la règle implicite d'irrecevabilité des actions fondées sur l'exercice de la puissance publique est de préserver l'indépendance des tribunaux du for contre les ingérences d'un Etat étranger. Pour Vischer³³⁷, il y a lieu d'approuver la tendance des tribunaux qui présument qu'une action intentée par un Etat étranger relève de l'exercice de la puissance publique, même si elle est formellement déguisée sous la forme d'une demande de droit privé. S'agissant d'une exception non écrite à une règle de compétence, il conviendrait probablement d'appliquer une présomption inverse. La plus grande circonspection s'impose avant de déclarer irrecevables des actions qui sont fondées sur des normes de droit privé. Le refus de la Cour de cassation d'accepter la

³³³ Aix-en-Provence du 25 avril 1988, Etat haïtien *c/* Duvalier, note HUET, *Clunet* 1988, p. 783. A noter que les tribunaux français ont raisonné à partir du droit commun français, sans examiner, à tort, si la Convention de Bruxelles pouvait s'appliquer (cf. *supra* n° 174)

³³⁴ Cass. Civ. du 29 mai 1990, consorts Duvalier et autres *c/* Etat Haïtien, note BISCHOFF, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1991 p. 386

³³⁵ WENGLER, *IPR* 1 p. 124; FREYRIA, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1953 p. 425; Sur la symétrie de l'immunité de juridiction et de l'irrecevabilité des actions intentées par un Etat étranger, cf. AUDIT, note sous *République du Guatemala c/ Société internationale de négoce de café et du cacao SINFAC* du 2 mai 1990, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1991 p. 378, spéc. 383; JACQUES DEHAUSSY, *Le statut de l'Etat étranger demandeur sur le for français*, *Clunet* 1991 p. 109 à 129

³³⁶ VISCHER, *IPRax* 1991 p. 212

³³⁷ VISCHER, *IPRax* 1991 p. 213 n° 7

compétence des tribunaux français pour juger le litige résultant des détournements commis par le président Duvalier au préjudice de l'Etat haïtien repose sur une conception relativement frileuse de l'indépendance des Etats, dans un monde où ceux-ci sont de plus en plus interdépendants et où les exigences de la solidarité internationale sont reconnues de plus en plus largement³³⁸. Assurément, admettre la compétence des tribunaux français n'aurait pas mis en péril l'indépendance de la France.

206. En Suisse, les exigences de la coopération internationale sont prises en compte par la législation sur l'entraide judiciaire en matière pénale. Une prétention du type de celle revendiquée par l'Etat haïtien aurait vraisemblablement été réglée par la voie de l'entraide pénale. Le droit suisse en la matière, plus favorable que la Convention européenne sur le même sujet, permet le transfert à l'Etat requérant du produit d'une infraction³³⁹. Pour assurer l'efficacité de la procédure, la loi sur l'entraide octroie des mesures provisoires, probablement plus efficaces que celles que pourrait ordonner un juge civil. Il est normal que cette procédure supplante dans les cas où elle est possible, les actions civiles menées par un organisme étatique devant les tribunaux civils. Toutefois, il reste de nombreux cas où la voie de l'entraide pénale n'est pas ouverte, soit en l'absence d'infraction pénale, soit parce que les conditions de la double incrimination ne sont pas réunies, soit qu'enfin la poursuite pénale n'est pas possible.

207. Dans ces cas, le recours à une procédure civile peut être nécessaire. Celle-ci ne sera recevable que s'il s'agit d'une action civile. Comme on a vu, cette qualification ne dépend pas uniquement du type de règles invoquées. Ainsi, une action qui repose en partie sur des règles de droit privé et en partie sur des règles de droit public n'est pas forcément irrecevable. A l'inverse, une action fondée exclusivement sur des règles de droit privé peut, dans certains cas, se voir dénier l'accès aux tribunaux civils du for, parce qu'il s'agit en réalité de l'exercice déguisé de la puissance publique d'un Etat étranger. Comme le remarque justement BYRNE-SUTTON, "les besoins de la société internationale actuelle exigent une réaction nuancée à un problème tel que l'accueil des demandes faites *iure imperii*"³⁴⁰.

208. Il est vrai que la qualification de l'action doit se faire *lege fori*. Toutefois, ce raisonnement ne devrait pas emprunter trop servilement les critères utilisés en droit interne pour délimiter le droit privé du droit administratif. Ciselés par les nécessités de l'histoire et les particularités de l'organisation de l'Etat du for, ces principes sont peu adaptés aux situations internationales. Décider par exemple de la recevabilité de

³³⁸ Dans l'arrêt République du Guatemala précité, la Cour de Cassation a admis que "le principe (d'irrecevabilité des actions intentées par un Etat étranger) peut être écarté, notamment, si, du point de vue du for, les exigences de la solidarité internationale ou la convergence des intérêts en cause le justifient."

³³⁹ art. 74 Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981, RS 351.1; ATF 115 Ib 517 du 2 novembre 1989 Travellers Foundation et autres c/ Petroleos Mexicanos et autres; cf. Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, RS 0.351.1

³⁴⁰ BYRNE-SUTTON, *Le trafic international des biens culturels sous l'angle de leur revendication par l'Etat d'origine*, p. 169

l'action de l'Etat haïtien sur la base de règles françaises sur la responsabilité des fonctionnaires est assurément artificiel. Le juge doit déterminer si le demandeur poursuit des objectifs relevant de l'exercice de la souveraineté. Dans la majorité des cas, la qualification de droit public ou de droit privé ne pose pas de difficulté particulière, mais les cas limites nécessitent une approche très circonspecte. On ne saurait poser comme présomption que l'action est irrecevable par le seul fait que le demandeur est une personne morale de droit public étranger. Au contraire, lorsque l'action se fonde sur des règles de droit privé, elle devrait être déclarée recevable, à moins qu'elle ne soit manifestement qu'un subterfuge destiné à permettre à l'Etat d'exercer sa souveraineté au-delà de ses frontières.

4. La notion de mesures provisoires de droit privé

209. La recevabilité d'une demande de mesures provisoires dépend aussi du caractère de droit privé de la prétention dont la protection provisoire est demandée. Une requête de séquestre ou de mesure provisoire est irrecevable si elle a pour but l'exercice en Suisse d'un acte de souveraineté d'un Etat étranger. La méthode de qualification ne devrait pas être différente de celle qui prévaut pour l'action au fond. En particulier, une demande de séquestre (art. 271 LP), sollicitée par un Etat ou un organisme public étranger à l'encontre de son précédent chef d'Etat ne devrait pas être déclarée irrecevable en raison du caractère public de la prétention. L'action civile, et les mesures provisoires qui l'étaient, ne sont pas exclues par le simple fait qu'une procédure d'entraide en matière pénale pourrait être utilisée, qu'elle est pendante ou qu'elle n'a pas abouti. La procédure prévue par l'art. 94 al. 1 et 2 de la loi sur l'entraide internationale en matière pénale a pour but de rendre effectif dans notre pays un ordre de confiscation prononcé par un tribunal pénal étranger. Elle est tout à fait distincte d'une éventuelle procédure civile en réparation du dommage ou d'une action en revendication introduite devant les tribunaux civils.

210. La qualification du caractère privé ou public de la prétention est quelque peu compliquée en matière de mesures provisoires. Si l'action au fond doit se dérouler dans l'Etat du for, la qualification *lege fori* sera suffisante. Puisque la mesure sollicitée est destinée à protéger une prétention dont les mérites doivent être examinés par une juridiction du for, il suffit, dans les deux cas, de procéder à une qualification *lege fori*. Sans doute, au stade de l'admission de la requête de mesures provisoires, l'examen de la question sera sommaire et le tribunal se contentera d'un critère de vraisemblance. Le principe de la qualification *lege fori* est toutefois incontestable.

211. La qualification *lege fori* est-elle suffisante lorsque l'action au fond se déroule ou est susceptible de se dérouler dans un autre Etat que celui où la mesure provisoire est demandée ? Les tribunaux doivent-ils prêter main-forte à une prétention que les autorités saisies de la demande principale qualifient de droit public et par conséquent déclareront irrecevable ? Dans le cas Haïti, les demandeurs qui avaient introduit une action en paiement en France, sollicitaient simultanément des mesures provisoires sous la forme d'une "Mareva Injunction" devant les tribunaux anglais. Durant la procédure,

les tribunaux anglais ont estimé que la République haïtienne avait "a good arguable case, such as would justify the use of interim protective measures in an English domestic case"³⁴¹. Sans doute les tribunaux anglais n'ont-ils eu aucune difficulté à identifier la prétention comme une action délictuelle ordinaire selon le principe de la qualification *lege fori*. Une prise en compte de la qualification française d'action de droit public aurait conduit à des résultats différents. Pour se prononcer sur l'opportunité des mesures provisoires, le juge ne peut donc tenir compte de la seule qualification *lege fori*. Il doit encore anticiper, au stade de l'examen du bien fondé de la requête de mesure provisoire, la qualification que donnera à la prétention le juge étranger saisi du fond. Le juge des mesures provisoires ne peut faire une totale abstraction du droit étranger dans les situations internationales³⁴².

212. En matière d'arbitrage international, les Etats membres de la Convention de New York de 1958 reconnaissent des sentences dans des matières pour lesquels leurs tribunaux internes seraient incompétents *rationae materiae*. L'art. 174 LDIP définit l'arbitrabilité du litige par une règle matérielle. Sont arbitrables les litiges dans toute affaire de nature patrimoniale. Cette définition comprend tout litige dont l'enjeu peut être apprécié en argent. Elle inclut également des matières qui - envisagées sous l'angle du droit interne d'un Etat particulier - ressortiraient au droit public. En particulier, l'arbitrage international est le mode de résolution par excellence des conflits entre un Etat ou une entreprise étatique et un partenaire privé étranger. Fréquemment, le tribunal arbitral doit connaître de questions qui ne relèvent pas du droit privé, même dans une acception extensive. Ainsi, les procédures arbitrales doivent-elles décider de la licéité d'une nationalisation, de questions liées à l'application du droit public économique régissant les investissements étrangers, du droit fiscal, etc. De tels conflits ne sont pas justiciables des tribunaux d'un Etat tiers. Saisis d'une action portant sur un tel objet, les tribunaux suisses devraient se déclarer incompétents même s'ils jouissaient d'une compétence internationale. En revanche, ils doivent exécuter une sentence arbitrale définitive portant sur ces matières.

213. Qu'en est-il de la compétence pour ordonner des mesures provisoires ? Deux types de raisonnement sont concevables. Premièrement on peut soutenir que les tribunaux n'ont pas la compétence d'ordonner des mesures provisoires lorsqu'ils ne sont pas compétents pour se saisir du fond. Ils ne peuvent donc pas intervenir par des mesures provisoires dans la résolution d'un litige qui échappe sur le fond à leur compétence matérielle. Inversement, on peut concevoir la protection provisoire comme un avant-goût de l'exécution de la sentence définitive. Puisque les tribunaux devront reconnaître et exécuter la future sentence, il se justifie qu'ils ordonnent toute mesure nécessaire pour sauvegarder par avance le résultat de l'exécution forcée. Selon cette seconde théorie, les tribunaux devraient se déclarer compétents, *rationae materiae*, pour statuer sur une demande de mesure provisoire, puisqu'ils devront exécuter la sentence.

³⁴¹ Court of Appeal, *Stoughton*, L.G. [1989] ECC 452

³⁴² cf. ci-dessous n° 396

214. La jurisprudence suisse en matière de séquestre de biens appartenant à des Etats étrangers a développé la notion de "Binnenbeziehung", exigeant un certain rapport entre le litige et la Suisse³⁴³. Il s'agissait en l'espèce d'un litige surgi à propos de la nationalisation par l'Etat libyen d'une concession pétrolière. Le demandeur avait obtenu, au terme d'une procédure arbitrale dont le siège était en Suisse, un jugement condamnatore à l'encontre de la Libye. Il essayait d'en obtenir l'exécution en faisant séquestrer des avoirs libyens en Suisse. L'arrêt LIAMCO est critiquable parce qu'il ne fait pas de distinction entre une mesure de séquestre requise avant la sentence finale et un séquestre ordonné en exécution d'une sentence entrée en force. Le critère de la "Binnenbeziehung" se justifie aussi longtemps que le litige n'a pas été résolu par un jugement ou une sentence arbitrale. Comme le séquestre crée un for pour le procès au fond, la condition de la "Binnenbeziehung" décharge les tribunaux de litiges qui n'ont aucun lien avec la Suisse. En revanche cette condition ne se justifie plus au stade de l'exécution du jugement ou de la sentence. Le projet de révision de la LP généralise l'exigence de la "Binnenbeziehung" pour tous les séquestres affectant les biens d'un débiteur domicilié à l'étranger, et non plus seulement ceux d'un Etat, lorsqu'il n'existe pas de titre exécutoire, et supprime cette exigence pour toutes les procédures de séquestre ordonnées sur la base d'un tel titre³⁴⁴. Le projet de révision de la LP accentue les distinctions entre les séquestres ordonnés avant l'obtention d'un titre exécutoire et les séquestres postérieurs au jugement au fond. Les conditions et les conséquences d'une mesure provisoire avant jugement diffèrent d'une procédure d'exécution forcée. Les mesures provisoires ne doivent donc pas être ordonnées pour la seule raison que la sentence finale sera exécutée. L'octroi de mesures provisoires ou de l'exécution d'un titre exécutoire répond à des impératifs différents. Par conséquent, la compétence matérielle pour ordonner des mesures provisoires dans un litige impliquant un Etat ne doit pas être appréciée de manière différente selon que la procédure au fond fait l'objet d'une procédure judiciaire ou d'un arbitrage. Les tribunaux ne sont compétents pour ordonner des mesures provisoires que dans la mesure où il s'agit d'un litige de droit privé. L'existence d'une procédure arbitrale ne permet pas d'accueillir une requête de mesure provisoire plus largement que si des tribunaux étatiques sont saisis du fond. Le seul fait que les tribunaux du for devront collaborer à l'exécution de la sentence arbitrale ne les oblige pas à protéger par anticipation les prétentions des parties au stade des mesures provisoires. Par conséquent, en matière d'arbitrage également, les tribunaux ne sont compétents pour ordonner des mesures provisoires que pour protéger une prétention de droit privé.

215. Cette même restriction s'applique lorsque le juge suisse, en application de l'art. 183 al. 2 LDIP, est requis de mettre à exécution des mesures provisoires ordonnées par le tribunal arbitral. La compétence du tribunal *rationae materiae* n'est pas élargie par une décision rendue par un arbitre dans une matière de droit public qui n'entre pas dans la compétence matérielle des autorités judiciaires. Par conséquent, les tribunaux

³⁴³ ATF 106 Ia 142

³⁴⁴ cf. Mess. LP p. 187 à 189

sont incompétents pour prêter leur concours à une mesure provisoire rendue par un arbitre dans une matière qui ne peut être qualifiée de droit privé.

C. Matières exclues par la Convention de Lugano

1. Généralités

216. Alors que les règles de compétence directe et indirecte de la LDIP couvrent l'ensemble du droit privé, la Convention de Lugano exclut expressément de son champ d'application certaines matières qui, pourtant, appartiennent à la matière civile et commerciale, entendue au sens large. En particulier, ne sont pas régies par la Convention, les questions qui ont trait aux domaines suivants (art. 1 Convention) :

1. L'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions;
2. Les faillites, concordats et autres procédures analogues;
3. La sécurité sociale;
4. l'arbitrage."

2. En droit de la famille

217. Alors que la plupart des litiges relevant du droit de la famille échappent au champ d'application de la Convention, les obligations d'entretien font l'objet d'une disposition expresse (art. 5 ch.2 Convention). Ainsi que la CJCE l'a précisé dans l'arrêt de Cavel II, la Convention s'applique aux mesures provisoires en matière d'entretien, même si l'action au fond (divorce, action en contestation ou en établissement de la filiation), échappe à son champ d'application. La frontière entre les "régimes matrimoniaux" et les obligations d'entretien est imprécise. La distinction peut fort bien ne poser aucune difficulté au regard du droit suisse, mais les conceptions différentes des droits des Etats membres et les critères de qualification autonome développés par la CJCE rendent l'exercice périlleux³⁴⁵. Selon l'arrêt GWH, la

³⁴⁵ BASEDOW, *Hab IZPR*, n° 103 à 105 p. 148 à 150

notion de régime matrimonial concerne tous les rapports patrimoniaux qui résultent immédiatement du mariage ou de sa dissolution. En revanche, tous les rapports patrimoniaux des époux qui n'ont pas leur source dans les relations matrimoniales des parties sont soumis à la Convention. Par conséquent, les prétentions de nature pécuniaire survenant dans le cadre d'un divorce appartiennent à trois catégories différentes :

- a. Les obligations d'entretien, régies par la Convention.
- b. Les autres prétentions patrimoniales découlant directement du mariage ou de sa dissolution, exclues de la Convention.
- c. Les prétentions patrimoniales sans rapport avec le mariage ou sa dissolution, régies par la Convention.

218. Appliquée aux différentes prétentions litigieuses dans le cadre de mesures provisoires matrimoniales, cette division tripartite assujettit indiscutablement à la Convention les prétentions d'entretien ordonnées pour la durée de la procédure. L'attribution du domicile conjugal et du mobilier du ménage à l'un des conjoints pendant la durée de la procédure est un cas limite. On pourrait en effet considérer qu'il s'agit d'une attribution provisoire de biens découlant directement du mariage et de sa dissolution. De telles mesures ressortiraient donc au droit des régimes matrimoniaux et échapperaient à la Convention. Elles n'ont toutefois pas pour but de résoudre des conflits patrimoniaux, mais d'attribuer, pour la durée de la procédure de divorce, l'usage de biens qui étaient en la possession du couple à celui des conjoints qui en éprouve le plus grand besoin. Par conséquent, le but de ces mesures les apparente davantage à une obligation d'entretien; elles sont par conséquent assujetties à la Convention.

219. La question a été débattue en Allemagne de savoir si l'attribution du domicile conjugal pour la durée d'une procédure de divorce (Par. 670 N.7 ZPO) devait être qualifiée d'obligation d'entretien. HEISS³⁴⁶ estime que la Convention n'est pas applicable à une telle question parce qu'elle ressortit aux régimes matrimoniaux, selon l'interprétation qu'en donne la CJCE³⁴⁷. Toutefois, le fait que l'attribution du logement conjugal soit la conséquence de la dissolution judiciaire du mariage n'est pas déterminant. En effet, l'obligation d'entretien, au sens strict, correspond à cette définition. Les auteurs de la Convention ont pourtant choisi de régir cette matière. Il est indiscutable que l'attribution du logement conjugal et la fixation judiciaire de l'obligation d'entretien répondent à des besoins similaires. Le droit matériel tient en général compte des conséquences financières de l'attribution du logement pour déterminer le montant de l'obligation d'entretien. Les deux questions sont intimement liées et il convient de ne pas compliquer des procédures qui doivent rester simples malgré l'élément d'extranéité, en soumettant deux problèmes connexes à deux régimes de conflit de juridiction différents.

³⁴⁶ HEISS, p. 54

³⁴⁷ cf. également, GEMER / SCHÖTZE I/2 Par. 39 II p. 265

220. Se plaçant sous l'angle des conflits de loi, une partie de la jurisprudence³⁴⁸ et de la doctrine³⁴⁹ allemande tranche résolument en faveur d'une qualification d'obligation d'entretien (art. 18 EGBGB). Cette position mérite d'être approuvée et étendue au domaine des conflits de juridiction. Par conséquent, il convient d'admettre que l'attribution provisoire du logement conjugal constitue un règlement particulier des obligations d'entretien et entre dans les prévisions de la Convention de Lugano.

3. En droit de l'arbitrage

221. Convaincus que la reconnaissance internationale des sentences arbitrales était suffisamment garantie par d'autres instruments internationaux, les auteurs de la Convention de Bruxelles ont exclu l'arbitrage de son champ d'application³⁵⁰. L'étendue de cette exception est controversée, et l'ambiguïté de la formulation de l'art. 1 ch. 4 de la Convention est apparue lors de la négociation en vue de l'adhésion de la Grande-Bretagne, du Danemark et de l'Irlande³⁵¹. Selon une conception large, défendue par la Grande-Bretagne, la Convention ne s'appliquerait pas à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement rendu dans un litige lorsque les tribunaux d'origine n'ont pas tenu compte d'une clause d'arbitrage. Selon l'opinion des autres représentants à la négociation, l'exclusion est limitée à la reconnaissance des sentences arbitrales et aux procédures devant les tribunaux étatiques liées à une instance arbitrale. La différence d'interprétation n'a pas été aplaniée lors des révisions successives de la Convention. Selon la conception restrictive, les tribunaux d'un Etat contractant ne peuvent refuser de reconnaître un jugement étranger qui aurait été rendu au mépris d'une clause d'arbitrage valable, puisque les règles sur la reconnaissance des jugements de la Convention ne prévoient pas ce motif de refus. Selon la conception large, cette question, échappant à la Convention, est laissée au droit commun de chaque Etat.

222. La définition des mesures judiciaires exclues de la Convention parce qu'elles sont liées à une procédure arbitrale crée une difficulté supplémentaire. La question a été posée pour la première fois à la CJCE à l'occasion d'une curieuse affaire de conflit de compétence entre autorités anglaises et italiennes à propos de la validité d'une

³⁴⁸ OLG Hamm du 15 novembre 1988, IPRax 1990 p. 114, note HELMUT WEBER, IPRax 1990 p. 95

³⁴⁹ notamment HENRICH, *die gerichtliche Zuweisung der Ehwohnung an einen Ehegatten in Fällen mit Auslandsberührung*, FS Ferid, p. 157

³⁵⁰ Rapport JÉNARD, JOCE 1979 n° C 59 p. 19

³⁵¹ Rapport SCHLOSSER, JOCE 1979 n° C 59 p. 92 et 93, n° 61 à 65

convention d'arbitrage³⁵². Le litige concernait la vente d'une cargaison de pétrole brut iranien. La société italienne avait saisi les tribunaux de Gênes qu'elle estimait compétents en vertu de l'art. 5 al. 1 Convention (for du lieu d'exécution du contrat). La défenderesse contestait la compétence des tribunaux italiens en invoquant l'existence d'une clause d'arbitrage. Parallèlement, elle avait commencé une procédure arbitrale à Londres à laquelle la société italienne refusait de participer parce qu'elle niait la validité de la clause. La demanderesse à l'arbitrage avait alors saisi les tribunaux anglais d'une demande de nomination d'un arbitre. La société italienne contestait la compétence des tribunaux anglais, puisque la validité de la clause arbitrale devait être décidée dans la procédure en cours en Italie et que la Convention de Bruxelles ne permettait pas aux tribunaux anglais de trancher (art. 21 ou 22 de la Convention). Interrogée par la Court of Appeal, la CJCE devait statuer à titre préalable sur l'application de la Convention.

223. L'option minimale, défendue par la société italienne, soutenue par un avis de droit du professeur SCHLOSSER³⁵³, dont le contenu diffère du rapport officiel qui porte son nom, affirmait que l'exception ne concerne que les sentences arbitrales et autres décisions rendues par des arbitres. En revanche, toutes les procédures intentées devant les tribunaux, même en rapport avec une procédure arbitrale, seraient soumises à la Convention. Cette solution, qui a le mérite de la simplicité, présente toutefois de graves inconvénients qui, paradoxalement, sont de nature à entraver le jeu régulier de l'arbitrage international. Alors que la tendance moderne est d'exclure ou de limiter les possibilités d'ingérences par les juges étatiques dans les procédures arbitrales, l'inclusion dans la Convention des contestations judiciaires liées à l'arbitrage aurait pour conséquence d'étendre à tous les Etats membres l'effet des décisions rendues en matière d'arbitrage. Par exemple, un jugement annulant une sentence arbitrale dans un Etat serait automatiquement reconnu dans tous les Etats membres. Alors que l'annulation d'une sentence arbitrale dans son pays d'origine ne constitue pas nécessairement un obstacle à sa reconnaissance dans un Etat tiers, la Convention obligerait tous les Etats européens à refuser l'exécution d'une sentence qui aurait été annulée dans l'un d'entre eux.

224. A juste titre, la CJCE a rejeté cette opinion et a décidé que la Convention ne s'appliquait pas à une procédure judiciaire tendant à la désignation des arbitres. La décision de la Cour s'en tient prudemment à la question qui lui était posée et ne permet pas d'extrapolation pour les autres procédures qui peuvent survenir en marge d'une procédure arbitrale.

225. Le cas des mesures provisoires rendues par une autorité étatique, lorsque l'action au fond fait l'objet d'un arbitrage, n'a pas été tranché par la jurisprudence.

³⁵² Arrêt *Marc Rich & CO / Società Italiana Impianti p.a.*; affaire 190/89 du 25 juillet 1991; RHIDIAN THOMAS, *The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968 : An English Perspective*, *Journal of International Arbitration*, 1990, n° 3, p. 43 à 52.

³⁵³ SCHLOSSER, *The 1968 Brussels Convention and Arbitration*, *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1989 p. 545; STEIN / JONAS / SCHLOSSER, n° 61 vor art. 1044 ZPO.

Cette question a deux facettes. La Convention désigne-t-elle l'autorité compétente pour trancher de telles mesures provisoires ? La Convention régit-elle la reconnaissance dans les autres Etats contractants d'une mesure provisoire rendue par un tribunal étatique alors qu'une procédure arbitrale est pendante ?

226. A la première question, il faut répondre que la Convention ne décide pas si l'autorité étatique est autorisée à ordonner des mesures provisoires lorsque le fond fait l'objet d'un arbitrage. La Convention ne régit aucunement les rapports entre les arbitres et les autorités judiciaires. En particulier, l'art. 24 de la Convention ne demande pas au juge d'intervenir lorsque le fond fait l'objet d'un arbitrage.

227. La répartition des compétences entre les autorités des différents Etats, à supposer qu'ils admettent leur compétence, doit-elle être soumise à la Convention³⁵⁴ ? Si un arbitrage dont le siège est en Suisse met en présence des parties française et italienne, quels seront les tribunaux compétents pour ordonner des mesures provisoires durant l'arbitrage ? Les tribunaux suisses, parce que le tribunal arbitral y a son siège et que le défendeur y a des biens, les tribunaux allemands parce que le contrat litigieux doit être exécuté en Allemagne (art. 5 al. 3 Convention), les tribunaux italiens, parce que le défendeur y a son siège ou les tribunaux français parce que le demandeur est français (art. 14 CCF) ? Il s'agit là d'une répartition des compétences internationales indépendante du fait que le fond est du ressort d'un tribunal arbitral. Certains auteurs estiment toutefois que les mesures provisoires ordonnées par des juges sont exclues de la Convention lorsqu'elles sont prononcées à l'appui d'une procédure arbitrale³⁵⁵. Le principe de la qualification indépendante des mesures provisoires, plaide cependant en faveur de l'application de la Convention. En effet, ces mesures ont pour objet une prétention (en général une obligation contractuelle), régie par la Convention, même si la procédure au fond en est exclue.

228. Si l'adoption de mesures provisoires par les autorités judiciaires est régie par la Convention, il en va autrement des diverses procédures judiciaires qui ont pour objet le déroulement proprement dit de la procédure arbitrale (nomination et révocation d'arbitre, récusation, annulation de sentences, etc.³⁵⁶).

229. Le droit suisse demande au juge de prêter son concours aux mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral (art. 183 al. 2 LDIP). Une telle procédure permet de conférer à une mesure provisoire ordonnée par les arbitres le caractère exécutoire d'une décision judiciaire. Il ne s'agit pas d'une nouvelle procédure. L'examen des faits et du droit n'est pas repris ab initio. Le juge se contente de contrôler et de confirmer la mesure ordonnée par les arbitres et d'y conférer son autorité. Dans cette mesure, la

³⁵⁴ SCHLOSSER, ZJP 1986 p. 269, répond par l'affirmative, conformément à sa conception restrictive de l'exception de l'art. 1 Par. 4 Convention

³⁵⁵ cf. les doutes exprimés par MARTINY, *Hdb IZVR*, p. 27 et 28 et MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 160, qui admet toutefois que la reconnaissance de telles mesures est régie par la Convention.

³⁵⁶ cf. les exemples donnés par BASEDOW, *Hdb IZVR*, p. 155; BERTI, FS Vogel p. 347

procédure s'apparente davantage à la reconnaissance d'une décision qu'à une "Erkenntnisverfahren". L'ordonnance du juge ne fait qu'habiller un acte qui échappe radicalement à la Convention³⁵⁷. Pas plus que la Convention ne s'applique à la reconnaissance des sentences arbitrales, elle ne peut s'appliquer à cette forme de reconnaissance des mesures provisoires arbitrales. Le juge suisse incorpore dans sa décision la mesure prononcée par l'arbitre. Soumettre une décision judiciaire rendue en application de cette disposition à la Convention aurait pour conséquence, par le jeu de la reconnaissance automatique des décisions, de conférer à une mesure provisoire rendue par un tribunal arbitral et reprise par un juge suisse, une validité européenne, alors même que la plupart des droits des autres Etats membres dénie toute force obligatoire aux décisions rendues par les arbitres. Une telle solution ne peut être imposée par une Convention qui affirme ne pas s'appliquer à l'arbitrage !

D. Rapports entre la LDIP et la Convention

230. Une fois défini le champ d'application respectif du droit international privé commun et du droit conventionnel, il reste à préciser la frontière de leurs domaines respectifs. En premier lieu, il convient de distinguer les cas où ils ont chacun vocation à s'appliquer cumulativement. Chaque fois que la Convention ne s'applique pas parce que son champ d'application est plus étroit que la LDIP, les règles de cette dernière conservent leur validité. Cette énonciation tautologique masque certaines difficultés.

231. La divergence résulte parfois d'une différence de méthode de qualification. La Convention qualifie la notion de droit public de manière autonome, alors que la LDIP décide selon les critères de la *lex fori* quelles questions ressortissent au droit public. Dans ces conditions, il est tout à fait possible qu'un litige soit régi par le droit commun, parce que la qualification conventionnelle est plus étroite. Les règles de compétence de la LDIP et les conditions de la reconnaissance des jugements qu'elle énonce s'appliquent alors.

232. Lors de la reconnaissance des décisions, le juge de l'exequatur doit toujours vérifier la réalisation des conditions d'application de la Convention. Le principe de la prohibition de la révision au fond (art. 29 Convention) interdit au juge requis de contrôler l'application faite par le premier juge de la Convention en dehors des cas prévus aux art. 27 et 28. Il doit néanmoins contrôler au préalable de manière indépendante si les conditions de son application sont satisfaites. Le juge requis n'est pas lié par la décision du premier juge d'appliquer ou de ne pas appliquer la Convention. En particulier, il est libre de revoir la qualification, expresse ou implicite.

³⁵⁷ BERTI, FS Vogel, p. 346

donnée par le premier juge de la notion de "matière civile et commerciale" ou de toute autre notion qui conditionne l'application de la Convention.

233. L'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de la Convention pose une difficulté particulière. Il ne s'agit pas de l'exclusion d'un domaine du droit comme le droit public ou l'état des personnes, mais d'un mode particulier de résolution des litiges, qui peut être utilisé pour trancher des litiges pour lesquels la Convention devrait normalement s'appliquer. Le déroulement simultané de deux procédures, l'une devant les juges étatiques, l'autre devant les arbitres, est donc possible³⁵⁸.

234. Soit par exemple un litige soumis à une clause d'arbitrage désignant un tribunal arbitral siégeant en Suisse pour lequel les tribunaux de B sont également compétents selon les règles de for de la Convention. Supposons encore que la clause d'arbitrage soit valable selon le droit suisse, mais non selon le droit de l'Etat B. Si les tribunaux ordinaires sont saisis au mépris de la clause d'arbitrage, la Convention n'indique pas les conditions de validité de la clause. Les tribunaux suisses, même s'ils avaient été compétents en vertu de la Convention, devraient refuser de se saisir du litige selon les règles régissant l'exception d'arbitrage (art. 7 LDIP). Puisque la Convention ne s'applique pas, le juge suisse n'a pas à statuer. La Convention n'indique pas non plus si les tribunaux de B doivent reconnaître une éventuelle décision des tribunaux suisses constatant, à titre principal ou incident, la validité du compromis. Cette procédure a pour objet une question d'arbitrage et, par conséquent, échappe à la Convention³⁵⁹.

235. Si les parties intentent simultanément une procédure arbitrale en Suisse et une action judiciaire devant les tribunaux de B, le droit national commun de chacun des Etats tranchera de façon indépendante ce cas de litispendance internationale. Les règles de la Convention sur la litispendance ne s'appliquent pas. C'est évident pour les arbitres, mais c'est également vrai pour les juges. Les articles 21 et 22 de la Convention qui régissent les exceptions de litispendance et de connexité ne s'appliquent que si les juges de deux Etats contractants sont simultanément saisis³⁶⁰. Au stade de la reconnaissance, la Convention ne règle pas davantage les conflits qui peuvent surgir entre un jugement et une sentence contradictoires. Il appartient au droit commun de chacun des Etats de régler le conflit entre une sentence et une décision susceptibles d'être reconnues.

236. Si le juge d'origine a statué au mépris d'une clause arbitrale, parfaitement valable au regard du juge requis, la reconnaissance du jugement doit-elle être automatique en vertu de la Convention, ou au contraire, le juge requis peut-il, si son droit interne le lui permet, vérifier que le jugement n'a pas écarté à tort une clause

³⁵⁸ SCHWEIZER / GUYOT, *L'exception de litispendance et l'arbitrage international*, p. 71 à 87

³⁵⁹ *contra*, décision du BGH du 28 mars 1979 qui a refusé de contrôler un jugement italien déclarant nulle une clause d'arbitrage, RIW 1979 p. 710

³⁶⁰ D'un autre avis, BERTI, FS Vogel, p. 348 à 350, défend l'application par analogie de l'art. 21 Convention à ces cas de litispendance

d'arbitrage parfaitement valable ? HARTLEY³⁶¹, tout en admettant que la question est controversée, estime que le juge requis doit pouvoir sanctionner par la non-reconnaissance le jugement du juge d'origine qui n'a pas respecté une clause d'arbitrage valable. Comme la Convention ne règle pas uniformément la validité des clauses d'arbitrage, la saisine d'une autorité hostile à l'arbitrage permettrait de contourner l'accord des parties. Selon CHESHIRE / NORTH³⁶², le but communautaire de favoriser la reconnaissance des jugements, poursuivi par la Convention, l'emporte sur les préoccupations nationales de décourager les parties à enfreindre les clauses d'arbitrage. Les art. 27 et 28 limitent exclusivement les motifs de refus de la reconnaissance. Or, le non-respect d'une clause d'arbitrage ne figure pas dans cette liste exhaustive³⁶³. Il n'est pas possible aux Etats membres d'ajouter des conditions supplémentaires à la reconnaissance des jugements. Les auteurs favorables à l'application de la Convention rappellent à l'appui de leur thèse que l'art. 29 interdit, sauf exceptions, la révision au fond. Le contrôle rétrospectif du respect de la clause d'arbitrage ne figure pas au nombre de ces exceptions³⁶⁴. C'est oublier que l'art. 29 ne s'applique que si la Convention elle-même est applicable. Or, il est admis que le juge requis est libre de contrôler les conditions d'application de la Convention. Il n'est pas lié sur ce point par les constatations et qualifications données par le premier juge. En particulier, le juge requis doit examiner si la décision concerne une matière civile et commerciale quelle que soit l'appréciation du premier juge³⁶⁵. De manière analogue, il doit déterminer si la décision à reconnaître ne concerne pas une matière arbitrale. Le premier juge décide selon son droit commun, et non selon la Convention, de la validité et de l'effet d'une clause d'arbitrage qui écarte sa compétence. De manière symétrique, le juge requis décide selon son droit commun quels sont les effets du refus par le juge d'origine de tenir compte d'une clause d'arbitrage. Par conséquent, le droit commun de chaque Etat décide si le non-respect par le premier juge de la clause d'arbitrage constitue un obstacle à la reconnaissance.

237. Il reste encore à préciser la préséance du droit conventionnel sur le droit international privé commun. L'art. 1 al. 2 LDIP décrit les rapports entre la loi et les conventions internationales en rappelant que ces dernières sont réservées. Il ne fait aucun doute que les compétences directes de la LDIP s'effacent devant celles de la Convention. L'art. 3 Convention exclut expressément les règles de for nationales. La

³⁶¹ HARTLEY, p. 97

³⁶² CHESHIRE / NORTH, *Private International Law*, p. 427

³⁶³ Selon BERTI, FS Vogel, p. 354 à 355, le non-respect par le premier juge de la clause d'arbitrage pourrait, dans certains cas, être contraire à l'ordre public de l'Etat requis et justifier ainsi un refus de la reconnaissance motivé par l'art. 27 Convention

³⁶⁴ KROPHOLLER, EZPR, n° 39 ad art. 1

³⁶⁵ Eurocontrol I; MARTINY, *HdB IZVR* III p. 24 n° 28

suprématie des règles conventionnelles s'impose d'ailleurs naturellement, lorsqu'elles règlent la compétence directe des autorités³⁶⁶.

238. En matière de reconnaissance des décisions, les rapports entre loi et Convention sont susceptibles d'être organisés différemment. En effet, on est tenté, lorsque le droit commun offre des conditions de reconnaissance plus généreuses que le droit conventionnel, d'appliquer les règles les plus favorables. Les Conventions internationales sur la reconnaissance des jugements ont pour but de favoriser leur reconnaissance, non de freiner leur circulation. En signant un tel traité, un Etat s'engage à reconnaître les décisions qui correspondent aux critères énoncés dans la convention. En revanche, aucun Etat contractant n'est défavorisé si son partenaire accepte de reconnaître de manière plus libérale ses jugements. Les traités d'exécution lient en général des Etats dont les traditions juridiques sont proches et les rapports économiques étroits. Il serait paradoxal d'appliquer aux jugements provenant de ces Etats voisins un régime de reconnaissance plus restrictif que celui que l'on réserve aux décisions émanant de pays plus lointains culturellement et politiquement. Pour ces raisons, les auteurs qui se réclament du "Günstigkeitsprinzip"³⁶⁷, préconisent l'application des règles nationales si elles sont plus favorables à la reconnaissance que les règles conventionnelles.

239. Cependant, les traités de reconnaissance n'ont pas pour seul but de favoriser la reconnaissance des jugements. Ils représentent également une unification du droit des Etats concernés et s'adressent directement aux particuliers. Ils contiennent des règles de protection dont le respect garantit aux individus qu'un jugement ne répondant pas à certains critères énumérés dans le traité n'aura pas d'effets internationaux. Dans ces conditions, un Etat ne peut pas décider unilatéralement de s'écarter des règles conventionnelles. Les tenants du "Garantieprinzip"³⁶⁸ estiment donc que les conventions priment le droit national, même si celui-ci est plus favorable. Une telle position était celle du TF, lorsqu'il avait à trancher un conflit entre des règles conventionnelles et un droit cantonal plus favorable. Bien que la question n'ait pas été réellement discutée en application de la nouvelle loi, il semble qu'il soit disposé à appliquer en priorité les règles conventionnelles, quel que soit le contenu de la loi³⁶⁹.

240. A vrai dire, la question dépend plus de l'interprétation de la Convention que du droit interne. C'est au traité qu'il appartient de décider s'il s'efface devant un droit interne plus favorable ou si au contraire, il épuise complètement la matière³⁷⁰. La Convention de Lugano constitue une codification européenne de la reconnaissance et

³⁶⁶ ATF Hachette 93 II 192

³⁶⁷ notamment STOJAN, p. 30 ss; GULDENER, *IZPR*, p. 131 et 132; KELLER / SIEHR, p. 628

³⁶⁸ notamment STRÄULI / MESSMER, n° 5 ad Par. 302 ZH-ZPO

³⁶⁹ ATF 116 II 9

³⁷⁰ dans ce sens STAEHELIN, *BJM* 1989 p. 178 et 179

les mesures provisoires

de l'exécution des jugements. Elle se substitue à vingt-trois traités bilatéraux et dix-neuf régimes nationaux de reconnaissance des jugements. Son but principal est de promouvoir l'unité du droit et l'harmonie des solutions. Elle combat les particularités nationales. Il serait contraire à son esprit que chaque Etat puisse librement appliquer son droit national lorsque celui-ci, dans un cas particulier est plus favorable. Par conséquent, elle prime toujours la LDIP, même dans les situations, fort rares au demeurant, où la loi permettrait la reconnaissance d'une décision que la Convention n'autorise pas.

TITRE II COMPÉTENCE DIRECTE DES AUTORITÉS

CHAPITRE I GÉNÉRALITÉS

241. De la même manière qu'il n'existe pas, sauf convention internationale, de règles supranationales qui répartissent les compétences législatives, aucune règle internationale ne distribue le pouvoir de trancher les litiges de droit privé. Les Etats sont donc libres de décider quelles controverses leurs tribunaux ont à connaître. La seule règle de droit international public qui limite quelque peu leur marge de manoeuvre réside dans la prohibition du déni de justice : les Etats ne peuvent pas, sans engager leur responsabilité, refuser injustement la protection de leurs tribunaux à des ressortissants étrangers³⁷¹. Sous cette réserve, ils sont libres d'ouvrir la porte de leurs prétoires à des litiges ayant des rapports plus ou moins lâches avec leur territoire.

242. Un certain nombre d'intérêts généraux et particuliers sont en jeu lors de la fixation des règles de compétence. L'objectif principal de l'Etat de dispenser la justice et de promouvoir la paix juridique s'estompe à mesure que ses liens avec la controverse diminuent³⁷². L'Etat s'assure souvent que les règles d'ordre public qu'il a édictées sont appliquées par ses propres tribunaux. Ainsi, les tribunaux français se déclarent-ils compétents lorsqu'une loi de police française est applicable³⁷³. Les tribunaux américains lient également fréquemment la compétence judiciaire avec le droit applicable, notamment en matière de droit antitrust³⁷⁴. Ensuite, l'Etat peut vouloir accorder un for à ses ressortissants (art. 14 et 15 CCF).

³⁷¹ cf. *Barcelona Traction* du 5 février 1970. CIJ Rec. 1970 p. 3 ss

³⁷² KROPHOLLER, *HdB IZPR*, I Kap III p. 205

³⁷³ HUET, *J.-cl. dr. int. fasc. 581-B n° 130 à 133*

³⁷⁴ *United States v Aluminium Co of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (2d cir. 1945); BORN / WESTIN, p. 404

243. Les parties au litige ont des intérêts opposés. De façon générale, elles ont intérêt à ce que leur cause soit entendue par un tribunal proche géographiquement et culturellement. Elles se déterminent également en fonction d'autres considérations. Elles peuvent vouloir porter l'affaire devant le tribunal qui appliquera le droit le plus favorable, dont le système judiciaire leur semble plus adapté (meilleures règles de procédure, facilité d'obtention des preuves, exécution forcée du jugement plus aisée). Ces considérations, qui ne sont pas forcément illégitimes, sont diversement prises en considération par les différents ordres juridiques.

244. Dans un monde international où les rattachements à plusieurs ordres juridiques sont fréquents, il est souvent difficile de déterminer selon des critères sûrs, quel est le "for naturel" pour trancher un litige. Même les critères traditionnels de "souveraineté" ou celui plus récent de "proximité" ne fournissent pas de réponse toute faite. Il est fréquent que les parties ont le choix entre plusieurs tribunaux. Ce choix constitue incontestablement un atout dans le jeu du demandeur. Il optera normalement pour le terrain le plus favorable à sa cause. Pour l'avantager, le législateur peut élargir le choix et déclarer compétents ses tribunaux même si l'affaire n'a que peu de liens avec son territoire. En facilitant la reconnaissance des jugements étrangers, les Etats favorisent indirectement le choix du demandeur, qui pourra alors déplacer le combat judiciaire dans un autre pays que celui où l'exécution du jugement doit avoir lieu. Pour éviter les abus du "forum shopping", les Etats restreignent l'accès de leurs tribunaux aux litiges présentant certains liens avec leur territoire.

245. La détermination de la compétence est conditionnée par deux approches différentes de la justice³⁷⁵. On peut concevoir la justice comme un service public, permettant aux parties de faire trancher leur différend par une autorité neutre et impartiale et capable au besoin d'imposer la solution qu'elle estime juste. Cette conception de la justice s'accommode aisément du principe d'autonomie. Les parties sont mieux à même de décider quelles autorités correspondent à leur aspiration légitime de justice. Les tribunaux doivent donc, si cette conception prévaut, ouvrir largement leur porte aux litiges qui ne présentent qu'un lien relativement lâche avec le for. Mais l'exercice de la justice civile n'est pas une simple prestation de service ordinaire. Avant tout, elle est un des modes d'exercice de la souveraineté des Etats. Par elle s'exerce le pouvoir de l'Etat sur les individus et sur les biens qui se trouvent dans son ressort. Dans ce sens, l'exercice de la justice trouve sa justification dans la force physique qu'elle peut contrôler³⁷⁶ et les tribunaux doivent aussi bien affirmer leur autorité dans les affaires qui les touchent de près que s'abstenir d'intervenir dans les matières qui relèvent de la souveraineté d'autres Etats. Cette conception de la justice se complique par le fait que le droit civil moderne n'est pas neutre comme l'imaginait la doctrine savignienne classique. Le droit privé est un instrument, parmi d'autres, en main des législateurs, pour réaliser des objectifs de politique sociale ou économique.

³⁷⁵ ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, *Adjudicatory Jurisdiction : General Theories Compared and Evaluated*, Boston University Law Review, 1983 p. 279 à 340

³⁷⁶ selon la formule fréquemment citée de Justice Oliver W Holmes : "The foundation of jurisdiction is physical power" in *McDonald v Mabee*, 243 US 90 (1917)

Les Etats ont donc un intérêt évident à faire appliquer par leurs tribunaux les règles qu'ils ont édictées, notamment en matière de concurrence et de droit du travail. Le droit privé est utilisé parfois comme un instrument pour contraindre indirectement des personnes n'ayant que peu de liens avec l'Etat du for à adopter un certain comportement.

246. Le règlement de la compétence internationale des autorités reflète ces deux conceptions contradictoires. Il constitue un compromis entre une totale tolérance face aux tribunaux étrangers et une défense farouche de la souveraineté nationale.

247. En édictant des règles de compétence, on privilégie soit les circonstances individuelles par souci d'équité et d'efficacité des décisions, soit au contraire la sécurité juridique et la prévisibilité du droit, afin de déterminer aisément par des règles générales parfois schématiques, quelles autorités se saisiront de la cause. Les différents systèmes juridiques tiennent compte à des degrés divers des besoins d'équité individuelle et de prévisibilité du droit.

248. Le concept anglo-saxon de "jurisdiction" a été considérablement étendu par la jurisprudence américaine. La Cour Suprême des Etats-Unis déduit de la Constitution des limites à la compétence des tribunaux américains. Après avoir longtemps considéré que la présence du défendeur ou de ses biens sur le territoire de l'Etat du for au moment de l'introduction de la demande était une condition nécessaire et suffisante pour justifier la compétence des tribunaux³⁷⁷, la Cour a progressivement relativisé à la fois le caractère suffisant et le caractère nécessaire de ce critère. Ainsi, dans la décision fondamentale de *International Shoe vs Washington*³⁷⁸, la Cour suprême a admis que les cours américaines pouvaient exercer leur juridiction sur des personnes domiciliées en dehors de leur territoire, pourvu toutefois que l'action présente de "minimum contacts" avec l'Etat du for, "such that the maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice". Ce critère des minimums contacts, dérivé de la protection constitutionnelle de la "due process clause" des 5ème et 14ème amendements de la constitution a été extensivement interprété. En particulier, de tels contacts minimaux ont été admis lorsque le défendeur "purposefully availed himself of the benefits and protections of the forum's law"³⁷⁹.

249. En matière de responsabilité du fait des produits, la Cour suprême s'est fortement divisée sur le point de savoir si le fait de placer un produit dans le commerce en sachant qu'il pouvait atteindre l'Etat du for constituait une base suffisante pour la compétence des tribunaux américains³⁸⁰.

³⁷⁷ p. ex. *Pennoyer vs Neff*, 95 US 714 (1878)

³⁷⁸ 326 US 310

³⁷⁹ *World-wide Volkswagen vs Woodson*, 444 US 286 (1980)

³⁸⁰ *Asahi Metal Industry Co vs Superior Court of California*, 107 S Ct 1026 1987 : Dissenting : "As long as a participant (in the stream of commerce) is aware that the final product is being marketed in the same forum state, the possibility of a lawsuit there cannot come as a surprise"

250. La doctrine des "minimum contacts" est conçue comme une limitation du pouvoir des Etats. Les tribunaux ne peuvent se saisir d'un litige que s'il présente des contacts minimaux. En revanche, cette doctrine est purement négative et n'oblige en théorie pas les tribunaux de se saisir de toute action présentant des contacts minimaux avec le territoire étatique. Toutefois, les législations des Etats américains ont fait pleinement usage de la marge de manoeuvre que leur reconnaissent les limitations constitutionnelles en adoptant des règles (appelées de façon imagée "long arm statutes") qui permettent de fonder la compétence des tribunaux chaque fois que cela n'est pas interdit par la "due process clause" ³⁸¹.

251. L'accroissement des compétences internationales des tribunaux américains a été accompagné par le développement symétrique de la théorie du "forum non conveniens". Le fondement de cette théorie trouve sa justification aussi bien dans des considérations d'équité que d'économie de procédure. Elle permet à un tribunal de refuser de façon discrétionnaire de se saisir d'une action, soit parce que cela entraînerait des inconvénients intolérables pour le défendeur, soit pour des raisons d'opportunité dans l'administration de la justice, parce que l'éloignement des parties, les difficultés d'accès aux preuves, rendent malaisé le jugement de la cause. Certainement, l'élargissement de la compétence des tribunaux américains par le biais des "long arm statutes" et le développement de la doctrine du "forum non conveniens" ont eu une influence réciproque. D'une part, les excès possibles d'une affirmation trop large de la juridiction a nécessité le correctif du forum conveniens; d'autre part, le pouvoir discrétionnaire de renoncer à se saisir d'un cas a encouragé les hardiesses des juges lors de la détermination des "minimum contacts" ³⁸².

252. Contrairement au droit américain, le droit anglais a longtemps été réticent à l'adoption de la théorie du forum non conveniens. En 1973 encore, la House of Lords refusait unanimement d'introduire en droit anglais une doctrine générale de forum non conveniens ³⁸³. Les tribunaux anglais ont toujours disposé du pouvoir discrétionnaire d'interrompre une procédure (stay of proceedings) qui pourtant tombe en principe dans leur compétence. Alors qu'ils n'exerçaient ce pouvoir discrétionnaire qu'avec grande retenue, n'ordonnant un "stay" que dans les cas où la procédure est oppressive ou vexatoire ou en cas de litispendance à l'étranger, les tribunaux anglais ont progressivement assoupli leur approche et ont admis de renoncer à statuer lorsque le litige peut être jugé dans un for plus approprié, sans que le demandeur soit privé d'un intérêt légitime à invoquer la compétence des tribunaux anglais ³⁸⁴. Lorsque le

³⁸¹ cf. par exemple le Long arm statute de Californie : "A Court of this state may exercise jurisdiction on any basis not inconsistent with the constitution of this state or of the United States." Sur cette question voir notamment BORN / WESTIN, p. 20 à 22

³⁸² Sur cette analyse, cf. BORN / WESTIN, p. 209

³⁸³ The Atlantic Star [1973] 2 All ER 175

³⁸⁴ Mac Shannon v Rockware Glass Ltd [1978] 1 All 625; Spiilada Maritime Corporation v Cansulex Ltd [1986] 3 All ER 843

défendeur à l'action se trouve à l'étranger, le procès ne peut commencer en principe sans une autorisation préalable de la cour (leave selon l'Order 11 Rules of the Supreme Court) de notifier à l'étranger un acte introductif d'instance. Cette autorisation n'est pas accordée de façon automatique, et les considérations de forum non conveniens se sont également imposées dans cette procédure. La doctrine de forum non conveniens est aujourd'hui générale en droit commun anglais.

253. Par contraste, l'approche des droits européens a favorisé davantage la sécurité juridique que l'appréciation concrète des circonstances de chaque cas individuel. La compétence internationale résulte de la localisation de certains critères de rattachement, limitativement énumérés dans la loi. Les besoins de sécurité du droit sont particulièrement importants pour la détermination du tribunal compétent. Les disputes concernant la compétence d'un tribunal, surtout lorsqu'elles impliquent d'importants efforts d'administration des preuves sont improductives. Il est préférable d'avoir des critères précis d'attribution des compétences, au risque d'un certain schématisme, plutôt que de favoriser des litiges par des critères vagues. La Convention, comme la LDIP, énumèrent limitativement les circonstances qui confèrent aux tribunaux la compétence de trancher une affaire. Par conséquent, la Convention écarte toute application possible de la doctrine du "forum non conveniens"³⁸⁵. L'étendue résiduelle du "forum non conveniens", lorsqu'un tribunal anglais, compétent en vertu de la Convention, veut se désister au profit d'un juge extérieur à la Convention est controversée³⁸⁶.

254. Le droit des Etats européens se soucie de façon croissante des circonstances et tient compte de considérations d'équité individuelle lors de la détermination de la compétence. En droit suisse, l'institution du for de nécessité³⁸⁷ offre aux parties dans certaines circonstances exceptionnelles un for lorsque l'application mécanique des règles de compétence provoque un déni de justice (art. 3 LDIP).

255. La Convention ne consacre pas expressément la doctrine du for de nécessité. Dans certains cas, toutefois, le besoin de protection n'est pas assuré par la Convention, notamment lorsque la reconnaissance d'un jugement, ordonné dans un des Etats contractants, est refusée dans l'Etat où il doit être exécuté et qui, par hypothèse n'est pas compétent selon la Convention³⁸⁸. Dans une telle situation, l'échec de la reconnaissance du premier jugement justifie une nouvelle procédure dans l'Etat où la

³⁸⁵ GEIMER / SCHÜTZE, p. 286 à 282; COLLINS, LQR 1990 p. 535 à 539 : Forum non Conveniens and the Brussels Convention; selon HARTLEY, p. 9 "The authors of the Convention valued uniformity and international harmony above individual justice"; art. 49 du Civil Jurisdiction and Judgments Act de 1982

³⁸⁶ HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, Rev. crit. dr. int. priv. 1991 p. 491 à 524

³⁸⁷ expressément rejeté par le droit américain, cf. *Helicopteros Nacionales de Colombia v Hall*, 466 US 408 (1984), Justice BLACKMUN : "We decline to consider adoption of a jurisdiction by necessity - a potentially far-reaching modification of existing law", ad p. 419, n° 13

³⁸⁸ KROPHOLLER, *Hdb IZVR*, p. 447; DROZ, *Compétence judiciaire*, p. 475 n° 52; GEIMER / SCHÜTZE, II/1 p. 349

reconnaissance a été refusée. L'absence de mention expresse du for de nécessité parmi les circonstances de rattachement de la Convention, constitue une lacune qui doit être comblée. La Convention admet donc, de façon implicite, le recours au for de nécessité dans ce genre de situations³⁸⁹. La faculté de demander des mesures provisoires dans un autre Etat que celui du fond est parfois analysée comme l'expression de la théorie du for de nécessité³⁹⁰. Par conséquent, l'art. 24 Convention concrétise dans un cas particulier une compétence implicite générale fondée sur la nécessité.

256. Exiger que le litige présente concrètement des liens suffisants avec le for est une autre manière de tenir compte des circonstances individuelles. On a vu que la Cour suprême des Etats-Unis a assoupli les règles de compétence, en exigeant que l'action ait des contacts minimaux avec le tribunal saisi³⁹¹. En particulier, l'application des principes dérivant de la "due process clause" a érodé la compétence des tribunaux américains fondée sur la présence des biens du défendeur sur le territoire du for pour trancher des litiges sans rapport immédiat avec celui-ci. La "jurisdiction quasi in rem" a été expressément soumise à la doctrine des "minimum contacts"³⁹². Cette application de la doctrine constitutionnelle de la "Due process clause" a singulièrement réduit les possibilités d'obtenir la saisie provisoire de biens aux Etats-Unis dans le but d'y obtenir un for pour l'action au fond. Ainsi, depuis ce jugement de la Cour Suprême, la seule présence de biens, sans rapport avec le litige, ne suffit plus à établir sans condition la compétence du tribunal pour statuer au fond. En revanche, la jurisprudence subséquente a contribué à détacher la compétence pour ordonner une saisie conservatoire (attachment) de la compétence pour trancher du fond du litige. Dans un arrêt *Carolina Power & light Co v Uranex*³⁹³, une cour d'appel fédérale a admis de prononcer une saisie à l'encontre de biens qu'un défendeur étranger possédait en Californie, tout en reconnaissant qu'elle n'avait aucun pouvoir pour statuer sur le fond, faute de contact suffisant entre le litige et le for. Toutefois il existe relativement peu de précédents qui ont consacré le pouvoir, pour les tribunaux américains, de prendre des mesures conservatoires alors que la procédure principale se déroule à l'étranger³⁹⁴

³⁸⁹ KROPHOLLER, *Hdb IZVR*, p. 447

³⁹⁰ cf. par exemple SJ 1991 p. 458, cons 5 : " Il existe certes un for subsidiaire ou de nécessité, selon le principe ancré à l'art. 3 LDIP. C'est l'art. 10 LDIP, d'après lequel les autorités suisses peuvent ordonner des mesures provisoires, même si elles ne sont pas compétentes pour connaître du fond. "

³⁹¹ cf. supra n° 248

³⁹² *Shaffer v Heltner* 433 US 186 (1977); *Rush v Savchuck* 444 US 320 (1980)

³⁹³ 451 F supp 1044, ND Cal 1977

³⁹⁴ DAVID WESTIN / PETER CHROCZIEL, *Interim Relief Awarded by US and German Courts in Support of Foreign Proceedings*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1990 p. 723 ss, spéc. 732 à 734, cf. également *Barclays Bank v Tsakos*, 543 A2d 802, DC App

257. L'art. 6 de la CEDH pourrait jouer un rôle similaire à celui de la "Due process clause" de la constitution américaine, et interdire l'utilisation du "forum arresti" pour attirer un défendeur devant les tribunaux d'un pays qui n'a aucune relation avec la dispute ni avec aucune des parties. Une évolution semblable a eu lieu récemment en Allemagne qui relativise le for du patrimoine (Par. 23 ZPO). Le BGH, approuvant une jurisprudence de l'OLG de Stuttgart³⁹⁵, a admis que cette disposition ne pouvait être invoquée que si la cause présentait des liens suffisants (Binnenbeziehung) avec le for. La jurisprudence du TF a relativisé de manière semblable la possibilité d'obtenir un séquestre pour garantir une créance n'ayant aucun lien avec la Suisse. Curieusement, toutefois, cette relativisation du for du séquestre s'est cantonnée aux cas où le débiteur est un Etat étranger. La condition de la "Binnenbeziehung" n'a pas été étendue par le TF aux séquestres impliquant des débiteurs privés. Le projet de révision de la LP propose cette généralisation³⁹⁶.

258. Ni la Convention ni la LDIP ne souffre une application générale de la condition de la "Binnenbeziehung". En effet, la survenance dans l'Etat du for d'un critère de rattachement emporte présomption irréfragable d'un lien suffisant pour justifier une intervention du juge³⁹⁷. Les dispositions de la Convention et de la LDIP sur la compétence des autorités sont obligatoires, de sorte que les tribunaux du for doivent trancher les procédures dont ils sont saisis, lorsque leur compétence est établie. La LDIP permet au juge, de façon extrêmement limitée, de se déclarer incompétent, malgré une clause de prorogation de for le désignant, ou en matière patrimoniale, en dépit d'une défense sans réserve sur le fond (art. 5 al. 3 LDIP). La loi mentionne deux circonstances - l'application du droit suisse et le domicile de l'une des parties dans le canton où il siège - qui l'empêchent d'exercer cette prérogative. Dans les autres cas laissés à sa discrétion, il devrait tenir compte de l'intensité des liens qui rattachent la cause au for et renoncer à décliner sa compétence lorsque le litige présente des liens suffisants avec la Suisse. Lorsque la Convention s'applique, le juge suisse ne peut pas invoquer le privilège de l'art. 5 al. 3 LDIP et doit statuer dans tous les cas.

³⁹⁵ OLG Stuttgart du 6 août 1990, RIW 1990 p. 830

³⁹⁶ Mess. LP p. 188

³⁹⁷ GEIMER / SCHÜTZE I/1 p. 286

CHAPITRE II COMPÉTENCE POUR ORDONNER DES MESURES PROVISOIRES SELON LA CONVENTION DE LUGANO

A. Rapports entre mesures provisoires et procédure au fond

259. Les rapports entre procédure provisoire et procédure principale, en termes de compétence, peuvent être réglés selon trois modèles principaux, chacun avec des variantes, qui peuvent d'ailleurs coexister au sein d'un même ordre juridique. Dans le premier modèle, la compétence du juge des mesures provisoires est liée par attraction au for du fond. Le juge saisi du fond est nécessairement compétent pour ordonner des mesures provisoires. Ce modèle est largement répandu. Il existe en droit allemand (Par. 919; 935 ZPO) et dans la plupart des codes de procédure cantonaux en Suisse. Ce système peut être renforcé, lorsque la validité des mesures provisoires dépend de l'introduction dans un certain délai d'une action au fond, ou davantage encore, lorsque les mesures provisoires ne peuvent être ordonnées que si la procédure principale est déjà pendante (en droit suisse, art. 145 CCS et 281 CCS).

260. Le second modèle est celui de l'attraction par le for des mesures provisoires de la compétence pour juger au fond. Le juge, normalement incompétent pour statuer sur le fond, peut s'en saisir parce que des mesures provisoires ont pu être ordonnées. C'est le principe du *forum arresti* (art. 4 LDIP; arrêt Nassibian en France³⁹⁸). Ce système peut également exister dans une version plus ou moins radicale, en ce sens que le for des mesures provisoires peut être obligatoire ou purement facultatif pour l'action au fond.

261. Le troisième modèle possible enfin est celui de l'indépendance totale entre procédure au fond et mesures provisoires. Le for de celles-ci est déterminé pour lui-même, sans référence au for de l'action au fond. Généralement, mais pas nécessairement, les mesures provisoires sont ordonnées, dans ce modèle, au lieu où elles doivent être exécutées. Selon certaines variantes de ce modèle, la validité des mesures dépend de l'introduction ultérieure d'une action au fond, selon d'autres variantes, les mesures provisoires sont ordonnées sans la nécessité d'une procédure au fond simultanée ou subséquente.

³⁹⁸ cf. *supra* n° 55

262. La juxtaposition de ces différents modèles provoque des distorsions dans la protection provisoire des droits qui n'existent pas au stade de la procédure principale. Pour prendre un exemple tiré du droit de procédure intercantonal : le droit de procédure bernois, en matière de preuve à futur, choisit le troisième modèle en attribuant la compétence pour ordonner des mesures d'instruction ad futurum au tribunal du lieu où les preuves sont administrées, quelle que soit l'autorité compétente pour statuer au fond³⁹⁹. En revanche, le droit zurichois, optant pour le premier modèle, conférerait la compétence pour ordonner les mesures d'instruction au juge territorialement compétent pour statuer au fond, où que se situent les preuves à administrer. Cette situation engendrerait la curieuse conséquence que lorsqu'un tribunal zurichois était compétent au fond et que les preuves se trouvaient dans le canton de Berne, le demandeur avait le choix entre les tribunaux bernois et zurichois pour solliciter les mesures de preuve à futur. En revanche, dans l'hypothèse inverse, for à Berne et preuves à Zurich, aucune autorité n'était compétente pour statuer⁴⁰⁰.

263. Dans ce cas, un simple effort d'harmonisation permet d'éviter aussi bien la lacune que la pluralité de compétence. En effet, il suffirait que les deux cantons adoptent le même modèle, l'un ou l'autre, pour conjurer les risques de lacune ou de concurrence de juridictions. Pour limiter les risques de conflits négatifs, le législateur zurichois a révisé la règle pour offrir alternativement au choix du demandeur, la possibilité de saisir le juge de l'action au fond⁴⁰¹.

264. Un des effets des art. 24 Convention et 10 LDIP est d'exercer une influence sur les normes nationales adoptant l'un ou l'autre de ces modèles. Ces deux règles expriment le principe de l'indépendance entre le for de l'action au fond et celui des mesures provisoires. Selon l'art. 10, les tribunaux suisses peuvent ordonner des mesures provisoires même s'ils ne sont pas compétents pour connaître du fond. Par conséquent, en matière internationale, les autorités suisses ne peuvent refuser de se saisir d'une demande de mesure provisoire parce qu'elles ne sont pas compétentes au fond. En particulier, le fait qu'un tribunal étranger doive trancher le litige n'est pas un obstacle aux mesures provisoires des tribunaux suisses. Même lorsqu'en droit interne, l'action au fond doit être introduite devant les autorités qui ont prononcé les mesures provisoires, en matière internationale, une procédure à l'étranger est suffisante pour valider la mesure provisoire. L'art. 24 de la Convention a été interprété de cette manière dans plusieurs Etats européens qui connaissent un système de concordance entre mesure provisoire et procédure au fond. Ainsi, aux Pays-Bas, le droit commun exige que l'action en validité d'une saisie conservatoire soit intentée devant le tribunal néerlandais qui a ordonné la mesure. Toutefois, "Le texte de l'art. 24, en précisant qu'une mesure provisoire peut être demandée bien qu'une autre juridiction soit compétente pour connaître du fond, permettra au tribunal néerlandais d'ordonner la mesure conservatoire tout en prescrivant au saisissant de s'adresser au tribunal étranger

³⁹⁹ art. 223 CPC-BE

⁴⁰⁰ SJZ 65, p. 29 n° 14.

⁴⁰¹ art. 232 ZPO-ZH; STRÄULI / MESSMER, n° 1 et 2 ad art. 232 ZPO-ZH

normalement compétent pour l'instance en validation" ⁴⁰². C'est également ainsi que le droit anglais a évolué en raison de l'application de la Convention ⁴⁰³.

265. L'art. 24 Convention a donc des effets sur le droit matériel de procédure des Etats membres. En vertu de cette disposition, leurs tribunaux ne peuvent refuser de se saisir d'une demande en justice pour la seule raison que leur droit de procédure n'attribue cette compétence qu'aux tribunaux saisis de la procédure au fond. Dans le champ d'application de la Convention, certains modèles de règlement des compétences entre procédure principale et procédure provisoire sont écartés. En particulier, le droit de procédure ne peut exiger que la procédure au fond se poursuive dans le même for que celui des mesures provisoires. Les règles qui exigent du demandeur qu'il intente une action au fond, ou une action en validité au for où les mesures provisoires ont été ordonnées sont écartées par l'application de la Convention.

266. Dans de nombreux cas, la Convention offre au demandeur le choix d'intenter action, outre au for du domicile du défendeur, dans un ou plusieurs fors alternatifs (art. 5 ss Convention). Ainsi, la victime d'un acte illicite peut, à son choix, intenter action au domicile du défendeur (art. 2 Convention), au lieu de commission de l'acte ou au lieu où le dommage est survenu ⁴⁰⁴. Le fait que le demandeur obtienne des mesures provisoires dans l'un ou l'autre de ces fors ne le prive pas de son choix pour introduire l'action au fond. Le droit de l'Etat qui a prononcé la mesure provisoire ne peut soumettre sa validité à la condition que le demandeur intente une action au fond au même for. L'art. 24 permet au demandeur, là où il en a la possibilité, de plaider l'une et l'autre procédure dans des Etats différents.

267. La Convention attribue également à certains comportements procéduraux des parties, des effets en matière de compétence des autorités. Ainsi, le fait d'entrer en matière sur le fond sans contester la compétence des autorités (art. 18 Convention), fonde la compétence d'un tribunal normalement incompétent. L'indépendance des rapports entre mesure provisoire et action au fond, organisée par l'art. 24 Convention, implique que l'attitude procédurale d'une partie dans la procédure de mesure provisoire n'entraîne pas de conséquences dans la procédure au fond. Même si le défendeur est entré en matière sans réserve dans la procédure de mesure provisoire, il n'est pas déchu pour autant de son droit de contester la compétence des mêmes autorités pour statuer au fond.

268. Réciproquement, le fait de n'avoir pas contesté la compétence du tribunal pour statuer sur l'action au fond ne périmé pas le droit des parties de remettre en question sa compétence territoriale pour prendre des mesures provisoires. Cette hypothèse est plus rare que la précédente, puisque la compétence d'ordonner des mesures provisoires

⁴⁰² DROZ, *Compétence judiciaire*, p. 201, n° 334; Cour d'appel d'Amsterdam du 13 mai 1975, note VERHEUL, NILR 1975 p. 206 et p. 212; ALBRECHT, p. 98

⁴⁰³ cf. supra n° 101; HARTLEY, p. 78; en droit écossais, ANTON, *Private International Law*, 1990 p. 203 et 204

⁴⁰⁴ art. 5 al. 3 et arrêt *Bier c/ Mines des Potasses d'Alsace*, Rec. 1976 p. 1735

est plus large que celle de statuer au fond. Toutefois, il est possible, dans certains cas, que l'une des parties puisse faire valoir à l'encontre de la procédure conservatoire des moyens qu'elle ne possède pas à l'encontre de l'action principale.

269. Par conséquent, la partie qui est l'objet à la fois d'une action au fond et d'une requête de mesure provisoire devant un juge qu'elle estime incompétent, doit, en vertu du système de la Convention, soulever l'exception d'incompétence d'entrée de cause dans les deux procédures. Contester la compétence du juge du fond ne suffit pas pour écarter la compétence d'ordonner des mesures provisoires. Puisque le tribunal peut ordonner des mesures provisoires même s'il est incompétent pour statuer au fond, une décision d'incompétence dans la procédure principale ne préjuge pas de sa compétence en matière de mesure provisoire ⁴⁰⁵.

B. Compétence directe selon l'art. 24 Convention

1. Les règles de for de la Convention

270. L'art. 24 Convention ne contient expressément aucune règle de compétence territoriale. Selon le rapport JÉNARD ⁴⁰⁶, cette disposition trouve son origine dans la règle équivalente énoncée dans presque tous les traités d'exécution, antérieurs à la Convention. En effet, une norme en apparence analogue figure avec quelques variantes dans un grand nombre de traités bilatéraux liant les Etats membres de la Convention. A s'en tenir aux traités liant la Suisse, elle figure dans la Convention avec la Belgique (art. 10 al. 2) ⁴⁰⁷, avec l'Italie (art. 10) ⁴⁰⁸ et avec le Liechtenstein (art. 9 al. 2) ⁴⁰⁹. Elle se retrouve également dans la Convention de la Haye du 1 février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et

⁴⁰⁵ KROPHOLLER, *EZPR*, n° 7 ad art. 24; DROZ, *Compétence judiciaire*, n° 351

⁴⁰⁶ Rapport JÉNARD, JOCE 1979 n° C 59 p. 42

⁴⁰⁷ RS 0.276.191.721

⁴⁰⁸ RS 0.276.194.541

⁴⁰⁹ RS 0.276.195.141

commerciale⁴¹⁰ (art. 20 al. 2). L'effet d'une disposition de ce type n'est pas absolument comparable selon qu'elle est intégrée dans un traité simple sur la reconnaissance et l'exécution des jugements comme les traités antérieurs à la Convention ou dans une convention double unifiant les règles de compétence territoriale directe. On peut même raisonnablement s'interroger sur l'utilité d'une disposition qui prévoit que "les mesures provisoires ou conservatoires organisées par la législation d'un des deux Pays peuvent être requises des autorités de ce Pays, quelle que soit la juridiction compétente pour connaître du fond"⁴¹¹, dans un traité qui, de toute manière ne concerne pas la compétence des autorités. Dans le cas de la Convention italo-suisse, cette clause est encore plus surprenante, puisqu'elle suit immédiatement une disposition qui écarte expressément les séquestres et les mesures provisionnelles de son champ d'application (art. 9).

271. Ces clauses ne visait donc pas à réserver les règles nationales de compétence directe pour les procédures de mesures provisoires, puisque, de toute manière, les règles de for ne sont pas affectées par les traités de reconnaissance classiques. Leur but, plus modeste mais plus précis, était de déroger à la règle qui impose aux juges de tenir compte de la litispendance devant les autorités de l'autre Etat contractant. Cette interprétation est confirmée par l'étude de la systématique des traités d'exécution. La règle qui réserve la compétence du juge des mesures provisoires suit toujours immédiatement celle qui concerne la litispendance, quand elles ne sont pas énoncées dans le même article. Inversement, les traités qui n'énoncent pas la réserve des mesures provisoires, ne contiennent en général aucune règle sur la litispendance⁴¹². Cette structure a été conservée dans la Convention comme dans la LDIP. Aussi bien l'art 10 LDIP que l'art. 24 Convention sont précédés par les normes applicables à la litispendance. Le lien entre l'exception de litispendance et les dispositions qui rappellent que les mesures provisoires et conservatoires peuvent être ordonnées par une autorité qui n'est pas compétente au fond ressort d'ailleurs avec clarté des travaux préparatoires de la Convention de la Haye sur l'exécution des jugements⁴¹³. L'art. 24 Convention, comme les dispositions qui l'ont précédé, déroge avant tout aux règles sur la litispendance. En dépit de la règle générale de l'art. 21, un tribunal peut ordonner des mesures provisoires, même si un autre juge est saisi du fond⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Cette Convention n'est pas entrée en vigueur, faute d'un nombre suffisant de ratifications

⁴¹¹ texte de l'art. 10 de la Convention Italo-Suisse

⁴¹² Seule exception, la Convention austro-suisse de 1960, traite de la litispendance sans régler le sort des mesures provisoires (art. 8).

⁴¹³ Actes et documents de la conférence de la Haye, 1969 p. 41, rapport de la commission spéciale présidée par FRAGISTAS : "Le but de la disposition précitée est d'éviter l'impression que le principe du respect de la litispendance étrangère (...) empêche les tribunaux des Etats contractants d'ordonner des mesures conservatoires ou provisoires qui doivent être réalisées dans leur territoire."

⁴¹⁴ KAYE, p. 1134

272. Dans une Convention double, une disposition qui réserve la compétence des autorités pour ordonner des mesures provisoires produit également d'autres effets. Elle déroge aussi bien aux règles sur la litispendance qu'aux règles de compétence directe. L'introduction de l'art. 2 bis dans la convention franco-suisse⁴¹⁵ par l'acte additionnel du 14 octobre 1935 répondait à un autre besoin. Cette disposition précisait dans des termes semblables à ceux de l'art. 24 Convention, que les juridictions de chacun des deux Etats restaient compétentes pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, quelle que soit la juridiction compétente pour connaître du fond. Cette précision s'était avérée nécessaire en raison de l'incertitude qui régnait quant à la possibilité d'ordonner des mesures provisoires dans un autre lieu que celui du for principal du juge naturel garanti par l'art. premier de la convention⁴¹⁶. Auparavant, en effet, le Tribunal Fédéral refusait d'ordonner des mesures provisoires et conservatoires, en particulier des séquestres, lorsque les juges français étaient compétents au fond⁴¹⁷. Une règle semblable à l'art. 24 Convention, figurant dans une convention double, déroge aussi bien aux dispositions sur la litispendance et la connexité qu'aux règles de for. Elle a donc un effet sur la compétence directe des autorités.

273. La formulation ouverte de l'art. 24 conduit les auteurs à préciser que les règles de la Convention sont en tous les cas applicables pour fonder la compétence des autorités pour ordonner des mesures provisoires⁴¹⁸. Puisque les mesures provisoires peuvent être prononcées par une autorité judiciaire d'un autre Etat que celui du for principal, cela signifie a fortiori que les mesures provisoires peuvent aussi être demandées aux autorités qui sont compétentes au fond. Les mesures provisoires peuvent donc être demandées à tous les fors prévus par la Convention, même si le droit national ne le prévoit pas. Pour GEIMER / SCHÜTZE, les règles de la Convention représentent en quelque sorte un standard minimum, qui oblige les Etats à offrir un for en matière de mesure provisoire au moins aux fors prévus par la Convention⁴¹⁹. Ainsi par exemple, l'art. 5 ch. 3 Convention, permettrait à un tribunal de prendre des mesures provisoires pour empêcher la commission d'un délit dans son ressort, même si, en vertu de son droit commun, il n'était pas compétent pour intervenir⁴²⁰.

⁴¹⁵ Abrogée avec effet au 1er janvier 1992

⁴¹⁶ FF 1936 I 709

⁴¹⁷ PETITPIERRE, p. 85 à 89

⁴¹⁸ BÜLOW / BÖCKSTIEGEL / MÜLLER, p. 606/181; GOTHOT / HOLLEAUX, n° 202 p. 114 ; KROPHOLLER, *EZPR*, n° 6 ad art. 24

⁴¹⁹ GEIMER / SCHÜTZE, I/1 p. 264 Par. 38 n° 2 : "Auch wenn nach dem nationalen Zuständigkeitsrecht eine Zuständigkeit nicht besteht, ist das angegangene Gericht zur Gewährung des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet"; GEIMER, FS Stiefel, p. 243

⁴²⁰ KROPHOLLER, *Hdb IZVR*, I p. 461 n° 689

274. Il n'est pas certain que cette interprétation a fortiori puisse être conduite dans toutes ses conséquences. En effet, le droit interne de certains Etats contractants exige que les mesures provisoires qu'ils offrent soient nécessairement ordonnées au lieu où elles sont exécutées. Ainsi, le séquestre du droit suisse est ordonné au lieu où se trouvent les biens à séquestrer. Le juge du séquestre n'a aucun pouvoir sur des biens situés en dehors de son ressort. Le juge du fond n'est donc pas toujours compétent pour ordonner une telle mesure. L'art. 24 Convention ne suffit pas pour modifier le système. Le demandeur ne peut pas invoquer un des fors de la Convention pour obtenir une décision de séquestre d'une autorité suisse affectant des biens à l'étranger. Le juge suisse du lieu d'exécution du contrat (art. 5 ch. 1 Convention), par exemple, reste incompétent pour prononcer un séquestre, à moins que les biens visés ne se trouvent dans son ressort. Même si une hypothétique ordonnance de séquestre ordonnée par le juge suisse sur des biens situés en Italie pouvait être exécutée⁴²¹, cela ne signifie pas encore que le juge suisse du lieu d'exécution du contrat soit obligé par la Convention de prendre une mesure que son droit interne ne lui permet pas d'ordonner.

275. La question se pose de manière totalement différente pour l'Arrest de droit allemand. En effet, comme la décision d'Arrest a potentiellement un effet universel sur l'ensemble du patrimoine saisissable du débiteur, le lieu où elle est ordonnée n'est pas déterminant et elle peut facilement être demandée à un tribunal qui, en droit commun, n'aurait pas été compétent. Le système de l'Arrest ne s'oppose pas à ce que cette mesure soit ordonné dans un des fors alternatifs de la Convention.

276. La Convention est purement permissive en matière de mesures provisoires. Elle autorise mais n'oblige pas les Etats contractants à offrir une protection provisoire. Ils sont libres de définir les conditions d'intervention de leurs tribunaux. Le système de la Convention tolère les mesures provisoires de portée extraterritoriale, mais ne généralise pas leur usage. Les Etats sont autorisés à offrir aux plaideurs une protection provisoire qui prolonge ses effets au delà de leurs frontières. Ils peuvent inversement n'octroyer que des mesures provisoires susceptibles d'être exécutées sur leur territoire. Dans cette hypothèse, les tribunaux sont amenés à décliner leur compétence, même si les règles de la Convention leur attribuent en principe le pouvoir de statuer. En définitive, les règles de compétence de la Convention ne s'appliquent sans réserve qu'aux mesures auxquelles le droit matériel confère une portée universelle. La plupart des mesures provisoires du droit suisses sont susceptibles de déployer des effets en dehors du territoire suisse. Les règles du titre II de la Convention s'appliquent à de telles mesures. En revanche, lorsque le lien entre la mesure et son exécution est si étroit qu'en matière de séquestre, la Convention ne modifie pas le droit de procédure des Etats contractants. Elle n'étend pas le pouvoir des juridictions qui ne sont pas habilitées par leur droit interne à ordonner des mesures provisoires à l'étranger.

⁴²¹ cf. par exemple arrêt CJCE *Fabrique de chaussures Brennero c/ Wendel GmbH Schuhproduktion International*, du 27 novembre 1984, Rec. 1984 p. 3971

2. Critique de la doctrine majoritaire

277. Puisque les juridictions saisies d'une demande de mesures provisoires sont parfois fondées à décliner une compétence que la Convention leur attribue, on peut se demander si, à l'inverse, elles n'ont pas le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires dans des situations où la Convention ne leur reconnaît aucune compétence. Selon la grande majorité des auteurs, l'art. 24 a pour but d'offrir au demandeur, en matière de mesures provisoires, outre les règles de for conventionnelles, les règles de for prévues par le droit national. L'art. 24 Convention serait avant tout une disposition destinée à protéger les intérêts des créanciers et des demandeurs. Les tribunaux pourraient donc fonder indifféremment leur compétence sur les règles conventionnelles ou sur les règles de droit national. Cette interprétation extensive de l'art. 24 trouve son origine dans le rapport JÉNARD, qui exprime l'idée que les mesures provisoires et conservatoires pourront être requises des autorités "sans qu'il y ait lieu de tenir compte des règles de compétence tracées par la convention"⁴²². Pour KROPHOLLER⁴²³, l'art. 24 constituerait un simple renvoi au droit national des Etats. Cette conclusion repose sur le raisonnement suivant : l'art. 24 permet aux tribunaux de prendre des mesures provisoires même s'ils ne sont pas compétents pour connaître du fond. Par conséquent, les mesures provisoires peuvent être ordonnées par des tribunaux qui ne sont pas compétents selon les règles ordinaires de la Convention. S'ils ne sont pas compétents selon les règles expresses de la Convention, leur compétence ne peut résulter que des règles de compétence des droits nationaux.

278. Selon l'opinion de la doctrine majoritaire, ce renvoi implicite au droit national inclut naturellement aussi les règles de for exorbitantes rejetées par la Convention. L'interdiction des fors exorbitants ne s'appliquerait tout simplement pas aux mesures provisoires. La Convention représente, dans les limites de son champ d'application, une codification exhaustive des règles de compétence directe des autorités. Lorsque le défendeur est domicilié dans un des Etats contractants, il ne peut être attrait devant les tribunaux d'un autre Etat que celui de son domicile, qu'en vertu des règles de compétence énoncées dans la première partie de la Convention. Toutes les règles nationales de for, qualifiées d'exorbitantes, sont écartées. Cette protection du défendeur s'écarterait toutefois lorsqu'il s'agit de mesures provisoires devant les intérêts du demandeur. L'art. 24 Convention constituerait donc, selon la lecture extensive qu'en fait la doctrine, à la fois une exception à la règle de l'art. 3 Convention et une réserve en faveur du droit commun des Etats membres.

⁴²² Rapport JÉNARD, JOCE 1979 n° C 59 p. 42

⁴²³ KROPHOLLER, *EZPR*, n° 1 et 6 ad art. 24; du même avis. GOTHOT / HOLLEAUX, n° 202 p. 114 et 115; MARTINY, *Hdb IZR*, p. 33 n° 51; O'MALLEY / LAYTON, p. 639 et 650 Par. 24.04; BROGGINI, *Problèmes particuliers concernant les règles de compétence de la Convention de Lugano*, in *L'espace judiciaire européen*, p. 50 à 52; JEAN-PAUL BERAUDO, *J-cl. dr. européen*, fasc. 3030 p. 12, n° 36 et 37; ANTONIETTA DI BLASE, *Riv. dir. int.* 1987 p. 12 et 13; MONIQUE JAMETTI GREINER, *ZBJV* 1992 p. 65; HEISS, p. 30; BÜLOW / BÖCKSTIEGEL / MÜLLER, p. 606 / 180; GEIMER / SCHÜTZE, p. 270

279. On démontrera que l'interprétation majoritaire de l'art. 24 Convention ne s'impose pas par des raisons logiques et que le raisonnement qui est à sa base peut être interrompu à chacune de ses étapes. En effet, l'art. 24 ne constitue nécessairement ni une exception à la prohibition des fors exorbitants, ni une réserve en faveur des droits nationaux. Comme le relève avec raison MEIER⁴²⁴, l'interprétation majoritaire ne trouve pas un appui inébranlable dans le texte de la Convention. L'art. 24 n'implique aucunement que la compétence des autorités pour ordonner des mesures provisoires soit réglée par le droit national. L'art. 24 précise seulement que "les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat contractant peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet Etat, même si, en vertu de la présente Convention, une juridiction d'un autre Etat contractant est compétente pour connaître du fond." En aucun cas, cette disposition n'indique que la compétence des autorités judiciaires doit être régie par le droit commun des Etats membres. La référence aux mesures "prévues par la loi d'un Etat contractant" concerne le type de mesure à disposition, non la désignation de l'autorité habilitée à les ordonner. Il est douteux que la Convention contienne une telle délégation implicite aux droits de compétence des Etats contractants.

280. Déjà la structure de la Convention s'oppose à ce qu'on lise à l'art. 24 une dérogation à la prohibition des fors exorbitants. La Convention est dominée par le principe général, énoncé à l'art. 2, du for du domicile du défendeur, du moins lorsque celui-ci est domicilié sur le territoire de l'un des Etats contractants. La règle de l'art. 3 Convention, qui écarte les fors exorbitants, précise que les défendeurs domiciliés sur le territoire des Etats membres ne peuvent être attirés devant les autorités d'un autre Etat membre, qu'en vertu des sections 2 à 6 du titre second. Or, l'art. 24 figure à la section 9 de ce titre, et, par conséquent, en dehors du cercle des exceptions au principe de la prohibition des fors exorbitants. Si les auteurs de la Convention considéraient l'art. 24 comme une exception à cette règle générale, ils l'auraient assurément mentionné à l'art. 3. En outre la solution de la doctrine majoritaire provoque l'effet curieux que les mesures provisoires sont soumises successivement à deux régimes différents. Lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence des autorités, le droit commun des Etats membres serait applicable, alors que la phase de la reconnaissance serait régie par les règles de la Convention⁴²⁵.

281. Les objectifs visés par la Convention s'opposent à la survivance de règles de for nationales pour les mesures provisoires. Le système de la Convention vise à atténuer les différences entre les règles de compétence des Etats contractants. Son but déclaré dans le préambule est d'unifier les règles de compétence internationale des autorités. Dans le cadre de la Convention, l'unification des règles de compétence est la règle, la survivance des règles nationales, l'exception. L'art. 4 al. 1, érigé en exception, stipule expressément la survivance des règles de compétence de droit commun, lorsque le défendeur est domicilié en dehors du territoire des Etats membres. Si les fors exorbitants des Etats membres devaient continuer à être applicables aux

⁴²⁴ MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 167

⁴²⁵ DI BLASE, *Riv. dir. int.* 1987 p. 13

mesures provisoires et conservatoires, une réserve expresse aurait dû être prévue en faveur des fors de droit national.

282. Pour VERHEUL⁴²⁶, L'interprétation selon laquelle l'art. 24 est un simple renvoi au droit national qui permet l'application des règles de for exorbitantes est déraisonnable. L'art. 24 déroge certes dans une certaine mesure aux règles de compétence de la Convention, mais c'est pour permettre simplement au juge d'ordonner des mesures provisoires à l'endroit où elles doivent être exécutées. Si le texte de l'art. 24 est vague et ambigu, sa ratio legis est claire : Elle permet de saisir le juge le plus proche de la contestation. Le demandeur a donc le choix d'invoquer les règles de compétence de la Convention, ou de saisir le juge où la mesure doit s'exécuter.

283. Même si toutes les déductions de VERHEUL ne peuvent pas être partagées, il faut admettre avec lui que toutes les dispositions du droit commun, en particulier les fors exorbitants expressément écartés par l'art. 3 Convention, ne survivent pas en matière de mesures provisoires. L'art. 24 déroge peut-être dans une certaine mesure aux règles de compétence énoncées au titre second, il ne renvoie pas sans réserve au droit commun des Etats membres.

284. L'art. 24 peut se concilier avec la prohibition des fors exorbitants⁴²⁷. Cette disposition est avant tout une simple norme matérielle de procédure, autorisant la dissociation du for des mesures provisoires de l'action au fond. L'interprétation la plus restrictive de l'art. 24 ne lui accorde que cette fonction. Les autorités judiciaires ne pourraient fonder leur compétence territoriale qu'en vertu des règles ordinaires de compétences codifiées par la Convention⁴²⁸. L'art. 24 aurait l'effet de maintenir le choix des fors alternatifs de la Convention pour les mesures provisoires, quelle que soit l'autorité saisie de l'action au fond. Au lieu d'être une exception au principe de la prohibition des fors exorbitants, l'art. 24 Convention serait avant tout une exception aux règles sur la litispendance et la connexité (art. 21 à 23). Même si un tribunal n'est plus compétent pour se saisir du fond, parce qu'une autorité étrangère est saisie du litige, il conserve une compétence résiduelle pour ordonner des mesures provisoires. En revanche, selon cette interprétation stricte de l'art. 24, la Convention ne permettrait pas d'ordonner des mesures provisoires à d'autres fors que ceux admis par la Convention⁴²⁹.

285. Cette interprétation restrictive réduirait considérablement les possibilités d'intervention des autorités dans des hypothèses où les mesures provisoires ne

⁴²⁶ VERHEUL, *Rechtsmacht in het Nederlandse Internationaal Privatrecht*, I p. 136; VERHEUL, NILR 1981 p. 82

⁴²⁷ EILERS, p. 206 et 207

⁴²⁸ cf. WALDER, *JZPR*, p. 230 à 232, pour une analyse semblable de l'art. 10 LDIP

⁴²⁹ Apparemment, cette interprétation est soutenue par MEZGER, *Note sous TGI Nanterre du 9 octobre 1978, Tron c/ Soc. Verkor*, Rev. crit. dr. int. privé. 1979 p. 132

remplissent pas un but réellement utile dans le cadre de la Convention. Ainsi, les autorités suisses peuvent ordonner un séquestre sur des biens situés en Suisse, chaque fois que le débiteur est domicilié à l'étranger. Cette mesure conservatoire peut être demandée et obtenue où que se trouvent les parties et quel que soit le tribunal compétent au fond. Si le demandeur et le défendeur, tous deux domiciliés en Allemagne, sont en procès devant un tribunal allemand à propos d'une créance en paiement d'une somme d'argent, le créancier peut obtenir, en vertu des règles de droit commun suisse, le séquestre des biens que son débiteur possède dans notre pays. Dans un tel cas, le créancier ne peut justifier d'aucun intérêt digne de protection qui rende désirable le prononcé d'une mesure de séquestre en Suisse. La raison d'être du séquestre de biens des personnes domiciliées à l'étranger est de permettre au créancier d'empêcher son débiteur de mettre ses biens hors de portée d'une procédure d'exécution forcée. Or, dans le cadre de la Convention, le système de reconnaissance automatique des jugements diminue l'utilité de telles mesures face à des débiteurs domiciliés dans les autres Etats contractants. De plus, lorsque le jugement au fond est rendu à l'étranger, au for du domicile du défendeur, l'intervention des autorités suisses à titre provisoire ne se justifie pas réellement, puisque l'exécution forcée du jugement pourra en général être plus facilement obtenue au domicile du débiteur.

286. Le créancier qui demande une mesure de séquestre dans ces conditions cherche soit à exercer une pression sur son débiteur en rendant indisponible une partie sensible de son patrimoine à l'étranger, soit, craignant l'insolvabilité de ce dernier, à mettre la main sur la partie de son patrimoine située en Suisse. Cette pratique ne doit toutefois pas être encouragée et le droit international privé de la faillite cherche précisément à réduire les possibilités de telles manœuvres.

287. Ainsi, la conséquence de l'interprétation restrictive de l'art. 24 Convention serait de n'autoriser l'adoption de mesures provisoires qu'aux fors prévus par la Convention, lorsque le défendeur est domicilié dans le territoire d'un Etat contractant. Un créancier ne pourrait obtenir un séquestre avant jugement portant sur les biens de son débiteur que dans l'hypothèse où la créance à protéger présente des liens de contact d'une certaine intensité avec la Suisse, parce que s'y réalise l'un des éléments de rattachement prévus par la Convention. De lege ferenda, une telle restriction est souhaitable. Il n'est pas utile que les autorités suisses se saisissent d'un litige, même à titre provisoire, qui n'a pas d'autres liens avec le pays que la présence de biens totalement étrangers à la contestation. Le projet de révision de la LP tient compte de ces considérations en posant de façon générale la condition de la "Binnenbeziehung" pour obtenir un séquestre en Suisse. Certes, le concept de "Binnenbeziehung" permet l'intervention des tribunaux dans d'autres circonstances que la seule réalisation dans l'Etat du for d'un des éléments de rattachement prévus par la Convention. Toutefois, le besoin de protection du créancier est assuré dans le cadre de la Convention par les conditions généreuses de reconnaissance et d'exécution des mesures provisoires rendues à l'étranger. Dans l'exemple donné ci-dessus, si les intérêts légitimes du créancier exigeaient que soient séquestrés les biens suisses du débiteur, la mesure conservatoire pourrait fort bien être ordonnée en Allemagne et exécutée en Suisse.

288. Cette interprétation restrictive de l'art. 24 Convention rejette le premier pas du raisonnement de la doctrine majoritaire. Lorsque l'art. 24 permet à une autorité de prendre des mesures provisoires, alors qu'une autre autorité est compétente en vertu de la Convention pour connaître du fond, cela n'implique pas nécessairement que le juge des mesures provisoires puisse fonder sa compétence sur d'autres règles que les règles conventionnelles. Aussi bien la juridiction du fond que le juge des mesures provisoires peuvent se limiter aux règles de compétence autorisée par la Convention. L'avantage incontestable de l'interprétation restrictive sur la position de la doctrine majoritaire est de préserver l'uniformité d'application et le caractère exhaustif des règles de for conventionnelles. Elle empêche une réintroduction clandestine des règles de for exorbitantes par l'utilisation massive de mesures provisoires. Elle prévient les risques d'érosion ou de subversion dénoncés par la doctrine.

289. Toutefois cette interprétation restrictive présente l'inconvénient de limiter les compétences du juge à des règles adaptées aux procédures ordinaires mais non aux situations d'urgence. Elle risquerait de compromettre les intérêts légitimes des créanciers à obtenir rapidement une protection efficace dans les situations de crise. Il se justifie en effet, dans certains cas, d'obtenir des mesures provisoires d'une autorité différente de celles qui sont désignées par les règles du titre II de la Convention. La CJCE a accru encore ce besoin en refusant la reconnaissance des mesures provisoires rendues au terme d'une procédure unilatérale⁴³⁰. Par conséquent, il est nécessaire de recourir à une interprétation médiane, qui concilie l'unité d'application des règles conventionnelles et les intérêts des demandeurs. Sans permettre une invocation sans réserve des fors exorbitants, l'art. 24 autorise toutefois à titre exceptionnel un juge non désigné par les règles expresses de la Convention, à ordonner des mesures provisoires. Cette disposition confère en vertu de principes implicites dérivés du droit conventionnel, la compétence d'ordonner des mesures provisoires à un juge que ne désignent pas les règles expresses. Cette faculté doit toutefois correspondre à des principes uniformes, et ne pas varier au gré des particularités des droits nationaux⁴³¹.

290. En étudiant les principes généraux des Etats membre, on constate que le recours aux règles nationales en matière de mesures provisoires peut être limité par trois doctrines, en apparence très différentes dans leur approche, mais relativement proches dans leurs effets pratiques. Tout d'abord, la compétence d'ordonner des mesures provisoires peut être attribuée à toute autorité, pourvu qu'elle ne soit pas un "forum non conveniens", ensuite, elle peut être attribuée à l'autorité où la mesure doit être exécutée, enfin elle peut être réservée aux situations qui demande l'intervention d'un for de nécessité.

291. En premier lieu, on peut imaginer, à l'exemple de l'approche des juges anglais, que la Convention permette l'intervention des tribunaux de tous les Etats contractants, à la seule condition que la Convention attribue à l'un d'entre eux la compétence

⁴³⁰ HUET, *Clunet* 1980 p. 942 ss

⁴³¹ EILERS, p. 203 et 204

internationale de statuer au fond. Evidemment, une affirmation aussi extensive du pouvoir juridictionnel doit être tempérée par une clause échappatoire. Il n'est pas concevable que les tribunaux de tous les Etats contractants soient simultanément compétents. Une telle compétence générale doit donc nécessairement se doubler du correctif du "forum non conveniens". Ainsi que le montre l'exemple américain, l'accroissement démesuré de la compétence internationale des tribunaux génère automatiquement un correctif de ce type. En Grande-Bretagne, le "Civil Jurisdiction and Judgments Act" de 1982, qui a mis en application la Convention, confère le pouvoir aux tribunaux britanniques de façon générale d'ordonner des mesures provisoires à la seule condition que l'action au fond soit pendante ou doive être introduite dans un autre Etat contractant. Dans le même temps, la législation anglaise permet à la Cour, lorsqu'elle n'a pas d'autre chef de compétence, de renoncer librement de se saisir de la demande de mesure provisoire, si elle l'estime expédient⁴³².

292. Il est vrai que le système de la Convention est hostile à la doctrine du "forum non conveniens". Toutefois, cet ostracisme ne s'applique qu'aux règles de for énumérées expressément. Lorsqu'il s'agit de limiter des compétences supplémentaires, non expressément codifiées par les règles expresses de la Convention, l'effet potentiellement corrosif du "forum non conveniens" est très atténué. De plus, la forme volitive de l'art. 24 Convention (les mesures provisoires peuvent être demandées), permet de prêter une telle interprétation à ce texte. D'ailleurs, certains tribunaux continentaux européens, dont la tradition juridique est étrangère au "forum non conveniens", refusent parfois de statuer sur des demandes de mesures provisoires qui leur sont demandées en recourant à des raisonnements apparentés à celui du "forum non conveniens". Ainsi, la Cour d'Appel de Paris, tout en reconnaissant en principe la compétence des tribunaux français pour prendre une mesure de référé, s'est déclarée incompétente parce que les tribunaux italiens lui paraissaient en l'espèce plus appropriés pour prendre les mesures qu'on lui demandait⁴³³.

293. De plus, les conditions d'octroi des mesures provisoires en droit interne dépendent fréquemment de considérations d'opportunité laissées à la libre appréciation du juge. Il faut que se réalisent des conditions d'urgence, ou d'autres critères vagues qui laissent au juge saisi une discrétion très large pour refuser ou accorder les mesures qu'on lui demande. Le juge ordinaire doit trancher, sans faire de déni de justice, les contestations qu'on lui soumet, alors que le juge des mesures provisoires, même s'il est compétent, peut fort bien refuser de statuer parce qu'il estime que la demande ne

⁴³² Le texte de l'Act, section 25 (1)(a) et (2) est le suivant : "25 (1) The High Court in England and Wales or Northern Ireland shall have power to grant interim relief where - (a) proceedings have been or are to be commenced in a contracting state other than the United Kingdom...

(2) 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 for the court to grant it."

⁴³³ Paris, du 17 novembre 1987, *Menegatti c/ Società Metallurgica Nova Sicfano*, Obs. HUET, *Clunet* 1989 p. 98

répond pas à un besoin urgent, ou parce que la position des parties soulève une contestation sérieuse. Dans tous les ordres juridiques, l'intervention du juge en matière de mesures provisoires est empreinte d'une certaine souplesse dont ne jouit pas le juge de la procédure au fond. Une approche souple des questions de compétence, incluant le recours à des considérations d'opportunité comme la doctrine du "forum non conveniens" n'est pas à rejeter d'emblée.

294. En deuxième lieu, le règlement de la compétence provisoire peut reposer sur des considérations fondées sur des arguments téléologiques. Ouvrir la compétence des autorités là où la Convention ne permet pas d'intenter une action au fond répond à des besoins d'efficacité des décisions. L'urgence des mesures provisoires et la nécessaire rapidité de l'intervention judiciaire demandent qu'elles puissent être ordonnées, dans certaines circonstances, également à l'endroit où elles devront être exécutées. Pour DROZ, en matière patrimoniale, les mesures provisoires sont prises dans la plupart des cas au lieu de situation des biens, qui, à lui seul, ne peut constituer un chef normal de compétence. L'art. 24 permet donc aux autorités du lieu de situation d'ordonner des mesures alors qu'elles n'auraient pas eu la compétence de statuer en vertu de la Convention⁴³⁴. Ainsi, certains auteurs comprennent l'art. 24 Convention comme une autorisation donnée à un juge normalement incompétent de prendre des mesures provisoires, parce que l'urgence l'exige et que les mesures demandées doivent être exécutées dans son ressort⁴³⁵.

295. L'utilité d'ordonner les mesures provisoires au lieu où elles devront être exécutées est plus grande lorsque les mêmes mesures, prises à l'étranger, ne seraient susceptibles d'être reconnues. Dans un tel cas, l'impossibilité de la reconnaissance des mesures provisoires étrangères oblige à prévoir une adéquation entre for des mesures provisoires et lieu d'exécution. Dans le cadre de la Convention, les possibilités de reconnaissance et d'exécution des mesures provisoires étrangères sont importantes. Par conséquent, le besoin d'ordonner les mesures où elles doivent être exécutées est atténué.

296. Attribuer une compétence aux tribunaux où la mesure doit s'exécuter se heurte au fait que la notion d'exécution forcée est fort différente d'un droit à l'autre. De plus, il est difficile de prévoir lorsque la mesure est demandée où elle devra être exécutée⁴³⁶. Alors que la plupart des droits d'Europe continentale exécutent les mesures conservatoires au lieu où se trouvent les biens à saisir (séquestre, Arrest, saisie conservatoire), le droit anglais, avec l'institution du "contempt of court", ne limite pas les possibilités d'exécution aux objets ou aux actes qui se déroulent à l'intérieur des frontières nationales. Sans user de contrainte directe, par la menace

⁴³⁴ DROZ, *Compétence judiciaire*, p. 200 n° 331

⁴³⁵ CLAUDIO CONSOLO, Riv. dir. int. priv. e proc. 1991 p. 606 à 608, VERHEUL, *Rechtsmacht in het Nederlandse Internationaal Privatrecht*, p. 137. Pour GOTHOT / HOLLEAUX, p. 115, même si l'art. 24 doit être interprété comme un renvoi au droit commun de États contractants, ce renvoi n'est possible qu'en cas d'urgence, lorsqu'il a pour effet de réunir lieu de décision et lieu d'exécution.

⁴³⁶ EILERS, p. 208

d'une sanction, il peut imposer le respect des décisions, où que se trouvent le défendeur et ses biens. A cet égard, "l'exécution" d'une Mareva Injunction n'est pas plus rapide que les biens du débiteur soient en Angleterre ou dans un autre Etat européen. En droit français, l'institution de l'astreinte qui peut accompagner une mesure provisoire prise en référé⁴³⁷, permet également une exécution instantanée par la menace de la condamnation. Dans ces deux cas, l'éloignement du lieu où la mesure doit prendre effet, ne ralentit pas la mise en force de celle-ci.

297. Une troisième interprétation possible de la réserve de l'art. 24 Convention découle de ce qu'il n'est pas possible de prévoir par une règle générale toutes les situations qui requièrent l'intervention d'un juge en dehors des règles de for de la Convention. En particulier, des mesures provisoires doivent être ordonnées par un juge non désigné par la Convention, lorsque les mesures prises par les autorités compétentes 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 insuffisante. Il se justifie dans certaines situations qu'un juge non désigné par les règles de for de la Convention ordonne des mesures provisoires ou conservatoires.

298. Dans ces conditions, l'art. 24 accorde en matière de mesures provisoires une forme de for de nécessité. Il permet de demander non seulement l'intervention des juges compétents selon les règles générales du titre II, mais aussi exceptionnellement d'autres autorités, lorsque des circonstances particulières l'exigent. Cette interprétation qui est défendue pour l'application de l'art. 10 LDIP⁴³⁸ a l'avantage de préserver le caractère exhaustif des règles de for de la Convention, de combattre les fors exorbitants, tout en conservant la souplesse nécessaire que l'application stricte des règles de compétence destinées à régler le for de l'action au fond ne permet pas.

299. Dans les résultats pratiques, ces trois théories sont fréquemment équivalentes. L'assimilation de l'art. 24 au for de nécessité présente l'avantage d'insister sur le caractère exceptionnel des dérogations qu'il permet aux règles de for de la Convention.

⁴³⁷ Sur le pouvoir du juge des référés pour ordonner des astreintes, cf. ESTOUP, p.18

⁴³⁸ WALDER / MEIER, SJZ 1987, p. 238 à 242, apparemment suivis par le TF, SJ 1991 p. 458, cons.

C. Compétences exclusives (art. 16) et prorogation de for

1. Compétence pour ordonner des mesures provisoires en cas de compétence exclusive pour la procédure au fond

300. En décrivant le régime de la compétence des autorités en matière de mesures provisoires, on n'a expliqué jusqu'à présent que les rapports entre for des mesures provisoires et fors non exclusifs. Il convient encore d'étudier la relation de la règle de l'art. 24 avec d'une part les règles de compétence exclusives de la Convention (art. 16) et d'autre part les règles sur la prorogation de for (art. 17).

301. L'art. 16 Convention énumère de façon exhaustive les règles de for exclusif qui réservent la compétence aux seuls tribunaux de l'Etat où se réalise le critère de rattachement. Les fors de l'art. 16 dérogent aussi bien au for général de l'art. 2 qu'aux fors spéciaux des art. 5 à 15. Les fors exclusifs ne sont pas prorogeables (art. 17 al. 2) et le juge incompetent doit se dessaisir d'office, même si le défendeur est entré en matière sans faire de réserve (art. 19). Enfin, le juge requis contrôle l'application par le juge d'origine de cette disposition.

302. Si les particularités des fors exclusifs par rapport aux règles ordinaires de la Convention sont bien clarifiées, les rapports entre l'art. 16 et l'art. 24 ne sont en revanche pas explicites. Les auteurs qui se prononcent sur cette question admettent en général que l'exclusivité des fors de l'art. 16 ne concerne que les procédures principales⁴³⁹. Selon cette opinion, les mesures provisoires concernant les matières visées par l'art. 16 peuvent, en dépit de la règle d'exclusivité, être ordonnées à d'autres fors, en application de l'art. 24 Convention⁴⁴⁰.

303. Cette position n'est pas universellement partagée. Pour O'MALLEY / LAYTON⁴⁴¹, l'exclusivité de l'art. 16 prime l'art. 24 et empêche les tribunaux des autres Etats contractants de prendre des mesures provisoires, lorsque leur objet concerne une matière couverte par l'art. 16.

⁴³⁹ Ainsi, en premier lieu le rapport JÉNARD, p. 34, cf. également KROPHOLLER, *EZPR*, n° 1 ad art. 16

⁴⁴⁰ Ainsi, expressément GEIMER / SCHÜTZE, p. 675, à propos de l'art. 16 ch. 1 (action réelle immobilière), p. 725 à propos de l'art. 16 ch. 2 (action en annulation d'une société), p. 745, à propos de 16 ch. 2 (action en annulation d'une décision d'un organe d'une personne morale), p. 799 à propos de l'art. 16 ch. 4 (validité d'un brevet)

⁴⁴¹ O'MALLEY / LAYTON, p. 652 n° 24.08

304. A première vue, il n'existe pas de raison fondamentale tirée de la systématique de la Convention pour préférer l'une ou l'autre interprétation. Aussi bien l'art. 16 que l'art. 24 constituent des exceptions aux règles générales de la Convention⁴⁴². On ne peut donc rien déduire de son texte pour résoudre le conflit. Les arguments téléologiques doivent ici l'emporter. Les règles de compétence exclusive répondent à différents impératifs de politique juridique. Elles sont justifiées parfois parce que la réglementation des matières qu'elles visent fait l'objet, en droit interne, de dispositions d'ordre public, pour lesquelles une concordance du for et de la loi applicable est souhaitable, ainsi en matière de baux immobiliers⁴⁴³. Elles sont aussi motivées par le fait que la matière visée touche de près l'organisation administrative d'un Etat, et qu'il se justifie de conférer aux tribunaux du même Etat le pouvoir d'interférer avec le fonctionnement d'un service public. Cette justification est déterminante pour le for exclusif en matière de validité des inscriptions sur les registres publics (art. 16 ch. 3) ou d'enregistrement des droits de propriété intellectuelle (art. 16 ch. 4). Par conséquent, la diversité des buts visés par l'art. 16 commande une solution nuancée.

305. Selon la CJCE, la liste des compétences exclusives de l'art. 16 ne doit pas être interprétée plus largement que ne le requiert son objectif⁴⁴⁴. La compétence exclusive du lieu de situation de l'immeuble en matière de baux immobiliers (art. 16 ch. 1) se justifie parce que ces contrats font généralement l'objet de règles de droit impératif, d'ordre public, destinées à protéger les locataires, en contrôlant le montant du loyer et l'usage du bien loué⁴⁴⁵. De plus, cette disposition a pour but de promouvoir la proximité du for avec le litige, en assurant que le tribunal qui est le plus proche de la situation de fait puisse s'occuper de l'affaire⁴⁴⁶. Aucun de ces deux objectifs législatifs ne demande que les mesures conservatoires destinées à garantir le paiement du loyer soit ordonnée exclusivement par le tribunal du lieu de situation de l'immeuble. A la différence d'une action au fond en paiement du loyer, le juge des mesures provisoires n'a pas à se prononcer sur la fixation de celui-ci. Dans ces circonstances, en dépit de l'art. 16 Convention, les tribunaux d'autres Etats que celui du lieu de situation de l'immeuble peuvent ordonner une mesure conservatoire (séquestre ou saisie conservatoire) pour assurer le paiement du loyer.

306. Pour d'autres règles de compétence exclusive en revanche, les raisons qui militent en faveur de l'exclusivité du for de la procédure principale s'appliquent également aux procédures provisoires. Les motifs qui ont conduit les rédacteurs de la Convention à prescrire la compétence exclusive des tribunaux de l'Etat qui tient le

⁴⁴² Pour l'art. 16, arrêt *Sanders c/ van der Putte*, CJCE du 14 décembre 1977, Rec. 1977 p. 2383

⁴⁴³ CJCE *Rössler c/ Rottwinkel*, du 15 janvier 1985, Rec. 1985 p. 99

⁴⁴⁴ arrêt *Sanders c/ van der Putte*, Rec. 1977 p. 2383

⁴⁴⁵ arrêt *Rössler c/ Rottwinkel*, Rec. 1985 p. 99 attendu 19; la volonté déclarée des Etats contractants est de maintenir le contentieux de la fixation des loyers sur le territoire de l'Etat où l'immeuble est situé, HERBOTS / KREMLIS, *Cahiers de droit européen* 1990 p. 12

⁴⁴⁶ arrêt *Rössler c/ Rottwinkel*, attendu 20

registre public pour les procédures "en matière de validité des inscriptions" valent également pour les mesures provisoires prises dans les mêmes conditions. Par conséquent, une mesure provisoire, visant à empêcher une inscription dont la validité est contestée, doit être ordonnée au for exclusif du lieu de tenue du registre. L'art. 24 ne permet pas à un autre Etat d'interférer, même à titre provisoire, avec la tenue des registres publics. Il en va de même des procédures "en matière de droits réels immobiliers". Les raisons qui font du for du lieu de situation une règle de compétence exclusive s'appliquent aussi bien aux actions principales qu'aux actions provisoires. Si les seuls tribunaux du lieu de situation de l'immeuble sont compétents pour ordonner à titre définitif la création ou la modification d'un droit réel, il doit en aller de même des décisions affectant à titre provisoire l'existence d'un tel droit. Ainsi par exemple, si les tribunaux de l'Etat du lieu de situation de l'immeuble jouissent de la compétence exclusive d'ordonner une inscription définitive d'hypothèque légale, il n'y a pas de raison d'autoriser les tribunaux d'autres Etats contractants à en ordonner l'inscription provisoire⁴⁴⁷.

307. Les mesures provisoires qui ont pour objet la tenue des registres publics ou la création de droits réels immobiliers doivent donc impérativement être ordonnées au for exclusif désigné par l'art. 16. Toutefois, la qualification des mesures provisoires ne dépend pas de la nature de la procédure principale. L'art. 16 ne s'applique qu'aux mesures provisoires dont l'objet concerne l'une des matières prévues par cette disposition. Souvent, l'introduction d'une procédure du type de celles visées à l'art. 16 nécessite le règlement à titre provisoire de questions qui ne concernent pas directement une matière soumise à un for exclusif. Par exemple, l'introduction d'une action en dissolution d'une personne morale (art. 16 ch. 2) nécessite des mesures provisoires pour garantir la sauvegarde du patrimoine et la gestion temporaire de ses biens. De telles mesures, bien qu'ordonnées à l'occasion d'une action pour laquelle la Convention prévoit un for exclusif, peuvent être ordonnées à l'un des autres fors autorisés par l'art. 24, puisque, par leur objet propre, elles ne concernent pas une matière visée par l'art. 16 Convention.

308. Inversement, il arrive qu'une mesure provisoire ait pour objet une prétention tombant sous le coup de l'art. 16, alors que la procédure principale y échappe. Ainsi, par exemple, au cours d'une procédure contractuelle ordinaire affectant la propriété d'un bien immobilier, l'une des parties pourrait vouloir demander à titre provisoire, l'inscription dans un registre public, d'une interdiction d'aliéner. Alors que la procédure principale se déroule au for du domicile du défendeur (art. 2), la demande en inscription provisoire d'une interdiction d'aliéner devrait être demandée aux tribunaux de l'Etat du lieu de situation de l'immeuble. Une interdiction provisoire d'aliéner l'immeuble peut bien entendu être ordonnée à l'un des fors autorisés par l'art. 24. Toutefois, si le demandeur demande qu'il soit fait mention de cette mesure dans un registre foncier afin de bénéficier des effets de publicité attachés à une telle inscription, il doit saisir le tribunal de l'Etat de situation qui seul jouit de la

⁴⁴⁷ contra apparemment, GEIMER / SCHÖTZE, I/1 p. 675, Par. 85 XII n° 8

compétence internationale pour contrôler les conditions de validité de l'inscription demandée.

2. Compétence pour ordonner des mesures provisoires en cas de prorogation de for

309. Les clauses de prorogation 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, les clauses de prorogation de for privent parfois les tribunaux non choisis, de leur compétence naturelle de trancher le litige. Il s'agit de l'effet dérogoratoire de la clause. Sa fonction est d'écarter par la volonté concordante des parties la compétence d'une autorité. Lorsque la clause d'élection de for n'a qu'un effet dérogoratoire, elle est non exclusive, et le demandeur conserve le choix de porter le différend devant le tribunal élu ou devant le tribunal normalement compétent. Lorsque la clause combine les effets prorogatoires et dérogoratoires, elle est exclusive, et ne laisse au demandeur aucun choix. La Convention présume que les prorogations de for sont exclusives.

310. Etudier les effets des clauses d'élection de for sur la compétence des autorités en matière de mesures provisoires revient à examiner successivement leur effet prorogatoire et dérogoratoire. A cet égard, les traditions française et allemande sont différentes. En droit français, une jurisprudence constante et vénérable consacre le principe de l'incopposabilité des clauses de prorogation de for en matière de mesures provisoires⁴⁴⁸. La justification de cette règle est double. Les premiers arrêts, interprétant la volonté présumée des parties, admettaient qu'elles n'avaient pas l'intention de déroger à la compétence du juge des référés. Cependant, par la suite, même lorsque les parties avaient expressément manifesté leur intention d'affecter par leur clause la compétence territoriale du juge des référés, la Cour de cassation a déclaré les règles de compétence en matière de mesures provisoires d'ordre public. Par conséquent, toute clause écartant ou prorogeant la compétence naturelle du juge des référés est réputée non écrite⁴⁴⁹. En l'état actuel du droit français, les clauses d'élection de for n'exercent ni d'effet prorogatoire, ni d'effet dérogoratoire en matière de mesures provisoires. La doctrine, il est vrai, met en question la justification de cette règle et propose que ces clauses puissent exercer un effet de prorogation, de manière à offrir au demandeur l'alternative de saisir le juge choisi⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ SOLUS / PERROT, III p. 1123, n° 1321

⁴⁴⁹ Rêq. du 20 janvier 1941, obs. VIZIOZ, Rev. trim. dr. civ. 1940-41 p. 493

⁴⁵⁰ SOLUS / PERROT, p. 1124 n° 1321 in fine; HÉBRAUD, Rev. trim. dr. civ. 1959 p. 151

311. Le droit allemand offre une image différente du problème⁴⁵¹. En effet, en droit allemand, les clauses d'élection de for exercent en matière de mesures provisoires, aussi bien un effet prorogatoire qu'un effet dérogoire. L'effet prorogatoire de la clause s'exerce dans tous les cas sur le juge des mesures provisoires, et le juge désigné pour trancher le fond du litige est également compétent pour ordonner des mesures provisoires⁴⁵². Les tribunaux allemands admettent également que les clauses de prorogation de for exercent des effets dérogoires, et que le défendeur puisse les invoquer pour faire échec à la compétence du juge normalement compétent⁴⁵³.

312. On peut en premier lieu se demander si la Convention impose une solution uniforme. Pour O'MALLEY / LAYTON⁴⁵⁴, l'effet des clauses de prorogation de for, en particulier l'effet dérogoire éventuel qu'elles peuvent déployer sur la compétence du juge des mesures provisoires, est laissé à la discrétion du droit national des Etats contractants. Cette position est logique si l'on admet l'idée que l'art. 24 constitue un simple renvoi au droit national. Si le droit commun des Etats membres peut décider la compétence des tribunaux pour ordonner les mesures provisoires, il n'est pas déraisonnable d'imaginer que ce même droit national puisse décider quel effet exercent les clauses de prorogation de for.

313. Pour les raisons développées plus haut⁴⁵⁵, l'art. 24 ne constitue pas un simple renvoi au droit national. Par conséquent, le droit conventionnel résout nécessairement pour les cas qui relèvent de son champ d'application, le conflit entre les art. 24 et 17 Convention. D'ailleurs, les auteurs allemands qui soutiennent la théorie selon laquelle l'art. 24 constitue un simple renvoi au droit national, admettent que la Convention impose une solution uniforme. Ainsi, GEIMER / SCHÜTZE⁴⁵⁶ affirment que l'effet dérogoire de la clause d'élection de for s'impose aussi en matière de mesures provisoires. Selon ces auteurs, l'art. 17 restreint la portée du renvoi au droit national qu'ils lisent à l'art. 24. La Convention harmonise l'effet des clauses de prorogation sur le for des mesures provisoires.

314. En vertu de la Convention, l'Etat dont le tribunal est désigné par les parties conformément à l'art. 17 est obligé d'offrir sa protection judiciaire. La Convention fait

⁴⁵¹ GEIMER / SCHÜTZE, I/1 p. 922 Par. 96 ch. 8; KROPHOLLER, *EZPR*, n° 97 ad art. 17; ZÖLLER / GEIMER, *IZPR*, n° 143; contra, SCHACK, *IZVR*, p. 156 n° 418

⁴⁵² STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 1 ad art. 919 ZPO

⁴⁵³ En droit zurichois, les clauses de prorogation de for déploient également des effets sur la compétence du juge des mesures provisoires, STRÄULI / MESSMER, n° 19 ad Par. 11 ZPO-ZH

⁴⁵⁴ O'MALLEY / LAYTON, p. 652, n° 24.08 in fine; du même avis COLLINS, *Provisional Measures, the Conflict of Laws and the Brussels Convention*, [1981] 1 Yb. Eur. L. p. 259 à 262

⁴⁵⁵ cf. supra n° 279

⁴⁵⁶ GEIMER / SCHÜTZE, I/1 p. 922 Par. 96 ch. 8

obligation aux tribunaux désignés de statuer⁴⁵⁷. L'autorité désignée ne peut se déclarer incompétente en invoquant des arguments de "forum non conveniens" ou parce que la *lex fori* n'admet pas les prorogations de for. Par conséquent, les règles de droit commun qui considèrent les règles de for en matière de mesures provisoires comme impératives et non prorogables sont automatiquement écartées par l'art. 17. Les clauses d'élection de for exercent donc un effet prorogatoire en matière de mesures provisoires. L'art. 24 n'y fait d'ailleurs aucun obstacle.

315. En revanche, le principe de l'art. 24, qui admet que les mesures provisoires soient demandées à une autre autorité que celle saisie du fond, se heurte apparemment de front à la présomption d'exclusivité attribuée par l'art. 17 aux clauses d'élection de for. L'art. 24, qui poursuit un but d'efficacité, ne s'oppose-t-il pas à ce que le défendeur puisse contester la compétence d'un tribunal normalement compétent et proche des droits à protéger, à la faveur d'un tribunal, certes choisi par les parties pour trancher le fond du litige, mais par hypothèse trop éloigné pour prendre utilement les mesures urgentes commandées par les circonstances ? Dans ces conditions, ne faut-il pas admettre que le choix offert par l'art. 24 déroge à l'exclusivité de l'art. 17 ?

316. Inversement, si le droit conventionnel laisse aux parties la possibilité de choisir le tribunal qu'elles estiment le plus adapté pour résoudre leurs conflits, et s'il attribue même à ce choix une présomption d'exclusivité, ne faut-il pas, a fortiori, considérer que la clause affecte aussi bien le règlement définitif de la contestation que la simple protection provisoire des droits ? L'effet dérogoratoire des clauses d'élection de for renforce la sécurité juridique et garantit aux parties la connaissance anticipée de l'autorité appelée à trancher un futur litige. Cette canalisation salutaire du litige au lieu désigné par les parties ne s'oppose-t-elle pas à ce que l'une d'entre elles déjoue les attentes légitimes de son partenaire, en portant le combat, par le biais des mesures provisoires, sur un terrain qu'ils avaient écarté d'un commun accord ? Le risque est d'autant plus grand lorsque les mesures provisoires mettent un terme, en fait sinon en droit, au litige.

317. Jusqu'à ce jour, la jurisprudence européenne n'a pas tranché entre ces deux positions, également soutenables. Il semble toutefois que, dans un système comme celui de la Convention, le besoin de sécurité juridique doive l'emporter. Comme la reconnaissance des mesures provisoires est facilitée par la Convention, il est possible d'ordonner des mesures provisoires au for élu et d'obtenir leur exécution dans un laps de temps très bref. Il faut donc présumer que les clauses d'élection de for exercent un effet dérogoratoire sur la compétence pour ordonner des mesures provisoires⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ GEIMER / SCHÜTZE, II/1 p. 505 Par. 75 VII

⁴⁵⁸ du même avis, GEIMER / SCHÜTZE, p. 922, contra ANKE EILERS, p. 220, qui préfère la solution contraire pour protéger les créanciers. Il faut encore ajouter que les Conventions de la Haye du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels (art. 4) et du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for (art. 6 ch 4) prévoyaient que la prorogation de for n'avait pas d'effet sur les mesures provisoires. Aucune de ces deux conventions n'est entrée en vigueur.

318. Les conséquences douloureuses pour le demandeur, qui risque de perdre dans certains cas l'avantage offert par des mesures provisoires rapides et efficaces, sont compensées par le fait que la présomption d'exclusivité de l'art. 17 peut être écartée par la volonté des parties⁴⁵⁹. La dissociation des règles de for entre procédure principale et procédure provisoire permet de choisir plusieurs systèmes. Par conséquent, les contractants prévoyants feront bien de préciser, en rédigeant leur clause de prorogation de for, l'effet que celle-ci doit déployer sur la compétence des autorités en matière de mesures provisoires. En particulier, il serait souhaitable de préciser si la clause ne doit exercer ses effets que face aux procédures principales, ou si, au contraire, elle s'impose au juge des mesures provisoires. Alternativement, les parties peuvent préciser que la clause est exclusive pour la procédure principale, mais non pour la procédure de mesures provisoires.

D Litispendance et autorité de chose jugée

1. Litispendance selon l'art. 21 Convention

319. La Convention offre une grande variété de fors alternatifs. Outre les fors expressément énumérés par la Convention pour les actions au fond, l'art. 24, selon l'interprétation défendue ici, autorise l'intervention des tribunaux en vertu de règles conventionnelles non expressément détaillées (for de nécessité, for justifié par l'urgence). Dans ces conditions, il ne sera pas rare que le demandeur essaie d'obtenir des mesures provisoires simultanément ou successivement dans une pluralité d'endroits, et que, par conséquent, des décisions contradictoires soient rendues. Plus encore que pour les procédures principales, les risques sont grands, que se présentent des situations de litispendance internationale, de connexité de procédures (au sens de l'art. 22 Convention), et de décisions contradictoires.

320. On a vu que les règles de la Convention ne s'opposent pas à la saisine simultanée d'un tribunal d'une action au fond et d'un autre tribunal d'une requête de mesures provisoires⁴⁶⁰. En revanche, est-il admissible de saisir plusieurs tribunaux

⁴⁵⁹ GEIMER / SCHÜTZE, I/1 p. 507 Par. 75 VIII; KROPHOLLER, *EZPR*, n° 87 ad art. 17; CJCE *Nikolaus Meeth c/ Glacetal*, du 9 novembre 1978, Rec. 1978 p. 2133

⁴⁶⁰ KROPHOLLER, *EZPR*, n° 9 ad art. 21; Tribunale di Padova du 21 mars 1985, *Simod Spa c/ Ditta Cypris*, Riv. dir. int. priv. e proc. 1986 p. 374

d'une même requête de mesures provisoires ? La plupart des auteurs sont défavorables à l'application des règles sur la litispendance aux mesures provisoires. KROPHOLLER⁴⁶¹ et GEIMER / SCHÜTZE⁴⁶² sont d'avis que les règles des art. 21 ss n'ont pour but que d'empêcher les décisions contradictoires dans des procédures au fond. En revanche, surtout lorsque les mesures prises par surprise ne sont pas susceptibles d'être reconnues, il doit être possible d'obtenir simultanément, dans plusieurs Etats différents, des mesures fondées sur l'art. 24 Convention⁴⁶³.

321. L'application aux mesures provisoires des règles sur la litispendance ou l'autorité de chose jugée est controversée en droit interne parmi les théoriciens de la procédure civile⁴⁶⁴. En principe, les auteurs admettent que les mesures provisoires sont soumises aux règles sur la litispendance⁴⁶⁵. Les mêmes justifications que pour les procédures principales militent en faveur de cette solution : il convient de ne pas augmenter la surcharge des tribunaux en permettant que la même question soit débattue en deux endroits simultanément. Il faut surtout éviter les risques de décisions contradictoires qui engendrent l'insécurité et affaiblissent l'autorité de la justice. La difficulté de définir l'objet des mesures provisoires engendre tout au plus quelques complications particulières⁴⁶⁶.

322. MATSCHER⁴⁶⁷ estime que l'exception de litispendance s'applique avant tout aux "Leistungsverfügungen". L'introduction d'une procédure de mesure provisoire en paiement d'aliments dans un Etat (par exemple au for du demandeur) fait obstacle à la conduite simultanée d'une procédure semblable dans un autre Etat (au for du défendeur). En revanche MATSCHER est plus sceptique à propos de l'application analogique des règles sur la litispendance aux autres types de mesures provisoires. La justification de l'exception de litispendance ne se limite toutefois pas aux seules mesures provisoires tendant au paiement d'une obligation d'entretien. Que l'on pense par exemple à une demande de mesure provisoire dans le cadre d'un procès de droit de la concurrence, tendant à faire interdiction pendant la durée du procès, de faire usage d'un slogan publicitaire dont le caractère déloyal est allégué. Si la mesure est destinée à affecter le comportement du défendeur sur l'ensemble du territoire des Etats contractants, le fait qu'il ait introduit une telle procédure dans un des Etats, fait obstacle à ce qu'il puisse prendre des conclusions identiques devant les tribunaux d'un

⁴⁶¹ KROPHOLLER, *EZPR*, n° 9 in fine ad art. 21

⁴⁶² GEIMER / SCHÜTZE, I/1 p. 269, Par. 40

⁴⁶³ HAUSMANN, *IPRax* 1981 p. 82; KROPHOLLER, *EZPR*, n° 24 ad art. 25; DI BLASE, *Riv. dir. int.* 1987 p. 14

⁴⁶⁴ BAUR, p. 76

⁴⁶⁵ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 10 vor Par. 916 ZPO; BAUR, p. 82 à 84

⁴⁶⁶ BAUR, p. 82; STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 14 vor Par. 935 ZPO

⁴⁶⁷ MATSCHER, *ZZP* 1982 p. 224 à 225

autre Etat. Logiquement, rien ne requiert l'exclusion des mesures provisoires du jeu de l'art. 21 Convention⁴⁶⁸. Même pour les mesures purement conservatoires, que MATSCHER soustrait sans réserve⁴⁶⁹ des règles sur la litispendance, des limites sont possibles et souhaitables. Selon STEIN / JONAS / GRUNSKY, lorsqu'une procédure d'Arrest est déjà pendante, l'introduction d'une seconde procédure se heurte à l'exception de litispendance⁴⁷⁰.

323. Dans un contexte international, la transposition des règles sur la litispendance présente des difficultés particulières qui ont trait essentiellement à la délimitation de l'objet du litige, aux rapports qu'entretiennent les règles sur la reconnaissance des décisions étrangères avec la litispendance internationale et à la détermination du moment où chacun des tribunaux impliqués est saisi.

324. En droit interne déjà, la détermination de l'objet du litige dans une procédure de mesure provisoire est une opération malaisée. Le juge dispose souvent, comme en droit allemand⁴⁷¹, d'un pouvoir d'appréciation dans le choix des mesures et n'est pas lié par les conclusions des parties. Dans ces conditions, l'objet et la cause du litige sont relativement imprécis et fluctuants. L'objet de la contestation est déterminé non par les conclusions formelles des parties, mais par l'ensemble des mesures que le juge pourrait ordonner à l'issue de la procédure⁴⁷². Ainsi, une procédure existante tendant à la destruction d'une édition d'un livre fait obstacle à l'introduction d'une nouvelle procédure demandant la prohibition de sa commercialisation ou de sa réédition.

325. La comparaison de l'objet des procédures est plus épineux lorsque le droit matériel des Etats membres et l'organisation des mesures offertes pour atteindre un même but de protection diffèrent fondamentalement. Par exemple, un créancier zélé désire obtenir la plus grande protection possible pour garantir le paiement par son débiteur de la créance que celui-ci menace de ne pas lui payer. Invoquant l'art. 24 de la Convention, il introduit successivement les procédures suivantes devant les tribunaux européens : une procédure d'Arrest (Par. 916 ss ZPO) tendant à la saisie de biens non spécifiés, en Allemagne et dans tout autre pays où la décision pourra être exécutée à concurrence de la créance; un séquestre de droit suisse sur un compte bancaire zurichois; la saisie conservatoire d'un tableau en France dont la valeur dépasse le montant de la créance; une Mareva Injunction, faisant interdiction au débiteur d'aliéner, de disposer ou de déplacer ses biens situés en Grande-Bretagne et dans le monde entier (Mareva Injunction universelle). Le débiteur qui voudrait mettre fin à

⁴⁶⁸ du même avis, ANKE EILERS, p. 220 et 221

⁴⁶⁹ MATSCHER, ZJP 1982 p. 224

⁴⁷⁰ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 10 vor art. 916 ZPO

⁴⁷¹ BAUR, p. 70; Par. 938 ZPO

⁴⁷² STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 7 vor Par. 916 ZPO : "Die Bedeutung der Rechtshängigkeit (...) [darf] nämlich nicht aus einem bestimmten Streitgegenstandsbegriff deduziert werden, sondern [muss] anhand einer Abwägung der beteiligten Interessen gelöst werden."

l'acharnement procédural de son adversaire en invoquant l'exception de litispendance se trouverait devant un premier obstacle pour démontrer l'identité d'objet de ces procédures. Bien qu'elles aient toutes pour but au sens large de garantir une créance menacée, leur objet diffère foncièrement en raison des différences des ordres juridiques. Les décisions suisses et françaises ont pour objet la mainmise judiciaire d'un bien particulier. La procédure allemande n'a pas pour objet la saisie d'un objet désigné, mais vise une autorisation générale de saisir le patrimoine à concurrence du montant de la créance. Quant à la procédure anglaise, elle ne vise pas directement les biens du défendeur mais lui intime de s'abstenir de certains actes d'aliénation. A s'en tenir à une vision étroite de l'identité de cause et d'objet des procédures, seule la demande d'Arrest serait de nature à faire obstacle à la requête de séquestre suisse, puisqu'elle est la seule qui potentiellement pourrait exercer un effet comparable sur le même objet.

326. La CJCE a décidé de donner au concept d'identité de cause et d'objet de l'art. 21, une conception autonome⁴⁷³. S'écartant des particularités des droits internes, la jurisprudence européenne donne de la notion de litispendance une interprétation très large. Ainsi, une action en constatation de l'inexistence d'un contrat fait obstacle à l'introduction par l'autre partie d'une action en exécution du contrat devant une autre juridiction. Il suffit selon la CJCE que le fondement des deux litiges repose sur la même obligation pour satisfaire à la condition d'identité d'objet des procédures⁴⁷⁴.

327. Appliquée à des mesures provisoires, cette notion très large d'identité d'objet permettrait d'accueillir l'exception de litispendance dans des hypothèses semblables à l'exemple ci-dessus. Il suffirait que les mesures conservatoires visent à garantir le paiement de la même créance pour permettre l'application de l'art. 21 Convention⁴⁷⁵.

328. La réglementation de la litispendance de l'art. 21 Convention présente cette particularité de ne pas exiger du second juge une appréciation anticipée de la reconnaissance de la décision que rendra le premier juge⁴⁷⁶. Le second juge doit tenir compte de la litispendance, même d'office, quand bien même il apparaît d'emblée que la décision du premier juge ne pourra jamais être exécutée. Cette réglementation de la litispendance repose sur le postulat de la reconnaissance automatique des

⁴⁷³ Gubisch Maschinenfabrik c/ Palumbo du 8 décembre 1987, Rec. 1987 p. 1189

⁴⁷⁴ KROPHOLLER, *EZPR*, n° 6 ad art. 21

⁴⁷⁵ Pour EILERS, p. 221, l'identité de cause et d'objet exige non seulement une identité de la créance à protéger, mais également une identité des moyens utilisés. Selon elle, le demandeur pourrait assurer sa créance en faisant saisir différents biens dans différents pays, sans se heurter à la litispendance.

⁴⁷⁶ DROZ, *Compétence judiciaire*, n° 305 p. 189; BÜLOW / BÖCKSTIEGEL / MÜLLER, p. 606/169 rem III 2 ad art. 21; GEIMER / SCHÜTZE, p. 291 Par. 44 1c (seule voix discordante : SCHÜTZE, *RTW* 1975 p. 79; SCHÜTZE, *ZZP* 1991, p. 142)

décisions⁴⁷⁷. DROZ⁴⁷⁸ a le premier relevé le paradoxe qui résulte de cette situation. Lorsque le tribunal saisi en second lieu jouit d'une compétence exclusive, il devrait se dessaisir ou surseoir à statuer, même si le tribunal saisi en premier a admis à tort sa compétence en ignorant les règles de l'art. 16 Convention. Or, dans une telle hypothèse, la décision qui sera rendue par le premier tribunal ne pourra être reconnue dans l'Etat du second. Par conséquent, il est profondément illogique d'obliger le juge saisi en second, exclusivement compétent, de tenir compte de la litispendance devant une autorité dont le jugement ne pourra être reconnu.

329. La doctrine qui discute de cette question propose des solutions contradictoires. Pour DROZ⁴⁷⁹, l'article 21 n'interdit pas dans un tel cas au juge saisi en second à statuer immédiatement. Faute de reconnaissance possible de la première décision, l'exception de litispendance ne s'appliquerait pas. GOTHOT / HOLLEAUX préfèrent un respect strict du texte conventionnel et n'excluent pas l'application de l'art. 21 Convention dans un tel cas⁴⁸⁰. La doctrine allemande est semblablement divisée. Pour GEIMER / SCHÜTZE, l'art. 21 ne permet pas au second juge, même exclusivement compétent, d'ignorer la litispendance⁴⁸¹. L'opinion inverse est soutenue par BÜLOW / BÖCKSTIEGEL / MÜLLER⁴⁸².

330. Le débat a mobilisé les efforts de la doctrine sur ces questions de compétence. Toutefois dans d'autres situations, la reconnaissance de la décision issue de la première procédure peut d'emblée être écartée par le second juge. En ce qui concerne les mesures provisoires en particulier, l'utilisation d'une procédure unilatérale au cours de laquelle le défendeur n'est pas entendu constitue, en l'état de la jurisprudence de la CJCE⁴⁸³, un obstacle à la reconnaissance des décisions. Selon cette jurisprudence, la reconnaissance d'une décision rendue au terme d'une procédure unilatérale est impossible. Dans une telle circonstance, le juge saisi en second doit-il tenir compte de la première procédure ? Pour des raisons de systématique et de cohérence, il convient de répondre par la négative. L'art. 21 Convention repose sur le prédicat de la reconnaissance automatique des décisions. Si la jurisprudence de la CJCE, à tort ou à raison, a pour effet d'exclure de l'art. 25 Convention toute une catégorie de décisions, il convient alors d'admettre que cette exclusion rejaillit par ricochet sur l'art. 21. Dans ces conditions, l'art. 21 ne s'applique pas aux mesures provisoires lorsque la première procédure est unilatérale. En revanche, dans la situation inverse, première procédure

⁴⁷⁷ KROPHOLLER, *EZPR*, n° 12 ad art. 21

⁴⁷⁸ DROZ, *Compétence judiciaire*, p. 192 à 194, n° 311 à 314

⁴⁷⁹ DROZ, *Compétence judiciaire*, p. 194 n° 314

⁴⁸⁰ GOTHOT / HOLLEAUX, p. 125 n° 200

⁴⁸¹ GEIMER / SCHÜTZE, 1/1 p. 291

⁴⁸² BÜLOW / BÖCKSTIEGEL / MÜLLER, p. 606/171, art. 21 Anm III/2

⁴⁸³ *Denilvaer c/ Couchet frères*, Rec. 1980 p. 1553

contradictoire, seconde procédure unilatérale, l'exception de litispendance doit être prise en considération.

331. Enfin, l'application de l'art. 21 Convention présuppose la détermination du moment où la procédure est pendante dans les deux Etats. La CJCE ⁴⁸⁴ a renoncé à fixer des critères uniformes pour désigner le moment déterminant et renvoie cette question au droit interne des Etats membres.

332. L'application de l'art. 21 exige que la saisine des tribunaux impliqués soit successive. Cette disposition ne fournit aucune solution lorsque deux tribunaux sont saisis simultanément d'un même litige ⁴⁸⁵. Un tel cas peut se produire en matière de mesures provisoires, notamment lorsque le demandeur, pour des raisons stratégiques, décide de surprendre son adversaire en introduisant simultanément des procédures de mesures provisoires sur plusieurs fronts. Dans un tel cas, il n'existe pas de mécanisme régulateur pour empêcher l'une ou l'autre des procédures. Le règlement des décisions contradictoires ne pourra intervenir qu'au stade de la reconnaissance. Dans cette éventualité, les deux tribunaux simultanément saisis doivent chacun continuer la procédure qu'ils ont entamée ⁴⁸⁶.

2. Autorité de la chose jugée

333. Dans l'arrêt de *Wolf c/ Cox*, la CJCE a précisé que toute décision susceptible d'être reconnue dans un autre Etat devait impérativement faire l'objet de la procédure de reconnaissance de la Convention ⁴⁸⁷. Par conséquent, le demandeur ne peut pas recommencer une nouvelle procédure pour faire trancher une seconde fois un litige qui a abouti à une décision susceptible d'être reconnue. Même d'office, le second juge saisi doit se déclarer incompétent, et doit accueillir l'exception de chose jugée (effet négatif de l'autorité de chose jugée ⁴⁸⁸). Ainsi, par exemple, la demanderesse qui a obtenu une mesure provisoire condamnant son mari au paiement d'une obligation d'entretien au for de la procédure de divorce ne peut pas recommencer la même procédure au for du domicile du débiteur. Elle doit utiliser les voies d'exécution que la Convention met à sa disposition. De même, le commerçant qui a obtenu d'un tribunal français une mesure de référé interdisant à son concurrent de commercialiser un produit, ne peut pas choisir de recommencer la même procédure en Italie, alors qu'il pourrait simplement obtenir l'exécution de la première décision. Cet effet découlant de la

⁴⁸⁴ arrêt *Zelger c/ Salinitti II*, Rec. 1984 p. 2397

⁴⁸⁵ *GELMER / SCHÜTZE*, p. 289, Par. 44 I 1 note 3; *ZÖLLER / GEDMER*, ad art. 21

⁴⁸⁶ *OLG Koblenz* du 30 novembre 1990, *RIW* 1991 p. 63 et 64

⁴⁸⁷ *Jozef de Wolf c/ Harry Cox BV*, du 30 novembre 1976, Rec. 1976 p. 1759

⁴⁸⁸ *KROPHOLLER*, *EZPR*, n° 12 vor art. 26; *MARTINY*, *Hdb IZVR* p. 43 n° 75 et 76

reconnaissance automatique des décisions, se déploie également sur les décisions de mesures provisoires. Lorsqu'une ordonnance étrangère est susceptible d'être reconnue, le renouvellement de la procédure est inadmissible. L'énoncé de cette règle masque plusieurs difficultés.

334. La première question, fondamentale, est de déterminer l'effet de chose jugée qu'une mesure provisoire peut exercer à l'étranger⁴⁸⁹. Ephémères, ponctuelles, fondées sur des vraisemblances plutôt que des certitudes, ces mesures, dans tous les ordres juridiques, peuvent être modifiées, à des conditions bien plus souples que des jugements ordinaires. Dans ces circonstances, ne peuvent-elles pas être modifiées librement par d'autres autorités que celles qui les ont rendues ? Par exemple, si la créancière d'aliments estime que le premier tribunal lui a alloué une pension trop modeste, ne peut-elle pas tenter sa chance une seconde fois en espérant que le deuxième tribunal soit plus généreux ? Au lieu de demander l'exécution forcée de la première décision, ne peut-elle pas demander à un autre juge qu'il reconsidère la question et modifie les termes de la première décision ? A l'évidence, une telle situation ne pourrait engendrer que l'anarchie. Les mesures provisoires ne peuvent dans aucun droit être reconsidérées à tout moment sans conditions précises. Elles déploient par conséquent un "effet de chose jugée atténué" qui fait obstacle à une remise en question perpétuelle de leur autorité. Lorsque les mesures provisoires ne peuvent être modifiées selon le droit de l'Etat où elles ont été ordonnées, leur reconsidération par un juge étranger est également impossible.

335. L'effet de chose jugée des décisions en droit international privé est une conséquence de leur reconnaissance. Si la décision n'est pas susceptible d'être reconnue, elle ne peut déployer aucun effet de chose jugée. Ainsi, les auteurs, commentant l'arrêt *Denilaufer c/ Couchet frères*, concluent que le demandeur a le choix entre intenter une procédure contradictoire qui déploiera des effets dans tous les Etats de la Convention, et intenter autant de procédures unilatérales qu'il est nécessaire pour obtenir dans chaque Etat, une protection provisoire adéquate.

336. Souvent, les décisions judiciaires sont "a-territoriales", en ce sens qu'elles sont de nature à exercer des effets de portée universelle. Un jugement condamnatif au paiement d'une somme d'argent peut s'exercer partout, et aucun tribunal refusera de se saisir d'un litige pour la seule raison que le paiement doit s'effectuer à l'étranger. Il en va différemment des obligations de faire ou de s'abstenir. Les mesures judiciaires enjoignant au défendeur d'adopter un certain comportement sont souvent "auto-limitées", en ce sens qu'elles se bornent à prescrire le comportement du défendeur sur le territoire de l'Etat dont elles émanent. Leurs effets peuvent être ainsi territorialement limités parce que le droit du for limite de lui-même la compétence de ses tribunaux, ou parce que le demandeur a spontanément réduit sa demande au territoire d'un seul Etat. Dans ces conditions, une mesure provisoire interdisant à une partie un acte sur un territoire limitativement délimité, n'exercera pas d'effet de chose jugée en dehors

⁴⁸⁹ STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 13 vor Par. 916 ZPO : "Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob eine materielle Rechtskraftwirkung gegenüber einer zweiten Entscheidung im Arrestverfahren anzunehmen ist."

de ce territoire. La distinction est souvent difficile à faire et, dans le doute, il faut admettre que la décision déploie un effet universel. Par exemple, si une mesure provisoire ordonnée en Suisse fait interdiction au défendeur de diffuser une photo prise en violation des droits de la personnalité du demandeur, sa reconnaissance automatique en France prévient l'introduction d'une nouvelle procédure⁴⁹⁰. En revanche, si la mesure suisse précise expressément qu'elle ne s'applique qu'au territoire suisse, le demandeur qui désire étendre la protection provisoire à d'autres Etats européens devra intenter de nouvelles procédures.

337. L'effet de chose jugée s'exerce également face aux décisions négatives. Le rejet d'une demande de mesure provisoire par un premier juge, fait obstacle à la reconsidération du litige par une autorité concurrentement compétente⁴⁹¹. Si la protection provisoire a été déniée au demandeur, une même demande ne peut être réitérée devant une autre autorité que lorsque sont réunies les conditions d'une modification des mesures provisoires.

E. Compétence pour ordonner la modification et la levée des mesures provisoires

338. La modification et la levée de mesures provisoires existantes pose en droit international privé deux questions. La première est celle de la compétence. Il s'agit de décider si une autre autorité que celle qui a rendu la décision peut la modifier. La seconde concerne la détermination du droit applicable aux conditions de fond de cette révision, et par effet réflexe détermine la portée exacte de l'exception de chose jugée d'une décision.

339. La Convention ne fixe pas expressément la compétence des autorités pour ordonner la modification de mesures provisoires déjà ordonnées. On pourrait admettre que seule l'autorité qui a pris la mesure est habilitée à rapporter ou à altérer son contenu. Cette solution est recommandée par certains auteurs⁴⁹², dans le but de favoriser la sécurité juridique et de limiter les possibilités du défendeur de remettre en question la réglementation provisoire.

⁴⁹⁰ Pour cette raison, SCHWANDER, *IPR*, p. 309 n° 666 in fine, recommande aux demandeurs de préciser dans leur requête de mesure provisoire le territoire dans lequel la protection provisoire est sollicitée.

⁴⁹¹ BAUR, p. 87 à 91

⁴⁹² MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 171

340. La menace d'un tel forum shopping est suffisamment écartée par les règles de droit matériel limitant la modification des mesures provisoires. Le respect de ces règles par l'autorité saisie d'une demande de modification prévient le risque d'une prolifération de procédures concurrentes. La Convention ne contient aucune règle traitant spécialement de la modification des mesures provisoires. Dans ces conditions, il faut admettre que la compétence des autorités n'est pas réglée de manière différente pour ordonner ces mesures ou pour les modifier. L'art. 24 règle donc aussi bien la compétence des autorités pour ordonner les mesures provisoires que pour les modifier⁴⁹³.

CHAPITRE III COMPÉTENCE DES AUTORITÉS SELON LA LDIP

A. Règle générale

341. La LDIP énonce trois règles qui s'appliquent à la détermination de la compétence des autorités en matière de mesures provisoires. La règle générale de l'art. 10 constitue le pendant de l'art. 24 Convention. La LDIP prévoit ensuite quelques règles particulières pour les mesures provisoires ordonnées dans le cadre d'une procédure matrimoniale et en droit successoral. Enfin, l'art. 183 autorise les tribunaux arbitraux, statuant en application des art. 176 ss LDIP, d'ordonner des mesures provisoires.

342. Comme l'art. 24 Convention, l'art. 10 LDIP attribue a fortiori la compétence d'ordonner des mesures provisoires aux autorités qui sont compétentes pour statuer au fond selon les règles de compétence de la loi. Si les autorités suisses peuvent prononcer des mesures provisoires "même si elles ne sont pas compétentes pour connaître du

⁴⁹³ GEIMER / SCHÜTZE, I/1 p. 266 Par. 39 III

fond". elles peuvent aussi statuer lorsque leur compétence au fond est prévue par la loi⁴⁹⁴.

343. La règle générale de l'art. 10 LDIP comporte, comme l'art. 24 Convention, un aspect de droit matériel. Elle oblige le tribunal saisi de statuer dans une procédure de mesures provisoires, même si une autre autorité est saisie du fond. Elle impose en droit international, une solution comparable à celle de certains droits de procédure cantonaux qui dissocient le for des mesures provisoires de celui du fond⁴⁹⁵. Même dans les cantons où le droit de procédure impose un strict parallélisme entre compétence au fond et compétence en matière de mesures provisoires, le juge des mesures provisoires ne peut décliner sa compétence pour la seule raison qu'il n'est pas compétent au fond, ou qu'une autre autorité est saisie de la procédure. L'art. 10 écarte toute règle cantonale qui lie la compétence au provisoire à la compétence au fond. Par conséquent, l'incompétence du tribunal pour statuer au fond ne peut être invoquée à l'encontre du juge des mesures provisoires⁴⁹⁶. Inversement, le fait de ne pas contester d'entrée de cause la compétence du juge des mesures provisoires ne suffit pas, même dans les matières soumises à la libre disposition des parties, pour fonder la compétence des autorités du for pour l'action au fond. L'exception de litispendance ne peut être opposée à une autorité suisse pour contester sa compétence pour prendre des mesures provisoires, lorsque l'autorité étrangère est saisie de l'action au fond⁴⁹⁷. L'effet de l'art. 10 LDIP est identique à cet égard à celui de l'art. 24 Convention.

344. L'art. 10 LDIP présente cette particularité, par rapport aux autres dispositions de la loi, de ne pas désigner les autorités localement compétentes. Il se réfère uniquement aux autorités suisses, sans préciser comment la compétence locale doit être établie⁴⁹⁸. Certains auteurs estiment que cette disposition générale laisse place à une réglementation cantonale. La formulation de l'art. 10 LDIP a suscité deux interprétations fédéralistes différentes.

345. Une première interprétation de l'art. 10 LDIP, soutenue par certains auteurs, est comparable à la lecture faite par la doctrine majoritaire de l'art. 24 Convention : puisque l'art. 10 LDIP permet l'intervention des tribunaux même lorsqu'ils sont incompétents sur le fond en vertu de la LDIP, cela signifie que leur compétence n'est pas régie par la loi fédérale. Par conséquent, il appartient au droit cantonal, ou à d'autres règles de compétence de droit interne, de décider dans quels cas les autorités cantonales doivent intervenir. De la même façon que l'art. 24 Convention constituerait une simple norme de renvoi au droit national des Etats membres, l'article 10

⁴⁹⁴ WALTER, AJP 1992 p. 63; SCHWANDER, IPR, n° 666 p. 308; WALDER, IZPR, n° 8 p. 229

⁴⁹⁵ PELET, p. 84

⁴⁹⁶ SCHWANDER, *Das UWG in Grenzüberschreitenden Verkehr*, p. 170, *Internationales Familienrecht*, p. 541

⁴⁹⁷ SCHWANDER, IPR, p. 309

⁴⁹⁸ WALDER, IZPR, p. 229 n° 12; WALTER, AJP 1992 p. 64

transférerait aux cantons le pouvoir de régler la compétence internationale et locale des autorités en matière de mesures provisoires⁴⁹⁹. Pour SCHWANDER qui a proposé cette interprétation, l'art. 10 n'a qu'une portée limitée. Il s'agirait avant tout d'une règle de droit matériel qui empêche qu'une exception d'incompétence valable pour une action au fond puisse être invoquée dans le cadre d'une procédure de mesure provisoire⁵⁰⁰. Pour le surplus, l'art. 10 n'affecterait pas la façon dont la compétence internationale des autorités doit être déterminée. Comme par le passé, celle-ci se déduirait du droit cantonal. En matière de mesures provisoires, il subsisterait donc des règles de compétence de droit cantonal à portée internationale. A cet égard SCHWANDER distingue suivant le mode de partage de compétence entre Confédération et cantons en matière de mesures provisoires. Pour les mesures provisoires dont la compétence est réglée par le droit fédéral, celui-ci détermine la compétence locale et, par analogie, la compétence internationale des autorités. En revanche, pour les mesures provisoires qui ne sont pas régies par le droit fédéral ou que celui-ci ne règle pas exhaustivement, la compétence internationale des autorités se déduit du droit de procédure cantonal⁵⁰¹.

346. A cette interprétation, on peut opposer les arguments utilisés à l'encontre de l'interprétation majoritaire de l'art. 24 Convention. La LDIP règle exhaustivement la compétence internationale des autorités suisses. Par conséquent, une délégation législative aux cantons doit être particulièrement claire. Or on ne peut raisonnablement prêter une telle intention au législateur. D'ailleurs, selon le message⁵⁰², le but de l'art. 10 LDIP est de donner une compétence suisse pour les mesures provisoires. Par conséquent, il y a lieu d'admettre que l'art. 10 "crée une règle de for internationale générale de droit fédéral, applicable aux relations internationales"⁵⁰³. En d'autres termes, la compétence au provisoire découle en matière internationale exclusivement du droit international privé suisse.

347. Une seconde interprétation fédéraliste concède que l'art. 10 LDIP règle la compétence générale internationale des autorités, mais considère qu'il est muet sur la répartition locale et intercantonale de la compétence. Dans ce cas, il appartiendrait aux cantons de décider si leurs autorités sont compétentes pour trancher un cas que l'art.

⁴⁹⁹ KNOEPFLER / SCHWEIZER, *Précis*, p. 212 n° 656 in fine; WALTER, ZJP 1992 p. 48; selon cette interprétation, ces deux normes ne seraient, d'après MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 169, qui combat cette théorie, qu'une "Verweisung auf das tiefere Recht".

⁵⁰⁰ SCHWANDER, *Das UWG im Grenzüberschreitenden Verkehr*, p. 170 : "Im Ergebnis bedeutet art. 10 IPR-Gesetz nur, dass gegenüber vorsorglichen Massnahmen im allgemeinen keine Einrede der fehlenden internationalen Zuständigkeit in der Hauptsache erhoben werden kann."

⁵⁰¹ SCHWANDER, *Internationales Familienrecht*, p. 542 à 546

⁵⁰² Mess. LDIP p. 42

⁵⁰³ PELET, p. 71

10 LDIP place dans l'orbite de la compétence générale suisse⁵⁰⁴. Pour reprendre l'exemple donné par WALDER, l'art. 10 LDIP déterminerait si deux parties à un procès en Allemagne relatif à la propriété d'un bien mobilier se trouvant à Zurich peuvent solliciter des mesures provisoires en Suisse. En revanche, la LDIP ne réglerait pas explicitement la question de savoir si les tribunaux zurichois du lieu de situation du bien, ou lucernois du domicile du défendeur, sont localement compétents. Avec raison, WALDER conteste que le conflit doive être résolu par le droit cantonal⁵⁰⁵. Si l'art. 10 LDIP ne précise pas plus exactement la compétence locale des autorités, ce n'est pas parce que le droit fédéral de droit international privé renonce à régler cette question. L'imprécision de la formule de l'art. 10 LDIP est la conséquence logique de la diversité des mesures provisoires. La tournure ouverte de l'art. 10 LDIP n'exprime pas un renvoi aux règles de compétence cantonales. La détermination de la compétence locale "dépend de la mesure à prendre ou de la localisation du droit à protéger"⁵⁰⁶. Le droit fédéral règle donc, en matière internationale, aussi bien la compétence internationale que la compétence locale des autorités pour ordonner des mesures provisoires. Il serait d'ailleurs peu conséquent que l'art. 10 LDIP opte pour une solution que le législateur a écartée pour toute les autres procédures, parce qu'elle est trop compliquée. La compétence locale des autorités au provisoire relève donc des règles de compétence édictées par la LDIP pour les procédures principales. Dans l'exemple de WALDER, la compétence locale des autorités doit être régie par l'art. 98 LDIP (domicile du défendeur), plutôt que par l'art. 6 ZPD-ZH (lieu de situation du bien).

348. Enfin, les règles de la LDIP priment également les règles de compétence interne édictées par la législation fédérale. Par exemple, un travailleur accomplit habituellement son travail à Soleure pour un employeur domicilié à l'étranger qui a son exploitation à Genève. En cas de litige avec son employeur, il devra demander des mesures provisoires à Soleure (art. 115 LDIP par analogie), et non à Genève (art. 343 CD, applicable uniquement dans les litiges internes).

349. Il peut arriver que les règles de la LDIP (for général du domicile du défendeur et fors spéciaux de la partie spéciale) n'offrent pas de for suisse à des mesures provisoires qui devraient pourtant être ordonnées en Suisse⁵⁰⁷, par exemple parce qu'aucun tribunal étranger n'est compétent pour statuer à temps. Dans ce cas il y a lieu d'appliquer le for de nécessité de l'art. 3 LDIP. Il peut y avoir un for de nécessité pour le provisoire qui n'est pas donné pour le fond. Les autorités suisses du lieu avec lequel la cause présente des liens suffisants sont alors compétentes.

⁵⁰⁴ WALTER, AJP 1992 p. 64; POUURET / WURZBURGER / HALDY, n° 1 ad art. 103a CPC-VD; WALDER, IZPR, p. 230, n° 13

⁵⁰⁵ WALDER, IZPR, p. 230 n° 13; du même avis, MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 169

⁵⁰⁶ PELET, p. 71; Mess. LDIP p. 42

⁵⁰⁷ WALDER, IZPR, p. 231, n° 17

350. En résumé, le droit international privé fédéral règle aussi bien la compétence internationale que locale des autorités suisses pour ordonner des mesures provisoires. Celles-ci peuvent être prises en premier lieu à l'un des fors expressément prévus par la LDIP pour les procédures principales⁵⁰⁸. A défaut de règles de for expresses, les mesures provisoires doivent être ordonnées au for de nécessité (art. 3 LDIP)⁵⁰⁹.

351. Pour que les mesures provisoires soient susceptibles d'être reconnues à l'étranger, encore faut-il en premier lieu que les autorités qui les ordonnent acceptent de rendre des décisions qui ont des répercussions à l'étranger. Si les Etats ne rendent que des décisions "auto-limitées", destinées à ne déployer d'effets qu'à l'intérieur des frontières nationales, la reconnaissance des mesures provisoires est inutile. Se pose donc la question de savoir si les mesures provisoires ordonnées par les tribunaux suisses sont auto-limitées au territoire suisse, ou si, au contraire, elles sont de nature à affecter des biens ou à prescrire un certain comportement à l'extérieur des frontières nationales. A cet égard, la pratique suisse n'est pas absolument conséquente. Les tribunaux refusent souvent d'intervenir, parce qu'ils ne s'estiment pas compétents pour ordonner des mesures qui ont des effets sur des biens, des personnes ou des droits à l'étranger⁵¹⁰, et qu'ils sont "incompétents pour prononcer une ordonnance de mesures provisionnelles faisant interdiction de payer à une banque ayant son siège à l'étranger"⁵¹¹. Dans certains domaines en revanche, il ne fait aucun doute que les mesures provisoires peuvent être intimées à des personnes à l'étranger et affecter le comportement de personnes ou la disposition de leurs biens à l'étranger. En droit de la famille, par exemple, il ne fait aucun doute que les tribunaux sont compétents pour affecter à titre provisoire le comportement de personnes à l'étranger⁵¹².

352. Les justifications avancées pour expliquer l'incompétence des tribunaux pour ordonner des mesures provisoires déployant des effets à l'étranger sont différentes. Le motif principal est le respect de la souveraineté des Etats. Selon les auteurs, ce principe est la conséquence inéluctable de "l'irréductible discontinuité des ordres juridiques"⁵¹³. Le caractère prétendument universel du respect de la souveraineté

⁵⁰⁸ WALDER, *IJPR*, p. 229 n° 8; SCHWANDER, *IPR*, p. 308, n° 666

⁵⁰⁹ WALDER / MEIER, *SJZ* 1987 p. 242

⁵¹⁰ CJ-GE du 8 février 1990, *J&M Communications Ltd c/ Seabary Corp et autres*, SJ 1990 p. 190

⁵¹¹ JT 1991 III p. 38. 41 (obiter dictum), TC-VD Cour civile du 18 avril 1989, *André & Cie SA c/ Banque Commerciale de Syrie*

⁵¹² p. ex. obligation d'entretien, garde des enfants

⁵¹³ BERNARD ANCEL, note sous *TGI Paris du 29 juin 1988, de Dampierre c/ Dame Grenier*, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1990, p. 345

étrangère ressort de la structure bilatérale des règles qui l'expriment⁵¹⁴. Pour GULDENER, les mesures provisoires qui servent à assurer l'exécution future sur des biens ne peuvent être ordonnées que par les tribunaux de l'Etat du lieu de situation. En particulier, les décisions qui restreignent le pouvoir des parties de disposer d'un bien ne peuvent être ordonnées que par les tribunaux de l'Etat du lieu de situation. En définitive, seules les décisions ordonnant à l'une des parties un acte positif (paiement d'une obligation alimentaire, restitution d'un enfant à la personne à qui la garde est attribuée à titre provisoire), sont susceptibles d'être ordonnées dans un autre Etat et, par conséquent, d'être exécutée à l'étranger⁵¹⁵.

353. Cette conception qui assimile les mesures provisoires à des actes d'exécution forcée confond le prononcé de la mesure et son exécution. La décision judiciaire qui décide du besoin de protection provisoire d'un droit litigieux se distingue parfaitement de la procédure d'exécution qui, par la contrainte des organes étatiques, impose la mesure⁵¹⁶. Dans ces conditions, un tribunal peut fort bien décider, sans heurter de plein fouet la souveraineté des autres Etats, que la créance litigieuse dont il a à connaître doit être protégée par la saisie conservatoire d'un bien situé à l'étranger. Dans la mesure où un ordre juridique admet que ses tribunaux sont habilités à rendre un jugement final sur la propriété d'un bien situé à l'étranger, rien ne s'oppose qu'ils puissent également restreindre à titre provisoire le pouvoir de disposition des parties sur ce bien⁵¹⁷. Même si l'exécution du jugement final et de la décision provisoire requiert la coopération des autorités étrangères, le tribunal saisi est habilité à prononcer l'un et l'autre. Dans ces conditions, la territorialité des ordres juridiques et la souveraineté des Etats ne font pas obstacle à ce que les mesures provisoires aient des effets transfrontaliers. Du reste, cette réticence devant l'effet extraterritorial des mesures provisoires n'est pas universelle⁵¹⁸.

⁵¹⁴ p. ex. Cass. Civ. 29 février 1984, Varonas, note SYNAY-CYTERMAN, Rev. crit. dr. int. priv. 1985 p. 545 : "les mesures conservatoires et d'exécution relèvent des lois de compétence de l'Etat où ces procédures sont diligentées,..." CJ-GE du 8 février 1990, j& M Communications Ltd c/ Seabay Corp, SJ 1990 p. 196, spéc. p. 198 : "...les mesures provisionnelles relèvent ainsi, partiellement en tout 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."

⁵¹⁵ GULDENER, *IZPR*, p. 113

⁵¹⁶ A propos de cette distinction, KNOEFLER / SCHWEIZER, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, p. 230

⁵¹⁷ MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 174 et 175 : "Ist die Zuständigkeit nach den oben genannten Regeln gegeben, so kann der Richter ohne weiteres auch Anordnungen treffen, die ein Verhalten des Beklagten im Ausland betreffen." Du même avis ALBRECHT, p. 98, qui estime que la Convention impose cette solution.

⁵¹⁸ Par exemple aux Etats-Unis, BORN / WESTIN, p. 242, "United States courts have long asserted the power to order persons subject to their personal jurisdiction to perform (or not to perform) specified acts outside of the forum"

354. Un second argument, fréquemment opposé aux mesures provisoires déployant des effets à l'étranger, repose sur des considérations d'efficacité. Puisque la mesure provisoire requiert une intervention rapide du juge, il importe qu'elle soit exécutée sur le champ. Elle doit donc "être ordonnée là où est né l'incident qui justifie le recours au juge, là où se trouvent situés les objets ou intérêts litigieux, bref, là où la mesure doit être appliquée"⁵¹⁹. Cet arrêt de la Cour de justice de Genève fait du for du lieu d'exécution des mesures provisoires, un chef de compétence exclusive : Le but des mesures provisoires ne peut être atteint que si elles sont instantanément exécutées. Par conséquent, seul le tribunal du lieu où elles seront exécutées peut légitimement intervenir. Les autres autorités, même si elles sont compétentes pour connaître du fond, ne sont pas compétentes pour ordonner des mesures provisoires, car, "les règles ordinaires en matière de for ne sont pas applicables en matière de mesures provisionnelles"⁵²⁰. Le juge normalement compétent au fond, saisi d'une demande de mesures provisoires, motive son refus de statuer par un pronostic sur l'utilité de la mesure qu'on lui demande. Mieux vaut se déclarer d'emblée incompétent plutôt que de courir le risque de rendre une décision inefficace. Motivée par un raisonnement analogue à celui du forum non conveniens, l'incompétence des tribunaux pour ordonner des mesures provisoires à l'étranger implique une évaluation des chances de reconnaissance de la décision à l'étranger. Le demandeur ne justifie pas d'un intérêt pour agir suffisant lorsqu'il sollicite une mesure provisoire qui risque de ne pas être exécutée là où elle doit exercer ses effets, ou qui est condamnée à être tardive.

355. Alors que tous les membres de la famille résidaient en Arabie Saoudite, un père de nationalité allemande avait saisi les tribunaux de Berlin d'une requête de mesure provisoire tendant à l'octroi de la garde de sa fille. Il avait été débouté en première instance pour le motif que sa demande ne justifiait pas d'un intérêt juridique suffisant (*Rechtsschutzinteresse*). Même si les tribunaux allemands étaient en principe internationalement compétents, les chances limitées de reconnaissance de la décision allemande en Arabie Saoudite rendaient illusoire la protection qu'ils pouvaient offrir. Par conséquent, le demandeur ne pouvait se prévaloir d'un intérêt suffisant pour demander une mesure qui ne serait que nominale. La décision d'irrecevabilité a été censurée en deuxième instance⁵²¹. L'intérêt à l'action ne se mesure pas selon les chances de succès d'une future procédure d'exécution. Même si l'instruction de la procédure exige des efforts démesurés pour établir le droit applicable, et que l'administration des preuves est compliquée, les tribunaux ne doivent pas se déclarer incompétents pour le seul motif qu'ils ne peuvent pas eux-mêmes procéder à l'exécution des mesures qu'ils ordonnent.

356. Le raisonnement du KG mérite d'être approuvé sans réserve. Les tribunaux n'ont pas à exercer cette forme d'autocensure. Ils ne doivent pas renoncer à statuer sur un litige que la loi place dans leur compétence, pour la seule raison que la décision

⁵¹⁹ SJ 1990 p. 198, arrêt *J&M Communications Ltd* précité

⁵²⁰ arrêt précité, cons. 5, p. 200

⁵²¹ KG du 16 novembre 1989, IPRax 1991 p. 60, note WENGLER, p. 42

qu'ils seront amenés à prendre ne sera pas peut-être pas reconnue à l'étranger⁵²². On ne peut pas exclure d'emblée que les parties se soumettront spontanément à la décision judiciaire. De plus, les circonstances évoluent, et, à la suite d'un déplacement des parties ou de leurs biens, une décision qui semblait de prime abord inexécutable peut être mise en force. Dans ces conditions, les tribunaux n'ont pas à restreindre l'exercice de leur compétence aux décisions à l'exécution desquelles ils présideront. Les mesures provisoires, comme les jugements ordinaires déploient des effets en dehors des frontières de l'Etat qui les a prononcées. Les tribunaux suisses ne peuvent donc pas, sans violer l'art. 10 LDIP, refuser d'ordonner des mesures provisoires, pour la seule raison qu'elles affectent des biens ou des personnes à l'étranger. Les mesures provisoires qu'ils rendent ne limitent pas leurs effets au territoire suisse, à moins que le demandeur ne le demande spécialement.

B. Droit matrimonial et successoral

357. La LDIP prévoit une règle de compétence spéciale pour les mesures provisoires dans le cadre d'une action en divorce ou en séparation de corps (art. 62 al. 1 LDIP). Le droit interne suisse combat la dispersion du contentieux matrimonial. Par conséquent, l'art. 145 CCS lie impérativement le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires à celui de trancher l'action au fond. En particulier, les mesures provisoires ne sont ordonnées que par le juge du fond, lorsque la procédure au fond est déjà pendante. Avant l'entrée en vigueur de la loi, les effets de l'art. 145 CCS avaient été étendus par la jurisprudence aux situations internationales, et l'incompétence des tribunaux suisses pour connaître du fond les empêchait en principe de statuer sur une demande de mesure provisoire⁵²³. Toutefois, la jurisprudence avait assoupli quelque peu ce principe, et admettait dans certaines situations exceptionnelles que les tribunaux ordonnent des mesures provisoires à l'appui d'une procédure de divorce étrangère. Ainsi, la compétence du juge suisse pour prendre des mesures provisoires a été admise lorsque le droit du juge du divorce ne connaît pas une réglementation provisoire analogue à celle de l'art. 145 CCS, que les mesures provisoires ordonnées à l'étranger ne peuvent être exécutées en Suisse ou que l'urgence exigeait une intervention des autorités suisses⁵²⁴.

⁵²² GAILLARD, *SF* 1993 p. 151

⁵²³ ATF 83 II 495; *SFZ* 1990 p. 158 n° 33; SCHNITZER, *Hdb IPR*, 1 p. 416, admettait la compétence générale des tribunaux suisses pour ordonner des mesures provisoires dans cette hypothèse.

⁵²⁴ BÜHLER / SPÜHLER, n° 410 à 414 ad art. 145 CCS; ATF 104 II 247; 101 II 2

358. L'art. 62 al. 1 reprend le principe du parallélisme de la compétence du fond et des mesures provisoires. Le juge suisse n'est compétent pour ordonner des mesures provisoires que s'il est saisi du fond. Il doit s'abstenir de statuer "si son incompétence pour statuer au fond est manifeste ou a été constatée par une décision ayant force de chose jugée". Cette disposition déroge au principe de l'art. 10 LDIP. Le juge ne peut pas ordonner de mesures provisoires s'il n'est pas saisi du fond⁵²⁵. L'exception de litispendance tirée de l'existence d'un procès en divorce à l'étranger fait obstacle à une procédure suisse de mesures provisoires⁵²⁶. Cette solution déroge à la règle générale de l'art. 10 LDIP. Le TF applique par analogie l'art. 62 aux actions en complément de divorce selon l'art. 64 LDIP⁵²⁷.

359. Selon le message du Conseil fédéral, la réglementation de l'art. 62 LDIP "reflète, pour l'essentiel, la jurisprudence fédérale actuelle"⁵²⁸. La loi ne reprend toutefois pas expressément les exceptions au strict parallélisme de for que la jurisprudence avait développées pour les situations internationales. A s'en tenir au texte de la loi, on peut douter qu'un tribunal suisse puisse affirmer sa compétence, lorsqu'il n'est pas saisi du fond ou qu'il est "manifestement incompétent pour statuer au fond." Une trop grande rigidité dans l'application du principe risquerait toutefois de provoquer des lacunes de la protection judiciaire, surtout lorsque des époux étrangers, domiciliés en Suisse, ont intenté une action en divorce dans leur pays d'origine, et que le règlement de la vie séparée durant la procédure nécessite une intervention judiciaire que le tribunal étranger saisi du fond n'est pas en mesure d'offrir. Pour cette raison, SCHWANDER⁵²⁹ estime qu'en dépit du texte de l'art. 62 al. 1 LDIP, des mesures provisoires peuvent être ordonnées par les tribunaux suisses, même s'ils ne sont pas saisis du fond, dans les circonstances exceptionnelles admises par la jurisprudence antérieure à la LDIP. Cette interprétation libre de l'art. 62 LDIP, qui a reçu l'aval du Tribunal Fédéral⁵³⁰, mérite d'être approuvée.

360. Selon le Tribunal Fédéral, la règle spéciale de l'art. 62 al. 1 LDIP s'explique par l'objet particulier des mesures provisoires dans la procédure de divorce. Il s'agit de "Regelungsmassnahmen", qui aménagent les rapports entre les parties et statuent sur des prétentions indépendantes du sort de l'action au fond⁵³¹. On peut donc se demander si la règle de l'art. 62 al. 1 ne s'applique pas par analogie aux autres

⁵²⁵ SJ 1991 p. 348; PELET, p. 149 ss; BÜHLER / SPÖHLER, Supplément, n° 410 ad art. 145 CCS

⁵²⁶ TC-VD, Chambre des recours du 9 mai 1989, JT 1991 III 3

⁵²⁷ ATF 116 II 97

⁵²⁸ Mess. LDIP p. 95

⁵²⁹ SCHWANDER, *Internationales Familienrecht*, p. 556 et 557

⁵³⁰ SJ 1991 p. 458, spéc. 465

⁵³¹ arrêt précité p. 465, cons. 5a)

"Regelungsmassnahmen" prévues par le droit fédéral⁵³². En particulier en droit interne, les mesures provisoires ordonnées dans le cadre d'un procès sur l'obligation d'entretien des parents ou en contestation de la filiation sont soumises à une règle analogue à l'art. 145 CCS. Comme en cas de divorce, elles ne peuvent être ordonnées que par le juge saisi du fond, lorsque l'action au fond est déjà introduite⁵³³. Une transposition de la règle de l'art. 281 CCS au niveau international justifierait l'application d'un principe semblable à celui de l'art. 62 al. 1 LDIP. Or, les dispositions de la LDIP en matière de filiation ne contiennent pas de règle spéciale sur la compétence des autorités en matière de mesures provisoires. On pourrait donc soutenir que l'art. 62 al. 1 doit s'appliquer par analogie, vu la parenté de ces deux procédures en droit interne. Cette solution est à rejeter. L'art. 62 al. 1 est nettement une règle exceptionnelle qui ne doit pas être interprétée extensivement. Si le législateur avait également voulu en matière de filiation transposer au plan international le principe du parallélisme de compétence du droit interne, il aurait édicté une règle similaire à l'art. 62 al. 1 LDIP. Par conséquent les mesures provisoires rendues dans le cadre d'une action en établissement de la paternité ou en fixation de l'obligation parentale d'entretien ne sont soumises à aucune règle spéciale dérogeant à l'art. 10 LDIP.

361. Si le droit suisse combat la dispersion du contentieux matrimonial au plan interne, et dans une moindre mesure, au plan international, un certain nombre d'instruments internationaux organisent au contraire le dépeçage de la procédure. En premier lieu, il faut citer la Convention de la Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, du 5 octobre 1961⁵³⁴. Cette Convention, qui concerne toute intervention de l'autorité étatique dans les relations parents-enfants⁵³⁵, règle en particulier la compétence des autorités appelées à déterminer les conséquences d'une procédure de divorce sur la garde de l'enfant, le droit de visite, la détermination des contributions d'entretien des parents, etc⁵³⁶. L'art. 85 LDIP, auquel renvoie l'art. 62 al. 3 LDIP, confère à cette convention une portée générale.

362. La Convention de la Haye consacre le principe du for de la résidence habituelle du mineur (art. 1) et, dans les cas d'urgence, du territoire sur lequel se trouvent le mineur ou ses biens (art. 9). Elle permet également de façon limitée, l'intervention des autorités nationales du mineur (art. 4), à la condition que son intérêt l'exige. Dans ce cas, elles ont l'obligation d'informer les autorités de l'Etat de résidence. En application

⁵³² L'art. 62 s'applique par analogie à l'action en complément de l'action de divorce au sens de l'art. 64 LDIP : ATF 116 II 97

⁵³³ PELET, p. 141 et 142

⁵³⁴ RS 0.211.231.01

⁵³⁵ BERNARD DUTOIT, *Le nouveau droit international privé suisse de la famille*, p. 51 et 52; SCHWANDER, *Internationales Familienrecht*, p. 401 ss; HELGA OBERLOSCHAMP, *Haager Minderjährigenschutzabkommen*, Cologne 1983, n° 3 à 112 ad art. 1

⁵³⁶ ATF 109 II 378

de cette Convention, et en dérogation au principe de l'art. 62 al. 1 LDIP, les autorités suisses sont donc tenues d'ordonner des mesures provisoires concernant les rapports de filiation, même si elles ne sont pas compétentes pour connaître de la procédure de divorce. En particulier, les tribunaux suisses doivent intervenir chaque fois qu'une procédure ouverte à l'étranger affecte la situation d'un mineur résidant en Suisse.

363. Au moment de ratifier la Convention de la Haye, la Suisse a émis la réserve, prévue à l'art. 15, en vertu de laquelle, le juge suisse appelé à statuer sur la nullité du mariage, le divorce ou la séparation de corps des parents d'un mineur reste compétent pour ordonner des mesures de protection de la personne ou des biens de celui-ci⁵³⁷. Le but de cette disposition est de réconcilier en faveur du juge suisse, l'unité de la procédure que la Convention dérange. Même si les enfants affectés par une procédure de divorce suisse résident à l'étranger, le juge du divorce reste compétent pour ordonner des mesures provisoires. Le Conseil Fédéral a l'intention de retirer cette réserve⁵³⁸. Selon le Conseil Fédéral, le principe de l'unité de la procédure de divorce est battue en brèche dans les situations internationales. Par conséquent, il n'est plus indispensable de conserver pour la protection des mineurs une compétence exclusive du juge du divorce qu'il n'a pas conservé pour juger des obligations alimentaires⁵³⁹. Du reste, le Tribunal fédéral a enlevé toute portée à cette réserve, en jugeant de manière peut-être un peu rapide que le renvoi général de l'art. 85 LDIP excluait l'invocation de l'art. 15 de la Convention⁵⁴⁰. Il est vrai que la compétence du juge suisse n'est pas réellement utile lorsque le mineur réside sur le territoire ou s'il est ressortissant de l'un des Etats contractants : l'autorité compétente du lieu de résidence ou de sa nationalité prendra, en application de la Convention, les mesures qui s'imposent. L'intervention du juge suisse serait au mieux inutile, parce que la mesure ne sera pas reconnue dans l'Etat de résidence de l'enfant (art. 15 al. 2), au pire nuisible parce qu'elle créerait des risques de décisions contradictoires ou de litispendance avec les procédures intentées devant les autorités étrangères. En revanche, la compétence du juge suisse garde tout son sens lorsque la procédure de divorce suisse affecte la situation d'un mineur, ressortissant d'un pays tiers, qui ne réside pas sur le territoire de l'un des Etats contractants. Dans ce cas, aucun Etat n'est obligé de se déclarer compétent pour régler les conséquences d'une procédure de divorce pendante en Suisse. Dans cette hypothèse, l'intervention du juge suisse du divorce se justifie encore. Il devrait dans ce cas se déclarer compétent, en application de l'art. 85 al. 3 LDIP, ou au besoin, en faisant appel au for de nécessité de l'art. 3 LDIP, si les autorités de la résidence habituelle du mineur n'interviennent pas.

⁵³⁷ RO 1969 190

⁵³⁸ Mess. LDIP p. 95, Par. 235.4 in fine; message du 19 février 1992 à l'appui d'un Arrêté fédéral relatif au retrait de quatre réserves faites à des conventions internationales multilatérales, FF 1992 II p. 1174 ss

⁵³⁹ Mess. FF 1992 II p. 1182

⁵⁴⁰ ATF M. B. c/ D. B. du 21 février 1992, 118 II 184, 186 in fine

364. La Convention de Lugano, qui s'applique aux mesures provisoires en matière d'obligation alimentaire⁵⁴¹, dérange également dans certains cas, l'unité de for entre procédure de divorce et mesures provisoires. L'art. 24 Convention autorise la dissociation des compétences que l'art. 62 al. 1 LDIP combat. Si l'art. 24 Convention s'applique à la place du droit commun, les autorités suisses sont compétentes pour régler l'obligation d'entretien entre les époux, même si ceux-ci sont parties à une procédure de divorce à l'étranger. Or, le texte de l'art. 24 Convention autorise les autorités judiciaires d'un Etat à prendre des mesures provisoires ou conservatoires, "même si, en vertu de la présente convention, une juridiction d'un autre Etat contractant est compétente pour connaître du fond". Faut-il en conclure que l'art. 24 ne s'applique pas à une telle situation, puisque le juge du fond, qui instruit une action d'état échappant au champ d'application de la Convention, ne tire pas sa compétence "en vertu de la présente Convention"⁵⁴² ?

365. Un argument de fond et un argument de texte s'opposent à une telle interprétation de l'art. 24 Convention. En premier lieu, la jurisprudence de la CJCE favorise la qualification indépendante des mesures provisoires. L'application de la Convention à une procédure de mesures provisoires ne dépend pas de la nature de la procédure principale. Par conséquent, le fait que la compétence du juge du fond repose sur des règles étrangères à la Convention n'est pas un obstacle à l'application de l'art. 24 Convention. En second lieu, l'interprétation grammaticale de cette disposition démontre que les auteurs de la Convention n'ont pas voulu faire du mode de détermination de la compétence du juge du fond une condition à son application. Le juge saisi d'une requête de mesure provisoire est compétent, "même si" une juridiction d'un autre Etat contractant est compétente en vertu de la Convention pour connaître du fond. Par conséquent, il est aussi compétent a fortiori pour statuer lorsque la compétence du juge du fond ne découle pas de la Convention. Le membre de phrase commençant par "même si" n'exprime pas une condition nécessaire. La formule est seulement exemplaire. Il en résulte que la règle de l'art. 62 al. 1 LDIP s'efface devant l'art. 24 Convention, dans les cas régis par la Convention. Le juge suisse est compétent pour ordonner des mesures provisoires en matière d'obligation alimentaire, même si l'instance en divorce est pendante à l'étranger.

366. En matière successorale, l'art. 89 LDIP énonce une règle de compétence particulière en matière de mesures conservatoires, qui pour l'essentiel se passe de commentaires⁵⁴³. Cette disposition concerne avant tout les mesures administratives ou judiciaires prises dans le cadre d'une succession pour assurer le maintien du patrimoine (p. ex. art. 551 ss CCS), son administration avant le partage et sa dévolution aux héritiers et légataires. En grande partie, il s'agit de mesures prises en dehors de tout litige, parfois d'office par l'autorité, et selon une procédure gracieuse.

⁵⁴¹ arrêt de Cavel II Rec. 1980 p. 731, cf. supra n° 217

⁵⁴² KAYE, p. 1171 à 1172

⁵⁴³ VON OVERBECK, *Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse*, p. 73

Cette disposition peut toutefois s'appliquer également aux mesures provisoires ordonnées dans le cadre d'un litige successoral⁵⁴⁴. Alors que l'art. 88 LDIP offre au fond un for au lieu du patrimoine lorsque les autorités étrangères du domicile du défunt ne s'en occupent pas, l'art. 89 permet l'intervention des autorités suisses sans condition, lorsqu'elles se limitent à prononcer des mesures conservatoires.

367. Ouvrant à des conditions différentes un for aux autorités suisses du domicile du défunt, du lieu d'origine des suisses décédés domiciliés à l'étranger et du lieu de situation des biens des étrangers, la LDIP offre une protection judiciaire presque complète en matière successorale. Seule lacune, le cas - non entièrement académique - de l'étranger ne possédant aucun bien en Suisse, décédé domicilié à l'étranger, laissant en Suisse un testament, justifie tout de même l'intervention des autorités suisses pour prendre les mesures conservatoires commandées par l'ouverture du testament (art. 556 à 559 CCS).

C. Mesures provisoires ordonnées par les arbitres

368. L'attribution expresse aux arbitres du pouvoir d'ordonner des "mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires" est une innovation apportée au droit international de l'arbitrage lors des débats parlementaires à l'origine de la LDIP⁵⁴⁵. Les arbitrages internes régis par le concordat sont soumis à la règle inverse selon laquelle la compétence en matière de mesures provisoires est impérativement réservée aux juges étatiques (art. 26 concordat). Seule l'ancienne réglementation du canton de Zurich (Par. 248 al. 2 ZPO-ZH) admettait en Suisse l'adoption de mesures provisoires par les arbitres. Recommandée par la doctrine⁵⁴⁶, cette innovation a été généralement bien accueillie, même si certains auteurs doutent de son efficacité⁵⁴⁷.

369. Même si la loi permet aux arbitres d'ordonner des mesures provisoires, leur compétence découle en premier lieu de l'accord des parties. La disposition de l'art. 183 est de nature purement dispositive, et les parties sont libres de la modifier. De plus, même si l'arbitre est habilité à prononcer des mesures provisoires, il est doublement

⁵⁴⁴ d'un autre avis, WALDER, *IZPR*, p. 228

⁵⁴⁵ WALDER, *IZVR*, p. 239; LALIVE, *Le chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé*, p. 219

⁵⁴⁶ En Suisse, principalement KNOEFLER / SCHWEIZER, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*.

⁵⁴⁷ p. ex. HABSCHIED, *Einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte nach dem schweizerischen Gesetz über das Internationale Privatrecht*, IPRax 1989 p. 134, spéc. p. 137; WENGER, *BJM* 1989 p. 337, p. 350

limité par l'étendue de la clause arbitrale et par les conclusions des parties dans la procédure principale. Les mesures qu'il ordonne n'excèdent ni le cadre de sa mission ni l'objet du litige⁵⁴⁸. Ces limites, toutefois, ne doivent pas être comprises trop strictement. L'arbitre peut prendre toute mesure utile ou nécessaire pour maintenir l'état de fait litigieux, pour assurer l'exécution future d'une prétention ou pour régler les rapports entre les parties pendant la procédure arbitrale. Ainsi, par exemple, si les parties sont en litige à propos de la dissolution d'une joint venture, l'arbitre peut, sans excéder son pouvoir, ordonner les mesures indispensables pour assurer la gestion de la société et la sauvegarde de son patrimoine pendant l'instance arbitrale, même si sa compétence au fond se limite à régler les conséquences financières consécutives à sa dissolution⁵⁴⁹.

370. Vu l'importance des mesures provisoires, les parties ont avantage à préciser, lors de la conclusion du compromis, la répartition des compétences entre l'arbitre et les juges étatiques. Plusieurs systèmes sont envisageables. En premier lieu, les parties peuvent exclure purement et simplement la compétence des arbitres, et prévoir que les mesures provisoires ne pourront être demandées qu'aux tribunaux étatiques. Inversement, elles peuvent décider que l'arbitre aura une compétence exclusive et que le compromis exclut la compétence au provisoire de la juridiction étatique⁵⁵⁰. De telles clauses risquent de ne pas être reconnues dans les Etats qui considèrent d'ordre public la compétence de leurs tribunaux en matière de mesures provisoires⁵⁵¹. En Suisse, toutefois, une telle disposition contractuelle devrait être admise par le juge étatique. En effet, le droit suisse admet les mesures provisoires ordonnées par les arbitres et leur reconnaît une efficacité comparable aux décisions étatiques. Par conséquent, il ne peut refuser aux parties d'avoir recours à l'arbitre plutôt qu'à la juridiction étatique normalement compétente. Lorsque la clause arbitrale attribue une compétence exclusive au provisoire à l'arbitre, le défendeur peut invoquer l'exception d'arbitrage lorsqu'un juge est saisi d'une demande de mesures provisoires, y compris d'une procédure de séquestre. Entre ces deux solutions extrêmes, les parties peuvent opter pour toute une palette de solutions intermédiaires. Par exemple, il serait souhaitable, pour des raisons d'efficacité, de prévoir que les tribunaux ordinaires sont compétents pour prononcer toute mesure jusqu'à ce que le tribunal arbitral soit constitué. Le choix des parties s'exprime soit par une disposition expresse, soit par référence à un règlement d'arbitrage. En revanche, le choix du droit de procédure en

⁵⁴⁸ BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, p. 73 n° 204; HABSCHIED, IPRex 1989 p. 135

⁵⁴⁹ pour d'autres exemples, LALIVE / POUDRET / REYMOND, n° 5 et 6 ad art. 183

⁵⁵⁰ WALTER / BOSCH / BRÖNDMANN, p. 146

⁵⁵¹ En Allemagne, p. ex. l'exclusion de la compétence du juge étatique en matière de mesures provisoires, prévue dans une clause arbitrale, est nulle, cf. ZÖLLER / VOLLKOMMER, n° 4 vor Par. 916 ZPO; LG Frankfurt, NJW 1983, p. 761; VOLLKOMMER, NJW 1983 p. 726; SCHLOSSER, *Einsrweiteriger Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im Dienste der Schiedsgerichtsbarkeit*, ZZP 1986 p. 241, spéc. 244; en Italie, BROGGINI, *Rivista dell'arbitrato* 1991 p. 495

application de l'art. 182 al. 1 in fine LDIP, n'a aucune influence sur la répartition des compétences en matière de mesures provisoires. Le seul fait de choisir un droit de procédure qui n'admet pas les mesures provisoires arbitrales ne suffit pas pour déroger à l'art. 183 LDIP⁵⁵². Par exemple, même si les parties ont convenu que l'arbitrage sera instruit selon le droit de procédure genevois, le fait que le droit genevois ne permet pas à l'arbitre de prendre des mesures provisoires ne suffit pas pour exclure la compétence des arbitres.

371. A défaut de précisions découlant de la volonté des parties, le droit suisse de l'arbitrage international n'est pas très clair sur la répartition des rôles entre arbitre et juge étatique⁵⁵³. Il est légitime de se demander, en premier lieu, si la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁵⁵⁴ n'impose pas une solution dérogeant au droit commun. Apparemment saugrenue, puisque cette convention concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences, cette question se justifie parce qu'une de ses dispositions contient des règles de droit matériel qui s'adressent aux tribunaux étatiques. L'art. II Convention de New York, qui traite de la forme et des effets de la clause d'arbitrage s'applique aux procédures devant les juges étatiques. Cette disposition leur impose de se dessaisir à la demande de l'une des parties, et de renvoyer celles-ci à procéder devant le tribunal arbitral. Indiscutablement, cette mesure impose aux juges du fond de se dessaisir lorsque les parties ont valablement convenu de résoudre leur différend par la voie de l'arbitrage⁵⁵⁵.

372. L'exception d'arbitrage s'impose-t-elle également au juge des mesures provisoires et l'oblige-t-elle aussi à se déclarer incompétent ? Le texte de l'art. II al. 3 Convention de New York n'est pas très explicite et ne distingue pas selon le type de procédure. On pourrait en déduire qu'il fait obligation aux autorités judiciaires de s'abstenir de toute intervention, ne fût-ce qu'à titre provisoire. Cette interprétation a été suivie par certains tribunaux américains⁵⁵⁶. Il ne semble pas que les rédacteurs de la convention de New York se soient avisés du problème des mesures provisoires, lorsqu'ils ont rédigé l'art. II al. 2. Cette disposition a été préparée en hâte, et l'art. II n'a été intégré dans le texte de la Convention qu'au dernier jour de la conférence internationale qui lui a donné naissance⁵⁵⁷. Les commentateurs de la Convention sont en général défavorables à l'application de l'art. II al. 3 aux procédures de mesures

⁵⁵² du même avis BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, p. 73 n° 206

⁵⁵³ WALTER / BOSCH / BRÖNDMANN, p. 142

⁵⁵⁴ RS 0.277.12

⁵⁵⁵ p. ex. GIORGIO GAJA, *International Commercial Arbitration*, I B 1

⁵⁵⁶ *McCreary Tire & Rubber Company v CEAT spa and Mellon Bank* 501 F 2d p. 1033 (3d circuit, 1974); *Metropolitan World Tanker Corp v Pertamina Minjakdangas Bumi Nasional*, 427 F 2d 3; *Cooper v Ateliers de la Motobécane* 456 NY Supp 2d 728 (1982)

⁵⁵⁷ KOHL, p. 57

provisaires⁵⁵⁸. En effet, le but de la Convention est de favoriser l'arbitrage international comme mode de résolution des litiges commerciaux et de promouvoir l'efficacité des sentences. Dans ces conditions, interdire l'intervention des tribunaux pour sauvegarder les droits litigieux dans la procédure arbitrale irait à l'encontre des objectifs de la Convention. En offrant une protection provisoire, les tribunaux étatiques empêchent que les parties ne modifient l'état de fait ou ne rendent illusoire l'exécution de la sentence. De plus, le droit de la majorité des Etats ne reconnaît pas aux arbitres le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires. Il n'est pas raisonnable de penser que les signataires de la Convention de New York voulaient retirer aux tribunaux une compétence qu'ils n'étaient pas prêts à attribuer aux arbitres. Dans ces conditions, force est d'admettre que la répartition des compétences entre l'arbitre et les tribunaux est laissée à la discrétion des législateurs nationaux⁵⁵⁹.

373. Certains auteurs estiment que l'art. 183 LDIP est une règle spéciale qui déroge à l'art. 10 LDIP⁵⁶⁰. Par conséquent, les parties devraient en priorité s'adresser à l'arbitre. Le défendeur serait par conséquent fondé à faire valoir l'exception d'arbitrage devant le juge des mesures provisoires. Si le tribunal arbitral n'est pas constitué, et en cas d'urgence uniquement, le juge pourrait fonder sa compétence sur le for de nécessité⁵⁶¹. La doctrine majoritaire estime au contraire que les compétences du juge et des arbitres sont concurrentes et que le demandeur dispose du libre choix de saisir alternativement l'un ou l'autre⁵⁶². LALIVE / POUDRET / REYMOND recommandent une solution nuancée⁵⁶³. Chaque partie conserve la faculté de saisir les tribunaux ordinaires, en Suisse ou à l'étranger, d'une demande de mesure provisoire. Cependant le juge suisse peut, pour des raisons d'opportunité, renvoyer les parties devant l'arbitre, à moins qu'il ne soit tenu de statuer, de par sa loi de procédure.

374. Le fait que l'art. 183 LDIP constitue une disposition spéciale adaptée aux arbitrages internationaux, ne signifie pas nécessairement qu'elle ne laisse plus aucune place à l'art. 10 LDIP. Le droit suisse de l'arbitrage international ne fait que présumer

⁵⁵⁸ GIORGIO GAJA, *International Commercial Arbitration*, I B 1; DELAUME, *Transnational Contracts*, p. 85; ALBERT JAN VAN DEN BERG, *Foreign Investment Law Journal*, 1987 p. 451; PHILIPPE OUAKRAT, *L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires*, DPCI 1988 p. 239 à 273; SIGGGVARD JARVIN, *Is exclusion of concurrent courts' jurisdiction over measures to be introduced by a revision of the New York Convention?* *Jour. Int. Arb.* 1990, 1, 171

⁵⁵⁹ Telle est également la solution des tribunaux européens qui ont été saisis de cette question, cf. Cour de Cassation italienne, *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1989 p. 125 ss; *The Rena K* [1979] QB 377

⁵⁶⁰ VISCHER, *BJM* 1989, p. 187 et 188

⁵⁶¹ WALDER, *IZVR*, p. 240 n° 38; BROGGINI, *Rivista dell'arbitrato* 1991 p. 502; SCHLOSSER, *ZJP* 1986 p. 256 ss, parvient à un résultat semblable en préconisant un système de subsidiarité de l'intervention du juge; STEIN / JONAS / SCHLOSSER, n° 6 ad Par. 1027a ZPO

⁵⁶² MARC BLESSING, p. 55; WENGER, *BJM* 1989 p. 350; HABSCHIED, *IPRax* 1989 p. 136; WALTER / BOSCH / BRÖNIMANN, p. 144 et 145

⁵⁶³ LALIVE / POUDRET / REYMOND, n° 15 ad art. 183

l'intention des parties de permettre aux arbitres d'ordonner, dans le cadre de leur mission, des mesures provisoires. Rien n'indique toutefois que la loi entendait présumer l'exclusivité de la compétence des arbitres. Certes les arbitres sont souvent en meilleure position pour apprécier le besoin de protection invoqué par le demandeur⁵⁶⁴. Certes, la coexistence de deux compétences concurrentes pour trancher le même type de prétention provoque des complications⁵⁶⁵. Toutefois, contraindre le demandeur à saisir le tribunal arbitral, le défavorise. Cela l'oblige à recourir à une voie moins efficace et moins rapide, parce que le tribunal arbitral n'est en général pas constitué au début de la procédure lorsque les mesures provisoires doivent être ordonnées, ou parce que l'exécution des mesures exige la coopération subséquente d'une autorité étatique, ce qui freine la procédure. Ce résultat est contraire à l'intention du législateur qui cherchait à accroître l'efficacité de l'arbitrage international, non à favoriser les manœuvres dilatoires⁵⁶⁶. De plus, une telle solution aurait indirectement pour conséquence de déséquilibrer le rapport de force entre les parties. Les tribunaux étrangers sont peu enclins à renoncer à leur compétence d'ordonner des mesures provisoires en faveur des arbitres, surtout si la clause compromissoire ne contient aucune précision⁵⁶⁷. Par conséquent, les parties pourront toujours saisir un juge étranger, alors que les tribunaux suisses se déclareraient incompétents. A l'inverse, les mesures provisoires ordonnées par l'arbitre peuvent être exécutées en Suisse, mais ne le seront vraisemblablement pas à l'étranger. Cette situation déséquilibre le rapport de force entre les parties. Il est peu vraisemblable que le législateur ait voulu une telle conséquence. Bien au contraire, il faut admettre que la disposition de l'art. 183 LDIP représente une faculté supplémentaire, qui offre au demandeur le choix de saisir alternativement les tribunaux étatiques et/ou l'arbitre. L'art. 183 al. 1 LDIP n'exclut pas l'art. 10 LDIP. Ces deux dispositions peuvent donc, sauf précision contraire des parties, s'appliquer concurremment.

375. Permettant la saisine concurrente de l'arbitre et des tribunaux étatiques en matière de mesures provisoires, le droit suisse de l'arbitrage international provoque un risque de conflit entre procédure devant l'arbitre et procédure étatique⁵⁶⁸. L'art. 9

⁵⁶⁴ MARC BLESSING, p. 55

⁵⁶⁵ WALDER, *JZVR*, p. 240, n° 47

⁵⁶⁶ WALTER / BOSCH / BRÖNIMANN, p. 144

⁵⁶⁷ Toutefois, certaines décisions américaines considèrent que l'existence d'une clause d'arbitrage interdit aux parties de saisir les tribunaux étatiques d'une procédure de mesure provisoire cf. p. ex. *Cooper v Ateliers de la Motobécane SA*, 456 NY Supp 2d 728 (1982) et *Mc Creary Tire and Rubber Co v CEAT*, 501 F 2d 1032 (1974). LAWRENCE F. EBB, *Flight of Assets from Jurisdiction "in the Twinkling of a Telex": Pre- and Post-Award Conservatory Relief in International Commercial Arbitrations*, *Journal of international arbitration*, 1990, 1, p. 9 à 36. La question est toutefois controversée et cette jurisprudence n'est pas suivie par toutes les Cours fédérales. cf. DAVID WESTIN / PETER CHROCZIEL, *Interim Relief Awarded by US and German Courts in Support of Foreign Proceedings*, *Columbia Journal of Transnational Law* 1990 p. 723 à 746

⁵⁶⁸ LALIVE / POUURET / REYMOND, n° 15 et 16 ad art. 183

LDIP, applicable par analogie aux mesures provisoires, s'applique également aux situations de saisine concurrente de l'arbitre et du juge. L'arbitre s'abstient de statuer si le juge étatique est déjà saisi d'une requête de mesure provisoire identique. La compétence du juge est également exclue par la saisine antérieure de l'arbitre. En application de l'art. 9 LDIP, le juge ne peut statuer que si la partie instante démontre que la décision de l'arbitre ne sera pas exécutée dans un délai suffisant.

376. La détermination de l'effet des mesures provisoires ordonnées par le juge sur l'arbitre ou inversement, des mesures provisoires étatiques sur l'arbitre est délicate. En particulier, il faut examiner à quelles conditions l'un des deux est autorisé à modifier les mesures provisoires de l'autre. Comme l'arbitre est saisi du fond il jouit d'un incontestable avantage pour évaluer les chances de succès de la procédure et le besoin de protection provisoire des parties. Il n'est donc pas illégitime qu'il s'arroge un certain pouvoir de contrôle sur les décisions rendues par le juge civil, spécialement si les circonstances ont changé ou si des éléments nouveaux sont parvenus à sa connaissance, qui n'étaient pas à la disposition du juge⁵⁶⁹. En vertu du principe de subsidiarité de l'intervention étatique qu'il préconise, SCHLOSSER recommande que les juges étatiques limitent l'effet des mesures qu'ils ordonnent jusqu'au moment où le tribunal arbitral sera en mesure de les confirmer ou de les infirmer⁵⁷⁰. Déterminer à quelles conditions une modification des mesures est possible dépend du choix de la loi applicable. A supposer que l'arbitre estime que les mesures ordonnées par le juge ne sont plus adaptées et qu'il est autorisé, de par la loi applicable, à les modifier ou à les abroger, il ordonne leur modification et demande au juge son concours pour les rapporter⁵⁷¹. Les particularités de la procédure arbitrale autorisent également l'arbitre à demander directement aux parties impliquées à renoncer spontanément aux mesures provisoires qu'elles ont obtenues, ou à accepter une nouvelle réglementation de leurs rapports durant la procédure.

377. La position du juge est quelque peu différente. Dans le cadre de la procédure de "coopération" prévue à l'art. 183 al. 2 LDIP, le juge dispose d'une certaine marge de manoeuvre pour refuser d'apporter son concours à une mesure provisoire ordonnée par l'arbitre qu'il estime inadaptée. Lorsqu'il a décidé d'apporter son soutien à une mesure provisoire arbitrale, il doit en principe s'y tenir et attendre que l'arbitre lui demande de la modifier ou de l'abroger. Face à l'arbitre, le juge est davantage une autorité d'exécution qu'une seconde autorité de décision. Confronté à une demande de modification d'une mesure provisoire arbitrale qu'il a déjà mis en force, le juge devrait renvoyer les parties devant l'arbitre.

378. La répartition des compétences en matière de mesures provisoires entre arbitres et tribunaux étatiques, fait l'objet de règles spéciales dans plusieurs règlements d'arbitrage auxquelles les acteurs du commerce international se réfèrent fréquemment.

⁵⁶⁹ BUCHER, n° 213 p. 76; contra WALTER / BOSCH / BRÖNDMANN, p. 147

⁵⁷⁰ SCHLOSSER, ZZP 1986, p. 257

⁵⁷¹ LALIVE / POUURET / REYMOND, n° 16 ad art. 183

Parmi ceux-ci, le régime institué par la Convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats⁵⁷² présente un cas particulier. Destinée à régler les litiges pouvant survenir entre un Etat et un investisseur étranger, cette Convention protège les arbitrages qui y sont soumis contre toute intervention des tribunaux étatiques⁵⁷³. En particulier, le consentement des parties à l'arbitrage implique renonciation à l'exercice de tout autre recours (art. 26 Convention de Washington). Cette disposition a provoqué certaines difficultés d'interprétation à propos des mesures provisoires ou conservatoires. Pour certains, le système de l'arbitrage CIRDI laissait subsister les droits nationaux, et n'empêchait pas les juges d'ordonner des mesures provisoires⁵⁷⁴. Pour d'autres en revanche, l'autonomie du système d'arbitrage CIRDI fait obstacle à toute intervention étatique, ne fût-ce qu'au stade des mesures provisoires⁵⁷⁵. Clarifiée par le Règlement d'arbitrage édicté par le centre, la situation qui prévaut aujourd'hui dénie clairement aux tribunaux étatiques toute possibilité d'intervention en matière de mesures provisoires ou conservatoires, à moins que les parties n'aient expressément convenu du contraire⁵⁷⁶. Les règles qui régissent l'arbitrage CIRDI prennent leur source dans une convention internationale, qui l'emporte sur les réglementations de droit interne des Etats membres. Par conséquent, l'exclusivité de la compétence des arbitres s'impose aux juges de tous les Etats membres, même si leur droit interne n'accorde aucune valeur aux clauses d'arbitrage qui excluent le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires.

379. D'autres règlements d'arbitrage répartissent le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires entre arbitre et autorités étatiques. A la différence de la Convention de Washington, les règles d'arbitrage prévue par un règlement choisi par les parties ont un fondement exclusivement contractuel. Elles ne s'imposent au juge national que dans la mesure où la *lex fori* tolère une certaine autonomie de la volonté. En droit suisse, l'art. 183 LDIP reconnaît les effets de ces règlements. Le juge suisse s'abstient de statuer dans la mesure où ils restreignent ses pouvoirs.

380. L'art. 8 al. 5 du règlement d'arbitrage de la C.C.I. réserve aux juges étatiques le pouvoir de prendre toute mesure provisoire tant que les arbitres ne sont pas saisis du dossier. Ensuite, les juges ne sont plus compétents qu'exceptionnellement. Le règlement ne précise pas dans quelles circonstances exceptionnelles, le pouvoir concurrent des juges est maintenu. Il appartiendra aux juges d'évaluer si les mesures

⁵⁷² RO 1968 p. 1022

⁵⁷³ CHRISTIAN DOMINICÉ, *Quelques observations sur la question des mesures conservatoires dans les arbitrages CIRDI*, SJ 1990 p. 327

⁵⁷⁴ p. ex. GAILLARD, *Clunet* 1985 p. 934, 1987 p. 127 et FLÉCHIEUX, *Rev. arb.* 1985 p. 449, et 1987 p. 317

⁵⁷⁵ MARCHAIS, *Mesures provisoires et autonomie du système d'arbitrage CIRDI*, DPCI 1988 p. 275 à 304

⁵⁷⁶ règlement art. 39 ch. 5, *Clunet* 1986 p. 253

peuvent être assez rapidement prononcées par l'arbitre. Dans ce cas, ils devraient se déclarer incompétents, à la demande du défendeur.

CHAPITRE IV FOR DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ POUR MESURES PROVISOIRES INJUSTIFIÉES

381. Les conséquences économiques d'une mesure provisoire injustifiée conduisent fréquemment les législateurs à édicter des règles spéciales de responsabilité civile obligeant le demandeur à réparer le dommage subi par le défendeur⁵⁷⁷. En droit interne, la compétence pour régler ces questions de responsabilité est attribuée en général au juge du lieu où la mesure a été ordonnée.

382. La qualification de ces actions n'est pas aisée⁵⁷⁸. On peut en effet soutenir qu'il s'agit d'une institution du droit de procédure ou de l'exécution forcée, qui ne peut s'exercer qu'au for où les mesures provisoires injustifiées ont été ordonnées. Sous l'empire de la convention franco-suisse, le TF qualifiait les actions en responsabilité pour séquestre injustifié d'action de droit des poursuites. Elles échappaient donc aux règles de compétence conventionnelles⁵⁷⁹.

383. Dans le cadre de la Convention de Lugano, l'action en responsabilité intentée par la victime d'une mesure provisoire injustifiée à l'encontre de celui qui l'a obtenue répond à la qualification d'action délictuelle ordinaire en matière civile et commerciale. La jurisprudence de la CJCE donne une interprétation autonome de la matière délictuelle au sens de l'art. 5 ch. 3⁵⁸⁰. Cette notion englobe manifestement les actions en réparation du préjudice causé par une mesure provisoire injustifiée et l'emporte sur la qualification procédurale donnée par certains droits internes de ces

⁵⁷⁷ En droit suisse, cf. p. ex. art. 273 LP, art. 28 f CCS, en droit allemand, Par. 945 ZPO

⁵⁷⁸ MATSCHER, ZJP 1982 p. 218

⁵⁷⁹ ATF 47 I 176, Répertoire de droit international privé suisse p. 39 n° 111

⁵⁸⁰ arrêt Kalfelis *c/ Bankhaus Schröder*, du 27 septembre 1988, Rec. 1988 p. 5565. La définition donnée par la CJCE est large, quoique assez vague et de caractère négatif, cf. arrêt précité, attendu 17 : "En vue d'assurer une solution uniforme dans tous les Etats membres, il convient d'admettre que la notion de < < matière délictuelle et quasi délictuelle > > comprend toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la < < matière contractuelle > > au sens de l'art. 5 paragraphe 1."

institutions. Par conséquent les règles de for de l'art. 2 (for du domicile du défendeur) et de l'art. 5 ch. 3 (for du lieu du délit) s'appliquent à ce type de procédure⁵⁸¹. L'application de la Convention permet à la victime d'une mesure provisoire injustifiée un choix que n'offre souvent pas les règles de droit interne. En premier, lieu, celle-ci pourra s'adresser aux tribunaux du domicile du défendeur, même si les mesures incriminées ont été rendues dans un autre Etat.

384. L'application de l'art. 5 ch. 3 permet en outre dans tous les cas de saisir le juge du lieu où la mesure a été rendue. En effet, "le lieu où le fait dommageable s'est produit" correspond au lieu où la procédure de mesure provisoire s'est déroulée. Une hésitation est permise à propos de la possibilité, offerte par la jurisprudence de la CJCE⁵⁸², de porter alternativement le litige au lieu où les résultats du fait dommageable se sont fait sentir. La détermination du lieu où un préjudice purement économique est survenu est une entreprise malaisée. Par exemple, si une mesure de séquestre d'une marchandise en Suisse a empêché son propriétaire de la revendre en France, à une époque où le marché était favorable, peut-on soutenir que les effets de l'acte illicite se sont réalisés en France ? Le dommage se produit fréquemment dans un endroit différent de celui où la mesure a été prise et exécutée. Ainsi, une mesure interdisant à un distributeur allemand de vendre un certain produit en Suisse provoquera un préjudice en Allemagne, parce que c'est là que la baisse de chiffre d'affaires consécutif à la mesure se réalisera. Ne faut-il pas poser comme règle générale que "lorsqu'une victime immédiate se plaint de préjudices successifs, notamment financiers, en conséquence d'un dommage initial, seul le lieu de celui-ci est attributif de compétence judiciaire"⁵⁸³ ? Pour lutter contre le risque de multiplication des fors et les dangers de forum shopping qu'il entraîne, il faut considérer que le dommage provoqué par une mesure provisoire injustifiée se produit là où celle-ci a produit ses effets directs. Ainsi, si une mesure ordonnée en France affectant un bien en Allemagne a causé un préjudice en Suisse, la règle de l'art. 5 ch. 3 offre des fors alternatifs en France et en Allemagne, mais non en Suisse où seul le préjudice économique indirect s'est réalisé.

385. En droit international privé commun, les actions en responsabilité pour séquestre ou mesure provisoire injustifiées correspondent également à la qualification de procédure pour acte illicite⁵⁸⁴. Les questions de for, en matière internationale, sont régies par l'art. 129 LDIP. A la différence du système de la Convention, qui place sur le même plan les fors du domicile du défendeur, de la commission de l'acte et de

⁵⁸¹ MEIER, *Besondere Vollstreckungstitel*, p. 176; VERHEUL, NILR 1975 p. 354

⁵⁸² arrêt *Bier c/ Mines de potasse d'Alsace SA*, du 30 novembre 1976, Rec 1976 p. 1735

⁵⁸³ HUET, *Obs. sous CJCE Dumex*, Clunet 1990 p. 498 ss; du même avis, H. TARAGAS, *Note sous CJCE Dumex*, cahiers de droit européen, 1990 p. 695

⁵⁸⁴ WALDER, *IZPR*, p. 233 à 235, (cet auteur ne traite que du droit applicable et non de la compétence), contra STAEBELIN, *BJM* 1989 p. 176, pour qui l'action en réparation du préjudice causé par un séquestre injustifié est une action liée à l'exécution forcée.

la survenance de son résultat, l'art. 129 LDIP fait de ces deux fors spéciaux des règles de compétence subsidiaires qui ne s'appliquent que si le défendeur n'a pas de domicile en Suisse (art. 129 al. 2 LDIP). Ironiquement, le droit international privé est plus restrictif que le droit interne qui offre souvent le choix au demandeur d'intenter action au for du domicile du défendeur ou du lieu où la mesure a été ordonnée (art. 28 f CCS et 273 al. 2 LP). Dans les cas régis par la LDIP, le demandeur devra intenter action au for du domicile du défendeur, même si la mesure a été ordonnée par une autorité suisse d'un autre canton.

386. Il convient enfin d'évoquer le problème particulier de l'action en responsabilité pour les mesures provisoires injustifiées ordonnées dans le cadre d'un arbitrage. Par la force des choses, les arbitres ne statuent en général pas eux-mêmes sur les conséquences financières de mesures provisoires qu'ils auraient ordonnées. Leur caractère injustifié n'apparaît qu'au moment de la sentence finale. Dessaisis, les arbitres ne sont plus en mesure de se prononcer sur une éventuelle prétention en dommages-intérêts. En revanche, on peut sérieusement se demander s'ils n'ont pas le pouvoir de régler les conséquences financières de mesures provisoires ordonnées par un juge étatique, surtout lorsque l'une des parties les a obtenus aux mépris de la convention d'arbitrage. Les arbitres jouissent du pouvoir implicite de tirer les conséquences d'une violation des obligations découlant de l'instance arbitrale. Cette question a été évoquée dans le cadre d'un arbitrage régi par la Convention de Washington de 1965. La République de Guinée reprochait à son cocontractant de lui avoir causé un préjudice en faisant saisir ses navires de manière injustifiée et contraire à la clause arbitrale. Dans sa sentence, le tribunal arbitral n'a pas contesté sa compétence⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ Sentence du 14 avril 1986 *Atlantic Triton c/ République de Guinée*, Clunet 1988 p. 181

TITRE III DROIT APPLICABLE AUX MESURES PROVISOIRES

CHAPITRE I LEX FORI OU LEX CAUSAE ?

387. A l'exception d'une disposition particulière, l'art. 62 LDIP, le droit suisse ne règle pas expressément la désignation du droit applicable aux mesures provisoires⁵⁸⁶. Confrontés à ce qu'ils jugent être une lacune⁵⁸⁷, les auteurs suisses proposent différentes solutions. Les opinions s'opposent notamment sur la frontière qui sépare le domaine de la "lex fori" de celui de la "lex causae". Pour KNOEPFLER / SCHWEIZER⁵⁸⁸, le juge doit examiner si la lex causae fait des mesures provisoires "une sorte d'accessoire indissolublement lié au droit matériel en cause". Dans ce cas, il doit tenir compte des règles de la lex causae. En revanche, si la mesure se rattache de façon prédominante à la procédure, elle relève exclusivement de la lex fori. L'originalité de cette théorie tient dans ce qu'elle demande à la lex causae de décider si les mesures provisoires sont suffisamment liées au droit matériel pour que le juge puisse en tenir compte.

388. Pour WALDER⁵⁸⁹, le droit applicable aux mesures provisoires dépend en premier lieu de la qualification que l'on donne à celles-ci. A cet égard les critères de la lex fori sont déterminants. Si l'on acceptait les conclusions d'une partie de la doctrine suisse selon laquelle les mesures provisoires procèdent du droit privé fédéral⁵⁹⁰, il faudrait alors admettre que les conditions d'octroi des mesures

⁵⁸⁶ SCHWANDER, *Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung im neuen IPR-Gesetz*, p. 390

⁵⁸⁷ SCHWANDER, *Handhabung*, p. 33 n° 21

⁵⁸⁸ KNOEPFLER / SCHWEIZER, *Précis*, p. 211

⁵⁸⁹ WALDER, *IZVR*, p. 232 à 233

⁵⁹⁰ parmi les tenants de cette doctrine, VOGEL, *SJZ* 1980 p. 89; WALDER, *ZPO*, *Par.* 32 n° 13; HARSCHIED, *ZPO*, n° 612

provisoires relèvent du droit applicable à l'action au fond. Cependant, selon le Tribunal Fédéral, seules les mesures qui accordent aux parties des droits subjectifs de droit privé pendant la durée de la procédure (ATF 103 II 5), sont régies par le droit privé. Les autres types de mesures provisoires sont du ressort de la procédure cantonale. Ce principe, utilisé pour distribuer les compétences entre cantons et Confédération devrait, selon Walder, être transposé en matière internationale pour répartir les domaines respectifs de la *lex fori* et de la *lex causae*. En effet, la qualification *lege fori* est de rigueur en droit international privé.

389. La *lex causae* dicte donc le choix des mesures à disposition en matière de "Regelungsmassnahmen" de droit privé, à moins qu'il n'existe une disposition spéciale. L'art. 62 al. 2 LDIP en matière de divorce impose l'application du droit suisse. En revanche, la question est plus incertaine lorsque la LDIP ne contient aucune règle explicite. Ainsi, lorsque l'établissement d'un lien de filiation fait l'objet d'un procès à l'étranger, le juge suisse, saisi d'une demande de mesure provisoire en application des art. 281 et 283 CCS, n'ordonne le paiement à titre provisoire de prestations d'entretien que si le droit applicable au fond autorise de telles mesures. En revanche, les simples mesures de sûreté prévues par ces dispositions peuvent être octroyées, quel que soit le droit applicable, pourvu que des prestations d'entretien soient demandées dans la procédure au fond, parce qu'il s'agit en réalité d'institutions du droit de procédure⁵⁹¹.

390. Dans sa première étude de la question⁵⁹², SCHWANDER soutenait que les mesures provisoires de droit fédéral ne pouvaient être ordonnées que si le droit suisse s'appliquait à la procédure principale, soit que le juge suisse saisi du fond applique le droit suisse soit qu'un juge étranger, saisi de la procédure au fond, applique en vertu de ses propres règles de conflit, le droit suisse⁵⁹³. Les mesures provisoires du droit cantonal de procédure, au contraire, peuvent être ordonnées chaque fois que les autorités suisses sont compétentes, quel que soit le droit applicable au fond. Toujours selon SCHWANDER, pour éviter les risques de lacune de la protection provisoire, il conviendrait encore, lorsque le droit suisse n'est pas applicable au fond, d'appliquer à titre supplétif la *lex fori*. Toutefois, il serait souhaitable de pouvoir tenir compte du droit étranger lorsque celui-ci offre une protection différente du droit suisse⁵⁹⁴.

391. SCHWANDER est un partisan plus enthousiaste de l'application de la *lex causae* aux mesures provisoires dans ses recherches ultérieures⁵⁹⁵. Il estime que les mesures provisoires ne doivent pas protéger les prétentions litigieuses par des mesures plus

⁵⁹¹ WALDER, *IZVR*, p. 231

⁵⁹² SCHWANDER, *Internationales Familienrecht*, p. 548 à 554

⁵⁹³ SCHWANDER, *Internationales Familienrecht*, p. 548

⁵⁹⁴ SCHWANDER, *Internationales Familienrecht*, p. 551 à 553

⁵⁹⁵ SCHWANDER, *Handhabung*, p. 33, n° 21; *UWG*, p. 184, n° 31 et 32; *Wettbewerbsbehinderung im neuen IPRG*, p. 390 à 392; *IPR*, p. 309 à 312, n° 667 et 668

incisives, ou nettement moins efficaces, que ce qui peut être accordé dans la procédure au fond. Par conséquent, le juge des mesures provisoires doit, selon SCHWANDER, appliquer le droit applicable à l'action au fond. Si un juge suisse est saisi du fond, le juge suisse des mesures provisoires doit déterminer le droit applicable conformément à la LDIP. En revanche, si un juge étranger est compétent au fond, la mesure provisoire ordonnée par le juge suisse devrait être régie par le droit désigné par les règles de conflit du juge saisi du fond⁵⁹⁶. Certes lorsque le juge suisse, saisi d'une requête de mesures provisoires n'est pas compétent au fond, la pratique appliquera vraisemblablement la *lex fori*. Cette solution n'est pas justifiée parce qu'en matière de mesure provisoire, aucune mesure ne devrait être ordonnée si elle n'est pas possible selon le droit applicable à la procédure principale.

392. Les divergences d'opinions émises par la doctrine trouvent leur origine dans l'absence de consensus à propos de la qualification des mesures provisoires. En droit interne, leur attribution au droit de procédure ou au droit matériel est fortement controversée, et l'incertitude qui en résulte rejaillit en droit international. En outre, la discussion en droit suisse est adaptée à la répartition particulière des compétences au sein de l'Etat fédéral. Les auteurs qui rattachent les mesures provisoires au droit matériel souhaitent avant tout les rattacher au droit fédéral. Or ces considérations ne sont pas adaptées aux problèmes de qualification qui se posent en droit international privé⁵⁹⁷. Les auteurs ne s'entendent pas sur le tracé de la frontière qui sépare procédure et droit matériel en matière de mesures provisoires⁵⁹⁸. En revanche, ils contestent rarement que le droit de procédure relève nécessairement de la *lex fori* et non de la *lex causae* : La règle de l'application de la *lex fori* au droit de procédure a une si vénérable origine⁵⁹⁹ que sa remise en cause relève un peu du sacrilège. Cette règle non codifiée dans la plupart des ordres juridiques⁶⁰⁰ est cependant critiquée par certains auteurs⁶⁰¹. En effet, les motifs avancés pour expliquer un traitement différent en droit international privé des règles de procédure par rapport aux règles de fond n'emportent pas la conviction. On justifie par exemple le rattachement du droit de procédure à la *lex fori* en expliquant qu'il relève du droit public, et que, dans ces conditions, il ne peut être l'objet des règles de conflit de loi. S'il est vrai que l'on considère en général les règles de procédure comme des normes de droit public, il existe manifestement un lien particulier entre le droit matériel et la règle de procédure qui permet sa mise en oeuvre. D'ailleurs le seul caractère de droit public d'une règle

⁵⁹⁶ SCHWANDER, *Wettbewerbsbehinderung im neuen IPRG*, p. 390 et 391

⁵⁹⁷ WALTER / BOSCH / BRÖNIMANN, p. 139

⁵⁹⁸ SCHWANDER, RSDIE 1991 p. 280

⁵⁹⁹ NIBOYET, *L'action en justice en droit international privé*, p. 40 et 41

⁶⁰⁰ KNOEPLER / SCHWEIZER, *Précis*, p. 203 et 204

⁶⁰¹ GRUNSKY, *Lex fori und Verfahrensrecht*, ZJP 1976 p. 241 à 259; SZASZLY, *International Private Procedure*, p. 225

ne suffit plus à l'affranchir du mécanisme des règles de conflit (art. 13 LDIP). On motive ensuite l'application de la *lex fori* par la prétendue neutralité des règles de procédure. L'objet du procès est de parvenir à un jugement correct du point de vue du droit matériel. Or la réalisation de cet objectif ne dépend pas du droit de procédure appliqué. Le même résultat matériel est atteint quelles que soient les règles de procédure utilisées⁶⁰². Le prédicat de la neutralité des règles de procédure est un leurre. Au contraire, le choix du droit de procédure a un effet direct sur l'issue du procès. L'application de telles ou telles règles de procédure sur l'admissibilité des preuves conditionne autant le résultat que le choix du droit matériel. La différence entre les droits de procédure est précisément un des facteurs qui encourage les parties à se livrer au *forum shopping*. Enfin, on justifie l'application de la *lex fori* parce qu'elle est censée promouvoir la sécurité juridique et le prompt règlement des procédures en épargnant au juge la charge de déterminer le contenu du droit de procédure étranger. Ce type d'argument n'est pas spécialement adapté au droit de procédure. Il vise au contraire le système même de la méthode conflictualiste. La recherche du contenu du droit de forme étranger n'est pas plus malaisé que celui du droit matériel. L'application de règles de procédure étrangères ne provoqueraient pas plus d'insécurité juridique que ne cause déjà l'application des règles de conflit au droit de fond.

393. D'ailleurs, il est artificiel de séparer ainsi les règles de substance des règles de forme. Le rapport fonctionnel unissant la procédure au droit matériel est si étroit qu'il est dans l'intérêt de la réalisation du droit de fond qu'on applique aussi une partie au moins du droit de procédure qui l'accompagne. Un des meilleurs indices de l'inadéquation du rattachement strict du droit de procédure à la *lex fori* ressort des difficultés de qualification qu'il engendre dans la pratique. Un exemple de conflit de qualification en matière de mesures provisoires est fourni par l'action en interdiction du trouble illicite en droit allemand (*deliktische Unterlassungsklage*). Selon la conception allemande traditionnelle, la possibilité pour le demandeur de faire interdiction au défendeur de commettre un acte illicite est une institution du droit de procédure qui ne repose pas sur le droit matériel. En revanche, en droit suisse, la faculté reconnue au lésé de faire interdire une atteinte illicite imminente est une institution du droit matériel fédéral (art. 28 a CCS). Par conséquent, le juge suisse qui applique le droit allemand, ne peut ordonner l'interdiction qui lui est demandée que s'il qualifie l'institution allemande de droit matériel ou de procédurale la règle suisse. Souvent d'ailleurs, le choix entre la qualification procédurale ou substantielle dépend du but à atteindre. On a tendance à qualifier la même institution de droit matériel ou de droit de procédure, selon que l'on recherche l'application de la *lex causae* ou de la *lex fori*⁶⁰³.

⁶⁰² GULDENER, *IZPR*, p. 7

⁶⁰³ GRUNSKY, *ZZP* 1976 p. 247; NIBOYET, p. 15 : "Les solutions qui résultent de cette méthode (distinction forme / substance), outre le fait qu'elles laissent subsister des points controversés, manifestent un empirisme qui fait douter de la justesse du raisonnement."

394. Une partie de la doctrine va jusqu'à contester la règle⁶⁰⁴. En Suisse, MEIER⁶⁰⁵, plaide en faveur de l'unité du droit privé et du droit de procédure. Selon lui, lorsque la LDIP désigne un droit étranger elle se réfère également aux institutions du droit de procédure étranger. Pour des raisons pratiques, seules les règles relatives à l'organisation judiciaire et à la conduite de la procédure relèvent nécessairement de la *lex fori*. D'autres auteurs, sans remettre aussi fondamentalement en question la règle de l'application de la *lex fori* au droit de forme, recommandent d'autres critères de rattachement pour résoudre des conflits qu'elle n'est pas adaptée à trancher de façon satisfaisante⁶⁰⁶. Ces critiques condamnent une application mécanique de la loi du for à toute question réputée appartenir au droit de procédure. Dans ces conditions, il convient d'adopter une approche nuancée lors de la désignation du droit applicable aux mesures provisoires. La qualification procédurale ou substantielle de l'institution n'est pas nécessairement déterminante. En tous les cas, elle n'est pas tributaire des critères développés en droit interne pour résoudre le problème particulier de la répartition des compétences entre droit civil fédéral et procédures cantonales.

395. En matière de mesures provisoires, le lien entre la procédure et le droit matériel sur lequel repose la prétention litigieuse est plus distant que dans l'action au fond. Une mesure n'est octroyée que si le demandeur établit, avec un degré variable de vraisemblance, que la prétention qu'il fait valoir dans la procédure principale jouit d'une perspective favorable de succès (*Hauptsacheprognose*). Dans un procès ordinaire, le juge affirme ou nie l'existence d'un droit sur la base d'un état de fait qu'il a établi définitivement. Le rapport entre l'action et le droit matériel est donc immédiat et définitif. Le juge nie ou affirme l'existence d'un droit et en déduit les conséquences que la loi lui commande de tirer. Par contraste, l'approche du juge des mesures provisoires est probabiliste. Il ne se prononce pas définitivement sur le bien fondé de la prétention invoquée, mais, indirectement, sur ses chances de succès dans la procédure au fond. Le lien entre le droit d'action provisoire et le droit matériel est médiat et indirect⁶⁰⁷.

396. Même si l'on admet que le droit de procédure de la "*lex fori*" régit complètement les mesures provisoires, la condition du pronostic favorable des chances de succès de l'action au fond ne permet pas au juge saisi de faire une totale abstraction de la *lex causae*. Pour déterminer si la prétention dont la protection provisoire lui est demandée atteint le degré de vraisemblance requis, le juge est amené à prévoir par

⁶⁰⁴ GRUNSKY, ZJP 1976 p. 247; SZASZY, *International Private Procedure*, p. 205 ss

⁶⁰⁵ MEIER, Rapport présenté le 26. 10. 1990 dans le cadre de la *Weiterbildungsstufe der Hochschule* de Saint Gall, cité par SCHWANDER, *IPR*, p. 285 n° 610 in fine

⁶⁰⁶ Ainsi, NIBOYET, *L'action en justice en droit international privé*, qui propose une règle de rattachement nouvelle liée à l'action en justice

⁶⁰⁷ BAUR, p. 18 ss

anticipation les règles de conflit qui guideront le juge du fond et le contenu du droit matériel que celui-ci appliquera⁶⁰⁸.

397. Ainsi, à titre d'exemple, le droit suisse n'offre aucun droit au distributeur d'un produit au bénéfice d'un contrat de distribution exclusif à l'encontre d'un outsider qui revend des produits acquis en violation du réseau de distribution⁶⁰⁹. Par comparaison, le droit de plusieurs Etats européens accordent au lésé le droit de s'opposer à la violation par un tiers d'une clause contractuelle de ce type⁶¹⁰. Saisi d'une demande de mesures provisoires dirigée contre un tiers tendant à l'interdiction de vendre un produit en violation d'une telle clause d'exclusivité, le juge suisse, en procédant à l'évaluation des chances de succès de la procédure au fond, doit examiner si le juge du fond ne statuera pas en application d'un droit étranger qui prohibe une telle activité. Si un juge suisse est saisi du fond, il établira son pronostic en tenant compte du droit désigné par le droit international privé suisse. Si la LDIP désigne le droit français, le juge des mesures provisoires doit tenir compte des règles de droit français pour décider si l'action au fond a des chances de succès suffisantes.

398. Lorsque le procès au fond est pendant devant un tribunal étranger, le juge suisse doit tenir compte en outre des règles de conflit qu'appliquera le juge étranger. En effet, si le juge français saisi du fond applique le droit suisse, selon ses propres règles de conflit, il conviendra, pour le juge suisse des mesures provisoires, de tenir compte de cette sorte de "renvoi". Dans ces cas, il ne s'agit pas à proprement parler d'une application directe du droit étranger, ni des règles de conflit étrangères. Le juge suisse ne fait, dans ce raisonnement, que vérifier si l'une des conditions de son droit de procédure à l'octroi des mesures provisoires - la vraisemblance des chances de succès de l'action au fond - est remplie. Seul le caractère international de la procédure au fond complique le pronostic des chances de succès d'une nécessaire réflexion conflictualiste.

399. Cette nécessité de tenir compte du droit matériel de la *lex causae* lors d'une procédure de mesures provisoires en Suisse, s'impose quelque soit le type de mesures demandées. Le juge du séquestre doit apprécier au regard du droit applicable à la créance à protéger, si celle-ci est vraisemblablement fondée. De même, le juge saisi d'une demande de preuve à future, appréciera au regard de la *lex causae* si la preuve demandée est pertinente. Il devra par exemple refuser une demande d'expertise visant à prouver la faute du défendeur, si le droit de fond exclut de toute manière toute action en responsabilité contre lui, ou si, au contraire, il connaît un système de responsabilité objective pour la mise en oeuvre de laquelle la preuve de la faute est superflue.

400. Par conséquent, le besoin de protection judiciaire doit être apprécié selon le droit matériel applicable au litige. Il appartient à l'ordre juridique de la *lex causae* de

⁶⁰⁸ WALTER, AJP 1992 p. 65

⁶⁰⁹ ATF Christian Dior, du 24 mars 1988 114 II 91, note VISCHER, in ASDI 1989 p. 379

⁶¹⁰ GROSSEN, *La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat*, FS Schönenberger, p. 121 ss

décider si une prétention est "rechtsschutzwürdig"⁶¹¹, et si elle doit être protégée par des mesures provisoires.

401. Les droits nationaux ne diffèrent pas seulement sur le contenu des règles de droit matériel, mais également sur l'étendue, le degré et la forme de la protection judiciaire qu'ils accordent. Par exemple, le droit suisse et le droit français condamnent d'une même voix la résiliation d'un contrat de travail au motif de l'appartenance syndicale du travailleur. En revanche, les remèdes procéduraux à disposition sont très différents. Le droit suisse n'offre qu'une réparation financière au travailleur licencié, alors que le droit français frappe une telle résiliation de nullité et permet au travailleur d'exiger sa réintégration dans l'entreprise. Le juge suisse saisi d'une demande de mesure provisoire peut-il, et à quelles conditions, ordonner une mesure que la *lex causae* autorise mais que la *lex fori* ignore ? Si le droit allemand s'applique à une obligation d'origine délictuelle, le juge suisse peut-il ordonner, conformément à la *lex causae*, le paiement à titre provisoire de dommages-intérêts à la victime qui en a besoin, alors même que la *lex fori* refuse ce type de condamnation provisoire au paiement d'une somme d'argent ?

402. Une dissociation complète du droit matériel du remède procédural entraîne un risque inévitable de dénaturation, et peut même provoquer dans certains cas des résultats choquants. Par exemple, un contrat contient une clause de prohibition de concurrence qui est valable selon le droit de l'Etat A. Toutefois, le droit de procédure de cet Etat ne permet pas d'en demander l'exécution directe par une injonction, parce que le droit de A n'autorise pas l'exécution en nature de ce type de contrat. Le seul remède offert par le droit de A est une action en dommages-intérêts pour inexécution contractuelle. Au contraire, le droit de l'Etat B considère ce type particulier de clause de concurrence comme nulle. Toutefois, si elle était valable, le droit de B permettrait l'exécution en nature de la clause et la mise en force de l'obligation d'abstention par une injonction provisoire. Dans ces conditions, le juge de A, statuant en application de son droit interne, rejeterait une demande d'exécution directe pour n'accepter qu'une action en dommages et intérêts. Le juge de B, dans les mêmes circonstances, n'accueillerait aucune de ces deux actions. Toutefois, si le tribunal de B appréciait la validité de la clause au regard du droit de A désigné par sa règle de conflit, et accordait la protection juridique propre à son ordre juridique, en application de sa *lex fori*, il serait amené à ordonner une exécution directe que le droit interne de chacun des Etats réprouve.

403. Par conséquent, la *lex causae* ne se contente pas d'indiquer si la prétention litigieuse est digne de protection, elle désigne également la forme que peut prendre cette protection. La doctrine suisse admet en général que la *lex causae* détermine si la prétention invoquée justifie une action déclaratoire, une action formatrice ou une action condamnatoire⁶¹². La procédure de mesure provisoire est une variété particulière

⁶¹¹ GRUNSKY, ZJP 1976, p. 258; SCHWANDER, note sous la décision du Kantonsgerichtspräsidium de Zug du 19 avril 1990, RSDIE 1991 p. 280

⁶¹² SCHWANDER, IPR, n° 622 p. 289; WALDER, JZPR, p. 190; GULDENER, JZPR, p. 9

d'action en justice. C'est donc au droit matériel de décider quelle forme peut prendre la protection provisoire de la prétention ⁶¹³.

404. La détermination du droit applicable dans le cadre d'une procédure de mesures provisoires pose d'importants problèmes pratiques. L'urgence et la rapidité de la procédure ne permettent pas toujours d'obtenir une connaissance suffisante du droit étranger ⁶¹⁴. Cette circonstance ne permet pas à elle seule d'écarter l'application de l'art. 16 LDIP ⁶¹⁵. Dans les situations où le contenu du droit étranger ne peut être connu à temps, il conviendra d'appliquer le droit suisse, à titre supplétif. Toutefois, les parties doivent être autorisées à établir après coup le contenu du droit étranger, et de demander une modification des mesures provisoires qui ont été ordonnées sur la base du droit suisse en application de l'art. 16 al. 2 LDIP. Dans ces cas, les risques que la mesure s'avère injustifiée sont accrus et le juge peut en tenir compte en imposant au demandeur de fournir de sûretés.

405. Le juge des mesures provisoires doit tenir compte de la *lex causae* pour apprécier les chances de succès de l'action au fond, et pour déterminer si le droit étranger n'accorde pas une protection provisoire différente du droit suisse ⁶¹⁶. Pour le surplus, il appliquera sa *lex fori* pour fixer le déroulement de la procédure. C'est elle notamment qui décide à quelles conditions la décision peut être rendue sans audition préalable des parties, si l'action au fond doit être intentée dans un certain délai, quels moyens de preuve sont admissibles dans la procédure sommaire, etc. En particulier, c'est la *lex fori* qui détermine les modalités d'octroi des mesures provisoires, notamment si le demandeur doit fournir une garantie pour le préjudice éventuel qu'une mesure injustifiée pourrait causer à son adversaire. Selon WALDER, au contraire, la caution doit être ordonnée en application de la loi qui régit l'obligation de réparer le préjudice. Toutefois, dans la pratique, le résultat ne devrait pas être très différent, puisqu'il admet que la plupart du temps, il s'agira du droit cantonal ou fédéral de procédure ⁶¹⁷.

⁶¹³ GRUNSKY, ZJP 1976 p. 251

⁶¹⁴ Décision du Kantonsgerichtspräsidium de ZUG du 19 avril 1990, note SCHWANDER, RSDIE 1991 p. 279

⁶¹⁵ En droit allemand, cf. SCHACK, IZVR, p. 231 et 232

⁶¹⁶ KNOEFLER / SCHWEIZER, FJS n° 239 p. 7 et 8

⁶¹⁷ WALDER, IZPR, p. 234, n° 24

CHAPITRE II QUESTIONS PARTICULIÈRES

A. Droit matrimonial

406. En matière matrimoniale, l'art. 62 al. 2 LDIP rattache les mesures provisoires rendues au cours d'une instance de divorce ou de séparation de corps au droit suisse. Règle spéciale, ce rattachement correspond à la désignation de la *lex fori* pour la procédure au fond (art. 61 al. 1 LDIP). Dans la plupart des cas, lorsque le juge suisse est saisi du fond et applique le droit suisse, cette règle de rattachement est justifiée. Elle simplifie la recherche du droit applicable et maintient l'unité du droit entre la procédure principale et les mesures provisoires⁶¹⁸. Ainsi, cette règle combine les avantages de la simplicité d'application et de la justesse du rattachement.

407. Dans certains cas exceptionnels, elle s'avère inadaptée. Par exemple, lorsque le juge suisse saisi du fond du litige prononce le divorce en application du droit étranger désigné par l'art. 61 al. 2 LDIP (nationalité commune des époux lorsqu'un seul est domicilié en Suisse), on voit mal pourquoi il appliquerait le droit suisse aux seules mesures provisoires pendant la durée de la procédure⁶¹⁹. Il est paradoxal que les liens de la cause avec la Suisse soient insuffisants pour appliquer le droit suisse à la dissolution du lien matrimonial mais que, dans l'intervalle, les rapports entre les parties y soient assujettis.

408. Un exemple fictif peut éclairer l'incongruité de la situation. Un espagnol a laissé sa famille en Espagne pour venir prendre domicile en Suisse. Dans un premier temps, l'épouse a obtenu du juge suisse une ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale. Le juge suisse, compétent en vertu de l'art. 46 LDIP, a appliqué le droit espagnol désigné par l'art. 48 al. 2 LDIP (droit de l'Etat du domicile avec lequel la cause présente le lien le plus étroit). Si une procédure de divorce s'ensuit, le juge suisse appliquera le droit espagnol aussi bien à la dissolution du lien matrimonial qu'aux effets accessoires du divorce (art. 61 al. 2 LDIP et 63 al. 2 LDIP). On comprend mal dès lors que le droit suisse doive régir les rapports entre les époux pour

⁶¹⁸ SCHWANDER, *Internationales Familienrecht*, p. 559

⁶¹⁹ WALDER, *IZPR*, p. 233

la durée de la procédure, alors que le droit espagnol s'applique aussi bien avant qu'après celle-ci. Une telle situation doit être corrigée par l'application de la clause d'exception générale de l'art. 15 LDIP. Le fait que la procédure principale soit jugée en application d'un droit étranger constitue indiscutablement un indice que le droit suisse désigné pour le règlement des mesures provisoires "n'a qu'un lien très lâche" avec la cause et que celle-ci "se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit".

409. L'application automatique du droit suisse se justifie difficilement dans les quelques situations admises par la jurisprudence où le juge suisse est compétent pour ordonner des mesures provisoires, alors même qu'il n'est pas saisi de la procédure de divorce⁶²⁰. En effet, lorsque le juge suisse n'est pas saisi du fond, la correspondance du fond avec la procédure de mesures provisoires demande que le juge suisse tienne compte également du droit étranger. Par exemple, si l'un des époux, impliqué dans une procédure de divorce à l'étranger, demande en Suisse une restriction provisoire du pouvoir de disposer de son conjoint sur des biens situés en Suisse dont l'attribution est contestée dans la liquidation du régime matrimonial, le juge suisse devra nécessairement tenir compte du régime matrimonial des époux pour juger du bien-fondé de la requête. Il ne peut se contenter d'appliquer les règles du droit interne suisse sur les régimes matrimoniaux.

410. Enfin, le problème particulier de la désignation de la loi applicable aux obligations alimentaires fait l'objet d'une convention internationale qui lie la Suisse⁶²¹. Son application est universelle et prime la règle de l'art. 62 al. 2 LDIP en matière d'obligation alimentaire. L'art. 8 de cette Convention prévoit que la loi du divorce régit les obligations alimentaires entre époux divorcés. Cette disposition ne concerne pas les mesures provisoires prises en cours de procédure, avant que le lien conjugal ne soit dissous. Ce sont donc les règles générales de la Convention qui déterminent le droit applicable aux obligations alimentaires des personnes affectées par la procédure. Les rattachements conventionnels s'opposent à une application aveugle de la *lex fori*. Si le créancier et le débiteur ont la nationalité suisse et que le débiteur a sa résidence habituelle en Suisse, le droit suisse s'applique (réserve suisse autorisée par l'art. 15 Convention). Sinon, le juge doit appliquer le droit matériel de la résidence habituelle du créancier d'aliments (art. 4). Lorsque le droit désigné par l'art. 4 ne permet pas l'octroi d'aliments, la loi nationale commune s'applique (art. 5), ou finalement, la *lex fori* (art. 6). Vu l'importance pratique considérable de la fixation provisoire de l'obligation alimentaire dans la procédure de divorce, la règle de l'art. 62 al. 2 LDIP n'a en définitive qu'une portée pratique assez limitée.

⁶²⁰ cf. *supra* n° 359

⁶²¹ Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, RS 0.211.213.01

B. Mesures ordonnées par les arbitres

411. Par rapport au juge, l'arbitre qui prononce des mesures provisoires se trouve dans une situation particulière. En premier lieu, il n'est pas lié par une *lex fori*, à moins que les parties n'aient choisi de lui prescrire, directement ou par référence, des règles de procédure (art. 182 LDIP). Dans ce cas, l'arbitre doit s'en tenir aux règles qui lui ont été imposées pour le déroulement de la procédure de mesures provisoires. A défaut d'une telle précision, l'arbitre choisit librement la procédure, à condition qu'il respecte l'égalité des parties et le principe de contradiction. A première vue, cette précision semble exclure la faculté pour l'arbitre d'ordonner des mesures "superprovisoires", sans que les parties aient eu l'occasion d'être entendues. Une telle entorse au principe de la contradiction semble peu compatible avec l'esprit d'une procédure arbitrale.

412. La doctrine admet cependant que l'arbitre puisse exceptionnellement statuer sans entendre le défendeur, dans des cas d'urgence, à la condition qu'il procède après coup à son audition et puisse reconsidérer sa décision⁶²². Même si la faculté pour les arbitres de rendre une décision unilatérale était compatible avec l'art. 182 al. 2, ce qui n'est pas certain, cette procédure ne devrait être utilisée que dans des cas vraiment exceptionnels. La plupart des situations de crise, nécessitant une intervention très rapide à l'insu du défendeur, se produit au début ou avant le commencement de la procédure, soit à un moment où le tribunal arbitral n'est pas encore constitué et ne peut de toute manière pas agir. Une fois que la procédure est entamée et que les arbitres sont saisis du litige, l'élément de surprise est nettement atténué et par conséquent, l'utilité d'une mesure unilatérale réduite. De plus, les mesures unilatérales prises dans le cadre d'un arbitrage émanent de la même autorité qui sera appelé à trancher au fond, contrairement à ce qui est généralement le cas dans une procédure semblable devant les tribunaux étatiques. L'autorité de l'arbitre et la confiance qu'il inspire aux parties seraient diminuées, s'il devait immédiatement rapporter ce qu'il vient d'ordonner. Pour éviter de se déjuger, il pourrait être tenté, même inconsciemment, de persister dans une voie qu'il n'aurait pas suivie s'il avait pu entendre sans préjugés les deux parties. De plus, il est douteux que des mesures provisoires rendues par l'arbitre sans consultation des deux parties puissent être exécutées par le juge⁶²³. Si elles peuvent l'être, un débat devant le juge d'exécution est indispensable. Dans l'immense majorité des cas, l'utilité restreinte d'une procédure unilatérale ne justifie pas un tel écart au respect du contradictoire.

413. L'arbitre choisit le type de mesures qu'il juge nécessaire pour assurer la protection provisoire des droits dont il doit connaître au fond. Si les parties ont

⁶²² BUCHER, p. 75, n° 211; LALIVE / POUURET / REYMOND, n° 3 ad art. 183; HABSCHIED, IPRax 1989 p. 135; WALTER / BOSCH / BRÖNDMANN, p. 141

⁶²³ SCHLOSSER, ZJP 1986, p. 254 et 255

déterminé à l'avance les mesures à sa disposition, il est limité par leur choix. A défaut de précision, l'arbitre choisira les mesures en fonction du droit applicable à l'arbitrage. L'art. 183 LDIP s'adresse aux arbitrages internationaux siégeant en Suisse. Les arbitres ne doivent-ils ordonner que les mesures qu'un juge suisse pourrait prendre, ou peuvent-ils au contraire, adopter des mesures inconnues du droit suisse, mais admises par le droit applicable au litige ? Cette question ne dépend pas de l'attitude du juge d'appui, chargé, en application de l'art. 183 al. 2 LDIP, de prêter son concours aux mesures de l'arbitre. Au moment d'ordonner les mesures provisoires, l'arbitre n'a pas à contrôler par avance si un juge suisse acceptera de les reconnaître. En premier lieu, les mesures provisoires arbitrales seront souvent destinées à déployer des effets à l'étranger, et les conceptions suisses des mesures provisoires ne sont pas déterminantes. Ensuite, les mesures provisoires arbitrales sont immédiatement obligatoires et leur validité ne dépend pas de l'attitude des autorités d'exécution. Enfin, le juge suisse doit participer à l'exécution de mesures qui ne sont pas rigoureusement conformes aux mesures que le droit suisse autorise. Par conséquent, l'arbitre ne doit pas tenir compte, au moment de prendre sa décision, des conditions posées par les autorités judiciaires à sa reconnaissance. Les arbitrages internationaux régis par le chapitre 12 de la LDIP ne présentent souvent pas des liens très étroits avec l'organisation de la justice civile en Suisse. Il serait artificiel d'autoriser les arbitres à n'ordonner que les mesures qui sont à disposition d'un juge suisse. Par conséquent, l'arbitre peut choisir toute mesure qui corresponde à la notion générale de mesure provisoire, au sens de l'art. 183⁶²⁴. S'il applique un droit étranger, il peut ordonner les mesures provisoires connues de ce droit. Il n'est pas limité par la réglementation particulière des mesures provisoires en droit suisse⁶²⁵.

CHAPITRE III DROIT APPLICABLE À LA MODIFICATION DES MESURES PROVISOIRES

414. La procédure de modification des mesures provisoires n'est pas fondamentalement différente de la procédure initiale. La détermination du droit applicable, et la répartition des matières entre *lex causae* et *lex fori* s'effectue selon les

⁶²⁴ cf. supra n° 154

⁶²⁵ LALIVE / POUURET / REYMOND, n° 7 ad art. 183, p. 365 in medio; WALTER / BOSCH / BRÖNNMANN, p. 132

mêmes principes. Le choix des critères justifiant une modification des mesures provisoires existantes est cependant délicat.

415. Lorsqu'une autorité est appelée à modifier ou à lever une mesure provisoire qu'elle n'a pas ordonnée elle-même, le choix du droit applicable présente des difficultés particulières. Les conditions de la modification et de la suppression des mesures provisoires diffèrent d'un droit à l'autre. Certains ordres juridiques n'acceptent de modifier les mesures provisoires qu'à la condition que la partie qui en sollicite la modification puisse établir que la situation de fait a changé depuis que la mesure a été rendue. En droit français, les ordonnances de référé ont une autorité de chose jugée "au provisoire". Elle ne peuvent être modifiées que si un changement est intervenu dans la situation des parties ou dans les faits de la cause. En revanche l'invocation subséquente d'éléments que le demandeur pouvait connaître au moment de la décision ne justifie pas une modification de la mesure. D'autres droits admettent la modification à des conditions plus souples, se contentant d'exiger que la partie qui la demande établisse que la mesure était erronée en fait ou en droit. Les mesures provisoires peuvent donc être plus ou moins facilement modifiées selon le droit qui leur est appliqué. La modification des mesures provisoires est-elle subordonnée à la réalisation des conditions prévues par le droit de l'Etat qui a ordonné les mesures provisoires, de celui qui en ordonne la modification, ou des conditions résultant d'une application cumulative des deux droits ? Dans le cadre de la Convention, le principe de la reconnaissance automatique des décisions oblige les autorités des Etats contractants à reconnaître les mesures provisoires qui ont été rendues dans un autre Etat contractant. Une décision déploie les mêmes effets à l'étranger que dans son Etat d'origine. En particulier, une décision rendue dans un Etat exerce un effet de chose jugée négatif, qui empêche les autorités des Etats où elle est reconnue, de rejurer le même litige⁶²⁶. L'étendue de l'effet négatif de la chose jugée se détermine d'après le droit de l'Etat d'où émane la décision. Par conséquent, les juges de l'Etat où la décision est reconnue ne peuvent s'en écarter qu'aux mêmes conditions que les autorités d'origine. La modification des mesures provisoires ne peut donc être ordonnée qu'aux conditions admises par le droit de l'Etat dont elles émanent. De cette manière, les risques de forum shopping sont diminués, puisque la partie mécontente par les mesures provisoires ordonnées ne peut les remettre en question auprès d'un juge qui accepterait de procéder à leur reconsidération à des conditions moins sévères.

416. La modification des mesures provisoires suppose aussi que soient réunies les conditions du droit du for. Si l'autorité saisie accepte de modifier les mesures provisoires à des conditions plus restrictives que le droit de l'Etat d'origine, les barrières posées par la loi du for doivent également être surmontées pour que le juge puisse ordonner leur modification. Par conséquent, la modification d'une mesure provisoire ne peut être ordonnée par une autorité étrangère à celle qui l'a ordonnée que si les conditions posées par le droit des deux Etats sont cumulativement réalisées. En revanche, le choix de la mesure et la prise en compte de la *lex causae* dans le cadre

⁶²⁶ cf. *supra* n° 333

du pronostic de succès de l'action au fond s'effectuent de la même manière que pour une procédure de mesure provisoire ordinaire.

CHAPITRE IV DROIT APPLICABLE AUX ACTIONS EN RESPONSABILITÉ POUR MESURES PROVISOIRES INJUSTIFIÉES

417. Puisque la responsabilité pour mesure provisoire injustifiée est qualifiée en droit international privé d'acte illicite ordinaire⁶²⁷, le juge suisse saisi d'une action en réparation du dommage choisit le droit applicable selon les règles de conflit de lois particulières aux actes illicites (art. 132 et 133 LDIP)⁶²⁸. La recherche du droit applicable est incontournable puisque l'action en responsabilité peut être portée devant d'autres autorités que celles qui ont ordonné la mesure. Le droit suisse n'est donc pas automatiquement applicable, pas plus que le droit du lieu où les mesures provisoires ont été ordonnées. Le droit international privé suisse relègue la loi du lieu de commission du délit à l'arrière plan, privilégiant le droit de la résidence commune des parties (art. 133 al. 1 LDIP). A défaut de résidence habituelle des parties dans le même Etat, la loi du lieu où l'acte a été commis est applicable, ou encore la loi du lieu où le résultat s'est réalisé si l'auteur pouvait prévoir que le résultat s'y produirait (art. 133 al. 2).

418. Les règles de conflit de loi de la LDIP sont relativement inadaptées pour désigner le droit applicable aux actions en responsabilité pour mesures provisoires injustifiées. En effet, il serait préférable dans l'intérêt de la sécurité juridique, que la responsabilité soit régie par le droit de l'Etat qui a ordonné les mesures provisoires. En ordonnant les mesures provisoires, le juge apprécie la répartition des risques entre les parties, décide du besoin d'exiger le paiement d'une caution pour garantir les dommages qui peuvent survenir si la mesure est inadaptée et tient compte également dans son appréciation des règles de responsabilité de la *lex fori*. Dans ces conditions, il serait judicieux de parvenir à un rattachement qui facilite l'identité entre le droit du for des mesures provisoires et le droit qui régle les conséquences des dommages qu'elles occasionnent. Le rattachement fondé sur la résidence habituelle commune des parties a pour conséquence de séparer le droit du for des mesures provisoires de celui de la responsabilité. Si deux parties étrangères plaident en Suisse et que l'une d'elles

⁶²⁷ cf. *supra* n° 385

⁶²⁸ WALDER, *IZVR*, p. 234, n° 23

obtient des mesures provisoires injustifiées, la responsabilité ne serait pas réglée par le droit suisse du for, mais par le droit étranger de la résidence habituelle des parties.

419. Lorsque les règles de conflit désignent le droit suisse pour régler les conséquences d'une mesure provisoire ordonnée à tort à l'étranger, la difficulté principale provient de ce que le droit matériel suisse n'est pas unifié : le droit fédéral connaît deux systèmes différents de responsabilité civile. Pour les dommages occasionnés par un séquestre injustifié, l'art. 273 LP impose une responsabilité objective au demandeur de séquestre, indépendamment de toute faute de sa part. Lorsqu'un dommage a été provoqué par une mesure provisoire injustifiée en matière de protection des droits de la personnalité, la responsabilité objective est tempérée par le pouvoir du juge de réduire ou de supprimer en équité l'obligation de réparer le préjudice, "lorsque le requérant n'a pas commis de faute ou n'a commis qu'une faute légère" (art. 28 f CCS). Ce régime de responsabilité est repris dans un certain nombre de législations spéciales (loi sur la concurrence déloyale, par ex.). Enfin, les mesures provisoires de droit cantonal sont assujetties à un régime particulier propre à chaque canton, qui va de la simple responsabilité pour faute à la responsabilité objective, en passant par différents degrés de sévérité à l'encontre du demandeur⁶²⁹.

420. La désignation du droit suisse par les règles de conflit de loi est insuffisante pour décider quel régime de responsabilité doit s'appliquer pour une mesure provisoire ordonnée à l'étranger. Par exemple, si une partie résidant en Suisse a obtenu en Allemagne un Arrest injustifié à l'encontre d'un adversaire domicilié en Suisse, la responsabilité, régie par le droit suisse désigné par l'art. 133 al. 1 LDIP, devrait sans doute être jugée selon l'art. 273 LP, parce que cette mesure correspond au séquestre de droit suisse. Inversement, si les autorités allemandes ont ordonné des mesures provisoires dans un domaine qui aurait été couvert en droit Suisse par les art. 28 ss CCS, le régime de responsabilité propre à cette matière devrait s'appliquer. Enfin, si la mesure allemande concerne un domaine pour lequel le droit des mesures provisoires n'est pas unifié en Suisse, le droit cantonal de procédure régirait la responsabilité civile de la partie qui a obtenu une mesure provisoire injustifiée. Cette segmentation du droit applicable apparaît particulièrement artificielle si l'on sait que le droit allemand ne connaît qu'une seule règle de responsabilité, applicable aussi bien pour l'Arrest que pour les autres mesures provisoires (Par. 945 ZPO)⁶³⁰.

421. Ensuite, lorsque la responsabilité concerne un domaine régi par le droit cantonal de procédure, la désignation du droit suisse est insuffisante, puisque la détermination du droit applicable requiert encore le choix d'un droit cantonal. Or le droit privé suisse, unifié presque entièrement, ne connaît pas de règles de conflit de loi interlocales. Faut-il appliquer la loi du canton de la résidence commune des parties, par analogie à l'art. 129 LDIP ? Si les parties sont domiciliées dans des cantons différents, faut-il appliquer le droit du tribunal saisi de l'action en responsabilité, ou le droit du

⁶²⁹ PELET, p. 111 à 114

⁶³⁰ Il s'agit d'une responsabilité objective, indépendante de toute faute, STEIN / JONAS / GRUNSKY, n° 2 ad art. 945 ZPO

domicile de l'une des parties ? Par simplification, le juge de l'action en responsabilité appliquera son propre droit.

422. WALDER estime que la LDIP souffre d'une lacune qu'il y a lieu de combler par analogie. Il propose d'appliquer l'art. 133 al. 3 LDIP qui désigne le droit du rapport juridique existant entre les parties, lorsque l'acte illicite viole ce rapport⁶³¹. Par conséquent, le droit qui énumère les conditions d'octroi des mesures provisoires jugerait également leur conséquence si elles s'avèrent injustifiées. On peut en effet soutenir que le dommage est lié à la relation procédurale qui s'est nouée entre les parties au moment de la procédure de mesure provisoire. Demander des mesures provisoires injustifiées constitue une violation du rapport juridique créé par la procédure. Par conséquent, la loi du for des mesures provisoires s'appliquerait pour régler la responsabilité civile de la partie qui a obtenu des mesures provisoires injustifiées. L'invocation de l'art. 133 al. 3 LDIP est tout de même un peu artificielle. On reproche au demandeur d'avoir obtenu la protection provisoire de droits qu'il alléguait dans des circonstances où elle ne se justifiait pas. Il répond d'avoir pris l'initiative de la procédure de mesure provisoire. Il lui est reproché d'avoir créé de son propre mouvement un rapport juridique entre les parties, non d'avoir violé des devoirs découlant de la relation d'instance. Par conséquent, cette disposition ne peut trouver application pour désigner le droit applicable à la responsabilité civile pour des mesures provisoires injustifiées.

423. De plus, l'art. 133 al. 3 LDIP est encore moins adapté lorsqu'un tiers à la procédure est affecté par une mesure provisoire injustifiée. Dans un tel cas, la construction d'un rapport juridique préalable est impossible. Les règles générales des deux premiers alinéas de l'art. 133 LDIP déterminent quel droit règle la responsabilité du demandeur de mesures provisoires face à un tiers lésé.

424. L'art. 133 al. 3 LDIP s'applique en revanche lorsqu'un rapport juridique existant entre les parties excluait le droit du demandeur de demander des mesures provisoires. Ainsi, s'il a obtenu des mesures provisoires d'un juge étatique au mépris d'une clause arbitrale qui lui interdisait de le faire, sa responsabilité doit être examinée au regard du droit applicable à l'arbitrage.

425. L'art. 183 al. 3 LDIP autorise l'arbitre ou le juge d'appui à exiger du demandeur qu'il fournisse des sûretés pour couvrir les dommages que la mesure provisoire ordonnée par l'arbitre pourrait causer. Il s'agit d'une simple règle de procédure. Elle n'implique pas nécessairement une règle implicite de droit fédéral imposant une responsabilité au demandeur de mesures provisoires⁶³². Les conditions de la responsabilité et son étendue sont déterminées par le droit désigné selon les règles de conflit de loi du juge ou de l'arbitre saisi d'une demande de réparation du préjudice.

⁶³¹ WALDER, *IZPR*, p. 232 in medio

⁶³² WALDER, *IZPR*, p. 234

TITRE IV LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES ÉTRANGÈRES

426. Une décision étrangère exerce différents effets en dehors de l'Etat où elle a été ordonnée. Les conventions internationales distinguent en général entre la reconnaissance et l'exécution. En acceptant d'exécuter une décision étrangère, les autorités d'un pays mettent leur pouvoir public au service de la décision rendue par le juge d'origine afin de permettre sa réalisation dans les faits. La Convention prévoit une procédure particulière d'exécution des décisions émanant d'un des Etats contractants.

427. En reconnaissant une décision étrangère, le système juridique de l'Etat requis accepte de lui attacher certains effets juridiques. La reconnaissance est une condition nécessaire de l'exécution. Aucune décision ne peut être exécutée si elle n'est pas reconnue, préalablement ou simultanément, par l'ordre juridique du pays d'accueil. Toute décision susceptible d'être reconnue ne se prête en revanche pas obligatoirement à une exécution. Certaines décisions ne peuvent être exécutées, par exemple les jugements déclaratifs et constitutifs ou tous les jugements qui rejettent une prétention⁶³³. Ces décisions peuvent en revanche être reconnues. Les décisions peuvent être reconnues de plein droit, sans qu'aucune intervention de l'autorité ne soit nécessaire. La reconnaissance est alors automatique et intervient spontanément lorsque la décision satisfait les conditions requises. La Convention et la LDIP optent chacune pour un système de reconnaissance automatique. Ce n'est pas le seul système concevable. Le droit italien connaît un système différent qui exige une procédure particulière de "delibazione", de portée constitutive, sans laquelle aucune décision étrangère ne peut exercer d'effets en Italie⁶³⁴.

428. Selon le système de la reconnaissance automatique, l'acceptation d'une décision étrangère est examinée de manière incidente, par exemple à l'occasion d'une procédure d'exécution, ou encore fait l'objet d'une procédure de portée purement déclaratoire. La Convention ouvre une action en constatation de la reconnaissance à toute partie intéressée (art. 26 al. 2 Convention). Cette disposition crée la possibilité d'une action en constatation, même dans les Etats qui ne connaissent pas ce type d'action déclaratoire⁶³⁵. Cette procédure n'est pas subordonnée aux conditions posées par le droit national des Etats contractants aux actions déclaratoires. En particulier, le demandeur n'a pas à démontrer un intérêt juridique particulier à la constatation

⁶³³ p. ex. KNOEPFLER / SCHWEIZER, *Précis*, p. 224; sur la distinction entre reconnaissance et exécution, cf. FRANÇOIS PERRET, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers à Genève*, SI 1983 p. 243 à 245; SCHÜPBACH, RJN 1992 p. 18

⁶³⁴ CAMPELS / DE PAULI, p. 392

⁶³⁵ KROPHOLLER, *EZPR*, n° 2 ad art. 26

(Feststellungsinteresse)⁶³⁶. Il n'est pas non plus nécessaire que la reconnaissance soit contestée.

429. Ce titre a pour objet l'étude des règles particulières sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires. Comme les autres décisions judiciaires, elles se prêtent toutes en principe par leur nature à être reconnues, alors que certaines d'entre elles ne sont pas susceptibles d'être exécutées. Ainsi, les décisions négatives ou les mesures provisoires qui créent ou suppriment un rapport de droit ne peuvent pas être exécutées. Par exemple, une décision privant provisoirement l'un des associés d'une société commerciale du pouvoir de la représenter pendant la durée d'un procès peut éventuellement être reconnue mais jamais exécutée à l'étranger. On exposera de façon générale les conditions matérielles de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires. Par simplification, on ne parlera que de la reconnaissance, lorsque le raisonnement s'applique également à l'exécution. Le dernier chapitre de ce titre est consacré aux particularités de la procédure d'exécution de la Convention de Lugano.

430. Historiquement, la reconnaissance des mesures provisoires et conservatoires était exclue aussi bien par le droit commun des Etats que par la plupart des traités sur la reconnaissance et l'exécution des jugements. Parmi les arguments qui s'opposent à la reconnaissance des mesures provisoires, on fait valoir qu'elles ne sont pas "définitives". Une décision judiciaire doit présenter certaines garanties d'immutabilité pour mériter une reconnaissance internationale. Cela créerait de graves complications si une mesure provisoire, après avoir été reconnue et exécutée dans le pays d'accueil, était modifiée ou abrogée dans le pays d'origine⁶³⁷. De plus, dans une situation internationale, il est souvent plus difficile au défendeur d'obtenir réparation du préjudice causé par une mesure provisoire injustifiée, ou d'obtenir la restitution de ce qu'il a dû payer à tort. Ensuite, les mesures provisoires sont suspectes à plus d'un titre⁶³⁸. Elles se fondent sur des vraisemblances et sont moins fiables que les jugements ordinaires. Le caractère approximatif de l'examen des faits et du droit dans la procédure de mesures provisoires justifie une circonspection redoublée de la part du droit de l'Etat d'accueil⁶³⁹. Il vaut mieux renoncer à les reconnaître plutôt que de courir le risque de cautionner une décision erronée. La procédure est simplifiée, accélérée au détriment des droits de la défense. Parfois, elles sont ordonnées sans que le défendeur n'ait eu l'occasion de se prononcer. Lorsqu'il est entendu, il n'a pas toujours l'occasion de préparer avec soin sa défense. Leur reconnaissance heurte donc parfois l'ordre public procédural de l'Etat requis. Enfin, l'utilité principale des mesures provisoires réside dans leur rapidité. Si la procédure doit se doubler d'une seconde procédure de reconnaissance et d'exécution à l'étranger, les délais que cela entraîne

⁶³⁶ WALDER, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile*, ZJP 1990 p. 337; KROPHOLLER, *EZPR*, n° 4 ad art. 26

⁶³⁷ MATSCHER, ZJP 1982 p. 177; MORBACH, p. 293; DALHUISEN, p. 14

⁶³⁸ GAILLARD, SJ 1993, p. 144

⁶³⁹ pour la doctrine italienne, ANTONIETTA DI BLASE, *Riv. dir. int.* 1987 p. 6 et 7

font perdre aux mesures provisoires une bonne partie de leur efficacité. Il est plus simple alors de renoncer purement et simplement à les reconnaître en dehors de l'Etat où elles ont été ordonnées⁶⁴⁰.

431. D'autres raisons tout aussi impérieuses justifient au contraire la reconnaissance des mesures provisoires étrangères. Le tribunal saisi de la cause au fond est en général mieux placé pour ordonner une décision rapide et justifiée par les circonstances de l'espèce. Il connaît mieux les faits de la cause et apprécie mieux le besoin de protection provisoire qu'un juge étranger. Dans ces conditions, il est plus efficace et plus rapide de reconnaître une mesure ordonnée par le juge saisi du fond que de recommencer la procédure devant un juge moins bien équipé pour apprécier les mérites d'une nouvelle demande de mesure provisoire⁶⁴¹. Des arguments d'économie de procédure demandent donc que les mesures provisoires ordonnées par le juge saisi du fond soient reconnues à l'étranger.

432. Il est également dans l'intérêt des parties que les mesures provisoires puissent être reconnues à l'étranger. Le cloisonnement total des frontières nationales oblige le demandeur à recommencer la procédure dans autant de lieux différents où le besoin de protection se fait sentir. Surtout pour une partie socialement ou économiquement faible, les charges que représente la conduite de procédures parallèles dans plusieurs Etats pour obtenir satisfaction constituent un obstacle insurmontable. Ces considérations ont particulièrement de poids pour les mesures provisoires en matière d'obligation alimentaire. Elles valent également pour les mesures d'interdiction en matière de concurrence déloyale⁶⁴² ou de protection des droits de la propriété intellectuelle. La nécessité de mener des procédures dans tous les lieux où l'interdiction doit prendre effet peut littéralement épuiser le demandeur. Même si elle profite surtout au demandeur, la reconnaissance des mesures provisoires sert aussi dans certains cas les intérêts du défendeur, par exemple lorsque l'autorité de la chose jugée d'une décision empêche son adversaire de renouveler la procédure pour obtenir une mesure qui lui serait plus favorable. Il est également de l'intérêt du défendeur que soient reconnues dans un pays les mesures conservatoires qui ont été ordonnées et exécutées à l'étranger de façon à éviter qu'il ne soit la victime d'un cumul de mesures visant le même but.

433. La doctrine recommande ainsi depuis longtemps que soient reconnues les mesures provisoires rendues à l'étranger⁶⁴³. Pourtant, le droit positif des Etats européens est resté relativement peu réceptif à ces arguments. Les droits communs italien et allemand sont restés impénétrablement opposés à l'idée d'une reconnaissance des mesures provisoires⁶⁴⁴. En droit suisse, la situation est restée longtemps assez

⁶⁴⁰ STOJAN, p. 48; STAEHELIN, *BJM* 1989 p. 181

⁶⁴¹ MATSCHER, *ZZP* 1982 p. 216; WALDER / MBIER, *SJZ* 1987 p. 241

⁶⁴² MATSCHER, *ZZP* 1982 p. 216

⁶⁴³ En Suisse, déjà notamment MAX PETTPIERRE, p. 179

⁶⁴⁴ CAMPEIS / DE PAULI, p. 331; KROPHOLLER, *IPR*, p. 519

confuse puisque les conditions de la reconnaissance étaient fixées par le droit cantonal. La jurisprudence sur le sujet était "schwankend und unübersichtlich"⁶⁴⁵. Déjà sur le plan intercantonal, la reconnaissance d'une mesure provisoire rendue dans un autre canton est aléatoire. Il est douteux que l'art. 61 Constitution fédérale s'applique aux mesures provisoires⁶⁴⁶. Le TF admet que les mesures provisoires rendues en application de l'art. 145 CCS doivent être reconnues dans tout le pays. Il n'a pas étendu cette solution à toutes les mesures provisoires. Les mesures de séquestre, en particulier, sont d'une étendue territoriale très limitée. Il n'est pas étonnant dans ces conditions que la reconnaissance des mesures provisoires étrangères n'aient été accordées qu'avec la plus grande retenue.

434. Pour GULDENER, les mesures provisoires qui ont été ordonnées à l'étranger par un tribunal compétent au fond doivent être reconnues. L'autorité saisie du fond apprécie mieux le besoin de protection provisoire pendant la durée de la procédure. En revanche, les mesures qui anticipent l'exécution forcée, en particulier les décisions qui affectent le pouvoir de disposer de biens situés en Suisse, ne peuvent être ordonnées que par des autorités suisses. En définitive, seules les mesures qui ordonnent à une partie un certain comportement peuvent être reconnues. Guldener donne l'exemple des décisions ordonnant le paiement d'aliments ou la restitution des enfants⁶⁴⁷. Les auteurs excluent également la reconnaissance des mesures provisoires qui préfigurent l'exécution forcée du jugement futur. Toutes les mesures provisoires étrangères qui garantissent l'exécution forcée du jugement ne peuvent être reconnues⁶⁴⁸. Souvent, le critère de distinction proposé est celui des "Regelungsmassnahmen" par opposition aux "Sicherungsmassnahmen". Pour STOJAN, seules les premières, en particulier dans le domaine du droit de la famille, doivent être reconnues⁶⁴⁹.

435. Les conventions bilatérales liant les Etats européens sont particulièrement réservées quant à la possibilité de reconnaître des mesures provisoires étrangères. La plupart des conventions liant la Suisse refusent expressément cette reconnaissance (Convention italo-suisse; Convention germano-suisse, à tout le moins lorsqu'il s'agit d'un litige de nature patrimoniale; Convention belgo-suisse; Convention avec le Liechtenstein). Les autres conventions ne règlent pas expressément la question. Au niveau européen, une minorité de conventions bilatérales admettent de reconnaître les

⁶⁴⁵ STOJAN, p. 46

⁶⁴⁶ Il est significatif à cet égard que le législateur fédéral ait ressenti le besoin de préciser que les mesures provisoires rendues en matière de protection de la personnalité déployaient leurs effets dans toute la Suisse (art. 28 e CCS); FF 1982 II 693 : "Il n'est pas évident que le principe énoncé à l'art. 61 est, s'applique également aux décisions de mesures provisionnelles (...) C'est pour lever cette hésitation que l'alinéa 1 de l'article 28 e CCS prévoit que les décisions de mesures provisionnelles sont exécutées dans tous les cantons."

⁶⁴⁷ GULDENER, *IZPR*, p. 112 et 113

⁶⁴⁸ GULDENER, *IZPR*, p. 112 ss, PERRET, SJ 1983 p. 254

⁶⁴⁹ STOJAN, p. 49

mesures provisoires comme des jugements ordinaires. On ne peut guère citer que la Convention entre l'Allemagne et les Pays-Bas et les conventions liant l'Italie à San Marino (1946) et à l'Espagne (1973)⁶⁵⁰.

436. Les besoins particuliers du créancier d'aliments ont incité les négociateurs des deux conventions de la Haye de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants et de 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires à prévoir la reconnaissance des mesures provisoires dans les matières qu'elles concernent. On observe donc une tendance, en droit conventionnel, à admettre de plus en plus largement la reconnaissance des mesures provisoires étrangères pour mieux protéger les créanciers⁶⁵¹.

CHAPITRE I RECONNAISSANCE DES MESURES PROVISOIRES SELON LA CONVENTION DE LUGANO

A. Principe général

437. La Convention ne précise pas expressément que les mesures provisoires sont susceptibles d'être reconnues. Elle est cependant plus libérale que le droit commun et que les conventions bilatérales qui l'ont précédées. En particulier, elle n'exige pas que la décision à reconnaître soit définitive, ce qui facilite la reconnaissance des mesures provisoires⁶⁵². Les deux rapports officiels attestent d'ailleurs qu'il était dans l'intention des auteurs de la Convention d'admettre la reconnaissance de mesures

⁶⁵⁰ DI BLASE, *Riv. dir. int.* 1987 p. 8

⁶⁵¹ KROPHOLLER, *IPR*, p. 520

⁶⁵² KROPHOLLER, *EZPR*, n° 22 ad art. 25

provisoires⁶⁵³. Cette attitude de principe découle "d'une volonté de faire collaborer le plus possible les juridictions des Etats membres"⁶⁵⁴. La jurisprudence de la CJCE a confirmé que les mesures provisoires sont comprises dans la notion de décision de l'art. 25 Convention⁶⁵⁵. Ce libéralisme est tempéré par les exceptions qui découlent de la jurisprudence de la CJCE.

B. Mesures dont la reconnaissance est exclue

1. Les procédures unilatérales

438. Une importante restriction à la circulation des mesures provisoires dans le cadre de la Convention a été apportée par la CJCE dans l'arrêt *Denilauver c/ Couchet Frères*⁶⁵⁶. Un commerçant français avait obtenu en France une ordonnance autorisant la saisie conservatoire d'un compte bancaire auprès d'une banque de Frankfurt au préjudice de son partenaire commercial, un industriel allemand. Conformément au droit de procédure français, la procédure s'est déroulée sans que le débiteur ne soit entendu⁶⁵⁷. Il n'a eu connaissance de la procédure qu'au moment où un tribunal allemand a accordé l'exequatur et ordonné l'exécution de l'ordonnance française. Saisi d'un recours du débiteur, l'OLG de Frankfurt a demandé à la CJCE si la Convention l'obligeait à reconnaître une mesure ordonnée au terme d'une procédure unilatérale. La procédure avait un aspect un peu choquant, puisque le défendeur n'avait pas été cité à comparaître, n'avait pas reçu notification de l'ordonnance française, ni même de la procédure d'exequatur commencée contre lui en Allemagne, puisque, selon la

⁶⁵³ Rapport JÉNARD, JOCE 1979 n° C 59 p. 43; Rapport SCHLOSSER, JOCE 1979 n° C 59 p. 79

⁶⁵⁴ GOTHOT / HOLLEAUX, p. 136, n° 240

⁶⁵⁵ arrêt de Cavel II Rec. 1980 p. 731 et *Denilauver c/ Couchet Frères* Rec. 1980 p. 1553, attendu 17 : "L'art. 24 n'exclut pas que des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées dans l'Etat d'origine à la suite d'une procédure contradictoire - fût-elle par défaut - puissent faire l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution dans les conditions prévues par les articles 25 à 49 de la Convention". A cet égard, le message à l'appui de la Convention de Lugano (Mess. p. 53, n° 232 in fine) est inexact lorsqu'il déclare que les mesures provisoires ou conservatoires ne peuvent être reconnues.

⁶⁵⁶ arrêt du 21 mai 1980, Rec. 1980 p. 1553

⁶⁵⁷ cf. supra n° 51

Convention, le premier stade de la procédure d'exécution est unilatéral⁶⁵⁸. En s'opposant à la reconnaissance, le défendeur, soutenu par l'avis du gouvernement britannique, invoquait les art. 27 al. 2 et 46 al. 2 Convention. Ces dispositions s'opposent à la reconnaissance d'une décision, lorsque le défendeur défaillant n'a pas été cité régulièrement et en temps utile. Dans un premier pas de son raisonnement, la Cour commence par nier que ces dispositions soient applicables. Ces garanties de procédure ont été conçues pour les situations où le défendeur a fait défaut, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas participé à une procédure de nature contradictoire pour des raisons contingentes. En revanche, ces dispositions ne sont pas destinées aux procédures unilatérales, qui ne prévoient jamais la participation du défendeur. De ces prémisses, la Cour ne déduit toutefois pas que les décisions unilatérales doivent être reconnues, ainsi que le soutenaient la Commission de la CEE et le gouvernement italien. Au contraire, la CJCE estime que "le système de la Convention et les objectifs qu'elle poursuit" s'opposent à ce que les décisions unilatérales bénéficient du régime simplifié de reconnaissance et d'exécution. La Convention facilite la reconnaissance des décisions judiciaires parce que le respect des droits de la défense est assuré dans tous les Etats contractants. Elle limite à l'essentiel le pouvoir de contrôle du juge requis, parce que le litige a déjà fait l'objet d'un débat contradictoire dans l'Etat d'origine. Par conséquent, "il apparaît clairement que la Convention vise essentiellement les décisions judiciaires qui, avant le moment où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées dans un Etat autre que l'Etat d'origine, ont fait, ou étaient susceptibles de faire, dans cet Etat d'origine, l'objet, sous des modalités diverses, d'une instruction contradictoire"⁶⁵⁹. Par conséquent, la CJCE a purement et simplement écarté les décisions unilatérales de la notion de décision au sens de l'art. 25 Convention.

439. La jurisprudence de la CJCE laisse un certain nombre de questions ouvertes. En particulier, elle ne précise pas si le défaut de débat contradictoire est un obstacle définitif à la reconnaissance, ou si au contraire cette tare originaire peut être réparée par un débat contradictoire subséquent. Ainsi que le constate la CJCE dans son arrêt, le droit de tous les Etats membres connaît la possibilité d'ordonner des mesures provisoires par surprise sans que le défendeur n'en soit informé. Cette brèche portée au droit d'être entendu du défendeur est réparée par la possibilité qui lui est offerte après coup de participer à un débat contradictoire organisé rétrospectivement. Le droit des Etats membres organise de différentes manières la faculté du défendeur de se prononcer après coup sur une mesure qui a été ordonnée avant qu'il n'ait pu être consulté. En droit anglais, une décision rendue "ex parte" doit automatiquement être suivie à bref délai d'un débat "inter partes"⁶⁶⁰. En droit français, toute personne touchée par une ordonnance sur requête peut en tout temps en demander la rétractation

⁶⁵⁸ cf. *infra* n° 479

⁶⁵⁹ arrêt précité. Rec. 1980 p. 1553, attendu 13

⁶⁶⁰ cf. *supra* n° 119

par la voie du référé⁶⁶¹. En droit allemand, le défendeur dispose d'un délai pour provoquer, en faisant opposition à la mesure (*Widerspruch* au sens du Par. 924 ZPO), le débat qui n'a pas pu avoir lieu⁶⁶². Lorsque la décision unilatérale originale a été confirmée après une procédure contradictoire subséquente, les obstacles à la reconnaissance disparaissent⁶⁶³. Sans doute cela provoque-t-il le résultat curieux que la décision, confinée à l'origine dans les frontières de l'Etat qui l'a rendue, déploie ses effets dans tous les Etats de la Convention par le seul fait que le défendeur a vainement essayé de la combattre. Il faut également assimiler à cette hypothèse le cas où le défendeur a négligé ou renoncé à provoquer le débat contradictoire alors qu'il en avait l'occasion. Dans les Etats où le débat contradictoire n'a lieu qu'à l'initiative du défendeur, on peut déduire de son inaction qu'il renonce à son droit de faire valoir ses arguments et s'accommode de la décision qui a été rendue sans qu'il soit consulté⁶⁶⁴. Dans ces conditions, la décision rendue unilatéralement devrait pouvoir être reconnue à l'étranger comme un jugement contradictoire rendu par défaut.

440. L'exclusion des mesures provisoires unilatérales de la reconnaissance facilitée ne se justifie pas et la jurisprudence de la CJCE est critiquable⁶⁶⁵. Elle fait fi de l'interprétation littérale et sa référence au système et aux objectifs de la Convention est erroné. L'art. 25 Convention est rédigé en des termes généraux. Rien ne permet d'indiquer que les auteurs de la Convention voulaient limiter son application aux jugements rendus au terme d'une procédure contradictoire⁶⁶⁶. Le droit de tous les Etats membres admet à certaines conditions que soient ordonnées des mesures provisoires par surprise, sans que le défendeur ne soit informé. Cette limitation du principe du contradictoire en faveur de l'efficacité des décisions n'est pas incompatible avec les droits de la défense. En Suisse, une telle procédure est jugée conforme aux garanties procédurales découlant de l'art. 4 Constitution et de la CEDH. La Convention cherche à limiter les obstacles à la reconnaissance des jugements. Les motifs de refus de la reconnaissance sont limitativement énumérés aux art. 27 et 28 Convention. Or le respect du caractère contradictoire de la procédure ne figure pas parmi cette liste. En particulier, la Convention restreint les possibilités d'invoquer la violation de l'ordre public procédural. Dans ces conditions on comprend mal pourquoi la CJCE exclut toute une catégorie de décisions du champ d'application du Titre III Convention, au nom

⁶⁶¹ cf. supra n° 81

⁶⁶² cf. supra n° 92

⁶⁶³ ALBRECHT, p. 166

⁶⁶⁴ D'un autre avis, ALBRECHT, p. 166, pour qui l'exclusion des décisions unilatérales résulte d'une différence structurelle qui ne peut être corrigée par la suite que si une procédure contradictoire a eu lieu.

⁶⁶⁵ HUET, *Obs. sous CJCE Denilauer*, *Clunet* 1980 p. 942 à 948

⁶⁶⁶ HUET, *Clunet* 1980 p. 943

d'un principe que les Etats membres ne consacrent même pas dans leur ordre public interne⁶⁶⁷.

441. Le Gouvernement italien et la Commission n'ont pas manqué de rendre la Cour attentive au fait que la Convention attache elle-même une grande importance à l'effet de surprise. Elle exige que la première phase de la procédure d'exécution (art. 34) soit unilatérale et connaît elle aussi des mesures conservatoires ordonnées sans que le défendeur ne soit entendu (art. 39). L'effet de surprise voulu par la Convention est bien affaibli si le juge de l'exécution doit s'assurer que le débiteur a bien été averti par le juge à l'origine de la mesure⁶⁶⁸. Dans les situations de crise, lorsqu'il se justifie d'obtenir et d'exécuter des décisions judiciaires sans que le défendeur ne soit informé, la solution de l'arrêt Denilauer prive de ses effets les mécanismes de la Convention. Si le créancier a des raisons de craindre que le débiteur cherche à se dérober, il doit nécessairement s'adresser au juge du lieu où la mesure doit être exécutée. Lorsque l'exécution doit intervenir dans plusieurs Etats, il devra agir dans chacun d'entre eux, avec le risque que le débiteur, informé de la première des procédures, n'ait le temps de se dérober là où les juges ont réagi moins rapidement.

442. Dans sa motivation, la CJCE fait encore valoir que le juge du lieu "où sont situés les avoirs qui feront l'objet des mesures sollicitées (...) 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"⁶⁶⁹. Rien n'est moins sûr. En réalité, le juge saisi ou compétent au fond est en général le mieux à même de déterminer le besoin de protection provisoire des parties, et la nécessité de statuer sans leur audition. C'est le juge du fond qui peut déterminer le plus aisément le droit applicable à la contestation. C'est lui, surtout lorsqu'il est déjà saisi du dossier, qui peut apprécier les premiers éléments de fait à disposition. C'est lui enfin qui déterminera le mieux les chances de succès de l'action au fond (Hauptsacheprognose). En revanche, le juge du lieu de situation des biens n'aura souvent aucun lien avec le litige. La présence fortuite d'éléments de patrimoine dans son ressort ne lui permet pas d'apprécier avec sûreté la réalité des allégations du requérant et la nécessité de son intervention. Il est donc préférable d'encourager les mesures provisoires ordonnées par le juge du fond. Une reconnaissance des mesures provisoires unilatérales permettrait d'atteindre ce but.

443. Il est vrai que les mesures ordonnées sans audition préalable des parties sont suspectes et ne devraient pas être exécutées sans précautions. Au moment de les exécuter, le juge doit s'assurer que ces mesures, qualifiées fréquemment en droit suisse de "superprovisoires", ne créent pas une situation irrémédiable. Il doit toujours être possible de les mettre rapidement à néant si le débat contradictoire qui les suit

⁶⁶⁷ EILERS, p. 275 et 276

⁶⁶⁸ HUET, Clunet 1980 p. 946

⁶⁶⁹ arrêt Denilauer précité, Rec. 1980 p. 1553, attendu 16

démontre qu'elles étaient injustifiées. Or la Convention prévoit précisément ce type de garde-fous, lorsque le juge requis doit mettre à exécution une décision qui peut encore être attaquée dans l'Etat d'origine (art. 38 et 39 Convention). Le jeu de ces dispositions permet aux autorités requises de différer l'exécution définitive et d'équilibrer temporairement les intérêts des parties par des mesures conservatoires et la constitution de sûretés.

2. Les mesures provisoires en matière de preuves

444. En principe, toute décision judiciaire est de nature à être reconnue à l'étranger. Rien ne s'oppose logiquement 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 catégories de décisions résulte d'un choix politique et non d'exigences de la logique juridique⁶⁷⁰. La doctrine s'accorde toutefois pour exclure de la reconnaissance certains types de décisions judiciaires. En premier lieu, les décisions du juge concernant le déroulement de la procédure sont exclues de la reconnaissance⁶⁷¹. En second lieu, les décisions d'exécution forcée, en particulier les décisions d'exequatur, ne peuvent être reconnues. Exequatur sur exequatur ne vaut⁶⁷².

445. La première de ces deux exclusions affecte certaines mesures provisoires tendant à la sauvegarde des preuves⁶⁷³. Il convient donc d'étudier sa raison d'être et son étendue. Pour l'essentiel, cette exclusion repose sur des arguments de bon sens et ne requiert pas de longues explications. Il est évident que les simples actes d'administration judiciaire qui servent uniquement à l'avancement du procès n'ont d'effets que dans le cadre de la procédure en cours. On n'imagine pas, par exemple, qu'une décision intimant au défendeur un délai pour déposer sa réponse puisse être reconnue, encore moins exécutée à l'étranger. Toutefois, toutes les décisions de procédure ne se limitent pas à régler le déroulement 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, spécialement des mesures conservatoires (preuves à furnir selon la terminologie suisse) qui visent à assurer le maintien d'éléments de preuves en vue d'un procès futur.

⁶⁷⁰ cf. précisément à propos de la reconnaissance des mesures provisoires, KNOEFFLER / SCHWEIZER, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, p. 228; SCHÜPBACH, p. 17 et 18

⁶⁷¹ KROPHOLLER, *EZPR*, n° 25 et 26 ad art. 25

⁶⁷² GOTHOT / HOLLEAUX, p. 134, n° 238; Kropholler, n° 16 ad art. 25

⁶⁷³ MORBACH, p. 331

446. Trois exemples permettront d'illustrer cette problématique : Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle domicilié en Suisse reproche à un tiers de fabriquer et de commercialiser des contrefaçons. Pour prouver ses allégations, il obtient d'un juge suisse une décision de séquestre d'objets entreposés en Allemagne. Ces biens devront servir de preuve dans un procès en dommages-intérêts et en cessation de trouble qu'il se propose d'intenter. Peut-il faire exécuter la décision en Allemagne, ou cela est-il exclu parce qu'il s'agit d'une décision d'administration judiciaire qui ne peut être reconnue ? Une société danoise reproche à son ancien administrateur des indécidables dont elle croit pouvoir apporter la preuve par la production de pièces comptables se trouvant en Suisse. Peut-elle faire exécuter en Suisse une décision danoise ordonnant la mise sous main de justice à titre provisoire de ces documents ? Un acheteur refuse de payer le prix de vente convenu. Dans un procès intenté contre lui par le vendeur, il allègue des défauts attestés selon lui par une expertise judiciaire qui a été conduite à sa demande en France. Quel effet le juge suisse doit-il reconnaître à une semblable mesure d'instruction ordonnée à l'étranger ?

447. Selon le rapport SCHLOSSER⁶⁷⁴, le libellé très large de l'article 25 Convention englobe aussi les décisions judiciaires rendues dans le cadre de l'instruction (décisions d'avant dire droit du droit français et ordonnance de preuves du droit allemand). Toutefois, à cette affirmation de principe, il apporte deux restrictions : Les conventions de la Haye de 1954 relative à la procédure civile et de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale s'appliquent en priorité à toute mesure d'instruction, en lieu et place de la Convention⁶⁷⁵. Ensuite, les mesures d'instruction affectant des tiers, par exemple des témoins, ne pourraient être reconnues⁶⁷⁶. Avant de vérifier la portée des deux conventions de la Haye sur les mesures conservatoires en matière de preuve, il convient d'examiner les effets de la Convention, ne serait-ce que dans les rapports entre les Etats qui sont partie à celle-ci mais non à celles-là. Quant à l'effet des décisions sur les tiers, il s'agit d'un problème général qui ne se cantonne pas aux seules décisions en matière de preuve. A tout le moins convient-il de ne pas exclure d'emblée de la Convention les situations qui, comme dans les exemples évoqués ci-dessus, ne mettent en cause que les parties.

448. Sans doute, les décisions relatives aux preuves s'exécutent-elles en principe par l'intermédiaire de l'entraide judiciaire internationale. Dans cette procédure, le tribunal qui ordonne la mesure demande à l'autorité de l'Etat où elle doit prendre effet de lui accorder son aide, par l'intermédiaire, sauf disposition conventionnelle contraire, des autorités diplomatiques des Etats concernés. En Suisse, l'Office fédéral de la police est chargé aussi bien de transmettre les requêtes émanant d'autorités suisses que de recevoir les demandes de coopération en provenance de l'étranger. L'existence de cette procédure ne fait pas obstacle à première vue à ce que les mesures rendues en matière de preuves ne tombent sous le coup de la notion de décision au sens de l'art. 25

⁶⁷⁴ Rapport SCHLOSSER, n° 184, JOCE 1979 C 59 p. 126

⁶⁷⁵ Rapport SCHLOSSER, n° 185

⁶⁷⁶ Rapport SCHLOSSER, n° 187

Convention. Vu les délais parfois importants qu'impliquent le recours à l'entraide judiciaire⁶⁷⁷, il paraît judicieux de procéder à la reconnaissance directe des décisions ordonnant des mesures conservatoires en matière de preuves.

449. Une éventuelle reconnaissance d'une mesure conservatoire étrangère en matière de preuves peut intervenir à deux stades. En premier lieu, le juge requis peut être appelé à mettre en force une mesure d'instruction ordonnée par un juge étranger. En second lieu, le juge requis peut devoir, dans le cadre d'un procès qu'il instruit, accorder une certaine valeur juridique à une mesure d'instruction conservatoire ordonnée et exécutée à l'étranger. Les deux techniques ne se situent pas sur le même plan et ne s'excluent pas mutuellement. Dans le premier cas, il s'agit véritablement de prêter assistance à une décision judiciaire qui ne peut prendre effet sans le concours des autorités de l'Etat requis. Dans le second cas, la reconnaissance de la décision étrangère n'est qu'indirecte. Ce sont les effets de la décision étrangère, survenus à l'étranger, qui exercent des effets juridiques dans l'Etat requis. La décision elle-même n'a plus à être reconnue. Tout au plus les circonstances dans lesquelles elle a été ordonnée pourront jouer un rôle lorsqu'il s'agira de déterminer la valeur des preuves ainsi obtenues.

450. La reconnaissance "directe" de mesures conservatoires en matière de preuves, ordonnées dans un des Etats membres, peut certainement intervenir selon les règles de la Convention lorsqu'elle implique nécessairement la collaboration des autorités de l'Etat requis. Une décision de séquestre de documents ou de biens à fins de preuves est susceptible d'être exécutée à l'étranger. Pour l'Etat requis, il importe peu que le séquestre vise à préserver des moyens de preuves ou à garantir l'exécution future d'un jugement. Le caractère d'une telle mesure dépasse le simple cadre de l'administration judiciaire. Elle correspond donc à la notion de décision de l'art. 25 Convention.

451. La question est plus délicate lorsqu'une décision est destinée à provoquer des effets à l'étranger, sans que la collaboration des autorités locales soit nécessaire. Par exemple, l'exécution d'une mesure de référé-expertise, ordonnée en France, implique que l'expert désigné par le tribunal vienne faire des constatations en Suisse pour accomplir sa mission; ou encore, un juge anglais ordonne un "Anton Piller Order", obligeant le défendeur d'autoriser les avocats du demandeur à pénétrer dans des locaux commerciaux en Suisse et à y recueillir des documents pouvant servir de preuves dans un procès au fond qui devra se dérouler en Angleterre. Dans ces deux exemples, la mesure provisoire est destinée à provoquer des effets en Suisse, sans que les autorités suisses ne soient appelées à collaborer et par conséquent à contrôler la régularité des opérations. Elle sont rendues et exécutées à l'insu des autorités de l'Etat où elles doivent prendre effet. En cela, ces mesures ne se distinguent pas fondamentalement d'autres mesures judiciaires qui ordonnent aux parties d'adopter un certain comportement à l'étranger. Une obligation d'abstention peut fort bien être rendue effective à l'insu des autorités du lieu où ses effets se font sentir. La particularité des mesures provisoires en matière de preuves provient de la conception assez stricte que se font les Etats européens de leur souveraineté en la matière.

⁶⁷⁷ KNOEPFLER / SCHWEIZER, *Précis*, p. 216

452. Ainsi, la doctrine européenne considère en général que la récolte de preuves sans l'accord des autorités locales constitue une violation du droit des gens, et cela même si les parties impliquées y consentent⁶⁷⁸. Pour se prémunir contre certaines atteintes à leur souveraineté, les Etats européens ont érigé en sanction pénale la recherche de moyens de preuves sur leur territoire. Ainsi une loi française de 1980 interdit la transmission de documents se trouvant sur le territoire français⁶⁷⁹. En Suisse, le CPS érige en infractions pénales le fait de participer dans certaines circonstances à la recherche de preuves pour le compte d'un Etat étranger (art. 271 ch.1 et 273 CPS).

453. Certaines de ces lois ont été adoptées en réaction directe à ce qui est perçu comme des tentatives hégémoniques américaines. Le système juridique américain est souvent ressenti comme une menace pour les parties européennes. Ainsi que le démontre STÜRNER⁶⁸⁰, cette méfiance européenne tire son origine du climat général du système judiciaire américain, qui renforce singulièrement la position du demandeur, plutôt que de telles ou telles institutions particulières du droit de procédure ou du droit matériel. Le droit américain pousse à son paroxysme des règles, dont les équivalents, sous des formes édulcorées, peuvent en général être retrouvés dans l'ordre juridique des Etats européens. Souvent cités, le montant jugé excessif des dommages-intérêts, l'octroi de dommages-intérêts punitifs, la générosité des verdicts accordés par un jury manipulable, l'usage extensif de procédures de droit privé pour atteindre des objectifs de politique économique, le système de rémunération des avocats et l'impossibilité pour la partie qui triomphe d'être indemnisée pour ses frais de procès, l'affirmation large de la compétence territoriale des tribunaux américains, la volonté d'application extraterritoriale de nombre de lois américaines, une théorie extensive de la levée du voile corporatif qui permet d'imputer à une filiale américaine les actes de sa société-mère à l'étranger, sont autant d'éléments qui alimentent la méfiance des européens, soutenus activement par leurs gouvernements. Les règles en matière de recherche de preuves provoquent fréquemment des frictions dans les relations américano-européennes. Dans la Common Law, les preuves sont apportées par les parties à l'audience et administrées de manière contradictoire et immédiate, devant un juge dont le rôle est essentiellement passif⁶⁸¹. Pour éviter des surprises et assurer que les parties aient un accès égal aux mêmes sources, le droit anglo-saxon oblige les parties à échanger les documents importants et les dépositions écrites des futurs témoins, recueillis au cours d'une procédure préparatoire, la "pre-trial discovery". En principe, cette phase de la procédure 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 orders). Le

⁶⁷⁸ STÜRNER, *Das ausländische Beweissicherungsverfahren*, IPRax 1984 p. 299

⁶⁷⁹ Sur quelques exemples de "blocking statutes" cf. STÜRNER, in *Der Justizkonflikt zwischen USA und Europa*, p. 233 et 234

⁶⁸⁰ STÜRNER, IPRax 1984 p. 223 à 226

⁶⁸¹ VOLKEN, *Rechtshilfe*, p. 128

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 partie. 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. Le devoir de remettre des documents est par conséquent presque illimité. 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 devoir de produire des pièces dans les droits de procédure d'Europe continentale se limite en principe aux documents nommément désignés par la partie requérante, dont elle a par conséquent connaissance de l'existence. L'exécution d'une discovery ne s'embarrasse pas des frontières nationales. 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 sur leur territoire au service d'une procédure étrangère.

454. En pratique, l'application des principes de souveraineté et de stricte territorialité dans la recherche des preuves n'est pas aussi tranchée⁶⁸². L'obligation des parties de satisfaire aux réquisitions du tribunal ne dépend pas du lieu de situation des pièces. Une partie à un procès en Suisse n'échappe pas à son devoir de produire des pièces en sa possession, requises en vertu de la législation de droit cantonal ou du droit fédéral, en faisant valoir que les documents demandés se trouvent à Besançon. L'obligation des parties de comparaître devant le tribunal et d'y être interrogées n'est pas réglée différemment si elles sont domiciliées à l'étranger. Quoiqu'il règne en la matière une assez grande incertitude juridique, la participation des parties à l'instruction peut être exigée, même si elle implique des effets à l'étranger. Dans ces conditions, une décision étrangère ordonnant à une partie de collaborer à une expertise ou de fournir des pièces peut déployer directement des effets dans l'Etat requis, en vertu du principe de reconnaissance automatique des décisions.

455. La Convention de la Haye de 1954 sur la procédure civile ne contient pas de règles spécialement adaptées aux mesures provisoires. Son titre II relatif aux "commissions rogatoires" précise certaines questions de procédure à propos de la communication des requêtes, le façon dont la demande d'entraide doit être exécutée ou la langue à utiliser. Elle ne précise pas dans quels cas, il faut recourir à l'entraide et quand la reconnaissance des décisions peut être demandée directement par les parties impliquées. La Convention de la Haye de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger mentionne à son art. 1 la possibilité de demander l'exécution d'une mesure d'instruction en vue d'une procédure future et, par conséquent, admet l'utilisation des procédures d'entraide pour l'exécution à l'étranger d'une mesure provisoire avant procès⁶⁸³. Toutefois, elle ne prévoit pas de procédure d'urgence et les délais

⁶⁸² STÜRNER, IPRax 1984 p. 246

⁶⁸³ STÜRNER, IPRax 1984 p. 300

qu'impliquent la communication des commissions rogatoires rendent préférable de saisir directement l'autorité où la preuve doit être administrée.

456. La reconnaissance des mesures provisoires étrangères en matière de preuves peut enfin prendre un tour indirect lorsque le juge du fond est appelé à tenir compte d'une expertise ou d'une autre mesure de preuves à futur intervenue à l'étranger. Refuser purement et simplement de tenir compte des résultats de l'expertise étrangère irait à l'encontre de l'esprit de la Convention. Si la décision qui a ordonné l'expertise correspond aux critères conventionnels autorisant sa reconnaissance, le juge du fond doit accepter de tenir compte des résultats des investigations qui ont eu lieu à l'étranger. L'expertise ordonnée à l'étranger par une autorité judiciaire doit avoir la même portée que si elle avait eu lieu dans l'Etat du for⁶⁸⁴.

3. Les mesures provisoires dans les procédures d'exécution

457. Les décisions d'exécution forcée ne bénéficient pas de la reconnaissance facilitée du titre III Convention. En particulier, les décisions par lesquelles un Etat contractant accepte d'exécuter un jugement d'un Etat tiers ne peuvent être reconnues. Le juge requis doit examiner selon son droit commun si une décision étrangère est susceptible d'être reconnue. Le fait que la décision d'origine a déjà fait l'objet d'une procédure de reconnaissance dans un autre Etat contractant n'a pas d'incidence. La Convention n'accorde aucun effet extraterritorial aux décisions d'exécution. Il en va de même des procédures qui mettent à exécution le jugement dans l'Etat où il a été rendu. Seules les décisions d'origine peuvent être reconnues, non les procédures secondaires qui visent à les mettre en force. D'ailleurs la Convention prévoit que les procédures d'exécution forcée des décisions doivent impérativement être portées devant les tribunaux de l'Etat du lieu d'exécution (art. 16 Convention). Cela revient à nier toute portée extraterritoriale aux mesures d'exécution forcée. Une telle mesure n'est donc pas reconnue en dehors de l'Etat où elle a été prononcée.

458. Des mesures provisoires ou conservatoires peuvent également être ordonnées au cours d'une procédure d'exécution forcée. Avant que le créancier ne soit désintéressé par la vente forcée d'éléments du patrimoine de son débiteur, il est nécessaire de prendre des mesures pour assurer la conservation de la valeur de ces biens. Certains auteurs affirment même que toutes les mesures conservatoires, qui ont pour objet de conserver suffisamment de substance patrimoniale pour assurer le désintéressement du créancier, rattachent au droit de l'exécution forcée, et ne peuvent de ce fait être reconnues. Pour DALHUISEN, par exemple, toute mesure impliquant la mainmise sur un élément de patrimoine, ou préfigurant une future exécution forcée, doit être ordonnée à l'endroit où elle est exécutée⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ STÜRNER, *IPRax* 1984 p. 301

⁶⁸⁵ DALHUISEN, *Creditors' Remedies and the Conflict of Law in the European Community*, p. 14

L'assimilation des mesures provisoires à des mesures d'exécution forcée se justifie lorsque les mesures provisoires visent à assurer l'exécution du jugement. D'ailleurs, le droit interne de plusieurs Etats contractants rattache ces mesures au droit de l'exécution forcée. Ainsi, en droit suisse, le séquestre fait partie du droit de l'exécution forcée. On retrouve ici l'ambiguïté déjà signalée des mesures provisoires qui s'apparentent à la fois à une procédure primaire (*Erkenntnisverfahren*) et à une procédure d'exécution. Toutefois, cette qualification ne correspond pas au système de la Convention. Pour celle-ci, les mesures d'exécution ne peuvent intervenir que lorsque une décision au fond a été rendue. Avant le jugement, les mesures ordonnées ne peuvent être que des décisions provisoires, elles-mêmes susceptibles d'être exécutées⁶⁸⁶. L'art. 16 ch. 5 Convention ne s'applique qu'aux mesures prises pour exécuter un jugement. Cette disposition ne vise pas les mesures conservatoires ordonnées avant la fin de la procédure primaire⁶⁸⁷.

459. Une fois la décision au fond prononcée, le rôle des mesures provisoires s'efface. La procédure d'exécution forcée qui prend le relais est purement territoriale. Elle se déroule dans l'Etat du choix du demandeur. Elle peut être introduite simultanément dans plusieurs Etats. S'il est nécessaire de prendre des mesures conservatoires au cours de la procédure d'exécution forcée, celles-ci n'ont qu'un effet strictement territorial. Leur reconnaissance dans un autre Etat n'est pas possible. Lorsque la procédure d'exécution a pour objet une décision en provenance de l'un des Etats membres, la Convention unifie certaines règles en matière de mesures provisoires dans la procédure d'exécution⁶⁸⁸.

460. La différence entre les simples mesures provisoires, qui ont un effet extraterritorial, et les mesures d'exécution qui ne peuvent pas être reconnues et exécutées à l'étranger, provient de ce que les premières sont octroyées lorsque le demandeur ne dispose pas encore de titre exécutoire, alors que les secondes mettent en force une décision au fond.

C. Effets des mesures provisoires étrangères sur les tiers au procès

461. En principe, les décisions judiciaires n'ont d'effet qu'entre les parties au procès. Les mesures provisoires ne peuvent pas affecter directement la situation juridique de tiers et ne font pas exception à cette règle. Toutefois, il peut arriver que les mesures

⁶⁸⁶ ALBRECHT, p. 107

⁶⁸⁷ GOTHOT / HOLLEAUX, n° 158

⁶⁸⁸ cf. *infra* n° 480

provisaires provoquent des effets indirects sur des tiers et que l'exécution d'une mesure provisoire puisse être imposée à une personne étrangère au procès. Par exemple, en cas de séquestre, le tiers qui détient des biens appartenant au débiteur a l'obligation de renseigner les autorités. Si deux parties sont en litige à propos de la propriété de titres déposés dans une banque, le juge peut ordonner à celle-ci une interdiction d'aliéner les titres litigieux qui sont en sa possession. Dans un procès en divorce, le juge peut ordonner à l'employeur du mari de payer directement en main de la femme une partie du salaire au titre d'obligation d'entretien.

462. Les effets des mesures provisoires envers les tiers ne sont pas identiques dans tous les ordres juridiques. En droit anglais, les Mareva Injunctions s'imposent aux tiers qui en ont connaissance. En droit français et en droit suisse, le tiers qui détient des biens pour le compte d'un débiteur qui fait l'objet d'une saisie-arrêt ou d'un séquestre a l'obligation de renseigner l'autorité séquestrante ou le créancier saisissant. Alors qu'en droit français cette obligation s'étend aussi aux biens situés à l'étranger, en droit suisse, elle se limite aux biens qui font l'objet du séquestre et se trouvent par conséquent en Suisse. Il faut donc s'interroger sur l'impact de la reconnaissance des mesures provisoires sur les tiers. Une solution serait de dénier par principe tout effet envers les tiers aux mesures provisoires étrangères. Paradoxalement, cette attitude ne protège pas toujours efficacement les tiers à la procédure. Par exemple, un juge suisse a ordonné, dans le cadre d'un procès en divorce, au débiteur du mari, domicilié à l'étranger, de payer sa créance directement en main de la femme. Si cette décision ne peut être reconnue dans l'Etat de domicile du tiers débiteur, il court le risque de devoir payer deux fois, pour peu qu'il ait des biens dans les deux Etats. En Suisse, il peut être poursuivi par la femme de son créancier qui peut s'appuyer sur la mesure provisoire. En revanche, dans l'Etat de son domicile, il pourrait être recherché par son créancier à qui il ne pourrait opposer l'effet libérateur d'une mesure provisoire qui n'y est pas reconnue. Une situation analogue peut peser sur une banque anglaise dont la succursale suisse détient des biens pour le compte d'une partie qui fait l'objet d'une Mareva Injunction universelle ordonnée par un juge anglais. Si aucun effet n'est reconnu en Suisse à la mesure anglaise, la banque ne pourrait refuser d'exécuter des ordres de paiement émanant de la partie visée par la Mareva Injunction. En revanche, si elle se pliait aux exigences du droit Suisse, elle encourrait en Angleterre le reproche d'avoir commis un "contempt of court". De semblables conflits ne peuvent être résolus que si l'on accepte que les mesures provisoires exercent certains effets sur des tiers à la procédure.

463. Plusieurs doctrines ont été émises pour définir la portée de la reconnaissance des décisions étrangères. Selon une première théorie, les décisions reconnues exercent exactement le même effet dans l'Etat requis que dans l'Etat d'origine, même si les tribunaux de l'Etat requis ne sont pas habilités à ordonner des décisions ayant le même effet (*Wirkungserstreckung*). Selon une deuxième théorie, les décisions reconnues exercent dans l'Etat requis le même effet qu'une décision équivalente, rendue par les autorités locales, même si les effets de celle-ci ne correspondent pas à celui qu'aurait

la décision dans l'Etat d'origine (*Wirkungsgleichstellung*)⁶⁸⁹. Enfin, la troisième théorie cumule les effets des décisions dans les deux Etats, de sorte qu'une décision ne peut déployer que les effets qu'elle a dans l'Etat d'origine et qu'une décision équivalente ordonnée dans l'Etat requis pourrait déployer⁶⁹⁰.

464. La Convention ne tranche pas expressément entre ces diverses théories. Selon le rapport JÉNARD, "la reconnaissance doit avoir pour effet d'attribuer aux décisions l'autorité et l'efficacité dont elles jouissent dans l'Etat où elles ont été rendues"⁶⁹¹. Cette formule semble se rallier à la théorie de la *Wirkungserstreckung*. La majorité des auteurs allemands se prononcent en faveur de la théorie de la *Wirkungserstreckung*⁶⁹². Pour GOTHOT / HOLLEAUX l'efficacité reconnue aux décisions hors de leur Etat d'origine "ne pourra évidemment excéder celle que la loi de ce pays leur accorde elle-même"⁶⁹³. Cette formule exclut la *Wirkungsgleichstellung* mais elle paraît compatible avec les deux autres théories. La solution du cumul est notamment défendue par DROZ⁶⁹⁴. Dans le cadre de la Convention, la *Wirkungsgleichstellung* présente l'inconvénient de provoquer des risques de dénaturation du jugement étranger en lui conférant des effets qu'il n'entendait pas porter. De plus, elle est difficilement praticable lorsque l'Etat requis ne connaît pas d'institution semblable à celle dont la reconnaissance est demandée. Il serait artificiel de vouloir attribuer à une *Mareva* Injunction les effets qu'un juge suisse lui aurait attachés s'il avait eu à la prononcer. En effet, la transposition d'une décision d'un type inconnu dans l'ordre juridique de l'Etat requis est pratiquement impossible. La théorie du cumul n'écarte pas cette dernière objection. De plus, elle restreint les effets internationaux des jugements, alors que la Convention a précisément pour but d'assurer qu'une décision rendue dans l'un des Etats contractants exerce les effets les plus uniformes possibles dans l'ensemble des autres Etats contractants. Par conséquent, il convient de se rallier à la *Wirkungserstreckung*. Une mesure provisoire provoque donc dans l'Etat requis les effets que la loi de l'Etat d'origine entendait lui conférer. La seule barrière aux effets des jugements étrangers est l'ordre public. La décision reconnue exerce 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.

⁶⁸⁹ KROPHOLLER, *IPR*, p. 532 ss

⁶⁹⁰ Sur ces trois théories, KROPHOLLER *EZPR*, n° 9 vor art. 26

⁶⁹¹ Rapport JÉNARD, JOCE 1979 n° C 59 p. 43

⁶⁹² GEIMER / SCHÜTZE, I/1 Par. 128; BÖLOW / BÖCKSTIEGEL / LINKE, n° I et II ad art. 26; MARTINY, *Hdb IZVR*, III/2 chap II n° 63 et 70; Kropholler, *EZPR*, n° 9 et 10 vor art. 26

⁶⁹³ GOTHOT / HOLLEAUX, p. 136, n° 240; KNOEFLER / SCHWEIZER, *FJS* n° 240 p.3

⁶⁹⁴ DROZ, *Compétence judiciaire*, p. 281 et 282, n° 448, cf. également SCHACK, *IPRax* 1989 p. 141

CHAPITRE II LA RECONNAISSANCE DES MESURES PROVISOIRES SELON LA LDIP

A. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal étranger

465. Pas plus que la Convention, la LDIP ne tranche expressément la question de la reconnaissance des mesures provisoires étrangères. La seule disposition qui règle la reconnaissance de mesures provisoires étrangères (art. 96 al. 3) précise, en matière successorale, que "les mesures conservatoires prises dans l'Etat du lieu de situation des biens du défunt sont reconnues en Suisse". La portée de cette disposition est assez restreinte. On voit mal dans quelles situations les autorités suisses seront appelées à reconnaître une décision prise dans l'Etat du lieu de situation des biens, sauf dans l'hypothèse où les biens affectés par la décision ont été transférés en Suisse après que la décision a été rendue à l'étranger.

466. Pour le surplus, la LDIP ne précise pas si les mesures provisoires sont susceptibles d'être reconnues. Elles ne sont pas mentionnées par les dispositions des art. 25 à 32 LDIP, alors que la loi précise expressément que les transactions judiciaires et les actes de juridiction gracieuse sont susceptibles d'être reconnues (art. 30 et 31 LDIP). On ne peut cependant pas en déduire à contrario que la reconnaissance des mesures provisoires soit exclue⁶⁹⁵. Le message du Conseil fédéral sur la LDIP est plutôt réservé sur la question et affirme que la loi ne règle pas la reconnaissance des mesures provisoires étrangères⁶⁹⁶. Ce problème fait l'objet de controverses⁶⁹⁷. A la différence de la Convention, la LDIP exige que les décisions étrangères soient "définitives" pour être reconnues (art. 25 lit b). Pour certains auteurs, STAEHELIN notamment⁶⁹⁸, l'exigence du caractère définitif exclut les mesures provisoires de la

⁶⁹⁵ ACOCELLA, p. 221

⁶⁹⁶ Mess. LDIP p. 66

⁶⁹⁷ SCHWANDER, *IPR*, p. 329, n° 700; GALLARD, *SJ* 1993 p. 147

⁶⁹⁸ STAEHELIN, *BJM* 1989 p. 180 et 181; KREN, *Anerkennbare und Vollstreckbare Titel nach IPR-Gesetz*, FS Vogel p. 445

reconnaissance des décisions étrangères. Cette exigence se retrouve également dans certaines conventions internationales. La condition du caractère définitif des décisions n'est pas exempte d'ambiguïté. En effet, une décision peut être qualifiée de définitive lorsqu'elle ne peut plus être remise en cause par le biais d'un recours dans son Etat d'origine. Elle devient définitive lorsqu'elle entre en force de chose jugée. Sous cette acception restrictive, les mesures provisoires peuvent aussi être des décisions définitives, lorsque les parties ont épuisé, ou ont renoncé à épuiser, les voies de recours que le droit de l'Etat d'origine met à leur disposition. Malgré leur caractère provisoire, elles jouissent, pour un temps limité et de manière conditionnelle, du caractère définitif d'une décision en force de chose jugée⁶⁹⁹. En revanche, le terme peut également se comprendre de manière non technique et plus large. Il désigne alors toute décision qui met fin de façon irrévocable à un litige. Dans ce sens, les mesures provisoires ne peuvent pas prendre la forme de décisions définitives, puisque la situation qu'elles créent n'est que momentanée⁷⁰⁰.

467. L'art. 25 lit b LDIP précise qu'une décision étrangère est reconnue si elle "n'est plus susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive". La référence au recours ordinaire correspond au sens restrictif de la notion de "décision définitive". A s'en tenir à cette formulation, la reconnaissance des mesures provisoires serait possible pour autant qu'elles ne peuvent plus faire l'objet dans l'Etat d'origine d'un recours ordinaire. L'adjonction du terme définitif crée une certaine confusion. S'agit-il d'une simple redondance, ou cette exigence exprime-t-elle la condition supplémentaire que la décision soit également définitive au sens large de ce terme ? Dans ce cas, la reconnaissance des mesures provisoires serait exclue dans tous les cas, parce qu'elles ne mettent jamais définitivement fin à un litige. L'histoire législative et l'interprétation grammaticale excluent cette seconde lecture. Le rapport de la Commission d'experts explique que les décisions qui, par leur nature, ne jouissent pas de l'autorité de la chose jugée, doivent pouvoir être reconnues lorsqu'elles ne peuvent plus faire l'objet d'un recours ordinaire⁷⁰¹. On a donc voulu permettre la reconnaissance de décisions qui ne sont pas "définitives" au sens large du terme. La tournure alternative de l'art. 25 lit b LDIP précise que la réalisation de l'une des deux conditions suffit pour permettre la reconnaissance d'une décision. Par conséquent, le texte de l'art. 25 LDIP ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une mesure provisoire qui ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire⁷⁰².

⁶⁹⁹ STOJAN, p. 46 in initio

⁷⁰⁰ MATSCHER, ZJP 1982 p. 175

⁷⁰¹ Rapport de la Commission d'experts p. 82; WALDER, *Direkte Zuständigkeit*, p. 192 et 193; Sur l'histoire législative avec une conclusion légèrement différente, GAILLARD, SJ 1993 p. 147 et 148

⁷⁰² ACOCELLA, p. 220 et 221; SCHÜPBACH, p. 35

468. WALDER et MEIER⁷⁰³ estiment que la LDIP souffre d'une lacune qui doit être comblée par interprétation créatrice. Le fait que la loi assimile expressément les transactions judiciaires et les actes de juridiction gracieuse aux décisions, sans mentionner les mesures provisoires, serait un indice, avec les propos réservés du message, que la loi n'entendait pas régler la reconnaissance des mesures provisoires. Comme la matière relève tout de même du droit fédéral, la reconnaissance doit être admise par le juge faisant oeuvre de législateur. A vrai dire, le recours à la lacune législative, procédé toujours dangereux, n'est pas nécessaire. Le terme de décision, utilisé par la LDIP, volontairement non technique, ne couvre pas uniquement les jugements finals rendus au terme d'une procédure ordinaire. Au contraire, il s'applique à toute décision, quelle que soit sa fonction, qu'un juge impose aux parties. Sans détourner les termes de la loi, on peut admettre que la notion de décision au sens de l'art. 25 LDIP inclut notamment les mesures provisoires étrangères⁷⁰⁴. Pour STOJAN⁷⁰⁵, le fait que la reconnaissance des mesures provisoires soit exclue par la plupart des conventions bilatérales qui lient la Suisse à ses voisins constitue un indice que le droit commun ne l'admet pas davantage. Avec l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano, qui remplace les conventions existantes, l'argument disparaît. Au contraire, il conviendrait de donner à la notion de décision au sens de la LDIP un contenu comparable à celui de la Convention. Admise par le droit conventionnel, la reconnaissance des mesures provisoires n'a plus à être refusée par le droit commun⁷⁰⁶.

B. La reconnaissance des mesures provisoires arbitrales

469. Autorisant expressément les arbitres à ordonner des mesures provisoires, le droit suisse prévoit également le moyen de rendre celles-ci effectives. L'art. 183 al. 2 LDIP attribue au tribunal arbitral le pouvoir de requérir le concours du juge compétent, si la partie concernée ne se soumet pas spontanément aux mesures ordonnées par les arbitres. Cette disposition s'adresse aux tribunaux suisses. Il est évident qu'une disposition de droit suisse ne saurait lier les tribunaux étrangers. Lorsque l'exécution des mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral siégeant en Suisse nécessite la coopération d'une autorité étrangère, il appartient au droit du for de décider si et à quelles conditions ses tribunaux peuvent venir en aide aux décisions

⁷⁰³ WALDER / MEIER, SJZ 1987 p. 242

⁷⁰⁴ ACOCELLA, p. 222

⁷⁰⁵ STOJAN, p. 48

⁷⁰⁶ contra GALLARD, SJ 1993 p. 148

arbitrales⁷⁰⁷. Faute de disposition équivalente à l'art. 183 al. 2 LDIP dans les autres ordres juridiques, l'intervention directe de l'arbitre auprès des juges étrangers est effectivement peu souhaitable et en tous les cas inefficace⁷⁰⁸. Il résulte de cette situation une certaine asymétrie. Lorsque la mesure provisoire peut être exécutée en Suisse, la mesure ordonnée par l'arbitre bénéficie de l'appui des autorités. Lorsque son exécution nécessite l'intervention d'une autorité à l'étranger, le bénéficiaire de la mesure provisoire devra entreprendre une nouvelle procédure à l'encontre de son adversaire rénitent.

470. L'assistance du juge suisse est assurée pour les arbitrages siégeant en Suisse. Les dispositions de la LDIP sur l'arbitrage international ne s'appliquent que si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse (art. 176 al. 1 LDIP). Quel doit donc être le sort des mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral siégeant à l'étranger, lorsqu'elles doivent être exécutées en Suisse ?

471. En premier lieu, il faut examiner si la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires étrangères oblige à reconnaître les mesures provisoires émanant d'un tribunal arbitral étranger⁷⁰⁹. Cette Convention ne donne en effet aucune définition matérielle de la sentence arbitrale. La doctrine admet que la notion recouvre aussi les sentences partielles. Il est parfois difficile de faire la différence entre une sentence partielle, qui met fin de manière définitive à une partie du litige, et une simple mesure provisoire, d'autant plus que les arbitres peuvent être tentés "d'habiller" les mesures provisoires sous la forme d'une sentence intermédiaire⁷¹⁰. Le terme de "interim award", souvent utilisé par les arbitres, désigne par exemple indifféremment une sentence partielle, une simple ordonnance de procédure ou une mesure provisoire⁷¹¹. Toutefois, la doctrine majoritaire nie que la Convention de New York impose la reconnaissance des mesures provisoires ordonnées par les arbitres⁷¹². La question est par conséquent laissée à l'appréciation des droits nationaux des Etats membres.

472. A s'en tenir à une interprétation stricte de l'art. 176 LDIP, seuls les tribunaux siégeant en Suisse conformément aux règles suisses sur l'arbitrage international pourraient obtenir de l'assistance des tribunaux pour faire exécuter les mesures provisoires qu'ils ont ordonnées. Est-ce à dire que les mesures provisoires ordonnées

⁷⁰⁷ LALIVE / POUDRET / REYMOND, n° 14 ad art. 183; BUCHER, p. 75 n° 210

⁷⁰⁸ LALIVE / POUDRET / REYMOND, n° 14 ad art. 183

⁷⁰⁹ dans ce sens, KOHL, p. 166 à 175

⁷¹⁰ BERNARDINI, p. 28 à 30 recommande que les mesures provisoires soient rendues sous la forme d'une sentence partielle pour les faire bénéficier du régime de la reconnaissance de la Convention de New York.

⁷¹¹ SCHLOSSER, ZJP 1986 p. 246

⁷¹² MATSCHER, ZJP 1982 p. 233 à 235

par un arbitre siégeant à l'étranger ne peuvent exercer aucun effet en Suisse ? Le concours du juge apporté aux mesures provisoires arbitrales s'apparente à une procédure de reconnaissance. Le juge confère une force exécutoire et prête son autorité à une décision arbitrale qui en est dépourvue. A l'image d'une décision étrangère, une mesure provisoire émanant d'un tribunal arbitral n'exerce aucun effet obligatoire sans la collaboration des autorités judiciaires locales. La nécessité de l'intervention des autorités suisses ne dépend pas de l'origine géographique de la décision, mais des liens que le litige entretient avec le territoire suisse. En matière internationale, le siège de l'arbitrage n'a souvent au mieux que des liens ténus avec l'objet du litige. Sa localisation est fortuite; parfois même, le siège est choisi par les parties précisément parce qu'il n'a aucun lien avec leur différend, ce qui leur paraît garantir l'indépendance des arbitres. Dans ces conditions il paraît un peu artificiel de limiter le concours des tribunaux aux seuls arbitrages se déroulant en Suisse. D'ailleurs, en dépit de l'art. 176 LDIP, certaines règles du chapitre 12 LDIP s'appliquent aux arbitrages qui se déroulent à l'étranger. Par exemple, les règles sur la litispendance (art. 181 LDIP) et sur l'arbitrabilité du litige (art. 177 LDIP), s'appliquent où que se trouve le siège de l'arbitrage; celles sur la reconnaissance des sentences (art. 194 LDIP) ne concernent que les arbitrages étrangers. Par conséquent, il n'est pas illogique d'admettre que l'art. 183 al. 2 LDIP oblige les juges suisses à collaborer à l'exécution de mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral, même si son siège est situé à l'étranger. La nécessité de l'intervention des autorités suisses est la seule condition d'application de l'art. 183 al. 2 LDIP.

473. La nature de la procédure d'appui devant le juge étatique n'est pas précisée par la loi. En aucun cas, il ne s'agit de recommencer une nouvelle procédure de mesure provisoire⁷¹³. L'étendue du contrôle exercé par le juge est controversée. Son rôle excède celui d'une simple boîte aux lettres⁷¹⁴. En prêtant son concours, le juge exerce une véritable fonction juridictionnelle. Son rôle est plus important que lorsqu'il est appelé en application de l'art. 193 al. 2 LDIP à attester le caractère exécutoire d'une sentence. Pour HABSCHIED, l'intervention du juge substitue une décision judiciaire à la mesure prise par les arbitres. Le juge reprend à son compte la décision arbitrale. A ce propos, HABSCHIED utilise l'expression de "Nostrifizierung"⁷¹⁵. Cette conception de l'activité du juge est trop étendue. Son intervention laisse subsister la mesure ordonnée par l'arbitre⁷¹⁶. Il ne procède pas à une révision au fond. Le juge ne doit pas vérifier la manière dont l'arbitre a apprécié les conditions d'octroi des mesures provisoires. En particulier, il ne lui appartient pas de contrôler que l'action au fond a des chances de succès suffisantes, que les mesures ordonnées étaient justifiées par l'urgence ou que le demandeur a rendu vraisemblable les faits à l'appui

⁷¹³ LALIVE / POUDRET / REYMOND, n° 9 ad art. 183; WALTER / BOSCH / BRÖNIMANN, p. 148

⁷¹⁴ HABSCHIED, IPRax 1989 p. 135

⁷¹⁵ HABSCHIED, IPRax 1989 p. 135 et 136

⁷¹⁶ Pour reprendre les expressions de SCHÜPBACH, RJN 1992 p. 48, la décision du juge est une "modulation" de la sentence, non une "naturalisation".

de sa prétention⁷¹⁷. Ce type de contrôle nécessiterait une reprise totale de la procédure que le législateur n'a pas voulue. L'activité du juge étatique s'apparente d'avantage à la reconnaissance d'une mesure étrangère qu'à une reconsidération du litige. A ce titre, il doit certes exercer un certain contrôle sur la mesure qu'il doit faire exécuter et sa décision a une portée constitutive. Le juge vérifie par exemple que la décision arbitrale est conforme à l'ordre public matériel et procédural, que les parties ont été entendues, qu'elles ont été citées à temps. Le juge contrôle également que l'arbitre avait la compétence d'ordonner la mesure dont l'exécution est demandée. En particulier, il vérifie que la convention d'arbitrage n'excluait pas le pouvoir de l'arbitre de prononcer de telles mesures provisoires⁷¹⁸. Au delà de ce contrôle minimal, le juge n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle de l'arbitre.

474. La décision du juge peut occasionnellement compléter la mesure décidée par l'arbitre. L'art. 183 al. 3 LDIP précise qu'il peut ordonner que des sûretés soient fournies. Il doit aussi pouvoir ordonner les mesures nécessaires pour rendre plus efficaces la décision de l'arbitre. En particulier, il peut assortir une injonction prononcée par l'arbitre de la menace de sanctions pénales. Le juge jouit d'une liberté d'appréciation dans le choix des moyens pour rendre exécutoire les décisions de l'arbitre.

475. La loi n'indique pas quelle doit être l'attitude du juge d'appui lorsqu'il est confronté à une mesure d'un type inconnu du droit du for, ou qui excède les compétences qui seraient les siennes s'il avait à statuer lui-même sur une requête de mesure provisoire. Les auteurs qui ont traité de cette question affirment que le tribunal étatique ne peut ordonner que les mesures autorisées par son propre droit⁷¹⁹. Cette opinion est inexacte. Lorsque la deuxième phrase de l'art. 183 al. 2 LDIP indique que le juge applique son propre droit, elle précise une question de procédure : le concours du juge s'exerce selon les règles de la *lex fori*. En revanche, la loi n'exige pas que le tribunal n'apporte son concours qu'aux mesures qui correspondent exactement à ce qu'il aurait ordonné s'il avait été saisi en lieu et place de l'arbitre. Son intervention s'apparente à un acte d'exécution d'une décision étrangère. Le seul fait que la mesure ordonnée par l'arbitre ne corresponde pas au droit suisse ne suffit pas pour lui enlever ses effets. Au contraire, lorsqu'en raison de l'organisation judiciaire suisse, la mesure ordonnée par l'arbitre ne peut être exécutée, il appartient au juge de rendre une décision équivalente, compatible avec l'ordre juridique suisse. Sous réserve de l'ordre public, le juge doit donner effet à toute mesure ordonnée par les arbitres, même si une même décision ne pourrait pas être ordonnée par un tribunal suisse. Si l'arbitre a condamné une partie au paiement provisoire d'une somme d'argent, le juge suisse peut

⁷¹⁷ D'un avis contraire, LALIVE / POUDRET / REYMOND, n° 9 ad art. 83 et HABSCHIED, IPRax 1989 p. 136

⁷¹⁸ WALTER / BOSCH / BRÖNIMANN, p. 149 et 150

⁷¹⁹ LALIVE / POUDRET / REYMOND, n° 10 ad art. 183; BUCHER, n° 209 p. 74

rendre cette décision exécutoire⁷²⁰, bien que le droit suisse ne connaisse pas ce type de mesure.

476. La LDIP ne désigne pas expressément l'autorité territorialement compétente pour apporter son concours aux mesures ordonnées par l'arbitre. Trois options sont concevables : Il pourrait s'agir du juge du siège du tribunal arbitral, auquel la LDIP attribue certaines compétences voisines (art. 184 al. 2 en matière de preuves par exemple), du juge qui serait normalement compétent à défaut de convention d'arbitrage⁷²¹ ou encore de celui du lieu où l'exécution de la mesure est nécessaire. Cette dernière solution est préférable. Le concours prêté par le juge est une forme d'exécution adaptée aux mesures provisoires arbitrales. La décision judiciaire intervient comme une simple mesure d'exécution. Elle doit donc être rendue là où elle doit prendre effet. Le cas échéant, on peut s'adresser simultanément à plusieurs autorités, si leur intervention est nécessaire, par exemple pour mettre en force une interdiction d'aliéner des biens entreposés à divers endroits. Constituant une mesure d'exécution, la décision du juge ne peut faire elle-même l'objet d'une seconde procédure d'exequatur.

477. La collaboration du juge peut être demandée par le tribunal arbitral si la partie visée ne se soumet pas spontanément à la mesure qui lui est intimée. Les arbitres jouissent donc de la faculté de provoquer la procédure d'exécution, quand bien même ils n'y ont aucun intérêt personnel. Cette qualité pour agir spéciale inclut sans doute également le pouvoir de recourir contre une décision du juge de première instance qui refuserait sans raison d'apporter sa collaboration. En revanche, il serait dangereux pour l'autorité de l'arbitre de l'assimiler à une simple partie dans la procédure étatique, opposée à l'une des parties à l'arbitrage⁷²². Les véritables parties sont les deux antagonistes dans la procédure arbitrale. Il en résulte notamment que l'arbitre n'a pas à alléguer ou à prouver que les conditions du concours du juge étatique sont réunies. Par son intervention, il certifie uniquement que la décision est exécutoire. En revanche, ce n'est pas à lui qu'il appartient d'apporter la preuve que les parties ont été entendues, que la décision est compatible avec l'ordre public suisse ou qu'il avait la compétence de la rendre. C'est le rôle des parties, entendues par le juge, de discuter les éventuels obstacles à l'intervention des autorités étatiques. L'arbitre peut fournir les explications que lui demande le juge, mais il n'a pas à prendre parti pour l'un ou l'autre des adversaires. Sa position de requérant nominal devant le juge ne l'oblige ni ne l'autorise à descendre dans l'arène.

478. Seules les parties ont un enjeu véritable dans la procédure devant le juge d'appui. L'arbitre, dans son impuissance à imposer ses décisions aux parties, ne fait que transmettre l'affaire à une autorité disposant du pouvoir étatique. La loi ne fait pas

⁷²⁰ WALDER, *IZVR*, p. 240, n° 39 in fine; WALTER / BOSCH / BRÖNIMANN, p. 149; contre LALIVE / POUDRET / REYMOND, n° 10 ad art. 183

⁷²¹ WALTER / BOSCH / BRÖNIMANN, p. 74

⁷²² LALIVE / POUDRET / REYMOND, n° 9 ad art. 183 LDIP

de la faculté offerte à l'arbitre de saisir le juge une compétence exclusive. Le bénéficiaire de la mesure provisoire, véritable intéressé à l'intervention de l'autorité, doit aussi pouvoir demander directement au juge qu'il collabore à l'exécution de la mesure ordonnée par les arbitres⁷²³. Dans cette hypothèse, l'arbitre doit avoir la possibilité de se prononcer sur la nécessité de la procédure d'exécution entamée par l'une des parties. La partie instante, ou à défaut le juge, l'informeront donc de la procédure.

CHAPITRE III MESURES PROVISOIRES DANS LA PROCÉDURE D'EXÉCUTION DE LA CONVENTION

479. La Convention présente la caractéristique unique d'unifier au niveau européen certaines règles de procédure d'exécution des décisions étrangères. Elle poursuit deux buts : simplifier la procédure et nantir le vainqueur de la procédure principale de l'avantage de la surprise dans la procédure d'exécution. Esquissées à grands traits, les règles principales de la procédure d'exécution de la Convention de Lugano sont les suivantes : la partie qui requiert l'exécution n'a pas besoin d'attendre que la décision soit définitive dans l'Etat d'origine. Même si elle fait l'objet d'une procédure de recours ordinaire, la décision peut être mise à exécution dans l'Etat requis. La procédure d'exécution se déroule en principe au domicile de la partie à l'encontre de laquelle elle est demandée. A défaut de domicile dans l'Etat requis, le juge du lieu d'exécution est compétent (art. 32 al. 2) *rationae loci*. Les autorités compétentes *rationae materiae* sont désignées par la Convention pour chacun des Etats membres (art. 32 al. 1). Le requérant doit faire élection de domicile dans le ressort de la juridiction saisie, ou, si le droit de procédure ne connaît pas cette institution, y désigner un mandataire (art. 33 al. 2). La première phase de la procédure est unilatérale (art. 34 al. 1), afin de ménager l'effet de surprise. Le juge statue d'office sur les motifs de rejet des art. 27 et 28. Si le juge ordonne l'exécution forcée de la décision, la partie contre laquelle elle est demandée peut faire recours auprès de l'autorité désignée par la Convention (art. 37 ch. 1). Le délai de recours, fixé conventionnellement, est d'un mois si l'intimé est domicilié dans l'Etat où l'exécution est requise, de deux mois s'il est domicilié à l'étranger (art. 36). L'intimé dispose encore d'un second recours (en Suisse par la voie du recours de droit public devant le Tribunal fédéral; art. 38 ch. 2). Lorsque la requête d'exécution a été refusée, la

⁷²³ D'un autre avis, LALIVE / POUURET / REYMOND, n° 9 ad art. 183 LDIP et BUCHER, p. 74 n° 208; WALTER / BOSCH / BRÖNIMANN, p. 150

Convention offre également au requérant le bénéfice de deux recours successifs (art. 40 ch. 1 et 41). Elle ne détermine cependant pas les délais de recours dans cette éventualité. En cas d'échec devant le juge de première instance, le requérant perd le bénéfice de l'effet de surprise. En effet, son adversaire doit être entendu dans la procédure de recours (art. 40 ch. 2). La Convention interdit encore la caution *judicatum solvi* motivée par le domicile ou la nationalité des parties (art. 45), et demande à l'Etat requis d'accorder l'assistance judiciaire à la partie qui bénéficierait d'une telle aide dans l'Etat d'origine (art. 44).

480. Lorsque l'exécution a été ordonnée en première instance, la Convention offre au requérant la possibilité de garantir immédiatement sa prétention par des mesures conservatoires. "La décision qui accorde l'exécution emporte l'autorisation de procéder à ces mesures" (art. 39 al. 2). Le requérant n'a donc pas à les demander spécialement, ni à établir que les conditions particulières du droit du for (urgence, péril grave et difficile à écarter, par exemple) sont réunies. De plus, les mesures conservatoires ainsi ordonnées n'ont pas à être validées par une procédure subséquente, même si le droit de l'Etat requis l'exige⁷²⁴. Ces mesures provisoires portent effet, jusqu'à la fin du délai de recours de un ou deux mois, le cas échéant jusqu'à la fin de la procédure de recours. Lorsque la décision fait ou peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire dans l'Etat d'origine, l'autorité de recours dans la procédure d'exécution peut suspendre la procédure d'exécution à la requête de l'intimé (art. 38 al. 1). Lorsque l'intimé n'a pas encore fait usage de son droit de recours dans l'Etat d'origine, l'autorité d'exécution peut lui impartir un délai pour le faire (art. 38 al. 1 in fine). Lorsque les autorités d'exécution choisissent de suspendre la procédure, les mesures conservatoires de l'art. 39 conservent leur validité. Alternativement, l'autorité de recours peut décider de procéder tout de même à l'exécution qu'elle subordonne toutefois à la constitution d'une garantie par le requérant (art. 38 al. 3).

481. La procédure d'exécution privilégie donc l'efficacité. En offrant d'emblée au requérant la possibilité de prendre des mesures conservatoires, la Convention empêche l'intimé de se dérober avant que les questions litigieuses relatives à l'exécution ou à la validité de la décision d'origine soient définitivement tranchées. Contrairement à l'opinion énoncée par la Cour dans l'arrêt *Denilauer*, ce système n'est pas nécessairement incompatible avec l'exécution d'une décision rendue au terme d'une procédure unilatérale. Une telle mesure n'est qu'une décision susceptible de faire l'objet d'un recours ordinaire dans l'Etat d'origine. Le débat contradictoire que le droit de chaque Etat contractant organise postérieurement correspond à la définition autonome de recours ordinaire au sens de la Convention. Par le jeu des art. 38 et 39, l'autorité d'exécution peut fort bien assurer l'exécution future, exiger des sûretés pour les dommages qui pourraient être causés à l'intimé, et permettre à celui-ci d'obtenir dans l'Etat d'origine, un débat contradictoire qui peut remettre rapidement en question et la décision première et les mesures conservatoires ordonnées dans l'Etat requis. Aussi bien l'efficacité de la procédure que le respect du principe contradictoire peuvent être sauvegardés par cette procédure d'exécution.

⁷²⁴ arrêt CJCE *Cappelloni et Aquilini c/ Pellmans* du 3 octobre 1985, Rec. 1985 p. 3147

482. L'insertion de ces règles de procédure dans l'ordre juridique suisse n'est pas sans provoquer quelques frictions dans la répartition des compétences entre cantons et Confédération⁷²⁵. La Convention oblige les cantons à organiser deux degrés de juridiction pour l'exequatur des décisions non pécuniaires, et une procédure unilatérale lors de la première instance. Ils doivent adapter les délais de recours, et ne peuvent se contenter d'une voie de recours extraordinaire, puisque l'intimé, qui n'a pas été entendu en première instance, doit pouvoir discuter en fait et en droit les conditions de l'exécution et faire valoir ses moyens de preuve en seconde instance. L'exécution des décisions pécuniaires demande également certaines adaptations au système de la LP. Selon le message du Conseil fédéral, la procédure de mainlevée définitive (art. 81 LP), bien que contradictoire, "respecte au mieux les buts de la Convention⁷²⁶". Telle est également l'opinion de GILLIÉRON⁷²⁷. En revanche, l'office fédéral de la justice a émis un commentaire explicatif à l'appui de l'entrée en vigueur de la Convention⁷²⁸, par lequel il recommande l'adoption d'une procédure unilatérale distincte de la procédure de mainlevée⁷²⁹.

483. A propos des mesures conservatoires, l'application de l'art. 39 Convention de Lugano suscite des controverses. Pour GILLIÉRON, une simple adaptation de la procédure de mainlevée définitive serait nécessaire. Selon le droit actuel, seul le créancier au bénéfice d'une décision de mainlevée provisoire peut obtenir une saisie provisoire ou un inventaire conservatoire des biens de son débiteur (art. 83 al. 1 LP). Cette faculté n'est pas prévue lors de la procédure de mainlevée définitive. Pour mettre le droit suisse de l'exécution forcée en harmonie avec l'art. 39 Convention, il suffirait d'offrir au créancier bénéficiant d'une mainlevée définitive, les mêmes mesures conservatoires que dans la procédure de mainlevée provisoire⁷³⁰.

484. Cette solution ne satisfait pas les auteurs qui exigent que l'effet de surprise voulu par la Convention soit préservé. Pour eux, la première phase de la procédure d'exécution et les mesures conservatoires mentionnées à l'art. 39 doivent résulter d'une procédure unilatérale. La procédure ordinaire de la mainlevée définitive, par sa nature contradictoire, ne correspond pas aux exigences de la Convention. Par conséquent,

⁷²⁵ En faveur d'une unification des règles de procédure au plan fédéral, VOGEL, *Europa und das schweizerische Zivilprozessrecht*, AJP 1992 p. 459

⁷²⁶ Mess. Convention p. 63

⁷²⁷ GILLIÉRON, *L'exequatur des décisions étrangères condamnant à une prestation pécuniaire ou à une prestation de sûretés selon la Convention de Lugano*, SJZ 1992 p. 125

⁷²⁸ FF 1991 IV 306 ss

⁷²⁹ Du même avis, LEUENBERGER, *Lugano-Übereinkommen: Verfahren der Vollstreckbarerklärung ausländischer "Geld"-Urteile*, AJP 1992 p. 966; SCHWANDER, *Bemerkungen zum Rundschreiben des Bundesamtes für Justiz vom 18. 10. 1991 betreffend das Lugano-Übereinkommen*, AJP 1992 p. 97; KELLERHALS, *Umsetzung des Lugano Übereinkommens ins kantonale Recht*, ZBJV 1992 p. 77 ss

⁷³⁰ GILLIÉRON, SJZ 1992 p. 127

d'autres solutions doivent être trouvées qui permettent l'octroi de mesures conservatoires sans que le débiteur n'en soit informé. Deux options sont proposées.

485. Selon l'Office fédéral de la justice, deux types de procédure d'exécution coexistent. Le créancier titulaire d'un titre exécutoire d'un autre Etat européen dispose de l'alternative suivante : en premier lieu, il peut introduire une procédure d'exécution forcée ordinaire selon les règles de la LP, en notifiant un commandement de payer à son adversaire, puis, en cas d'opposition, en demandant la mainlevée définitive. Dans cette hypothèse, le créancier renonce à l'effet de surprise accordé par la Convention. Si le débiteur est domicilié en Suisse, la LP ne lui permet pas d'obtenir de séquestre, ni aucune mesure conservatoire avant que le déroulement normal de la procédure lui permette de faire procéder à des mesures d'exécution forcée proprement dites (saisies, commination de faillite). En second lieu, le créancier doit pouvoir mettre en oeuvre, s'il le souhaite, une procédure unilatérale compatible avec la Convention et obtenir d'entrée de cause les mesures conservatoires de l'art. 39 Convention. Dans ce cas, le créancier demande au juge cantonal de mainlevée, agissant comme juge d'exequatur, de déclarer exécutoire le jugement étranger. La procédure doit être unilatérale. La décision du juge d'exequatur permet au créancier de demander un séquestre, même si les cas de séquestre de l'art. 271 LP ne sont pas réalisés⁷³¹.

486. Selon LEUENBERGER⁷³², le demandeur au bénéfice d'un titre exécutoire peut demander automatiquement un séquestre en vertu de la Convention, même si les conditions de la LP ne sont pas réunies. La Convention de Lugano crée ainsi un nouveau cas de séquestre pour garantir l'exécution d'un jugement pécuniaire en provenance d'un autre Etat contractant, et cela même si le débiteur est domicilié en Suisse. Pour WALTER⁷³³ en revanche, la décision de l'autorité de première instance d'exécuter le jugement étranger emporte autorisation de procéder directement à la saisie. Muni d'une décision d'exécution, le créancier pourrait s'adresser à l'office des poursuites, et obtenir la saisie des biens du débiteur, et cela en dehors de toute poursuite. En quelque sorte, la Convention créerait en droit suisse, une forme de saisie sans poursuite préalable. Bien entendu, la continuation de la poursuite et la réalisation des biens saisis ne pourraient se faire que lorsque la décision d'octroyer l'exécution est définitive.

487. Aucune de ces deux propositions ne satisfait pleinement. La Convention prévoit que la décision d'octroi de l'exécution emporte automatiquement autorisation de procéder à des mesures conservatoires. Or l'exécution d'un séquestre requiert nécessairement une seconde procédure pour obtenir de l'autorité de séquestre une autorisation de séquestre⁷³⁴. De plus, le séquestre doit être validé par l'introduction

⁷³¹ FF 1991 IV p. 310 à 313

⁷³² LEUENBERGER, AJP 1992 p. 965

⁷³³ WALTER, *Zur sicherungsvollstreckung gemäss art. 39 des Lugano-Übereinkommens*, ZBJV 1992 p. 90 ss

⁷³⁴ Walter, ZBJV 1992 p. 98

d'une poursuite dans un délai de dix jours, ce qui est incompatible avec les délais de recours contre la décision d'exécution. Le délai de l'art. 278 LP doit donc être suspendu jusqu'à la fin de la procédure d'exequatur. La solution de la saisie présente l'avantage de ne pas nécessiter une décision spéciale. Cependant, la saisie n'est jamais conçue dans le système de la LP comme une mesure conservatoire. Par conséquent, le débiteur ne peut pas s'en libérer en fournissant simplement des sûretés, ce qui devrait être le cas s'agissant d'une simple mesure conservatoire. La saisie ne prend fin que par le paiement ou par la réalisation forcée des biens saisis. Par conséquent, ses effets ne tombent pas automatiquement par le seul fait que le débiteur a triomphé dans la procédure de recours contre la décision accordant l'exécution. La LP ne prévoit aucune responsabilité à l'encontre du demandeur pour saisie injustifiée. Enfin, la saisie est un mode d'exécution spéciale qui est exclu si le débiteur est soumis à la voie de la faillite. Le sort d'une saisie qui serait ordonnée en application de l'art. 39 Convention dans la faillite subséquente du débiteur pose des difficultés trop importantes pour être résolues par la voie prétorienne. Par conséquent, en l'état actuel du droit suisse, les mesures conservatoires de l'art. 39 Convention ne peuvent être que des séquestres au sens des art. 271 ss LP. Seules ces mesures peuvent être appliquées directement sans de trop grands aménagements. Il serait souhaitable toutefois que le droit suisse soit adapté pour qu'il corresponde parfaitement aux exigences de la Convention. Cet aménagement pourrait avoir lieu à l'occasion de la réforme actuelle de la LP.

CONCLUSION

488. L'exécution forcée succède naturellement à l'action civile qui s'est terminée par un jugement condamnatore. Dans tous les ordres juridiques, la frontière n'est pas toujours très tranchée entre la procédure primaire qui aboutit au jugement et la procédure secondaire d'exécution. Les deux attributs de la justice civile - la balance et le glaive - se succèdent et s'interpénètrent sans solution de continuité. Phénomène hybride, les mesures provisoires et conservatoires participent aussi bien de la procédure primaire que de la procédure d'exécution. Elles se situent à la frontière qui sépare l'activité purement juridictionnelle du juge de l'exercice de la puissance publique.

489. En matière internationale, le franchissement des frontières accentue la distinction entre la procédure primaire et l'exécution. La nécessité d'une reconnaissance crée une césure qui existe dans une mesure moindre dans un système unitaire. Nous avons soutenu que les mesures provisoires se rattachent, à tout le moins pour les besoins du droit international privé, à la procédure primaire. Elles sont une forme particulière de l'exercice du droit d'action et sont susceptibles d'être reconnues et exécutées en dehors de leur Etat d'origine. Elles peuvent, comme un jugement ordinaire, exercer des effets en dehors de leur Etat d'origine. La tendance du droit de l'arbitrage, illustrée par la LDIP, de confier à des arbitres non investis de la puissance publique le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires qui devront nécessairement être reconnues par une autorité étatique est un indice en faveur de cette qualification.

490. Les mesures provisoires jouissent en droit international privé d'une certaine autonomie par rapport à l'action au fond. Elles peuvent être sollicitées dans un autre for que celui de la procédure principale. La LDIP et la Convention de Lugano interdisent d'ailleurs au juge de se déclarer incompétent en matière de mesures provisoires pour le seul motif qu'il n'est pas compétent au fond. L'autonomie des mesures provisoires s'exprime également lorsqu'il s'agit de qualifier leur objet. Leur qualification n'est pas subordonnée à l'action principale dont elles constituent un accessoire. Par conséquent, le régime de la reconnaissance et de la compétence directe des autorités est différent de celui de la procédure principale qu'elles accompagnent.

491. L'étude des mesures provisoires dans différents ordres juridiques montre que le même terme recouvre des réalités différentes. Cette disparité occasionne des difficultés lors de la collaboration internationale, puisque les conditions d'action et les effets des mesures provisoires varient considérablement d'un Etat à l'autre. A défaut d'une harmonisation matérielle, pour l'heure impossible, il convient de développer une notion des mesures provisoires adaptée aux situations internationales. Pour les besoins de l'application de la Convention de Lugano, la qualification autonome doit s'inspirer en particulier des objectifs visés par les mesures provisoires dans l'ensemble des ordres juridiques européens.

492. Puisqu'elles peuvent être ordonnées de manière indépendante, dans un autre for que celui de l'action au fond, les mesures provisoires sont nécessairement assujetties à des règles de compétence qui leur sont propres. L'art. 24 Convention et l'art. 10 LDIP sont des règles de conflits de juridiction d'un genre particulier. Tout d'abord, elles expriment une règle de droit matériel de procédure, puisqu'elles obligent le juge non saisi de l'action au fond de statuer au provisoire. Elles dérogent aux règles sur la litispendance, puisque l'existence d'une procédure au fond ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires soient ordonnées par une autre juridiction.

493. Ensuite, ces deux dispositions n'indiquent pas précisément quels sont les tribunaux compétents au provisoire. Contrairement à l'opinion de la doctrine majoritaire, nous avons soutenu que ces deux normes ne constituent pas un simple renvoi à un autre système juridique. L'art. 24 Convention n'est pas un renvoi au droit national des Etats membres et l'art. 10 LDIP ne réserve pas une compétence cantonale résiduelle. Aussi bien la LDIP que la Convention sont, dans les limites de leur champ d'application respectif, des codifications exhaustives des règles de compétence en matière internationale. L'imprécision des règles concernant la compétence en matière de mesures provisoires n'est pas l'indice d'une délégation à l'ordre juridique inférieur, mais l'expression de la théorie générale du for de nécessité.

494. Les procédures de mesures provisoires dans un contexte international soulèvent des questions épineuses de détermination du droit applicable. Il serait faux de les rattacher systématiquement à la *lex fori*. Bien au contraire, le droit applicable aux mesures provisoires correspond à la *lex causae* de l'action au fond, que ce soit pour l'appréciation anticipée des mérites de la prétention du demandeur ou pour le choix des mesures à disposition du juge.

495. La Convention de Lugano inaugure une ère nouvelle dans la coopération européenne en matière de justice civile. Les mesures provisoires seront appelées à jouer un rôle central dans l'édification d'un système de procédure européen efficace. La facilité d'accès aux tribunaux pour obtenir de telles mesures, et la reconnaissance automatique des décisions renforcent l'arsenal à disposition des plaideurs. Certaines cautions sont nécessaires toutefois pour éviter des abus. En premier lieu, le recours à des fors exorbitants pour obtenir des mesures provisoires doit être pros crit, conformément à la règle générale de l'art. 3 Convention. Ensuite, les législateurs devraient s'efforcer d'atténuer les disparités entre les règles nationales en matière de mesures provisoires, de manière à éviter que les parties ne se livrent au forum shopping pour obtenir les mesures les plus favorables.

496. La réglementation du séquestre de droit suisse est mal adaptée à la nouvelle procédure européenne pour trois raisons principales. En premier lieu, elle discrimine inutilement le défendeur domicilié à l'étranger, puisqu'elle prévoit un cas de séquestre "lorsque le débiteur n'habite pas en Suisse" (art. 271 ch. 4 LP). Ce traitement défavorable du débiteur domicilié à l'étranger n'est pas légitime lorsqu'en application de la Convention, l'exécution d'un jugement suisse contre lui peut être obtenue à son lieu de domicile aussi rapidement et facilement qu'il ne le serait en Suisse.

497. En second lieu, elle n'est pas assez efficace lorsque les biens à séquestrer sont dispersés. Forcé par la Convention de reconnaître et de mettre en oeuvre des mesures de séquestres ordonnées par des juges européens sur des biens en Suisse, le juge suisse est en revanche dans une position d'infériorité, puisqu'il ne peut ordonner de mesures conservatoires que sur les biens situés dans son ressort. Lorsque la situation du créancier est menacée, il conviendrait d'autoriser le juge suisse compétent à ordonner des séquestres où que se trouvent les biens, en Suisse et à l'étranger.

498. Enfin, les règles du séquestre ne sont pas absolument compatibles avec les exigences posées par le droit conventionnel qui exige que des mesures provisoires puissent être ordonnées pour assurer l'exécution d'une décision en provenance d'un Etat membre, sur la simple foi de la décision de première instance de l'autorité d'exécution (art. 39 Convention). Ce privilège accordé par la Convention aux jugements étrangers ne s'étend paradoxalement pas aux jugements suisses, qui ne permettent pas de séquestre si le défendeur est domicilié en Suisse.

499. De telles imperfections sont sans doute le prix inévitable à payer pour l'édification d'un système européen de coopération en matière de justice civile. L'ordre juridique suisse sera appelé de gré ou de force à s'adapter pour favoriser l'efficacité et l'harmonie des décisions de la justice civile. Pour édifier un système cohérent de circulation des décisions en matière civile sur le plan européen, le rôle de la jurisprudence sera déterminant. C'est à elle qu'il appartiendra d'éviter de dénaturer les règles de compétence conventionnelles par l'octroi de mesures provisoires qui privent l'action au fond de son but ou qui déplacent le combat judiciaire sur un terrain non autorisé par les règles de for de la Convention. Paradoxalement, c'est en acceptant généreusement et rapidement de reconnaître et d'exécuter les mesures provisoires étrangères, que les juges aboliront le besoin de recourir à des fors exorbitants.

BIBLIOGRAPHIE

- ACKMANN, HANS-PETER, *Ausländerarrest (Par. 917 Abs. 2 ZPO) bei Vollstreckung in einem EuGVÜ-Staat?* IPRax 1991 p. 166 à 168
- ACOCELLA, DOMENICO, *Internationale Zuständigkeit sowie Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen im schweizerisch - Italienisch Rechtsverkehr*, St Gall 1989
- ALBRECHT, CHRISTIAN, *Das EuGVÜ und der einstweilige Rechtsschutz in England und in der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1991
- ANCEL, BERNARD / LEQUETTE, YVES, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris 1987
- ANCEL, BERNARD, *Note sous TGI Paris du 29 juin 1988, de Dampierre c/ Dame Grenier*, Rev. crit. dr. int. priv. 1990 p. 342 à 346
- ANTON, *Private International Law, a Treatise from a Standpoint of Scots Law*, Edimbourg 1990
- AUDIT, BERNARD, *Droit international privé*, Paris 1991
- AUDIT, BERNARD, *Note sous Cass. Civ. du 2 mai 1990, République du Guatemala*, Rev. crit. dr. int. priv. 1991 p. 381 à 386
- BARIATTI, STEFANIA, *Note sous Cour de cassation italienne du premier avril 1985*, Riv. dir. int. priv. e proc. 1986 p. 819 à 853
- BASEDOW, JÜRGEN, *Europäisches Zivilprozessrecht - Allgemeine Fragen des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (GVÜ)*, in Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts (Max-Planck-Institut éd.), Tübingen 1982, p. 99 à 181
- BATIFFOL, HENRI / LAGARDE, PAUL, *Droit international privé*, (7e éd.) Paris, tome I 1981, tome II 1983
- BAUMBACH, ADOLF / LAUTERBACH, WOLFGANG / ALBERS, JAN / HARTMANN, PETER, *Zivilprozessordnung*, (50e éd.) Munich 1992
- BAUR, FRITZ, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen 1967
- BERAUDE, JEAN-PAUL, *Convention de Bruxelles*, Jurisclasseur de droit européen, fasc. 3060-634-53
- BERTI, STEPHEN, *Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtssprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Zurich 1989
- BERTI, STEPHEN, *Zum Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Luganer Übereinkommens*, FS Vogel, Fribourg 1991 p. 337 à 356
- BISCHOFF, JEAN-MARC, *Obs. sous Rüffer*, Clunet 1982 p 463 à 473
- BISCHOFF, JEAN-MARC, *Note sous Cass. Civ. du 29 mai 1990, Consorts Duvalier c/ Etat Haïtien*, Rev. crit. dr. int. priv. 1991 p. 388 à 390
- BLANC, EMMANUEL, *Les nouvelles procédures d'exécution*, Paris, 1991

- DI BLASE, ANTONIETTA, *Provvedimenti cautelari e Convenzione di Bruxelles*, Riv. dir. int. 1987 p. 5 à 39
- BLESSING, MARC, *Die neue Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, in *Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, 1, II (Böckstiegel éd.) Cologne, Berlin 1989, p. 13 à 98
- BORN, GARRY B. / WESTIN, DAVID, *International Civil Litigation in U.S. Courts*, Deventer, Boston 1989
- BROGGINI, GERARDO, *I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale : analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera*, Rivista dell'arbitrato 1991 p. 487 à 505
- BROGGINI, GERARDO, *Problèmes particuliers concernant les règles de compétence de la Convention de Lugano*, in *l'espace judiciaire européen* (CEDIDAC éd.) Lausanne 1992, p. 31 à 55
- BUCHER, ANDREAS, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle et Francfort-sur-le Main 1988
- BÜHLER, WALTER / SPÜHLER, KARL *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Die Ehescheidung*, Band II, 1. Abteilung, 1. Teilband, 2. Hälfte, (3e éd.) Berne 1980, Supplément par SPÜHLER, KARL / FREI-MAURER, SILVIA, Berne 1991
- BÜLOW / BÖCKSTIEGEL / MÜLLER / LINKE, *Der internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, sur feuilles mobiles à partir de 1973
- BYRNE-SUTTON, QUENTIN, *Le trafic international des biens culturels sous l'angle de leur revendication par l'Etat d'origine*, Zurich 1987
- CAMPEIS, GIUSEPPE / DE PAULI, ARRIGO, *La procedura civile internazionale*, Padova 1991
- CHESHIRE / NORTH, *Private International Law*, (11e éd.) Londres 1987
- COLLINS, LAWRENCE, *Provisional Measures, the Conflict of Laws and the Brussels Convention*, Yb. Eur. L. 1981 p. 249 à 265
- COLLINS, LAWRENCE, *The civil Jurisdiction and Judgment Act 1982*, Londres 1983
- COLLINS, LAWRENCE, *The Hague Evidence Convention and Discovery*, ICLQ 1986 p. 765 à 787
- COLLINS, LAWRENCE, *The Territorial Reach of Mareva Injunctions*, L.Q.R. 1989 p. 262 à 299
- COLLINS, LAWRENCE, *Forum non Conveniens and the Brussels Convention*, L.Q.R. 1983 p. 279 à 340
- COLLINS, LAWRENCE, *Forum non Conveniens and the Brussels Convention*, L.Q.R. 1990 p. 535 à 539
- CONSOLO, CLAUDIO, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles : la "circolazione" comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, Riv. dir. int. priv. e proc. 1991 p. 593 à 628
- COUCHEZ, GÉRARD, *Note sous Cass. Civ. du 6 novembre 1979, Nassibian*, Rev. crit. dr. int. priv. 1980 p. 590 à 597
- COUCHEZ, GÉRARD, *Le référé-provision, mesure ou démesure*, Mélanges Reynaud, Paris 1985, p. 161 à 174

- COUCHEZ, GÉRARD, *Note sous Cass. Civ. du 6 décembre 1989, Fahim c/ Saudi investment Bank*, Rev. crit. dr. int. priv. 1990 p. 547 à 549
- DALHUISEN, *Creditors' Remedies and the Conflict of Law in the European Community*, in FS Riesenfeld, Heidelberg 1983 p. 1 à 29
- DELAPORTE, VINCENT, *Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé*, in Travaux du comité français de droit international privé, années 1987-1988, Paris 1989, p. 147 à 170
- DEHAUSSY, JACQUES, *Le statut de l'Etat étranger demandeur sur le for français: Droit international coutumier et droit français*, Clunet 1991 p. 109 à 129
- DICEY / MORRIS, *Conflict of Laws*, (11e éd. par COLLINS, LAWRENCE), Londres 1987, Supplément 1989
- DITTMAR, ROLF, *Der Arrestgrund der Auslandsvollstreckung*, NJW 1978 p. 1720 à 1723
- DOMINICÉ, CHRISTIAN, *Quelques observations sur la question des mesures conservatoires dans les arbitrages CIRDI*, SJ 1990 p. 327 à 336
- DROZ, GEORGES A. L. *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Paris 1972
- DROZ, GEORGES A. L. *Note sous Eurocontrol I*, Rev. crit. dr. int. priv. 1977 p. 776 à 785
- DROZ, GEORGES A. L. *Obs. sous de Cavel*, Rev. crit. dr. int. priv. 1982, p. 942 à 948
- DROZ, GEORGES A. L. *Note sous CJCE G.W.H. c/ G.J.H.* Rev. crit. dr. int. priv. 1984, p. 354 à 361
- DROZ, GEORGES A. L. *La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano*, Rev. crit. dr. int. priv. 1990, p. 1 à 21
- DUTOIT / KNOEPFLER / SCHWEIZER / SIEHR, *Pollution transfrontière, Tschernobyl / Schweizerhalle*, Beihefte zur ZSR n° 9, 1988
- DUTOIT, BERNARD, *Le nouveau droit international privé suisse de la famille*, (CEDIDAC éd.) Lausanne 1988, p. 27 à 58
- EBB, LAWRENCE F. *Flight of Assets from Jurisdiction "in the Twinkling of a Telex": Pre- and Post-Award conservatory Relief in International Commercial Arbitrations*, Jour. Int. Arb. 1990, 1, p. 9 à 36
- EILERS, ANKE, *Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im Europäischen Zivilrechtsverkehr : internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung*, 1991
- EHRICKE, ULRICH, *Zur teleologischen Reduktion des Par. 917 II ZPO*, NJW 1991 p. 2189 à 2192
- ESTOUP, PIERRE, *La pratique des procédures rapides*, Paris 1990
- FLÉCHEUX, Rev. Arb. 1985 p. 449
- FLÉCHEUX, Rev. Arb. 1987 p. 317
- FOSCEANU, LAZAR, *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions civiles et commerciales dans la Communauté économique européenne*, Paris 1982
- FREYRIA, CH., *note sous Cass. du 3 novembre 1952, Epoux Martin c/ Banque d'Espagne*, Rev. crit. dr. int. 1953 p. 427 à 432

- GAJA, GIORGIO, *International Commercial Arbitration*
- GAILLARD, EMMANUEL, *Clunet* 1985 p. 934
- GAILLARD, EMMANUEL, *Clunet* 1987 p. 127
- GAILLARD, LOUIS, *Les mesures provisionnelles en droit international privé*, *SJ* 1993 p. 141 à 164
- GAUDEMET-TALLON, HÉLÈNE, *Le "forum non conveniens", une menace pour la convention de Bruxelles?* *Rev. crit. dr. int. priv.* 1991 p. 491 à 524
- GEE, STEVEN, *Mareva Injunctions and Anton Piller Relief*, Londres 1990
- GEIMER, REINHOLD / SCHÜTZE, ROLF A. *Internationale Urteilsanerkennung*, Munich 1983, volume 1: *Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, Munich 1984, volume 2: *Allgemeine Grundsätze und autonomes deutsches Recht*
- GEIMER, REINHOLD, *The European Civil Procedure under the Bruxelles Convention*, Festschrift ERNST STIEFEL, Munich 1987, p. 219 à 246
- GEIMER, REINHOLD, *Ungeschriebene Anwendungsgrenzen des EuGVÜ: Müssen Berührungspunkte zu mehreren Vertragsstaaten bestehen ?* *IPRax* 1991 p. 31 à 35
- GILLIÉRON, PIERRE-ROBERT, *L'exequatur des décisions étrangères condamnant à une prestation pécuniaire ou à une prestation de sûretés selon la Convention de Lugano*, *SJZ* 1992 p. 117 à 129
- GLOOR, ALAIN, *Vorsorgliche Massnahmen im Spannungsfeld vom Bundesrecht und kantonalen Zivilprozessrecht*, Zurich 1982
- GOLDMAN, BERTHOLD, *Un traité fédérateur : La Convention entre les Etats membres de la C.E.E. sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, *Rev. trim. dr. europ.* 1971 p. 1 à 39
- GOTHOT / HOLLEAUX *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris 1985
- GROSSEN, JACQUES-MICHEL, *La responsabilité du tiers complice de la violation du contrat*, *FS Schönenberger*, p. 121
- GRUNSKY, *Lex fori und Verfahrensrecht*, *ZZP* 1976 p. 241 à 259
- GRUNSKY, *EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, *RIW* 1977 p. 1 à 9
- GULDENER, MAX, *Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zurich 1951, Supplément 1959
- GULDENER, MAX, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, (3e éd.) Zurich 1979
- HABSCHIED, WALTHER J. (ÉD.), *Der justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten*, Bielefeld 1986
- HABSCHIED, WALTHER J. *Einsüweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte nach dem schweizerischen Gesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)*, *IPRax* 1989 p. 134 à 137
- HABSCHIED, WALTHER J. *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, (2e éd.) Bâle et Francfort-sur-le-Main 1990
- HANISCH, HANS, *Internationale Arrestzuständigkeit und EuGVÜ*, *IPRax* 1991 p. 215 à 218

- HARTLEY, TREVOR C. *Civil Jurisdiction and Judgments*, Londres 1984 HARTLEY, TREVOR C. *Comity of Antisuit Injunctions in International Litigation*, Am. J. Comp. L. 1987 p. 487 à 511
- HAUSMANN, RAINER, *Zur Anerkennung und Vollstreckung von Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im Rahmen des EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens*, IPRax 1981 p. 79 à 82
- HEISS, BERNHARD-RUDOLF, *Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Zivilrechtsverkehr*, Berlin 1897
- HENRICH, DIETER, *Die gerichtliche Zuweisung der Ehwohnung an einen Ehegatten in Fällen mit Auslandsberührung*, FS Ferid. 1988 p. 147 à 162
- HERBOTS, J. / KREMLIS, G. *La Convention parallèle concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale*, Cahiers de droit européen 1990 p. 3 à 18
- HÉRON, JACQUES, *Droit judiciaire privé*, Paris 1991
- HOGAN, GERARD, *The Judgments Convention and Mareva Injunctions in the United Kingdom and Ireland*, E.L.R. 1989 p. 191 à 200
- HOHL, FABIENNE, *L'exécution anticipée "provisoire" des droits privés*, AJP 1992 p. 570 à 590
- HOLLEAUX, DOMINIQUE / FOYER, JACQUES / GEOUFFRE DE LA PRADELLE, GÉRAUD, *Droit international privé*, Paris 1987
- HUET, ANDRÉ, *Compétence internationale des tribunaux français*, Jurisclasseur de droit international, fasc. 581-B, Paris 1987
- HUET, ANDRÉ, *Note sous TGI Nice du 25 juillet 1980, Fayad c/ Nasrollah*, Clunet 1982 p. 162 à 169
- HUET, ANDRÉ, *Obs. sous CJCE Denilauer c/ Couchet frères*, Clunet 1980 p. 939 à 948
- HUET, ANDRÉ, *Obs. sous CJCE du 31 mars 1982, C.H.W. c/ G.J.H.* Clunet 1982, p. 942 à 948
- HUET, ANDRÉ, *Note sous Aix-en-Provence du 25 avril 1988, Etat Haïtien et autres c/ Jean-Claude Duvalier*, Clunet 1988 p. 785 à 793
- HUET, ANDRÉ, *Obs. sous Paris du 17 novembre 1987 Menegatti c/ Società metallurgica Nava Stefano e Giuseppina*, Clunet 1989 p. 96 à 100
- HUET, ANDRÉ, *Obs. sous CJCE Dumez*, Clunet 1990 p. 498 à 503
- JACOT-GUILLARMOD, OLIVIER, *L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire : aspects normatifs et judiciaires*, in *Le droit suisse et le droit communautaire, convergences et divergences*, Zurich 1990, p. 1 à 20
- JACOT-GUILLARMOD, OLIVIER, *Droit international et droit communautaire dans le futur Traité instituant l'E.E.E.* RSDIE 1991, p. 59 à 80
- JAMETTI GREINER, MONIQUE, *Überblick zum Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen*, ZBJV 1992 p. 42 à 76
- JARVIN, SIGGVARD, *Is exclusion of concurrent courts' jurisdiction over measures to be introduced by a revision of the New York Convention*, Journal of International Arbitration 1989, 1, p. 171 à 180

- KAISER, THOMAS, *Mareva Injunction: Höhepunkt überschritten*, ZfRV 1988 p. 194 à 201
- KAISER, THOMAS, *Neuere Entwicklungen zur Mareva Injunction*, ZfRV 1988 p. 254 à 258
- KAYE, PETER, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abington 1987
- KAYE, PETER, *Extraterritorial Mareva Orders and the Relevance of Enforceability*, Civil Justice Law Quarterly 1990 p. 12 à 16
- KEGEL, GERHARD, *Internationales Privatrecht*, (6e éd.) Munich 1987
- KELLERHALS, FRANZ, *Umsetzung des Lugano Übereinkommens ins kantonale Recht*, ZBJV 1992 p. 77 à 89
- KELLER, MAX / SIEHR, KURT, *Allgemeine Lehre des internationalen Privatrecht*, Zurich 1986
- KNOEPFLER, FRANÇOIS / SCHWEIZER, PHILIPPE, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, in *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, Lausanne 1984, p. 221 à 234
- KNOEPFLER, FRANÇOIS / SCHWEIZER, PHILIPPE, *Précis de droit international privé suisse*, Berne 1990
- KNOEPFLER, FRANÇOIS / SCHWEIZER, PHILIPPE, *La Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987*, FJS 237 à 241, Genève 1992
- KOHL, BERTHOLD JOHANNES, *Vorläufiger Rechtsschutz im internationalen Handelsschiedsverfahren*, Francfort-sur-le Main 1990
- KREN, JOLANTA, *Anerkennbare und Vollstreckbare Titel nach IPR-Gesetz und Lugano Übereinkommen*, FS Oskar Vogel, p. 419 à 463
- KRINGS, E. *L'application de la Convention de Bruxelles de 1968 par la Cour de justice des Communautés Européennes*, cahiers de droit européen 1981 p. 151 à 189
- KROPHOLLER, JAN, *Internationale Zuständigkeit*, in *Hdb IZVR*, Bd I Kap. III p. 183 à 533, Tübingen 1982
- KROPHOLLER, JAN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, (3e éd.) Heidelberg 1991
- KROPHOLLER, JAN, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 1990
- LAGARDE, PAUL, *Note sous TGI Marseilles du 28 juin 1977*, *Boniteau c/ Soc. Lloyd Triestino*, Rev. crit. dr. int. priv. 1979 p. 100 à 102
- LALIVE, PIERRE, *Le chapitre 12 de la loi fédérale sur le droit international privé: L'arbitrage international*, (CEDIDAC éd.), Lausanne 1988, p. 205 à 232
- LALIVE, PIERRE / PLOUDRET, JEAN-FRANÇOIS / REYMOND, CLAUDE, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989
- LEIPOLD, DIETER, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, Munich 1971
- LEUENBERGER, *Lugano-Übereinkommen: Verfahren der Vollstreck-barerklärung ausländischer "Geld"-Urteile*, AJP 1992 p. 965 à 973
- LINKE, HARTMUT, *EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsüber-einkommen*, RJW 1991, Beilage 5
- LIPSTEIN, KURT, *A New English Procedural Remedy - Mareva Injunctions*, FS Vischer p. 73 à 82
- LOUSSOUARN, YVON / BOUREL, PIERRE, *Droit international privé*, (3e éd.) Paris 1988
- LYON-CAEN, GÉRARD / PELLISSIER, JEAN, *Droit du travail*, (14e éd.) Paris, 1988

- MANKOWSKI, PETER, *Zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung in Par. 917 Abs. 2 ZPO*, RIW 1991 p. 181 à 188
- MANN, F. A. *Zur Anerkennung summarischer Verfahren des englischen Rechts*, IPRAx 1984 p. 44 et 45
- MARCAIS, BERTRAND, *Mesures provisoires et autonomie du système d'arbitrage CIRDI*, DPCI 1988 p. 275 à 304
- MARTINY, DIETER, *Autonome und einheitliche Auslegung im Europäischen Internationalen Zivilprozessrecht*, Rabelz 1981, p. 440
- MARTINY, DIETER, *Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach Autonomem Recht*, in Hdb IZVR, Band III/1 Kap. I; *Anerkennung nach multilateralen Staatsverträgen*, Band III/2 Kap. II, Tübingen 1984
- MATILE, JACQUES, *Les mesures provisionnelles ordonnant l'exécution et la garantie d'obligations de "donner"*, Etude de l'art 40 CPC à la lumière du droit fédéral, JT 1957 III p. 98 à 111
- MATSCHER, *Vollstreckung im Auslandsverkehr von vorläufig vollstreckbaren Entscheidungen und von Massnahmen des provisorischen Rechtsschutzes*, ZZP 1982 p. 170 à 235
- MAURO, JACQUES, *note sous Versailles du 27 juin 1979, Société Verkor c/ Tron*, Gaz. Pal. 1979, 2, p. 455 et 456
- MAYER, PIERRE, *Droit international privé*, (4e éd.) Paris 1991
- VON MEHREN, ARTHUR TAYLOR, *Adjudicatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated*, Boston University Law Review 1983 p. 279 à 340
- MEIER, ISAAK, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, Zurich 1983
- MEIER, ISAAK, *Besondere Vollstreckungstitel nach dem Lugano Übereinkommen*, in *Das Lugano Übereinkommen*, (SCHWANDER, IVO éd.) St Gall 1990 p. 157 à 211
- MEZGER, ERNEST, *Note sous TGI Nanterre du 9 octobre 1978, Tron c/ Soc. Verkor*, Rev. crit. dr. int. priv. 1979 p. 130 à 133
- MINOR, JACQUELINE, *The Lugano Convention : Some Problems of Interpretation*, CMLR 1990, p. 507 à 519
- MORBACH, BERTRAM, *Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsachen*, Francfort-sur-le Main 1988
- MUIR-WATT, HORATIA, *Note sous Banque Camérounaise de développement c/ Soc. des établissements Rolber*, Cass. Civ. du 18 novembre 1986, Rev. crit. dr. int. priv. 1987 p. 775 à 786
- NIBOYET-HOEGY, MARIE-LAURE, *L'action en justice en droit international privé*, Paris 1986
- NORMAND, JACQUES, *Obs. sous Cass. Civ. du 17 novembre 1981*, Rev. trim. dr. civ. 1982 p. 463
- NORMAND, J. / BALATE, E, *Relations transfrontalières et consommation: Quelles juges(s) et quelle(s) loi(s) ? cahiers de droit européen*, 1990 p. 272 à 351
- OBERLOSKAMP, HELGA, *Haager Minderjährigenschutzabkommen*, Cologne 1983
- O'MALLEY, STEPHEN / LAYTON, ALEXANDER, *European Civil Practice*, Londres 1989
- OPPÉTIT, B. *Note sous Cass. Civ. du 20 mars 1989, The General Authority for supply commodity Coiro-Estram c/ Ipitrade International*, Clunet 1989 p. 1047 à 1050

- OUAKRAT, PHILIPPE, *L'arbitrage commercial international et les mesures provisoires*, DPCI 1988 p. 239 à 273
- OUAKRAT, PHILIPPE, *Note sous Cass. Civ. du 20 mars 1989, République islamique d'Iran*, Clunet 1990 p. 1009 à 1016
- VON OVERBECK, ALFRED E. *Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse*, in *Le nouveau droit international privé suisse* (CEDIDAC éd.), Lausanne 1988, p. 59 à 78
- PATOCCHI, PAOLO MICHELE, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers selon la Convention de Lugano du 16 septembre 1988*, in *L'espace judiciaire européen* (CEDIDAC éd.), Lausanne 1992, p. 91 à 151
- PELET, VINCENT, *Mesures provisoires: droit fédéral ou droit cantonal?* Lausanne 1987
- PERRET, FRANÇOIS, *La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers à Genève*, SJ 1983 p. 241 à 272
- PERROT, ROGER, *Obs. sous Cass. Civ. du 17 novembre 1981*, Rev. trim. dr. civ. 1982 p. 474
- PERROT, ROGER, *Les mesures provisoires en droit français*, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milan 1985, p. 149 à 179
- PERROT, ROGER, *Obs. sous Cass. Civ. du 24 janvier 1990*, Rev. trim. dr. civ. 1990 p. 566
- PERROT, ROGER, *Obs. sous Cass. Civ. du 16 mai 1990*, Rev. trim. dr. civ. 1991 p. 175
- PETITPIERRE, MAX, *La reconnaissance et l'exécution des jugements civils étrangers*, Neuchâtel 1924
- FILTZ, BURGHARD, *Die Zuständigkeitsordnung nach dem EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen*, NJW 1979 p. 1071 à 1075
- POUDRET, JEAN-FRANÇOIS / WURZBURGER, ALAIN / HALDY, JACQUES, *Code de procédure vaudois annoté*, (3e éd.) Lausanne 1991
- ROUHETTE, GEORGES, *L'influence en France de la science allemande du procès civil et du code de procédure allemand*, in (HABSCHEID éd.) *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld 1991 p. 159 à 199
- SAUVEPLANE, J. G. *Kodizill und Kort Geding. Oder: Ungelöste Qualifikationsprobleme*, IPRax 1983 p. 65 à 67
- SCHACK, HAIMO, *Widersprechende Urteile: Vorbeugen ist besser als Heilen*, IPRax 1989 p. 139 à 142
- SCHACK, HAIMO, *Internationales Verfahrensrecht*, Munich 1991
- SCHLOSSER, PETER, *Zum Begriff "Zivil- und Handelssachen" in Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ*, IPRax 1981, p. 154 et 155
- SCHLOSSER, PETER, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Berlin 1985
- SCHLOSSER, PETER, *Grenzüberschreitende Vollstreckung von Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im EuGVÜ-Bereich*, IPRax 1985 p. 321 et 322
- SCHLOSSER, PETER, *Einstweiliger Rechtsschutz durch Staatliche Gerichte im Dienste der Schiedsgerichtsbarkeit*, ZZP 1986 p. 220
- SCHLOSSER, PETER, *The 1968 Brussels Convention and Arbitration*, Riv. dir. int. priv. e proc. 1989 p. 545

- SCHLOSSER, PETER, *Gläubigeranfechtungsklage nach französischem Recht und Art. 16 EuGVÜ*, IPRax 1991 p. 29 à 31
- SCHNITZER, ADOLF, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, (4e éd.) Bâle 1957-1958
- SCHÜPBACH, HENRI-ROBERT, *Essai panoramique de définition de la reconnaissance et de l'exequatur en matière civile*, RJN 1992 p. 9 à 60
- SCHÜTZE, ROLF, *Die Berücksichtigung der Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens nach dem EuG-Übereinkommen*, RIW 1975 p. 78
- SCHWANDER, IVO, *Das Internationale Familienrecht der Schweiz*, II volumes, St Gall 1985
- SCHWANDER, IVO, *Die Handhabung des neuen IPR-Gesetzes über das internationale Privatrecht*, (HANGARTNER éd.) St Gall 1988 p. 11 à 89
- SCHWANDER, IVO, *Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung im neuen IPR-Gesetz*, in *Kartellrecht auf neuer Grundlage* (Zäch éd.) Berne, Stuttgart 1989, p. 371 à 397
- SCHWANDER, IVO, *Das UWG im grenzüberschreitenden Verkehr*, in *Das UWG auf neuer Grundlage*, Berne, Stuttgart 1989 p. 161 à 186
- SCHWANDER, IVO, *Einführung in das internationale Privatrecht, Allgemeiner Teil*, (2e éd.) St Gall 1990
- SCHWANDER, IVO, *Internationales Privatrecht und internationales Zivilprozessrecht*, in *Le droit suisse et le droit communautaire, convergences et divergences*, Zurich 1990, p. 583 à 600
- SCHWANDER, IVO, *Rechtsprechung zum internationalen Vertragsrecht*, RSDIE, 1991 p. 279
- SCHWANDER, IVO, *Bemerkungen zum Rundschreiben des Bundesamtes für Justiz vom 18. 10 1991 betreffend das Lugano-Übereinkommen*, AJP 1992 p. 97 et 98
- SCHWEIZER, PHILIPPE / GUYOT, OLIVIER, *L'exception de litispendance et l'arbitrage international*, in *Le juriste suisse face au droit et aux jugements étrangers*, Fribourg 1988, p. 71 à 87
- SMIT, HANS, *Les conflits de juridiction en procédure civile*, *Revue internationale de droit comparé* 1990, p. 871 à 884
- SOLUS, HENRY / PERROT, ROGER, *Droit judiciaire privé*, Paris 1991, tome 3: *Procédure de première instance*
- STAEHELIN, ADRIAN, *Das neue Bundesgesetz über das internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung : ZPO / Vollstreckung*, BJM 1989, p. 169 à 182
- STACH, PATRICK, *Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und St. Gallischem Zivilprozessrecht*, St. Gall 1991
- STEIN / JONAS / GRUNSKY, WOLFGANG, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, (20e éd.) Tübingen 1988
- STOFFEL, WALTER, *Ausschliessliche Gerichtsstände des Lugano-Übereinkommens und SchKG-Verfahren, insbesondere Rechtsöffnung, Widerspruchsklage und Arrest*, FS Vogel, Fribourg 1991, p. 357 à 394
- STOJAN, TEDDY SVATOPLUK, *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in Handelssachen*, Zurich 1986
- STONE, P. A. *The Lugano Convention on Civil Jurisdiction and Judgments*, 1988 Yb. Eur. L. p. 105 à 119

- STRÄULI, HANS / MESSMER, GEORG, *Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung*, Zurich 1976
- STÜRNER, ROLF, *Das ausländische Beweissicherungsverfahren*, IPRax 1984 p. 299 à 301
- SYNAY CYTERMANN, ANNE, *Note sous Cass. Civ. du 29 février 1984, Soc. Veronas Investment Corporation c/ E.D.F.* Rev. crit. dr. int. priv. 1985 p. 548 à 551
- SZASZY, *International Private Procedure*, Leyden 1967
- TARAGAS, H. *Note sous Dumez-France*, Cahiers de droit européen, 1990 p. 695
- THOMANN, FÉLIX, *Vorsorgliche Massnahmen in neuen Kartellgesetz*, in *Kartellrecht auf neuer Grundlage*. (Zäch éd.) Berne, Stuttgart 1989, p. 119 à 134
- THOMAS, RHIDIAN, *The Arbitration Exclusion in the Brussels Convention 1968: An English Perspective*, Jour. Int. Arb. 1990, 3, p. 43 à 52
- VERHEUL, *Note sous Cour d'appel d'Amsterdam*, NILR 1975 p. 206
- VERHEUL, *Rechtsmacht in het Nederlandse Internationaal Privatrecht*, Antwerpen-Apeldoorn 1982
- VINCENT, JEAN / PRÉVAUT, JACQUES, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, (16e éd.) Paris 1987
- VINCENT, JEAN / GUINCHARD, SERGE, *Procédure civile*, (22e éd.) Paris 1991
- VISCHER, FRANK, *Note sous ATF Christian Dior*, ATF 114 II 91, ASDI 1989 p. 379
- VISCHER, FRANK, *Das internationale Vertragsrecht nach dem neuen schweizerischen IPR-Gesetz*, BJM 1989 p. 183 à 208
- VISCHER, FRANK, *Der ausländischer Staat als Kläger*, IPRax 1991 p. 209 à 215
- VIZIOZ, *Obs. sous Rég. du 20 janvier 1941*, Rev. trim. dr. civ. 1940-41 p. 493
- VOGEL, OSKAR, *Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes*, SJZ 1980 p. 89 à 100
- VOGEL, OSKAR, *Europa und das schweizerische Zivilprozessrecht*, AJP 1992 p. 459 à 465
- VOLKEN, PAUL, *Rechtshilfe und andere besondere Fragen innerhalb des Erkenntnisverfahrens*, in *Die allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht*, (Schweizerischen Institut für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen éd.), St Gall 1988, p. 115 à 152
- VOLKEN, PAUL, *Rechtsprechung zum Lugano Übereinkommen (1990)*, RSDIE 1991 p. 81 à 142
- VOLKOMMER, MAX, *Zum Lizenzerteilungsstreit im Bundesligafussball*, NJW 1983 p. 726 et 727
- WALDER, HANS-ULRICH / MEIER, ISAAK, *Vorsorgliche Massnahmen ausländischer Gerichte unter dem neuen IPR-Gesetz*, SJZ 1987 p. 238 à 242
- WALDER, HANS-ULRICH, *Direkte Zuständigkeit der Schweizerischen Gerichte*, in *Die allgemeinen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht*, (SCHWEIZERISCHEN INSTITUT FÜR VERWALTUNGSKURSE AN DER HOCHSCHULE ST. GALLEN ÉD.) St-Gall 1988, p. 153 à 212
- WALDER, HANS-ULRICH, *Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zurich 1990
- WALDER, HANS-ULRICH, *Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen*, in *das Lugano Übereinkommen*, (SCHWANDER ÉD.) St Gall 1990 p. 135 à 155

- WALDER, HANS-ULRICH, *Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile*, ZJP 1990 p. 322 à 347
- WALTER, GERHARD, ZJP 1992 p. 48
- WALTER, GERHARD, *Die internationale Zuständigkeit Schweizerischer Gerichte für "vorsorgliche Massnahmen" - oder: Art. 10 IPRG und seine Geheimnisse*, AJP 1992 p. 61 à 65
- WALTER, GERHARD, *Zur Sicherungsvollstreckung gemäss Art. 39 Lugano Übereinkommen*, ZBJV 1992 p. 77
- WEBER, HELMUT, *Der Streit um die vorläufige Zuweisung der Ehemohnung während bestehender Ehe*, IPRax 1990 p. 95 à 98
- WELTER, REINHARD, *Zwangsvollstreckung und Arrest in Forderungen - insbesondere Kontenpfändung - in Fällen mit Auslandsberührung*, Francfort-sur-le-Main, 1988
- WENGER, WERNER, *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, BJM 1989 p. 337 à 359
- WENGLER, *Internationales Privatrecht*, Berlin 1981
- WENGLER, WILHELM, *Fehlendes Rechtsschutzinteresse wegen Unmöglichkeit der Vollstreckung der Entscheidung durch das international zuständige deutsche Gericht?* IPRax 1991 p 42 et 43
- WESER, MARTHA, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions; complétée par l'étude des droits internes et des traités bilatéraux des Etats contractants*, Bruxelles, Paris 1975
- WESTIN, DAVID / CHROCZIEL, PETER, *Interim Relief Awarded by U.S. and German Courts in Support of Foreign Proceedings*, Columbia Journal of Transnational Law 1990 p. 723 à 746
- ZÖLLER / VOLLKOMMER, MAX, *Zivilprozessordnung*, (16e éd.) Cologne 1990

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|-----|
| ABRÉVIATIONS | VII |
| INTRODUCTION | 1 |
| TITRE I GÉNÉRALITÉS, RÈGLES APPLICABLES ET DÉFINITIONS | 5 |
| CHAPITRE I SOURCES DES RÈGLES DE CONFLITS | 5 |
| A. Loi fédérale sur le Droit International Privé (LDIP) | 5 |
| B. La Convention de Lugano | 8 |
| CHAPITRE II LA NOTION DE MESURES PROVISOIRES | 15 |
| A. Généralités | 15 |
| B. La notion de mesures provisoires dans la Convention de Lugano | 17 |
| 1. Interprétation comparative | 20 |
| <i>a. Droit français</i> | 22 |
| <i>b. Droit allemand</i> | 35 |
| <i>c. Droit anglais.</i> | 41 |
| 2. Synthèse | 52 |
| C. La notion de mesures provisoires dans la LDIP | 62 |
| CHAPITRE III CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL DES RÈGLES DE CONFLIT APPLICABLES AUX MESURES PROVISOIRES | 66 |
| A. Rapport international | 67 |
| B. Champ d'application matériel | 73 |
| 1. Qualification de l'objet des mesures provisoires .. | 74 |
| 2. Matière civile et commerciale selon la Convention de Lugano | 77 |
| 3. L'application de la LDIP au droit privé | 80 |
| 4. La notion de mesures provisoires de droit privé .. | 84 |
| C. Matières exclues par la Convention de Lugano | 87 |
| 1. Généralités | 87 |
| 2. En droit de la famille | 87 |
| 3. En droit de l'arbitrage | 89 |
| D. Rapports entre la LDIP et la Convention | 92 |
| TITRE II COMPÉTENCE DIRECTE DES AUTORITÉS | 97 |
| CHAPITRE I GÉNÉRALITÉS | 97 |

| | |
|--|-----|
| CHAPITRE II COMPÉTENCE POUR ORDONNER DES MESURES PROVISOIRES SELON LA CONVENTION DE LUGANO | 104 |
| A. Rapports entre mesures provisoires et procédure au fond | 104 |
| B. Compétence directe selon l'art. 24 Convention | 107 |
| 1. Les règles de for de la Convention | 107 |
| 2. Critique de la doctrine majoritaire | 110 |
| C. Compétences exclusives (art. 16) et prorogation de for . . | 118 |
| 1. Compétence pour ordonner des mesures provisoires en cas de compétence exclusive pour la procédure au fond | 119 |
| 2. Compétence pour ordonner des mesures provisoires en cas de prorogation de for | 122 |
| D Litispendance et autorité de chose jugée | 125 |
| 1. Litispendance selon l'art. 21 Convention | 125 |
| 2. Autorité de la chose jugée | 130 |
| E. Compétence pour ordonner la modification et la levée des mesures provisoires | 132 |
| | |
| CHAPITRE III COMPÉTENCE DES AUTORITÉS SELON LA LDIP | 133 |
| A. Règle générale | 133 |
| B. Droit matrimonial et successoral | 140 |
| C. Mesures provisoires ordonnées par les arbitres | 145 |
| | |
| CHAPITRE IV FOR DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ POUR MESURES PROVISOIRES INJUSTIFIÉES | 152 |
| | |
| TITRE III DROIT APPLICABLE AUX MESURES PROVISOIRES | 155 |
| | |
| CHAPITRE I LEX FORI OU LEX CAUSAE ? | 155 |
| | |
| CHAPITRE II QUESTIONS PARTICULIÈRES | 163 |
| A. Droit matrimonial | 163 |
| B. Mesures ordonnées par les arbitres | 165 |
| | |
| CHAPITRE III DROIT APPLICABLE À LA MODIFICATION DES MESURES PROVISOIRES | 166 |
| | |
| CHAPITRE IV DROIT APPLICABLE AUX ACTIONS EN RESPONSABILITÉ POUR MESURES PROVISOIRES INJUSTIFIÉES | 168 |
| | |
| TITRE IV LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES ÉTRANGÈRES | 171 |

| | |
|--|-----|
| CHAPITRE I RECONNAISSANCE DES MESURES PROVISOIRES SELON LA CONVENTION DE LUGANO | 175 |
| A. Principe général | 175 |
| B. Mesures dont la reconnaissance est exclue | 176 |
| 1. Les procédures unilatérales | 176 |
| 2. Les mesures provisoires en matière de preuves | 180 |
| 3. Les mesures provisoires dans les procédures d'exécution | 185 |
| C. Effets des mesures provisoires étrangères sur les tiers au procès | 186 |
| | |
| CHAPITRE II LA RECONNAISSANCE DES MESURES PROVISOIRES SELON LA LDIP | 189 |
| A. Mesures provisoires ordonnées par un tribunal étranger | 189 |
| B. La reconnaissance des mesures provisoires arbitrales | 191 |
| | |
| CHAPITRE III MESURES PROVISOIRES DANS LA PROCÉDURE D'EXÉCUTION DE LA CONVENTION | 196 |
| | |
| CONCLUSION | 201 |
| | |
| BIBLIOGRAPHIE | 205 |
| | |
| TABLE DES MATIÈRES | 217 |