

octobre / October 1998

**NOTE SUR LES MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES  
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DROIT COMPARÉ**

*préparée par Catherine Kessedjian  
Secrétaire général adjoint*

\* \* \*

**NOTE ON PROVISIONAL AND PROTECTIVE MEASURES  
IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND COMPARATIVE LAW**

*prepared by Catherine Kessedjian  
Deputy Secretary General*

*Document préliminaire No 10 d'octobre 1998 à l'intention de  
la Commission spéciale de novembre 1998 sur la question de la compétence, de la reconnaissance  
et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*

*Preliminary Document No 10 of October 1998 for the attention of  
the Special Commission of November 1998 on the question of jurisdiction, recognition  
and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters*

## INTRODUCTION

1 En commençant cette étude sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international, il peut être intéressant de rappeler la Résolution prise par la 20<sup>e</sup> Conférence des Ministres européens de la Justice<sup>1</sup> selon laquelle «Il convient d'identifier les mesures visant un bon rapport coût-efficacité afin d'accélérer la justice, sans toutefois porter préjudice aux autres garanties du procès équitable». Dans cette même perspective, le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs principes pour améliorer la procédure civile parmi lesquels nous nous bornerons à citer:

- limitation du nombre des audiences et accélération de la procédure;
- rôle actif du juge;
- mesures particulières à prendre dans certains cas à effet d'accélérer le règlement des litiges (par exemple, en cas d'urgence, lorsqu'un droit n'est pas contesté ou que la créance est certaine ou que l'objet du litige est de faible valeur) et d'accélérer l'administration de la justice<sup>2</sup>.

Ce souci d'accélérer la procédure civile n'est certainement pas l'apanage des pays de la «Grande Maison Europe» et d'autres préoccupations similaires sont à l'origine des travaux d'organisations intergouvernementales en Asie, Afrique ou aux Amériques ainsi que de ceux d'organisations internationales non gouvernementales, telle l'*International Law Association* ou les grandes associations internationales de barreaux (IBA ou UIA, par exemple).

2 Quelles mesures mieux que les mesures provisoires ou conservatoires peuvent remplir les objectifs et principes mentionnés par la Résolution et la Recommandation que nous venons de citer? Ces mesures, dans leur volet conservatoire, en effet, sont généralement ordonnées en cas d'urgence afin de maintenir un *statu quo*, d'assurer la sauvegarde de certains droits, de telle manière que les parties puissent faire utilement valoir leur prétention au fond<sup>3</sup>. Par essence, elles sont de nature à perdurer seulement à titre temporaire; la durée exacte de leur validité et efficacité étant définie par la loi ou par le juge ordonnant ces mesures, de manière à maintenir un équilibre entre les droits des parties. Ceci étant dit, la réalité révèle une complexité d'autant plus grande que ces mesures sont demandées dans le cadre d'un contentieux international et développeront tout ou partie de leurs effets sur le territoire d'un Etat autre que celui dans lequel elles ont été ordonnées. La complexité vient en partie de ce que les systèmes juridiques sont relativement divergents en la matière et que, à l'intérieur d'un même système, un très grand nombre de mesures peuvent être qualifiées de conservatoires sans forcément revêtir les attributs de la définition

---

<sup>1</sup> Réunion de Budapest les 11 et 12 juin 1996, Résolution No 1.

<sup>2</sup> Recommandation No R(84) reproduite *in l'Etat de droit et la Justice*, Réalisations du Conseil de l'Europe, Dir/Doc (97) 8, p. 6 et 7.

<sup>3</sup> Il n'est pas aisé de donner une définition claire et uniformément acceptée de la notion de mesure conservatoire. La Cour de Justice des Communautés européennes a décidé que ces mesures ont pour objectif la sauvegarde de droits dont la reconnaissance est, par ailleurs, demandée au juge du fond, tout en préservant le *statu quo* tant en fait qu'en droit (*cf.* Aff. C-261/90, *Reichert II*, CJCE 26 mars 1992, *Rec. I*, 2149). C'est également à partir des objectifs poursuivis par les mesures conservatoires que la Résolution d'Helsinki adoptée par l'Association de Droit international a proposé une définition. Ces objectifs sont au nombre de deux: *a)* préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché; *b)* saisir des biens pouvant servir à satisfaire les condamnations du jugement à intervenir (*cf.* ILA, *Report of the Sixty-Seventh Conference*, Helsinki, 1996, p. 202 – en anglais –; traduction en français par C. Kessedjian et P. Kinsch, *JDI* 1997, p. 110). En d'autres termes, comme le dit l'auteur d'une thèse récente, la mesure conservatoire a pour objectif premier d'empêcher le débiteur d'organiser son insolvabilité (*cf.* Gilles Cuniberti, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, thèse Paris I, 1998 No 10, p. 8).

que nous venons de donner<sup>4</sup>. Dans l'ordre international, il est impossible de retenir tous les éléments de cette mosaïque si bien que nous avons préféré nous en tenir à quelques mesures précises tombant sous le coup de la définition que nous avons donnée<sup>5</sup>.

3 C'est pourquoi nous avons retenu deux grandes catégories initiales: la première comprend toutes les mesures qui sont de nature *in personam*, c'est-à-dire qu'elles s'adressent à la personne du débiteur l'enjoignant de faire ou de ne pas faire quelque chose ou, comme les saisies, instruisent une personne (éventuellement tiers par rapport au litige principal) de ne pas se dessaisir au profit du débiteur ou, éventuellement, de se dessaisir au profit du créancier; la seconde comprend toutes les mesures *in rem*, dont les effets se font sentir essentiellement sur la chose ou le bien saisi ou mis sous séquestre. Une autre dichotomie peut également être relevée entre les mesures qui opèrent un droit de priorité à l'égard du créancier et celles qui sont neutres à cet égard. Enfin, une troisième dichotomie doit être signalée entre les mesures qui sont destinées à avoir un effet extraterritorial et celles qui, au contraire, voient leurs effets limités au territoire de l'Etat dans lequel elles ont été ordonnées<sup>6</sup>.

4 Compte tenu de ces différences, nous nous sommes efforcés de présenter les grands principes applicables dans un certain nombre de systèmes juridiques choisis non seulement pour l'importance qu'ils revêtent en la matière, mais également compte tenu de la disponibilité des informations nécessaires pour en comprendre les éléments. Il s'agit du Royaume-Uni et de quelques pays du *Commonwealth* notamment, des Etats-Unis, de l'Allemagne, de la France, des Pays-Bas et de la Suisse<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> En France, par exemple, une étude a montré qu'une trentaine de mesures différentes ont un caractère conservatoire pour les besoins du droit interne (*cf.* C. Brenner, *L'Acte conservatoire*, thèse dactylographiée, Paris II, 1996).

<sup>5</sup> Nous ne nous intéressons donc pas dans cette étude aux mesures simplement provisoires mais non conservatoires qui ne nous paraissent pas relever d'un régime juridique différent des décisions exécutoires par provision qui suivent le régime général des décisions étrangères.

<sup>6</sup> Cette troisième dichotomie recouvre presque naturellement la première.

<sup>7</sup> Nous avons conscience que nous laissons ainsi en dehors de cette étude des pays dont les systèmes juridiques sont très importants. Malheureusement, s'ils sont absents, c'est en raison du manque d'information suffisante disponible au Bureau Permanent sur ces systèmes. Nous tenons ici à remercier les personnes qui nous ont aidé à réunir les informations sur les systèmes retenus: pour le Royaume-Uni et l'Australie, Timothy McEvoy; pour les Etats-Unis, Timothy McEvoy; pour les Pays-Bas, Roumyana Maria Rizov; pour la Suisse, Christophe Bernasconi; pour les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Cathelijn van der Plaas. Nous tenons également à remercier tous les membres du Comité sur la procédure civile et commerciale internationale de *l'International Law Association*. Par ailleurs, la thèse de Gilles Cuniberti, citée *supra* note 3, nous a été d'une grande aide. Toutes les erreurs qui pourraient apparaître dans les développements qui suivent sont strictement celles de l'auteur.

5 Comme nous avons eu l'occasion de l'écrire dans le Rapport préliminaire sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale<sup>8</sup>, de la possibilité d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires, dépend souvent l'orientation et l'issue de la procédure sur le fond du litige. C'est pourquoi, la Commission spéciale, lors de ses délibérations de juin 1997, a demandé expressément qu'une Note de droit comparé soit établie afin de mieux préparer les débats qui devront avoir lieu au cours des prochaines réunions sur les dispositions qui seront insérées dans la future Convention.

6 Pour chaque système juridique choisi, nous aborderons trois questions: tout d'abord une description brève des mesures connues par le système juridique en cause et leur fonctionnement; deuxièmement, une explication des règles de compétence internationale directe que le système applique en la matière et, troisièmement, la reconnaissance ou l'exécution que ce système accorde sur son territoire à des mesures prononcées à l'étranger. Pour la France et la Suisse, une brève section sur la loi applicable complète la structure proposée compte tenu des débats qui existent sur ce point dans ces deux pays.

7 Enfin, nous avons pensé que cette étude ne serait pas complète sans un bref exposé de l'application concrète des Conventions de Bruxelles et de Lugano qui ont prévu un texte spécifique sur la question qui nous occupe ici. Le texte actuel fait l'objet d'une proposition de révision qui sera également exposée dans l'état où elle se trouve à la date de rédaction de la présente étude.

---

<sup>8</sup> Doc.prél. No 7, avril 1997, préparé à l'intention de la Commission spéciale de juin 1997, p. 27, No 51 et p. 73, No 126.

## CHAPITRE I - ROYAUME-UNI ET PAYS DU *COMMONWEALTH*

8 Un avocat de Londres, lors d'une conférence récente<sup>9</sup>, concluait la présentation qu'il faisait du droit anglais des mesures conservatoires en comparant le juge anglais au grand chef d'un très bon restaurant qui fait inscrire sur la carte : «si, malgré tout le soin que nous avons apporté en créant cette carte, vous n'y trouvez pas votre plat favori, faites-le savoir au chef et il se fera un plaisir de vous le préparer». C'est peu dire en effet que le juge anglais<sup>10</sup> est inventif lorsqu'il s'agit d'aider les justiciables dans leurs procédures internes ou à l'étranger.

### SECTION 1 - DESCRIPTION DES MESURES<sup>11</sup>

#### § 1 *L'injonction Mareva*

9 C'est en 1975 que la *High Court* de Londres, présidée par Lord Denning M.R. accorda, pour la première fois, une injonction *Mareva* dans une décision *Nippon Yusen Kaisha c. Kara Georgis*<sup>12</sup>. L'une des parties lui avait demandé de prononcer une injonction interdisant à l'autre partie de disposer de ses biens avant le jugement au fond. Le demandeur craignait, en effet, que durant la procédure au fond, le défendeur procède au transfert, de Londres vers l'étranger des avoirs bancaires lui appartenant. Reconnaissant que cette injonction n'avait jamais été ordonnée auparavant, Lord Denning M.R. décida qu'elle était très utile en pratique et, dès lors, accepta de la prononcer. Une décision similaire fut rendue ensuite dans une autre affaire, l'affaire *Mareva Companiera S.A. c. International Bulk Carriers Ltd.*<sup>13</sup> dont le nom devait définitivement devenir l'intitulé générique de l'injonction en cause. Ce n'est qu'a

<sup>9</sup> IBA, *Brussels and Lugano Revisited*, Lisbon, May 1998.

<sup>10</sup> L'histoire ne dit pas si le juge écossais a le même pouvoir!

<sup>11</sup> Nous avons beaucoup hésité à inclure dans les développements qui suivent l'«*anti-suit injunction*», c'est-à-dire, l'injonction par laquelle un juge interdit à une partie d'aller procéder devant un tribunal étranger ou, si le procès est déjà commencé, d'y poursuivre la procédure. D'un côté, on pourrait dire qu'elle est conservatoire, en ce sens qu'elle permet à la partie qui l'obtient de préserver ses droits dans le for qu'elle a choisi. Mais, en réalité, elle recouvre une controverse sur la compétence juridictionnelle et non sur le fond du droit ce qui, à notre sens, empêche de les considérer comme entrant dans la définition que nous avons donnée ci-dessus. On peut noter aussi qu'aux Etats-Unis, il n'existe pas d'uniformité sur l'attitude que les tribunaux adoptent sur cette question. Le principe veut normalement que si deux procédures parallèles existent, elles soient poursuivies, et que l'autorité de chose jugée du premier jugement rendu soit plaidée dans le procès encore en cours (*Laker Airways, Ltd c. Sabena Belgian World Airlines*, 731 F2d 909, 926.27 (DC Cir 1984)). C'est seulement en cas de circonstances exceptionnelles qu'une injonction anti-procédure sera prononcée. Mais les cinquième et neuvième circuits ont décidé de prononcer de telles injonctions plus facilement. Voir par exemple: *Kaepa, Inc. c. Achilles Corp.* 76 F3d 624, 632 (5<sup>th</sup> Cir. 1996). Quant au *Restatement (Third) Foreign Relations Law*, il précise: «*All the courts agreed that antisuit injunctions are exceptional remedies inconsistent with normal relations between states, and that challenges to the application of a state's law to a transnational controversy should ordinarily be raised before the courts of that state*» (§ 403, *Reporter's Notes* No 7, p. 252). Toutes ces raisons militent, à notre sens, pour l'exclusion des injonctions anti-procédure des mesures conservatoires. Cf. aussi Doc.prél. No 7, p. 33, No 59 et notes 74 et 75 et A. Lowenfeld, *Forum Shopping, Anti-Suit Injunctions, Negative Declarations and Related Tools in International Litigation*, IBA, 26<sup>th</sup> Biennial Conference, Berlin, 20-25 October 1996; et «*Forum non conveniens and Antisuit Injunctions: An Update*», *AIJL* 1998, p. 41-43.

<sup>12</sup> [1975] I *WLR* 1093.

<sup>13</sup> [1975] II *Lloyd's Rep* 509.

*posteriori* que Lord Denning M.R. dans une décision *Rasu Maritima S.A. c. Perisahaan*<sup>14</sup> justifie la mesure qu'il a prise en 1975 et répond aux critiques qui se sont fait jour en utilisant la coutume de la *City* de Londres par laquelle les plaideurs pouvaient obtenir un «*Foreign Attachment*» depuis environ le XV<sup>e</sup> siècle. Certes, cette coutume avait disparu après 1881 avec la disparition de la *Mayor's Court*, mais Lord Denning M.R. pensait que, bien loin d'être une pure invention de son fait, il n'avait fait que raviver une institution ancienne<sup>15</sup>. Sa volonté d'ancrer dans le passé la création qu'il avait faite quelques trois années plus tôt, l'entraîna à fonder la compétence internationale directe des tribunaux anglais pour prononcer une telle injonction sur la situation des biens à saisir sur le territoire anglais. C'est donc, initialement, une injonction *in rem* que Lord Denning M.R. avait en tête. En réalité, ce n'est que plus tard que le véritable fondement de la compétence internationale directe *in personam* fut rétablie par Lord Ackner dans l'affaire *Att.-Gen c. Times Newspaper Ltd*<sup>16</sup>.

10 La controverse en droit anglais a duré relativement longtemps, à tel point que, en 1979, lorsque l'injonction *Mareva* parvint à la Chambre des Lords dans l'affaire *The Siskina*<sup>17</sup>, la Haute Juridiction évita soigneusement de se prononcer sur la légitimité et la licéité d'une telle injonction tant l'institution lui paraissait utile et nécessaire pour la pratique. On doit rappeler ici d'ailleurs que, depuis l'abandon du *Foreign Attachment*, le droit anglais ne connaissait aucune mesure permettant d'empêcher le débiteur de se rendre insolvable en attendant le jugement au fond et de nombreux juristes anglais enviaient le droit français et sa saisie conservatoire. On peut d'ailleurs penser que Lord Denning M.R., fin connaisseur non seulement de l'histoire juridique anglaise mais également continentale, y voyait là un apport fort utile. C'est finalement le législateur qui vint donner raison *a posteriori* à Lord Denning M.R. en ajoutant à la section 37 du *Supreme Court Act* de 1981 un troisième alinéa qui se lit de la manière suivante: «*The power of the High Court under sub-section (1) to grant an interlocutory injunction restraining a party to any proceedings from removing from the jurisdiction of the High Court, or otherwise dealing with, assets located within that jurisdiction shall be exercisable in case where that party is, as well in cases where he is not, domiciled, resident or present within that jurisdiction*».

11 Depuis la fin des années 80, pour l'essentiel, tous les ordres juridiques qui s'inspirent de près ou de loin du droit anglais, ont adopté l'injonction *Mareva*. Nous citerons ici la République d'Irlande, l'île de Man, Jersey, Hongkong, Singapour, Malaisie, Australie, Nouvelle-Zélande, les provinces canadiennes de *common law*, les îles Barbades, Trinidad et Tobago, les îles Caymans, les îles Bermudes, Gibraltar, les îles Bahamas, les îles Turks et Caïcos<sup>18</sup>.

12 Le régime juridique de l'injonction *Mareva* est celui de toutes les injonctions d'*Equity*. Elles sont prononcées de manière discrétionnaire et sont accordées au demandeur lorsque justice ne lui serait pas rendue par la seule allocation de dommages et intérêts, seul remède disponible en vertu du *common law*. Le juge procède à une évaluation des avantages qu'une telle injonction

<sup>14</sup> [1978] QB 644 à la p. 658.

<sup>15</sup> Cf. Pulling, *The laws, customs, usages and regulations of the city and port of London*, 2nd ed 1842, p. 187-192; L. Collins, "Provisional and protective measures in international jurisdiction", *RCADI* 1992 III Vol. 234, p. 9 à la p. 108; G. Cuniberti, *op.cit. supra* note 3, aux p. 59 et s.

<sup>16</sup> [1992] I AC 191.

<sup>17</sup> *Siskina c. Distos S.A.* [1979] AC 210.

<sup>18</sup> S. Gee, *Mareva Injunction and Anton Piller Relief*, 3e édition, 1995.

présenterait pour le demandeur et des inconvénients qui existeraient pour le défendeur. Elle peut être ordonnée *ex parte*. Elle est sanctionnée par le *Contempt of Court*, c'est-à-dire soit un emprisonnement, une amende ou même un séquestre des biens. On sait également que le *contempt* entraîne un statut juridique particulier pour le contrevenant qui se voit fermer l'accès à la justice. Mais cette sanction n'est pas automatique. Elle peut être purgée par une demande spéciale, par un appel interjeté à l'encontre de la décision qui a prononcé le *contempt*, et les moyens de défense au fond qui ont été présentés dans un autre procès<sup>19</sup>.

13 L'injonction n'est pas une simple autorisation de procéder à une mesure conservatoire comme on la connaît, par exemple, en droit français. Bien au contraire, le juge prononce directement l'injonction et il n'est pas nécessaire, dès lors, de recourir à un acte d'exécution *a posteriori*. Il est simplement nécessaire d'informer la personne concernée par l'injonction de son existence. Cette information se fait par tout moyen<sup>20</sup>. Il appartient au débiteur d'informer les tiers, éventuellement en possession de ses biens, de la mesure dont il fait l'objet.

14 L'injonction n'a aucun effet substantiel. Elle ne modifie pas le statut juridique des biens appartenant au destinataire de l'injonction. Elle n'octroie à son bénéficiaire aucun droit réel, de quelque nature qu'il soit, sur les biens en cause. Elle n'emporte aucun droit préférentiel en cas de faillite du débiteur. Le destinataire de l'injonction peut donc continuer à passer des actes avec des tiers dont la validité n'est remise en cause que si les tiers sont de mauvaise foi.

15 Par nature, l'injonction *Mareva* est une mesure provisoire. Cela veut dire que, pour emporter la conviction du juge, le demandeur à l'injonction doit prouver qu'il a une chance de gagner son procès sur le fond. Cette preuve n'est pas aussi sévère que celle qui doit être apportée devant le juge du fond. Le demandeur doit simplement convaincre le juge de l'injonction qu'il a des arguments solides en sa faveur (*good arguable case*)<sup>21</sup>. Cette condition est d'autant plus importante que le demandeur devra assigner au fond de manière à conserver le bénéfice de l'injonction. Bien qu'aucun délai précis ne soit prévu en droit anglais pour que cette assignation au fond soit commencée, le juge est à même d'ordonner la mainlevée de l'injonction si aucune action au fond n'est commencée, que ce soit au Royaume-Uni ou dans un pays étranger si aucune compétence juridictionnelle

---

<sup>19</sup> S. Gee cite une décision *Fakih Brothers c. A.P. Moller Ltd.* [1994] I *Lloyd's Rep.* 103. Dans cette affaire, les défendeurs faisaient à la fois l'objet d'une interdiction de poursuivre en justice les demandeurs (*anti-suit injunction*) en violation d'une clause d'élection de for et d'une injonction *Mareva*. Malgré cette interdiction, les défendeurs introduisaient une action devant les tribunaux du Sierra Leone. En conséquence, le juge anglais ordonna que leurs avoirs anglais soient placés sous main de justice et leur refusa audience sur leur demande de modification des termes de l'injonction.

<sup>20</sup> *RSC Order* 45, règle 7 (6 *a*) et *b*). On doit noter d'ailleurs que si le défendeur était présent lorsque la décision a été prise, on considère qu'il a été par-là même immédiatement informé et plus aucune action du demandeur n'est nécessaire.

<sup>21</sup> Cette condition a été reprise dans les principes d'Helsinki adoptés par l'Association de droit international, *op.cit. supra*, note 3. Le principe No 4 se lit de la manière suivante: «L'octroi de telles mesures devrait être soumis à la libre appréciation du juge. Elles devraient pouvoir être ordonnées: *a*) si le demandeur démontre la vraisemblance de son action au fond, sans que les éléments de preuve qui lui sont demandés soient appréciés aussi strictement que pour l'action au fond elle-même, en vertu de la loi applicable à celle-ci ...».

internationale au fond n'existe sur le territoire du Royaume-Uni<sup>22</sup>. Si le demandeur n'engageait pas de procédure au fond, mais ne revenait pas non plus devant le juge de l'injonction, celle-ci demeurerait valable jusqu'à ce que le défendeur agisse de son côté. Si aucune des parties n'agit, il n'y a aucune date de péremption spécifique à l'injonction *Mareva*.

16 Le demandeur doit, par ailleurs, s'engager envers le tribunal à réparer tout dommage que l'injonction pourrait entraîner vis-à-vis du défendeur ou même à un tiers. Toutefois, comme pour le prononcé de l'injonction elle-même, la décision du tribunal est discrétionnaire. Il peut donc exister des cas dans lesquels le demandeur n'aura aucun engagement précis à prendre<sup>23</sup>.

17 Ce système est bien entendu fondé sur les grands principes de procédure applicables devant les tribunaux anglais. Notamment, le demandeur doit se présenter au juge avec les «mains propres» («*clean hands*») et informer complètement le juge de tous les éléments nécessaires à son appréciation avant le prononcé de l'injonction. S'agissant d'une procédure *ex parte*, il est fondamental que le demandeur ne cache aucun élément important des moyens de défense que pourrait présenter le défendeur s'il était présent. Par ailleurs, le rôle du tribunal ne s'arrête pas une fois la mesure octroyée. Tout élément ou développement nouveau devra normalement être rapporté au tribunal, de manière à ce que celui-ci puisse actualiser la mesure ou même la supprimer, si bon lui semble.

18 Toutefois, la procédure redevient rapidement contradictoire. La plupart du temps, en effet, dès que le défendeur est informé, il suscitera une audience du tribunal dont la fixation peut être très rapide<sup>24</sup>.

19 Signalons, enfin que, dans son évolution la plus récente, l'injonction *Mareva* concerne l'intégralité du patrimoine du défendeur qu'il soit situé au Royaume-Uni ou dans des pays étrangers<sup>25</sup>. Ce développement est la conséquence directe de la compétence juridictionnelle *in personam* sur laquelle est fondé le pouvoir des tribunaux pour prononcer cette mesure<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Dans les principes d'Helsinki, *op.cit. supra*, note 3, le délai pour introduire l'action au fond n'est pas spécifié. Le principe No 12 prévoit simplement: «Un tribunal devrait pouvoir prononcer des mesures provisoires ou conservatoires seulement si le demandeur introduit une action au fond dans un délai raisonnable ...».

<sup>23</sup> C'est le principe adopté dans les principes d'Helsinki, *op.cit. supra*, note 3. Le principe No 8 se lit de la manière suivante : «Le tribunal devrait avoir le pouvoir d'exiger des garanties du demandeur ou de poser d'autres conditions en cas de dommages causés au défendeur ou à des tiers du fait de l'octroi de la mesure. En décidant si une garantie doit être imposée au demandeur, le tribunal devrait apprécier si le demandeur peut effectivement faire face à une action en dommages et intérêts destinée à compenser le dommage causé».

<sup>24</sup> Devant la *Queen's Bench Division*, une audience peut être provoquée en 48 heures. Devant la *Chancery Division*, elle peut être à nouveau réunie environ une semaine après que l'injonction a été ordonnée.

<sup>25</sup> *Babanaft International Co. SA c. Bassatne* [1990] Ch. 13; *Derby & Co. Ltd c. Weldon* (No 1) [1990] Ch. 48; (*Nos 3 & 4*) [1990] Ch. 65; (*No 6*) [1990] 1 WLR 1139; *Republic of Haiti c. Duvalier* [1990] 1 QB 202; *Crédit Suisse Fides Trust SA c. Cuoghi*, [1997] 3 All. E.R. 724, AC 238 (P.C.).

<sup>26</sup> Cf. *infra* Nos 27 et s.

§ 2 *Obligation du débiteur de dévoiler la composition de son patrimoine*  
(disclosure orders)

20 Les injonctions *Mareva* tout comme les saisies ou mesures de séquestre, ne valent que si le créancier connaît la composition du patrimoine du débiteur et la localisation de ses biens. En pratique toutefois il n'est pas rare que le créancier ignore ces informations. Les tribunaux anglais ont donc développé une mesure conservatoire très efficace qui oblige le débiteur à dévoiler au créancier la composition de son patrimoine (*disclosure orders*). S'agissant d'une injonction, elle s'adresse au débiteur lui-même. Compte tenu du principe de l'oralité dans la procédure anglaise, la preuve est rapportée par une déposition sous serment du débiteur devant le tribunal. Le débiteur peut également subir des questions de la part du créancier à l'occasion de cette audience. Toutefois, cette procédure orale n'empêche pas que le tribunal peut exiger du débiteur des preuves documentaires des affirmations qu'il émet à l'audience. Le tribunal peut également nommer un expert pour déterminer la consistance du patrimoine du débiteur. Les mêmes sanctions que celles prévues pour les injonctions *Mareva* s'appliquent à ces décisions.

21 Plusieurs évolutions intéressantes peuvent être signalées. Tout d'abord certains pays du *Commonwealth* ont adopté la mesure comme le montre notamment l'affaire *Brannigan et al c. Davison*<sup>27</sup> jugée sur appel d'une décision de la Nouvelle-Zélande par le *Judicial Committee* du *Privy Council*. En second lieu, cette mesure peut désormais être prise à l'appui de procédures se déroulant à l'étranger sans qu'il y ait une injonction *Mareva* en Angleterre.

22 Toutefois, une limite importante a été reconnue à l'obligation du débiteur de dévoiler la composition et la situation de son patrimoine. Il s'agit de l'application du privilège selon lequel le défendeur a le droit de ne pas s'auto-accuser. En conséquence, si l'information demandée par le requérant devait entraîner une possible poursuite pénale à l'encontre du défendeur, cette requête ne serait pas accueillie<sup>28</sup>

§ 3 *Rapatriement des biens du débiteur*

23 Aujourd'hui, les tribunaux anglais peuvent enjoindre le débiteur de rapatrier sur le territoire anglais ses avoirs situés à l'étranger (*repatriation orders*). Cette mesure a, du point de vue du for, l'avantage de transformer une affaire internationale en procès purement interne puisque l'efficacité de la mesure sera d'autant plus grande que les biens seront finalement situés sur le territoire du juge qui ordonne l'injonction *Mareva*. Toutefois, on notera que cette mesure comporte nécessairement un effet extraterritorial puisqu'elle vise, initialement et par définition, des biens situés à l'étranger. Ainsi, on sera amené à se demander si un mécanisme conventionnel, établissant une forme de coopération internationale, éviterait la nécessité d'ordonner le rapatriement des biens du débiteur.

---

<sup>27</sup> Décision citée par C. McLachlan, "The jurisdictional limits of disclosure orders in transnational fraud litigation", 47 *ICLQ* 3 (1998).

<sup>28</sup> *Sociedade Nacional de Combustiveis de Angola OEE et al. c. Lundqvist et al.* [1991] 2 QB, 310.

24 L'ordonnance *Anton Piller* prend son nom de l'affaire dans laquelle elle a été prononcée pour la première fois<sup>29</sup>. Par cette ordonnance, le défendeur est obligé de donner accès à ses locaux de manière à permettre au représentant du demandeur de rechercher tout document, bien, élément de preuve, information ou autre matériel, sous quelque forme qu'ils se trouvent, et de les mettre sous séquestre, si besoin était en les déplaçant des locaux en cause. Cette obligation est souvent accompagnée d'obligations complémentaires: remettre les clés des locaux en cause, imprimer toute information contenue dans des ordinateurs; donner toute assistance nécessaire au bon déroulement de la recherche.

25 Cette mesure a été décrite comme l'une des deux armes nucléaires du droit<sup>30</sup>, l'autre arme étant, bien entendu, l'injonction *Mareva*. La très grande efficacité de l'ordonnance *Anton Piller* vient de ce qu'elle est prononcée *ex parte*. Les conséquences très graves que la mise en œuvre de la mesure peut avoir à l'encontre du défendeur combinées avec le fait qu'il n'a pas pu être entendu avant la mise en œuvre complète et totale de la mesure ont fait douter de sa conformité aux principes de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>31</sup>. Toutefois, dans une affaire *Chappell c. United Kingdom*<sup>32</sup>, la Commission des droits de l'homme de Strasbourg, approuvée par une Cour unanime, a finalement décidé que l'exécution de la mesure n'avait pas violé l'article 8 de la Convention. Dans la brève note qu'il consacre à cette affaire, Lawrence Collins critique assez vertement les proportions inflationnistes que prennent ces mesures *ex parte* dont il dit qu'elles sont souvent mises en application de manière abusive<sup>33</sup>. Il faut dire que, dans cette affaire *Chappell*, la cour d'appel à qui Chappell avait demandé d'annuler la mesure, reconnaissait qu'elle avait été mise en œuvre en pratique de manière «*unfortunate and regrettable*»<sup>34</sup>. Toutefois, la Cour de Strasbourg avait été convaincue que le droit anglais possède, en lui-même, les sauvegardes nécessaires à la protection des droits des personnes en ce que l'ordonnance *Anton Piller* est normalement assortie d'une obligation par le représentant du demandeur d'avertir le défendeur de la signification exacte de l'ordonnance qui lui est signifiée ainsi que le droit qu'il a de prendre conseil à condition que cela soit fait immédiatement.

26 Par ailleurs, une ordonnance *Anton Piller* ne pourra être prononcée que dans l'hypothèse où le requérant démontre de manière très convainquante le sérieux de son action au fond, le dommage très important qu'il pourrait subir si la mesure n'était pas prononcée, une preuve éclatante que le défendeur est en possession de documents ou éléments de preuve constituant l'infraction et, enfin, qu'il existe une chance réelle et avérée que si la mesure n'était pas exécutée, le défendeur soit en mesure de détruire les éléments de preuve avant que l'action au

---

<sup>29</sup> *Anton Piller K.G. c. Manufacturing Process Ltd.*, [1976] Ch. 55 (C.A.).

<sup>30</sup> *Bank Mellat c. Nikpour* [1985] FSR 87, à la p. 92.

<sup>31</sup> Voir L. Collins, "Anton Piller Orders and Fundamental Rights", 106 *The Law Quarterly Review*, (1990), p. 173.

<sup>32</sup> [1989] *Series A*, vol. 152.

<sup>33</sup> *Opus cité supra*, note 30 à la p. 176.

<sup>34</sup> Dans cette affaire, en effet, pas moins de 16 ou 17 personnes s'étaient présentées dans les locaux appartenant à M. Chappell qui constituaient également son domicile. Parmi ces 16 ou 17 personnes, il y en avait plus de la moitié qui étaient des officiers de police, qui, en parallèle avec la mise en œuvre de l'ordonnance «Anton Piller» cherchaient également à exécuter des mandats de perquisition.

fond ne puisse être pleinement engagée. Compte tenu de ces conditions, cette mesure a été le plus souvent accordée dans le domaine de la propriété intellectuelle, contrefaçon, piratage d'œuvres vidéo ou de logiciels<sup>35</sup>

## SECTION 2 - COMPÉTENCE INTERNATIONALE DIRECTE

27 C'est par la décision de 1979 dans l'affaire *The Siskina*<sup>36</sup> que la Chambre des Lords posa le principe selon lequel la compétence pour prononcer une injonction *Mareva* doit être une compétence *in personam* et que, dès lors, les règles normales de compétence juridictionnelle doivent être suivies. Selon ces principes : - soit le défendeur se trouve physiquement présent dans le ressort juridictionnel et peut y recevoir l'assignation, dans ce cas, la compétence est obligatoire; - soit le défendeur se trouve hors du ressort juridictionnel, alors l'*Order XI* des *Rules of Supreme Court* prévoit certaines hypothèses dans lesquelles les tribunaux anglais sont néanmoins compétents, à condition que le litige ait un lien avec l'ordre juridique anglais et que le juge accepte cette compétence qui est discrétionnaire, contrairement à celle fondée sur la présence du défendeur. Dans l'affaire *The Siskina*, le litige n'avait aucun lien avec l'Angleterre. Le défendeur n'y avait jamais été présent, ni domicilié, ni résident. Aucun acte matériel n'avait été accompli sur le territoire anglais; le contrat conclu en Italie contenait une clause d'élection de for en faveur des tribunaux génois et n'était pas régi par le droit anglais. Toutefois, le bateau était assuré par les *Lloyd's* si bien que l'indemnité d'assurance pouvait être considérée comme «située» sur le territoire anglais. Toutefois, l'*Order XI* ne prévoit pas un chef de compétence fondé sur la présence de biens sur le territoire anglais. En conséquence, l'injonction *Mareva* ne pouvait pas être prononcée. Cette décision fut confirmée en 1995 par l'affaire *Mercedes Benz AG c. Leiduck*<sup>37</sup>. Dans cette affaire, la décision devait être prise par le *Privy Council* en appel d'une décision de Hongkong. Le défendeur se trouvait à Monaco, Etat dans lequel le tribunal avait refusé de prononcer une mesure provisoire au profit de Mercedes Benz au motif que les biens du défendeur sur lesquels la mesure devait porter ne se trouvaient pas situés sur le territoire monégasque. Or, malgré cette impossibilité d'obtenir une mesure provisoire au lieu où le défendeur avait sa résidence, le *Privy Council* confirmait la décision *The Siskina* et refusait de prononcer une injonction *Mareva* alors que le seul lien avec le territoire de Hongkong se trouvait être la présence de biens.

28 Notons que, dans le cadre de la mise en œuvre en Grande-Bretagne des Conventions de Bruxelles et de Lugano, la règle de compétence avait été modifiée par le *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* afin de pouvoir appliquer l'article 24 de cette Convention<sup>38</sup>. Mais, en droit commun, la décision *The Siskina* restait applicable. En 1997, le législateur anglais est intervenu afin d'élargir la règle de compétence spécifique aux Conventions de Bruxelles et de Lugano pour tous les autres cas et actions commencées, même à l'étranger, indépendamment de ces Conventions<sup>39</sup>. En conséquence, pour le territoire anglais et seulement pour le territoire anglais, la jurisprudence *Siskina* et *Mercedes Benz* ne s'applique plus. En revanche, elle demeure d'application pour tous les territoires soumis à

<sup>35</sup> Voir *Waardle Fabrics Ltd. c. G. Myristis Ltd.* [1984] F.S.R. 263; *Columbia Picture Industries c. Robinson* [1987] Ch. 38. Mais voir également, *W.E.A. Records c. Visions Channel 4* [1983] 1 WLR 721 (C.A.).

<sup>36</sup> Cf. *supra*, note 17.

<sup>37</sup> [1995] III WLR 718.

<sup>38</sup> Sur ce texte, cf. *infra*, Nos 147 et s.

<sup>39</sup> Cet amendement au *Civil Jurisdiction and Judgment Act* de 1982 est entré en vigueur le premier avril 1997.

l'autorité des précédents du *Privy Council*.

29 La compétence juridictionnelle *in personam* entraîne la possibilité de donner effet à l'injonction *Mareva*, non seulement sur les biens situés au Royaume-Uni mais également sur ceux situés à l'étranger. Par trois décisions rendues en 1988, la *Court of Appeals* en décida ainsi<sup>40</sup>. Dans les années récentes, plusieurs autres décisions ont été rendues y compris dans les pays de *common law* qui suivent l'exemple anglais. C'est ainsi que l'on peut citer des décisions en Irlande<sup>41</sup>, à Jersey<sup>42</sup>, île de Man<sup>43</sup> et au Canada<sup>44</sup>. Une solution identique avait déjà été donnée par les juridictions australiennes et de Hongkong.

30 Par ailleurs, les mêmes règles de compétence internationale directe s'appliquent pour les *disclosure orders* et les *repatriation orders* que celles qui ont été exposées ci-dessus pour les injonctions *Mareva*. Ce sont, en effet, également des mesures *in personam*, elles peuvent concerner l'intégralité du patrimoine mondial du débiteur et non pas seulement les biens situés sur le territoire anglais.

31 Pour un auteur, les ordonnances *Anton Piller* sont justifiées uniquement par le pouvoir d'exécution du tribunal<sup>45</sup>. C'est pourquoi, ces ordonnances devraient être limitées aux locaux situés sur le territoire du tribunal qui statue. Toutefois, la jurisprudence anglaise ne semble pas, pour le moment, aller dans ce sens. Dans une affaire *Cook Industries Inc c. Galliher*<sup>46</sup>, le juge Templeman a accepté de prononcer une ordonnance *Anton Piller* alors que les objets en cause se trouvaient dans un appartement à Paris. Dans une affaire subséquente<sup>47</sup>, le juge Scott a refusé d'aller aussi loin mais sans désavouer le résultat obtenu dans l'affaire *Cook Industries*. La différence entre les deux affaires réside dans les circonstances factuelles. Dans *Cook Industries*, le défendeur habitait en Grande-Bretagne une partie de l'année et le juge anglais avait vraisemblablement compétence envers lui. Dans *Altext*, la compétence *in personam* des juridictions anglaises n'était pas avérée et le juge préféra s'abstenir. Toutefois, comme le dit très justement C. McLachlan<sup>48</sup>, même si le juge avait compétence à l'égard du défendeur, cette compétence était inefficace à lui permettre de se prononcer vis-à-vis de locaux situés à l'étranger.

32 Enfin, nous devons voir quel est l'impact d'une clause d'élection de for sur le droit des parties d'obtenir des mesures conservatoires devant un autre tribunal que celui compétent sur le fond. Les tribunaux anglais ont eu à se prononcer sur cette question dans une affaire très ancienne *Law c. Garrett*<sup>49</sup>. La Cour, dans cette affaire, décida que,

---

<sup>40</sup> *Babanaft Co. S.A. c. Bassatne* [1990] Ch 13; *Rep. of Haiti c. Duvalier*, [1990] QB 202; *Derby and Co Ltd. c. Weldon*, [1990] Ch 48 et 65.

<sup>41</sup> *Deutch Bank AG c. Murtagh* [1995] I ILRL 381 (HC).

<sup>42</sup> *Maugher c. VHM* [1989] JLR 295.

<sup>43</sup> *In Re Acet Management Ltd.* [1993-1995] I MLR 185.

<sup>44</sup> *Mooney c. Orr* [1995] I WWR 517 (BSSC). Voir également *Epp* «*World wide Mareva Injunctions in common law Canada*», LQR 460 (1996).

<sup>45</sup> Cf. McLachlan, *op.cit. supra*, note 27, aux p. 20 et 21.

<sup>46</sup> [1979] Ch. 439.

<sup>47</sup> *Altext c. Advanced Data*, [1985] 1 WLR 457.

<sup>48</sup> *Op.cit. supra*, note 27, p. 20.

<sup>49</sup> [1878] 8 Ch. D. 26.

malgré l'existence d'une clause d'élection de for au profit du Tribunal de Commerce de Saint Pétersbourg, à qui était conférée compétence exclusive pour tout litige issu du contrat, les tribunaux anglais demeuraient libres d'ordonner des mesures conservatoires à condition qu'elles ne soient pas disponibles en Russie<sup>50</sup>. On verra, qu'en France, la tendance de la jurisprudence a plutôt été inverse<sup>51</sup>.

### SECTION 3 - RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

33 Cette question est quasi systématiquement laissée sous silence par la doctrine<sup>52</sup>.

34 En droit anglais, le principe classique veut que, pour être reconnue ou exécutée, la décision étrangère soit définitive (*final*), en ce sens qu'elle met un terme définitif au litige existant entre les parties. Or, traditionnellement, les mesures provisoires ou conservatoires n'entrent pas dans cette catégorie<sup>53</sup>. Il semble donc qu'en droit commun il n'y ait pas encore de possibilité de reconnaître ou exécuter sur le territoire britannique, une mesure conservatoire étrangère<sup>54</sup>. Toutefois, une décision très récente de la *Court of Appeals* pourrait annoncer un changement d'attitude. Il s'agit de l'affaire *Credit Suisse Fides Trust c. Cuoghi*<sup>55</sup>. Certes, la Cour n'avait pas à se prononcer sur l'effet d'une décision étrangère. Mais elle souligne que si la juridiction suisse (saisie au fond) s'était prononcée sur la demande de mesure conservatoire (injonction *Mareva* et obligation pour le débiteur de dévoiler la composition de son patrimoine), elle se serait abstenue de se prononcer elle-même. Lord Millett s'exprime ainsi: «*It is becoming widely accepted that comity between the courts of different countries requires mutual respect for the territorial integrity of each other's jurisdiction, but that this should not inhibit a court in one jurisdiction from rendering whatever assistance it properly can to a court in another in respect of assets located or persons resident within the territory of the former*». Il n'est donc pas totalement exclu que l'on assiste à une nouvelle évolution du droit anglais qui admettrait la reconnaissance et l'exécution de mesures conservatoires prononcées à l'étranger.

---

<sup>50</sup> Une solution similaire sera donnée quelques cent années plus tard dans l'affaire *Mike Trading & Transport Ltd. C. R. Pagnan & Tratelli (The Lisboa)*, [1980] 2 *Lloyd's Rep.* 546.

<sup>51</sup> Cf. *infra*, No 103.

<sup>52</sup> Un auteur fait exception: L. Collins, *op.cit. supra*, note 15. Il ne fait guère de doute qu'avant la création de mesures dirigées contre la personne du défendeur et non pas seulement de ses biens, on pouvait douter de la pertinence de la question. En effet, il y avait un lien direct et nécessaire entre la compétence juridictionnelle pour prononcer la mesure et le lieu d'exécution. A partir du moment où la mesure n'est plus seulement prononcée à l'encontre de biens, la question de son effet à l'étranger se pose ou, ici, de l'effet au Royaume-Uni d'une mesure prononcée à l'étranger.

<sup>53</sup> L. Collins, *op.cit. supra*, note 15, à la p. 121. Voir *Nouvion c. Freeman* (1989) 15 App Cas 1, 9; *Blohn c. Desser* [1962] 2 QB 116; *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner and Keeler Ltd.* [1967] 1 AC 853.

<sup>54</sup> La question est réglée de manière différente en vertu des Conventions de Bruxelles et de Lugano. Cf. *infra* Nos 147 et s.

<sup>55</sup> [1997] 3 All ER 74.

## CHAPITRE II - ETATS-UNIS

35 La jurisprudence américaine<sup>56</sup> sur les mesures provisoires et conservatoires dans les relations privées internationales est étonnamment peu abondante. Quelques arrêts sont constamment cités par tous les auteurs. Le *Restatement 3d sur The Foreign Relations Law of the United States*, aborde à peine la question<sup>57</sup>.

### SECTION 1 - DESCRIPTION DES MESURES

36 Il existe essentiellement deux catégories de mesures : les injonctions et les saisies (*attachment* ou *garnishment*).

#### § 1 *Les injonctions*

37 Les injonctions sont essentiellement de deux sortes: «*preliminary injunctions*» et les «*temporary restraining orders*». Une règle fédérale existe (la *Rule 65* des Règles fédérales de procédure civile) qui prévoit notamment que les injonctions doivent être ordonnées après une procédure contradictoire. Toutefois, une exception est faite pour les *temporary restraining orders* qui peuvent être ordonnés *ex parte* à condition que le requérant démontre l'urgence exigeant qu'une telle mesure soit accordée. La règle 65 s'applique dans tous les cas où les tribunaux fédéraux sont compétents<sup>58</sup>. Les Etats fédérés, quant à eux, se partagent en trois catégories<sup>59</sup> : dans la première se trouvent les Etats dont les lois mentionnent spécifiquement les injonctions permettant d'empêcher la dissipation des avoirs par la partie à l'encontre de laquelle la mesure est ordonnée<sup>60</sup> ; la deuxième comprend les Etats qui parlent en termes généraux d'une injonction destinée à empêcher le défendeur d'agir au détriment de l'efficacité d'un jugement à intervenir<sup>61</sup> ; quant à la troisième, elle regroupe les Etats qui, soit laissent la matière essentiellement à la jurisprudence avec très peu de dispositions législatives<sup>62</sup>, soit mentionnent les injonctions sans aucune précision sur les objectifs poursuivis par de telles mesures<sup>63</sup>.

---

<sup>56</sup> Certaines discussions que l'on trouve dans la jurisprudence et la doctrine américaines montrent que, parfois, les tribunaux américains considèrent qu'ils sont appelés à prononcer des mesures provisoires ou conservatoires non seulement pour aider une des parties à un litige jugé à l'étranger mais aussi pour venir en aide à la justice [aux tribunaux] de ce pays. Pour un écho de cette manière de voir, on peut consulter G.A. Bermann, «*Transnational Provisional Relief in the Courts*», in J.L. Goldsmith ed, *International Dispute Resolution – The Regulation of Forum Selection*, Transnational Publishers Inc., New York, 1997, p. 99 et s.

<sup>57</sup> Sauf erreur de notre part, le *Restatement* mentionne seulement l'affaire *Laker* et la saga des *anti-suit injunctions* et *counter anti-suit injunctions* prononcées par les tribunaux anglais et américains (cf. Volume 1, p. 252, No 7) et les interdictions de transférer des avoirs à l'étranger avec l'affaire *United States c. First National City Bank (Omar)*, 379 US 378 (1965), décision prise à la requête des autorités fiscales américaines (cf. Volume 1, p.326, No 4).

<sup>58</sup> Les tribunaux fédéraux sont notamment compétents lorsque le litige porte sur certaines matières ayant fait l'objet d'une réglementation fédérale (par exemple, la faillite ou le droit des titres financiers) ou lorsqu'il y a *diversity of citizenship*, c'est-à-dire lorsque les parties sont de «nationalité» différente, alors que le montant en litige excède 50.000 dollars.

<sup>59</sup> Ces catégories sont proposées par T. McEvoy, *The Preliminary Injunction as a Prejudgment Security Device in the United States*, Chapitre 5 d'une thèse en préparation pour l'Université de Virginie sur les mesures conservatoires.

<sup>60</sup> Alaska, Californie, Idaho, Indiana, Montana, Minnesota, North Dakota, South Dakota, Washington.

<sup>61</sup> Arizona, California, Kansas, Kentucky, Missouri, Nevada, New York, North Carolina, Oklahoma, Oregon, Texas, Wisconsin.

<sup>62</sup> C'est le cas de la Virginie de l'Ouest.

<sup>63</sup> La plupart des Etats en disposent ainsi dans leur code de procédure civile.

38 Un auteur rapporte que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, les parties ne semblent pas se servir très souvent de ces possibilités lorsque le procès a lieu à l'étranger car très peu de décisions sont publiées prononçant de telles injonctions<sup>64</sup>. Le même auteur donne l'exemple d'injonctions rendues pour obliger une partie qui a consenti à une clause d'élection de for ou clause d'arbitrage à se défendre dans le pays du tribunal élu ou devant le tribunal arbitral. Mais, compte tenu de ce qui a été dit ci-dessus, nous ne traiterons pas de ce type d'injonctions dans la présente étude<sup>65</sup>.

39 Une explication de ce manque d'enthousiasme pourrait tenir à la nature particulière de l'injonction en droit anglo-américain. Il s'agit, en effet, d'une mesure issue de l'*Equity* et non du *common law*. Ce serait pour cette raison que certaines juridictions fédérales auraient refusé de prononcer de telles injonctions lorsque le litige sur le fond ne porte pas sur le droit tiré de l'*Equity* mais qu'il s'agit d'un litige classique pour dommages et intérêts en vertu du *common law*. Toutefois, il semble que la pratique des tribunaux fédéraux varie profondément sur cette question<sup>66</sup>. De la même manière, la pratique des Etats varie. Même ceux qui peuvent prononcer de telles mesures ne le font qu'avec réticence et non sans s'être assurés au préalable qu'aucune autre mesure issue du *common law* ne peut être prononcée.

40 En vertu de la Règle 65, aucune injonction, de quelque nature quelle soit, ne peut être ordonnée sans que le requérant donne une garantie pour payer les frais et dommages et intérêts qui seraient attribués à une quelconque partie ayant subi un préjudice en raison d'une injonction de faire ou de ne pas faire éventuellement rendue à tort. Il nous paraît que ce texte peut également expliquer le nombre limité d'affaires rapportées. Les requérants doivent hésiter sérieusement avant de demander une injonction et doivent être absolument certains qu'ils sont dans leur droit avant de ce faire.

41 Les injonctions de cette nature ne sont pas fonction d'une éventuelle saisie. En effet, elles peuvent être prononcées indépendamment d'une saisie. La plus fameuse décision en ce sens fut celle rendue à l'encontre de l'ex-Président des Philippines, Marcos, son épouse et d'autres personnes<sup>67</sup>. La Cour d'appel du neuvième circuit enjoint les époux Marcos de disposer de leurs biens pour d'autres dépenses que leurs frais d'avocats et leurs dépenses courantes. L'injonction s'adresse aux Marcos en personne et n'est pas une décision *in rem*. En conséquence, elle s'applique à tous les biens appartenant aux Marcos

---

<sup>64</sup> G.A. Bermann, *op. cit. supra*, note 56 qui cite à son tour D. Westin & P. Chrocziel, « Interim Relief Awarded by U.S. and German Courts in Support of Foreign Proceedings », 28 *Colum. J. Transnat'l L.* 723 (1990). Bruno A. Ristau parvient également à une telle conclusion cf. « Extraterritorial Provisional Measures », in J.L. Goldsmith ed, *International Dispute Resolution – The Regulation of Forum Selection*, Transnational Publishers Inc., New York, 1997, p. 159 et s.

<sup>65</sup> Cf. *supra*, note 11.

<sup>66</sup> T. McEvoy, *op. cit. supra*, note 59, rapporte deux séries de décisions. Les premières suivent la première branche de l'alternative mentionnée au texte (pas d'injonction pour un litige au fond portant sur des dommages et intérêts. *In re Fredeman Litigation* 843 F.2d 821 (5<sup>th</sup> Circuit, 1988); *Mitsubishi* 14 F. 3d 1507 (11<sup>th</sup> Circuit, 1994); *Ashland Oil Inc c. Gleave* 540 F.Supp. 81, 85-86 (1982). Schlosser, « Coordinated Transnational Interaction in Civil Litigation and Arbitration », 12 *Michigan Journal of International Law*, (1990), p. 150, à la p. 155. Les secondes, au contraire, admettent les injonctions même dans ce cas: *Hoxworth c. Blinder* 903 F.2d 186 (3<sup>rd</sup> Circuit, 1990); *Productos Carnic SA c. Central American Beef and Seafood Trading Co.* 621 F.2d 683 (5<sup>th</sup> Circuit, 1980); *Ebsco Industries Inc c. Lilly* 840 F.2d 333 (6<sup>th</sup> Circuit, 1985); *Teradyne Inc c. Mostek Corp.* 797 F.2d 43 (1<sup>st</sup> Circuit, 1986); *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litigation* 25 F.3d 1467 (9<sup>th</sup> Circuit, 1994).

<sup>67</sup> *Republic of Philippines c. Marcos*, 862 F.2d 1355 (9<sup>th</sup> Cir. 1988), *cert. denied*, 490 U.S. 1035 (1989).

quelle que soit leur situation géographique<sup>68</sup>.

42 Certes les tribunaux reconnaissent qu'il est parfois difficile de faire exécuter des injonctions lorsque le défendeur réside dans un pays étranger. Toutefois, tout comme les tribunaux anglais, les tribunaux américains peuvent décider que le défendeur qui refuse d'exécuter l'injonction est « *in contempt* » ce qui pourra concrètement se traduire par une amende ou une arrestation.

43 Une autre sorte d'injonction a également été prononcée par les tribunaux américains : le rapatriement de biens situés sur un territoire étranger<sup>69</sup>. Dans l'affaire *Inter-Regional Financial Group, Inc. c. Hashemi*<sup>70</sup>, en application du droit du Connecticut, il a été fait injonction au défendeur de remettre entre les mains du greffe du tribunal les certificats d'actions<sup>71</sup> afin de permettre leur saisie. La *Securities and Exchange Commission*, gendarme de la bourse aux Etats-Unis, a obtenu plusieurs fois le rapatriement d'avoirs provenant des profits obtenus en violation des règles applicables aux titres<sup>72</sup>. D'autres décisions peuvent également être citées dans des affaires purement commerciales où le rapatriement d'avoirs inscrits sur des comptes bancaires ont été ordonnés que les comptes en cause soient situés aux Etats-Unis ou à l'étranger<sup>73</sup>.

44 Enfin, le juge peut également compléter la saisie par une injonction faite au défendeur de ne pas déplacer le bien en cause hors du territoire<sup>74</sup>. La mesure de saisie ne suffit-elle pas à empêcher le défendeur d'agir ainsi ? On aurait pu le penser. Il est clair, en tout cas, que les juges américains ont le pouvoir de prononcer des injonctions, qu'elles soient au non assorties de mesures de saisie. Toutefois, dans l'affaire *Carolina Power & Light Co. c. Uranex*<sup>75</sup>, la Cour a probablement craint que l'injonction ne soit pas respectée et qu'elle n'ait aucun moyen de la faire exécuter. C'est pourquoi elle a ordonné la saisie et, en plus, prononcé une injonction. On peut se demander si la Cour avait compétence pour prononcer une telle injonction dans la mesure où elle suppose une compétence *in personam* envers le défendeur, ce que la Cour n'avait probablement pas<sup>76</sup>.

## § 2 Les saisies

<sup>68</sup> Un résultat similaire est obtenu par la décision *In re Estate of Ferdinand Marcos, Human Rights Litig.* 25 F.3d 1467 (9<sup>th</sup> Cir. 1994, *cert. denied*, 115 S. Ct. 934 (1995)). Pour de nombreuses autres décisions, voir G. Bermann, *op. cit. supra*, note 56, aux p. 108 et 109. Voir également, *United States c. First National City Bank* 379 U.S. 378 (1965). Finalement, il semble que parmi les circuits, seuls les cinquième et onzième n'autorisent pas le prononcé d'une injonction pour éviter que le défendeur ne dissipe ses avoirs alors que l'action au fond est une action de *common law* et non une action en *Equity*. Voir par exemple, *Mitsubishi International Corp. c. Cardinal Textile Sales* 14 F.3d 1507 (11<sup>th</sup> Cir. 1994).

<sup>69</sup> Cf. droit anglais *supra*, No 12.

<sup>70</sup> 562 F.2d 152 (2d Cir. 1977), *cert. denied*, 434 U.S. 1046 (1978).

<sup>71</sup> Précisons ici que dans un certain nombre de pays, et la plupart des Etats américains, la propriété d'actions de sociétés appartient à celui qui est physiquement détenteur du certificat. En France, et dans un certain nombre d'autres pays européens, ceci ne serait plus possible puisque, depuis plusieurs années, il existe une « dématérialisation » des titres. En conséquence, les titres sont situés sur le territoire de l'entité chargée de gérer le compte de titres. Exécuter une telle injonction sur les titres d'une société constituée en vertu du droit français pourrait seulement avoir lieu par l'intermédiaire d'une saisie spécifique pour les titres de sociétés prévue aux articles 178 à 193 du décret du 31 juillet 1992. Pour l'exposé du droit français des mesures conservatoires en général, voir *infra* Nos 82 et s.

<sup>72</sup> Décisions citées par G. Bermann, *op. cit. supra*, note 56, à la p. 117.

<sup>73</sup> *Bank of Crete S.A. c. Koskotas*, 1989 U.S. Dist. Lexis 4289 (SDNY 1989) et *Rosco c. Saxon Energy Corporation*, 758 F.Supp. 164 (SDNY 1991).

<sup>74</sup> C'est, semble-t-il, ce qu'a fait le juge dans l'affaire *Carolina Power* citée *infra*, note 75.

<sup>75</sup> 451 F.Supp. 1044 (D.C. N.Cal. 1977).

<sup>76</sup> Cf. *infra*, Nos 55 et s.

45 En ce qui concerne les saisies, elles peuvent être ordonnées afin de garantir l'exécution d'un jugement dans la mesure où il est à craindre que le défendeur ne se rende insolvable avant que le jugement n'ait été rendu. Mais, cette saisie n'est pas réglementée par le droit fédéral<sup>77</sup>. La *Rule 64* des Règles Fédérales de procédure civile précise qu'un tribunal fédéral doit prononcer une telle mesure si le droit de l'Etat fédéré dans lequel il siège en dispose ainsi<sup>78</sup>. Force est de constater que le droit des Etats varie sur cette question. Dans certains Etats comme New York, il faut que le demandeur à la saisie démontre qu'il a des chances sérieuses de gagner le procès au fond ; qu'il est probable que le défendeur disposera de ses biens avant que l'on puisse exécuter le jugement à intervenir et qu'il existe un réel besoin d'une mesure draconienne<sup>79</sup>.

46 La saisie a lieu sur les biens du défendeur situés dans l'Etat qui accepte de prendre la décision. Cette mesure est donc essentiellement de nature *in rem*. La nationalité étrangère de l'une ou l'autre des personnes en présence (demandeur ou défendeur à la saisie) n'a aucune incidence sur la décision des juges. Seule importe la présence du bien à saisir sur le territoire du tribunal appelé à statuer<sup>80</sup>. Certes, les tribunaux se prononcent rarement de manière explicite sur cette question. Toutefois, la solution ne fait guère de doute compte tenu de la définition qui est donnée de la mesure dite d'*attachment*<sup>81</sup>. C'est pourquoi, la pratique s'est développée des injonctions de rapatriement des biens sur le territoire du tribunal saisi ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus<sup>82</sup>.

47 Les conditions factuelles dans lesquelles la saisie peut être prononcée ne sont pas clairement définies. D'un côté, un tribunal de district du Maryland refuse de prononcer une saisie conservatoire en attendant l'issue d'une procédure pendante dans une autre juridiction (en l'occurrence la Louisiane), dans la mesure où il estime qu'une saisie conservatoire ne peut être ordonnée que s'il est démontré par le demandeur que le défendeur est sur le point de déplacer le bien en cause<sup>83</sup> ou qu'il existe des circonstances extraordinaires montrant une urgence certaine<sup>84</sup>.

---

<sup>77</sup> Le droit fédéral ne réglemente les mesures de saisie que dans le cadre de la faillite. La section 304 du *US Bankruptcy Code* autorise le juge américain de la faillite à ordonner toute mesure appropriée pour venir en aide à une procédure étrangère à condition que celle-ci accorde un juste traitement à tous les créanciers, que les créanciers américains soient protégés et que le produit de la faillite soit distribué de manière équivalente à ce qui est prévu par le droit américain.

<sup>78</sup> *De Beers Consol. Mines Ltd c. U.S.* 325 U.S. 212 (1945).

<sup>79</sup> N.Y. Civ. Prac. L. & R. §§6201, 6212(a) (McKinney 1996), cité par G. Bermann, *op. cit. supra*, note 56, à la p. 103.

<sup>80</sup> *USACO Coal Co c. Carbomin Energy, Inc.*, 539 F.Supp.807 (WD Ky 1982).

<sup>81</sup> Le Black's Law Dictionary (6<sup>th</sup> ed. 1990), p.126, définit cette mesure comme un « *act or process of taking, apprehending, or seizing persons or property, by virtue of a writ, summons or other judicial order, and bringing the same into the custody of the court* ». Voir également *Nederlandsche Handel-Maatschappij N.V. c. Sentry Corporation*, 163 F.Supp. 800 (1958). Cette décision relativement ancienne avait en fait refusé de prononcer l'ordonnance de rapatriement demandée. Sur cette conclusion et les raisons pour lesquelles elle a été obtenue, la décision est probablement aujourd'hui dépassée.

<sup>82</sup> *Cf. supra*, No 43.

<sup>83</sup> *Cameco Industries c. Mayatrac*, 789 F.Supp. 200 (D. Md 1992).

<sup>84</sup> *Connecticut c. Doehr*, 501 U.S. 1 (1991).

48 D'un autre côté, dans les affaires qui ont autorisé de telles saisies<sup>85</sup>, les juges n'ont pas exigé la démonstration d'une fraude ou de l'urgence pour prononcer la saisie. Par ailleurs, certaines lois étatiques, telle celle de New York, autorisent les juges à prononcer une saisie lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans l'Etat où est une société non autorisée à avoir des activités commerciales dans cet Etat<sup>86</sup>. On verra ci-dessous qu'il existe une règle similaire en Allemagne dont la Cour de justice des Communautés européennes a dit qu'elle est discriminatoire dans le cadre des relations propres à la Convention de Bruxelles de 1968<sup>87</sup>.

49 La jurisprudence de certains Etats permet de dire qu'il est nécessaire de démontrer, outre l'urgence de la mesure, la probabilité des chances de succès de l'action au fond<sup>88</sup>. De même, cette exigence est inscrite dans la loi de certains Etats, tel New York qui dispose : « *On a motion of an order for attachment, or for an order to confirm an order of attachment, the plaintiff shall show, by affidavit and such other written evidence as may be submitted, that there is a cause of action, that it is probable the plaintiff will succeed on the merits...* »<sup>89</sup>.

50 Comme pour les injonctions, la plupart des Etats exigent du demandeur qu'il donne une garantie pour les frais et éventuels dommages et intérêts qui pourraient être alloués au défendeur si la saisie avait été pratiquée à tort.

51 Les effets de la saisie dans le cas particulier des comptes bancaires doivent être notés ici. Le principe a longtemps été que chaque succursale d'une banque, bien que n'ayant pas une personnalité juridique distincte, soit traitée comme une entité indépendante pour les besoins de la saisie<sup>90</sup>. Toutefois, des décisions plus récentes ont montré que les moyens modernes de télécommunication et d'informatisation des banques, leur permettent de contrôler, à partir d'un point central ou de manière décentralisée, toutes les activités de leurs succursales. Dans ce cas, la saisie une fois effectuée pourrait normalement avoir effet dans toutes les succursales<sup>91</sup>. Bien entendu, si la banque en cause ne possède pas les moyens de gestion informatisés modernes, la règle ancienne pourra encore s'appliquer<sup>92</sup>. De la même manière, si la question se pose de l'étendue de la saisie prononcée aux Etats-Unis envers une succursale ou l'établissement principal d'une banque situé à l'étranger, la règle ancienne s'applique également<sup>93</sup>.

52 Par ailleurs, il n'est pas rare que le juge oblige le demandeur à la saisie à commencer la procédure au fond dans un certain délai. Ainsi, dans l'affaire *Carolina Power* le juge obligea le demandeur à commencer la procédure dans un délai de 30 jours à compter de sa décision.

---

<sup>85</sup> *Barclays Bank c. Tsakos*, 543 A.2d 802 (DCCA 1988) et *Carolina Power & Light Co. c. Uranex*, citée *supra*, note 75.

<sup>86</sup> *Op.cit. supra*, note 79, § 6201.

<sup>87</sup> *Cf. infra*, No 76.

<sup>88</sup> *Cf. par exemple Connolly c. Sharpe* 270 SE2d 564 (1980).

<sup>89</sup> *Op. cit. supra*, note 79, § 6212(a). Voir également, *Swiss Bank Corporation c. Eatessami* 273 N.Y.S.2d 935 (1966).

<sup>90</sup> Voir par exemple, *Cronan c. Schilling* 100 NYS2d 474 (1950).

<sup>91</sup> *Digitrex Inc. c. Johnson*, 491 F.Supp. 66 (S.D.N.Y. 1980).

<sup>92</sup> *Therm-X-Chemical & Oil Corp. c. Extebank*, 84 A.D.2d 787 (1981).

<sup>93</sup> *Fidelity Partners Inc. c. Philippine Export and Foreign Loan Guarantee Corporation*, 921 F.Supp. 1113 (S.D.N.Y. 1996).

53 Enfin, la saisie n'a pas pour but de créer un droit de préférence au profit du saisissant en cas de faillite du débiteur mais simplement de donner une certaine priorité sur certains demandeurs subséquents<sup>94</sup>.

54 Du point de vue des conditions procédurales dans lesquelles les saisies peuvent être ordonnées, il semble que les principes de *due process* doivent s'appliquer dont le premier élément consiste à exiger que le défendeur soit entendu afin qu'il puisse présenter ses moyens de défense<sup>95</sup>. Est-ce à dire que la saisie ne peut jamais être autorisée *ex parte*? La réponse doit être négative. Si l'on prend l'exemple de l'Etat de New York, la loi a prévu une méthode adéquate pour maintenir l'effet de surprise nécessaire dans toute mesure provisoire de saisie et protéger les droits de la défense. Si, effectivement, la saisie peut être pratiquée hors la connaissance du défendeur, celui-ci doit promptement être appelé afin que les éléments portés à la connaissance du juge puissent être discutés contradictoirement<sup>96</sup> et d'autres mesures de sauvegarde des droits du défendeur doivent être prévues (notamment la supervision du juge dans les opérations de saisie). Cette solution semble avoir eu grâce aux yeux de la Cour suprême dans l'affaire *Mitchell c. W.T. Grant Co.*<sup>97</sup>.

## SECTION 2 - COMPÉTENCE INTERNATIONALE DIRECTE

55 Le tribunal qui prononce une injonction, de quelque nature qu'elle soit, doit posséder une compétence *in personam* à l'encontre du défendeur<sup>98</sup>. La compétence traditionnelle pour les mesures d'*Equity* est fondée sur la présence physique du défendeur sur le territoire de la juridiction qui statue. Cela est, encore une fois, la conséquence normale de la nature de la mesure qui doit pouvoir être exécutée à l'encontre du défendeur lui-même. Cela résulte aussi de la nature de la sanction, le *Contempt of Court*. Toutefois, ce principe traditionnel a subi une profonde altération avec la décision *International Shoe Co. c. Washington*<sup>99</sup>. Dans cette affaire le défendeur soutenait que, puisqu'il n'était pas présent sur le territoire de l'Etat de Washington, les tribunaux de cet Etat ne pouvaient pas exercer une compétence à son égard. C'est pourquoi la Cour remplaça le critère rigide de la présence par un critère plus souple : «*[there must be] such contacts of the corporation within the state of the forum as make it reasonable, in the context of our federal system of government, to require the corporation to defend the particular suit which is brought here*»<sup>100</sup>.

<sup>94</sup> Plusieurs décisions sont citées à cet effet par McEvoy, *op. cit. supra*, note 59.

<sup>95</sup> *Sniadach c. Family Finance Corporation*, 395 U.S. 337 (1969). L'affaire mettait en cause la saisie des salaires du défendeur et, pour cette raison, le point de vue très strict pris par la Cour suprême dans cette affaire pourrait ne pas s'appliquer aussi strictement dans des affaires purement commerciales. Cependant, cette interprétation a été considérée comme erronée dans la mesure où la Cour suprême devait confirmer sa position trois ans plus tard dans une affaire de saisie de biens personnels *Fuentes c. Shevin*, 407 U.S. 67 (1972).

<sup>96</sup> *Op.cit. supra*, note 79, § 6211 et s.

<sup>97</sup> 416 U.S. 600 (1974). Cette affaire semble confirmée *a contrario* par la décision *North Georgia Finishing Inc. c. Di-Chem Inc.* 419 U.S. 601 (1974) et celle rendue dans l'affaire *Connecticut c. Doehr*, 501 U.S. 1 (1991).

<sup>98</sup> Ce principe est affirmé par G.A. Bermann, *op. cit. supra*, note 56, qui cite à l'appui *Securities and Exchange Commission c. Capital Growth Co, S.A.*, 391 F.Supp. 593 (S.D.N.Y. 1974) et *Milstead c. O Records & Visuals, Ltd.*, No 84 Civ 3657 (S.D.N.Y. 5 juin 1984). Voir également *Hitchman Coal & Coke Co. c. Mitchell* 245 U.S. 229 (1916).

<sup>99</sup> 326 U.S. 310 (1945).

<sup>100</sup> *Idem* à la p. 317. C'est ce qu'il est convenu d'appeler le test du «*minimum contacts*».

56 Ce critère est désormais bien connu des juristes de droit international privé, y compris les non-américains. Il ne va pas sans poser de nombreuses questions. Notamment, son application pratique n'est pas toujours facile à comprendre. Comme l'a dit un juge de la Cour suprême américaine dans une affaire subséquente : «*few answers will be written in black and white. The greys are dominant and even among them the shades are innumerable*»<sup>101</sup>. Toutefois, il est possible de synthétiser quelques grands principes que nous ne pouvons détailler dans le cadre de cette étude mais qui l'ont été par le Professeur Dubinsky dans un document remis aux membres de la Commission spéciale en mars 1998<sup>102</sup>. De surcroît, la compétence exercée à l'encontre du défendeur doit également être conforme aux principes de *due process*. Enfin, il ne semble exister aucune indication dans les décisions rendues depuis *International Shoe* que l'appréciation de la compétence devrait se faire différemment lorsque le tribunal doit se prononcer sur une demande d'injonction.

57 Bien entendu, comme nous l'avons dit ci-dessus, si le défendeur réside à l'étranger, décide de ne pas se défendre dans la procédure américaine, il est fort possible que l'injonction rendue à son encontre n'ait aucune portée réelle si les tribunaux étrangers refusent de reconnaître ou d'exécuter cette décision<sup>103</sup>. McEvoy explique dans sa thèse qu'un juge, qui se rendrait compte que l'injonction qu'il s'apprête à rendre n'a aucune chance de porter ses fruits, sera vraisemblablement enclin à refuser la mesure<sup>104</sup>.

58 Pour ce qui est de la compétence permettant d'autoriser une saisie, la situation n'est peut-être pas aussi claire que l'on pourrait le souhaiter. Cette incertitude commence avec l'affaire *Shaffer c. Heitner*<sup>105</sup>, dans laquelle la Cour décide que la compétence juridictionnelle pour les saisies doit se conformer aux principes généraux applicables à la compétence juridictionnelle tels qu'ils ont été définis par la Cour suprême dans les affaires *International Shoe* et les décisions subséquentes<sup>106</sup>. On se souvient que dans cette décision, la Cour décida que l'exercice de la compétence juridictionnelle à l'égard d'un défendeur qui n'est pas présent sur le territoire du tribunal saisi, doit, pour être conforme à *due process*, respecter certains liens minimaux de manière à ce que la procédure respecte les principes traditionnels de *fair play* et de justice naturelle<sup>107</sup>.

59 Toutefois, dans l'affaire *Shaffer*, la Cour n'avait pas à se prononcer sur le point de savoir si une telle saisie pouvait être prononcée pour empêcher le défendeur de déplacer ses biens du territoire en cause afin d'éviter de faire face à ses obligations<sup>108</sup>. Elle avait à statuer sur une saisie effectuée de manière à permettre d'obtenir compétence à l'encontre du défendeur pour statuer sur le fond du litige, c'est-à-dire ce que l'on dénommait la «*compétence quasi in rem*». De la même manière, la Cour n'avait pas à se prononcer sur l'étendue de la compétence du tribunal du lieu de la saisie ou, en d'autres termes, le *forum*

---

<sup>101</sup> Justice Marshall dans l'affaire *Kulko c. Superior Court*, 436 U.S. 84 (1978), à la p. 92.

<sup>102</sup> Cf. Paul Dubinsky, *The Reach of Doing Business Jurisdiction and Transacting Business Jurisdiction over Non-U.S. Individuals and Entities*, Document de travail No 64 du 6 mars 1998.

<sup>103</sup> Cf. par exemple *Securities and Exchange Commission c. International Swiss Investments Corp.* 895 F.2d 1272 (9<sup>th</sup> Cir. 1990).

<sup>104</sup> McEvoy, *op.cit. supra*, note 59, chapitre 5, p. 15 et 16 dactylographiées. Il cite *Hamilton c. MacDonald* 503 F.2d 1138 (9<sup>th</sup> Cir. 1974) à la p. 1146.

<sup>105</sup> 433 U.S. 186 (1977).

<sup>106</sup> Même référence, à la p. 212.

<sup>107</sup> «*Certain minimum contacts ... such that maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice*» 326 U.S. 310 (1945).

<sup>108</sup> P. Trooboff, «*Provisional and Protective Measures Development of a Limited Security Attachment in the US Cases and Practice*», paper drafted on 29 March 1995 for the ILA Committee on International Civil and Commercial Litigation.

*arrest*<sup>109</sup>.

60 Or, comme l'a fait remarquer un auteur<sup>110</sup>, la plupart du temps, le tribunal qui prononce la saisie a une compétence *in personam* à l'encontre du défendeur en même temps qu'il a sur son territoire les biens objet de la saisie. Il est donc très difficile, la plupart du temps, de conclure à partir des décisions rendues.

61 Un exemple typique de saisie est donné par l'affaire *Barclays Bank c. Tsakos*<sup>111</sup>. La Barclays avait consenti un prêt au fils de M. et Mme Tsakos que ces derniers avaient garanti. Lorsque le fils se trouve en défaut sur le remboursement du prêt, la banque commence une action judiciaire à l'encontre des parents en France et en Suisse. Or, les parents avaient déplacé leurs avoirs hors de ces deux pays. La banque demande donc aux tribunaux du *District of Columbia* d'autoriser une saisie sur le seul bien se situant sur ce territoire, c'est-à-dire un appartement sis à Washington D.C. La *Court of Appeals* décide que les liens des époux Tsakos avec le territoire du *District of Columbia* sont suffisants pour permettre à ses tribunaux d'ordonner la saisie demandée qui a seulement un objectif conservatoire<sup>112</sup>. Mais, dans cette affaire, la Cour prend la peine de citer tous les liens que les Tsakos possèdent avec le territoire de l'Etat. Or, cela n'aurait pas dû être nécessaire si la seule présence du bien était suffisante.

62 Dans l'affaire *Carolina Power*<sup>113</sup>, la Cour motive avec plus de détail les éléments factuels qui lui permettent de se déclarer compétente pour prononcer la saisie d'une créance. Il s'agissait de la saisie d'une créance au profit d'une société française due par une société de Californie. En d'autres termes, comme on le ferait dans d'autres systèmes juridiques, la créance est considérée comme localisée au lieu de la personne ou entité qui en est débitrice. La Cour décide qu'elle peut prononcer la saisie de cette créance car sa «présence» en Californie n'est pas purement fortuite. De plus, obliger le défendeur français à se défendre sur la saisie devant les tribunaux californiens ne constitue pas une charge trop lourde puisque la procédure est de nature extrêmement limitée<sup>114</sup>.

63 En conclusion sur ce point, il est possible de dire que le tribunal qui autorise la saisie ne possède pas de compétence à l'égard de la personne du défendeur, ni de compétence au fond. Il suffit, en conséquence, que ce tribunal soit situé sur le territoire où se trouvent les biens. Seul ce lien est nécessaire, mais il est suffisant.

64 Etudions, à ce stade, l'influence d'une clause d'élection de for sur la compétence juridictionnelle en matière de mesures provisoires et conservatoires. Cette question a été étudiée par le tribunal de District Sud de New York dans l'affaire *Sanko S.S. Co. c. Newfoundland Refining Co*<sup>115</sup>. Dans cette affaire, le demandeur, une compagnie de transport maritime, commence une procédure pour violation de la charte-partie. Dans ce contexte, le demandeur cherche à obtenir une saisie des comptes bancaires appartenant

---

<sup>109</sup> Dans la fameuse note de bas de page 37, la Cour suprême s'exprime ainsi: «[We do not have to consider] the question whether the presence of a defendant's property in a State is a sufficient basis for jurisdiction when no other forum is available to the plaintiff».

<sup>110</sup> L. Silberman, «Shaffer v. Heitner: The End of an Era», *N.Y.U. L. Rev.* 33 (1978), à la p. 54.

<sup>111</sup> 543 A.2d 802 (DCCA 1988).

<sup>112</sup> Voir dans le même sens, *Mendes c. Dowelanco Indus. LTDA*, 651 So. 2d 776 (Fla. Dist. Ct. App. 1995) cité par G. Bermann, *op. cit. supra*, note 56, à la p. 121, note 63.

<sup>113</sup> Citée *supra*, note 75.

<sup>114</sup> L'affaire *Omni Aircraft Sales Inc. c. Actividades Aereas Aragonesas*, No 77-669 (D. Arizona, Nov. 15, 1977) citée par McEvoy, *op. cit. supra*, note 59, révèle des circonstances similaires. Si la Cour refuse de prononcer la saisie, c'est uniquement parce qu'elle n'y est pas autorisée par la loi de l'Etat de l'Arizona qui ne prévoit pas l'autorisation d'une saisie dans une hypothèse semblable.

<sup>115</sup> 411 F. Supp. 285 (SDNY) *aff'd without op.* 538 F.2d 313 (2d Cir.), *cert. denied*, 429 U.S. 858 (1976).

aux défendeurs et situés à New York. Les défendeurs s'opposent à cette mesure au motif que les parties avaient conclu une clause d'élection de for donnant compétence exclusive aux tribunaux anglais. Le tribunal décide que la saisie ne peut pas être autorisée en présence d'une clause d'élection de for donnant compétence exclusive à un tribunal étranger. Mais les tribunaux américains ne sont pas tous de cet avis. Dans l'affaire *Polar Shipping Ltd. c. Oriental Shipping Corporation*<sup>116</sup>, la Cour décide que la clause d'élection de for au profit des tribunaux anglais, n'empêche pas l'une des parties d'obtenir une saisie aux Etats-Unis. La Cour fonde sa décision sur le fait que la clause ne dit pas expressément qu'elle est exclusive et interdit aux parties d'obtenir une mesure conservatoire accordée par un autre tribunal que celui compétent sur le fond.

### SECTION 3 - RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

65 G.A. Bermann s'exprime ainsi: « *It seems reasonably clear that the court entertaining the main action on a claim is ordinarily free to disregard ancillary orders of provisional relief issued by a court of a different jurisdiction,[...], if it deems the relief inopportune* »<sup>117</sup>. L'auteur ne cite aucune décision américaine pour justifier sa conclusion, mais une décision de Hongkong qui a refusé de reconnaître des mesures provisoires ordonnées par un tribunal américain<sup>118</sup> alors que la compétence sur le fond du litige appartenait au tribunal de Hongkong.

66 Le *Restatement (Second) of Conflict of laws*, explique que la position du droit américain sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des injonctions étrangères n'est pas fixée<sup>119</sup>. Toutefois, on peut lire immédiatement après la phrase suivante : « *It can therefore be assumed that a decree rendered in a foreign nation which orders or enjoins the doing of an act will be enforced in this country provided that such enforcement is necessary to effectuate the decree and will not impose an undue burden upon the American court and provided further in the view of the American court the decree is consistent with fundamental principles of justice and good morals* ». Quant au *Restatement (Third) on the Foreign Relations of the United States*, il n'aborde pas directement cette question mais se contente de signaler que bien que le *Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act* soit limité aux jugements portant condamnation à une somme d'argent, rien dans le texte ou dans la pratique des Etats fédérés ne permet de dire que d'autres sortes de jugements ne peuvent pas être reconnus ou exécutés aux Etats-Unis<sup>120</sup>.

67 En revanche, on peut trouver plusieurs décisions de tribunaux américains qui ont accepté d'exécuter des mesures conservatoires prononcées à l'étranger<sup>121</sup>. Tout d'abord, c'est en matière de droit de la famille que les décisions les plus fréquentes ont été rendues. Dans l'affaire *Pacanins c. Pacanins*<sup>122</sup>, à la demande d'un tribunal du Venezuela, un tribunal de Floride ordonne le gel de certains avoirs appartenant au défendeur alors que le procès est en cours au Venezuela. La Cour justifie sa décision en se fondant sur un précédent rendu dans le même Etat, la Floride, selon lequel le principe de non reconnaissance des mesures provisoires étrangères non définitives (*not final*) doit être écarté devant des circonstances exceptionnelles telles que les mesures provisoires en matière de droit de la famille ou celles qui sont prises en exécution d'une disposition

<sup>116</sup> 680 F.2d 627 (9<sup>th</sup> Cir. 1982).

<sup>117</sup> *Op.cit. supra*, note 56, à la p. 156.

<sup>118</sup> *Securities and Exchange Commission c. Wang*, 699 F.Supp. 44 (S.D.N.Y. 1988) citée par G. Bermann, *op. cit. supra*, note 56, aux p. 145 à 147.

<sup>119</sup> Section 102, *comment g*, p.310.

<sup>120</sup> Voir § 481, *Reporters' notes 2*, p.599. Mais les décisions qui sont citées ensuite ne donnent aucun exemple d'injonctions de la nature de celles qui nous intéressent ici.

<sup>121</sup> Ces décisions, pour la plupart, sont citées par M. Bermann lui-même, *op. cit. supra*, note 56, aux pages 149 à 155. Sur cette question, voir également, Buzard, « US Recognition and Enforcement of Foreign Country Injunctive and Specific Performance Decrees », 20 *Cal. West. Int'l L. J.* 91 (1989).

<sup>122</sup> 650 So.2d 1028 (Fla. Dist. Ct. App. 1995).

d'ordre public du droit en vigueur sur le territoire du tribunal étranger<sup>123</sup>. On peut d'ailleurs noter que, d'une manière générale, le droit de la famille est le domaine le plus favorable à l'exécution, aux Etats-Unis, de mesures provisoires prononcées à l'étranger. Ainsi un tribunal de New York a exécuté une décision rendue au Brésil ordonnant le gel de comptes d'investissement appartenant conjointement à un couple, dans l'attente de l'issue de la procédure de divorce au Brésil<sup>124</sup>.

68 Mais, d'autres décisions rendues en dehors du droit de la famille pourraient inciter à penser que certaines mesures conservatoires pourraient trouver grâce aux yeux de juges américains<sup>125</sup>. Une décision très souvent citée est celle rendue dans l'affaire *Pilkington Brothers P.L.C. c. AFG Industries Inc*<sup>126</sup>. Cette décision a refusé d'ordonner une mesure provisoire en tous points semblable à celle qui avait été ordonnée en Grande-Bretagne sans se fonder toutefois sur un principe général qui l'empêcherait de reconnaître ou d'exécuter une mesure provisoire prononcée à l'étranger. Le tribunal s'exprime ainsi : « *A generally recognized rule of international comity states that an American court will only recognize a final and valid judgment. This rule, however, has not been strictly applied to cases involving enforcement of modifiable judgments. Modifiable foreign orders can be granted extraterritorial effect even though they might not be "final" for purposes of res judicata* »<sup>127</sup>. Malgré cette affirmation, le tribunal ne vérifie pas les conditions de reconnaissance et d'exécution de la décision anglaise, mais, au contraire, prend le soin de vérifier les faits et circonstances factuelles et juridiques de l'affaire afin de déterminer, pour lui-même, si la mesure qui lui est demandée doit être ordonnée. Précisons ici qu'il ne pouvait vraisemblablement pas agir autrement puisque le requérant ne lui demandait pas de donner effet à la décision anglaise mais de «dupliquer» cette décision par une injonction identique. Il est donc difficile de conclure de manière tranchée à partir de cette décision<sup>128</sup>.

69 Plus intéressante est la décision rendue par la *Florida District Court of Appeal* dans l'affaire *Belle Island Investment Co. Ltd. c. Feingold*<sup>129</sup>. La Cour de Floride, dont nous avons déjà vu le libéralisme en matière de mesures étrangères prises en droit de la famille<sup>130</sup>, accepte d'exécuter une injonction provisoire ordonnée par un tribunal de Saint Vincent et les Grenadines à l'encontre d'un débiteur en fraude de ses obligations vis-à-vis d'une banque.

70 Quant à la reconnaissance ou l'exécution d'une saisie prononcée à l'étranger alors que les biens en cause sont sur le territoire du juge requis, la question ne se pose vraisemblablement même pas puisque les tribunaux américains prennent la peine d'ordonner le rapatriement de biens pour prononcer une saisie ainsi que nous l'avons vu ci-dessus<sup>131</sup>. En tout état de cause, nous n'avons trouvé aucune décision susceptible de montrer que la question se pose en ces termes tout au moins.

---

<sup>123</sup> *Cardenas c. Solis*, 570 So. 2d 996 (Fla. Dist. Ct. App. 1990), *review denied*, 581 So. 2d 163 (Fla. 1991).

<sup>124</sup> Cf. G. A. Bermann, op. cit. *supra*, note 56, aux p. 148 et 149.

<sup>125</sup> Cf. G. A. Bermann, op. cit. *supra*, note 56, à la p. 150 et la note 154. Notons cependant que la décision qu'il cite en dernier (*Seetransport Wiking Trader c. Navimpex* 29 F.3d 79 (2d Cir. 1994)) ne nous semble pas pertinente dans la mesure où la décision française d'exequatur n'est pas une mesure conservatoire.

<sup>126</sup> 581 F. Supp. 1039 (D. Del. 1984).

<sup>127</sup> *Ibidem* à la p.1045.

<sup>128</sup> G. Bermann cite d'ailleurs d'autres décisions qui ont interprété *Pilkington* dans le sens d'une interdiction générale d'exécution des mesures conservatoires étrangères (cf. p. 154).

<sup>129</sup> 453 So. 2d 1143 (Florida 1984).

<sup>130</sup> Cf. *supra*, No 67.

<sup>131</sup> Cf. *supra*, Nos 45 et s.

## CHAPITRE III - ALLEMAGNE

### SECTION 1 - DESCRIPTION DES MESURES

71 Le droit allemand connaît deux mesures pour la conservation de biens en vue d'assurer l'exécution future de titres exécutoires: l'*Arrest* et la *einstweilige Verfügung* (injonction provisoire)<sup>132</sup>. La différence essentielle entre ces deux institutions est la suivante: l'*Arrest* s'applique si le créancier réclame une somme d'argent, alors que l'injonction provisoire est ordonnée lorsque la créance est non monétaire.

72 L'*Arrest* est une mesure de blocage des avoirs et biens du débiteur ordonnée par une décision judiciaire<sup>133</sup>. Cette décision est générale par nature. Pour être valable, elle ne nécessite aucune précision des biens concernés. Elle doit ensuite faire l'objet d'une mesure d'exécution à proprement parler qui peut prendre plusieurs formes: saisie, séquestre, ou mention spéciale au registre foncier. La mesure de blocage peut également concerner des créances du débiteur à l'encontre de tiers. La mesure n'a donc de valeur en réalité que si le créancier peut trouver un ou plusieurs bien(s) spécifique(s), déterminé(s), sur le(s)quel(s) l'exécution peut être faite. En tant que telle, la mesure de l'*Arrest* n'a aucune valeur concrète. Les tiers n'ont aucune obligation de respecter la mesure. Ceci est le résultat de la nature hybride de l'*Arrest* qui n'est pas en soi, une mesure *in rem*. Ce sont les mesures d'exécution concrètes qui ont l'effet *in rem*.

73 Il n'existe aucune mesure particulière pour obtenir des informations sur la composition du patrimoine du débiteur, sauf ce qui sera dit ci-dessous en ce qui concerne la saisie de créances<sup>134</sup>. Cependant, on peut se demander si l'injonction provisoire (*einstweilige Verfügung*) ne pourrait pas être utilisée pour ce faire. En effet, les injonctions peuvent avoir un contenu extrêmement varié notamment contenir une obligation de ne pas se dessaisir de certains biens<sup>135</sup>. En tout état de cause, les déclarations de tiers ou des parties sous la foi du serment jouent en cette matière un grand rôle alors qu'elles ne sont pas autorisées dans une procédure ordinaire.

74 L'*Arrest* entraîne une interdiction de disposer à la charge du défendeur en vertu des principes généraux en la matière prévus aux paragraphes 134 et 137 du BGB. Lorsque l'*Arrest* porte sur des créances, l'interdiction de disposer s'applique également à l'égard du tiers-saisi. S'il contrevient à cette obligation, il pourra être contraint de payer une seconde fois. De plus, le tiers-saisi a une obligation d'information dont il doit s'acquitter dans les 15 jours qui suivent la notification qui lui aura été faite de la saisie<sup>136</sup>. Cette obligation d'information est

---

<sup>132</sup> §§ 916 à 945 de la ZPO.

<sup>133</sup> L'*Arrest* peut aussi être ordonnée à l'encontre d'une personne (*Persönlicher Arrest*, c'est-à-dire la contrainte par corps) et peut emporter emprisonnement au titre de mesure conservatoire en matière patrimoniale, §§ 918, 919 et 933 ZPO. Mais cette forme de contrainte n'est admise qu'à titre exceptionnel.

<sup>134</sup> Cf. *infra*, No 76.

<sup>135</sup> § 938 ZPO. Cf. réponses au questionnaire de l'ILA par le professeur Schlosser, Comité sur la procédure civile et commerciale, non publié, (1995). C'est nous qui suggérons l'utilisation de l'injonction provisoire pour obtenir des informations sur la composition du patrimoine du débiteur.

<sup>136</sup> § 840 ZPO.

de nature générale (montant des créances appartenant au débiteur ; autres prétentions obérant ces créances ; autres saisies) mais ne peut faire l'objet d'une exécution forcée. Toute erreur ou mauvaise exécution par le tiers-saisi ne peut donc se résoudre qu'en dommages et intérêts.

75 En plus, l'*Arrest* emporte un effet très particulier puisqu'il octroie au créancier un droit de priorité sur les biens saisis, avec rang à la date de la saisie. Ce rang est le même que celui conféré par le gage conventionnel<sup>137</sup>. On peut dire que la saisie permet de donner au créancier un droit réel qui lui permet d'exercer une action en revendication.

76 Pour pouvoir obtenir la saisie conservatoire, le demandeur doit démontrer qu'il a une chance de l'emporter au fond. Le paragraphe 920 ZPO prévoit que la prétention doit être crédible tant dans son principe (la cause) que dans son *quantum* (la créance). Le demandeur doit également démontrer que des circonstances spécifiques mettant en péril sa créance justifient la mesure conservatoire demandée. A cet égard, le paragraphe 917 ZPO considère qu'il y a péril lorsque l'exécution du titre dont pourra se prévaloir le créancier doit avoir lieu à l'étranger<sup>138</sup>. Il s'agit d'une présomption irréfragable justifiant en elle-même l'octroi de la mesure conservatoire. On sait que ce texte ne peut plus être appliqué dans le cadre des relations régies par la Convention de Bruxelles de 1968, puisqu'il a été jugé discriminatoire en vertu de l'article 6 du Traité de Rome qui dispose: «*Dans le domaine d'application du présent traité, ....., est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité*»<sup>139</sup>. Mais il peut encore recevoir application dans les relations exclues du champ d'application de cette Convention<sup>140</sup>.

77 Le créancier obtient cette mesure conservatoire à ses risques et périls et peut être condamné à des dommages et intérêts en vertu d'une responsabilité objective spécifique prévue au paragraphe 945 de la ZPO s'il avait obtenu la mesure conservatoire en violation des conditions de son obtention.

78 L'*Arrest* peut être prononcé soit après une audience contradictoire soit, plus fréquemment, *ex parte*. Dans ce dernier cas, le défendeur a la possibilité de former opposition en vertu du paragraphe 924 de la ZPO. Ce recours n'emporte pas effet suspensif mais le juge demeure libre d'ordonner un sursis à exécution de la mesure provisoire en attendant l'issue de la procédure d'opposition.

---

<sup>137</sup> § 804 II ZPO.

<sup>138</sup> Pour une disposition similaire dans le droit de l'Etat de New York, voir *supra*, No 48, note 86.

<sup>139</sup> CJCE 10 février 1994, Affaire C 398/92, *Firma Mund and Fester c. Firma Hatrex International Transport*, Recueil p. 467.

<sup>140</sup> Il est possible que ce texte soit également exclu lorsque le procès tombe dans le champ d'application de la Convention de Lugano, bien que la décision citée de la Cour de Justice des Communautés européennes dans *l'Affaire Firma Mund* n'ait qu'un effet persuasif pour l'interprétation de cette Convention et que la Convention de Lugano ne soit pas soumise aux principes énoncés par le Traité de Rome. Ce serait notamment le cas si le droit allemand reconnaissait comme discriminatoire toute distinction fondée sur la nationalité en matière de procédure civile ou si l'on pouvait fonder une telle conclusion sur les principes de droit international public général.

## SECTION 2 - COMPÉTENCE INTERNATIONALE DIRECTE

79 Le paragraphe 919 de la ZPO ouvre au demandeur une option de compétence en faveur du tribunal compétent au fond ou du tribunal dans le ressort duquel sont situés les biens à saisir. Bien que cette règle soit d'application interne, elle a été étendue aux relations internationales. Pour les injonctions provisoires, le paragraphe 937 de la ZPO dispose que seul le tribunal compétent au fond est compétent pour les prononcer. Le paragraphe 942 prévoit une seule exception au profit du tribunal dans le ressort duquel se trouve le bien en cas d'urgence ou lorsqu'il est nécessaire d'inscrire la mesure sur les registres maritimes.

80 Bien que toutes les compétences du Livre VIII (voies d'exécution) soient exclusives en vertu du paragraphe 802 de la ZPO, il semble que ce principe ne s'applique pas lorsque la compétence est utilisée dans les relations internationales<sup>141</sup>.

81 L'*Arrest* porte sur les biens mobiliers et immobiliers du défendeur, qu'ils soient situés à l'intérieur ou à l'extérieur du pays. Ainsi en a décidé l'*Oberlandesgericht* de Karlsruhe le 26 avril 1972<sup>142</sup>. Les juges allemands justifient cette position de la manière suivante: le paragraphe 917 II dispose qu'un *Arrest* doit être accordé si l'exécution du jugement doit avoir lieu à l'étranger. Or, si tel est le cas, cela veut dire qu'aucun bien de valeur suffisante n'est présent en Allemagne. Par conséquent, si la mesure conservatoire prononcée doit avoir une quelconque efficacité, elle doit nécessairement s'appliquer aux biens situés à l'étranger. Certes, les juges poursuivent leur raisonnement en affirmant que l'exécution elle-même de la mesure dépendra des autorités étrangères compétentes pour procéder à cette exécution mais que pour le prononcé de la mesure conservatoire elle-même en Allemagne, ils n'ont pas besoin de s'en préoccuper. Les seuls liens avec l'Allemagne sont ceux prévus au paragraphe 919 dont il a été question ci-dessus et qui ouvrent l'option de compétence. Nul n'est besoin d'exiger un lien supplémentaire même au risque que la mesure reste lettre morte si elle se heurtait à un refus d'exécution dans le ou les pays où sont situés les biens dont le débiteur est propriétaire.

---

<sup>141</sup> Cela semble incontesté pour la compétence au fond, voir Reinhold Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3ème éd., Cologne 1997, p. 248, No 877b; Reithmann/Hausmann, in Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 5ème éd., Cologne 1996, p. 1651, No 2201; voir cependant *contra Münchener Kommentar, Zivilprozeßordnung*, 1992, p. 2150. La doctrine est, en revanche, partagée pour étendre ce principe aux mesures provisoires et conservatoires. Mais il est difficile de trouver des références précises sur cette question. On peut, toutefois, proposer un raisonnement par analogie avec les clauses d'élection de for. C'est ainsi que Geimer (*op.cit.*, p. 456, No 1767) affirme qu'une élection de for en faveur d'un tribunal étranger doit, en principe, être interprétée comme excluant la compétence internationale des tribunaux allemands en matière de mesures provisoires. Mais, *contra* Reithmann/Hausmann, *op.cit.*, p. 1651, No 2201, avec d'autres renvois pour les deux opinions.

<sup>142</sup> OLGZ 1973, p. 58.

## CHAPITRE IV - FRANCE

82 Pendant très longtemps, la doctrine française a considéré que la décision qui ordonne une mesure provisoire produit, et bien souvent épuise, ses effets dans le pays où elle est rendue et exécutée. Elle n'aurait donc pas vocation à circuler dans des pays autres que celui dans lequel elle a été rendue<sup>143</sup>. Les règles de compétence choisies tant en droit interne qu'en droit international privé pouvaient justifier une telle affirmation. Dans quelle mesure le droit français peut et va évoluer dans une direction différente est difficile à apprécier aujourd'hui. Nous tenterons de le faire en présentant, comme pour les autres chapitres de cette étude, les diverses mesures disponibles en droit interne (section 1), les règles de compétence juridictionnelle internationale (section 2) et les règles de reconnaissance et d'exécution (section 4). Mais nous ajouterons de brefs développements sur le droit applicable (section 3) car on trouve quelques discussions sur ce point en droit français.

### SECTION 1 - DESCRIPTION DES MESURES

83 Les voies d'exécution ont été réformées en France par la Loi du 9 juillet 1991 et le Décret du 31 juillet 1992 entrés en vigueur au premier janvier 1993<sup>144</sup>. Mais bien d'autres textes permettent de justifier des mesures provisoires ou conservatoires. On doit citer d'abord l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile qui permet de conserver ou d'établir une preuve avant tout procès. Il s'applique même en l'absence d'une situation d'urgence. Mais avant d'étudier ces mesures particulières, il convient de présenter brièvement les mesures de référé prévues au Nouveau Code de procédure civile.

84 L'article 808 du Nouveau Code de procédure civile, spécifique au tribunal de Grande instance<sup>145</sup>, permet de demander au juge des référés<sup>146</sup> «*toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend*». Pour l'application de ce texte, l'urgence doit être constatée et ne peut résulter, par exemple, du seul effet d'une clause résolutoire d'un contrat prévoyant l'intervention du juge des référés<sup>147</sup>. L'urgence doit être appréciée au moment où la décision est rendue et non au moment où le juge a été saisi et elle est souverainement appréciée par les juges de référés, ce qui implique

---

<sup>143</sup> Cf. notamment V. Delaporte «Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé», *Travaux du Comité français de droit international privé*, années 1987-1988, Paris 1989, p. 147 et s. à la p. 148.

<sup>144</sup> Loi No 91-650 du 9 juillet 1991, *JO* 14 juillet 1991; Décret No 9292-755 du 31 juillet 1992, *JO* du 5 août 1992 et rectificatif du 31 octobre 1992.

<sup>145</sup> En France, le Tribunal de Grande instance a compétence générale, sur toutes matières civiles ou commerciales sauf les compétences particulières confiées aux différents juges d'exception tel que le Conseil des Prud'hommes, le tribunal de commerce ou même le tribunal d'instance. Le Tribunal de Grande Instance statue en premier ressort à charge d'appel dans la plupart des affaires.

<sup>146</sup> Le juge des référés est une juridiction particulière, à juge unique, généralement confiée au président de la juridiction ou à son délégué qui permet de statuer de manière rapide et sommaire. Par exemple, le référé d'heure à heure permet d'obtenir une mesure très rapidement, et, comme son nom l'indique, quelquefois dans les quelques heures qui suivent la notification de la citation.

<sup>147</sup> Cass. Civ. 3, 15 mai 1974, *Bull.* III, No 202

que la Cour de cassation n'a aucun contrôle sur son appréciation<sup>148</sup>. L'urgence doit résulter de la nature de l'affaire et non des convenances ou des diligences des parties. C'est ainsi qu'il y a urgence lorsque le préjudice subi par une partie, si la mesure n'était pas prononcée, peut devenir irréparable<sup>149</sup>. Le juge ne doit pas avoir à trancher une question de fond pour justifier la mesure sollicitée<sup>150</sup>. C'est ainsi que l'on a pu dire que le juge des référés, au titre de l'article 808, est le juge «de l'évidence». C'est pourquoi, si, à l'issue d'un examen superficiel, le juge ne peut prendre la décision de prononcer la mesure sollicitée, il doit s'en abstenir car cela veut dire qu'il doit faire des recherches dépassant son rôle en tant que juge des référés.

85 Par ailleurs, l'article 809 du Nouveau Code de procédure civile, qui comporte des équivalents pour d'autres tribunaux<sup>151</sup>, dispose : «*Le Président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé des 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 pouvoir faire application de ce texte, le juge doit constater l'imminence du dommage et la nécessité d'en prévenir la réalisation. Comme pour l'article 808, la constatation de l'imminence du dommage suffit à caractériser l'urgence<sup>152</sup>. Toutefois, l'application de l'article 809, alinéa premier, n'est pas subordonnée à la preuve de l'urgence de la mesure sollicitée<sup>153</sup>. Les applications de la notion de «dommage imminent» sont nombreuses: concurrence déloyale, matières boursières, interdiction d'un film ou d'une émission de télévision, droit de grève, ne sont que des exemples des hypothèses dans lesquelles le juge de référé a été sollicité. Quant à la notion de «trouble manifestement illicite», elle est d'application en droit social, pour la protection de la vie privée, en matière de droit économique (publicité, ouverture ou fermeture des magasins, organisation d'activités commerciales ou de publicité), en matière médicale, en matière de diffamation, notamment par la voie de presse ou d'édition. On le voit, les domaines d'application sont extrêmement variés.

86 L'article 809 du Nouveau Code de procédure civile contient un second alinéa dont les termes doivent être reproduits *in extenso* : «*Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il [le juge des référés] peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire*». Il s'agit là du fameux «référé-provision» que l'on retrouve d'ailleurs dans d'autres pays, comme les Pays-Bas<sup>154</sup>. Pour pouvoir être appliqué, ce texte n'exige pas la constatation de l'urgence<sup>155</sup>. Avant d'accorder une provision, le juge doit rechercher si l'obligation «n'est pas sérieusement contestable». En effet, le juge des référés n'a pas le pouvoir de trancher une contestation sérieuse. Il appartient donc au demandeur à une provision d'établir l'existence de la créance qu'il invoque mais c'est au défendeur à prouver que cette créance est sérieusement contestable<sup>156</sup>. Le référé-provision peut être utilisé en matière contractuelle comme en matière délictuelle. Une provision peut également être allouée

<sup>148</sup> Cass. Civ. 3, 5 octobre 1976, *JCP* 1976 IV 344; Cass. Civ. 1, 26 avril 1977, *D.* 1978, p. 664, note Tendler.

<sup>149</sup> Cass. Civ. 3, 20 octobre 1976, *JCP* 1976, IV, 362.

<sup>150</sup> Cass. Civ. 1, 26 avril 1978, *JCP* 1979. II. 19251, note Couchez.

<sup>151</sup> Article 873 pour le tribunal de commerce, 894 pour le tribunal paritaire des baux ruraux, R 516-31 pour le Conseil des Prud'hommes.

<sup>152</sup> Cass. Civ. 3, 19 janvier 1982, *JCP* 1982, IV, 126.

<sup>153</sup> Cass. Civ. 3, 22 mars 1983, *JCP* 1983. IV. 183.

<sup>154</sup> *Cf. infra*, Nos 109 et s.

<sup>155</sup> Cass. Civ. 1, 4 novembre 1976, *RTD Civ.* 1977, p. 361, Obs. Normand.

<sup>156</sup> Cass. Civ. 1, 4 novembre 1987, *Bull.* I No 282; Cass. Com., 22 novembre 1994, *Bull.* IV No 348, *Justices* 1995, II, 281, note Héron.

pour faire face à des frais en principe irrépétible, provision *ad litem*<sup>157</sup>. Il a également été jugé que le pouvoir du juge du fond de modifier le montant de la clause pénale n'exclut pas celui du juge des référés d'allouer une provision quand la dette n'est pas sérieusement contestable<sup>158</sup>. Puisque le juge des référés doit vérifier que l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il a le pouvoir d'ordonner à cet effet toute mesure d'instruction qu'il estime utile et, notamment, la comparution personnelle des parties<sup>159</sup>. Toutefois, le juge des référés n'a pas compétence pour statuer sur le fond du litige. C'est pourquoi, ses investigations ne peuvent être que limitées. Bien évidemment, la frontière entre ce qu'il peut faire et ce qui lui est interdit est extrêmement délicate à définir. Enfin, on doit préciser que le montant de la provision n'a d'autre limite que le montant non sérieusement contestable de la dette alléguée<sup>160</sup>. Le juge détient le pouvoir de fixer discrétionnairement, à l'intérieur de cette limite, la somme qu'il convient d'allouer au requérant<sup>161</sup>.

87 Comme on l'a vu, le texte permet également un «référé injonction». Tout comme le référé-provision, cette décision est sujette à la constatation par le juge que l'obligation n'est pas sérieusement contestable. C'est ainsi, par exemple, qu'il a été fait injonction à un vendeur de logiciels de communiquer le code d'accès à ce logiciel sans lequel il n'était d'aucune utilité<sup>162</sup>. On doit cependant dire que la jurisprudence publiée sur le référé-injonction est extrêmement maigre et ne correspond, en aucune manière, à la jurisprudence extrêmement abondante sur le référé-provision ou les autres mesures conservatoires. On peut d'ailleurs penser que s'il existe une possibilité pour le droit français d'évoluer de manière similaire, au droit de *common law*, c'est grâce à l'existence de ce référé-injonction qui n'a pas encore développé tous ses effets potentiels.

88 Toutes les mesures que nous venons de décrire, si elles sont justifiées par l'urgence, peuvent être rendues sur requête lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement<sup>163</sup>.

89 On doit également mentionner ici la possibilité pour le juge statuant en référé de prononcer des condamnations à des astreintes qu'il peut liquider à titre provisoire<sup>164</sup>. La nature conservatoire de cette mesure n'est pas évidente. Elle ne correspond pas exactement à la définition que nous avons donnée au début de cette étude sur les mesures qui nous concernent essentiellement ici. Toutefois si, en tant que telle, elle ne constitue vraisemblablement pas une mesure conservatoire, elle en constitue une sanction efficace comme le «*contempt of court*» agit en droit anglais.

90 De nombreuses mesures provisoires et conservatoires existent en matière successorale, dans l'intérêt des familles, en cas de divorce, dans le cadre des régimes matrimoniaux, mais nous n'aborderons pas ces mesures pour la présente étude qui est destinée à aider à la préparation d'une convention dont on peut penser qu'elle exclura ces matières de son champ d'application.

<sup>157</sup> Paris 26 mai 1986, *Gaz. pal.* 1986, 386, Bertin, *RTD Civ.* 1986, 628, Obs. Normand.

<sup>158</sup> Cass. Civ. 2, 10 juillet 1978, *JCP* 1978.II. 19355 note Bey; Cass. Com. 1er mars 1983, *RTD Com.* 1983, 551, Obs. Dubarry et Benabent.

<sup>159</sup> Cass. Civ. 1, 30 juin 1993, *JCP* 1993. IV. 2253; *RTD Civ.* 1994 162, Obs. Perrot.

<sup>160</sup> Cass. Com., 20 janvier 1981, *Gaz. pal.* 1981, 332, note Bertin.

<sup>161</sup> Cass. Civ. 1, 10 mars 1993, *JCP* 1993 IV No 1235.

<sup>162</sup> Versailles 25 novembre 1987, *Juris-Data* No 045960.

<sup>163</sup> Article 812 du Nouveau Code de procédure civile.

<sup>164</sup> Article 491 du Nouveau Code de Procédure civile et article 35 de la Loi de 1991.

91 On doit signaler une mesure conservatoire particulière telle que la nomination d'un administrateur qui peut intervenir dans un certain nombre d'hypothèses comme l'existence de biens d'un non-présent, qui doivent être gérés, ou le blocage des décisions dans le cadre d'une société civile ou commerciale ou d'une association. On doit signaler, par ailleurs, que toutes les grandes institutions de contrôle des opérations économiques et financières (Commission des Opérations de Bourse ou Conseil de la concurrence, notamment) se voient conférer des pouvoirs pour prononcer des mesures conservatoires telles que la mise sous séquestre, l'interdiction temporaire d'activité ou la consignation.

92 En matière de propriété intellectuelle, il existe une mesure particulière appelée la saisie contrefaçon<sup>165</sup>. Les mêmes textes permettent d'obtenir une interdiction provisoire de contrefaçon ou, en d'autres termes, la suspension de toute fabrication en cours. Le Code de la propriété intellectuelle autorise également la saisie-arrêt sur les produits de l'exploitation<sup>166</sup>. De la même manière, la saisie des vidéogrammes et phonogrammes est possible<sup>167</sup>, comme diverses mesures annexes, par exemple la fermeture temporaire de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction<sup>168</sup>. Pour l'exécution de toutes ces mesures, prises *ex parte*, l'huissier se présente dans les locaux du contrefacteur avec l'aide des forces de police si nécessaire. Nous ne sommes donc pas très loin des mesures *Anton Piller* du droit anglais<sup>169</sup>.

93 Depuis l'entrée en vigueur de la Loi de 1991 dont il a été question ci-dessus, la recherche d'information concernant les comptes bancaires du débiteur est réglementée par ce texte<sup>170</sup>. Ces recherches d'information sont diligentées par le Procureur de la République sur la demande de l'huissier de justice chargé de l'exécution, porteur d'un titre exécutoire et au vu d'un relevé certifié sincère des recherches infructueuses qu'il a tentées pour l'exécution. Le Procureur de la République peut ainsi rechercher l'adresse des organismes auprès desquels un compte est ouvert au nom du débiteur, l'adresse du débiteur et l'adresse de son employeur. Cette liste est exhaustive. Le Procureur de la République n'a aucun pouvoir pour rechercher d'autres renseignements. Par ailleurs, les renseignements obtenus ne peuvent être utilisés que dans la seule mesure nécessaire à l'exécution du ou des titres pour lesquels ils ont été demandés. Ils ne peuvent, en aucun cas, être communiqués à des tiers ni faire l'objet d'un fichier d'informations nominatives<sup>171</sup>. Le Procureur de la République est saisi sur requête. Désormais, et depuis 1994, les demandes de recherche d'information sur les débiteurs formulées par les huissiers de justice auprès du Procureur de la République sont gérées de manière informatisée<sup>172</sup>.

---

<sup>165</sup> Articles L332-1 à L332-4 du Code de la propriété intellectuelle.

<sup>166</sup> Articles L333-1 à L333-4.

<sup>167</sup> Article L334-1.

<sup>168</sup> Article L335-5.

<sup>169</sup> *Cf. supra*, Nos 24 et s.

<sup>170</sup> Articles 39 et 40 de la Loi du 9 juillet 1991 et article 54 du Décret du 31 juillet 1992.

<sup>171</sup> L'article 41 de la Loi du 9 juillet 1991 sanctionne toute violation de ses dispositions des peines encourues pour le délit prévu à l'article 226-21 du Code pénal sans préjudice, le cas échéant, de poursuites disciplinaires et de condamnation à des dommages et intérêts.

<sup>172</sup> Arrêté du 20 juillet 1994, *JO* du 4 août 1994.

94 Enfin, les mesures conservatoires prévues par la Loi de 1991 doivent être citées ici. L'article premier de la loi dispose: «*Tout créancier peut pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits*». Il est créé un juge de l'exécution qui est assisté pour l'exécution forcée et les saisies conservatoires par les huissiers de justice qui peuvent seuls procéder à ces mesures. Le créancier a le choix des mesures propres à assurer la conservation de sa créance. Toutefois, l'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation. Le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages et intérêts en cas d'abus de saisie<sup>173</sup>. Les tiers ne peuvent faire obstacle aux procédures engagées en vue de la conservation des créances. Ils doivent y apporter leur concours lorsqu'ils en sont légalement requis. Le tiers entre les mains duquel est pratiquée une saisie peut aussi être condamné au paiement des causes de la saisie, sauf recours contre le débiteur. D'autre part, si sans motif légitime il se soustrait à ses obligations, il peut être contraint d'y satisfaire au besoin à peine d'astreinte et peut être condamné à des dommages et intérêts<sup>174</sup>.

95 Une mesure conservatoire sur les biens du débiteur, doit être autorisée par le juge. Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter cette autorisation, à condition qu'elle justifie de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance. Le juge de l'exécution<sup>175</sup> n'a pas à trancher le fond du droit. Il se prononce *ex parte* au vu des preuves rapportées par le créancier. L'autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire<sup>176</sup>. En vertu de ce texte, on peut dire qu'une décision étrangère non encore revêtue de l'exequatur, peut permettre de pratiquer directement une saisie conservatoire sans avoir à demander l'autorisation du juge de l'exécution.

96 La saisie conservatoire peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels, appartenant au débiteur. Elle a pour effet de rendre indisponibles ses biens. Lorsque la saisie porte sur une créance ayant pour objet une somme d'argent, l'acte de saisie la rend indisponible à concurrence du montant autorisé par le juge ou, lorsque cette autorisation n'est pas nécessaire, à concurrence du montant pour lequel la saisie est pratiquée. La saisie emporte de plein droit consignation des sommes indisponibles, c'est-à-dire qu'elle emporte affectation spéciale de ces sommes et privilège de gage au profit du créancier. Le créancier a donc le droit de se faire payer sur la chose en gage par privilège et préférence aux autres créanciers<sup>177</sup>. Des conditions d'application spécifiques aux établissements habilités à tenir des comptes de dépôts (essentiellement les banques) sont également prévues par la loi: information sur le solde du ou des compte(s) du débiteur au jour de la saisie et règles spéciales de fonctionnement du compte selon les dates des opérations.

---

<sup>173</sup> Article 22 de la Loi du 9 juillet 1991.

<sup>174</sup> Article 24 de la Loi du 9 juillet 1991.

<sup>175</sup> La compétence d'attribution donnée au juge de l'exécution connaît une limite prévue à l'article 69 de la loi. En effet, l'autorisation de procéder à une mesure conservatoire peut être accordée par le Président du tribunal de commerce lorsque, demandée avant tout procès, elle tend à la conservation d'une créance relevant de la compétence de la juridiction commerciale.

<sup>176</sup> Article 68 de la Loi du 9 juillet 1991.

<sup>177</sup> Article 75 de la Loi du 9 juillet 1991, 2075-1 et 2073 du Code civil. Cet effet correspond à celui du droit allemand exposé ci-dessus au No 75.

97 Les saisies sont insérées dans un cadre procédural très strict, le Décret de 1992 prévoyant non seulement les formes de la saisie, les délais dans lesquels elle doit être dénoncée au débiteur et les diverses procédures nécessaires en cas de contestation. Ces formalités sont différentes selon la mesure demandée et selon les biens sur lesquels elle est demandée. C'est ainsi que l'on trouve des dispositions sur les saisies conservatoires de biens meubles corporels, la saisie des créances, des droits d'associés et des valeurs mobilières. Il est inutile, dans le cadre de la présente étude, de détailler toutes ces dispositions. Qu'il suffise ici de préciser que si la saisie est pratiquée entre les mains d'un tiers, l'acte de saisie doit être signifié au débiteur dans un délai de huit jours, à peine de caducité.

## SECTION 2 - COMPÉTENCE INTERNATIONALE DIRECTE

98 En France, les règles de compétence juridictionnelle directe en matière internationale sont, généralement, tirées des règles de compétence territoriale interne, étendues, parfois avec des adaptations, aux relations internationales<sup>178</sup>.

99 En matière de mesures provisoires et conservatoires, il a toujours été reconnu que le juge normalement compétent pour connaître du fond peut prendre de telles mesures. Nous verrons plus tard selon quelle loi applicable il doit statuer<sup>179</sup>. Mais, le principe même d'une mesure provisoire ou conservatoire est que, souvent, elle devra être demandée à un autre juge que le juge du fond. La difficulté est alors que ce juge ne devra pas empiéter trop profondément sur les prérogatives du juge du fond. Ceci est possible pour les saisies et autres mesures conservatoires préparant l'exécution de la décision au fond, mais plus difficile pour les autres mesures provisoires et conservatoires telles que les mesures d'instruction et le référé-provision<sup>180</sup>.

100 Les tribunaux français se sont reconnus le pouvoir d'ordonner des saisies et mesures conservatoires sur des biens situés en France, même s'ils étaient incompétents pour connaître du litige au fond. Ainsi, le juge français autorise, en cas d'urgence, un créancier à pratiquer une saisie conservatoire, à prendre une inscription provisoire d'hypothèque judiciaire ou de nantissement sur fonds de commerce sur un bien situé en France alors même que les parties seraient toutes situées à l'étranger<sup>181</sup>. On explique cette solution par l'idée que les mesures conservatoires préparent l'exécution de la décision à intervenir au fond dont elles anticipent et garantissent les effets. En ce sens, elles relèvent des voies

---

<sup>178</sup> Ceci à l'exception des articles 14 et 15 du Code civil qui fondent la compétence des tribunaux français sur la nationalité du demandeur (art. 14) ou du défendeur (art. 15). Cette compétence n'est disponible qu'à titre subsidiaire, si aucune disposition de compétence ordinaire n'est disponible (Cass. Civ. 1, 19 nov. 1985, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1986.712, note Y. Lequette; *JDI* 1986.719, note A. Huet; *JCP* 1987.II.20810, note Courbe et 7 juin 1989; *JCP* 1990.II.21448, note Rémy). Pour une décision qui a interdit l'application de l'article 14 lorsque la mesure conservatoire contestée avait été prononcée à l'étranger, voir CA Paris 18 décembre 1996, *Rev.crit.dr.int.pr.*1997.527, note M. Santa-Croce.

<sup>179</sup> Cf. *infra*, Nos 105 et 106.

<sup>180</sup> Cette distinction a été proposée par V. Delaporte, «Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé», *op.cit. supra*, note No 143.

<sup>181</sup> Cass. Civ. 1, 14 mars 1984, *Bull.* I No 98; *Rev.crit.dr.int.pr.* 1984, 598, note Oppetit; *D.* 1984, 629, Rapport Fabre, note J. Robert; *JCP* 1984 II, 20205, Concl. Gulphe, note Synvet; *Rev. Arb.* 1985.69 note Couchez; Cass. Civ. 1, 18 novembre 1986, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1987, 760, note Audit; *JDI* 1987, 124, note Gaillard.

d'exécution et sont donc régies par la loi du lieu où l'exécution se réalise, c'est-à-dire du lieu de situation des biens saisis ou simplement grevés. Le Décret du 31 juillet 1992, pris en application de la loi du 9 juillet 1991 sur les voies d'exécution, n'a pas modifié cette règle puisqu'en son article 9 il prévoit que le juge de l'exécution territorialement compétent est celui du lieu d'exécution de la mesure. Toutefois, ce même texte ouvre une option au demandeur qui peut également choisir de porter sa demande de mesures conservatoires devant le juge du lieu où demeure le débiteur. Si le débiteur demeure à l'étranger ou si le lieu où il demeure est inconnu, le juge seul compétent est celui du lieu d'exécution de la mesure. Notons que ces dispositions sont d'ordre public en vertu de l'article 10 du même Décret. Mais cet ordre public est de nature interne et, pour le moment, aucune décision de jurisprudence ne l'a étendu aux relations internationales.

101 La compétence du juge du lieu d'exécution de la mesure prévue à l'article 9 du Décret de 1992 ne vient que confirmer la compétence déjà admise en jurisprudence avant l'intervention de la loi de 1991<sup>182</sup>. Toutefois, l'article 211 du Décret de 1992, spécifique aux mesures conservatoires et aux sûretés judiciaires, comporte une disposition semble-t-il dérogatoire à l'article 9 en ce qui concerne l'autorisation de la mesure conservatoire. Ce texte précise en effet: «*Le juge compétent, pour autoriser une mesure conservatoire est le juge de l'exécution du lieu où demeure le débiteur*». Cette disposition aurait pu être considérée comme dérogatoire à l'article 9 mais elle a été interprétée en doctrine comme devant être combinée avec l'alinéa 2 de l'article 9 lorsque le débiteur demeure à l'étranger afin de ne pas obliger le demandeur à la mesure provisoire, dans un tel cas, d'aller procéder devant le juge étranger pour obtenir une autorisation qu'il viendrait ensuite faire exécuter en France sur des biens qui y sont situés<sup>183</sup>.

102 On se pose la question de savoir si, en ce qui concerne le référé-provision, les mêmes règles de compétence doivent s'appliquer. Certes, la jurisprudence est peu abondante mais celle publiée permet de donner une réponse positive à cette question<sup>184</sup>.

103 On doit signaler une évolution importante du droit français au titre de la compétence juridictionnelle internationale en matière de mesures provisoires. En effet, jusqu'en 1995, la France connaissait de la règle du *forum arresti*. Cette compétence avait été admise par une décision *Nassibian*<sup>185</sup>. En vertu de cette compétence, les tribunaux français pouvaient se prononcer au fond, sur la validité de la créance ayant justifié la mesure conservatoire, pour permettre de valider

---

<sup>182</sup> *Société Varonas*, Cass. Civ. 2, 29 février 1984, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1985, 545, note H. Sinay-Cytermann; *Fahim* Cass. Civ. I, 6 décembre 1989, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1990, 545, note Couchez; *Smith*, Dijon 27 mai 1992, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1993, 291, note H. Muir Watt; *Faloughi*, TGI Paris, 11 juillet 1990, *JDI* 1991, 722, note M. Revillard.

<sup>183</sup> P. Mayer, *Droit international privé*, 5ème éd., Paris 1994, No 287, p. 194; P. de Vareilles-Sommières, «La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires», *Rev.crit.dr.int.pr.* 1996, p. 397, à la p. 423.

<sup>184</sup> *Tron* TGI Nanterre, 9 octobre 1978, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1979, 128, note E. Mezger, infirmée sur une autre question par Versailles, 27 juin 1979, *JDI* 1980, 894, Obs. D. Holleaux. Cette compétence est approuvée au moins par un auteur: cf. P. de Vareilles-Sommières *op.cit. supra*, note 183 à la p. 425.

<sup>185</sup> Cass. Civ. 1, 6 novembre 1979, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1980.588, note Couchez, *JDI* 1980.95, rapport Ponsard.

cette mesure conservatoire et de la transformer en mesure d'exécution<sup>186</sup>. Mais, en 1995, puis 1997, la Cour de cassation renversa cette jurisprudence et décida que le juge français ne peut plus se déclarer compétent au principal sur le seul fait qu'il est compétent pour se prononcer sur la mesure conservatoire<sup>187</sup>.

104 Voyons, enfin, quelle peut être la portée d'une clause d'élection de for sur la compétence du juge du provisoire. On doit noter, tout d'abord, qu'il existe très peu de jurisprudence publiée sur cette question. Quant à la doctrine, elle est plutôt favorable à une solution qui permet de maintenir l'unité judiciaire du contentieux du provisoire et du principal. Dans cette perspective, une clause d'élection de for valide et licite s'appliquera également aux mesures provisoires que l'une des parties au contrat voudra prendre à l'encontre de l'autre, même si la clause ne le précise pas expressément<sup>188</sup>. Dès lors, si la clause d'élection de for donne compétence à une juridiction étrangère, les tribunaux français du provisoire sont incompétents en vertu du principe selon lequel, en droit français, la compétence du juge élu est une compétence exclusive à moins que les parties n'en aient disposé autrement<sup>189</sup>. C'est ainsi que dans l'affaire *Compagnie de Signaux et d'Entreprise électrique*<sup>190</sup>, la Cour de cassation approuve les juges du fond de s'être déclarés incompétents pour ordonner en référé une mesure d'expertise, bien que celle-ci dût être exécutée en France, en raison de la présence d'une clause d'élection de for au profit d'un juge étranger. La seule exception admise par la Cour suprême est liée à l'urgence ou le péril qui impliquerait de manière impérative l'intervention du juge français pour conserver un bien ou une créance se situant sur son territoire. On doit noter cependant que cette jurisprudence est antérieure à l'intervention de la loi de 1991 qui, nous devons le rappeler, fait des règles de compétence territoriale interne des règles d'ordre public. Il conviendra donc d'attendre une nouvelle décision de la Cour de cassation pour savoir si une clause d'élection de for peut déroger à cette compétence à condition que le litige soit un litige international. On sait en effet que, par le passé, la Cour de cassation française a admis, dans certains cas, la validité de clauses d'élection de for alors même que, en droit interne, elles auraient été annulées. De plus, l'efficacité des mesures à prendre peut militer en faveur d'une compétence, peut être exceptionnelle, même en présence d'une clause d'élection de for au profit d'un tribunal étranger.

### SECTION 3 - DROIT APPLICABLE

105 Comme l'a dit un auteur, le problème du conflit de lois est assez largement absorbé par celui du conflit de juridictions: la compétence législative appartient en principe à l'Etat doté de la compétence judiciaire au provisoire<sup>191</sup>. Cette solution est admise depuis longtemps en France et ne semble pas devoir être modifiée<sup>192</sup>. Elle est justifiée par l'idée que les mesures provisoires doivent être prononcées de manière rapide et que, en général, elles ne permettent pas au juge d'obtenir une connaissance suffisante d'une éventuelle loi étrangère applicable<sup>193</sup>. Par ailleurs, les risques de fraude que la loi du for entraîne en

<sup>186</sup> Une décision similaire avait été rendue en matière de validité d'une saisie conservatoire: *Banque camerounaise du développement*, Cass. Civ. 1, 18 novembre 1986, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1987, 773, note H. Muir Watt, *JDI* 1987, 632, note P. Kahn.

<sup>187</sup> *Cobenan*, Cass. Civ. 1, 17 janvier 1995, *JCP* 1995, No 22430, note H. Muir Watt; *Rev.crit.dr.int.pr.* 1996, 133, note Y. Lequette; Cass. Civ. 1, 11 février 1997, *Bull.* No 47, p. 30.

<sup>188</sup> Cf. P. de Vareilles Sommière, *op.cit. supra*, note 183 à la p. 432.

<sup>189</sup> P. Mayer, *op.cit. supra* note 183, No 378, p. 252.

<sup>190</sup> Cass. Civ. 1, 17 décembre 1985, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1986.537, note Gaudemet-Tallon.

<sup>191</sup> P. de Vareilles Sommière, *op.cit. supra*, note 183 à la p. 400.

<sup>192</sup> Voir déjà V. Delaporte, *op.cit. supra*, note 143 p. 148.

<sup>193</sup> Nous préférons cette explication à l'explication traditionnelle qui faisait du droit des mesures provisoires une réglementation procédurale des pouvoirs du juge cf. V. Delaporte *op.cit. supra*, note 143, p. 148.

donnant une prime au *forum shopping* semblent, en matière de mesures provisoires, évincés par la nature même des mesures demandées et leur effet limité dans le temps<sup>194</sup>.

106 Cela ne veut pas dire cependant que la loi étrangère ne peut pas être consultée notamment sur la vraisemblance du droit subjectif invoqué par le demandeur à la mesure provisoire. Un auteur admet d'ailleurs un rôle beaucoup plus important à la loi étrangère<sup>195</sup>. Toutefois, on doit noter que cet auteur s'exprime essentiellement en matière de droit de la famille dont les spécificités peuvent effectivement entraîner une plus grande prise en considération ou même application du droit étranger du fond pour apprécier la possibilité de prononcer et d'exécuter une mesure provisoire.

#### SECTION 4 - RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

107 Très peu de discussions ont été menées jusqu'à maintenant sur cette question en droit français. On doit simplement faire référence au droit commun de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. Traditionnellement, en France, pour qu'un jugement étranger puisse être exécutoire, il n'est pas nécessaire qu'il soit définitif mais il doit être exécutoire à l'étranger. Le jugement étranger revêtu de l'exequatur n'a pas plus de force en France que dans son pays d'origine. Par conséquent, s'il vient à être remis en cause dans son pays d'origine, l'exequatur en France devient caduque<sup>196</sup>.

108 Malgré ce principe, une partie de la doctrine est particulièrement dubitative sur la possibilité d'exécuter en France des mesures provisoires prononcées à l'étranger. Les arguments essentiels à l'encontre d'une telle exécution tiennent à la nature des mesures provisoires ou conservatoires qui se rattacherait directement aux voies d'exécution. En tant que telles, elles relèveraient exclusivement des autorités judiciaires de l'Etat où elles sont prononcées<sup>197</sup>. On peut se demander si cette analogie est toujours pertinente. En effet, une mesure conservatoire est avant tout une décision prise par un juge qui n'a pas en elle-même la nature d'une voie d'exécution. En revanche, son exécution revêt cette nature, mais alors, la problématique n'est pas réellement différente de celle qui se pose pour toute autre décision. La seule réelle difficulté pourrait être l'ignorance par le droit du for de la mesure prononcée à l'étranger et l'impossibilité de l'exécuter en tant que telle. Toutefois, les principes actuels de coopération judiciaire internationale pourraient entraîner une obligation du juge du for de procéder à une exécution par substitution. En effet, une mesure équivalente connue par le droit du for pourrait être exécutée en lieu et place de la mesure étrangère inconnue. On voit d'ailleurs, aujourd'hui, dans la doctrine française, une tendance à admettre la reconnaissance ou l'exécution en France de certaines mesures provisoires étrangères. A titre d'exemple, on a souligné qu'une injonction de ne pas faire, prononcée à l'étranger en matière de concurrence déloyale, pourrait éventuellement être exécutée en France<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> Voir en ce sens P. de Vareilles Sommaires *op.cit. supra*, note 183 à la p. 401.

<sup>195</sup> P. Picone, «Misure provisorie in materia familiare e diritto internazionale privato» *Riv.dir.int.*, 1995, p. 1 et s. à la p. 30 et s.

<sup>196</sup> Cass. Civ. 1, 12 novembre 1986 *Rev.crit.dr.int.pr* 1987, 750 et la note.

<sup>197</sup> V. Delaporte *op.cit.*, note 143 à la p. 155.

<sup>198</sup> D. Foussard, «Entre exequatur et exécution forcée – De quelques difficultés théoriques et pratiques relatives à l'exécution des jugements étrangers», *Travaux du Comité français de droit international privé* 1997, à paraître. L'auteur est très réservé mais il cite pour une tendance moins réservée P. de Vareilles-Sommières *op.cit. supra*, note 183; E. Jeuland, «Les effets des jugements provisoires hors du territoire du for», *Rev.Rech.Jur.* 1996.177.

## CHAPITRE V - PAYS-BAS

### SECTION 1 - DESCRIPTION DES MESURES

109 En droit néerlandais, comme en droit français, il existe une multitude de mesures provisoires et conservatoires. Ce n'est pas surprenant car le Code de procédure civile néerlandais a son origine dans la législation napoléonienne. Pour les besoins de la présente étude, nous avons retenu seulement les saisies conservatoires et le référé-provision (*kort geding*).

110 Les saisies conservatoires sont régies par les articles 700 à 770 c du Code de procédure civile. Elles permettent de sauvegarder un droit. Elles peuvent porter sur tous les biens mobiliers, immobiliers, corporels ou incorporels du débiteur. Elles ont pour effet de rendre indisponibles ces biens. En plus de la saisie, le saisissant peut demander au juge de mettre le bien en cause sous sauvegarde de justice en le confiant à un dépositaire nommé par le juge. Cette mesure est prononcée lorsque les biens sont susceptibles d'être détournés. Par ailleurs, le juge peut également prononcer la mise sous administration.

111 La saisie conservatoire peut être exécutée entre les mains d'un tiers. Celle-ci est réglementée aux articles 718-723.

112 La procédure applicable à la saisie est sommaire en raison de la nécessité de rapidité qui caractérise cette mesure. Elle est prise *ex parte*. Cette particularité est justifiée par l'effet de surprise recherché par la saisie. Mais toute saisie conservatoire appelle l'autorisation du juge<sup>199</sup>.

113 Le juge, lorsqu'il autorise la saisie, doit prévoir le délai dans lequel l'introduction de la demande au fond doit être effectuée, sauf si la demande est déjà introduite au moment où le juge statue. Le délai est d'au moins huit jours après la saisie. Il sera généralement plus long si la demande au principal doit être engagée devant un arbitre ou un juge étranger. De plus, le juge peut prolonger ce délai à la demande du requérant. Si le délai fixé n'est pas respecté par le saisissant, la saisie devient caduque (art. 700-3).

114 Le juge peut exiger du saisissant qu'il constitue une garantie pour l'éventuel dommage susceptible d'être causé par la saisie<sup>200</sup>. Il n'existe plus de procédure de validation en tant que telle depuis la loi du premier janvier 1992. C'est la décision au fond qui décidera si la mesure conservatoire était justifiée en la confirmant ou, au contraire, en ordonnant sa mainlevée<sup>201</sup>. La saisie conservatoire devient une saisie exécutoire quand le saisissant a obtenu un titre exécutoire au principal, que ce titre soit constitué par un jugement néerlandais ou par un jugement étranger exécutable aux Pays-Bas.

---

<sup>199</sup> La compétence est normalement donnée au président du tribunal d'arrondissement. Il y a 19 tribunaux d'arrondissement aux Pays-Bas.

<sup>200</sup> Article 701 du Code de procédure civile.

<sup>201</sup> Article 704 du Code de procédure civile.

115 La saisie doit être notifiée au débiteur et, dans le cas d'une saisie entre les mains d'un tiers, aussi à ce tiers, qui a alors, tout comme le débiteur, la possibilité de demander au juge la suspension de la saisie<sup>202</sup>.

116 Le droit néerlandais connaît également un référé-provision (*kort geding*) qui est historiquement proche du référé-provision français mais englobe également des éléments de l'injonction; il s'agit, en effet, d'une «mesure d'ordre». Elle est d'une grande importance pratique. La procédure est sommaire, la décision rendue est, en principe, provisoire, mais, en fait, met très souvent fin au litige. Le référé-provision néerlandais est régi par les articles 289 à 297 du Code de procédure civile. La mesure ordonnée peut être une obligation de faire ou de ne pas faire mais peut également consister en la condamnation au paiement d'une somme d'argent. En revanche, une action déclaratoire ne peut pas être prononcée en référé<sup>203</sup>. La première condition est une condition d'urgence exigée par l'article 291. Le *Hoge Raad* a décidé que le juge doit apprécier l'existence de l'urgence *ex officio*<sup>204</sup>. Par ailleurs, le juge du référé apprécie et mesure les arguments des parties et, si ces arguments sont trop complexes, il doit rejeter la demande<sup>205</sup>. Le *Hoge Raad* a toutefois indiqué que «selon les conceptions du droit contemporain» le juge doit être réticent à cet égard<sup>206</sup>. Dans la pratique néerlandaise, en effet, les questions traitées en «*kort geding*» peuvent être fort complexes.

## SECTION 2 - COMPÉTENCE INTERNATIONALE DIRECTE

117 En vertu des articles 765-767 du Code de procédure civile, une saisie peut être pratiquée aux Pays-Bas même si le débiteur n'y a pas sa résidence à condition que les biens sur lesquels la saisie doit être exécutée se trouvent aux Pays-Bas. C'est ce que l'on appelle la «saisie foraine». La compétence au provisoire ne crée pas, en principe, de compétence au fond. Cependant, l'article 767 prévoit qu'à *titre subsidiaire*, la compétence donnée au juge du lieu de situation des biens lui confère compétence au fond à titre de *forum arresti*, lorsque la compétence au fond est normalement conférée à une juridiction étrangère, mais que la décision qui en résultera ne pourra pas être exécutée aux Pays-Bas<sup>207</sup>. Dans cette hypothèse – rare dans la pratique à cause du grand nombre de Traités d'exécution ainsi qu'en raison de la jurisprudence citée ci-après<sup>208</sup> – le jugement au fond peut être exécuté même sur d'autres biens que ceux compris dans la saisie.

---

<sup>202</sup> Article 705 du Code de procédure civile.

<sup>203</sup> *Hoge Raad* 2 avril 1976, *NJ* 1977 No 361.

<sup>204</sup> 2 février 1968, *NJ* 1968 No 62.

<sup>205</sup> *Hoge Raad* 8 janvier 1965, *NJ* 1965 No 162 et 4 juin 1993 *NJ* 1994 No 659. Cette exigence est identique à ce qui a été expliqué ci-dessus pour le droit français; *cf. supra*, No 86.

<sup>206</sup> Voir *Hoge Raad* 2 avril 1993, *NJ* 1994 No 650, cassant un arrêt où la Cour avait refusé d'examiner l'historique d'une loi basée sur une convention internationale, estimant que cet examen déborde de la tâche du juge en référé. Cette conception a été considérée comme «trop étroite» par le *Hoge Raad*.

<sup>207</sup> Ce sera le cas, notamment, lorsque le pays étranger sur le territoire duquel la compétence est fondée n'est pas lié aux Pays-Bas par une convention en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers.

<sup>208</sup> *Cf. infra*, No 120.

118 Si les parties sont liées par une clause d'élection de for, le juge néerlandais perd sa compétence au fond au titre du *forum arresti* et ce, même si le jugement rendu par le tribunal désigné par la clause ne pourra ensuite être exécuté aux Pays-Bas en raison de l'absence d'une convention d'exécution. Le saisissant doit donc, après avoir obtenu un jugement de condamnation à l'étranger, saisir à nouveau le juge néerlandais afin d'obtenir un titre garantissant l'exécution de la saisie sur les biens<sup>209</sup>. La compétence d'attribution au fond est, dans ce cas, donnée par l'article 431-2 du Code de procédure civile. Dans tous les cas où une décision étrangère ne peut pas être exécutée aux Pays-Bas faute d'une convention (ou d'une disposition légale spécifique), une nouvelle procédure peut être entamée aux Pays-Bas – le juge néerlandais est alors compétent au fond en vertu de l'article 431-2 du Code de procédure civile.

119 Comme en France, les règles de compétence juridictionnelle directe en matière internationale sont généralement tirées des règles de compétence territoriale interne, avec, dans certains cas, des adaptations pour les relations internationales. Ainsi, le président du tribunal du domicile du défendeur (art. 126.1 Code de procédure civile) est en principe compétent pour prononcer une ordonnance en référé. De même, le président du tribunal du domicile du demandeur (art. 126.3 Code de procédure civile) peut assumer une compétence internationale. Toutefois, les présidents sont enclins à ne pas se déclarer compétents en matière internationale lorsque l'affaire ne présente pas suffisamment de liens avec le système juridique néerlandais. Ils préfèrent alors laisser juger les tribunaux étrangers plus concernés (l'on peut rapprocher cette solution de la théorie du *forum non conveniens*). En fait, cette souplesse reflète le caractère extrêmement informel de la procédure du «*kort geding*» qui a pris une telle envergure que se pose avec un regard d'actualité la question de savoir si elle peut être considérée comme une «mesure provisoire» au sens de l'article 24 de la Convention de Bruxelles/Lugano<sup>210</sup>.

120 Dans un arrêt du 24 novembre 1989, le *Hoge Raad* a jugé que le juge néerlandais est compétent pour ordonner des mesures ou interdictions à portée extraterritoriale<sup>211</sup>. En l'occurrence, il s'agissait d'atteinte au droit de propriété intellectuelle. Les défendeurs étaient notamment de nationalité américaine, française et néerlandaise et la mesure demandée visait des actes de violation de marque dans le Benelux. Le fait que la mesure visait éventuellement des actes accomplis à l'étranger, n'a pas empêché le juge néerlandais de la prononcer pour tout le préjudice éventuellement à subir par le demandeur en Belgique et au Luxembourg.

121 L'existence d'une clause d'élection de for désignant un tribunal étranger ne semble pas empêcher nécessairement le Président du tribunal néerlandais d'être compétent en référé. Dans son arrêt du 17 octobre 1991<sup>212</sup> la Cour d'appel d'Amsterdam, tout en rejetant la compétence en référé en l'occurrence, semble admettre la possibilité que, dans certains cas d'urgence, le juge des référés est compétent malgré l'existence d'une clause d'élection de for<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> *Hoge Raad* 16 juin 1995, *RvdW* 1995 No 139, confirmant *Hoge Raad* 17 décembre 1993, *NJ* 1994 Nos 348, 349 et 350.

<sup>210</sup> Pour plus de développements sur cette question, cf. *infra*, Nos 147 et s.

<sup>211</sup> Affaire *Interlas c. Lincoln*, *NJ* 1992 No 404 et *NIPR* 1991 No 117.

<sup>212</sup> *NIPR* 1992 No 123.

<sup>213</sup> Voir aussi R.C. Gisolf, *Kort geding en rechter* 1993; Ch. 5, p. 79-97, (Th. M. de Boer).

## CHAPITRE VI - SUISSE

### SECTION 1 - DESCRIPTION DES MESURES

122 A l'instar du droit allemand, le droit suisse distingue deux mesures provisoires au sens large. Si la mesure a pour objet le recouvrement d'une créance d'argent, c'est par la voie d'un séquestre (*Arrest*) qu'il faut procéder. En revanche, pour les autres droits subjectifs, c'est une mesure provisoire ou conservatoire au sens strict (injonction provisoire; *Vorsorgliche Massnahme, provisorische Massnahme*) qui peut être requise. Cette distinction est fondamentale en vue de la source de droit applicable: alors que le séquestre est réglé par une loi fédérale qui établit un règlement unifié pour l'ensemble du territoire helvétique<sup>214</sup>, les autres mesures provisoires sont réglées par les 26 codes de procédure civile cantonaux. Dans ce dernier cas, le système est donc différent d'un canton à l'autre<sup>215</sup>.

123 Le séquestre est une mesure qui permet de geler les biens du débiteur afin que le créancier puisse être désintéressé sur ces biens s'il parvient à démontrer son droit. Le séquestre peut être prononcé à condition que le créancier puisse se prévaloir d'une dette exigible<sup>216</sup> et qu'elle ne soit pas assortie d'un droit préférentiel. Pour obtenir un séquestre, le créancier doit démontrer que sa créance est vraisemblable et qu'il se trouve dans l'un des cas prévus à l'article 271 de la LP<sup>217</sup>. En outre, et ce contrairement au droit allemand, le créancier doit désigner précisément les biens à séquestrer et ceci par canton car le juge genevois ne peut pas prononcer le séquestre d'un tiers qui se trouve au canton de Zurich. Pour ce faire, la difficulté varie selon la nature des biens concernés:

- les objets (meubles ou immeubles, papiers-valeur) doivent être désignés par une description et par une indication précise de leur lieu de situation;
- les créances sont désignées par l'indication du nom et de l'adresse du créancier et du tiers débiteur. S'il s'agit d'une créance bancaire, la relation bancaire préexistante entre le débiteur à séquestrer et la banque auprès de laquelle le séquestre devra être exécuté doit être vraisemblable;

---

<sup>214</sup> *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889* (LP). Le séquestre est réglé aux art. 271 et s. de la LP. Ces dispositions ont récemment fait l'objet d'une révision partielle. Le nouveau texte est entré en vigueur le premier janvier 1997.

<sup>215</sup> Trois catégories essentielles de mesures peuvent être identifiées en droit suisse: les mesures conservatoires (*Sicherungsmassnahmen*), ainsi appelées «mesures de protection», visent à maintenir en l'état l'objet du litige ou d'autres biens afin d'assurer l'exécution ultérieure du droit invoqué dans le procès au fond; les mesures de réglementation (*Regelungsmassnahmen*) sont des mesures provisoires par excellence puisqu'elles permettent de régler une situation juridique pour une période donnée dans l'attente d'une décision définitive; les mesures de condamnation (*Leistungsmassnahmen*) annulent l'effet suspensif d'une voie de recours ordinaire à l'encontre d'une décision déjà prise et permet l'exécution provisoire totale ou partielle de la décision au fond. Quant aux mesures probatoires, elles font partie d'une quatrième catégorie et permettent d'ordonner des investigations destinées à servir dans le procès au fond ou à s'assurer qu'il existe effectivement une prétention juridique protégée par la loi (mesures probatoires *in futurum*). Cette liste est puisée dans l'ouvrage de A. Bucher, *Droit international privé suisse*, tome I/1, Helbing & Lichtenhahn, 1998, p. 118, No 336.

<sup>216</sup> Art. 271, alinéas 1 et 2 LP.

<sup>217</sup> Cf. *infra*, No 125.

- les biens détenus à titre fiduciaire, en revanche, ne peuvent pas être séquestrés car ils appartiennent au fiduciaire en toute propriété<sup>218</sup>. Seule une fraude ou un abus de droit permettrait de passer outre *«lorsque l'identité économique absolue entre le débiteur et le tiers n'est d'entrée de cause, ni contestable, ni sérieusement contestée et que, manifestement, le débiteur se réfugie derrière la dualité juridique pour se soustraire à l'exécution forcée»*<sup>219</sup>.

Il est également important de souligner qu'en vertu du principe de territorialité qui régit l'exécution forcée, seuls les biens et avoirs du débiteur situés en Suisse peuvent être séquestrés. Le Tribunal fédéral exige de surcroît que les biens se trouvent durablement en Suisse. Il ne suffit donc pas qu'ils soient apportés par un propriétaire en transit pour être ressortis aussitôt.

124 La désignation des biens séquestrés pose des problèmes particuliers lorsque le séquestre est exécuté sur des avoirs déposés auprès d'un établissement bancaire. La pratique avait admis, sous l'égide de l'ancien droit, que les biens soient désignés par leur genre uniquement (séquestres dits «génériques»)<sup>220</sup>. Les séquestres «investigatoires» ne sont pas admis. Le séquestre est dit «investigatoire» lorsque le créancier requiert un séquestre auprès d'un nombre important d'établissements bancaires dénotant, en cela, qu'il ignore l'existence ou non d'avoirs appartenant au débiteur auprès de l'un ou l'autre de ces établissements.

125 Le séquestre peut être prononcé dans cinq cas prévus par la loi<sup>221</sup>:

- lorsque le débiteur n'a pas de domicile fixe;
- lorsque le débiteur, dans l'intention de se soustraire à ses obligations, fait disparaître ses biens, s'enfuit ou prépare sa fuite;
- lorsque le débiteur est de passage, ou rentre dans la catégorie des personnes qui fréquentent les foires et les marchés, si la créance est immédiatement exigible en raison de sa nature;
- lorsque le créancier possède contre le débiteur un acte de défaut de biens;
- lorsque le débiteur n'habite pas en Suisse, s'il n'y a pas d'autre cas de séquestre, pour autant que la créance ait un lien avec la Suisse ou qu'elle se fonde sur un jugement exécutoire ou sur une reconnaissance de dette.

126 En ce qui concerne le dernier cas, celui dans lequel le débiteur n'habite pas en Suisse, il faut comprendre cette disposition de la manière suivante: le critère ici est celui du domicile ou du siège pour une personne morale et non la nationalité. En conséquence, un séquestre peut être demandé à l'encontre des biens d'un citoyen suisse résidant à l'étranger. La notion de résidence, domicile ou siège, est réglée par les articles 20 et 21 de la Loi fédérale de droit

---

<sup>218</sup> Cf. par exemple ATF 107 III, p. 103, 104.

<sup>219</sup> J. Terracina, E. Maugue, X. Petremand «Le nouveau droit du séquestre en Suisse», *RDAI* 1996, p. 867 qui citent un arrêt du Tribunal fédéral du 29 mars 1994, non publié.

<sup>220</sup> Par exemple, le créancier demandait un séquestre pour «tous comptes, espèces, créances, titres et autres biens en dépôt ouverts ou en coffres-forts appartenant au débiteur».

<sup>221</sup> Art. 271, al. premier de la LP.

international privé<sup>222</sup>.

127 Par ailleurs, on aura noté que pour pouvoir prononcer un séquestre dans le cas d'un débiteur qui n'habite pas la Suisse, encore faut-il que la créance à l'origine du séquestre ait un lien avec la Suisse ou qu'elle se fonde sur un titre. Ce lien est constitué, soit par le domicile suisse du créancier, soit par l'un ou l'autre des points de rattachement du droit international privé suisse en matière de compétence: une activité commerciale en Suisse ou la disponibilité de preuves. En revanche, la seule présence de biens, la nationalité de l'une ou de l'autre des parties ne semblent pas contribuer à créer un lien suffisant avec la Suisse<sup>223</sup>.

128 Quant à l'exigence d'un titre, autre branche de l'alternative pour pouvoir prononcer un séquestre lorsque le débiteur habite à l'étranger, il s'agit, soit d'un jugement exécutoire, soit d'une reconnaissance de dettes. En ce qui concerne le jugement exécutoire rendu à l'étranger, il n'est pas nécessaire que ce jugement soit reconnu ou exécuté en Suisse, il suffit qu'il soit exécutoire dans l'Etat d'origine.

129 L'ordonnance de séquestre est rendue sur requête du créancier. La procédure est sommaire et *ex parte*. Le juge peut imposer au créancier des garanties, soit au moment où l'ordonnance est rendue, soit ultérieurement lorsque le débiteur aura fait opposition à la mesure. L'ordonnance en elle-même n'a pas de valeur concrète et doit faire l'objet d'une exécution par l'autorité administrative compétente, c'est-à-dire l'Office des poursuites de l'arrondissement concerné. Le séquestre est alors exécuté sans délai et le débiteur ainsi que le tiers saisi sont informés de l'existence de ce séquestre.

130 Une innovation importante a été introduite par la réforme de la LP en son article 91 qui dispose une obligation générale d'informer pesant sur le débiteur qui doit indiquer, jusqu'à due concurrence, tous les biens qui lui appartiennent, même ceux qui ne sont pas en sa possession, ainsi que ses créances et autres droits contre des tiers<sup>224</sup>. Le créancier peut également demander à ce

---

<sup>222</sup> L'article 20 se lit de la manière suivante:

«1 *Au sens de la présente loi, une personne physique:*

*a A son domicile dans l'Etat dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir;*

*b A sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée;*

*c A son établissement dans l'Etat dans lequel se trouve le centre de ses activités professionnelles ou commerciales.*

2 *Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles. Si une personne n'a nulle part de domicile, la résidence habituelle est déterminante. Les dispositions du Code civil relatives au domicile et à la résidence ne sont pas applicables».*

Quant à l'article 21, il prévoit:

«1 *Pour les sociétés, le siège vaut domicile.*

2 *Le siège d'une société est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société. A défaut de désignation, le siège d'une société se trouve au lieu où la société est administrée en fait.*

3 *L'établissement d'une société se trouve dans l'Etat dans lequel elle a son siège ou une succursale».*

<sup>223</sup> On doit préciser ici que ces différents éléments que nous suggérons au texte n'ont pour le moment pas été confirmés par la jurisprudence. Par exemple, on peut se demander si la nationalité suisse commune des parties au procès ne pourrait pas éventuellement créer un lien suffisant.

<sup>224</sup> Art. 91, al. 2 et 3 de la LP.

que les locaux et les meubles du débiteur soient ouverts et libres d'accès<sup>225</sup>. La violation de cette obligation est sanctionnée par des arrêts ou des amendes prévues à l'article 323, chapitre 2, du Code pénal<sup>226</sup>.

131 Quant au tiers détenteur de biens visés par le séquestre ou le débiteur d'une créance au profit du débiteur à l'encontre de qui le séquestre a été prononcé, il est sous le coup d'une obligation similaire d'informer le créancier<sup>227</sup>. Cette disposition s'applique aux banques qui ne peuvent donc, en principe, se retrancher derrière le secret bancaire. Mais, contrairement à l'obligation d'information pesant sur le débiteur, celle pesant sur les tiers n'engage pas de responsabilité pénale à leur encontre mais seulement une responsabilité civile dans la mesure où le créancier bénéficiaire du séquestre subirait un dommage du fait de l'absence d'indication relative à la présence d'avoirs ou à leur quotité. Par exemple, il en va ainsi lorsque le créancier engage inutilement des frais pour valider le séquestre alors que le tiers ne détenait en réalité aucun bien appartenant au débiteur.

132 Il doit y avoir notification du séquestre au débiteur. Si le débiteur est situé à l'étranger, la notification devra suivre les règles normales de notification à l'étranger, soit en vertu du droit conventionnel ou du droit commun en l'absence de convention applicable. Le créancier étranger peut élire domicile en Suisse ou, à défaut, il est réputé domicilié à l'Office des poursuites<sup>228</sup>.

133 La notification permet au débiteur d'être informé et, dès lors, de former opposition au séquestre. Le but de cette procédure est de permettre au juge de vérifier le bien-fondé du séquestre après avoir entendu le débiteur. Le juge devra donc contrôler les conditions d'autorisation: vraisemblance de la créance invoquée par le créancier; existence d'un des cas de séquestre prévu par la loi; désignation et existence des biens à séquestrer. Cette procédure d'opposition doit être formée dans les dix jours à compter de la date à laquelle l'opposant a eu connaissance de la mesure. Le juge doit entendre les parties et statuer sans retard, de manière à ce que la procédure conserve son caractère sommaire et rapide. La décision rendue sur opposition par le juge du séquestre est susceptible de recours dans un délai de dix jours à compter du prononcé de la décision. Mais, ni l'opposition, ni le recours subséquent à l'encontre de la décision se prononçant sur l'opposition n'ont d'effet suspensif. Le séquestre subsiste donc durant cette période d'où l'importance d'une procédure rapide.

---

<sup>225</sup> Art. 91, al. 3.

<sup>226</sup> Nous ne pensons pas que la nature pénale des sanctions visées par le texte puisse modifier l'attitude des ordres juridiques étrangers par rapport à cette obligation d'informer du débiteur. Il est clair que les sanctions non pécuniaires, éventuellement mises à la charge du débiteur, ne seront d'application que territoriale s'il devait se rendre en Suisse et pourraient ne pas se voir appliquées à l'étranger. Cet élément vient amoindrir sensiblement l'obligation en cause lorsque le débiteur est situé à l'étranger. Toutefois, cette obligation est néanmoins importante et ressemble comme une soeur aux *disclosure orders* du droit anglais (*cf. supra*, No 20).

<sup>227</sup> Art. 91, al. 4 de la LP. En cela, le droit suisse est semblable au droit allemand et au droit français.

<sup>228</sup> Art. 272, al. 2 de la LP; art. 278, al. 1er de la LP.

134 La nature provisoire du séquestre entraîne l'obligation d'une instance en validité, de manière à ce que la mesure soit remplacée par une décision judiciaire sur le fond. En cela, le séquestre est très proche de la procédure française de saisie conservatoire. Cette procédure en validité doit être initiée dans les dix jours suivant la date de réception du procès-verbal de séquestre par le créancier. Cette procédure en validité peut prendre des formes multiples: réquisition de poursuite auprès de l'Office des poursuites du lieu de situation des biens séquestrés ou action civile de droit commun.

135 Dans les rapports internationaux, l'action civile en validité de séquestre peut être introduite au for suisse du séquestre si le débiteur est domicilié à l'étranger, sous réserve de traités internationaux<sup>229</sup>. Mais ce for admet des fors concurrents tel celui constitué par une clause d'élection de for<sup>230</sup>.

## SECTION 2 - COMPÉTENCE INTERNATIONALE DIRECTE

136 La règle générale de compétence internationale directe est énoncée à l'article 10 de la Loi fédérale de droit international privé, ci-après LDIP, qui dispose: «*Les autorités judiciaires ou administratives suisses peuvent ordonner des mesures provisoires, même si elles ne sont pas compétentes pour connaître du fond*». Par ailleurs, plusieurs règles spéciales sont prévues dans des domaines particuliers, notamment à l'article 62, alinéa premier (en matière de divorce ou de séparation de corps) et à l'article 89 (en matière successorale); deux domaines sur lesquels nous n'insisterons pas dans la mesure où ils seront vraisemblablement exclus du champ d'application matériel de la future Convention, en vue de laquelle la présente étude est rédigée.

137 L'article 153 dispose: «*Les mesures destinées à protéger les biens sis en Suisse de sociétés qui ont leur siège à l'étranger ressortissent aux autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu de situation des biens à protéger*»<sup>231</sup>.

138 La teneur même de l'article 10 et les termes utilisés permettent une interprétation *a fortiori* du texte et de conclure que le juge suisse ayant compétence au fond du litige peut prononcer des mesures provisoires. En d'autres termes, ce sont toutes les dispositions de la Loi fédérale de droit international privé créant des compétences juridictionnelles directes au fond qui peuvent justifier une compétence en matière de mesures provisoires et conservatoires.

139 Lorsque, malgré l'existence d'une compétence au fond sur le territoire suisse, l'action a été intentée devant un tribunal étranger, le tribunal suisse conserve-t-il le pouvoir de prononcer une mesure provisoire ou conservatoire? L'article 9 de la LDIP prévoit que le tribunal suisse suspend la cause lorsque l'action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger

<sup>229</sup> Art. 4 de la Loi fédérale de droit international privé.

<sup>230</sup> Art. 5 de la Loi fédérale de droit international privé.

<sup>231</sup> On doit également signaler l'article 168 qui prévoit des mesures conservatoires lorsqu'il doit être reconnu une décision de faillite étrangère et l'article 183 qui autorise les tribunaux arbitraux, statuant en application des articles 176 et suivants à ordonner des mesures provisoires. Pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus, nous n'aborderons pas ces questions dans la présente étude.

s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse. Il faudrait donc, pour que le juge suisse compétent au fond refuse de prononcer une mesure provisoire ou conservatoire, que le juge étranger saisi de l'action au fond soit également saisi d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire. A défaut, les conditions d'application de l'article 9 (même objet) ne seraient pas remplies. En revanche, si le juge étranger compétent au fond est déjà saisi d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire, le juge suisse ne peut se prononcer indépendamment de la compétence prévue à l'article 10. Ce qui vient d'être exposé n'a encore reçu aucune consécration jurisprudentielle.

140 Le pouvoir octroyé aux autorités suisses en vertu de l'article 10 est de nature doublement subsidiaire. En effet, cette disposition cède le pas, d'une part, aux dispositions spéciales prévues en matière de mesures provisoires (par exemple à l'article 62, alinéa premier; voir ci-dessus, Nos 134 et s.) et, d'autre part, à l'ensemble des dispositions fondant une compétence pour les actions principales, prévues dans la partie générale ou spéciale de la loi<sup>232</sup>. Aussi, l'article 10 n'a-t-il une valeur propre que s'il n'existe pas de compétence internationale ordinaire d'un juge suisse<sup>233</sup>. Dans un tel cas, la référence aux «autorités administratives ou judiciaires suisses» ne permet toutefois pas de déterminer quelle est l'autorité compétente *ratione loci* pour prononcer des mesures provisoires. La doctrine est partagée à cet égard<sup>234</sup>. Un premier groupe d'auteurs interprète l'article 10 à l'instar de l'article 24 de la Convention de Lugano pour dire qu'il effectue implicitement un renvoi au droit national et que, dès lors, le droit cantonal doit déterminer le for spécialement compétent pour prendre une mesure provisoire ou conservatoire. Pour d'autres, en revanche, en l'absence de toute allusion, l'article 10 ne laisse aucune place à l'application subsidiaire du droit cantonal. La tournure ouverte de l'article 10 ne ferait en fait que traduire la diversité des mesures provisoires possibles. Dès lors, la détermination de la compétence locale dépendrait «de la mesure à prendre de la localisation du droit ou de la prétention à protéger»<sup>235</sup>. Enfin, notons que la doctrine est également partagée sur le point de savoir si le for de nécessité prévu à l'article 3 de la LDIP peut servir comme base légale à des mesures provisoires<sup>236</sup>.

### SECTION 3 - DROIT APPLICABLE

141 A l'exception de deux dispositions particulières, les articles 62, alinéa 2 (divorce) et 183, alinéa 2 (arbitrage), la LDIP ne règle pas expressément la désignation du droit applicable aux mesures provisoires.

---

<sup>232</sup> B. Dutoit, *Droit international privé suisse*, Commentaire de la loi fédérale du 18 octobre 1987, 2ème éd., Bâle 1997, ad Art. 10, No 1.

<sup>233</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 5 mars 1991, in *Revue suisse de droit international et européen* 1991, p. 190-196; arrêt du Tribunal cantonal de Zoug du 20 octobre 1989, *Revue suisse de droit international et européen* 1991, p. 368-369.

<sup>234</sup> Pour un état de la discussion, voir notamment O. Merkt, *Les mesures provisoires en droit international privé*, Neuchâtel 1993, p. 133-136, et Bucher, *op.cit. supra*, note 215, p. 128 et s.

<sup>235</sup> Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), p. 42.

<sup>236</sup> Pour un état de la discussion, voir Bucher, *op.cit. supra* note 215, p. 129, No 377.

142 Les auteurs proposent différentes solutions. Pour Knoepfler et Schweizer, le juge doit examiner si la *lex causae* fait des mesures provisoires «une sorte d'accessoire indissolublement lié au droit matériel en cause»<sup>237</sup>. Si tel est le cas, le juge, pour ces auteurs, doit alors tenir compte des règles de la *lex causae*. Ces auteurs ne sont pas clairs sur le point de savoir si le droit étranger doit être appliqué ou simplement pris en considération. En revanche, si la mesure se rattache essentiellement à la procédure, elle relève de la *lex fori*. Schwander, estime que les mesures provisoires ne doivent pas protéger les prétentions litigieuses par des mesures plus incisives ou nettement plus efficaces que ce qui peut être accordé dans la procédure au fond. Le juge des mesures provisoires doit donc appliquer la *lex causae*. Pour d'autres au contraire, c'est la *lex fori* qui devra être appliquée.

143 La vérité est vraisemblablement entre les deux. La mesure provisoire ou conservatoire n'a de sens, dans l'acception que nous lui avons donnée pour la présente étude, qu'à l'appui d'une instance au fond et afin de permettre de sauvegarder les droits qui y sont liés. C'est pourquoi, la *lex causae* doit être interrogée, notamment pour l'appréciation de certaines conditions d'octroi de la mesure provisoire. C'est ainsi que le degré de vraisemblance du droit invoqué par le créancier doit être régi par la *lex causae*<sup>238</sup>. Comme le dit un auteur<sup>239</sup>, «ces moyens juridiques de protection comptent parmi les effets du droit subjectif, ils en délimitent l'efficacité». Pour connaître le besoin de protection dont le requérant peut se prévaloir, il convient de se référer à la loi applicable au fond. On ne peut en rester à la loi du for, avec le risque que de n'y trouver aucune mesure appropriée et de refuser ainsi au droit matériel une protection dont il doit bénéficier selon sa *lex causae*. Inversement, il n'y a guère de sens de recourir à une mesure du for pour apporter à un droit litigieux une protection qui est inconnue de la loi applicable au fond<sup>240</sup>. En revanche, la loi du for régit le déroulement de la procédure, les moyens probatoires et les exigences quant à la preuve des faits allégués, l'obligation de fournir une garantie, l'exigence d'une action en validation dans un certain délai, toute décision de substitution d'une mesure équivalente locale à une mesure particulière du droit étranger non transposable dans le for.

144 Ce qui vient d'être exposé de l'application distributive de la *lex causae* et de la *lex fori*, laisse un peu perplexe compte tenu de ce que la mesure conservatoire doit être prise généralement dans l'urgence. Le juge de la mesure aura beaucoup de difficulté à connaître la teneur exacte du droit étranger pour lui permettre de mener son investigation avec la rapidité requise. Cette difficulté entraînera généralement, même si de manière implicite, l'application supplétive du droit suisse<sup>241</sup>. L'on revient donc à une solution proche de celle décrite pour la France<sup>242</sup>.

---

<sup>237</sup> Cf. Précis, p. 211.

<sup>238</sup> ATF 110 II 188.

<sup>239</sup> Bucher, *op.cit. supra*, note 215 p. 126, No 364.

<sup>240</sup> Cf. les références doctrinales citées par l'auteur, No 364 *in fine*.

<sup>241</sup> Bucher *op.cit. supra*, note 215, No 366, p. 126.

<sup>242</sup> Cf. *supra*, No 105.

#### SECTION 4 - RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES ÉTRANGÈRES

145 Il semble que le droit suisse ait toujours été réticent à reconnaître ou exécuter des décisions étrangères rendues à titre provisoire ou conservatoire<sup>243</sup>. Mais, depuis quelques années, il semble qu'il existe un infléchissement certain de cette tradition dont, vraisemblablement, on doit l'origine à l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano de 1988. On sait en effet que, dans ce texte, à l'instar de la Convention de Bruxelles, l'article 25 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, ne fait pas exception lorsqu'il s'agit des mesures prises au titre de l'article 24<sup>244</sup>. La LDIP ne règle expressément la reconnaissance de mesures provisoires étrangères qu'en matière successorale<sup>245</sup>.

146 Dans tous les autres domaines, la LDIP ne précise pas si les mesures provisoires ou conservatoires prononcées à l'étranger sont susceptibles d'être reconnues ou exécutées sur le territoire suisse. Les conditions générales de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères sont régies par les articles 25 à 32 du texte. A l'article 25, *littera b*), il est prévu que la décision étrangère ne doit plus être susceptible de recours ordinaire ou doit être définitive. Le même texte *littera c*) renvoie à l'article 27 pour les autres motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution. C'est l'exigence du caractère définitif de la décision étrangère qui, pour certains auteurs, exclut la reconnaissance en Suisse d'une mesure provisoire étrangère<sup>246</sup>. Bien entendu, tout dépendra de la notion de caractère définitif. S'il s'agit d'une interprétation différente selon laquelle la notion de décision définitive doit être prise au sens large du terme, il est possible, alors, que cette exigence empêche la reconnaissance des mesures provisoires ou conservatoires.

---

<sup>243</sup> Knoepfler/Schweizer, «Les mesures provisoires et l'arbitrage», *Recueil des travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zurich 1984, p. 233.

<sup>244</sup> Nous aborderons de manière plus précise cette question dans les développements qui suivent, Nos 147 et s.

<sup>245</sup> Il s'agit de l'art. 96, al. 3 qui dispose: «les mesures conservatoires prises dans l'Etat du lieu des situations des biens du défunt sont reconnues en Suisse».

<sup>246</sup> Staehelin, *BJM* 1989, p. 180-181.

## CHAPITRE VII - CONVENTIONS DE BRUXELLES ET DE LUGANO

147 Des Conventions de Bruxelles<sup>247</sup> et de Lugano<sup>248</sup> comportent une disposition concernant les mesures provisoires et conservatoires. Il s'agit de l'article 24 dont la teneur est identique dans les deux Conventions<sup>249</sup>: «*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*». Par sa brièveté et sa concision, ce texte peut paraître *a priori* facile à interpréter et à appliquer. En pratique, cependant, il pose de nombreuses difficultés qui n'ont pas encore été toutes clarifiées par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Les développements qui suivent sont destinés à appeler l'attention des experts de la Commission spéciale sur les questions d'interprétation les plus importantes et participer à la réflexion sur la rédaction qu'il conviendrait d'adopter dans la future Convention de La Haye<sup>250</sup>.

148 Se pose d'abord la question de la définition de la notion de «mesures provisoires ou conservatoires». Le texte ne nous apprend rien à cet égard et, comme nous l'avons vu dans les développements qui précèdent<sup>251</sup>, le droit comparé montre que ces mesures sont de nature, d'ampleur et de conception très différentes selon le droit des Etats. L'article 24 procède à un renvoi pur et simple à «la loi de l'Etat contractant» dans lequel les mesures sont demandées. Toutefois, compte tenu de la politique clairement définie par la Cour de Justice des Communautés européennes, dès l'entrée en vigueur de la Convention, il convient de privilégier, chaque fois que cela est possible, une interprétation autonome des notions utilisées par la Convention<sup>252</sup>.

149 C'est dans l'arrêt *Reichert II*<sup>253</sup> que la Cour a donné la définition de ce que l'on doit entendre par mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'article 24. Elle a dit pour droit qu'il s'agit des: «*mesures qui, [...], sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont*

---

<sup>247</sup> Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Bruxelles le 27 septembre 1968, prise en application de l'article 220 du Traité de Rome. Elle ne peut être ratifiée que par les Etats membres de l'Union européenne.

<sup>248</sup> Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale faite à Lugano le 16 septembre 1988. Cette Convention est destinée à être ratifiée d'un côté par les Etats membres de l'Union européenne et, d'un autre côté, par les Etats membres de l'Association européenne de Libre échange. Elle peut également être étendue à d'autres Etats, notamment ceux qui ont conclu des accords d'association avec l'Union européenne dans la période intérimaire qui précède leur admission comme membre de l'Union.

<sup>249</sup> Dans la suite des développements, nous nous référerons seulement à la Convention de Bruxelles par simplification. Les développements sont également valables *mutatis mutandis* pour la Convention de Lugano.

<sup>250</sup> Ces développements, en revanche, ne pourront reprendre en détail les multiples controverses doctrinales qui se sont fait jour pour chacun des problèmes d'interprétation de l'article 24.

<sup>251</sup> Cf. *supra* chapitres I à VI.

<sup>252</sup> Cf. le troisième arrêt rendu en interprétation de la Convention de Bruxelles, aff. *LTU c. Eurocontrol*, aff. 29/76, 14 oct. 1976, *Recueil*, p. 1541.

<sup>253</sup> Aff. C 261/90, du 26 mars 1992, *Recueil* I.2149.

*la reconnaissance est par ailleurs demandée au juge du fond*»<sup>254</sup>.

150 Malgré cette définition, les controverses n'ont pas cessé notamment sur la procédure de référé-provision connue du droit français et luxembourgeois ou du *kort geding* du droit néerlandais. En France, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée et les Cours d'appel sont divisées sur la question<sup>255</sup>. Au Luxembourg, en revanche, la seule décision connue a clairement statué pour l'exclusion du référé-provision du champ d'application de l'article 24<sup>256</sup>. Quant aux Pays-Bas, le *Hoge Raad* a posé une question préjudicielle à la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire *van Uden Maritime BV*<sup>257</sup>. Dans cette affaire, la société *van Uden Maritime*, société de droit néerlandais, poursuivait la société *Deco-Line*, société de droit allemand, en paiement du montant qui lui était dû en application d'une charte partie, alors que cet accord comportait une clause d'arbitrage, procédure à laquelle la société *van Uden* avait eu recours sur le fond du litige. En première instance, le président du tribunal se déclare compétent et admet l'application de l'article 24 pour prononcer la mesure de référé demandée par la société *van Uden*. Pour fonder sa compétence, le président mentionnait l'article 126, alinéa 3, du Code de procédure civile néerlandais qui, pourtant, est considéré comme une règle de compétence exorbitante en vertu de l'article 3 de la Convention de Bruxelles. Bien qu'infirmité ce jugement pour d'autres raisons, la Cour d'appel, dans sa motivation, confirme l'opinion du président du Tribunal de Première Instance, selon laquelle l'article 24 de la Convention de Bruxelles s'applique effectivement au *kort geding* et le juge néerlandais peut fonder sa compétence sur l'article 126, alinéa 3, du Code de procédure civile à condition que l'affaire ait des points de rattachement suffisants avec l'ordre juridique néerlandais. C'est sur pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'appel que le *Hoge Raad* a interrogé la Cour de Justice des Communautés européennes. L'avocat général Léger conclut que l'article 24 permet de prononcer un référé-provision tel le *kort geding* du droit néerlandais, alors même qu'une procédure au fond est déjà engagée. Il est d'avis que le juge national peut fonder sa compétence sur toute disposition de son droit y compris celles visées à l'article 3, deuxième alinéa, de la Convention. Enfin, il admet qu'une clause d'arbitrage n'a pas d'incidence, sauf dispositions de la *lex fori*. Sur ces trois points, la décision de la Cour est attendue

---

<sup>254</sup> Attendu 34 de la Décision. Dans cette affaire, M. et Mme Reichert, résidant en Allemagne, étaient propriétaires d'un bien immobilier situé sur le territoire de la commune d'Antibes, en France. Ils avaient donné la nue propriété à leur fils par acte notarié passé en France. Cette donation avait été contestée par la Société *Dresdner Bank*, créancier des époux Reichert, devant le Tribunal de Grande Instance de Grasse (France), lieu de situation des biens litigieux. La banque fondait son action sur l'article 1167 du Code civil français au terme duquel les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leur droit. Il s'agit de l'action dite «paulienne». La banque soutenait que cette action prévue par le droit français (ignorée du droit allemand) était une mesure conservatoire au sens de l'article 24 de la Convention de Bruxelles. Après avoir donné la définition que l'on a reproduit au texte, la Cour conclut que l'action paulienne du droit français, si elle permet de protéger le droit de gage du créancier en évitant l'appauvrissement volontaire du patrimoine de son débiteur, n'a pas pour objet de maintenir une situation de fait ou de droit dans l'attente d'une décision du juge au fond. Elle tend, au contraire, à modifier la situation juridique du patrimoine du débiteur et de celui du bénéficiaire en ordonnant la révocation, à l'égard du créancier, de l'acte de disposition passé par le débiteur en fraude de ses droits.

<sup>255</sup> En faveur de l'application de l'article 24 au référé-provision, Chambéry 2 mars 1992, *Gaz. pal.* 1992, II, p. 511, note Mourre. Contre l'application de l'article 24, Rennes 4 nov. 1992, *Gaz. pal.* 19 oct. 1993, Somm., obs. Mourre. Ces deux arrêts sont reproduits au *JDI* 1994, 173, obs. A. Huet. Notons également que la doctrine française est extrêmement partagée sur cette question.

<sup>256</sup> Cour d'appel luxembourgeoise, 7ème Ch., aff. No 12 898, 26-11-1991, (*Bernard Ruckert c. Gilbert Karmann*), *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1993, II, p. 141.

<sup>257</sup> Aff. 391/95. L'avocat général Philippe Léger a présenté ses conclusions le 10 juin 1997. L'arrêt est attendu pour le 10 novembre 1998.

avec une grande curiosité.

151 La deuxième controverse d'interprétation de l'article 24 a porté sur le point de savoir si les mesures provisoires ou conservatoires demandées en vertu de ce texte doivent concerner une matière relevant du domaine d'application de la Convention définie en son article 1. Il n'a pas fallu moins de trois arrêts pour que la Cour de Justice des Communautés européennes semble faire taire la controverse à ce sujet. Dans l'affaire *De Cavel I*<sup>258</sup>, la Cour a jugé qu'une mesure provisoire étroitement liée à une procédure de divorce ne relève pas de l'article 24 puisque la matière du divorce est exclue de la Convention. Dans l'affaire *De Cavel II*<sup>259</sup>, la Cour a confirmé cette décision *a contrario*. En effet, dans le premier arrêt *De Cavel*, il s'agissait d'une véritable mesure provisoire ou conservatoire dont la Cour avait affirmé le caractère accessoire, par nature, à l'instance principale. Dans le deuxième arrêt, il s'agissait d'une demande d'aliments qui a été considérée comme indépendante, d'autant que la matière des obligations alimentaires, comme le dit la Cour, «*entre par elle-même dans la notion de matière civile*», ce que confirme l'article 5, point 2, de la Convention qui prévoit une compétence spécifique en matière d'obligation alimentaire. Mais c'est dans le troisième arrêt<sup>260</sup> que la Cour rend la décision la plus claire puisqu'elle dit expressément: «*l'article 24 ... ne peut être invoqué pour faire entrer dans le champ d'application de la Convention les mesures provisoires ou conservatoires relatives à des matières qui en sont exclues*».

152 Le texte de l'article 24 ne précise pas de critère spécifique de compétence pour connaître précisément quel juge a le pouvoir, au sens de ce texte, de prononcer les mesures provisoires et conservatoires requises par un plaignant. Par ailleurs, si le renvoi au droit national est clair pour la nature des mesures concernées, il n'est qu'implicite pour la compétence juridictionnelle. En effet, le texte semble faire découler la compétence juridictionnelle de la compétence législative. Si cette interprétation est correcte, il s'agirait alors seulement d'une compétence générale, c'est-à-dire d'une compétence du système judiciaire d'un Etat contractant dans son ensemble. Pour connaître la compétence spéciale, encore faudrait-il appliquer le droit commun des Etats membres. Mais alors se pose la question de l'éventuelle interférence de l'article 3 de la Convention. En d'autres termes, il convient de se demander si le juge du provisoire peut asseoir sa compétence sur des règles exorbitantes exclues par l'article 3 de la Convention. Pour le moment la Cour de Justice des Communautés européennes ne s'est pas encore prononcée sur cette difficulté. Elle doit normalement le faire grâce à la question préjudicielle que lui a posée le *Hoge Raad* néerlandais dans l'affaire *van Uden*<sup>261</sup>.

153 En attendant la décision de la Cour de Justice, on peut proposer quelques pistes de raisonnement. On doit noter tout d'abord que l'article 3, qui comporte les compétences exorbitantes et donc interdites en vertu de la Convention, est situé dans le titre II «Compétence», dans une section première intitulée «Dispositions générales». Compte tenu de cette place, il nous paraît que l'article 24 placé dans une section 9 du même titre doit être soumis à l'économie de ces dispositions générales. Mais le chapeau de l'article 3 vient immédiatement contredire cette première analyse dans la mesure où il limite son champ d'intervention aux sections 2 à 6 du titre II. Or, nous venons de le dire,

<sup>258</sup> Aff. 143/78, 27 mars 1979, *Recueil*, p. 1055.

<sup>259</sup> Aff. 120/79, 6 mars 1980, *Recueil*, p. 731.

<sup>260</sup> *C.H.W. c. G.J.H.*, aff. 25/81, 31 mars 1982, *Recueil*, p. 1189.

<sup>261</sup> *Cf. supra*, No 150.

l'article 24 est situé dans une section 9. On doit pouvoir déduire de ce chapeau de l'article 3 la conséquence suivante: les compétences exclues par l'article 3 ne le sont que dans le cadre d'une instance au fond auxquelles s'appliquent les règles énoncées aux sections 2 à 6. En tant que compétence pouvant éventuellement fonder l'intervention du juge du provisoire, elles ne seraient plus aussi exorbitantes compte tenu de la nature même des mesures en cause. C'est d'ailleurs pourquoi l'auteur du premier rapport sur la Convention de Bruxelles précise que les mesures provisoires et conservatoires de l'article 24 peuvent être requises des autorités compétentes «sans qu'il y ait lieu de tenir compte des règles de compétence tracées par la Convention»<sup>262</sup>. C'est en partie, également, le raisonnement retenu par l'avocat général dans l'affaire *van Uden*<sup>263</sup>

154 On ne peut s'empêcher de penser toutefois que, si cette interprétation est vraisemblablement la seule possible compte tenu de la structure et du texte actuel des dispositions de la Convention de Bruxelles, elle entraîne inmanquablement des abus potentiels. Deux exemples permettront de le comprendre. Un Français pourrait obtenir un référé-provision en France en vertu de l'article 14 du Code civil donnant compétence aux tribunaux français en raison de la nationalité du demandeur alors que le litige ne possède aucun lien avec le territoire français et quel que soit le lieu d'exécution de la décision à intervenir. Un tribunal anglais pourrait prononcer une injonction *Mareva* alors même que sa compétence serait fondée uniquement sur le fait que l'acte introductif d'instance a été signifié ou notifié au défendeur alors qu'il se trouvait temporairement sur le territoire du Royaume-Uni. On le voit, la relation entre la compétence au provisoire et les compétences exorbitantes (ou interdites dans la terminologie adoptée à La Haye) est fondamentale pour une bonne application pratique du texte concerné. Il faut d'ailleurs immédiatement mentionner que si l'on renvoie purement et simplement au droit des Etats contractants, rien n'empêcherait à ce moment-là le juge anglais d'appliquer la doctrine du *forum non conveniens* dans le cas énoncé ci-dessus<sup>264</sup>.

155 Les difficultés posées par l'article 24 par rapport aux autres dispositions de la Convention ne se limitent pas au seul article 3. En effet, la question s'est posée également de la coordination de l'article 24 avec les articles 16, 17, 21 et 22. En ce qui concerne l'article 16, le Rapport Jenard précise que le juge n'a une compétence exclusive en vertu de l'article 16 que si le litige concerne le fond<sup>265</sup>. Si, la majorité de la doctrine, s'accorde avec cette interprétation, quelques auteurs l'ont remise en cause soit totalement<sup>266</sup> soit partiellement en fonction de la matière des différents alinéas de l'article 16<sup>267</sup>. Pour O. Merkt, il conviendrait de s'assurer à chaque fois de l'objectif poursuivi par la disposition de la Convention et de déterminer si le prononcé d'une mesure provisoire ou conservatoire par un autre juge que le juge de ce for exclusif pourrait mettre à mal cet objectif. Séduisant en théorie, ce système nous paraît bien trop complexe pour permettre une saine application des dispositions conventionnelles. Il montre, cependant, qu'une rédaction plus précise s'impose qui permettra de s'assurer de la relation entre les

---

<sup>262</sup> Rapport Jenard, *JOCE* 1979, No C 59, p. 42.

<sup>263</sup> Cf. *supra*, No 150.

<sup>264</sup> Ce qui vient d'être dit est également exemplifié par les circonstances de l'affaire *van Uden* aux Pays-Bas. La Cour d'appel de La Haye, tout en admettant l'application d'une compétence exclue par l'article 3 de la Convention, a néanmoins exigé des liens étroits avec les Pays-Bas avant de prononcer la mesure demandée.

<sup>265</sup> *JOCE* 1979 No C 59, p. 34.

<sup>266</sup> O'Malley et Layton, *European Civil Practice*, Sweet & Maxwell, Londres, 1989, p. 652, No 24.08.

<sup>267</sup> O. Merkt, *Les mesures provisoires en droit international privé*, thèse, Hubert Druck AG Neuchâtel, 1993, p. 120, No 304.

compétences exclusives et celles concernant les mesures provisoires et conservatoires.

156 Pour ce qui a trait à l'article 17, la même controverse existe que celle liée à l'article 16. Les parties sont certes libres de déterminer à l'avance dans leur clause d'élection de for si celle-ci s'appliquera également aux mesures provisoires. Toutefois, la pratique montre que les parties n'y pensent que rarement. On doit noter également qu'il n'y a pratiquement pas de contentieux sur cette question. Or, si l'on admet, comme le fait le Rapport Jenard pour l'article 16 de la Convention, que l'article 24 n'y déroge pas, on ne voit pas pourquoi l'exclusivité éventuellement conférée à la compétence choisie par les parties serait plus forte que celle prévue à l'article 16. Rappelons à cet égard 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*<sup>268</sup> et celle du *25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for*<sup>269</sup> disposent que l'élection de for n'a pas d'effet sur les mesures provisoires et conservatoires.

157 Enfin, en ce qui concerne les rapports entre l'article 24 et les articles 21 et 22, leur texte et leur économie nous paraissent difficilement compatibles avec la nature et l'objectif d'une disposition concernant les mesures provisoires et conservatoires. Il est clair en effet que les articles 21 et 22 ont pour but d'empêcher des décisions contradictoires au fond. En ce sens, ces textes ne concernent pas les mesures visées à l'article 24. Certes, il est de pratique assez courante pour un plaignant de requérir de plusieurs juges, situés dans des pays différents, des mesures conservatoires à l'encontre d'un même défendeur. Mais, il n'est généralement pas possible d'appliquer les règles de la litispendance (article 21) car les conditions n'en sont pas remplies: les diverses demandes n'ont généralement pas le même objet. De surcroît, les doutes que l'on a sur l'effet extraterritorial des mesures prononcées<sup>270</sup> empêche, nous semble-t-il, de poser la question de la litispendance et de la connexité dans ce cadre.

158 L'article 24 est limité dans son application aux cas dans lesquels la compétence au fond est donnée à un autre Etat contractant. Cette précision ne pose pas de difficulté dans le cadre de la Convention de Bruxelles. En revanche, elle est mise en lumière ici afin d'attirer l'attention dans le cadre de la future Convention de La Haye. On pourrait en effet concevoir, dans le cadre de cette Convention, que la disposition concernant les mesures provisoires et conservatoires puisse s'appliquer alors même que la compétence au fond n'appartient pas à un Etat contractant.

159 En ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution dans un Etat contractant d'une mesure provisoire ou conservatoire prise dans un autre Etat, il convient d'appliquer le titre III de la Convention. Or, ce titre commence par un article 25 qui dispose: «*On entend par décision, au sens de la présente Convention, toute décision rendue par une juridiction d'un Etat contractant quelle que soit la dénomination qui lui a été donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès*». Ce texte ne permet pas d'exclure les mesures provisoires ou conservatoires des décisions visées par la Convention. C'est d'ailleurs ainsi que l'avait entendu la

---

<sup>268</sup> Voir l'article 4.

<sup>269</sup> Article 6, alinéa 4.

<sup>270</sup> Cf. *infra*, Nos 159 et s.

Cour de Justice des Communautés européennes dans le premier arrêt *De Cavel*<sup>271</sup>. Toutefois, il est également clair que les autres dispositions du titre III s'appliquent également et, notamment, les exceptions à la reconnaissance ou à l'exécution prévues à l'article 27.

160 C'est ainsi que dans l'affaire *Denilauler*<sup>272</sup>, la Cour de Justice explique 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. C'est pourquoi, si dans le cadre de la procédure dans l'Etat d'origine, le défendeur ne peut pas être appelé ou entendu d'une manière ou d'une autre, la décision autorisant la mesure en cause ne pourra pas bénéficier du régime du titre III de la Convention. Evidemment, cette décision enlève un certain attrait à des mesures provisoires dont le but est avant tout de s'appliquer et d'être mises en œuvre avant que le défendeur ne puisse organiser son insolvabilité. Il n'en demeure pas moins que certaines mesures provisoires peuvent bénéficier d'un effet extraterritorial, alors que le défendeur a été entendu et sans pour cela leur faire perdre de leur efficacité. C'est ainsi qu'en vertu d'une décision du 22 septembre 1995, le juge unique de la Cour de District de Zurich a rendu une décision reconnaissant une injonction *Mareva* en vertu de la Convention de Lugano<sup>273</sup>. Dans cette affaire, le juge anglais avait entendu les défendeurs qui, après avoir reçu notification de l'injonction *Mareva*, avaient obtenu audience auprès du juge pour qu'il en modifie les termes.

161 Il n'en demeure pas moins que c'est pour cette raison que la Cour de Justice dans ce même arrêt *Denilauler* a jugé utile de préciser: «*C'est certainement le juge du lieu ou, en tout cas, de l'Etat contractant où sont situés les avoirs qui feront l'objet des mesures sollicitées qui est le mieux à même d'apprécier les circonstances qui peuvent amener à octroyer ou à refuser les mesures sollicitées ou à prescrire des modalités et des conditions que le requérant devra respecter afin de garantir le caractère provisoire et conservatoire des mesures autorisées*». Mais de là à en conclure, comme le font certains auteurs, que les mesures provisoires ne peuvent être prononcées que par le juge du lieu de situation de l'exécution de la mesure, il y a un pas que nous nous refusons à franchir, d'autant que la Cour de Justice elle-même ne l'a pas franchi.

162 Dans le cadre de la révision des Conventions de Bruxelles et de Lugano, l'article 24 a fait l'objet d'une proposition de modification présentée par la Commission européenne sous l'article 18 *bis* du texte révisé. Elle se lit de la manière suivante:

*«1. Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat contractant, si elles doivent être exécutées sur son territoire, quel que soit le lieu où se produisent leurs effets, peuvent être demandées dans cet Etat, même si, en vertu de la présente Convention, la juridiction d'un autre Etat contractant est compétente pour connaître du fond.*

---

<sup>271</sup> Cf. *supra*, No 151.

<sup>272</sup> Aff. C 125/79, 21 mai 1980, *Recueil*, p. 1553.

<sup>273</sup> Cette décision est citée par Nathalie Voser «Recognition and enforcement of foreign interim measures in Switzerland», *International Litigation News*, janvier 1997, p. 27.

2. *Aux fins de la présente Convention, les mesures provisoires et conservatoires sont les mesures urgentes destinées à instruire un litige, à assurer la conservation de preuves ou de biens en vue de la décision ou de l'exécution forcée, ou à maintenir ou régler une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est ou pourra être demandée au juge du fond.*»<sup>274</sup>.

163 Il n'est pas utile de paraphraser la proposition de la Commission mais quelques éléments doivent être mis en lumière. Tout d'abord, la Commission privilégie une définition conventionnelle des mesures provisoires et conservatoires plus stricte que ne l'avait été la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire *Reichert II*<sup>275</sup> en exigeant que l'urgence soit une des conditions de mise en œuvre de la disposition conventionnelle. En revanche, elle élargit la définition puisqu'elle y inclut toutes les mesures de preuve mais également des mesures destinées «à régler» une situation de fait ou de droit et non simplement à maintenir le *statu quo*. Compte tenu des différentes positions doctrinales sur la définition donnée par l'arrêt *Reichert II*, la Commission a certainement voulu autoriser le juge du provisoire à régler certaines questions, même si c'est à titre temporaire, pour une période donnée. Or, à la lettre, la définition donnée par l'arrêt *Reichert II* ne le permet pas.

164 L'innovation la plus importante dans la proposition de la Convention concerne la compétence. Le premier paragraphe de l'article 18 *bis* donne clairement compétence au tribunal du lieu d'exécution de la mesure, ce qui correspond, en pratique, au plus grand nombre de cas. Toutefois, la Commission a ajouté le membre de phrase suivant: «quel que soit le lieu où se produisent leurs effets». Ce que vise la Commission ici n'est pas très clair. Elle semble faire une distinction entre les effets de la mesure et son exécution. La plupart du temps ceux-ci coïncideront. Mais on peut imaginer un cas au moins dans lequel il pourrait ne pas coïncider, ce sont les injonctions *Mareva*. Dans ce cas, l'injonction peut être exécutée sur le territoire anglais, territoire sur lequel «se trouve» le débiteur et compte tenu de ce que la mesure a un effet *in personam* à l'encontre du débiteur lui-même. Cependant, s'il s'agit d'une injonction extraterritoriale, c'est-à-dire concernant un patrimoine du débiteur situé à l'extérieur du Royaume-Uni, elle peut produire ses effets dans d'autres Etats. Par exemple, elle peut permettre d'empêcher le transfert de propriété d'un bien appartenant au défendeur mais situé hors du territoire britannique. Mais si telle est bien l'idée sous-jacente à la disposition proposée par la Commission, il nous semblerait plus clair et d'application plus aisée pour le justiciable de rédiger le texte de manière différente, notamment, en explicitant les différences, au titre de la compétence et des effets, existant entre les mesures *in personam* et les mesures *in rem* ou, autrement dit, entre les injonctions et les mesures directement liées à un bien ou un ensemble de biens donné.

---

<sup>274</sup> *JOCE*, 1998 C 33 du 31 janv. 1998, p. 20.

<sup>275</sup> *Cf. supra*, No 149.

## CONCLUSION

165 Des développements qui précèdent, il apparaît clairement que les experts de la Commission spéciale voudront vraisemblablement s'interroger sur le point de savoir si la Convention elle-même doit comporter une définition de ce que l'on entend par «mesures provisoires ou conservatoires». Si la décision est prise d'inclure une telle définition, il conviendrait de décider si l'urgence doit être l'une des conditions requises pour que l'on puisse prononcer une mesure conservatoire ou provisoire. On nous permettra de préciser ici que cette notion nécessitera, à tout le moins, quelques explications et exemples dans le Rapport afin d'aider les justiciables (et plus tard les juges) à mieux cerner les hypothèses dans lesquelles une mesure provisoire ou conservatoire pourra être prononcée. Mais cette notion pourra peut-être engendrer un contentieux plus abondant que ne le voudraient les rédacteurs de la Convention. Par ailleurs, il conviendra également de décider si les mesures d'instruction ou probatoires (telle une expertise) seront incluses dans la disposition conventionnelle<sup>276</sup>.

166 Par ailleurs, le rapport entre la disposition consacrée aux mesures provisoires et conservatoires et les autres dispositions de la Convention devra être minutieusement défini: les mesures provisoires conventionnelles sont-elles limitées aux matières incluses dans la Convention ou, au contraire, la disposition conventionnelle peut-elle s'appliquer en dehors de ces matières; si la Convention prévoit des compétences exclusives, le rôle des mesures provisoires et conservatoires à l'égard de ces compétences devra être précisé; de la même manière pour l'élection de for. Il conviendra également de préciser si la disposition conventionnelle peut s'appliquer alors même que la compétence au fond n'appartient pas à un tribunal d'un Etat contractant. Enfin, il conviendra de préciser l'ampleur de l'effet extraterritorial que l'on souhaite donner aux mesures prononcées dans un Etat contractant.

---

<sup>276</sup> Ce point est particulièrement important au vu de la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*.