

Éclairages

Droit matrimonial

*Mots-clés:***Divorce, Reconnaissance***Articles de loi:*[CL](#)

iusNet DC 26.01.2020

## Les « Financial Remedy Orders » anglais et leur exécution en Suisse sous l'angle de la Convention de Lugano : de la collaboration internationale absolument indispensable

Réflexions à propos de l'arrêt TF 5A\_104/2019 du 13 décembre 2019



Anne Reiser,  
Avocate au Barreau de Genève, spécialisée en droit de la famille

Roxane Reiser, Barrister, Bar of England and Wales

En décembre 2016, la High Court of Justice de Londres a, dans trois décisions séparées, réglé les effets accessoires du divorce de l'épouse, vivant en Grande-Bretagne, et de l'époux, vivant en Azerbaïdjan ou en Russie. Dans ce contexte, la High Court a rendu un « Financial Remedy Order » dans lequel l'époux et la société trustee de ce dernier ont été condamnés solidairement à verser à l'épouse la somme de GBP 350 millions. Le 9 janvier 2017, l'ex-épouse a obtenu du tribunal zurichois de première instance une déclaration constatant la force exécutoire du jugement anglais, en tant qu'il constitue sa contribution d'entretien. Elle a aussi obtenu un séquestre d'avoirs bancaires pour GBP 224'430'508.- qui a donné lieu à deux procédures distinctes de recouvrement. Celle qui fut dirigée contre la société s'est avérée « vide » selon communication de l'office des poursuites. Sur appel de la société contre le jugement du 9 janvier 2017, le tribunal cantonal zurichois a examiné les conditions formelles de la déclaration constatant la force exécutoire du « Financial Remedy Order », conformément à la Convention de Lugano, et a constaté qu'il était en présence d'une décision exécutoire et que la société intimée avait reçu notification de l'acte introductif d'instance, ce qui était attesté par la signature, par le juge anglais, du formulaire conforme à l'annexe V à la CLug. Il a cependant jugé que l'affaire ne tombait pas sous le champ d'application de de la Convention de Lugano, et qu'au demeurant l'ex-épouse avait cédé sa créance à un tiers, ce qui excluait la déclaration d'exécutabilité requise (c. 2.1.)

L'ex-épouse recourt au Tribunal fédéral, et demande que le « Financial Remedy Order » soit déclaré exécutoire, pour GBP 224'430'508.-, contre son époux et son entreprise en tant qu'il concerne sa contribution d'entretien. La société intimée a contesté l'intérêt matériel de l'ex-épouse au recours (art. 76 al. 1 lit b LTF), sous prétexte qu'elle a cédé sa créance à un tiers après l'arrêt de la dernière instance cantonale. Condition de droit matériel<sup>1</sup>, cet intérêt n'est pas à confondre avec la qualité pour recourir, raison pour laquelle le Tribunal fédéral a rejeté ce grief (c. 1.1.).

**Le Tribunal fédéral a rappelé d'emblée** que, lorsqu'il interprète la CLug, il suit en principe la jurisprudence de la CJUE (anc. CJCE) relative à la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968 et le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant

la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>2</sup> (c.2.2). Il a également rappelé le mécanisme d'application de la CLug, en deux étapes. Dans la première, au cours de laquelle le défendeur n'est pas autorisé à s'exprimer (art. 41 ch. 2 CLug), un simple contrôle formel a lieu : si les formalités de l'art. 53 CLug sont remplies, la décision étrangère est déclarée immédiatement exécutoire (art. 41 ch. 1 CLug), sans que les exceptions des art. 34 ou 35 CLug ne soient examinées (cf. cependant art. 39 CLug pour la compétence). Ce n'est que dans la procédure de recours (art. 43 ch. 2 CLug) que la procédure devient contradictoire. Cependant, la déclaration constatant la force exécutoire ne peut être refusée que sur le fondement des art. 34 ou 35 CLug (art. 45 ch. 1 CLug) : la décision étrangère ne peut en aucun cas faire l'objet d'une révision au fond (art. 36 CLug) (c. 3.1.1.).

**Le Tribunal fédéral relève ensuite** que les parties divergent quant à la qualification de la prétention de la recourante : créance alimentaire permettant l'application de la Convention de Lugano (art. 5 ch. 2 CLug), ou créance résultant de la liquidation du régime matrimonial exclue du champ d'application de la Convention (art. 1 ch. 2 lit. a CLug). Ces notions n'étant pas définies par la Convention de Lugano, elles doivent recevoir une interprétation autonome : conformément à la jurisprudence de la CJUE<sup>3</sup> une décision a un lien avec une obligation alimentaire si la prestation est destinée à assurer l'entretien d'un conjoint dans le besoin ou si les besoins et les ressources de chaque conjoint sont pris en compte pour déterminer le montant de la prestation. Si, en revanche, la prestation ne porte que sur le partage des biens entre les époux, la décision concerne le régime matrimonial. L'objet de la prestation est donc déterminant : une question relative à l'entretien est réputée exister si la prestation est destinée à assurer l'entretien de l'autre conjoint. De même, un jugement rendu dans une procédure de divorce doit être considéré comme un jugement sur les obligations alimentaires s'il a pour objet d'assurer l'entretien de l'époux. Cela s'applique également si la décision prévoit le paiement d'une somme forfaitaire et le transfert de la propriété de certains biens d'un conjoint en faveur de l'autre (c.3.2). À cet égard, le tribunal cantonal zurichois a trop rapidement écarté l'élément d'entretien de la créance évoquée devant lui, sous prétexte que l'ex-épouse n'était pas dans le besoin et ne devait donc pas dépendre de son ex- mari pour assurer son entretien. Ce qui est décisif est bien plus le but poursuivi par l'acquittement de la prestation, et à cet égard peu importe que cette dernière soit due en capital. Conformément aux constatations du tribunal cantonal supérieur, la somme de GBP 157'100'000 correspond à une capitalisation des besoins d'entretien, en partant d'un train de vie de GBP 5.3 mio par année, et la somme de GBP 170'000 correspond aux frais de défense. Le montant de GBP 67'200'000 est destiné, enfin, à financer l'acquisition de biens immobiliers. Le coût du train de vie capitalisé correspond donc à une prestation d'entretien, puisqu'il doit servir à couvrir le train de vie de la recourante sa vie durant. La société intimée prétend que le juge du fait aurait tenu compte des obstacles au recouvrement de la créance matrimoniale de l'ex-épouse sous le chapitre « qualification des prétentions » et aurait ainsi qualifié de prestation d'entretien la créance, en réalité matrimoniale, de l'ex-épouse. Cette assertion ne se retrouvant pas dans la procédure de première instance, elle est écartée. Le Tribunal fédéral constate alors que n'est pas claire la question de savoir si la somme destinée à l'acquisition de biens immobiliers entre dans la créance alimentaire : le jugement entrepris ne livre rien d'autre qu'une constatation de l'instance cantonale supérieure, selon laquelle cela serait le cas. Cependant le juge de l'exécution n'est pas lié par cette constatation. Le jugement entrepris n'est pas plus disert sur la nature des frais à couvrir. Dès lors, seule la prestation de GBP 157'100'000 doit être qualifiée d'entretien : la nature du solde de GBP 67'370'000 doit encore être tranchée (c. 3.3.) Les considérations de la dernière instance cantonale, selon lesquelles le juge du fait aurait pris en compte un pourcentage de la fortune du mari pour fixer la créance de la recourante sont moins convaincantes ; cette prise en compte n'est pas déterminante, comme déjà exposé, c'est le but de maintien du train de vie de la recourante qui

est pertinent (c. 3.4.). La constatation de la dernière instance cantonale selon laquelle la Convention de Lugano n'est pas applicable est dès lors insoutenable (c.3.5.).

**Le Tribunal fédéral examine** ensuite l'impact de la cession de la créance de la recourante à un tiers. L'Obergericht était d'avis que cette cession, intervenue le 22 janvier 2018, faisait obstacle à l'exécution requise (c.4.1). L'ex-épouse rappelle que dans le cadre d'une procédure de recours contre la reconnaissance de la force exécutoire d'un jugement étranger, seuls les motifs de l'art. 34 et 35 CLug peuvent être invoqués et les conditions nécessaires à la constatation de la force exécutoire déjà examinés par l'instance précédente doivent être prises en compte (art. 45 ch. 1 CLug). Les exceptions et les objections de fond, tels que le remboursement, l'ajournement ou la prescription de la créance à exécuter ne doivent pas être examinées dans le cadre de la procédure de déclaration de l'effet exécutoire mais ultérieurement durant la procédure d'exécution. Dès lors, la cession de créance effectuée par l'ex-épouse postérieurement au prononcé de l'arrêt cantonal ne doit pas être prise en compte dans le cadre de la présente procédure (c.4.2). Ainsi, le rejet de la demande de déclaration de la nature exécutoire de la décision anglaise ne peut être justifié par l'argument selon lequel la Convention de Lugano ne serait pas applicable. De plus, la cession de créance ultérieure n'exclut pas la déclaration de l'effet exécutoire de la décision de fond. Partant, la force exécutoire partielle (portant sur GBP 157'100'000.-) est incontestable dans le cas d'espèce (art. 48 CLug) (c.5.1).

**Le Tribunal examine** enfin l'assertion de l'Intimée, selon laquelle elle n'aurait pas été assignée correctement (art. 45 ch. 1 cum 34 ch. 2 CLug), et elle n'aurait pas participé à la procédure, contrairement à ce qu'indique le certificat signé par le juge anglais, conformément à l'annexe V CLug. La juridiction saisie d'un recours prévu à l'art. 43 ou 44 peut refuser ou révoquer une déclaration constatant la force exécutoire notamment au motif que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été notifié ou signifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire (art. 45 ch. 1 et art. 34 ch. 2 CLug). Selon les constatations de faits non litigieuses de l'instance inférieure, le formulaire de l'annexe V de la convention (art. 45 CLug) a été notifié à l'entreprise et la décision a été rendue en l'absence de l'entreprise. La Cour a retenu que l'entreprise avait été correctement notifiée (c. 5.2.1.) La question ici posée est celle du devoir d'examen du juge du recours contre la déclaration constatant la force exécutoire du jugement étranger. (c.5.2.1). Contrairement à ce qu'a retenu l'instance cantonale, la première étape de la procédure ne se limite pas à un simple examen au sens de l'art. 53 CLug ; le juge du recours doit également se pencher sur le droit d'être entendu. Conformément à l'art. 327a al. 1 CPC, l'instance de recours examine avec un plein pouvoir de cognition les motifs de refus prévus par la CLug, notamment l'art. 34 ch. 2 CLug, sans être liée par les constatations de fait ou de droit de l'instance précédente (c.5.2.2). Ainsi, l'instance d'appel ne pouvait se contenter de se référer au formulaire de l'annexe V de la Convention, émis par le tribunal national, attestant que l'acte introductif d'instance avait été dûment notifié et signé. L'instance précédente a donc, à tort, omis de traiter des objections de la société intimée concernant la notification du formulaire et, partant, le jugement d'appel doit être annulé (c.5.2.3). Il est également contesté que la force exécutoire du « Financial Remedy Order » ait été donnée dans l'état d'origine (c.5.3). La force exécutoire de la décision dans le pays d'origine, au sens de l'art. 38 CLug, est certifiée sur le formulaire de l'annexe V CLug. Cependant, cette information ne lie pas la juridiction d'appel qui doit réexaminer le caractère exécutoire de la décision. Le caractère exécutoire de la décision peut résulter directement de la loi de l'Etat d'origine, de la décision à exécuter, ou d'un certificat délivré ultérieurement. Les documents nécessaires afin de prouver la force exécutoire dans l'Etat d'origine sont déterminés par la loi de cet Etat (c.5.3.1). La conclusion de la Cour d'appel selon laquelle une seule

ordonnance a été rendue le 20 décembre 2016, dont elle a déduit que les conclusions opposées étaient non fondées, est donc contraire au dossier et donc arbitraire (c.5.3.2). En résumé, l'arrêt attaqué viole la CLug dans la mesure où il nie son applicabilité et ne clarifie pas en détail la notification de l'acte introductif d'instance et la force exécutoire de la décision dans l'Etat d'origine. L'affaire est renvoyée à l'instance précédente qui devra, notamment clarifier la nature de la créance due de GBP 67'370'000.- (obligation alimentaire ou découlant de la liquidation du régime matrimonial), examiner si le jugement de fond est exécutoire en Grande-Bretagne et s'il y a un motif de refuser de déclarer la force exécutoire du jugement (c.6.1).

Du point de vue de l'avocat britannique, l'arrêt du Tribunal fédéral et la décision du juge cantonal zurichois sont inquiétants. Le jugement principal de l'affaire en question fut rendu par Mr. Justice Haddon-Cave, juge de la High Court, et publié sous la citation officielle 2016 EWHC 3234 (Fam)<sup>4</sup>. La question de la force exécutoire du « Financial Remedy Order » envers l'entreprise dominée par l'époux en Suisse par le biais de la Convention de Lugano fut spécifiquement évoquée par l'avocat de l'épouse devant la High Court.

Au paragraphes 129-133 de son jugement, Mr. Justice Haddon-Cave constata d'abord que la Convention de Lugano ne s'applique qu'aux obligations alimentaires (« maintenance ») et non pas aux régimes matrimoniaux (« property consequences of divorce »). Le juge conclut qu'il était dès lors nécessaire de distinguer la part du jugement gouvernée par le concept de « maintenance » du reste de la décision, en ajoutant que le concept de « maintenance » est défini de manière large selon la jurisprudence européenne *Van den Boogaard v. Laumen* citée plus haut.

En effet, en Angleterre aussi bien les transferts de biens immobiliers (destinés par exemple à pourvoir d'une résidence principale, et parfois secondaire) que les transferts de sommes d'argent (dits « lump sum orders ») sont régulièrement considérés comme étant englobés dans le concept de « maintenance », pour autant que le but de ces mesures soit de pourvoir aux besoins de l'un ou l'autre des époux. Or, la conception des besoins (dits « needs ») est particulièrement élastique en droit anglais. Son étendue varie considérablement de juge en juge, et peut atteindre des sommes pharamineuses selon le train de vie mené par les époux pendant le mariage.

Dans le cas présent, Mr. Justice Haddon-Cave jugea que la somme des obligations alimentaires de l'époux envers son épouse s'élevait à GBP 224,430,508, ce qui comprenait :

1. L'achat d'un bien immobilier en Angleterre : GBP 39,268,750
2. L'achat d'un bien immobilier à l'étranger : GBP 27,885,630
3. Un fond capitalisé pour pourvoir aux frais de subsistance de l'épouse : GBP 157,101,608.
4. Frais professionnels impayés : GBP 174,520.

Cette somme est définie comme « maintenance claim » dans le jugement de la High Court. Le reste de la créance au bénéfice de l'épouse, soit près de GBP 138,000,000, constitue un surplus, découlant du droit de l'épouse à un partage équitable des biens, allant au-delà de ses besoins (souvent définie comme « sharing claim » en droit anglais). La quantification de ce droit est à la discrétion du juge britannique, bien que le point de départ soit un partage égal des biens.

En déclarant qu'il n'est pas possible d'évaluer la nature de la somme destinée aux achats de biens immobiliers, soit GBP 67,200,000, et en renvoyant l'affaire à l'instance précédente afin de clarifier la nature de cette somme, alors que celle-ci fut expressément définie comme faisant partie des obligations alimentaires de l'époux par le juge britannique, le Tribunal fédéral pourrait sembler effectuer, ou tout au moins suggérer, une révision au fond de la décision de la High Court, ce qui est prohibé par l'article 36 de la CLug. La lecture de l'arrêt du Tribunal fédéral, à qui l'ensemble de la procédure a été transmise, enseigne cependant tout autre chose : le jugement à la base du « Financial Remedy Order », qui aurait permis de lever tout doute sur la qualification de la créance de la recourante, n'a tout simplement pas été produit à la procédure !

Pour l'avocat suisse en possession d'un « Financial Remedy Order », qui souvent ne définit pas les aspects liés aux contributions alimentaires, il est absolument essentiel d'obtenir et de produire une copie du jugement dont l'« Order » découle. Certains jugements sont publiés (sous forme anonyme ou non) et accessibles en ligne, à l'instar de celui qui est à la base de l'arrêt ici commenté. Dans la plupart des cas, cependant, ils ne le sont pas. L'avocat suisse devra alors prendre contact avec le solicitor ou le barrister ayant représenté la partie en Angleterre afin d'obtenir une note du jugement de l'un d'entre eux et/ou une transcription officielle de l'audience.

En amont, l'avocat suisse ayant été sollicité avant la conclusion de la procédure en Angleterre devra conseiller à son client et son solicitor de demander au juge britannique de définir clairement dans son jugement – comme en l'espèce - la part du jugement liée aux obligations alimentaires, afin d'assurer son exécution par le biais de la CLug. Enfin et surtout, s'il s'agit de viser l'efficacité – donc l'exécution, l'avocat suisse de l'époux créancier aura soin de s'entourer d'une équipe de confrères étrangers, pour obtenir, en amont de la décision attendue du juge du fond, les mesures conservatoires de blocage nécessaires à faciliter l'exécution du jugement, au lieu où les actifs du débiteur se trouvent. La lecture du jugement anglais indique en effet que la procédure a dû être conduite, in fine, avec des parties qui ont adopté la politique de la chaise vide... dans le but probable de faire échec à toute exécution du jugement.

---

<sup>1</sup>. TF 5A\_104/2019, c. 2.1 L'examen d'un recours suppose que le recourant ait un intérêt matériel à l'annulation ou à la modification du dispositif du jugement attaqué. Il s'agit d'une condition de droit matériel qui ne se confond pas avec la qualité pour recourir (arrêt 5P.331/2002 du 12 décembre 2002 consid. 1.2.2). Il ne suffit pas que le recourant soit formellement lésé, encore faut-il qu'il le soit matériellement (ATF 120 II 5 consid. 2a p. 7 s.). Pour que le recourant soit matériellement lésé, il faut que, selon son argumentation, il apparaisse atteint dans sa situation juridique (ATF 129 III 689 consid. 1.2 p. 691 ; ATF 107 II 504 consid. 3 p. 506; arrêt 5P.331/2002 du 12 décembre 2002 consid. 1.2.2). L'admission du recours doit être susceptible d'améliorer le sort personnel du recourant (ATF 120 II 5 consid. 2a p. 7 s. ; ATF 116 II 721 consid. 6 p. 729).

<sup>2</sup>. ATF 141 III 382 c. 3.3.

<sup>3</sup>. C-220/95, Boogaard c. Laumen du 27 février 1997, n. 22 et 27 ; cf. ATF 142 III 466 c. 4.2.1 notamment.

<sup>4</sup>. Pour un résumé déjà.