

# L'exécution des jugements et des titres authentiques sous l'angle du principe d'égalité

FRANCESCO NAEF\*

**Mots clés:** Exécution forcée, jugements, Convention de Lugano, mesures conservatoires, exequatur

**Schlagworte:** Zwangsvollstreckung, Urteilen, Lugano-Übereinkommen, Sicherungsmassnahmen, Vollstreckbarerklärung

**Parole chiave:** Esecuzione forzata, sentenze, Convenzione di Lugano, misure conservative, exequatur

## Résumé:

Dans une vision systématique, l'exécution forcée des jugements et des titres authentiques exécutoires du projet de CPC contient des inégalités de traitement inadmissibles qui violent la Constitution fédérale et maintient le chaos qui règne en Suisse actuellement à propos de l'exécution des jugements selon la Convention de Lugano. La réintroduction dans la LP d'une disposition adoptée en 1888 et tombée par inadvertance, ainsi que quelques petites modifications, permettraient de résoudre tous ces problèmes.

## Zusammenfassung:

Das System der Vollstreckung von Entscheidungen und von vollstreckbaren öffentlichen Urkunden des Entwurfs einer eidgenössischen ZPO enthält verfassungswidrige Ungleichbehandlungen; es hält zudem das Chaos aufrecht, das derzeit in der Schweiz bezüglich der Entscheidungsvollstreckung gemäss dem Lugano-Übereinkommen herrscht. Die Wiedereinführung in das SchKG einer Bestimmung, die 1888 angenommen und aus Versehen vergessen wurde, würde, zusammen mit einigen kleineren Änderungen, all diesen Problemen eine Lösung bieten.

## Riassunto:

Il sistema dell'esecuzione delle sentenze e dei documenti pubblici esecutivi del progetto di CPC contiene delle inammissibili disparità di trattamento che violano la Costituzione federale, oltre a mantenere il caos che regna attualmente in Svizzera in merito all'esecuzione delle sentenze secondo la Convenzione di Lugano. La reintroduzione nella LEF di una disposizione adottata nel 1888 e dimenticata per una svista, insieme a qualche altra piccola modifica, permetterebbero di risolvere ogni problema.

---

## Table des matières

- I. La situation actuelle
  1. Mainlevée de l'opposition ou procédure séparée d'exequatur?

---

\* Avvocato e notaio a Lugano.

2. Quelles sont les mesures conservatoires de l'art. 39 al. 2 CL?
3. La phase de l'exécution forcée proprement dite
4. Un système comportant trois inégalités de traitement
- II. Le projet de Code de procédure civile suisse
  1. Décisions portant condamnation non pécuniaire
  2. Décisions portant condamnation pécuniaire
  3. Titres authentiques exécutoires
- III. L'œuf de Colomb
  1. Les solutions possibles
  2. La découverte archéologique de Gilliéron: l'origine de la quatrième inégalité de traitement
  3. La solution proposée
  4. *Quid* des mesures provisionnelles étrangères?
- IV. Conclusion: la solution dans un article (ou presque)

## I. La situation actuelle

Tous ceux qui ont essayé d'obtenir en Suisse l'exécution forcée d'une décision judiciaire (ou d'un titre authentique) rendue dans un Pays signataire de la Convention de Lugano portant condamnation à une prestation pécuniaire ou à la prestation de sûretés se sont heurtés à une situation juridique chaotique, où sécurité du droit et principe d'égalité sont inexistantes. En effet, l'absence d'une loi fédérale d'application de la CL a poussé les cantons à légiférer, mais seulement partiellement, l'exécution forcée des dettes d'argent ne rentrant pas dans leurs compétences. La jurisprudence et la doctrine ont essayé de combler cette lacune en faisant preuve de beaucoup de fantaisie, mais sans réussir à résoudre les nombreuses questions controversées.

### 1. Mainlevée de l'opposition ou procédure séparée d'*exequatur*?

L'art. 32 CL semble très clair: l'*exequatur* d'une décision condamnant à payer est du ressort du juge de la mainlevée définitive de l'opposition dans le cadre de la procédure régie par les articles 80 et 81 LP, tandis que celui d'une décision qui porte sur une prestation non pécuniaire rentre dans la compétence du juge cantonal de l'*exequatur*.

Le problème est que la procédure de mainlevée de l'opposition est contradictoire (art. 84 al. 2 LP) et implique la notification préalable du commandement de payer au débiteur, ce qui est incompatible avec l'effet de surprise garanti au créancier par la CL, qui prévoit une procédure d'*exequatur* unilatérale en première instance (art. 34 al. 1 CL) ainsi que l'obtention automatique de mesures conservatoires qui restent en vigueur pendant la procédure de recours contre

l'*exequatur* (art. 39 al. 2 CL)<sup>1</sup>. La procédure de mainlevée n'est compatible avec l'effet de surprise prévu par la CL que si elle est précédée par un séquestre (art. 271 ss LP); ce qui est un cas rare, le droit suisse permettant le séquestre (presque) uniquement si le débiteur n'habite pas en Suisse (art. 271 al. 1 ch. 4 LP): si le débiteur d'une dette pécuniaire est domicilié en Suisse, le créancier ne peut qu'intenter la poursuite pour dettes normale, sans aucun effet de surprise<sup>2</sup>.

Selon certains le renvoi de l'art. 32 CL à la procédure de mainlevée LP est impératif et exclut une procédure séparée d'*exequatur* pour les décisions condamnant à un paiement, ce qui revient à affirmer qu'il s'agit d'une réserve au traité: la procédure de mainlevée réservée par la CL étant incompatible avec l'effet de surprise, celui-ci ne s'applique pas en Suisse<sup>3</sup>. C'est la thèse suivie par la jurisprudence genevoise et vaudoise<sup>4</sup>; dans ces cantons, si le débiteur habite en Suisse, l'effet de surprise garanti par la CL n'est, pour les décisions condamnant à payer, que lettre morte.

Au contraire, pour la majorité de la doctrine et de la jurisprudence l'art. 32 CL n'est pas une réserve, et une procédure séparée d'*exequatur* pour les décisions en matière pécuniaire est possible, voire indispensable pour respecter les droits du créancier garantis par la CL<sup>5</sup>. Le Tribunal fédéral – qui déjà avant l'entrée en vigueur de la CL avait admis la possibilité d'obtenir l'*exequatur* dans une procédure indépendante de la LP<sup>6</sup> – semble partager cette opinion; en effet, il n'a jamais mis en doute la validité d'une procédure séparée d'*exequatur*<sup>7</sup>, et il a même indiqué qu'il appartient au juge de l'*exequatur* de choisir une mesure conservatoire du droit suisse avec les adaptations exigées par l'art. 39 al. 2 CL<sup>8</sup>, en reconnaissant ainsi implicitement que cette disposition est applicable aussi en Suisse.

Dans la plupart des cantons le créancier a donc une faculté de choix: s'il ne veut pas jouir des droits que la CL lui reconnaît il entamera une poursuite pour dettes selon la LP, si, au contraire, il veut bénéficier de l'effet de surprise il présentera une requête séparée – selon la procédure prévue par le CPC cantonal

---

1 ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Sicherungsmittel «à discrétion»? Zur Umsetzung von Art. 39 LugÜ in der Schweiz, PJA 2001, p. 182–183.

2 KAUFMANN-KOHLER, L'exécution des décisions étrangères selon la Convention de Lugano: titres susceptibles d'exécution, mainlevée définitive, procédure d'*exequatur*, mesures conservatoires, SJ 1997, p. 579.

3 GILLIÉRON, Itérativement: L'exécution des décisions rendues dans un Etat partie à la Convention de Lugano, portant condamnation à payer une somme d'argent ou à la prestation de sûretés, RSJ 1994, p. 77.

4 LORETAN, La libre circulation des jugements dix ans après l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano, RFJ 2002, p. 157 avec réf.

5 ATTESLANDER-DÜRRENMATT (n. 1), p. 182 avec les réf. à la note 21; KAUFMANN-KOHLER (n. 2), p. 573 avec les réf. à la note 51.

6 ATF 116 Ia 394 c. 2.

7 ATF 126 III 438 c. 4b, 125 III 386 c. 3a avec réf.; cf. aussi les arrêts cités infra sub n. 51.

8 ATF 131 III 660 c. 4.5.

pour les décisions portant sur des prestations non pécuniaires, avec les adaptations imposées par la CL – au juge de l'*exequatur*<sup>9</sup> qui, en le prononçant, ordonnera les mesures conservatoires de l'art. 39 al. 2 CL sans autres conditions que l'*exequatur*<sup>10</sup>.

## 2. Quelles sont les mesures conservatoires de l'art. 39 al. 2 CL?

C'est le chaos.

Aucun CPC cantonal n'indiquant le type de mesure conservatoire que le juge doit ordonner en application de l'art. 39 al. 2 CL, doctrine et jurisprudence ont dû combler la lacune, sans toutefois parvenir à une solution unanime; le sort de la requête du créancier sera donc différent suivant le canton dans lequel elle est présentée: il obtiendra soit un séquestre (art. 271 LP), soit une saisie provisoire (art. 83 al. 1 LP), soit un inventaire des biens du débiteur (art. 162 LP), soit encore des mesures provisionnelles du droit cantonal<sup>11</sup>. Pour sa part, le Tribunal fédéral a décidé qu'il n'avait pas la compétence pour trancher cette question controversée, tout en remarquant qu'aucune de ces solutions n'est arbitraire<sup>12</sup>.

A l'encontre de la solution du séquestre, on peut faire valoir qu'il n'est pas donné si le débiteur habite en Suisse (art. 271 al. 1 LP), que l'obligation de rendre vraisemblable au juge la créance, la cause de séquestre et l'existence de biens du débiteur (art. 272 LP) est incompatible avec l'art. 39 al. 2 CL, tout comme l'obligation de fournir des sûretés (art. 273 al. 1 LP); en outre, l'impossibilité de recourir à l'entraide pour exécuter le séquestre dans toute la Suisse est incompatible avec l'effet de surprise et le principe d'efficacité de la mesure conservatoire prévue par l'art. 39 al. 2 CL, l'obligation de valider le séquestre par une poursuite dans les dix jours (art. 279 LP) n'est pas compatible avec l'art. 39 al. 1 CL pour lequel la mesure conservatoire reste en vigueur sans autre formalité pendant toute la procédure d'*exequatur*, et le moyen de l'opposition au séquestre (art. 278 LP) est incompatible avec le système (fermé) des voies de recours prévu par l'art. 37 CL<sup>13</sup>.

La saisie provisoire a pour défauts qu'elle n'est pas prévue en faveur du créancier au bénéfice d'une mainlevée définitive de l'opposition, qu'elle n'est pas donnée si le débiteur est sujet à la poursuite par voie de faillite, qu'elle exige un for de poursuite en Suisse, et qu'elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 39

9 Arrêt de la Camera esecuzioni e fallimenti (TI) du 2.2.1998 publié dans Rep 1998, n. 78.

10 Arrêt de la II<sup>a</sup> Camera civile d'appello (TI) du 4.12.2002 publié dans NRCP 2003, p. 513.

11 WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, Berne 2002, p. 462–463; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (n. 1), p. 192 note 136.

12 ATF 126 III 438.

13 ATF 126 III 438 c. 4b; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (n. 1), p. 188–189.

CL, car elle ne peut être requise tant que le jugement de mainlevée est susceptible d'un recours muni de l'effet suspensif; de même, l'obligation de préalable-ment aviser le débiteur (art. 90 LP) est incompatible avec l'effet de surprise exigé par la CL<sup>14</sup>.

L'inventaire de l'art. 162 LP soulève des objections semblables à celles de la saisie provisoire; en outre, sa durée de validité (art. 165 al. 2 LP) est incompatible avec celle prévue par l'art. 39 al. 1 CL, et le pouvoir d'appréciation laissé au juge (art. 162 LP) n'est pas compatible avec l'automatisme prévu par l'art. 39 al. 2 CL<sup>15</sup>. Certains lui reprochent même de ne pas être suffisamment efficace<sup>16</sup>.

Quant aux mesures provisionnelles du droit cantonal (par ex. une interdiction de disposer assortie de la menace de l'art. 292 CP), elles ne garantissent pas toujours l'efficacité exigée par la CL; pour certains elles seraient d'ailleurs un séquestre déguisé interdit, la matière étant régie exclusivement par la LP<sup>17</sup>.

### 3. La phase de l'exécution forcée proprement dite

Naturellement, obtenir du juge de l'*exequatur* des mesures conservatoires sur les biens du débiteur ne signifie pas encore être payé: passé en force l'*exequatur*, le créancier d'une prestation pécuniaire doit entamer l'exécution forcée proprement dite pour obtenir la réalisation forcée de ces biens. En Suisse cela signifie, *de lege lata*, qu'il doit commencer une poursuite LP, faire notifier un commandement de payer et, selon la réaction du débiteur, obtenir la mainlevée définitive de l'opposition, et la défendre d'abord devant l'instance de recours et puis devant le Tribunal fédéral<sup>18</sup>; non seulement le créancier est ainsi contraint à entamer une nouvelle procédure qui semble être la copie de celle d'*exequatur*, mais il devra en outre défendre sa demande en exécution de la décision étrangère devant six degrés de juridiction, au lieu des trois prévus par les articles 32 et 37 CL. La procédure peut d'ailleurs devenir encore plus longue et épuisante, si le débiteur déménage à l'étranger pendant la procédure de recours contre l'*exequatur*; n'ayant pas de for de poursuite en Suisse<sup>19</sup> le créancier devra s'en créer un par un séquestre (art. 271 al. 1 ch. 4 LP), le défendre devant trois degrés de juridiction (art. 278 LP), et toujours le valider par une poursuite (art. 279 LP): contre un dé-

---

14 ATF 126 III 438 c. 4b; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (n. 1), p. 190–191.

15 ATTESLANDER-DÜRRENMATT (n. 1), p. 191.

16 KAUFMANN-KOHLER (n. 2), p. 578.

17 DONZALLAZ, La Convention de Lugano, Berne 1997, II, n. 4184; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (n. 1), p. 187.

18 KAUFMANN-KOHLER (n. 2), p. 572; DONZALLAZ (n. 17), n. 2092.

19 Le transfert à l'étranger n'ouvrira jamais la voie de la faillite sans poursuite préalable de l'art. 190 LP, le Tribunal fédéral ayant une opinion trop restrictive de la notion de fuite: arrêt du Tribunal fédéral 5P.91/2004 du 24.9.2004 c. 7–8.

biteur obstiné il risque de totaliser neuf degrés de juridiction! Ce n'est manifestement pas la procédure simple et rapide imaginée par les articles 31 ss CL.

Pour pallier à ces inconvénients certains ont suggéré de renoncer (*contra legem*) à la phase de la poursuite préalable et d'autoriser le créancier à requérir – passé en force l'*exequatur* – directement la réalisation des biens; cette opinion a toutefois suscité le scepticisme des juges fédéraux, car elle provoque une rupture par trop éclatante dans le système suisse de l'exécution forcée des dettes pécuniaires<sup>20</sup>.

Dans la jurisprudence cantonale les avis à ce sujet divergent aussi<sup>21</sup>.

#### 4. Un système comportant trois inégalités de traitement

En résumé, la situation actuelle est caractérisée par le chaos, l'insécurité du droit et trois inégalités de traitement inadmissibles.

L'inégalité de traitement du créancier d'une décision de condamnation pécuniaire sujette à la CL qui a des droits différents ou différemment efficaces suivant le canton où se déroule la procédure.

L'inégalité de traitement entre les décisions étrangères (sujettes à la CL) en matière non pécuniaire et celles en matière pécuniaire, qui se manifeste comme suit: les décisions non pécuniaires bénéficient d'une procédure d'*exequatur* prévue par les CPC cantonaux, compatible avec la CL, alors que pour celles pécuniaires certains cantons ne prévoient pas les mesures conservatoires exigées par la CL, et d'autres cantons prévoient une procédure qui n'a pas la rapidité et simplicité voulues par la CL.

Finalement, l'inégalité de traitement entre décisions portant condamnation pécuniaire sujettes à la CL et celles suisses, les premières bénéficiant tout de même dans la majorité des cantons de mesures conservatoires avec effet de surprise, au contraire de celles indigènes: les décisions étrangères sont donc mieux traitées que les suisses.

La situation actuelle est évidemment insatisfaisante<sup>22</sup>, voire même contraire au principe d'égalité (art. 8 Cst.). Malgré cela, le projet de Code de procédure civile suisse du Conseil fédéral propose, sans aucune motivation, de maintenir essentiellement le *status quo*.

---

20 WALTER (n. 11), p. 449–450; ATF 126 III 438 c. 4a.

21 ATTESLANDER-DÜRRENMATT (n. 1), p. 192 et les réf. à la note 136.

22 MEIER/SOGO/WIGET, Arrest im internationalen Recht, RSPC 2005, p. 437; NAEGELI/VETTER, Zur Anerkennung und Vollstreckung euro-internationaler Arrestbefehle in der Schweiz, PJA 2005, p. 1322; ATTESLANDER-DÜRRENMATT (n. 1), p. 195; LORETAN (n. 4), p. 168.

## II. Le projet de Code de procédure civile suisse

### 1. Décisions portant condamnation non pécuniaire

Les articles 333–344 P-CPC reprennent les solutions connues dans les CPC cantonaux pour l'exécution des jugements. Le créancier présente en procédure sommaire une requête d'exécution au tribunal de l'exécution (art. 336 al. 1 P-CPC) en apportant la preuve que les conditions de l'exécution sont réunies (art. 336 al. 2 P-CPC); le tribunal décide en procédure contradictoire (art. 339 P-CPC), mais il a faculté d'ordonner préalablement des mesures conservatoires *inaudita parte* s'il y a risque de collusion ou d'entrave grave à l'exécution (art. 338 P-CPC). La décision du tribunal peut être attaquée dans les 10 jours (art. 318 al. 2 P-CPC) par le recours limité au droit (art. 305 let. a et 316 let. a P-CPC), qui n'a pas d'effet suspensif (art. 323 al. 1 P-CPC), et ensuite par le recours au Tribunal fédéral.

Cette procédure s'applique aussi à l'obtention de l'*exequatur* selon la CL<sup>23</sup>, mais avec les dérogations prescrites par ce traité (art. 333 al. 3 P-CPC). Le juge devra donc adapter certaines dispositions aux exigences de la CL, dans sa version actuelle comme dans sa version révisée<sup>24</sup>. Pour respecter l'effet de surprise prévu par la CL le tribunal de l'exécution devra ou renoncer au caractère contradictoire de la procédure et ordonner automatiquement les mesures conservatoires sans autres conditions que l'*exequatur*, ou alors ordonner *inaudita parte* les mesures conservatoires à simple réception de la demande d'*exequatur*, donc avant même de l'avoir prononcé (art. 39 al. 1 CLrév.), en assurant ensuite au débiteur le droit d'être entendu (art. 339 al. 2 P-CPC); quant au recours contre l'*exequatur*, le délai pour l'interjeter sera de un (respectivement deux) mois pour le débiteur (art. 36 CL) et de dix jours pour le créancier (art. 40 CL), et le *iudex ad quem* devra automatiquement accorder l'effet suspensif pour éviter que le créancier ne puisse porter à terme l'exécution forcée avant que l'*exequatur* ne soit passé en force, ce qui serait contraire à l'art. 39 al. 1 CL (et 39 al. 3 CLrév.), qui n'admet que des mesures *conservatoires*<sup>25</sup>. Finalement, dans la version révisée de la CL, le tribunal de l'exécution devra limiter son pouvoir d'examen à un simple contrôle formel de la décision étrangère (art. 34 CLrév.); cette limitation du pouvoir d'examen du juge de première instance comporte l'incompatibilité

---

23 Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse, p. 150.

24 Sur la révision de la CL cf. JAMETTI GREINER, Gli sviluppi futuri della Convenzione di Lugano, in *La Convenzione di Lugano nella pratica forense e nel suo divenire*, Bâle 2004, p. 251 ss; MARKUS, Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten, RSDA 1999, p. 205 ss.

25 GEIMER/SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht, München 2004, ad art. 47 EuGVVO n. 4.

du moyen de recours prévu par le P-CPC (art. 305 let. a, 316 let. a P-CPC), le juge du recours limité au droit ayant aussi un pouvoir d'examen des faits limité (art. 317 let. b P-CPC): aucun juge ne pourrait examiner librement (donc de manière effective) les motifs de refus de l'*exequatur* prévus par les articles 27 et 28 CLrév.

## 2. Décisions portant condamnation pécuniaire

Le projet confirme que l'exécution forcée proprement dite des décisions en matière pécuniaire est sujette aux règles de la LP (art. 333 al. 2 P-CPC); il indique toutefois que les dispositions susmentionnées du P-CPC sur l'exécution des décisions non pécuniaires peuvent aussi s'appliquer aux déclarations de force exécutoire des jugements étrangers portant condamnation à payer une somme d'argent: pour obtenir une décision d'*exequatur* hors d'une poursuite selon la LP, ainsi que pour l'ordonnance d'une mesure conservatoire au sens de l'art. 39 al. 2 CL<sup>26</sup>.

En substance, le projet propose donc de maintenir le système chaotique actuellement en vigueur dans la plupart des cantons, en permettant une procédure séparée d'*exequatur* – ainsi que l'adoption de mesures conservatoires non indiquées dans la loi – nécessairement suivie par une poursuite LP. En d'autres termes, le projet n'élimine aucune des trois inégalités de traitement susmentionnées, en se limitant à améliorer quelque peu les droits du créancier dans les cantons de Genève et de Vaud, où actuellement l'art. 39 al. 2 CL n'est pas appliqué si le débiteur habite en Suisse.

## 3. Titres authentiques exécutoires

Il est proposé d'introduire en Suisse une institution connue par de nombreux Pays européens, et que l'art. 50 CL assimile aux jugements, en ce qui concerne la procédure d'exécution: le titre authentique exécutoire. Il s'agit d'une déclaration de volonté d'une personne, établie en la forme authentique, de se soumettre à l'exécution directe – c'est à dire sans nécessité pour le créancier d'intenter au préalable un procès et obtenir un jugement – pour une dette déterminée, reconnue et exigible, et dont la cause juridique est mentionnée dans le titre (art. 345 P-CPC).

S'il s'agit d'une prestation non pécuniaire, le créancier peut déposer – 20 jours après la notification au débiteur d'une sommation officielle – une requête d'exécution, et la procédure sera semblable à celle prévue pour les jugements du même genre (art. 336 ss P-CPC). Dans ce contexte, l'exigence d'une

---

26 Message (n. 23), p. 150–151.

sommatum préalable au débiteur est incompatible avec l'effet de surprise garanti par la CL au créancier.

S'agissant d'une prestation pécuniaire, l'exécution forcée se fait selon les règles de la LP, et le titre authentique exécutoire vaut comme titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 80 LP (art. 347 P-CPC). Dans ce domaine, le titre authentique exécutoire étant assimilé à un jugement, il en a les mêmes défauts<sup>27</sup>.

Dans la procédure de consultation de l'avant-projet, le maintien de ces inégalités de traitement inacceptables n'avait pas échappé aux spécialistes, qui l'avaient justement critiqué<sup>28</sup>. Mais comment résoudre aux mieux les nombreux problèmes évoqués ci-dessus?

### III. L'œuf de Colomb

#### 1. Les solutions possibles

Certains ont proposé de renoncer à la poursuite préalable de la LP<sup>29</sup>. Cela pourrait résoudre les deux dernières inégalités de traitement, mais laisserait subsister la première: le contenu indéterminé de la mesure conservatoire de l'art. 338 P-CPC ne changerait rien au chaos actuel. D'ailleurs, la Suisse ne semble pas prête à renoncer à la poursuite préalable, vrai pilier sur lequel est fondé tout son système ultracentenaire de l'exécution forcée<sup>30</sup>.

D'autres ont proposé, plus simplement, d'introduire dans la loi une mesure conservatoire compatible à l'art. 39 al. 2 CL<sup>31</sup>. Cette solution est à préférer, car elle élimine les trois inégalités de traitement, sans provoquer de changements révolutionnaires du droit positif.

Malheureusement le projet de CPC ne contient aucune proposition sur ce point, et il ne fait que rappeler que «le séquestre demeure réservé (art. 271 LP)»<sup>32</sup>. Mais

---

27 Cf. supra sub II.2.

28 Classement des réponses à la procédure de consultation de l'APPCS, 2004, Observations du Zürcher Anwaltsverband, p. 66, Observations de la SchKG-Vereinigung, p. 780–781.

29 JEANDIN, L'exécution des titres authentiques en Suisse: Vers la fin d'une autodiscrimination?, in: Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht – FS für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, p. 147.

30 Classement (n. 28), Observations de la SchKG-Vereinigung, p. 780, Observations de l'Université de Lausanne, p. 782, Observations de l'Université de Neuchâtel, p. 782, Observations de la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, p. 787.

31 D. STAEHELIN Die Vollstreckbare öffentliche Urkunde – eine Ausländerin vor der Einbürgerung in: Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung – FS für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Berne 2005, p. 213–215.

32 Message (n. 23), p. 151.

le séquestre des articles 271 ss LP ne semble pas la solution la plus idoine, car c'est l'institut le moins compatible avec la CL; son adaptation comporterait des modifications considérables, compliquées, et impliquerait la création de deux types de séquestre: l'un pour les jugements<sup>33</sup> et un autre, soumis à des règles différentes, pour les autres cas. Finalement, on peut sérieusement douter que l'Assemblée fédérale soit disposée à modifier considérablement l'institut du séquestre, qu'elle vient de réformer par la révision de la LP de 1994.

## 2. La découverte archéologique de Gilliéron: l'origine de la quatrième inégalité de traitement

La solution de ce problème compliqué doit vraisemblablement être recherchée dans un système plus simple et respectueux de la tradition suisse de l'exécution forcée pour dettes pécuniaires: celui qui fût adopté originellement, mais qui par inadvertance resta exclu du texte de la LP finalement voté par l'Assemblée fédérale.

En effet, en partant de la constatation que le système actuel de la LP prévoit une incohérence et une – quatrième – inégalité de traitement, là où il permet au créancier au bénéfice d'une décision de mainlevée provisoire de première instance d'obtenir des mesures conservatoires (83 al. 1 LP) sans prévoir une faculté semblable pour le bénéficiaire d'une décision de mainlevée définitive de première instance<sup>34</sup>, GILLIÉRON a fait une découverte archéologique extraordinaire: cette discrimination ne correspond pas à la volonté du législateur de 1889.

Au contraire, déjà le premier projet de LP présenté à l'Assemblée fédérale prévoyait que le créancier d'un jugement exécutoire pouvait demander au juge la saisie immédiate, c'est-à-dire avant même l'expiration du délai d'opposition au commandement de payer; en cas d'opposition, celle-ci suspendait la réalisation des biens et, sur demande du débiteur, le juge assignait au créancier un bref délai pour demander la mainlevée<sup>35</sup>.

Cette proposition a été affinée dans les travaux parlementaires, en prenant la forme de l'art. 108 du Projet approuvé par l'Assemblée fédérale en second débat le 29 juin 1888<sup>36</sup>, dont la teneur était la suivante<sup>37</sup>: «*Le créancier qui fonde sa prétention sur un jugement exécutoire, une transaction ou une reconnaissance*

33 Avec, peut-être, une ultérieure inégalité de traitement entre les jugements étrangers (sujets à la CL) et les jugements suisses, seulement les premiers pouvant obtenir un séquestre contre le débiteur domicilié en Suisse, cf. dans ce sens les articles 271 al. 1 n. 6 et 272 al. 1<sup>bis</sup> LP de la proposition d'ATTESLANDER-DÜRRENMATT.

34 Reconnaisant ainsi plus d'efficacité au titre dont la valeur probante est moindre, GILLIÉRON (n. 3), p. 78; D. STAEHELIN, Basler Kommentar, SchKG I, Bâle 1998, ad art. 83 n. 4.

35 Art. 96, cf. Message du Conseil fédéral du 6 avril 1886, FF 1886 II p. 102.

36 GILLIÉRON, Commentaire de la LP, Lausanne 1999–2003, ad art. 80 n. 7.

37 Rep. 1888, p. 254.

L'exécution des jugements et des titres authentiques sous l'angle du principe d'égalité

*passées en justice peut exiger qu'il soit procédé provisoirement à la saisie, non-obstant opposition, à moins que le débiteur ne fournisse, en main du préposé, des sûretés équivalentes. <sup>2</sup> En cas d'opposition, la vente des objets saisis est suspendue et n'intervient qu'après que le juge a prononcé la mainlevée de l'opposition. Lorsque le débiteur en fait la demande, le préposé assigne au saisissant un bref délai pour requérir la mainlevée de l'opposition; si ce délai n'est pas observé ou si le juge admet l'opposition comme fondée, la saisie tombe et les sûretés qui auraient été fournies sont restituées.»*

Ainsi était né l'institut de la saisie provisoire, sur simple demande du créancier et sans le recours à un juge: il était toutefois réservé au seul créancier en possession d'un jugement exécutoire.

Avec le troisième et définitif projet, le Conseil fédéral a voulu *étendre* le bénéfice de la saisie provisoire *aussi* à la décision de mainlevée provisoire<sup>38</sup>: «*Tandis que l'ancien projet n'admettait cette saisie provisoire qu'au profit des jugements, le nouveau projet étend, comme on le voit, ce bénéfice à toutes les créances constatées par une reconnaissance écrite de la dette. Cette innovation nous paraît très heureuse.*» Toutefois, par inadvertance, le Conseil fédéral ne s'est pas aperçu qu'au lieu d'*étendre* l'institut au possesseur d'une simple reconnaissance de dette, il l'avait oublié pour le créancier au bénéfice d'un jugement exécutoire, pour lequel il avait été prévu à l'origine. L'Assemblée fédérale n'a pas vu l'erreur, et la saisie provisoire est restée reléguée au seul cas de l'art. 83 al. 1 LP.

La réintroduction dans la LP de l'ancienne disposition adoptée et tombée par inadvertance éliminerait non seulement l'inégalité de traitement entre le titulaire d'un jugement et celui d'une simple reconnaissance de dette écrite, mais elle permettrait de résoudre d'un coup tous les problèmes cités liés à la CL<sup>39</sup>.

### 3. La solution proposée

Certes, un institut qui nous vient de si loin nécessite quelques interventions cosmétiques.

Le projet de CPC assimilant les titres authentiques exécutoires aux jugements (art. 347 P-CPC), il vaut mieux préciser que tous les titres prévus par l'art. 80 LP pourront bénéficier de cette mesure conservatoire.

Exactement comme la disposition originaires, il doit être clair que la mesure peut être demandée dès la réquisition de poursuite, et qu'elle doit être exécutée par l'Office des poursuites immédiatement, sans nécessité d'une autorisation du juge; *in maiore minus*, elle peut être aussi requise au cours de la poursuite pré-

---

38 Message du Conseil fédéral du 7 décembre 1888, FF 1888 IV p. 1175.

39 GILLIÉRON (n. 36), ad art. 83 n. 32, ad art. 271 n. 104; JAKES, Le «rang» des créances dans l'exécution forcée: le cas des subordinations de créance (postpositions), Lausanne 1999, p. 513 note 5.

alable, p. ex. après la décision de mainlevée définitive de première instance, ou après un jugement au fond exécutoire par provision (art. 312 al. 2 P-CPC). Il ne faut pas craindre que cette nouveauté soit difficile à appliquer pour l'Office des poursuites. Les jugements suisses seront munis de l'attestation de force exécutoire (art. 334 al. 2 P-CPC), et les jugements et titres authentiques européens bénéficieront d'une attestation semblable dans le formulaire prévu par les articles 47 et 50 al. 3 CLrév.: il sera donc aisé de vérifier le caractère exécutoire formel du titre à exécuter.

Si la mesure conservatoire est demandée dès la réquisition de poursuite, elle doit être exécutée sans avis préalable au débiteur (art. 90 LP), et avant même de lui notifier le commandement de payer, pour sauvegarder l'effet de surprise prévu par la CL; étant donné que la saisie se perfectionne uniquement avec la spécification des biens saisis<sup>40</sup>, et donc – en général – au moment de l'interrogatoire du débiteur (art. 91 LP), il est opportun de prévoir que le commandement de payer sera notifié seulement après cet interrogatoire, aussi pour éviter que le débiteur ne puisse, en se soustrayant à l'interrogatoire, empêcher une exécution efficace de la mesure conservatoire: s'il ne se soumet pas à son obligation de collaborer à l'exécution, le commandement de payer ne lui est pas notifié, et il ne peut donc pas faire valoir ses droits par l'opposition. Une fois l'exécution de la mesure conservatoire terminée, l'effet de surprise est obtenu, et la poursuite pourra donc se dérouler selon la procédure contradictoire de la LP.

Pour garantir l'efficacité de la mesure et sa compatibilité avec la CL il faut préciser qu'il s'agit d'une mesure urgente (art. 56 LP), la question étant controversée dans la doctrine<sup>41</sup>.

Si, par contre, la mesure est requise après la notification du commandement de payer, l'effet de surprise tombe de ce seul fait, par choix du créancier; on peut donc présumer qu'il ait renoncé à la surprise: l'exécution de la mesure conservatoire sera alors sujette aux règles ordinaires (art. 56 et 90 LP).

Pour changer le moins possible et intégrer au mieux l'institut dans le système de la LP, il semble préférable de l'assimiler le plus possible à celui de l'art. 83 al. 1 LP, en respectant donc la distinction entre le débiteur sujet à la procédure de saisie et celui sujet à la faillite: le créancier pourra obtenir la saisie provisoire ou l'inventaire de l'art. 162 LP suivant la qualité du débiteur. Il est erroné d'affirmer que l'inventaire de l'art. 162 LP n'est pas suffisamment efficace par rapport aux exigences de la CL. Il est en effet exécuté comme la saisie provisoire et, s'il est vrai qu'il ne comporte pas pour le débiteur une interdiction de disposer des biens, il lui impose toutefois une obligation de représenter en tout temps, en nature ou en valeur, les biens inventoriés, sous la menace des mêmes peines prévues en cas de saisie (art. 164 LP, art. 169 CP). D'ailleurs, comme pour la saisie, les biens

---

40 ATF 114 III 75 c. 1; arrêt du Tribunal fédéral 7B.249/2000 du 10.11.2000 c. 2b/bb.

41 D. STAEHELIN (n. 34), ad art. 83 n. 8 avec réf.

sont laissés, en général, entre les mains du débiteur (art. 98 al. 2 LP). Il s'agit donc d'une mesure compatible avec la CL; seule sa durée de validité (art. 165 al. 2 LP) doit être adaptée à la CL<sup>42</sup>.

Pour le reste, la saisie provisoire et l'inventaire seront identiques à ceux prévus par l'art. 83 al. 1 LP. Ils seront exécutés – le cas échéant par la voie de l'entraide dans toute la Suisse – de la même façon, précédés par les mesures conservatoires et/ou investigatoires<sup>43</sup> opportunes, et resteront valables pour la durée de la poursuite préalable; la poursuite sera continuée par voie de saisie ou de faillite selon la personne du débiteur. Le projet introduit l'innovation du jugement au fond exécutoire par provision (art. 312 al. 2 P-CPC); il est donc nécessaire de prévoir que le créancier pourra obtenir la réalisation forcée des biens uniquement quand il aura non seulement obtenu la décision de mainlevée passée en force, mais aussi un jugement au fond définitif; dans le cas contraire il pourrait demander la continuation de la poursuite et passer à la réalisation<sup>44</sup>, ce qui serait contraire au caractère conservatoire de la mesure.

Il reste à résoudre le cas du débiteur domicilié à l'étranger, qui n'a pas en Suisse un for de poursuite. Certes, le créancier pourrait demander le séquestre (art. 271 al. 1 ch. 4 LP), mais l'actuelle procédure de séquestre est incompatible avec la CL. Au lieu de modifier aussi l'institut du séquestre, il semble bien plus simple d'introduire un for de nécessité pour la saisie provisoire. Dans ce cas, étant donné que, par définition, le débiteur n'aura pas en Suisse un for de la faillite, la poursuite pourra être continuée uniquement par voie de saisie.

Quant à la procédure LP de mainlevée définitive consécutive à la nouvelle mesure conservatoire, aucune modification n'est nécessaire. Le caractère contradictoire de la mainlevée ne pose pas de problème de compatibilité avec la CL, vu que l'effet de surprise a déjà été obtenu avec l'exécution de la mesure conservatoire avant la notification du commandement de payer, ou bien le créancier y a tacitement renoncé. Le juge de la mainlevée devra uniquement (art. 81 al. 3 LP) limiter son pouvoir d'examen au contrôle formel prévu par l'art. 34 CLrév. Le système des voies de recours contre la décision de mainlevée prévu par le P-CPC semble par contre incompatible avec la CL, en particulier dans sa version future. Le juge du recours limité au droit (art. 305 let. b ch. 3 et 316 let. a P-CPC) a en effet un pouvoir d'examen des faits limité (art. 317 let. b P-CPC), ce qui défavorise indûment le débiteur. En effet, en première instance déjà le juge de la mainlevée aura un pouvoir d'examen limité (art. 34 CLrév.). Dès lors qu'en dernière instance (Tribunal fédéral) le pouvoir d'examen est limité au droit (art. 97, 105 et 118 LTF), aucun juge n'aura examiné librement (donc de manière effective) les motifs de refus de l'*exequatur* prévus par les articles 27 et 28 CLrév. Pour

---

42 ATTESLANDER-DÜRRENMATT (n. 1), p. 191; Beschluss Obergericht (BS) 13.8.2001 publié dans BJM 2002, p. 315, c. 9–10.

43 ATF 107 III 67 c. 2; p. ex. celle de l'art. 99 LP.

44 ATF 126 III 479 c. 2a.

résoudre ces problèmes il suffit de changer le recours contre la mainlevée: appel (art. 304 ss P-CPC) et sans égard à la valeur litigieuse.

#### 4. *Quid des mesures provisionnelles étrangères?*

L'exécution des mesures provisionnelles étrangères s'intègre dans le système proposé ici sans nécessité d'autres adaptations législatives; la diversité des mesures provisionnelles étrangères empêche du reste leur réglementation explicite dans la loi.

Si la mesure provisionnelle porte sur une prestation pécuniaire, elle sera soumise à la LP.

Si la mesure provisionnelle n'a pas un contenu pécuniaire, elle sera régie par les articles 333 ss P-CPC; le juge ordonnera les modalités de l'exécution et les mesures conservatoires nécessaires, selon le contenu de la mesure étrangère. Tel sera le cas, par ex., pour une mesure conservatoire comme le *sequestro conservativo* italien (art 671 CPC), l'*Arrest* allemand (§ 916 ZPO), ou la *Mareva injunction* anglaise, qui ne condamnent pas le débiteur à une prestation de sûretés, leur but étant plutôt de congeler les biens du débiteur; il ne s'agit donc pas d'une prestation régie par l'art. 38 LP<sup>45</sup>. Une poursuite en prestation de sûretés selon la LP serait d'ailleurs aussi exclue parce qu'elle produirait la *réalisation* des biens saisis et le dépôt du *produit* auprès de la caisse cantonale des dépôts<sup>46</sup>, ce qui est bien différent d'une simple *congélation* des biens; cela signifierait une modification inadmissible<sup>47</sup> du contenu même de la décision étrangère.

Le juge de l'*exequatour* pourra bien sûr ordonner, comme mesure conservatoire de la mesure conservatoire étrangère, la saisie provisoire de la LP; il devra toutefois préciser – l'exécution de la mesure de l'art. 39 al. 2 CL correspondant déjà à l'exécution de la décision conservatoire étrangère exéquatourée<sup>48</sup> – qu'aucune poursuite subséquente ne sera nécessaire, et que la saisie provisoire restera en force jusqu'à nouvel ordre du juge étranger du fond<sup>49</sup>.

---

45 TUNIK, L'exécution en Suisse de mesures provisionnelles étrangères: un état des lieux de la pratique, SJ 2005 II, p. 315 avec réf.; NAEGELI/VETTER (n. 22), p. 1313 note 3 e p. 1314.

46 ATF 129 III 193 c. 2.2.

47 ATF 129 III 626 c. 5.2.3.

48 SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, München 2003, ad art. 47 EuGVVO, n. 5.

49 Arrêt de la II<sup>a</sup> Camera civile d'appello (TI) 12.2004.128 du 31. 1. 2005 c. 7.1 publié dans NRCP 2005, p. 552.

#### IV. Conclusion: la solution dans un article (ou presque)

Les dispositions du projet de CPC sur l'exécution des jugements et des titres exécutoires contiennent des inégalités de traitement inadmissibles qui violent la Constitution fédérale. Le système peut aisément être corrigé par l'adoption d'une nouvelle disposition et de quelques autres petites modifications.

Le nouvel institut aurait l'avantage d'opter pour la mesure conservatoire préférée par la doctrine la plus récente<sup>50</sup> et la pratique<sup>51</sup>, qui s'intègre parfaitement dans le système de la LP puisqu'elle avait été adoptée par le législateur historique, qui permet d'appliquer à la lettre l'art 32 CL en évitant la multiplication des procédures, et qui améliore considérablement l'efficacité en Suisse des jugements indigènes portant condamnation pécuniaire.

Le projet de CPC devrait donc être modifié comme il suit:

##### **Art. 88a LP (nouveau)**

*<sup>1</sup> Le créancier qui fonde sa prétention sur un jugement exécutoire ou un autre titre prévu à l'article 80 peut exiger que l'office procède, suivant la qualité du débiteur, à la saisie provisoire ou à l'inventaire en application de l'article 162.*

*<sup>2</sup> Lorsque cette requête a été formulée avec la réquisition de poursuite, l'office y donne suite même pendant la durée des fêtes ou d'une suspension de poursuite, et sans en aviser préalablement le débiteur; le commandement de payer est notifié au débiteur après l'exécution de la saisie provisoire ou de l'inventaire.*

*<sup>3</sup> S'il a été fait opposition au commandement de payer, le créancier doit demander la mainlevée définitive de celle-ci dans les dix jours à compter de la date à laquelle l'opposition lui a été communiquée. Les effets de la saisie provisoire et de l'inventaire cessent de plein droit si ce délai n'est pas observé ou si la demande de mainlevée est définitivement rejetée.*

*<sup>4</sup> Le créancier ne peut requérir la continuation de la poursuite ni la réalisation des biens saisis qu'en se fondant sur une décision passée en force qui écarte expressément l'opposition et à la condition que le titre sur lequel il fonde sa prétention soit définitif; le délai prévu à l'article 165, 2<sup>e</sup> alinéa ne court que dès ce moment.*

---

50 MEIER/SOGO/WIGET (n. 22), p. 432 avec réf.; TUNIK (n. 45), p. 326; GILLIÉRON (n. 36), ad art. 271 n. 105; LORETAN (n. 4), p. 164; STOFFEL/CHABLOZ, Commentaire romand, LP, Bâle 2005, ad art. 271 n. 112.

51 Cf. ATF 131 III 660, 126 III 438; Arrêt du Tribunal fédéral 7B.249/2000 du 10.11.2000, 7B.14/2001 du 28.2.2001, 4P.176/2003 du 26.11.2003, 4P.12/2004 du 15.6.2004.

**Art. 52a LP (nouveau)**

*S'il n'y a aucun autre for en Suisse, la poursuite prévue à l'article 88a peut s'opérer au lieu où l'un des objets saisis se trouve; elle se continue par voie de saisie.*

**Art. 304 al. 3 P-CPC (nouveau)**

<sup>3</sup> *Contre les décisions du tribunal de l'exécution (art. 336 ss) et la mainlevée définitive (art. 80 LP) l'appel est recevable sans égard à la valeur litigieuse.*

**Art. 305 P-CPC**

*a. (biffé)*

**Art. 305 let. b P-CPC**

*3. (biffé)*