

« back

04/2011

## Rechtslehre – Doctrine – Dottrina

**Le séquestre en tant que mesure conservatoire à disposition du créancier dans la procédure d'exequatur: au delà de l'adaptation de la LP à la Convention de Lugano révisée**

Nicolas Pellaton\*

**Mots clés:** Convention de Lugano révisée, mesures conservatoires, LP, séquestre, mise en œuvre en Suisse

**Schlagworte:** Revidiertes Lugano-Übereinkommen, Sicherungsmassnahmen, SchKG, Arrest, Umsetzung in der Schweiz

**Parole chiave:** Convenzione di Lugano revisionata, provvedimento conservativo, LEF, sequestro, Attuazione in Svizzera

### Résumé

L'adaptation de la LP aux exigences de la Convention de Lugano en matière de mesures conservatoires, en particulier l'inscription d'un nouveau cas de séquestre à l'article 271 al. 1 ch. 6 LP, laisse un certain nombre de questions en suspens et en fait naître de nouvelles. L'examen de l'étendue de l'applicabilité directe de la Convention de Lugano en Suisse permet de tracer des pistes de solution. L'article 47 par. 1 CL, disposition nouvelle, appelle quelques remarques quant à sa portée et sa mise en œuvre en Suisse.

### Zusammenfassung

Die Anpassung des SchKG an die Erfordernisse des LugÜ bezüglich Sicherungsmassnahmen, insbesondere die Einführung eines neuen Arrestgrundes in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG, lässt gewisse alte Fragen offen und führt auch zu neuen. Eine Analyse der Tragweite der direkten Anwendbarkeit des LugÜ in der Schweiz hilft, um Lösungsansätze zu entwickeln. Die neue Bestimmung des Art. 47 Abs. 1 erheischt einige Bemerkungen bezüglich ihrer Tragweite und ihrer Implementierung in der Schweiz.

- 345 -

- 346 -

### Riassunto

L'adeguamento della LEF alle esigenze della Convenzione di Lugano in materia di misure conservative, in particolare l'iscrizione di un nuovo caso di sequestro all'art. 271 cpv. 1 n. 6 LEF, lascia aperte un certo numero di questioni, oltre a generarne delle nuove. L'esame della portata dell'applicabilità diretta della Convenzione di Lugano in Svizzera permette di tracciare delle possibili soluzioni. L'art. 47 n. 1 CLug, disposizione nuova, suscita qualche riflessione quanto alla sua portata e alla sua implementazione in Svizzera.

### Table des matières

- I. Introduction
- II. Etat des lieux de la mise en œuvre en Suisse
  1. Le nouveau cas de séquestre de l'art. 271 al. 1 ch. 6 LP
  2. Des questions plus ou moins «résolues»
    - a) Questions résolues
    - b) Questions non résolues
- III. Au delà de (l'adaptation de) la LP: quelques réflexions
  1. L'applicabilité directe de l'art. 47 par. 2 CL, toujours et encore

- a) Généralités
  - b) Recours – ou retour – aux principes d'interprétation
2. Une clarification nécessaire de la portée de l'art. 47 par. 1 CL
- a) Considérations générales
  - b) La mise en œuvre de l'article 47 par. 1 CL en Suisse
    - aa) Le renvoi au droit interne
    - bb) Les mesures envisageables
    - cc) La condition de la mise en danger ou de l'urgence
    - dd) Situation particulière justifiant la fourniture de sûretés
- IV. Conclusion

## I. Introduction

La Convention de Lugano révisée entraîne dans son sillage de notables changements. Outre un toilettage prénatal du CPC et une modification de la LDIP, elle implique en effet une modification substantielle de la LP, en particulier par l'inscription d'un nouveau cas de séquestre.

Le présent article se concentre sur la question des mesures conservatoires à disposition du créancier dans la procédure d'exequatur de la Convention de Lugano (art. 38 ss CL) en matière de prestations pécuniaires<sup>[1]</sup>, plus particulièrement sur l'articulation entre les exigences découlant de l'article 47 CL et les solutions du droit interne suisse en matière de séquestre.

- 346 -

- 347 -

Après un bref état des lieux de la mise en œuvre en Suisse de la Convention, nous proposerons quelques éléments de réflexion en regard de deux points, l'un général, l'autre particulier, nous paraissant mériter une analyse spécifique.

## II. Etat des lieux de la mise en œuvre en Suisse

### 1. Le nouveau cas de séquestre de l'art. 271 al. 1 ch. 6 LP

Un sixième cas de séquestre figure désormais à l'article 271 al. 1 LP: le créancier au bénéfice d'un titre de mainlevée définitive peut requérir le séquestre des biens du débiteur se trouvant en Suisse<sup>[2]</sup>. L'inscription de l'article 271 al. 1 ch. 6 LP a permis d'épurer le quatrième cas de séquestre (art. 271 al. 1 ch. 4 LP, cas du débiteur domicilié hors de la Suisse<sup>[3]</sup>) de la condition alternative de la créance fondée sur un jugement exécutoire. En effet, cette hypothèse est désormais couverte par le «nouveau cas de séquestre» qui s'applique sans égard au domicile du débiteur<sup>[4]</sup>.

Contrairement aux chiffres 1 à 5 (cas de séquestre «classiques»), le nouveau cas de séquestre s'affranchit de toute exigence d'un état d'urgence ou de danger<sup>[5]</sup>, ce qui produit un fort déséquilibre au sein de l'article 271 al. 1 LP. Le mélange inter- et intralittéral auquel le législateur a procédé est discutable. En effet, le séquestre à titre de mesure conservatoire CL, outre son fondement, poursuit un but et obéit à des règles partiellement différents du régime prévu aux articles 271 ss LP, de sorte que son contenu normatif aurait mérité selon nous – en tant que besoin<sup>[6]</sup> – une réglementation davantage distincte.

### 2. Des questions plus ou moins «résolues»

#### a) Questions résolues

Si certaines questions peuvent désormais être considérées comme réglées, toutes n'ont pas trouvé une assise légale.

- 347 -

- 348 -

*L'espace suisse d'exécution.* La possibilité de faire prononcer un séquestre portant sur l'ensemble des biens du débiteur en Suisse, désormais prévue aux articles 271 al. 1 *in initio* et 272 al. 1 *in initio* LP, existait déjà, en dehors de toute codification, pour les mesures conservatoires ordonnées sur la base de la Convention de Lugano<sup>[7]</sup>. La nouveauté réside dans la création d'un espace d'exécution unique des jugements rendus en

Suisse[8].

*L'exclusion des sûretés.* Le Conseil fédéral, dans son Message, exclut clairement qu'un séquestre au sens de l'article 271 al. 1 ch. 6 LP, autorisé dans le cadre de la Convention de Lugano, soit subordonné à la fourniture de sûretés[9]. Le Rapport explicatif du Conseil de l'Union européenne relatif à la Convention de Lugano révisée établi par le Prof. Fausto Pocar (ci-après: Rapport Pocar) va également dans ce sens[10]. Il est dès lors regrettable que le législateur n'ait pas saisi l'occasion d'exclure expressément les cas de séquestre à titre de mesures conservatoires CL du champ de l'article 273 al. 1 phr. 2 LP.

*La vraisemblance de la créance.* Selon le Message, «la condition (autonome) visant à établir la vraisemblance de l'existence de la créance (art. 272 al. 1 ch. 1 LP) pour obtenir le titre de mainlevée est inutile dans le champ d'application de l'art. 271 al. 1 ch. 6 [LP]»[11]. La formule est largement tautologique. Dans le cadre de l'application de la Convention de Lugano, une telle exigence contreviendrait de toute manière au principe selon lequel les décisions étrangères sont reconnues sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure (art. 33 par. 1 CL)[12]. Dès lors, il convient de retenir que le créancier est dispensé d'établir cet élément.

#### b) Questions non résolues

Nonobstant les prises de position tranchées du Conseil fédéral dans son Message, certaines questions peuvent selon nous être considérées comme restant en suspens.

- 348 -

- 349 -

*Le choix du séquestre en tant que mesure conservatoire CL.* En instituant un «nouveau cas de séquestre» à l'article 271 al. 1 ch. 6 LP, le législateur semble avoir voulu[13] consacrer le séquestre en tant que mesure conservatoire CL, écartant ainsi la saisie provisoire et l'inventaire[14]. Il est toutefois permis de penser que d'autres auteurs pourraient encore s'élever contre ce choix[15] – qui n'apparaît par ailleurs pas irréversible dans la mesure où il n'est pas expressément consacré.

*L'interdiction du séquestre exploratoire.* Selon le Message, «l'exigence de détermination de l'objet du séquestre – et par là l'interdiction du séquestre exploratoire – est conservée»[16]; «en ce qui concerne la détermination du lieu de situation des biens ou des valeurs, on se référera à la jurisprudence existante»[17]. L'avis de la doctrine minoritaire, selon laquelle l'exigence de la détermination, par le créancier, des valeurs patrimoniales à séquestrer est contraire au droit conventionnel[18], demeure cependant valable.

*La validation du séquestre (aperçu).* L'adaptation de l'article 279 LP à la Convention de Lugano concerne essentiellement l'articulation entre les délais de validation du séquestre et l'article 47 par. 3 CL[19]. Il peut toutefois également être soutenu que l'exigence de validation du séquestre en tant que mesure conservatoire CL devrait être rejetée dans son principe[20].

- 349 -

- 350 -

### III. Au-delà de (l'adaptation de) la LP: quelques réflexions

#### 1. L'applicabilité directe de l'art. 47 par. 2 CL, toujours et encore

##### a) Généralités

L'article 47 CL règle les mesures conservatoires à disposition du créancier dans le cadre de la procédure d'exequatur. Les paragraphes 2 et 3 de la disposition précitée ont un contenu identique à l'article 39 aCL, qu'ils remplacent. Selon le paragraphe 2, la décision d'exequatur emporte l'autorisation, pour le créancier, de faire procéder à des mesures conservatoires. Le paragraphe 3 vise à proscrire l'application de toute mesure pouvant porter atteinte au patrimoine du débiteur, c'est-à-dire qui s'apparenterait à une mesure d'exécution anticipée, durant le délai de recours d'un mois, prévu à l'article 43 par. 5 CL, contre la déclaration constatant la force exécutoire et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur ce recours.

Dans la mesure où l'on se trouve dans l'une des situations prévues à l'article 47 par. 2 et 3 CL, on peut considérer qu'il existe un droit, pour le

créancier, d'obtenir des mesures conservatoires au sens de la Convention[21]. Le requérant n'a en particulier pas besoin de se prévaloir d'une situation d'urgence ou de danger[22].

*b) Recours – ou retour – aux principes d'interprétation*

A notre sens, l'enjeu – tant théorique que pratique – réside plus que jamais dans la définition de la marge de manœuvre («*Gestaltungsspielraum*»)[23] des Etats membres dans la mise en application des règles de la Convention de Lugano. En d'autres termes, il s'agit de déterminer s'il est possible, en l'absence de toute adaptation correspondante en droit interne[24], ou en l'absence d'adaptation satisfaisante, d'imposer des règles aux Etats membres sur la base de l'article 47 CL.

A ce stade, il est nécessaire de rappeler, outre le principe de la primauté sur le droit interne[25], que la Convention de Lugano a une portée directe en Suisse[26]. En particulier, celle-ci impose à l'article 47 CL la mise en place, par les Etats membres, de règles garantissant aux créanciers l'effectivité des mesures d'exécution entreprises par le biais de mesures conservatoires[27].

- 350 -

- 351 -

Si le droit national peut déterminer les modalités d'exécution de la mesure conservatoire, il n'est toutefois pas autorisé à fixer des conditions à son octroi qui seraient contraires aux principes posés par la Convention de Lugano. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes a posé dans l'arrêt *Capelloni et Aquilini c/ Pelkmans* que l'application des prescriptions du droit procédural interne de l'Etat requis ne doit pas (avoir pour effet de) faire échec aux principes posés par l'article 47 CL[28].

Le principe d'interprétation dégagé par la Cour à l'arrêt *Capelloni et Aquilini c/ Pelkmans* est proche de la notion d'effet utile du traité. Selon celle-ci, la mise en œuvre du droit national de doit pas porter préjudice à l'application pleine et uniforme de la Convention[29]. On peut donc considérer que la mise en œuvre de l'article 47 par. 2 CL par les Etats membres doit être entreprise également à la lumière de cette dernière notion[30].

Le créancier au bénéfice d'une décision provenant d'un Etat membre de la Convention de Lugano est titulaire d'un droit, fondé *directement* sur l'article 47 par. 2 CL, à l'obtention de mesures conservatoires[31]. Or l'article 47 CL ne décrit pas les mesures pouvant être adoptées par les Etats membres et les modalités de leur exécution. Geimer présente cette articulation comme suit: «*Hierauf hat der Gläubiger einen gemeinschaftsrechtlichen Anspruch [...]. Die Verordnung kreiert keine neuen einstweiligen Maßnahmen, sondern verweist (dynamisch) auf das Arsenal der Vollstreckungs- bzw. Sicherungsmittel des nationalen Rechts des Vollstreckungsstaates*»[32].

Au vu de ce qui précède, on peut considérer que même si l'adaptation de la LP est – partiellement – bienvenue, celle-ci n'était toutefois pas nécessaire. Le séquestre du droit suisse constituait, dans son état antérieur déjà, une institution juridique suffisamment déterminée pour faire office de mesure conservatoire au sens de l'article 47 CL. Les conflits entre l'article 47 par. 2 et 3 CL et les règles du droit interne suisse peuvent être résolus grâce à l'application du principe de la primauté sur le droit interne[33]. Il revient finalement aux tribunaux, plutôt qu'au législateur, de s'acquitter de la tâche de la mise en œuvre de l'article 47 par. 2 et 3 CL[34] en Suisse

- 351 -

- 352 -

en procédant aux aménagements nécessaires. Il est dès lors permis de penser que le séquestre en tant que mesure conservatoire CL, bien que partiellement introduit dans la LP, constitue toujours une institution *sui generis* ayant comme origine directe l'article 47 CL[35].

**2. Une clarification nécessaire de la portée de l'art. 47 par. 1 CL**

Il apparaît nécessaire de clarifier la portée de l'article 47 par. 1 CL, en particulier au regard des conditions et des possibilités de sa mise en œuvre en Suisse.

*a) Considérations générales*

L'article 47 par. 1 CL marque une innovation importante: il permet au

créancier de requérir des mesures provisoires ou conservatoires dès que la décision dont il entend se prévaloir est devenue exécutoire dans son Etat d'origine[36], mais avant que l'exequatur ne soit prononcé dans l'Etat requis. D'un point de vue pratique, le créancier peut requérir leur prononcé avant ou conjointement au dépôt de sa requête d'exequatur[37].

Le prononcé de telles mesures suppose toujours que la décision étrangère réunisse les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat requis, indépendamment du fait que l'exequatur ait été ou non délivré[38], cela conformément au texte clair de l'article 47 par. 1 *in initio* CL («*lorsqu'une décision doit être reconnue en application de la présente convention...*»)[39]. Avant de se déterminer sur l'admissibilité d'un prononcé de mesures provisoires ou conservatoires, le juge procédera donc à un examen, selon un pouvoir d'appréciation plus ou moins large[40], des conditions de reconnaissance de la décision.

Selon le Rapport Pocar, ces mesures pourront être ordonnées «avant la [...] notification de la déclaration constatant la force exécutoire [art. 42 par. 2 CL] et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur un éventuel recours»[41]. Ce dernier élément nous amène à considérer que les mesures provisoires ou conservatoires prononcées en application de l'article 47 par. 1 CL peuvent continuer à déployer leurs effets au-delà du prononcé de la décision d'exequatur. Dans un tel cas, ces mesures tiennent donc lieu de mesures conservatoires au sens de l'article 47 par. 2 CL; l'article 47 par. 3 CL, applicable de ce chef, assure le maintien desdites mesures pendant le délai de recours contre la décision d'exequatur et jusqu'à ce qu'il ait été statué sur celui-ci.

- 352 -

- 353 -

A notre sens, il serait toutefois possible que les premières mesures, qui tirent du droit interne de l'Etat requis leur validité et les modalités de leur exécution, soient complétées ou remplacées par des mesures conservatoires au sens de l'article 47 par. 2 CL, celles-ci découlant alors directement du droit conventionnel.

#### *b) La mise en œuvre de l'article 47 par. 1 CL en Suisse*

Le Message commente le nouvel article 47 par. 1 CL en ces termes: «*Il n'existe [...] pas, concernant [les mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'art. 47 par. 1 CL], de droit à leur obtention qui soit fondé sur la convention, contrairement à ce qui es [sic] prévu pour les mesures reposant sur une déclaration d'exequatur au sens de l'al. 2. Pour la Suisse, cette disposition n'a qu'un caractère déclaratoire puisque rien n'empêche, sous l'empire du droit actuel, d'exiger des mesures conservatoires lorsque les conditions correspondantes sont satisfaites (cf. art. 271 al. 1 ch. 1 à 4 LP et art. 261 CPC)*»[42].

Nous proposons d'analyser trois problématiques spécifiques se dégageant du passage ci-dessus reproduit: le principe du renvoi au droit interne concernant les mesures à prendre (aa), les différentes mesures effectivement envisageables (bb) et l'exigence d'une situation de danger ou d'urgence (cc). Nous évoquerons encore une situation particulière justifiant la fourniture de sûretés (dd).

#### *aa) Le renvoi au droit interne*

L'article 47 par. 1 CL se distingue de l'article 47 par. 2 CL en ce sens qu'il fait expressément référence aux mesures provisoires ou conservatoires «*prévues par la loi de l'Etat requis*». Le renvoi au droit interne concerne les mesures conservatoires pouvant être prises, les modalités de leur exécution et le contrôle de leur validité[43]. Contrairement à l'article 47 par. 2 CL, l'article 47 par. 1 CL ne conférerait donc pas de droit découlant *directement* (et automatiquement) de la Convention à obtenir des mesures conservatoires[44].

Toutefois, on note avec intérêt que le Rapport Pocar se réfère à l'arrêt *Capelloni et Aquilini c/ Pelkmans*, ce qui semble indiquer que la bienfaisance de l'adaptation en droit interne des principes posés de façon expresse ou implicite par la convention serait finalement aussi peu déterminante que concernant l'article 47 par. 2 CL[45]. Il conviendra donc d'examiner également les éventuelles conséquences de cette dernière problématique sur l'arsenal des mesures provisoires ou conservatoires envisageables en Suisse.

- 353 -

- 354 -

*bb) Les mesures envisageables*

Certaines des mesures provisionnelles définies à l'article 262 CPC peuvent être ordonnées à titre de mesures conservatoires au sens de l'article 340 CPC[46]. Il s'agira par exemple d'une mesure de blocage du Registre du commerce (art. 162 ORC), qui permet notamment d'empêcher la radiation d'une société en liquidation (art. 745 s. CO; 65 ORC).

Un séquestre au sens des articles 271 ss LP peut également être ordonné s'il apparaît nécessaire à la sauvegarde des droits du créancier[47]. Les conditions du séquestre, en particulier la vraisemblance de l'existence d'un cas de séquestre (art. 272 al. 1 ch. 2 LP), doivent être remplies.

A ce titre, le cas de séquestre de l'article 271 al. 1 ch. 6 LP paraît soulever une difficulté particulière. En effet, on peut considérer que ce cas de séquestre n'est pas réalisé[48], dans la mesure où la décision étrangère, bien qu'exécutoire dans son Etat d'origine, ne constitue pas *per se* un titre de mainlevée définitive tant qu'elle n'a pas été exequaturée dans l'Etat requis.

Même si ces conditions se recoupent partiellement, il convient de distinguer intrinsèquement l'examen des conditions de reconnaissance de la décision, qui – comme exposé ci-dessus[49] – constitue le préalable à celui de l'admissibilité d'un prononcé de mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'article 47 par. 1 CL, de l'examen, selon une approche à nouveau plus ou moins large en doctrine[50], des conditions de reconnaissance de la décision fondant, sous l'angle de la vraisemblance (art. 272 al. 1 ch. 2 LP), un cas de séquestre au sens de l'article 271 al. 1 (ch. 6) LP. Le premier examen procède du droit conventionnel; le second, du droit suisse du séquestre.

On ne devrait pas pouvoir admettre *par anticipation* le caractère exécutoire de la décision dans l'Etat requis, cela quand bien même l'article 41 CL dispose que l'exequatur est donné dès l'achèvement des formalités prévues à l'article 53 CL (cf. expédition de la décision réunissant les conditions nécessaires à son authenticité) sans examen dans un premier temps des motifs de refus de la reconnaissance au sens des articles 34 et 35 CL. L'examen sous l'angle de la vraisemblance de la recon-

- 354 -

- 355 -

naissance n'est d'aucun secours, celui-ci ne pouvant suppléer au caractère (encore) non exécutoire de la décision en Suisse.

Cette interprétation est par ailleurs conforme au texte de l'article 271 al. 3 LP, qui prévoit que le juge doit statuer conjointement sur la requête de séquestre et d'exequatur dans les cas énoncés à l'article 271 al. 1 ch. 6 LP qui concernent un jugement rendu dans un Etat étranger auquel s'applique la Convention Lugano. Dans son Message, le Conseil fédéral exclut par ailleurs – indirectement – le prononcé d'un séquestre au sens de l'article 271 al. 1 ch. 6 LP préalablement à celui de l'exequatur: *«le tribunal qui prononce le séquestre en vertu de l'art. 271 al. 1 ch. 6 LP [...] doit lui aussi prononcer à chaque fois une décision d'exequatur indépendante [...] même si aucune requête spécifique n'a été faite sur ce point»*[51].

Dès lors, au sens du droit interne suisse, seuls les cas de séquestre prévus à l'article 271 al. 1 ch. 1 à 5 LP devraient, *stricto sensu*, pouvoir trouver application. Le cas de séquestre prévu à l'article 271 al. 1 ch. 4 CL (débiteur hors de Suisse et lien suffisant de la créance avec la Suisse ou créance fondée sur une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP) représentera, comme auparavant, le cas le plus fréquent.

On relèvera toutefois qu'en pratique, la situation dans laquelle une requête de séquestre fondée sur l'article 271 al. 1 ch. 6 LP serait déposée avant le dépôt de la requête d'exequatur, plutôt que cumulativement à cette requête, semble assez peu probable. En outre, vu l'article 41 CL – qui donne droit, comme mentionné, à un prononcé automatique de l'exequatur en première instance une fois les formalités prévues à l'article 53 CL remplies –, la possibilité qu'une requête cumulative de séquestre – fondée sur un ou plusieurs des cas de l'article 271 al. 1 LP – et d'exequatur soit, temporellement, traitée séparément par l'autorité compétente, paraît de manière générale peu souhaitable.

Si le créancier ne peut pas invoquer la vraisemblance de l'existence de l'un des cas «classiques» de séquestre au sens du droit interne suisse (art. 271

al. 1 ch. 1 à 5 LP), il pourrait toutefois éventuellement encore tenter de soutenir qu'un séquestre devrait lui être donné à titre de mesure conservatoire CL, hors champ de l'article 271 LP, sur la base de la décision étrangère exécutoire mais non encore exequaturée.

Une telle mesure conservatoire devrait être appréciée à la lumière de l'arrêt *Capelloni et Aquilini c/ Pelkmans*, dont on rappelle que la portée s'étend probablement aussi à l'article 47 par. 1 CL. Il conviendrait ainsi de garder à l'esprit que l'application des prescriptions procédurales du droit interne suisse ne doit pas avoir pour effet de faire échec aux principes posés par la Convention de Lugano.

Dans cette optique, somme toute assez singulière, un séquestre en tant que mesure conservatoire *sui generis*, bien qu'ayant pour origine l'article 47 par. 1 CL, trouverait son fondement effectif dans une institution connue du droit suisse (les art. 271 s. LP), satisfaisant ainsi l'exigence de l'existence de la mesure dans le droit interne de l'Etat requis. Il s'affranchirait toutefois des conditions spécifiques de cette institution et devrait par conséquent être mis en œuvre selon des modalités propres.

- 355 -

- 356 -

*cc) La condition de la mise en danger ou de l'urgence*

La condition de l'urgence (situation de mise en danger) doit être remplie conformément à l'article 47 par. 1 CL[52]. L'examen de la vraisemblance de la créance n'est par contre pas admissible; cela reviendrait pour le juge suisse de l'exequatur à procéder à sa propre évaluation de la décision étrangère (cf. art. 36 CL). Ces éléments sont clairement énoncés dans le Rapport Pocar: «conformément à l'article 47, paragraphe 1, l'existence d'une affaire qui, à première vue, paraît fondée ressort de la décision dont la reconnaissance est demandée, aussi le fait pour le juge de procéder à sa propre évaluation serait-il incompatible avec le principe selon lequel le requérant a le droit de demander des mesures conservatoires sur la base de la décision étrangère; l'évaluation réalisée par le juge est donc limitée à la question de l'urgence»[53].

En droit interne suisse, la condition de l'existence d'une atteinte ou du risque d'atteinte susceptible de causer un préjudice difficilement réparable au créancier est examinée sous l'angle de la vraisemblance (art. 261 al. 1 CPC). Cette condition ne s'applique qu'aux mesures conservatoires au sens de l'article 340 CPC ainsi qu'à un séquestre basé sur l'article 271 al. 1 ch. 1 à 5 LP (cf. art. 272 al. 1 ch. 2 LP).

Si l'on devait admettre un cas de séquestre, dérivé de l'article 271 al. 1 ch. 6 LP, fondé sur l'existence (future) d'un titre de mainlevée définitive, il conviendrait alors – à l'instar des séquestres au sens de l'article 271 al. 1 ch. 6 LP fondés sur une décision rendue en Suisse[54] – de (r)établir la condition de l'urgence dans les cas d'application de l'article 47 par. 1 CL, à tout le moins par voie prétorienne. En effet, comme on l'a vu[55], le nouvel article 271 al. 1 ch. 6 LP, dans sa teneur actuelle, ne fait pas dépendre le séquestre de la présence d'une situation de «péril en la demeure», alors que cet abandon ne se justifiait qu'en regard de la mise en œuvre d'un séquestre en tant que mesure conservatoire au sens de l'article 47 par. 2 CL[56].

*dd) Situation particulière justifiant la fourniture de sûretés*

Le créancier au bénéfice d'une décision provenant d'un Etat membre de la Convention de Lugano conserve le choix entre la voie traditionnelle de la procédure d'exequatur à titre incident (examen de l'exequatur dans la procédure de mainlevée) et celle récemment admise le Tribunal fédéral[57] de la procédure d'exequatur indépendante (sans passer par une poursuite préalable)[58]. S'il choisit la première voie, le

- 356 -

- 357 -

créancier a la faculté, jusqu'au prononcé de l'exequatur de la décision étrangère couplé à celui de la mainlevée de l'opposition, de solliciter des mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'article 47 par. 1 CL[59].

Dans une telle hypothèse, le créancier devrait de préférence être astreint à fournir des sûretés (art. 264 CPC; art. 277 LP), celles-ci devant pouvoir être admises en application de l'article 47 par. 1 CL. En effet, la perspective

de l'exequatur de la décision «invoquée», qui pourra(it) justifier *a posteriori* la prise de mesures conservatoires au sens de la disposition précitée, est alors trop lointaine – voire incertaine – pour que l'on puisse lui permettre d'emprunter cette voie sans devoir garantir la couverture d'un éventuel dommage causé par des mesures provisionnelles injustifiées.[60]

#### IV. Conclusion

Les mesures prises, qui se veulent être des «adaptations ponctuelles» du droit interne de la procédure et de l'exécution[61], ne permettent pas de sortir entièrement de ce que certains ont appelé le «chaos»[62] de la mise en œuvre en Suisse de la procédure d'exequatur de la Convention de Lugano. En effet, l'adaptation de la LP aux exigences de la Convention, telle que celle à laquelle le législateur a procédé, en particulier l'inscription d'un nouveau cas de séquestre à l'article 271 al. 1 LP, laisse un certain nombre de questions en suspens.

Par ailleurs, le nouvel article 47 par. 1 CL a une portée spécifique, dont il conviendra de tenir compte lors de sa mise en œuvre. Celle-ci devra être opérée précautionneusement, notamment en ce qui concerne les mesures conservatoires ordonnées, la condition de l'urgence et la fourniture de sûretés.

La récente adaptation de la LP peut en ce sens être qualifiée de partiellement satisfaisante; on a – encore une fois – perdu de vue les véritables enjeux d'une adaptation du droit interne suisse aux exigences de la Convention de Lugano. Cela étant, il convient de remarquer que la plupart des carences de la LP ne portent pas directement à conséquence. En effet, comme on l'a vu, des solutions particulières peuvent être aménagées en application directe des principes de la Convention et de certaines de ses dispositions. Finalement, on ne se trouve pas bien loin du *statu quo (ante)* – et c'est heureux.

\*MLaw, avocat, doctorant FNS à l'Université de Neuchâtel.

- 357 -

- 358 -

[1] Sur la question des mesures conservatoires liées aux prestations non pécuniaires, cf. FF 2009 p. 1497 ss, 1525; Rodrigo Rodriguez, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano Übereinkommen, PJA 2009 p. 1550 ss, 1558; Daniel Schwander, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens, RSJB 2010 p. 641 ss, p. 648.

[2] RO 2010 5601; cf. ég. FF 2009 p. 1497 ss, 1504, 1533, 1538; Miguel Sogo, Kleine Arrestrevision, grosse Auswirkungen – zur geplanten Anpassung des Arrestrechts im Rahmen der Revision des Lugano-Übereinkommens, RSPC 2009, p. 75 ss, 87.

[3] Sur la notion de domicile en Suisse, cf. récemment TF 5A\_870/2010 du 15 mars 2011, consid. 3; Walter A. Stoffel in Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (éd.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. II, 2<sup>e</sup> éd. Bâle 2010, art. 271 LP N 79 ss; Walter A. Stoffel/Isabelle Chabloz in Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (éd.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Bâle Genève Munich 2005, art. 271 LP N 64 ss.

[4] Stoffel, Basler Kommentar (note 3), art. 271 LP N 85, 107; Michael Lazopoulos, Arrestrecht – die wesentlichen Änderungen im Zusammenhang mit dem revidierten LugÜ und der Schweizerischen ZPO, PJA 2011 p. 608 ss, 610 s.

[5] Sogo (note 2), p. 86 s.; Schwander (note 1), p. 648; Stoffel, Basler Kommentar (note 3), art. 271 LP N 13 s., 102; Lazopoulos (note 4), p. 609 s.; Felix Meier-Dieterle, Arrestpraxis ab 1. Januar 2011, PJA 2010 p. 1211 ss, N 21.

[6] Cf. ci-dessous, ch. III.1, III.2.bb–dd et IV.

[7] Christoph Pestalozzi/Suzanne Wettenschwiler, Art. 39 des Lugano-Übereinkommens – Ein neues Arrestsgrund?, in Walter R. Schluemp/Peter R. Isler (éd.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zurich 1993, p. 327 ss, 334; Daniel Staehelin in Felix Dasser/Paul Oberhammer (éd.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Berne 2008, art. 39 aCL N 20.

[8] Pour plus de détails sur ce sujet, voir p. ex. Nicolas Jeandin, Les titres exécutoires, in François Bohnet (éd.), Procédure civile suisse, p. 453 ss, 464 s.; Meier-Dieterle (note 5), N 7–10; Hans Reiser, Überblick über die Arrestrevision 2009, RSJ 2010 p. 333 ss, 334–336.

[9] FF 2009 p. 1497 ss, 1533. Sur cette problématique, voir p. ex. Sogo (note 2), p. 93 et les réf. cit.; Alessandra Cambi Favre-Bulle, La mise en



œuvre en Suisse de l'art. 39 al. 2 de la Convention de Lugano, RSDIE 1998 p. 335 ss, p. 366; Yves Donzallaz, La Convention de Lugano, vol. II, Berne 1997, N 4129; Schwander (note 1), p. 682; Staehelin (note 7), art. 39 aCL N 7, 21.

[10] Rapport du 23 décembre 2009, N 163: «Le droit national ne peut [pas] conditionner le droit du créancier de procéder à des mesures conservatoires à la constitution d'une caution, car cela imposerait une condition supplémentaire à la prise des mesures proprement dites, ce qui serait contraire au texte sans équivoque de la convention».

[11] FF 2009 p. 1497 ss, 1539.

[12] Sur ce point, cf. ég. Rapport Pocar (note 10), N 164 *in fine*; comp. Donzallaz (note 9), N 4128.

[13] Comp. Urs Boller, Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG, PJA 2010 p. 187 ss, 189 et Schwander (note 1), p. 647; Daniel Staehelin, Neues Arrestrecht ab 2011, in Jusletter du 11 octobre 2010, N 2; Stoffel, Basler Kommentar (note 3), art. 271 CL N 12.

[14] Sur la controverse, nous renvoyons aux développements et aux références contenus à l'ATF 126 III 438, consid. 4; cf. ég. Agnes Atteslander-Dürrenmatt, Sicherungsmittel «à discrétion»? Zur Umsetzung von Art. 39 LugÜ in der Schweiz, PJA 2001 p. 180 ss, p. 188 ss; Donzallaz (note 9), N 4183, 4185, 4188; François Knoepfler/Philippe

Schweizer/Simon Othenin-Girard, Droit international privé suisse, 3<sup>e</sup> éd. Berne 2005, N 719c; Isaak Meier, Arrest im internationalen Recht, RSPC 2005 p. 417 ss, 432; Staehelin (note 7), art. 39 aCL N 17 ss, 26 ss, 32 ss.

[15] Cf. Francesco Naef, L'exécution des jugements et des titres authentiques sous l'angle du principe d'égalité, RSPC 2006 p. 329 ss, 337 ss; Charles Jaques, Propositions de lege ferenda visant à l'amélioration des mesures conservatoires de la LP, en particulier en vue de la mise en oeuvre de l'art. 39 CL en Suisse, in Jusletter du 16 novembre 2009. Comp. Lazopoulos (note 4), p. 609.

[16] FF 2009 p. 1497 ss, 1548.

[17] FF 2009 p. 1497 ss, 1537. Plus loin dans le Message, le Conseil fédéral développe cet élément, dans des termes que nous estimons pour le moins sibyllins: cf. FF 2009 p. 1497 ss, 1539. Sur cette question, cf. Rodriguez (note 1), p. 1557 s.; Schwander (note 1), p. 678 ss.

[18] Cambi Favre-Bulle (note 9), p. 364 s.; Charles Jaques, Alcune questioni aperte nel nuovo dritto del sequestro, RSPC 2011 p. 153 ss, 158; Pestalozzi/Wettenschwiler (note 7), p. 334. *Contra*: Atteslander-Dürrenmatt (note 14), p. 189; Donzallaz (note 9), N 4190; Meier (note 14), p. 431, 433 s.; Staehelin (note 7), art. 39 aCL N 23 et les réf. cit.; Staehelin (note 13), N 14. Sur cette controverse, cf. ég. Sogo (note 2), p. 93.

[19] Pour plus de détails, cf. FF 2009 p. 1497 ss, 1450.

[20] Dans ce sens: Donzallaz (note 9), N 4127.

[21] Cambi Favre-Bulle (note 9), p. 364; Schwander (note 1), p. 676; Staehelin (note 7), art. 39 aCL N 4.

[22] Cambi Favre-Bulle (note 9), p. 342 et les réf. cit.; Staehelin (note 7), art. 39 aCL N 5.

[23] Christian Mauch, Die Sicherungsvollstreckung gem. Art. 47 EuGVVO, Art. 39 EuGVÜ und Art. 39 Luganer Übereinkommen – unter besonderer Berücksichtigung der nationalen Umsetzungen in Frankreich, Italien, England und Deutschland, Bielefeld 2003, p. 69, 79 s.

[24] Sur cette première hypothèse – qui ne concerne pas la Suisse –, cf. Mauch (note 23), p. 71 s.

[25] Mauch (note 23), p. 76.

[26] FF 2009 p. 1497 ss, 1525; p. ex. Pestalozzi/Wettenschwiler (note 7), p. 329; cf. ég. l'art. 30a LP, aux termes duquel les traités internationaux et les dispositions de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) sont réservés. Voir ég. ATF 131 III 227, consid. 3.1 et les réf. pour un exposé des principes généraux d'interprétation de la Convention de Lugano.

[27] P. ex. Mauch (note 23), p. 76.

[28] Arrêt de la CJCE 119/84 du 3 octobre 1985, Rec. 1985 p. 3147, point 21; cf. ég. Hélène Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe, 4<sup>e</sup> éd. Paris 2010, N 459.

[29] Arrêt de la CJCE 14/68 du 13 février 1969 dans l'affaire *Walt Wilhelm et autres contre Bundeskartellamt*, Rec. 1969 p. 1, point 9.

[30] Dans ce sens: Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (note 14), N 719d; comp. Mauch (note 23), p. 69 s. («*Einheitlichkeit und Effektivität der Sicherungsvollstreckung in den Mitgliedstaaten*»).

[31] Jan Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht – Kommentar – Internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, 9<sup>e</sup> éd. Heidelberg 2011, art. 47 CB/CL N 2, 9; Mauch (note 23), p. 76 s., 79; Pestalozzi/Wettenschwiler (note 7), p. 329, 332, 334, 338.

- [32]Reinhold Geimer in Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze (éd.),  
Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar, 3<sup>e</sup> éd. München 2010, art. 47  
CB/CL N 1.
- [33]Dans ce sens: Mauch (note 23), p. 80 ss.
- [34]Dans ce sens: Mauch (note 23), p. 79. *Contra*:  
Pestalozzi/Wettenschwiler (note 7), p. 332, 338.
- [35]Dans ce sens déjà: Donzallaz (note 9), N 4183, 4185, 4188; comp.  
Geimer (note 32), art. 47 CB/CL N 1.
- [36]Des mesures conservatoires peuvent également être prononcées, sur  
la base de l'art. 31 CL, durant la période au cours de laquelle se déroule la  
procédure principale dans l'Etat d'origine ou avant que la décision ait  
acquis sa force exécutoire.
- [37]Geimer (note 32), art. 47 CB/CL N 21.
- [38]Rapport Pocar (note 10), N 162.
- [39]Dans ce sens: Kropholler (note 31), art. 47 CB/CL N 5.
- [40]Sur les différentes approches doctrinales, cf. Sogo (note 2), p. 96 s. et  
les réf. cit. L'interprétation proposée par Kropholler (note 31), art. 47 CB/CL  
N 5, semble plus raisonnable, même si celle évoquée par Geimer (note  
32), art. 47 CB/CL N 3, est attrayante.
- [41]Rapport Pocar (note 10), N 161.
- [42]FF 2009 p. 1497 ss, 1533.
- [43]Rodriguez (note 1), p. 1556; Schwander (note 1), p. 674.
- [44]Sogo (note 2), p. 96; Kropholler (note 31), art. 47 CB/CL N 4.
- [45]Rapport Pocar (note 10), N 162; cf. ci-dessus, ch. III.1.
- [46]Lorenz Droese in Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (éd.),  
Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2010,  
art. 340 CPC N 5 s.
- [47]Rodriguez (note 1), p. 1556; voir déjà Donzallaz (note 9), N 4136 ss;  
Stahelin (note 7), art. 39 aCL N 13.
- [48]Comp. Sogo (note 2), p. 96 s.
- [49]Cf. ch. III.2.a).
- [50]Par analogie, il est possible de se référer aux développements relatifs  
à l'ancienne condition du «jugement exécutoire» au sens de l'art. 271 al. 1  
ch. 4 aLP. Cf. p. ex. Felix C. Meier-Dieterle, Der «Ausländerarrest» im  
revidierten SchKG – eine Checkliste, PJA 1996 p. 1416 ss, 1422 s., 1425;  
Walter A. Stoffel, Das neue Arrestrecht, PJA 1996 p. 1401 ss, 1406 s.;  
Stoffel/Chaboz, Commentaire romand (note 3), art. 271 LP N 72. Selon la  
doctrine majoritaire, l'existence des conditions de la reconnaissance selon  
un examen *prima facie* suffi(sai)t à réaliser la condition du jugement  
exécutoire.
- [51]FF 2009 p. 1497 ss, 1538.
- [52]Cf. ég. FF 2009 p. 1497 ss, 1533.
- [53]Rapport Pocar (note 10), N 164 *in fine*. Cf. ég. la suppression de la  
formule contenue à l'art. 340 *in initio* CPC («Si l'exécution risque d'être  
entravée ou substantiellement compliquée»).
- [54]Cf. Sogo (note 2), p. 86 s.
- [55]Cf. ci-dessus, ch. II.1.
- [56]Boller (note 13), p. 197 s.; Sogo (note 2), p. 98.
- [57]ATF 135 III 324.
- [58]La coexistence des deux voies a été maintenue dans le système en  
vigueur, cf. FF 2009 p. 1497 ss, 1527; sur cette question, cf. Jürg Roth,  
Vorläufige Vollstreckbarkeit und Vollstreckung, PJA 2011 p. 771 ss,  
775 ss; Rodriguez (note 1), p. 1553 s.; Schwander (note 1), p. 696 ss.
- [59]Cf. ég. Sogo (note 2), p. 97 s.
- [60]Voir également dans ce cahier TF 5A\_757/2010 du 20 avril 2011,  
p. 340, consid. 2.2 et 3.2.1, avec une note de Ramon Mabillard; TF  
5A\_501/2010 du 20 janvier 2011, consid. 2.3.2 *in fine*.
- [61]FF 2009 p. 1497 ss, 1504, 1525.
- [62]Gabrielle Kaufmann-Kohler, L'exécution des décisions étrangères  
selon la Convention de Lugano, SJ 1997 p. 561 ss, 568 s.; cf. ég.  
Schwander (note 1), p. 646 s.

URL: [http://rspc.ch/index.php?id=137&tx\\_gpmrechtsgebietanzeige\\_pi1\[article\]=2457&tx\\_gpmrechtsgebietanzeige\\_pi1\[Area\]=137&tx\\_gpmrechtsgebietanzeige\\_pi1\[version\]=04/2011&tx\\_gpmartikelausgabe\\_pi1\[version\]=04/2011](http://rspc.ch/index.php?id=137&tx_gpmrechtsgebietanzeige_pi1[article]=2457&tx_gpmrechtsgebietanzeige_pi1[Area]=137&tx_gpmrechtsgebietanzeige_pi1[version]=04/2011&tx_gpmartikelausgabe_pi1[version]=04/2011)

id=137&tx\_gpmrechtsgebietanzeige\_pi1[article]=2457&tx\_gpmrechtsgebietanzeige\_pi1[Area]=137&tx\_gpmrechtsgebietanzeige\_pi1[version]=04/2011&tx\_gpmartikelausgabe\_pi1[version]=04/2011

Stand: 02-May-2011, 05:50 PM

© 2011 Helbing Lichtenhahn Verlag.