

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

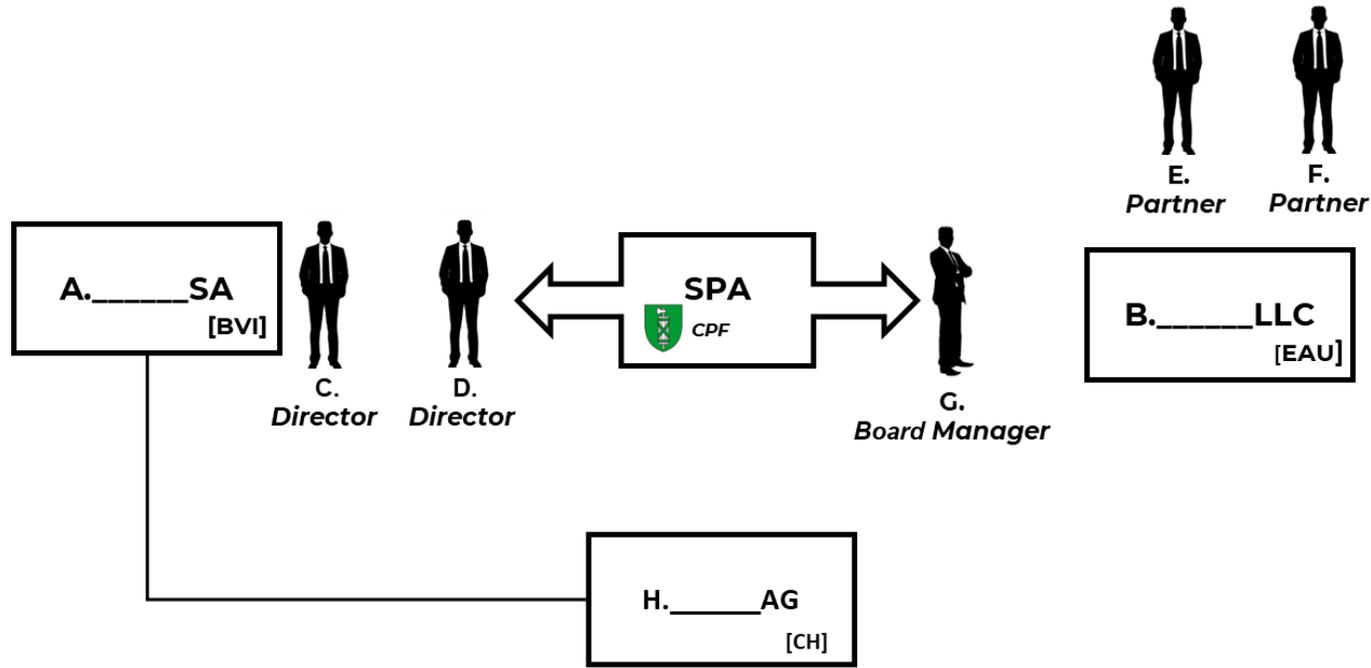
7 mars 2023

# Sommaire

- 1. Pouvoir de conclure une clause de prorogation de for/for de nécessité**  
(ATF 148 III 242)
- 2. Monnaie des conclusions**  
(TF, 25.4.2022, 4A\_503/2021)
- 3. For du lieu d'exécution**  
(ATF 148 III 50)
- 4. Prescription d'une créance constatée dans un jugement étranger**  
(TF, 2.8.2022, 5A\_110/2021)(destiné à la publication)
- 5. Exequatur d'un jugement étranger et incompétence du juge pénal**  
(TF, 11.3.2022, 6B\_720/2021)

**Pouvoir de conclure une clause de  
prorogation de for/ for de nécessité  
(ATF 148 III 242)**

# Background



## Sources possibles

- Fonction organique** de G. (*Board Manager*)
- Procuration**
- Approval Note** signée par E. autorisant l'exécution du SPA
- Ratification** (exécution partielle)

## Federal Law No. 2 on Commercial Companies (CCL)

### Article 25- Protection of Those Dealing with the Company

1- The company shall not claim lack of liability towards those dealing with it, on the ground that the management authority was not duly appointed in accordance with the provisions of this Law or the Articles of Association of the company, so long as the acts of such authority is within the usual limits with respect to persons in the same position in companies that conduct the same type of activity as the company.

2- To protect a person dealing with the company, he shall be a bona fide party. A person shall not be deemed as acting in good faith if he actually knows or could have known, based on his relationship with the company, the aspects of deficiency in the act or work proposed to be held thereto against the company.

## Principes de DIP pertinents

- Convention de prorogation de for (LDIP 5)
  - Exigence de forme commune aux art. CPC 17, LDIP 5[1], et CL 23
  - Nécessité d'une volonté commune (≠ email, facture) (cf. TF, 2.6.2022, 4A\_507/2021)
  - Application stricte en raison de la dérogation au for du défendeur (CPC 10, LDIP 2, CL 2[1])
- Autonomie entre la clause d'élection de for et le contrat principal (ATF 121 III 495)
- Application du droit de la société représentée (LDIP 154 cum LDIP 155 [i] ; LDIP 126)

## Absence d'une convention de prorogation de for

- Approval Note** (signée par E. autorisant l'exécution du SPA)
  - Absence d'autorisation spéciale de conclusion une CPF
  - Absence de preuve quant à la réception/connaissance du SPA par E.
  - Irrecevabilité des nouveaux griefs (expérience de E. /caractère secondaire de la CPF)
- Ratification par exécution partielle**
  - Absence de violation de LDIP 16 (LTF 96[a])

## Règles de procédure devant TF

- Interdiction des nova (LTF 99)
- Application du droit d'office (LTF 106)
- Examen limité aux griefs invoqués (ATF 140 III 115)
- Rectification des faits qu'en cas d'arbitraire (LTF 95; 97[1];105[2])
- Pouvoir de cognition limité quant à l'application du droit étranger (LTF 96[b] LTF *a contrario*; ATF 133 III 446)
- Pouvoir de cognition en cas d'inapplication du droit étranger désigné par le DIP (LTF 96[a] LTF)

## Absence de for de nécessité

- Conditions de LDIP 3**
  - Absence de for en Suisse
  - Procédure à l'étranger se révèle impossible/déraisonnable
  - Lien suffisant avec la Suisse
  - Interprétation restrictive («*souape de sécurité*»)(TF, 22.5.2007, 4C.379/2006)
- In casu**
  - Pas de for de nécessité du fait de l'absence d'une CPF
  - Pas de for de nécessité en cas d'invalidation d'une CPF
  - Absence de démonstration de (i) l'impossibilité de mener une procédure à l'étranger et (ii) un lien suffisant avec la Suisse

**Monnaie des conclusions**  
**(TF, 25.4.2022, 4A\_503/2021)**

# Background



Disposition	Objet	Texte
<b>LDIP 133[3]</b>	Actes illicites/Droit applicable	<sup>1</sup> Lorsque l'auteur et le lésé ont leur résidence habituelle dans le même État, les prétentions fondées sur un acte illicite sont régies par le droit de cet État. <sup>2</sup> Lorsque l'auteur et le lésé n'ont pas de résidence habituelle dans le même État, ces prétentions sont régies par le <b>droit de l'État dans lequel l'acte illicite a été commis</b> . Toutefois, si le résultat s'est produit dans un autre État, le droit de cet État est applicable si l'auteur devait prévoir que le <b>résultat</b> s'y produirait. <sup>3</sup> Nonobstant les alinéas précédents, lorsqu'un acte illicite viole un rapport juridique existant entre auteur et lésé, les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique.
<b>LDIP 142</b>	Actes illicites /Domaine du droit applicable	<sup>1</sup> Le droit applicable à l'acte illicite détermine notamment la capacité délictuelle, les conditions et l'étendue de la responsabilité, ainsi que la personne du responsable. <sup>2</sup> Les règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu de l'acte sont prises en considération.
<b>LDIP 155[g]</b>	Sociétés/Domaine du droit applicable	Sous réserve des art. 156 à 161, le droit applicable à la société régit notamment [...] la responsabilité pour <b>violation des prescriptions du droit des sociétés</b> .
<b>LDIP 147</b>	Monnaie ( <i>lex causae/Schuldstatut</i> )  ( <i>lex loci solutionis/Zahlungstatut</i> )	<sup>1</sup> La monnaie est définie par le droit de l'État d'émission. <sup>2</sup> Les effets qu'une monnaie exerce sur l'ampleur d'une dette sont déterminés par le <b>droit applicable à la dette</b> . <sup>3</sup> Le <b>droit de l'État dans lequel le paiement doit être effectué</b> détermine dans quelle monnaie ce paiement doit être fait.
<b>CO 84</b>	Paiement	Le paiement d'une dette qui a pour objet une somme d'argent se fait en moyens de paiement ayant cours légal dans la monnaie due. <sup>2</sup> Si la dette est exprimée dans une <b>monnaie qui n'est pas la monnaie du pays du lieu de paiement</b> , elle peut être acquittée en monnaie du pays au cours du jour de l'échéance, à moins que l'exécution littérale du contrat n'ait été stipulée par les mots «valeur effective» ou par quelque'autre complément analogue.

## Raisonnement des autorités cantonales

- Application du droit suisse selon **LDIP 155[g]** et **133[3]** *cum* **LDIP 142**. Dans le système helvétique, la réparation doit être exprimée dans la même **valeur que celle dans laquelle la diminution de patrimoine s'était produite** (Euro)
- Application de **LDIP 147[2]** conduit au même résultat. Pour les obligations extracontractuelles est en principe décisive la **monnaie de la résidence habituelle du créancier** (Euro)

## Chef de responsabilité

### ❑ Inapplicabilité de LDIP 155[g]

- Absence de lien entre recourantes et l'UCI

### ❑ Responsabilité fondée sur la confiance

- Création prétorienne qui se situe entre le contrat et le délit (ATF 142 III 84, consid. 3.3);
- Caractère hybride pose problème en DIP (statut contractuel vs statut délictuel)
- *Obiter dictum*: «Le fait que l'athlète n'ait guère d'autre choix que de se soumettre à une telle entité [une fédération sportive] est peut-être un facteur d'éloignement des rives de la responsabilité contractuelle»

➔ Question laissée ouverte: les recourantes ne contestent pas que leur créance soit due en euros et doive être payée en Italie.

## Distinctions

### ❑ Droit matériel vs Droit procédural

- Droit matériel définit dans quelle monnaie est due l'obligation litigieuse, respectivement dans quelle monnaie le créancier peut en exiger le paiement, et le débiteur se libérer valablement
- Droit de procédure détermine si le juge peut convertir dans la «bonne monnaie» (i.e., celle de la dette pécuniaire) des conclusions libellées dans une monnaie erronée.

### ❑ Règles de DIP concernant le droit matériel

- LDIP 147[2] (*lex causae* gouvernant l'obligation)
- LDIP 147[3] (*lex loci solutionis*/lieu du paiement)
- ATF 115 III 36, consid. 3b ➔ lieu du paiement (LDIP 147[3])

### ❑ Règles de DIP concernant le droit de procédure

- La loi du for (*lex fori*) est déterminante pour la qualification des institutions et de la procédure (*forum regit processum*)

## Droit matériel suisse (CO 84[2])

- ❑ Le créancier d'une obligation pécuniaire a une prétention en exécution dans la **monnaie de l'obligation**, qu'elle soit suisse ou étrangère
- ❑ Quand bien même le paiement doit se faire en Suisse, **le créancier ne peut exiger des francs suisses si l'obligation est due en euros ou en une autre monnaie étrangère**. Le fait que le créancier doive formuler l'éventuelle réquisition de poursuite en francs suisses (LP 67[1][3]) n'y change rien.
- ❑ **Le jugement doit allouer les conclusions dans la monnaie (le cas échéant étrangère) de la dette**. Si le juge doit prononcer une condamnation en monnaie étrangère tout en levant simultanément l'opposition formée dans une poursuite en cours, il mentionnera le montant de la poursuite en francs suisses.
- ❑ Le débiteur tenu d'acquitter en Suisse une dette due en monnaie étrangère a la **faculté** de payer valablement en francs suisses, «*au cours du jour de l'échéance, à moins que l'exécution littérale du contrat n'ait été stipulée par les mots 'valeur effective' ou par quel qu'autre complément analogue*» (CO 84[2])

## Droit matériel italien (CCit. 1278)

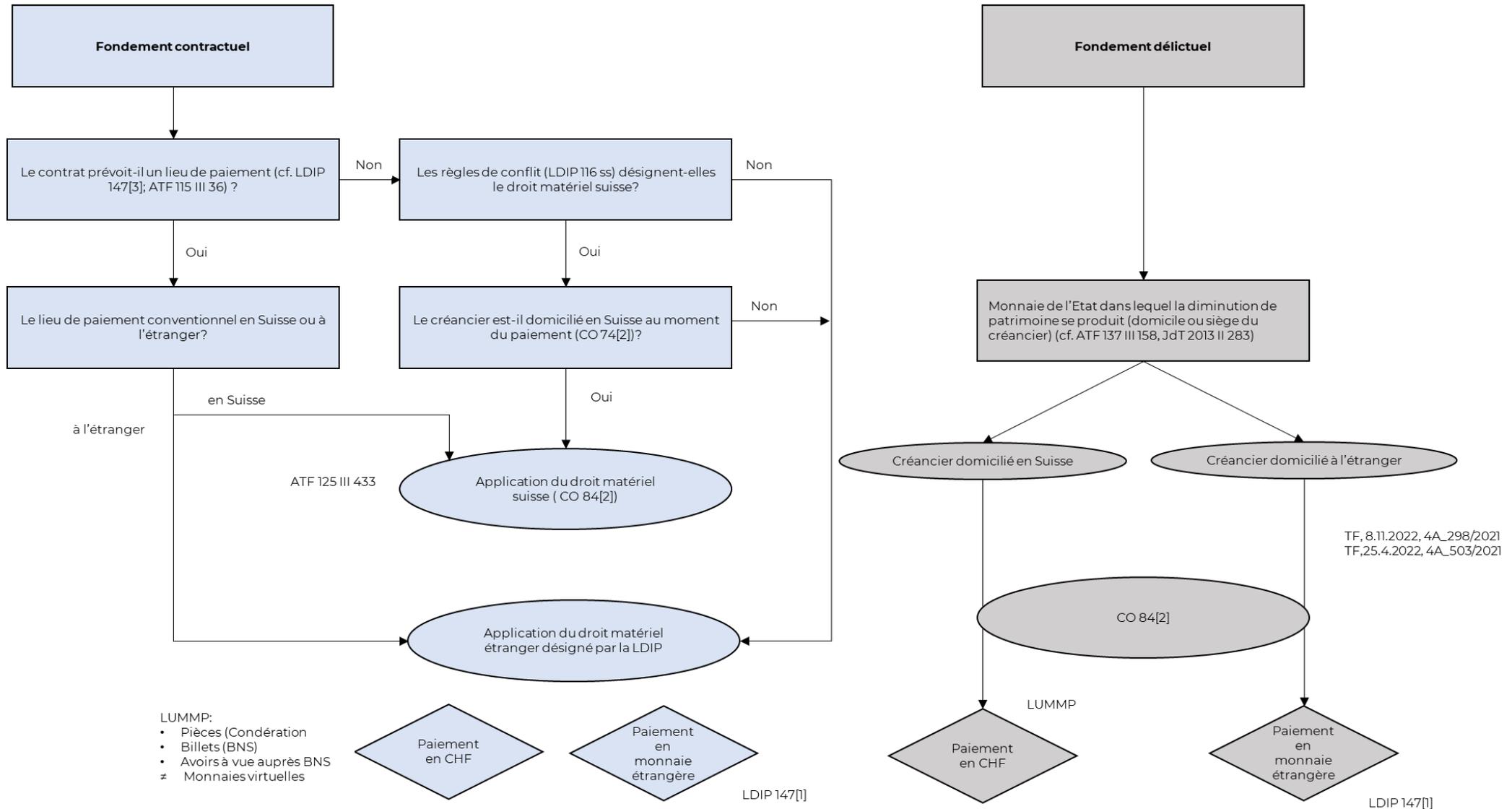
- ❑ «Se la somma dovuta è determinata in una moneta non avente corso legale nello Stato, il debitore ha facoltà di pagare in moneta legale, al corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo stabilito per il pagamento)»
- ❑ «Si somma due est determinée dans une monnaie qui n'a pas cours légal dans l'État, le débiteur peut payer en monnaie légale, au taux de change du jour de l'échéance et au lieu fixé pour le paiement.»

## Non pertinence du droit matériel in casu

Selon la lex fori (i.e., le droit suisse), le juge peut-il s'écarter des conclusions condamnatoires libellées en francs suisses?

- ☒ CPC 58[1] (maxime de disposition) → impossibilité d'allouer un *aliud* (TF, 16.7.2021, 4A\_251/2021 consid. 2.1)
- ☒ aCPC-VD 3 (en réalité applicable selon CPC 404)

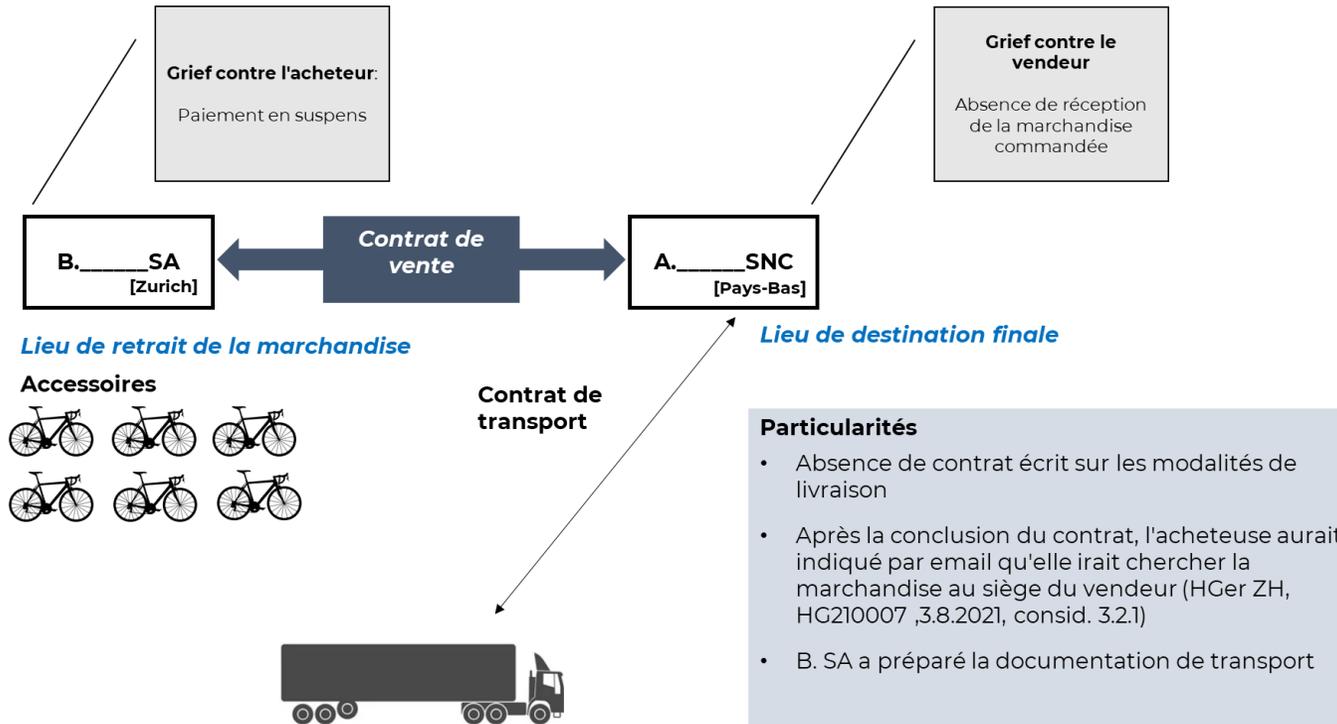
# Asymétrie de raisonnement?



LUMMP:  
 • Pièces (Condération)  
 • Billets (BNS)  
 • Avoirs à vue auprès BNS  
 ≠ Monnaies virtuelles

# For du lieu d'exécution (**ATF 148 III 50**)

# Background



## ❑ For du défendeur (CLug 2[1])

## ❑ For alternatif (CLug 5[1])

Une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention peut être atraite, dans **un autre Etat** lié par la présente convention:

- en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée
- aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est:
  - **pour la vente de marchandises**, le lieu d'un Etat lié par la présente Convention où, en vertu du contrat, **les marchandises ont été ou auraient dû être livrées**,
  - pour la fourniture de services, le lieu d'un Etat lié par la présente Convention où, en vertu du contrat, **les services ont été ou auraient dû être fournis** [...]

Sont compétents, **pour toute les actions découlant du contrat en question**, les tribunaux du lieu où la prestation caractéristique du contrat a été fournie (ATF 140 III 320).

# For du lieu d'exécution

## ❑ **Caractère autonome du for du lieu d'exécution par rapport à la *lex causae***

- Ce for doit être déterminé de manière autonome par rapport à la convention, *i.e.* en principe sans être lié à la *lex causae* (ATF 140 III 418, consid. 3.2)

## ❑ **Interprétation selon les objectifs de prévisibilité et de proximité géographique**

- Chacune des parties doit pouvoir anticiper dans quelles juridictions (autres que celles de son domicile) elle pourrait être recherchée
- Rapprochement des faits et des preuves

## ❑ **Détermination du for du lieu d'exécution**

### • **Etape 1 – Lieu désigné selon l'accord des parties**

- Détermination autonome (*i.e.*, sans prendre en compte la *lex causae*)
- Désignation expresse (p. ex. *Incoterms*, *EXW Transaction*)
- Détermination selon l'interprétation du contrat

### • **Etape 2 – Lieu de remise physique effective**

- Cette règle ne s'applique que pour autant que le lieu de livraison ne soit pas contraire à la volonté des parties telle qu'elle ressort du contrat.

### • **Etape 3 – "Autres moyens"** (en tenant compte des objectifs de proximité et de prévisibilité)

# Analyse du TF

- ❑ Tant l'*Handelsgericht* que les parties ont ignoré la distinction entre l'Etape 1 (accord entre les parties sur le lieu d'exécution) et l'Etape 2
- ❑ Peu importe car, selon ces instances, les deux lieux coïncident :
  - la vendeuse n'était tenue que de mettre la marchandise à disposition au lieu de son siège pour y être retirée. Il n'y avait pas d'obligation de la transporter dans un autre lieu (Etape 1)
  - La vendeuse a effectivement mis à disposition la marchandise à Zurich (Etape 2)
- ❑ Le fait que la vendeuse ait fait établir les documents nécessaires d'exportation n'est pas pertinent
- ❑ La livraison de la marchandise (prestation caractéristique) constitue une dette quérable (« *Holdschuld* »)
- ❑ Le lieu de réception effective par l'acheteuse se situe en dehors des actes contractuels et d'exécution effectifs des parties; il ne peut en outre pas être anticipé par le vendeur
- ❑ For du lieu d'exécution est à Zurich. L'*Handelsgericht* est donc compétent *ratione loci*.

# Commentaire

## ❑ **Lieu d'exécution conventionnel (Etape 1)**

- Accord subséquent: *a priori* valable
- Aucune exigence de forme (ici un échange de correspondance suffit)
- Absence d'accord sur *toutes* les obligations contractuelles –Allègement de la solution consacrée à l'ATF 140 III 170, consid. 2.2.3 ?

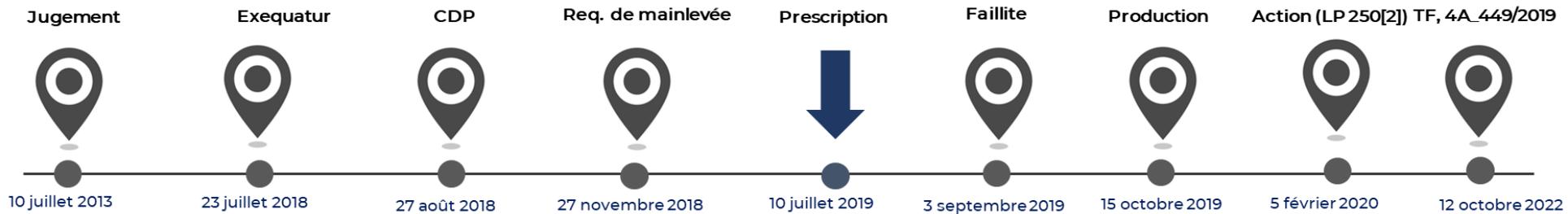
## ❑ **Lieu de remise physique effective (Etape 2)**

- Lieu de retrait = lieu de remise effective
- CJUE, 9.6.2011, C-87/10 *Electrosteel Europe SA vs Edil Centro SpA* (« la destination finale de l'opération de vente »)
- Transfert des risques et la prise en charge des coûts de transport ne sont pas déterminants

**Pour un commentaire de cet arrêt:** . Kunz, *Erfüllungsort nach Art. 5 Nr. 1 LugÜ bei Holschulden*, *Besprechung von BGer*, 4A\_449/2021, 27.1.2022, in: AJP 6/2022, 665 ss

**Prescription d'une créance constatée dans un  
jugement étranger  
(TF, 2.8.2022, 5A\_110/2021)  
(destiné à la publication)**

# Background



## Dispositions/jurisprudences pertinentes

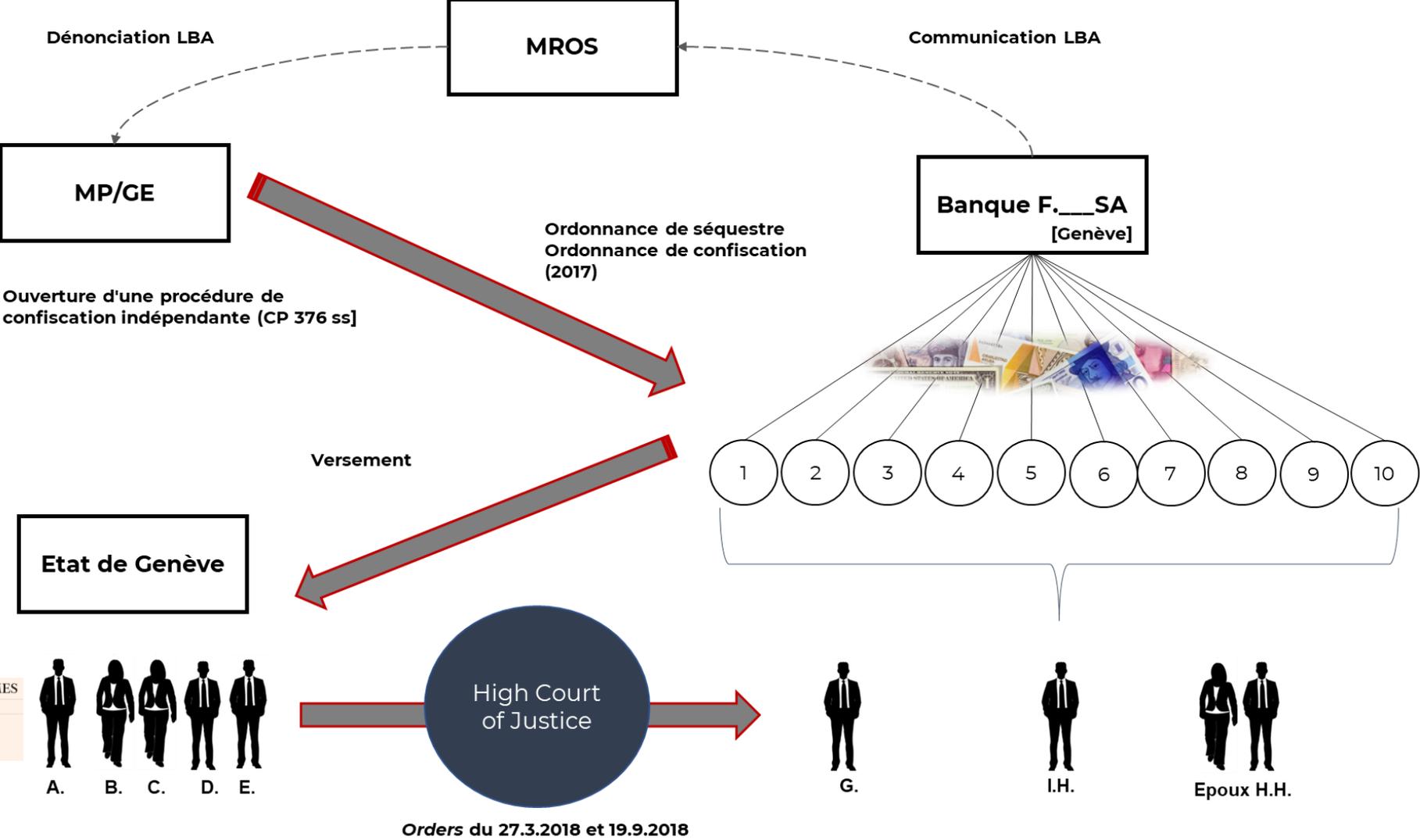
Disposition/jurisprudence	Objet	Texte
<b>LDIP 148[1]</b>	Prescription	Le droit applicable à la créance en régit la prescription et l'extinction.
<b>CO 137</b>	Reconnaissance ou jugement	<sup>1</sup> Un nouveau délai commence à courir dès l'interruption. <sup>2</sup> Si la dette a été reconnue dans un titre ou constatée par un jugement, le nouveau délai de prescription est toujours de dix ans.
<b>UK Limitation Act 1980 §24(1):</b>	Time limit for actions to enforce judgments	<sup>1</sup> An action shall not be brought upon any judgment after the expiration of six years from the date on which the judgment became enforceable. <sup>2</sup> No arrears of interest in respect of any judgment debt shall be recovered after the expiration of six years from the date on which the interest became due.
<b>TF, 4.12.2006, 5P.344/2006</b>	Prescription d'une créance constatée par jugement étranger	Rattachement de la prescription d'une créance constatée par un jugement étranger non pas au droit suisse (CO 137[2]) mais au droit de l'Etat dans lequel le jugement a été rendu (arrêt rendu sous l'angle restreint de la cognition limitée à arbitraire)
<b>ATF 144 III 350</b>	Délai de prescription d'une créance accordée par une sentence arbitrale étrangère, pour laquelle un acte de défaut de biens a été délivré	Question laissée ouverte

# Raisonnement du TF

- ❑ La prescription est le délai après lequel l'exécution ne peut plus être imposée
- ❑ Distinction entre les pays de *civil law* (droit matériel) et les pays de *common law* (droit procédural)
- ❑ La prescription n'avait pas lieu d'être examinée lors de l'*exequatur*
- ❑ La prescription peut être soulevée dans le cadre de la procédure d'exécution forcée, y compris par un autre créancier (à la place de la faillie) dans le cadre d'une action fondée sur LP 250[2]
- ❑ Controverse doctrinale
  - Droit applicable à la créance (*lex causae*)
  - Droit de la *lex fori* (droit suisse)
  - Droit de l'Etat qui a rendu le jugement
- ❑ TF tranche en faveur du droit de l'Etat qui a rendu le jugement (interruption par les poursuites)
- ❑ Le fait que la prescription constitue, selon le droit étranger, une institution de procédure et non une institution de droit matériel n'est pas décisif, pour autant que la réglementation (procédurale) étrangère poursuive les mêmes objectifs que le droit suisse de la prescription
- ❑ Le dépôt de la requête de mainlevée a interrompu la prescription; peu importe que cette procédure ait été annulée en raison de la faillite, et que le créancier (intimé) ait produit sa créance *après* que le délai de prescription ne soit atteint

**Exequatur d'un jugement étranger et  
incompétence du juge pénal  
(TF, 11.3.2022, 6B\_720/2021)**

# Background



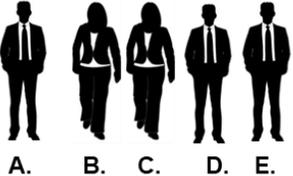
Ouverture d'une procédure de confiscation indépendante (CP 376 ss)

Ordonnance de séquestre  
Ordonnance de confiscation  
(2017)

Versement

High Court  
of Justice

Orders du 27.3.2018 et 19.9.2018



# Dispositions "pénales" applicables

Disposition	Objet	Texte
<b>CP 73</b>	Allocation au lésé	<p><sup>1</sup> Si un crime ou un délit a causé à une personne un dommage qui n'est couvert par aucune assurance et s'il y a lieu de craindre que l'auteur ne réparera pas le dommage ou le tort moral, le juge alloue au lésé, à sa demande, jusqu'à concurrence des dommages-intérêts ou de la réparation morale fixés par un jugement ou par une transaction (a) le montant de la peine pécuniaire ou de l'amende payées par le condamné (b) les objets et les valeurs patrimoniales confisqués ou le produit de leur réalisation, sous déduction des frais, (c) les créances compensatrices, (d) le montant du cautionnement préventif.</p> <p><sup>2</sup> Le juge ne peut ordonner cette mesure que si le lésé cède à l'État une part correspondante de sa créance.</p> <p><sup>3</sup> Les cantons instituent une procédure simple et rapide pour le cas où il n'est pas possible d'ordonner cette allocation dans le jugement pénal.</p>
<b>CPP 376</b>	Conditions d'une procédure de confiscation indépendante	Une procédure de confiscation indépendante est introduite lorsque la confiscation d'objets ou de valeurs patrimoniales d'une personne déterminée doit être décidée indépendamment d'une procédure pénale.
<b>CPP 378</b>	Allocation au lésé	Le ministère public ou le tribunal statue également sur les demandes du lésé portant sur l'allocation en sa faveur des objets et des valeurs patrimoniales confisqués. L'art. 267, al. 3 à 6, est applicable par analogie.
<b>LaCP/GE 3[y]</b>	Compétence du TAPeM	Le Tribunal d'application des peines et des mesures est compétent pour statuer dans toutes les procédures postérieures au jugement, notamment pour [...] allouer au lésé le montant de la peine pécuniaire et de l'amende, les objets et les valeurs patrimoniales confisqués ou le produit de leur réalisation, les créances compensatrices et le montant du cautionnement préventif lorsque ces mesures n'ont pas été ordonnées dans le jugement, l'ordonnance pénale ou l'ordonnance de confiscation (art. 73, al. 3, CP)

# Dispositions "civiles" applicables

Disposition	Objet	Texte
<b>CLug 38 [1]</b>	Exécution	Les décisions rendues dans un Etat lié par la présente Convention et qui y sont exécutoires sont mises à exécution dans un autre Etat lié par la présente Convention après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée.
<b>CLug 39 [1]</b>	Exécution/Compétence	La requête est présentée à la juridiction ou à l'autorité compétente indiquée sur la liste figurant à l'annexe II.
<b>CLug Annexe II</b>	Exécution/Compétence	Les juridictions ou autorités compétentes auprès desquelles la requête visée à l'art. 39 de la présente Convention est présentée sont les suivantes: [...] en Suisse: le Tribunal cantonal de l'exécution
<b>CPC 335[3]</b>	Execution des decisions/Champ application	<p><sup>1</sup> Les décisions sont exécutées selon les dispositions du présent chapitre.</p> <p><sup>2</sup> Les décisions portant sur le versement d'une somme ou la fourniture de sûretés sont exécutées selon les dispositions de la LP.</p> <p><sup>3</sup> La reconnaissance, la déclaration de force exécutoire et l'exécution des décisions étrangères sont régies par le présent chapitre, à moins qu'un traité international ou la LDIP n'en dispose autrement.</p> <p><i>NB: Pour être soumis à la LP, l'exécution forcée des créances doit être exprimée en CHF. L'obligation de payer en monnaie étrangère (excluant une conversion en CHF) est soumise à l'exécution forcée du CPC (BSK SchKG-Acoccella, art. 38 N 10 et réf. cit.)</i></p>
<b>LOJ/GE 86[1][2][c]</b>	Compétence	<p><sup>1</sup> Le Tribunal de première instance est compétent pour tous les actes de la juridiction civile contentieuse ou non contentieuse que la loi n'attribue pas à une autre autorité judiciaire ou administrative.</p> <p><sup>2</sup> Il exerce notamment, sauf si la loi désigne une autre autorité, les compétences que le CPC attribue : [...] au tribunal de l'exécution.</p>
<b>Jurisprudence</b>	Compétence	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Une décision d'exequatur au sens de la CL peut également être prononcée à <i>titre incident</i> dans le cadre d'une procédure de séquestre (LP 271 ss) ou d'une procédure de mainlevée de l'opposition (LP 80 sss) (ATF 143 III 404).</li> <li>• Question de savoir si un créancier requérant un séquestre au sens de LP 271[1][6] doit conclure au prononcé de l'exequatur à titre préalable laissée ouverte dans l'ATF 147 III 491.</li> </ul>

- ❑ CP 73 requiert, *inter alia*, que les dommages-intérêts ou la réparation morale soient fixés par un **jugement**/transaction
- ❑ Le lésé doit être en possession d'une **décision exécutoire**, valant titre de mainlevée, fondant ses prétentions civiles.
- ❑ La décision peut émaner de l'autorité pénale pour les prétentions civiles adhésives mais également d'une **juridiction civile** (TF, 23.9.2020, 6B\_1353/2019, consid. 3.2)
- ❑ Il peut également s'agir d'un jugement civil (ou pénal) **étranger**, à condition qu'il soit exécutoire en Suisse
- ❑ **Incompétence** des autorités pénales saisies d'une requête en allocation pour prononcer à titre incident l'*exequatur* d'un jugement étranger:
  - L'allocation au lésé est une mesure régie par le droit pénal et ne confère qu'une prétention de droit public contre l'Etat
  - Contrairement au séquestre et la mainlevée, l'allocation au lésé ne consacre pas à proprement parler une démarche destinée à obtenir l'exécution de jugements civils
  - Le juge pénal ne peut pas être assimilé au "tribunal cantonal de l'exécution", selon CL 39[1] *cum* Annexe II CL
- ❑ Absence de **demande d'exequatur** à titre incident (cp. ATF 147 III 491, consid. 6.2.1. *in fine*)

**Merci de votre attention**

---

**Nicolas Béguin**

Avocat, LL.M. (Georgetown Law)  
nicolas.beguin@aegis.ch

**Aegis**

Rue du Général-Dufour 20  
Case postale  
1211 Genève 4

T +41 22 703 51 00

[aegis.ch](http://aegis.ch)