

The Aegis logo is positioned in the top right corner of the slide. It consists of the word "aegis" in a clean, white, lowercase sans-serif font. The background of the slide is a dramatic, high-contrast photograph of a mountain range at dusk or dawn, with the peaks and ridges illuminated in shades of deep red and orange against a dark, overcast sky. The overall aesthetic is professional and sophisticated.

aegis

First Tuesday

Droit international privé

Atelier de jurisprudence récente

Conférence organisée par la Commission de formation permanente
de l'Ordre des avocats de Genève [01.02.2022]

Sommaire

1. Brexit et Convention de Lugano | Exequatur et séquestre [TF, 22.3.2021, 5A_697/2020]
2. Exequatur et mainlevée définitive de l'opposition [TF, 15.11.2021, 5A_899/2020]
3. Forum running et abus de droit [ATF 145 III 303 (21.05.2019)]
4. Droit étranger et lutte de pouvoir [TF, 19.1.2021, 1B_396/2020, 1B_459/2020]

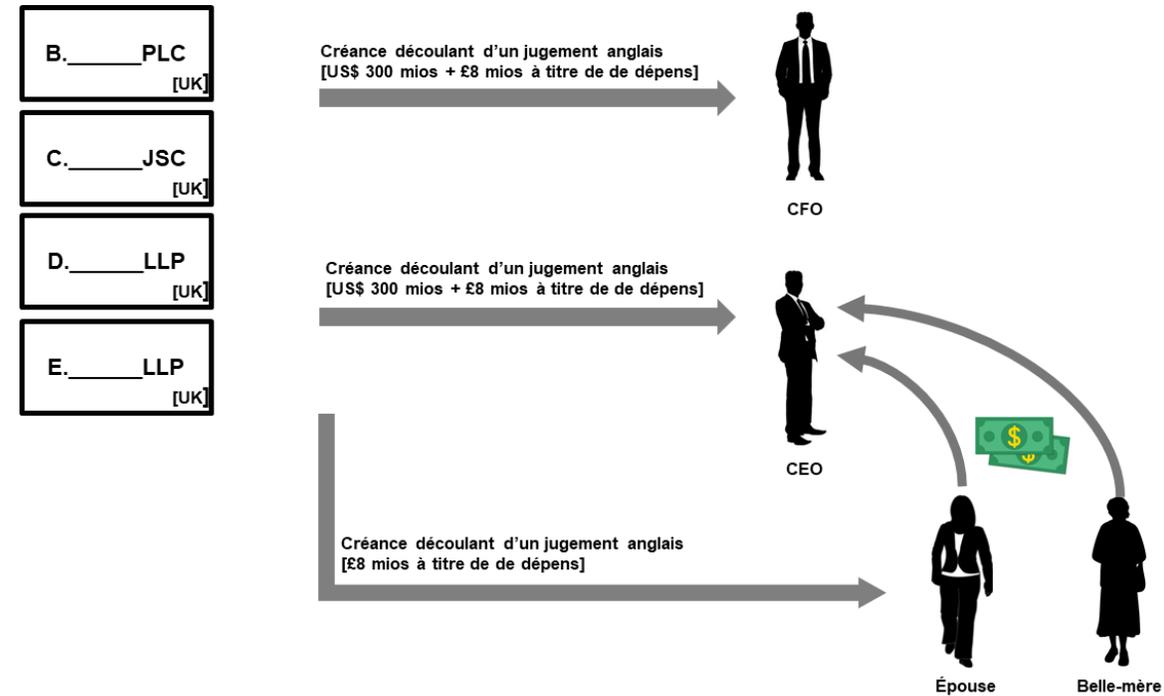


TF, 5A_697/2020*
Brexit et Convention de Lugano
Exequatur et séquestre

* Publication ATF prévue

Contexte [1/2]

- 2013 Plusieurs sociétés agissent en Angleterre contre leur CEO et leur ancienne CFO pour obtenir réparation d'un dommage causé par une fraude de plusieurs centaines de millions de dollars américains.
- Particularité : la belle-mère du CEO et sa fille aident le CEO à assumer ses frais de défense.
- 2018
- 28.02.2018 Le CEO et la CFO sont condamnés à verser aux sociétés près de US\$ 300m dont £ 8m à titre de dépens.
-
- N'arrivant pas à recouvrer le montant des dépens, les sociétés agissent contre la belle-mère et l'épouse du CEO qui avaient financé le procès de ce dernier.
- 2019
- 17.10.2019 Jugement (*Order*) prononcé par la *High Court of Justice* condamnant la belle-mère et sa fille à verser aux sociétés £ 8 mios.
- La décision est finale, aucun appel étant possible (la *High Court* ayant refusé l'autorisation de faire appel).



2019

- 26.11.2019 Les sociétés saisissent la Justice de paix du District d'Aigle afin qu'elle ordonne le séquestre de la contrevaleur en CHF de £ 8 mios, soit plus de CHF 10 mios sur la base du jugement anglais (LP 271 [1] ch. 6 et [3]). Le dossier est transmis à la Juge de paix du district d'Aigle, seule compétente selon les règles d'OJ vaudoises pour prononcer un séquestre.
- Dans leur requête de séquestre, les sociétés concluent expressément au prononcé de l'exequatur de la décision étrangère ainsi qu'au séquestre.
- 03.12.2019 La Juge de Paix scelle 2 ordonnances de séquestre (LP 274) et les adresse pour exécution à l'OP d'Aigle, respectivement à l'OP de Zurich pour exécution.
- Particularité : la Juge de paix ne statue pas formellement sur la reconnaissance de la décision étrangère, que ce soit directement dans le dispositif de l'ordonnance de séquestre ou dans une ordonnance distincte.
- ^{19/23}.12.2019 La belle-mère et sa fille forment opposition au séquestre (LP 278 [1]).

2020

- 03.04.2020 Rejet de l'opposition par la Juge de Paix (LP 278 [3])
- 16.04.2020 Recours de la belle-mère et de la fille (LP 278 [3]) auprès de la Cour des poursuites et faillites vaudoise
- 24.07.2020 Rejet du recours par la Cour des poursuites et faillites vaudoise
- 28.08.2020 Recours en matière civile au TF (LTF 72[2] let. a et let. b ch. 1)
- 31.12.2020 Fin de la période de transition (art. 126 Accord de retrait (JO L 29 du 31 janvier 2020, 7 ss)
- Echange de notes des 28/30 janvier 2020 entre la Suisse et l'Union européenne (RS 0.122.1) : le Royaume-Uni n'est plus considéré comme un Etat membre dans le cadre de ses rapports avec la Suisse

2021

- 29.01.2021 La belle-mère se prévaut de l'Accord de retrait et de la fin de la période transitoire.

Question 1 Quels sont les effets du Brexit sur l'application de la CL dans le cas d'espèce ?

Bases légales

- CL: ne contient aucune disposition spécifique quant au régime transitoire applicable en cas de retrait d'un État de la CL
- LDIP 199: une application stricte de cette disposition devrait conduire à l'application de la LDIP dès le 1^{er} janvier 2021

Doctrine

Plusieurs auteurs retiennent que la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues alors que la CL s'appliquait continuent en principe d'être régies par ladite convention :

- CL 63 (cf. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, 2^{ème} éd. 2020, 177 n° 668; MARKUS Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen [2018], RSDIE 2019, 67 ss, 69)
- Convention de Vienne sur le droit des traités 70[1][b] (cf. SIEVI, Auswirkungen des Brexit auf die Vollstreckung von ausländischen Urteilen, PJA 2018, 1098 s)
- Principes généraux: non-rétroactivité et sécurité du droit (cf. MARKUS/HUBER-LEHMANN, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen [2019], RSDIE 2020, 295 ss, 298)

OFJ

La reconnaissance et la déclaration constatant la force exécutoire des décisions rendues avant le 1^{er} janvier 2021 continuent d'être régies par la Convention de Lugano également après le 31 décembre 2020 (OFJ, Auswirkungen des "Brexit" auf das Lugano-Übereinkommen, RSPC 2021, 85 ss, 86).

Solution du TF

L'exequatur de l'*Order* de la *High Court of Justice* reste soumis aux conditions de la CL :

- Principe *favor recognitionis*: on peut dans certains cas se distancier de LDIP 199 lorsque le nouveau droit applicable est plus strict que l'ancien (cf. ATF 145 III 109 consid. 5.6)
- Principe de non-rétroactivité (cf. Tit.fin. CC 1ss ; ATF 145 III 109 c. 5.6)
- Absence d'intérêt public prépondérant justifiant que l'on se distancie de la règle selon laquelle l'autorité de recours doit appliquer le droit en vigueur au jour où l'autorité de première instance a statué (cf. ATF 141 II 393 c. 2.4)

Question 2

La décision de la *High Court* est-elle manifestement contraire à l'ordre public (CL 34§1) ?

Procédure

Avant de répondre à cette question, le TF se demande si la belle-mère du CEO et sa fille ont emprunté les bonnes voies de droit en se limitant à faire opposition contre l'ordonnance de séquestre, sans attaquer la décision (implicite) de reconnaissance contenue dans celle-ci par la voie du recours prévu par CPC 327a CPC.

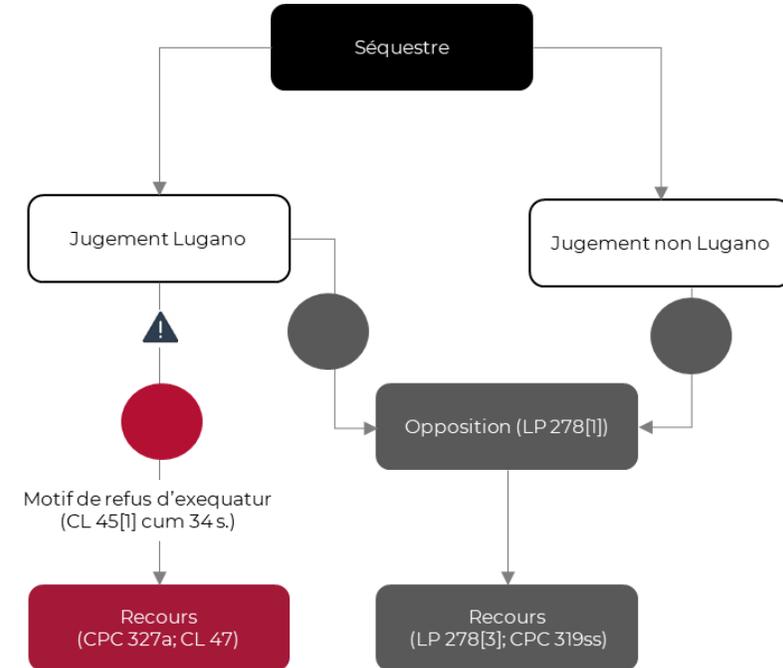
En effet, quand bien même la Juge de paix n'a pas formellement statué sur l'exequatur du jugement anglais – alors qu'elle était saisie d'une conclusion dans ce sens – elle a implicitement reconnu le caractère exécutoire de la décision anglaise en prononçant le séquestre sur la base LP 271 [1] [6].

Le TF laisse la question indécise dans la mesure où il n'y a toutefois aucun motif de refus qui s'oppose à l'exequatur.

Solution du TF

La condamnation de la belle-mère du CEO ne peut être revue au stade de l'exequatur (cf. CL 36 et 45).

La clause d'exception que constitue la réserve de l'ordre public doit être interprétée de manière restrictive. Il ne saurait être question d'appeler à l'ordre public chaque fois que la loi étrangère diffère, même sensiblement, du droit fédéral.



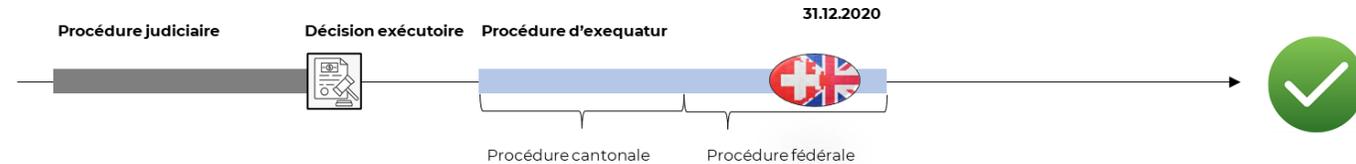
Portée de l'arrêt

Le TF se limite à reconnaître l'application de la CL au seul cas d'espèce, qui présente les particularités suivantes:

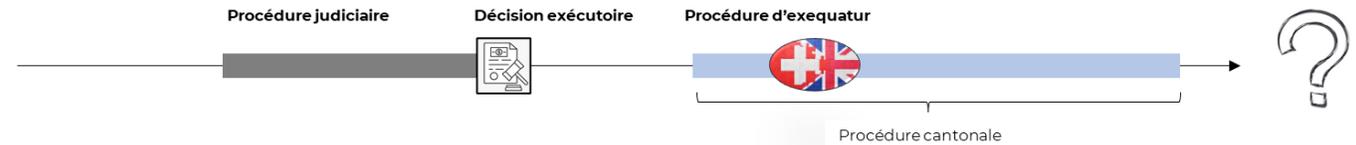
- la décision étrangère a été rendue avant l'Accord de retrait (31.01.2020) et la fin de la période de transition (31.12.2020)
- l'intégralité de la procédure cantonale et la quasi-totalité de la procédure devant le TF ont eu lieu avant la fin de la période de transition (31.12.2020)

Le TF ne se prononce pas sur les différents cas de figure qui peuvent se présenter (cf. hypothèses 2 à 4 ci-dessous).

Hypothèse 1 TF, 5A_697/2020



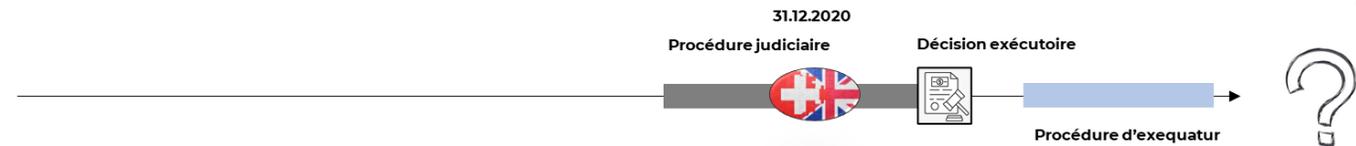
Hypothèse 2 Dépôt d'une requête d'exequatur avant le 31.12.2020



Hypothèse 3 Bezirksgericht ZH 24.2.2021



Hypothèse 4 Procédure au fond initiée avant le 31.12.2020



Hypothèse 5 Procédure au fond initiée après le 31.12.2020

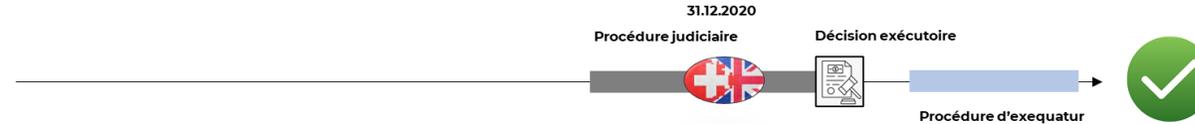


Aspects connexes

Exequatur de jugements suisses au Royaume-Uni post-Brexit

L'ancien droit à la reconnaissance de décisions rendues après le 31.12.2020 (i.e. la CL dans les rapports avec la Suisse) s'applique si l'action judiciaire respective a été intentée avant le 1er janvier 2021 (cf. Accord de retrait, art. 67[2] de l'accord de sortie et Sec. 92 Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019).

Hypothèse 4 Procédure au fond initiée avant le 31.12.2020



Hypothèse 5 Procédure au fond initiée après le 31.12.2020



Impact sur les procédures en cours en Suisse

Les autorités et les tribunaux suisses saisis restent compétents pour les procédures principales entamées sous le régime de la CL et qui sont encore pendantes au 1er janvier 2021 (cf. TF, 26.20.2021, 4A_133 et 4A_135/2021, c. 4.), même si leur compétence n'est plus fondée en vertu du droit national.

Impact sur les procédures en cours au Royaume-Uni

Les autorités et les tribunaux du Royaume-Uni saisis restent compétents pour les procédures principales entamées sous le régime de la CL et qui sont encore pendantes au 1er janvier 2021 selon la législation de mise en œuvre du Brexit (Sec. 92 Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019).

What's next ?

Le 8 avril 2020, le Royaume-Uni a déposé une demande d'adhésion à la Convention de Lugano.

Cependant, pour que cette adhésion puisse avoir lieu, il faut que toutes les parties contractantes à la Convention de Lugano (Danemark, Islande, Norvège, Suisse, UE) expriment leur accord.

Or, si la Suisse, l'Islande et la Norvège ont consenti à l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention de Lugano, l'Union européenne a informé le Royaume-Uni le 28 juin 2021 qu'elle n'était pas en mesure de consentir à inviter le Royaume-Uni à adhérer à la Convention.

To be followed

<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/privatrecht/lugue-2007/brexit-auswirkungen.html>

<https://www.gov.uk/government/publications/cross-border-civil-and-commercial-legal-cases-guidance-for-legal-professionals/cross-border-civil-and-commercial-legal-cases-guidance-for-legal-professionals>

Take away

[1] Exequatur post-Brexit

À défaut d'une situation juridique claire concernant les hypothèses 3 et 4 (cf. supra *slide* 8), la prudence commande de s'assurer que la requête d'exequatur/séquestre satisfait tant aux exigences de la CL que celles de la LDIP.

[2] Conclusions en exequatur dans la requête de séquestre

Alors que ce point n'était pas litigieux, le TF a consacré son considérant 6.2.1 à la question de savoir si le créancier qui requiert un séquestre sur la base d'une décision « Lugano » (LP 271 al. 1 ch. 6 LP) doit conclure au prononcé de l'exequatur à titre préalable. Le TF laisse toutefois la question ouverte.

En présence d'une décision « Lugano », il y a lieu d'appliquer le principe de prudence et de prendre des conclusions en exequatur dans le cadre d'une requête de séquestre.

Ce n'est que si le séquestre se fonde sur une décision « non Lugano » (soumise à la LDIP) ou une sentence arbitrale étrangère (soumise à la CNY, sous réserve d'autres conventions) que l'exequatur ne peut être requise à titre incident.

Si le requérant omet de prendre des conclusions en exequatur, sa requête pourrait être rejetée, du moins si le requérant ne produit pas les pièces indispensables pour une reconnaissance (CL 53 et 40 §3 – déclaration de force constatant le force exécutoire, certificat selon l'Annexe 5 CL, expédition complète authentique).

[3] Traitement des ordonnances de séquestre fondés sur une décision Lugano sans prononcé d'exequatur

Le TF énonce clairement – en se référant à un ATF 139 III 135 – que le juge du séquestre doit statuer sur l'exequatur de la décision Lugano, que ce soit dans l'ordonnance de séquestre ou dans une ordonnance distincte.

Si le juge de séquestre omet de le faire et prononce le séquestre, il y a lieu de considérer que l'ordonnance de séquestre vaut implicitement décision d'exequatur.

[4] Voies de droit

Si le juge du séquestre prononce le séquestre et l'exequatur (y compris implicitement), le débiteur qui conteste tant les conditions du séquestre (p. ex l'existence de biens en Suisse) que les conditions de reconnaissance doit (1) former opposition devant l'autorité de première instance (LP 278) pour ce qui est des conditions du séquestre ; et (2) interjeter recours pour ce qui est des conditions de reconnaissance.

Rappel :

- La décision sur opposition à séquestre est soumise au recours selon CPC 319 ss (et non pas CPC 327a).
- La décision de l'autorité tranchant la question de la reconnaissance sur la base de CPC 327a est susceptible d'un recours au TF (LTF 95 [a][b]).



TF, 5A_899/2020

Exequatur et mainlevée définitive de l'opposition

2007/2008		2019	
[].[].2007	Rencontre d'un l'avocat grec et l'administrateur d'une société horlogère (GE)	11.02.2019	Notification de l'Arrêt de la Cour d'appel à la société horlogère
[].[].2007	Acquisition par l'avocat grec de quatre montres auprès de la société horlogère	12.04.2019	Notification d'un CDP par OP/GE Opposition
[].[].2007	Services rendus par l'avocat grec (identification d'une Etude en rapport avec un projet d'acquisition en Biélorussie)	28.02.2019	Procédure de mainlevée et demande d'exequatur
31.12.2008	Factures de la société horlogère en rapport avec la vente des montres (<i>discount</i>)	30.09.2019	Procédure d'opposition initiée par la société horlogère en Grèce contre l'Arrêt de la Cour d'appel
2009		18.10.2019	Audience de mainlevée [défaut de la société horlogère]
[].02.2009	Notes d'honoraire de l'avocat grec en rapport avec les services rendus	08.11.2019	Plainte pénale de la société horlogère [escroquerie au procès faux dans les titres]
17.05.2019	Factures de la société horlogère en rapport avec la vente des montres (<i>market value</i>) Aucune des parties ne s'acquitte du montant qui lui est réclamé par l'autre	21.11.2019	ONEM
2011		17.12.2019	Jugement du TPI de mainlevée définitive de l'opposition statuant également sur exequatur
15.11.2011	Action en paiement initiée par l'avocat grec devant le Tribunal de Grande Instance d'Athènes	2020	
2012		06.02.2020	Recours contre le JTPI /introduction de nova [procédure d'opposition en Grèce procédure pénale en Suisse]
26.03.2012	Notification d'un acte introductif d'instance et convocation (procédure grecque)	14.02.2020	Rejet par la CPR du recours contre l'ONEM
[].[].2012	Défaut de la société horlogère	27.08.2020	Arrêt ACJC/1283/2020 de la Cour de justice [rejet du recours de la société horlogère irrecevabilité des nova]
2018		26.10.2020	Recours au TF contre l'ACJC [violation not. CPC 327a violation de l'ordre public suisse]
28.08.2018	Arrêt de la Cour d'appel d'Athènes condamnant la société [décision exécutoire]	25.11.2020	Arrêt du TF statuant sur recours en matière pénale [TF, 25.11.2020, 6B_351/2020 confirmation de l'ONEM]
		2021	
		15.11.2021	Arrêt du TF statuant sur recours en matière civile [TF, 15.11.2021, 5A_899/2020] (rejet)

Question 1 L'autorité de recours (*i.c.* CJ/GE) devait-elle prendre en compte les *nova* invoqués par la société horlogère en application CPC 327a[1]?

Réponse Il convient de distinguer les hypothèses suivantes :

Hypothèse 1

Exequatur à titre principal d'une décision « Lugano » à l'issue d'une procédure indépendante et unilatérale

- Le débiteur qui n'a pas pu présenter d'observations en première instance (cf. CL 41) peut se prévaloir de *nova* à l'appui du recours prévu par CL 43/CPC 327a (cf. ég. ATF 145 III 422 c. 5.2)

Hypothèse 2

Exequatur à titre incident d'une décision « Lugano » dans le cadre d'une procédure de mainlevée définitive (LP 81)

- Le débiteur ayant pu bénéficier d'une procédure contradictoire selon LP 81[3], le recours est régi par CPC 319ss. Les *nova* ne sont pas recevables (CPC 326[1])

Résultat La société horlogère ne peut se prévaloir de l'opposition en Grèce pour prévaloir d'un « recours ordinaire » et exiger une suspension de la procédure d'exequatur (cf. CL 37§1 et 46§1)

Le débiteur ne peut pas se prévaloir de la procédure pénale en Suisse et faire état de prétendus « indices d'une infraction pénale » dont serait entachée la décision « Lugano »

Observation Le TF semble retenir que l'exequatur a été prononcé à titre incident (« [...] *le recours de l'art. 327a CPC [...] ne se réfère qu'aux décisions unilatérales qui se prononcent sur l'exequatur à titre principal, et non pas aux décisions de mainlevée définitive (art. 81 al. 3 LP) qui – comme dans le cas présent – statuent à titre incident sur l'exequatur* » [consid. 2.2.1]).

Cette constatation est-elle correcte compte tenu du fait que le TPI a reconnu et déclaré exécutoire la décision « Lugano » à titre préalable (consid. B.b. cf. ég. ACJC/1283/2020 consid. A) ?

À suivre la CJ/GE, l'exequatur a été demandé à titre principal dans le cadre de la procédure de mainlevée. L'autorité cantonale a notamment retenu l'application du délai de **30 jours** prévu par CPC 327a [3] CPC cum CL 43[5] (et non pas le délai de 10 jours de l'art. 321 al. 2 CPC) (cf. ACJC/1283/2020 c. 3).

Faut-il distinguer la situation où l'exequatur est requis à titre principal ou à titre incident dans le cadre d'une procédure de mainlevée définitive ?

Non si le critère pertinent, comme semble l'indiquer l'arrêt 5A_899/2020, est la possibilité pour le débiteur d'avoir bénéficié d'une procédure contradictoire.

Oui selon F. BASTONS BULLETTI in newsletter CPC Online 2021-N17, n°11 (opinion antérieure à l'arrêt 5A_899/2020).

Question 2 Existe-t-il un motif de refus selon CL 34-35, not. sous l'angle de l'ordre public suisse?

Rappel Nonobstant le défaut du débiteur, l'autorité de recours (CJ) doit vérifier la bonne application des dispositions sur le défaut (CPC 234) et la conformité de la décision sur la base du dossier et des allégués du créancier (cf. ACJC/1283/2020 c. 4.1)

Application (indirecte) de LDIP 27[1] (ordre public matériel) et 27[2] (ordre public formel/procédural)

Solution du TF

Ordre public formel / procédural (LDIP 27[2])

CL 34§2 ne se rapporte qu'à l'acte introductif d'instance. Si la partie défaillante se prévaut de de l'absence de notification en lien avec un autre acte, l'examen s'opère sous l'angle de l'ordre public matériel.

La décision « Lugano » ne contrevient pas à l'ordre public formel/procédural (CL 34§1)

Ordre public matériel (LDIP 27[1])

Grief 1 : Procédure « à l'insu » de la société horlogère

La thèse d'une procédure à l'insu du débiteur est écartée sur la base des constatations (non arbitraires) de la cour cantonale

Cette thèse est contredite par le dossier pénal de l'affaire (TF, 25.11.2020, 6B_351/2020 ; fait notoire)

Grief 2 : Escroquerie au procès

L'ordre public (matériel) s'oppose-t-il à l'exequatur d'une décision étrangère entachée d'une infraction pénale (*i.c.* escroquerie au procès) ?

Question laissée ouverte, du moins lorsqu'il existe une voie de droit permettant d'obtenir la rétractation de la décision viciée (cf. TF, 10.10.2011, 5A_293/2011 c. 2.3)

In casu, la question n'a pas besoin d'être tranchée (irrecevabilité des nova allégués en rapport avec la procédure pénale).

La solution aurait-elle été différente si le TF avait admis le recours dans la cause 6B_351/2020 (fait notoire) ?

[1] Application de CPC 327a

L'art. 327a CPC ne s'applique *a priori* que contre des décisions d'exequatur prononcées à l'issue d'une procédure non contradictoire, ce qui exclut les jugements de mainlevée définitive, y compris lorsque le juge de la mainlevée statue également sur l'exequatur à titre principal (*contra* : F. BASTONS BULLETTI)

[2] Motifs de refus selon CL 34-35 dans le cadre d'une procédure de mainlevée

Les motifs de refus/suspension prévus par la CL doivent être allégués au plus tard à l'audience de mainlevée.

[3] Délai de recours contre le jugement de mainlevée

Le délai de recours contre un jugement de mainlevée et de reconnaissance est le délai de 30 jours prévu par CPC 327a [3] CPC cum CL 43[5] (et non pas le délai de 10 jours de l'art. 321 al. 2 CPC) (cf. ACJC/1283/2020 c. 3).

A contrario, le délai contre un jugement de mainlevée statuant à titre incident sur l'exequatur est de 10 jours (CPC 321[2]).

[4] Ordre public formel

L'absence de notification d'actes autres que l'acte introductif d'instance ne contrevient pas à l'ordre public formel mais peut se heurter à l'ordre public matériel.

[5] Ordre public matériel en rapport avec une escroquerie au procès

L'ordre public matériel pourrait être pris en considération si la décision étrangère ne peut pas être rétractée et s'il y a des motifs sérieux de penser que la décision étrangère est entachée d'une infraction pénale (escroquerie au procès ou un faux témoignage).



ATF 145 III 303

Forum running et abus de droit / CL 5[3]

2014/2015 Le groupe Swatch décide d'introduire un système de distribution sélective et met fin avec effet au 31.12.2015 à la collaboration avec certains distributeurs de pièces de rechange, dont un distributeur sis au Royaume-Uni.

2016

16.03.2016 Le distributeur anglais adresse aux entités du groupe Swatch une *Letter Before Action* leur impartissant un délai au 06.04.2016 pour reprendre la livraison des pièces. Un projet de requête à l'attention de la *High Court of Justice* est joint au courrier.

[•].[•].2016 Les entités du groupe Swatch demandent au distributeur de prolonger le délai pour se déterminer sur la *Letter Before Action*.

11.04.2016 Le distributeur anglais accepte de prolonger le délai au 20.04.2016.

19.04.2016 Les entités du groupe Swatch initient une action en constatation négative devant le Tribunal de commerce de Berne (TC/BE).

26.06.2016 Le TC/BE déclare l'action irrecevable en l'absence d'un intérêt juridique suffisant (*Feststellungsinteresse*) selon la *lex fori* (CPC 88)

2018

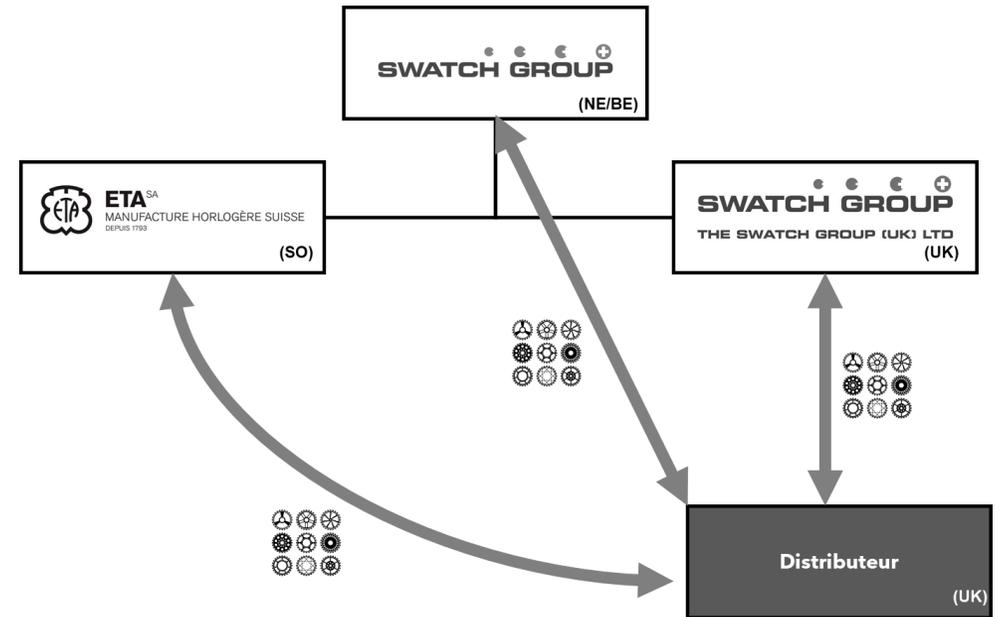
14.03.2018 ATF 144 III 175: Le TF retient comme suffisant l'intérêt d'une partie à introduire une action en constatation négative afin de s'assurer un for qui lui convienne, avec trois réserves :

- contexte international (CPC 2) ;
- l'action (condamnatrice) de la partie adverse est imminente ;
- interdiction de l'abus de droit (e.g. actions « torpilles »)

Renvoi de la cause à l'autorité cantonale (abus de droit/compétence)

25.06.2018 Le TC/BE admet sa compétence s'agissant de la société mère, mais se déclare incompétent s'agissant de l'action intentée par les deux filiales.

[•].[•].2018 Recours du distributeur anglais et des filiales de Swatch



Question 1

L'action en constatation négative est-elle abusive (CC 2[2]) *in casu*?

Position du TC/BE

Non – la demande de prolongation de délai ne visait pas uniquement (*einzing und allein*) à préparer l'introduction de l'action en constatation.

Position du distributeur

Oui – le groupe Swatch n'ignorait pas la problématique et avait déjà fait son analyse. Le délai sollicité ne visait qu'à préparer son action.

Solution du TF

Non

1. On ne peut exclure que le groupe Swatch évaluait effectivement la situation ; de plus le résultat de la procédure administrative était incertain à cette époque en raison d'un recours pendant auprès de la CJUE. Le groupe Swatch pouvait légitimement supputer que le distributeur anglais attendrait l'issue de la procédure administrative avant d'agir au civil.
2. En toute hypothèse, la demande de prolongation n'a pas fait naître chez le distributeur anglais des attentes dignes de protection qui aurait été déçues, ce d'autant plus que les parties étaient rompues aux affaires et représentés par des avocats.

Cette solution est en ligne avec la jurisprudence de la CJUE (cf. C-352/13 *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contre Akzo Nobel NV e.a.*), qui retient la conduite de pourparlers en vue d'une solution amiable n'est pas de nature à établir un comportement abusif.

Question 2

La compétence fondée sur CL 5[3] – lorsqu'invoquée par le demandeur à une action en constatation négative – présuppose-t-elle un lien de proximité nécessaire pour recueillir les preuves et se prononcer sur la cause (*Sach- und Beweisnähe*) ?

Origine de l'exigence

ATF 133 III 282 – « Dans l'action négatoire de droit, l'auteur potentiel d'un dommage peut également choisir entre le lieu de l'acte et le lieu du résultat selon l'art. 5 ch. 3 CL, pour autant qu'il n'exerce pas ce droit contrairement à son but, afin de fonder la compétence d'un tribunal dépourvu du lien de proximité nécessaire pour recueillir les preuves et se prononcer sur la cause »

Solution du TF

Le TF prend acte des nombreuses critiques doctrinales contre la solution retenue dans l'ATF 133 III 282 et relève qu'une telle exigence est inexistante en droit européen (cf. Règlement (UE) No 1215/2012 ; cf. ég. CJCE, C-133/11 *Folien Fischer AG et Fofitec AG contre Ritrama SpA*). L'exigence revient en outre à appliquer un test *forum non conveniens* déguisé (prohibé par la CL)

La condition du lien de proximité doit être abandonnée (revirement de jurisprudence).

Question 3

Le groupe Swatch peut-il se prévaloir de CL 5[3] dès lors les tribunaux suisses auraient été compétents pour connaître de l'action en exécution (*Leistungsklage*) sur la base d'autres dispositions (*i.c.* CL 2 et 6[2]) ?

Position du distributeur anglais

Le distributeur invoque le principe dit du reflet (*Spiegelbildprinzip*) qui aurait été consacré dans l'ATF 133 III 282 et qui exigerait que le tribunal ayant à connaître l'action en constatation négative soit compétent en vertu de la même disposition que celle qui aurait fondé la compétence de l'action en exécution. Or, en l'espèce, si le distributeur avait agi en Suisse contre Swatch Group SA et sa filiale suisse, la compétence internationale découlerait de l'art. CL 2, et non pas de CL 5[3] qui ne serait pas applicable compte tenu du fait que les deux entités ont leur siège en Suisse (cf. la phrase introductive de CL 5 et la référence à « *un autre Etat* »).

Solution du TF

Le TF reconnaît que la formulation de l'ATF 133 III 282 est ambiguë, mais rejette l'application du principe du reflet tel que posé par le distributeur anglais. Ce n'est que si le défendeur à l'action en constatation (le distributeur anglais) avait son siège en Suisse que l'art. CL 5[3] n'aurait pas eu vocation à s'appliquer.

Question 4

Les filiales du groupe Swatch peuvent-elles fonder leur action sur CL 5[3] et faire valoir que le lieu de l'acte se trouve à Bienne (siège administratif de la société mère) ?

Constats du TF

La CL ne contient aucune disposition concernant les groupes de société qui dérogerait à CL 5[3]. La question doit s'analyser sous l'angle de cette dernière disposition.

Problématique

Pluralité d'actes interdépendants et pluralité d'auteurs → multiplication de fors

Solution du TF

Le TF répond par l'affirmative en s'appuyant sur le raisonnement de la CJUE dans l'arrêt *C-27/17 flyLAL* :

- Dans l'hypothèse où les événements à l'origine de l'affaire feraient partie d'une stratégie commune, il convient « *d'identifier l'évènement revêtant une importance particulière pour la mise en œuvre d'une telle stratégie dans le cadre de la chaîne d'évènements en cause au principal* » (arrêt précité, §53).
- Le cas d'espèce se distingue de l'arrêt *flyLAL* : dans cette dernière affaire, l'accord anticoncurrentiel allégué était conclu entre des entités agissant de manière autonome. Dans l'affaire Swatch, les filiales n'ont fait qu'exécuter une stratégie décidée par leur société mère.
- L'acte au sens CL 5[3] correspond à la décision prise par Swatch Group SA d'introduire un système de distribution sélective. Le fait que des représentants des filiales n'aient pas participé à cette prise de décision ne change pas cette conclusion.

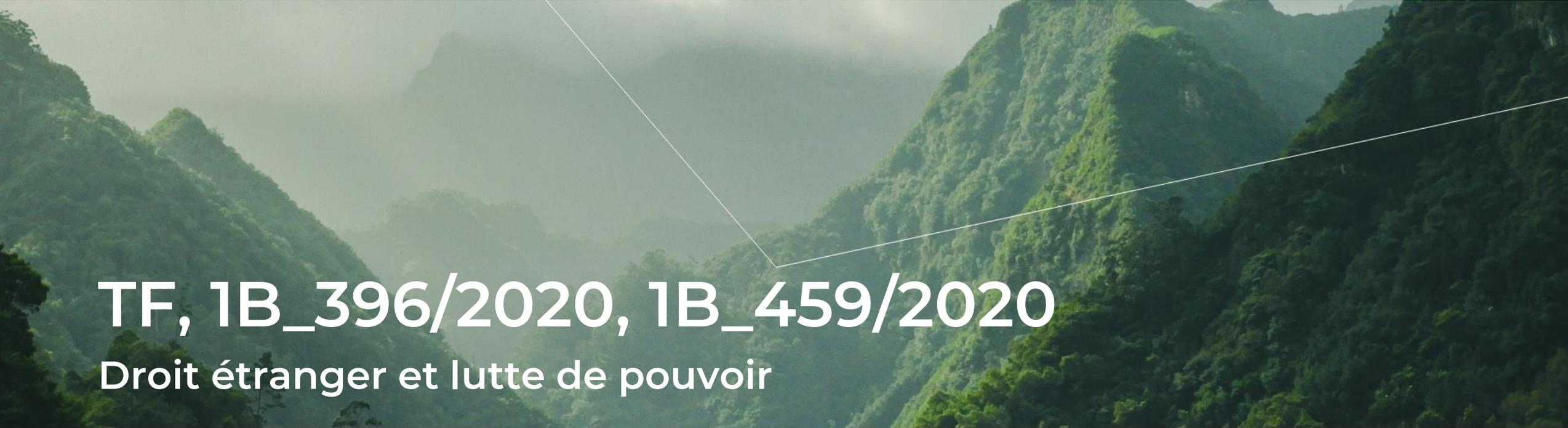


1. Forum running

- Application du principe de prudence lorsque l'on agit pour un potentiel demandeur : l'indication de l'introduction imminente d'une action judiciaire peut motiver le dépôt d'une action en constatation négative dans une juridiction non souhaitée.
- En cas de demande de prolongation/pourparlers, il peut être opportun selon les circonstances d'obtenir une déclaration de renonciation à introduire une action en constatation négative.

2. CL 5[3]

- Il n'est plus nécessaire que le tribunal désigné par CL 5[3] présente un lien de proximité nécessaire pour recueillir les preuves et se prononcer sur la cause.
- Le demandeur à l'action en constatation peut invoquer les fors électifs de CL 5[3] (lieu de l'acte/lieu du résultat) au même titre que pourrait le faire le demandeur à l'action en exécution.
- Lorsque des entités d'un groupe exécutent une décision prise par la société mère, l'acte est réputé réalisé au lieu où la décision a été prise.



TF, 1B_396/2020, 1B_459/2020

Droit étranger et lutte de pouvoir

2018

- 09.02.2018 Plainte pénale de PDVSA [CP 322^{septies} | CP 305^{bis}|CP 143]
- 28.03.2018 Sanction contre le Venezuela [LEmb 2 | RS 946.231.178.5]
- 29.03.2018 Contestation par les prévenus de la constitution de qualité de partie plaignante
- 08.04.2018 Ordonnance du MP confirmant la qualité de partie plaignante
- 12.04.2018 Confirmation et ratification par la « Représentante judiciaire » de PDVSA de la constitution de qualité de partie plaignante | Désignation d'un avocat
- ^{9/20}04.2018 Recours contre l'ordonnance du MP
- 04.12.2018 Rejet du recours par la CPR [confirmé: TF, 07.06.2019, 1B_554/2018]

2019

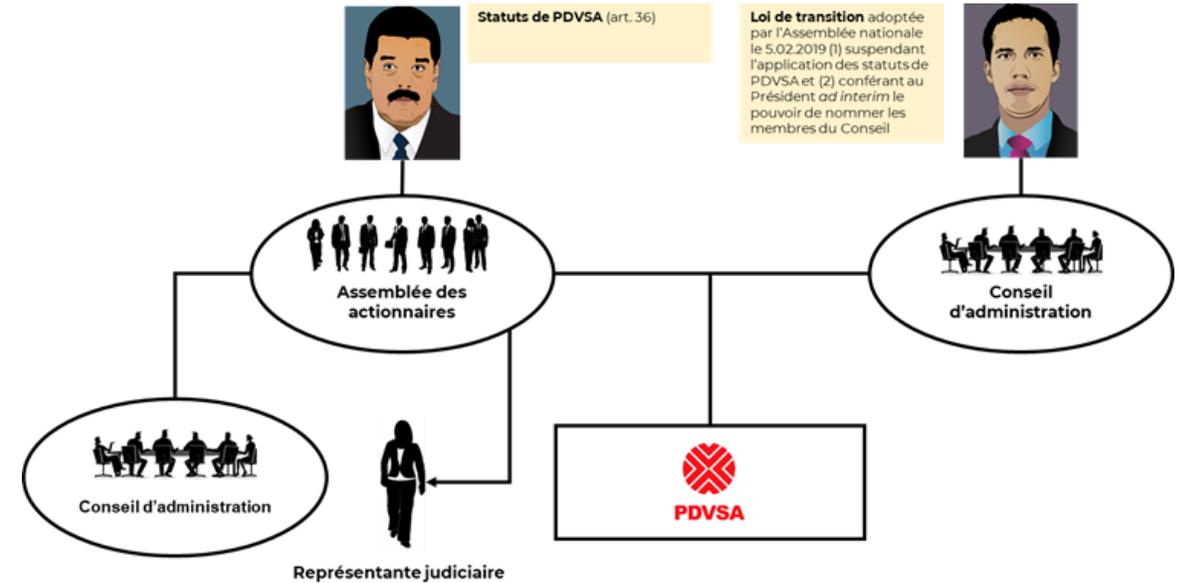
- 23.01.2019 Autoproclamation de Juan Guaidó comme « président en exercice » / Reconnaissance par certains Etats [≠ Suisse]
- 22.03.2019 Les prévenus informent le MP de la désignation d'une nouvelle « Représentante judiciaire » et demandent que l'accès au dossier soit refusé à PDVSA, notamment en raison de sa gouvernance « bicéphale »
- 26.03.2019 PDVSA informe le MP de la désignation d'une nouvelle « Représentante judiciaire » ratifiant tous les actes antérieurs
- 29.05.2019 La PG du Venezuela [Luisa Ortega]) demande au MP de refuser la qualité de partie plaignante à PDVSA
- 25.06.2019 Les prévenus demandent au MP de refuser la qualité de partie plaignante à PDVSA/refus d'accès au dossier de PDVSA
- 28.06.2019 Confirmation par le MP de la qualité de partie plaignante / droit d'accès au dossier [confirmé : TF, 10.03.2020, 1B_549/2019, 1B_550/2019 et 1B_553/2019]

2020

- 06.01.2020 Un nouvel avocat informe le MP qu'il représente désormais PDVSA (loi de transition du 5.02.2019/*board resolution* du 7.11.2019)
- 02.06.2020 Le MP refuse de reconnaître la validité de la constitution de Me D et la révocation des pouvoirs de Me C.
- 15.06..2020 Recours contre l'ordonnance du MP (notamment de Me D en son nom propre) : violation de CPP 127[1]
- 03.07.2020 Rejet par la CPR/GE (ACRP/467/2020)

Raisonnement du TF [1/2]

- Rappels
- Droit de la partie plaignante de se faire assister d'un conseil juridique (CPP 127[1] cum CPP 104[1][b] et 118 ss)
 - Ce droit présuppose la qualité de partie (CPP 104 s.) et la capacité d'ester en justice/exercice des droits civils (CPP 106[1])
 - La volonté des personnes morales s'exprime par leurs organes (CC 55[1]).
 - Les sociétés étrangères sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit [LDIP 154[1][1^{ère} hypothèse]].
 - Le droit étranger ainsi désigné est applicable à la jouissance et à l'exercice des droits civils (LDIP 155[c]) ainsi qu'au pouvoir de représentation des personnes agissant pour la société, conformément à son organisation (LDIP 155[i]) (sous réserve de LDIP 156 ss)
 - La désignation d'un droit étranger par la LDIP comprend toutes les dispositions qui d'après ce droit sont applicables à la cause; l'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public (LDIP 13)



Question

Lorsque le droit étranger désigné par LDIP contient des dispositions édictées par deux gouvernements qui s'opposent, quelles dispositions appliquer ?

Pratique DFAE

Reconnaissance des Etats et non des gouvernements

[<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/respect-promotion/reconnaissance-etats-gouvernements.html>]

Principe d'effectivité

*« Il est admis que le concept de " droit étranger " au sens de la LDIP vise le **droit matériel étatique effectivement en vigueur au moment de l'application de la règle de conflit de lois**. Il importe peu à cet égard que l'État ou le régime en question ait été reconnu ou non par la Suisse au regard du droit international public, pourvu que le droit soit effectivement appliqué par une autorité jouissant d'un pouvoir inhérent à l'exercice de la souveraineté ».*

Cas d'application

L'absence de reconnaissance de certains gouvernements par la Suisse n'a pas empêché de reconnaître l'ordre juridique

- Gouvernement provisoire constitué après la Révolution russe de 1917 (ATF 50 II 512)
- République démocratique allemande (ATF 91 II 117)
- Comités révolutionnaires du Vietnam du sud (ATF 114 II 1)
- République de Chine (Taiwan) (ATF 130 II 217)

Conclusion du TF

*En l'occurrence, en dépit des sanctions internationales contre le régime du Président Nicolas Maduro - sanctions dont il n'y a pas lieu ici de remettre en cause le bien-fondé -, **le Président par intérim Juan Guaidó ne semble pas être parvenu à imposer au Venezuela un ordre juridique distinct de celui promu par son adversaire, qui paraît encore détenir le pouvoir effectif sur les institutions du pays, en particulier sur les forces armées et, du moins, sur la grande majorité des autorités en place.***

Application du principe d'effectivité à l'entreprise étatique

Le TF n'exclut pas de limiter l'application du principe d'effectivité au seul niveau de l'entreprise étatique.

« Le recourant ne parvient pas dans ce contexte à démontrer, s'agissant spécifiquement de [PDVSA] que la nomination d'un Conseil d'administration ad hoc, en vertu de la législation de transition démocratique adoptée par l'Assemblée nationale, avait eu pour effet d'écarter de facto les organes désignés antérieurement en application des règles de gouvernance et de représentation de la société mises en place par le régime chaviste. En particulier, quand bien même le Conseil d'administration ad hoc de [PDVSA] pourrait certes contrôler une partie des actifs de la société à l'étranger - notamment dans les États qui ont reconnu la légitimité de Juan Guaidó -, les développements du recourant ne permettent pas de rendre vraisemblable que ce Conseil est néanmoins en mesure d'exercer un pouvoir effectif sur l'essentiel des activités menées par [PDVSA] que l'on comprend être en lien avec l'extraction et le commerce d'hydrocarbures vénézuéliens ».

Réserve de l'ordre public (LDIP 17)

Le TF n'exclut pas l'application de la réserve de l'ordre public si les organes de l'entreprise étatique sont visés par des sanctions.

Le recourant ne se prévaut au demeurant pas que le Représentant judiciaire ou d'autres organes de [PDVSA] seraient directement visés par les sanctions mises en œuvre par la Suisse à l'encontre du Venezuela, ni encore que la représentation de [PDVSA] par l'avocat [...] est susceptible de conduire à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse (cf. art. 17 LDIP).

Merci de votre attention

Nicolas Béguin
Avocat, LL.M.
nicolas.beguin@aegis.ch

Aegis
Rue du Général-Dufour 20
Case postale
1211 Genève 4

T +41 22 703 51 00
aegis.ch