

# N

Monthly  
Newsletter  
February 2022

---

Dispute Resolution

**Schellenberg**  
Wittmer



# Nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit de procédure 2021

Peter Burckhardt, Louis Burrus, Stefan Leimgruber, Clara Poggia

Cette newsletter revient sur quatre arrêts choisis de l'année dernière, dans lesquels le Tribunal fédéral s'est penché sur les effets du Brexit sur le champ d'application de la Convention de Lugano, sur les effets du retrait d'une action en constatation négative, sur les voies de recours en matière d'entraide judiciaire pénale et sur la protection du secret professionnel de l'avocat dans la procédure pénale.

# 1 Précision sur le champ d'application de la Convention de Lugano après le Brexit

## 1.1 Arrêt 5A\_697/2020 du 22 mars 2021 (ATF 147 III 491)

Après avoir obtenu à **Londres en octobre 2019 un jugement condamnatore** à hauteur de GBP 8'000'000, quatre créancières ont mis à exécution ce jugement en requérant un séquestre de biens situés en Suisse. La requête concluait à titre préalable à ce que le jugement anglais soit reconnu et déclaré exécutoire en Suisse. Le **séquestre a été prononcé le 3 décembre 2019**. L'opposition au séquestre formé par la débitrice a été rejetée en avril 2020, rejet confirmé par le Tribunal cantonal en juillet 2020 puis par le Tribunal fédéral en mars 2021.

Le Tribunal fédéral a examiné l'application de la Convention de Lugano (**CL**) au litige en lien avec le Brexit. Il a tout d'abord rappelé que le Royaume-Uni était considéré comme membre de la CL jusqu'à la fin de la **période de transition, le 31 décembre 2020**.

---

## L'exécution des jugements civils rendus au Royaume-Uni avant le 31.12.2020 demeure dans certains cas régie par la CL.

---

Le Tribunal fédéral a ensuite relevé que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement anglais rendu avant le 1er janvier 2021 a été fondée à juste titre sur la CL. Il a ensuite déterminé que son propre examen – intervenant après la période de transition – devait malgré tout avoir lieu selon la CL. En effet, de l'avis de plusieurs auteurs et de l'Office fédéral de la justice, **la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues alors que la CL s'appliquait continuent en principe d'être régies par ladite convention**. Or, en l'espèce, la décision anglaise est antérieure au Brexit, et la procédure cantonale ainsi que le dépôt du recours auprès du Tribunal fédéral ont eu lieu avant la fin de la période de transition.

Le Tribunal fédéral a également rappelé que la **décision sur le caractère exécutoire** d'un jugement "Lugano" fondant un séquestre, rendue par ordonnance distincte ou directement dans l'ordonnance de séquestre, **ne peut être attaquée que par la voie du recours**, et non par la voie de l'opposition. Il a en outre laissé ouverte la question de savoir si le requérant doit expressément conclure à la reconnaissance ou si le juge doit statuer d'office.

### 1.2 Commentaire

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a apporté des éléments de clarification du champ d'application temporel de la CL vis-à-vis du Royaume-Uni qui devrait ainsi s'appliquer, en principe,

**à toutes les décisions rendues avant le 31 décembre 2020.**

Toutefois, on relèvera que le TF n'a pas fondé l'application de la CL sur la seule date de la décision, mais s'est gardé une certaine marge de manœuvre et a laissé ainsi la question de l'application de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) ouverte en cas de circonstances particulières.

# 2 Effet du retrait d'une action en constatation négative

## 2.1 Arrêt 5A\_383/2020 du 22 octobre 2021 (publication ATF prévue)

Le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir **si le retrait d'une action en constatation négative** peut être invoqué comme titre de mainlevée définitive au sens de l'article 80 LP. Le point de départ de la décision était deux demandes d'une (prétendue) débitrice, par lesquelles celle-ci requerrait du tribunal de commerce de Saint-Gall **la constatation de l'inexistence** de deux créances. Après la jonction des deux actions et une demande de la partie adverse de fournir des sûretés en garantie des dépens, la débitrice a finalement retiré les deux demandes.

Par la suite, la créancière a requis du tribunal du district de Lenzbourg la levée de l'opposition ainsi **que la mainlevée définitive** dans les poursuites qu'elle avait déjà engagées auparavant. Ce faisant, elle a considéré que le fait que la débitrice retire ses actions en constatation négative dans la procédure initiale constituait un titre de mainlevée définitive.

Concernant la question de savoir si le retrait de l'action en constatation négative déclaré par la débitrice avait créé un titre de mainlevée définitive pour la créance qui y était litigieuse, le Tribunal fédéral a tout d'abord relevé de façon générale que les jugements en constatation **ne contenaient pas de conclusions condamnatoires** et n'étaient donc pas exécutoires. Par conséquent, ils ne constituent en principe pas un titre de mainlevée définitive.

La jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 134 III 656) admet certes une **exception pour le rejet d'une action en libération de dette**, c'est-à-dire une forme particulière de jugement déclaratoire négatif. Certaines doctrines exigent que le rejet d'une action en constatation négative (selon l'article 88 CPC) soit traité de la même façon.

Selon le Tribunal fédéral, l'assouplissement de la séparation stricte entre les jugements en constatation et les jugements condamnatoires est intervenu dans le contexte où le tribunal a effectivement examiné le fond du litige en cas de rejet de l'action en libération de dette. Dans de tels cas, il a été précédé au moins d'une réponse à la demande et donc d'une prise de position du créancier sur le fond. Il n'est pas justifié d'accorder ce privilège au créancier même **en l'absence d'une demande de prestation judiciaire et d'une appréciation judiciaire**. En l'espèce, le retrait d'une action en constatation négative ne constitue donc pas un titre de mainlevée définitive.

### 2.2 Commentaire

Selon le Tribunal fédéral, les effets de l'entrée en force d'un retrait de la demande vont donc moins loin que ceux d'un jugement de rejet. Si le créancier veut obtenir un titre de mainlevée,

il a intérêt à demander reconventionnellement la condamnation du débiteur au paiement, si ce dernier le poursuit avec une action en constatation négative.

---

## Le retrait d'une action en constatation négative ne constitue pas un titre de mainlevée définitive.

---

### 3 Recours à l'ordre public en matière d'entraide judiciaire pénale

#### 3.1 Arrêt 1C\_245/2020 du 19 juin 2020

En 2018, une requête d'entraide en matière pénale en provenance du Ministère public fédéral brésilien parvient aux autorités judiciaires suisses. Le Ministère public de la Confédération ordonne la transmission de la documentation bancaire visée. La titulaire du compte, A. Inc., fait recours à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral puis au Tribunal fédéral.

Dans le cadre de ce dernier recours, A. Inc. invoque notamment que la Cour des plaintes n'a à tort pas examiné le grief de la **violation de l'article 1a EIMP**. Cette disposition permet de refuser l'entraide lorsque celle-ci porte atteinte à la souveraineté, la sûreté, l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse.

Le Tribunal fédéral retient que le **Département de justice et police (le Département)**, et non la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, est compétent pour décider de l'application de cette disposition. La décision du Département peut pour sa part faire ensuite l'objet d'un recours administratif au Conseil fédéral.

#### 3.2 Commentaire

L'article 1a EIMP a pour objectif de permettre aux autorités suisses de refuser l'entraide pour des **motifs d'opportunité politique**. Si l'assistance est jugée contraire aux intérêts essentiels de la Suisse, celle-ci peut être limitée – même d'office – par le Conseil fédéral. La question de savoir si la souveraineté, la sûreté, l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse sont lésés selon l'article 1a EIMP est de nature purement politique et doit être résolue **indépendamment de l'aspect juridique** de l'entraide.

A titre d'exemple, l'économie suisse constitue un intérêt essentiel de la Suisse. Une demande d'entraide ne peut néanmoins être limitée par ce grief que si elle est susceptible de causer un préjudice touchant l'ensemble de l'économie suisse (embargo global sur les produits suisses par exemple). Le secret bancaire peut représenter un autre exemple d'intérêt essentiel de la Suisse. Il ne justifie toutefois une limitation de l'entraide que si les informations requises dans la requête peuvent le vider de

sa substance, ce qui n'est généralement pas le cas.

Ainsi, **deux voies de recours parallèles** existent contre une décision de clôture: une voie devant le Département, puis le Conseil fédéral, pour les griefs politiques, et une voie ordinaire au Tribunal pénal fédéral, puis au Tribunal fédéral, pour les griefs juridiques. Dans l'éventualité où les deux voies devaient être actionnées parallèlement, les **questions juridiques doivent être résolues en priorité**. Ainsi, le Conseil fédéral ne peut pas, sous prétexte que cela servirait les intérêts essentiels de la Suisse, autoriser l'entraide lorsque celle-ci a été refusée par les instances judiciaires. L'inverse est toutefois possible.

---

## Il appartient aux autorités politiques d'examiner si une prestation d'entraide affecte des intérêts nationaux essentiels.

---

### 4 Protection contre le séquestre de la correspondance avec des avocats étrangers

#### 4.1 Arrêt 1B\_333/2020 du 22 Juni 2021 (ATF 147 IV 385)

Dans le cadre d'une enquête pénale, le Ministère public de la Confédération avait séquestré un volume important de données auprès d'une entreprise située en Suisse. Ces données comprenaient de la correspondance échangée avec des avocats externes de l'entreprise. L'entreprise s'y est opposée et les données ont été mises sous scellés. Dans le cadre de la procédure de levée des scellés, la question s'est posée de savoir dans quelle mesure la correspondance avec des avocats étrangers bénéficie d'une protection contre le séquestre.

Après un examen approfondi de la situation juridique, le Tribunal fédéral a estimé que la correspondance de l'entreprise concernée (non prévenue) avec l'un de ses avocats n'était protégée contre le séquestre que si l'avocat en question était autorisé à représenter l'entreprise devant les tribunaux suisses en vertu de la loi sur la libre circulation des avocats (LLCA). Les scellés concernant la correspondance de l'entreprise avec d'autres avocats ont donc été levés et la correspondance a été rendue accessible aux fins de l'enquête pénale.

D'une part, sont qualifiés d'avocats selon la LLCA, les avocats suisses inscrits dans les registres cantonaux. En second lieu, les avocats étrangers qui sont habilités à pratiquer la représentation en justice à deux conditions: ils doivent (a) appartenir à un Etat membre de l'UE ou de l'AELE ou au Royaume-Uni et (b) être autorisés à y exercer leur profession. Les autres avocats étrangers n'en font pas partie, raison pour laquelle la correspondance avec eux ne peut en principe pas

bénéficiaire d'une protection contre le séquestre. Une exception s'applique lorsque ces autres avocats étrangers sont les avocats du prévenu (article 264 al. 1 let. c CPP).

#### 4.2 Commentaire

Cette décision conduit à des **résultats problématiques, voire absurdes**. La distinction exigée selon la nationalité et le lieu d'exercice de l'avocat étranger n'est pas pertinente et méconnaît en outre les contraintes d'une économie globalisée. Il n'est pas non plus convaincant que l'avocat étranger ait le droit de refuser de témoigner dans le cadre du CPP, mais que la protection de ses déclarations écrites puisse lui être refusée. Enfin, la nouvelle jurisprudence conduit à une insécurité juridique considérable, du fait que la portée de la protection du séquestre dépend de circonstances (position dans la procédure) qui ne sont pas prévisibles.

Cette décision s'inscrit dans la continuité d'autres arrêts du Tribunal fédéral de ces dernières années, qui ont tous limité le champ de protection du secret professionnel de l'avocat.

Cette évolution est inquiétante, d'autant plus que le secret professionnel de l'avocat est un pilier de l'Etat de droit. A l'avenir, le recours à des avocats étrangers pour des mandats sensibles devra être particulièrement examiné.

---

## La correspondance avec des avocats étrangers reste souvent sans protection dans les procédures pénales.

---



**Louis Burrus**  
Associé Genève  
louis.burrus@swlegal.ch



**Clara Poglià**  
Associée Genève  
clara.poglià@swlegal.ch



**Peter Burckhardt**  
Associé Zurich  
peter.burckhardt@swlegal.ch



**Dr. Stefan Leimgruber**  
Associé Zurich  
stefan.leimgruber@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



**Schellenberg Wittmer SA**  
Avocats

**Zurich**  
Löwenstrasse 19  
Case postale 2201  
8021 Zurich / Suisse  
T +41 44 215 5252  
www.swlegal.ch

**Genève**  
15bis, rue des Alpes  
Case postale 2088  
1211 Genève 1 / Suisse  
T +41 22 707 8000  
www.swlegal.ch

**Singapour**  
Schellenberg Wittmer Pte Ltd  
6 Battery Road, #37-02  
Singapour 049909  
T +65 6580 2240  
www.swlegal.sg