

Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

Erläuternder Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren

vom 30. Mai 2008

Übersicht

Das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (LugÜ) ist für die Schweiz seit 1.1.1992 in Kraft. Vorliegend geht es um eine Revision dieses Übereinkommens.

Mit dem Lugano-Übereinkommen und dem inhaltlich fast gleich lautenden, für die damaligen EU-Staaten relevanten Parallelübereinkommen von Brüssel (gleichsam dem Vorgänger des LugÜ) wurde der grenzüberschreitende Handel im EU- und EFTA-Raum um wichtige Eckpfeiler der Rechtssicherheit ergänzt: einheitliche Zuständigkeitsregeln und ein wirksames System der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen. Das Lugano-Übereinkommen hat sich grundsätzlich bewährt. Gleichwohl sind verschiedene Bestimmungen der Parallelübereinkommen umstritten und führen zu Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung. Zudem haben neuere Entwicklungen, etwa der grenzüberschreitende elektronische Geschäftsverkehr, aber auch der Wunsch nach einer verstärkten Effizienz des Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahrens, einen Anpassungsdruck geschaffen.

Das revidierte Lugano-Übereinkommen basiert auf dem Revisionsentwurf einer EU/EFTA Arbeitsgruppe vom April 1999 für zwei revidierte Parallelübereinkommen von Brüssel und Lugano. Aufgrund ihrer neuen Kompetenzen unter dem Amsterdamer Vertrag setzte die EU diesen Entwurf statt in Form eines Übereinkommens in der Form einer EU-Verordnung um, die für die EU-Staaten seit 1.3.2002 in Kraft ist. Mit dem am 30. Oktober 2007 in Lugano unterzeichneten, vorliegend zur Ratifikation unterbreiteten, revidierten Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (revLugÜ), werden die Ergebnisse der Einigung von 1999 nun auch im Verhältnis zu den EFTA-Staaten Schweiz, Norwegen und Island umgesetzt. Entsprechend stimmt das revLugÜ inhaltlich weitgehend mit der entsprechenden EU-Verordnung überein.

Die wichtigsten Neuerungen des revidierten Lugano-Übereinkommens im Bereich der Zuständigkeitsnormen betreffen

- den Vertragsgerichtsstand sowie die Zuständigkeit in Konsumentensachen, insbesondere im Hinblick auf elektronische Geschäftsabschlüsse,*
- vertragsautonome Begriffsbestimmungen betreffend die Rechtshängigkeit sowie den Sitz juristischer Personen, sowie*
- kleinere Anpassungen bei den Gerichtsständen des Arbeitsvertrages, des Gerichtsstandes für Versicherungssachen, den ausschliesslichen Gerichtsständen für immobilien- und immaterialgüterrechtliche Klagen und bei den Koordinationsbestimmungen für konnexe Verfahren.*

Im Bereich der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen wurden folgende wesentliche Anpassungen vorgenommen:

- *Materielle Einwände gegen die Vollstreckbarkerklärung werden erst im Rechtsmittelstadium geprüft.*
- *Unbedeutende Formfehler bei der Übermittlung der Klageschrift können die Anerkennung und Vollstreckung alleine nicht mehr verhindern.*

Die wichtigste Neuerung für die Praxis ergibt sich aus der Ausweitung des räumlichen Geltungsbereichs des Lugano-Raums um die EU-Staaten, die im Rahmen der Osterweiterung der EU beigetreten sind, mit Ausnahme Polens, das bereits dem LugÜ beigetreten ist. Dem revLugÜ können weitere Staaten beitreten. Allfällige neue EU-Mitglieder fallen automatisch unter den Anwendungsbereich des Übereinkommens.

Der vorliegende Bericht behandelt die durch die Revision eingeführten Neuerungen des Übereinkommens sowie die vorgesehenen Anpassungen im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) und im Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung (E-ZPO). Diese betreffen namentlich die Einführung eines neuen Arrestgrundes und die Ausweitung der örtlichen Zuständigkeit des Arrest- und Exequaturrichters.

Die Inkraftsetzung des revidierten Übereinkommens wird auch zum Anlass genommen, die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) bezüglich der örtlichen Zuständigkeit sowohl mit dem Übereinkommen als auch mit der E-ZPO in Einklang zu bringen. Ziel der Anpassungen ist es, Unterschiede zwischen dem IPRG und den übrigen Rechtsquellen dort zu beheben, wo sie sachlich nicht gerechtfertigt sind und gewisse Regelungslücken bezüglich der örtlichen Zuständigkeit zu schliessen.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Grundzüge der Vorlage	6
1.1 Ausgangslage	6
1.2 Entstehung und rechtliches Umfeld des revLugÜ	7
1.3 Neuerungen des Übereinkommens im Überblick	8
1.4 Gesetzesanpassungen im Überblick	8
2 Die Neuerungen des Übereinkommens im Einzelnen	9
2.1 Anwendungsbereich des Übereinkommens	9
2.2 Gerichtsstände für vertragliche Streitigkeiten	10
2.2.1 Der Gerichtsstand am Erfüllungsort	10
2.2.1.1 Allgemeines	10
2.2.1.2 "Vertrag" bzw. "Ansprüche aus einem Vertrag" sowie Waren- und Dienstleistungsverträge	10
2.2.1.3 Abgrenzung zwischen Bst. a und Bst. b	11
2.2.1.4 Der Klage zugrundeliegende Verpflichtung	11
2.2.1.5 Bestimmung des Erfüllungsortes	12
2.2.2 Die Gerichtsstände für versicherungsvertragliche Streitigkeiten	13
2.2.3 Die Gerichtsstände für konsumentenvertragliche Streitigkeiten	14
2.2.4 Die Gerichtsstände für arbeitsvertragliche Streitigkeiten	16
2.3 Weitere Neuerungen bei den Gerichtsständen	18
2.3.1 Der Gerichtsstand für Unterhaltsklagen	18
2.3.2 Der Gerichtsstand für vorbeugende Unterlassungsklagen aus unerlaubter Handlung	18
2.3.3 Der Gerichtsstand für konnexe Klagen	18
2.3.4 Der Gerichtsstand der Gewährleistungs- und Interventionsklage	18
2.3.5 Ausschliessliche Gerichtsstände für gesellschaftsrechtliche, immaterialgüterrechtliche und vollstreckungsrechtliche Streitigkeiten	19
2.3.6 Die Zuständigkeitsvereinbarung	21
2.4 Rechtshängigkeit	21
2.5 Autonome Sitzdefinition juristischer Personen	23
2.6 Anerkennung und Vollstreckung	24
2.6.1 Grundzüge der Neuerungen	24
2.6.2 Verweigerungsgründe der Anerkennung	25
2.7 Das revidierte Exequaturverfahren und seine Umsetzung in der Schweiz	27
2.7.1 Vorbemerkungen	27
2.7.1.1 Das revLugÜ im schweizerischen Vollstreckungsrecht	27
2.7.1.2 Grundzüge der Umsetzung	28
2.7.1.3 Das inzidente Exequatur als Alternative	29
2.7.2 Das Exequaturverfahren in erster Instanz	29
2.7.3 Die Rechtsbehelfe gegen den Exequaturentscheid	31
2.7.3.1 Vorgaben des Übereinkommens	31
2.7.3.2 Die revLugÜ-Beschwerde	32
2.7.3.3 Der Rechtsbehelf an das Bundesgericht	33

2.7.4 Gemeinsame Vorschriften zum Exequatur und zum Rechtsbehelfsverfahren	33
2.7.5 Sicherungsmittel des Gläubigers im Exequaturverfahren	34
2.7.5.1 Vorgaben des Übereinkommens	34
2.7.5.2 revLugÜ-Sicherungsmittel für die Schweiz	35
2.8 Rechtsprechung zum revLugÜ und zur EuGVO	36
3 Vorbehalte und Erklärungen zum Übereinkommen	36
4 Änderungen im SchKG und der E-ZPO	38
4.1 Änderungen im SchKG	38
4.2 Änderungen in der E-ZPO	41
5 Änderungen im IPRG	43
5.1 Hintergrund und Zweck der Änderungen	43
5.2 Die Änderungen im Einzelnen	44
6 Würdigung	46
6.1 Neuerungen des revidierten Abkommens gegenüber dem geltenden LugÜ	46
6.2 Verträglichkeit des Übereinkommens mit der schweizerischen Rechtsordnung	47
6.3 Vorteile des revidierten SchKG-Vollstreckungsverfahrens für Gläubiger in der Schweiz	47
6.4 Zweckmässige Anpassungen im IPRG	48
7 Auswirkungen der Vorlage	48
7.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen auf Bund, Kantone und Gemeinden	48
7.2 Auswirkungen auf die Informatik	49
7.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	49
8 Verhältnis zur Legislaturplanung	49
9 Rechtliche Aspekte	49
9.1 Verfassungsmässigkeit der Vorlage	49
9.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen und Verhältnis zum europäischen Recht	50
Bundesbeschluss über die Genehmigung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Entwurf)	Anhang I
Übereinkommen von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007	Anhang II

Begleitbericht

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

Das geltende Übereinkommen von Lugano 16. September 1988¹ über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom (LugÜ) ist für die Schweiz seit 1.1.1992 in Kraft. Vorliegend geht es um eine Revision des LugÜ.

Für die Entstehungsgeschichte des LugÜ, dessen wichtigsten Wesensmerkmale - die weitestgehend unverändert geblieben sind - und für die im Rahmen der vorliegenden Revision nicht betroffenen Bestimmungen kann auf die Ausführungen der Botschaft vom 21. Februar 1990² verwiesen werden. Zugleich sind die seitdem erfolgten Entwicklungen in der Rechtsprechung zu berücksichtigen. Diese werden, soweit sie keine von der Revision erfassten Bestimmungen betreffen, nachfolgend nicht besprochen.

Das LugÜ hat sich sowohl in der Schweiz als auch in den übrigen Vertragsstaaten anerkanntermassen bewährt. Eine Revision drängte sich gleichwohl aus verschiedenen Gründen auf: Der Gerichtsstand für vertragliche Streitigkeiten bereitet in der Praxis Schwierigkeiten aufgrund seiner Komplexität und fehlenden Berechenbarkeit. Fehlende Definitionen, etwa der die Rechtshängigkeit auslösenden Handlung oder des Sitzes der juristischen Person, haben ebenfalls zu Auslegungsproblemen geführt. Wichtige, von der Rechtsprechung entwickelte Tatbestandselemente, sind im bisherigen Übereinkommenstext nicht enthalten.

Der räumliche Anwendungsbereich des LugÜ umfasst ausserdem mittlerweile nur noch 16 der 27 EU-Mitgliedstaaten, da die im Rahmen der Osterweiterung der Europäischen Union (EU)³ beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Polens, das bereits dem LugÜ beigetreten ist) dem LugÜ nicht angehören.

Das vorliegende, revidierte Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (revLugÜ), ist das Ergebnis von Verhandlungen zwischen der EU, ihren Mitgliedstaaten und den am LugÜ beteiligten EFTA Staaten, die bis 1997 zurückreichen. Es enthält in zahlreichen Bereichen Verbesserungen, Klarstellungen und Vereinfachungen gegenüber dem geltenden LugÜ. Nachdem ein gemeinsamer Revisionsentwurf einer gemischten EU/EFTA-Gruppe vom April 1999 bislang lediglich seitens der EU umgesetzt worden ist, besteht zudem zwischen dem LugÜ und der für die EU-Staaten massgeblichen Rechtsquelle keine weitgehende Parallelität mehr. Das revLugÜ stellt diese Parallelität wieder her.

Bei Inkrafttreten des LugÜ am 1.1.1992 wurde eine Anpassung des Bundesgesetzes vom 11. April 1889⁴ über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) an das LugÜ

¹ SR 0.275.11

² BBl 1990 II 208, Separatdruck 90.017

³ Die Bezeichnung "Europäische Union" (EU) hat in der Umgangssprache den Begriff der "Europäischen Gemeinschaft" (EG) ersetzt. Grundsätzlich wird hier der Ausdruck EU im umgangssprachlichen und nicht im juristischen Sinn verwendet.

⁴ SR 281.1

unterlassen. Dieser Umstand hat zu Kritik in Doktrin und Rechtsprechung geführt und sich insofern als nachteilig erwiesen, als wichtige Fragen weiterhin umstritten geblieben sind oder zu kantonal uneinheitlichen Lösungen geführt haben. In dieser Vorlage werden diese Anpassungen nachgeholt. Die vom Übereinkommen gewollte Beschleunigung und Vereinfachung des Vollstreckungsverfahrens soll nicht durch eine fehlende Abstimmung mit dem SchKG vereitelt werden.

Im Hinblick auf damals noch laufende Verhandlungen für ein revidiertes LugÜ wurde im Rahmen der Gesetzesvorlage für eine Schweizerische Zivilprozessordnung (E-ZPO)⁵ auf eine Revision der Gerichtsstände im Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987⁶ über das Internationale Privatrecht (IPRG) verzichtet. Im Lichte des revidierten LugÜ, vor allem aber auch der Bestimmungen der E-ZPO zum Gerichtsstandsrecht, drängt sich eine Anpassung der Bestimmungen des IPRG im Sinne einer Harmonisierung der Rechtsetzungsebenen auf. Diese Anpassungen stehen nicht in direktem Zusammenhang mit der Revision des LugÜ, fügen sich jedoch mit den Anpassungen rund um das revLugÜ in eine "kleine IZPR-Revision" ein.

1.2 Entstehung und rechtliches Umfeld des revLugÜ

Eine im Dezember 1997 mit den Arbeiten zur Revision des Brüsseler und Lugano-Übereinkommens beauftragte und im Januar 1998 gebildete gemeinsame EU/EFTA-Arbeitsgruppe schloss am 23. April 1999 - unmittelbar vor Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrages⁷ - ihre Arbeit ab und legte einen gemeinsamen Text vor.

Im Juli 1999 beschloss die Europäische Kommission, gestützt auf neue Kompetenzen aus dem Amsterdamer Vertrag, die Revisionsvorschläge nicht in Form eines Übereinkommens, sondern in Form einer EU-Verordnung umzusetzen. Auf dieser Grundlage verabschiedete der EU-Rat am 22. Dezember 2000 die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ("EuGVO")⁸. Die EuGVO trat am 1. März 2002 in Kraft und ist mittlerweile für alle EU-Staaten verbindlich. Inhaltlich basiert die EuGVO auf dem Revisionstext vom 23. April 1999.

Die ursprünglich zeitlich parallel vorzunehmende Anpassung des LugÜ verzögerte sich allerdings. So war lange Zeit unklar, ob der EU für den Abschluss des revidierten LugÜ eine ausschliessliche oder bloss eine "gemischte" Aussenkompetenz zukommt. Erst durch ein Gutachten vom 7. Februar 2006 des Europäischen Gerichtshofs wurde die Frage in ersterem Sinne beantwortet. In der Folge sehen sich die Schweiz, Norwegen und Island nun einem einzigen Vertragspartner, der EU, handelnd durch die Europäische Kommission, gegenüber. Entsprechend tritt die EU im revLugÜ als selbständige Vertragspartei an Stelle ihrer Mitgliedstaaten auf. Einzig Dänemark ist aufgrund seines Sonderstatus' selbständige Vertragspartei. Weitere Vertragsparteien sind neben der Schweiz das Königreich Norwegen und Island.

⁵ BBl 2006 7221

⁶ SR 291

⁷ ABl der EG, C-340 vom 10.11.1997, S. 1.

⁸ ABl der EG, L-12 vom 16.1.2001, S. 1.

Im Anschluss an das Gutachten vom 7. Februar 2006 nahmen diese Parteien die Verhandlungen wieder auf. Der definitive Revisionstext wurde an der diplomatischen Konferenz von Lugano vom 30. Oktober 2007 unterzeichnet. Der dazugehörige Bericht des von der EU/EFTA-Arbeitsgruppe ernannten Berichterstatters ist noch in Vorbereitung.

1.3 Neuerungen des Übereinkommens im Überblick

Die wichtigsten materiellen Revisionspunkte im Bereich der *Zuständigkeitsnormen* betreffen den Vertragsgerichtsstand sowie die Zuständigkeit in Konsumentensachen, insbesondere im Hinblick auf elektronische Geschäftsabschlüsse. Ebenfalls bedeutende Neuerungen, meist in Form autonomer Bestimmungen zur Vermeidung bisheriger Unklarheiten oder unbefriedigender Verweisungslösungen, betreffen die Frage der Rechtshängigkeit sowie die Bestimmung des Sitzes juristischer Personen.

Ein weiterer Bereich, in welchem wichtige Anpassungen vorgenommen wurden, betrifft die *Anerkennung und Vollstreckung* von Entscheidungen. Ziel dieser Anpassungen war es, die entsprechenden Verfahren zu beschleunigen, unter möglichst weitgehender Wahrung der Rechte des Vollstreckungsgegners.

Neben diesen Hauptpunkten sind eine Reihe weiterer Änderungen vorgenommen worden. Sie betreffen die Gerichtsstände bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten und für Versicherungssachen, den ausschliesslichen Gerichtsstand für Immobilienklagen sowie die Einlassung.

In formeller Hinsicht gab es ebenfalls nennenswerte Anpassungen. So wurde das Übereinkommen bezüglich der Artikelnummerierung an die EuGVO angeglichen. Ausserdem wurden sämtliche Auflistungen, etwa der zuständigen Gerichtsbehörden der einzelnen Vertragsstaaten (vgl. *Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2, Art. 32, Art. 37 und Art. 40 LugÜ*) in verschiedene Anhänge zum Übereinkommen verlegt. Dies erleichtert einerseits die Übersicht und Lesbarkeit des Übereinkommens und erlaubt es andererseits, diese Angaben in einem vereinfachten Verfahren anzupassen, ohne dabei das Übereinkommen formell revidieren zu müssen.

1.4 Gesetzesanpassungen im Überblick

Die reibungslose Umsetzung des revLugÜ in der Schweiz bedingt punktuelle Anpassungen im schweizerischen Verfahrens- und Vollstreckungsrecht, namentlich im SchKG und der E-ZPO.

Die Anpassungen im SchKG betreffen im Wesentlichen die Schaffung eines neuen Arrestgrundes für Gläubiger mit einem vollstreckbaren revLugÜ-Entscheid oder einem schweizerischen definitiven Rechtsöffnungstitel. Gleichzeitig erhält das Vollstreckungsgericht, welches neu auch die Funktion des Arrestgerichts übernimmt, die Kompetenz, mit dem Arrestgesuch das revLugÜ-Exequatur auszusprechen. Das Vollstreckungsgericht am Betreibungsort des Schuldners kann zudem den Arrest auch über Gegenstände ausserhalb seines Gerichtskreises aussprechen.

Wird kein Gesuch um Sicherungsmassnahmen gestellt oder betreffen diese nicht die Sicherung von Geldforderungen, so wird das Exequatur - wie von der E-ZPO generell vorgesehen - vom Vollstreckungsgericht ausgesprochen.

Die Anpassungen in der E-ZPO betreffen primär den revLugÜ-Rechtsbehelf. Hier wird die Beschwerde an die Besonderheiten des revLugÜ, namentlich bezüglich der Kognition, angepasst. Neu wird die Schutzschrift im Anwendungsbereich des revLugÜ nicht mehr zulässig sein.

Auf die Anpassungen im IPRG, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem revLugÜ stehen, wird in Ziff. 5 eingegangen.

2 Die Neuerungen des Übereinkommens im Einzelnen

2.1 Anwendungsbereich des Übereinkommens

Was den sachlichen Anwendungsbereich des revidierten Übereinkommens betrifft, so bleibt es unverändert in Zivil- und Handelssachen anwendbar. Innerhalb dieses Bereiches werden gemäss Artikel 62 revLugÜ neu auch gewisse Entscheidungen umfasst, die nicht von einem Gericht, sondern von Verwaltungsbehörden erlassen worden sind (vgl. dazu Ziff. 2.3.5, Komm. zu Artikel 22 Ziff. 5).

Die Änderungen des räumlichen Anwendungsbereichs des Übereinkommens werden in *Artikel 1 Absatz 3* angesprochen. Indirekt können sich zudem aus den Neuerungen in *Artikel 18* und *60* (vgl. dazu Ziff. 2.2.4 und Ziff. 2.5) punktuelle Ausweitungen des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs des Übereinkommens ergeben.

Der neu eingefügte Absatz 3 von Artikel 1 wurde notwendig, weil nunmehr die Europäische Gemeinschaft und nicht ihre Mitgliedstaaten Vertragspartei ist, das Übereinkommen jedoch weiterhin unmittelbar die Gerichte ihrer Mitgliedstaaten verpflichtet. Statt von "Vertragsstaaten" ist daher nunmehr von "durch dieses Übereinkommen gebundene" Staaten die Rede. Diese etwas schwerfällige Formel umfasst sowohl die Mitgliedstaaten der EU als auch die übrigen Vertragsparteien Island, Norwegen und die Schweiz. Aufgrund ihres Sonderstatus innerhalb der EU ist auch Dänemark unmittelbare Vertragspartei. Mit dem zweiten Satz von Absatz 3 wird der hypothetische Fall abgedeckt, dass in Zukunft EU-Gerichte oder sonstige EU-Behörden gewisse Aufgaben staatlicher Gerichte ihrer Mitgliedstaaten übernehmen. Auch solche Gerichte und Behörden sollen unmittelbar dem Übereinkommen unterstehen.

Gegenüber dem geltenden LugÜ erweitert sich unter dem revLugÜ der Geltungsbereich des Lugano-Raums um 11 Staaten auf insgesamt 30. Bei den hinzugekommenen Staaten handelt es sich um die im Verlauf der letzten Jahre der EU beigetretenen Länder Tschechien, Slowakei, Slowenien, Ungarn, Malta, Zypern, Estland, Lettland, Litauen, Bulgarien und Rumänien (Polen ist bereits dem LugÜ beigetreten). Aufgrund der EU-Aussenkompetenz stellt das revidierte LugÜ die einzige Möglichkeit dar, die "neuen" EU-Mitgliedstaaten sowie allfällige künftige Mitgliedsstaaten in den LugÜ-Rechtsraum einzubinden.

Dem revLugÜ können in Zukunft auch aussereuropäische Staaten beitreten. Hierzu bedarf es aber des Einverständnisses sämtlicher Vertragsparteien. Allfällige neue

EU-Mitglieder treten hingegen automatisch in den Anwendungsbereich des Übereinkommens.

2.2 Gerichtsstände für vertragliche Streitigkeiten

2.2.1 Der Gerichtsstand am Erfüllungsort

2.2.1.1 Allgemeines

Den Anlass zur Revision von *Artikel 5 Ziffer 1* gaben vorab die unübersehbaren Anwendungsprobleme, welche die bisherige Fassung des Vertragsgerichtsstands bereitet. Die Problematik der bisherigen Bestimmung zeigt nicht nur eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ, sondern auch die noch verhältnismässig junge Rechtsprechung zum LugÜ, wonach ungefähr die Hälfte der gerichtlichen Entscheidungen zum Vertragsgerichtsstand ergehen. Diese Anwendungsprobleme hatten sich bei einer ganzen Reihe von Verhandlungsdelegationen mit der Einsicht verbunden, dass der Vertragsgerichtsstand im Grunde entbehrlich sei und ersatzlos gestrichen werden könne. Weil aber diesbezüglich kein Konsens zustande kam, verlegte man sich darauf, den Vertragsgerichtsstand gegenüber der heutigen Situation einzuschränken. Die Bemühungen zur Einschränkung konzentrierten sich auf den Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung, der in der Doktrin vielfach und unter mehreren Aspekten kritisiert worden ist. Die schweizerische Forderung, den Zahlungsvergerichtsstand völlig auszuschalten, indem allein auf den Erfüllungsort der charakteristischen Leistung abgestellt wird, setzte sich in Bezug auf Kauf- und Dienstleistungsverträge, nicht aber für die übrigen Vertragstypen und Innominatverträge durch.

Die neue Regelung führt den erwähnten Vorschlag, allein auf die charakteristische Leistung abzustellen, mit dem *status quo* zusammen. *Buchstabe a* ist wörtlich der bestehenden Regelung entnommen; *Buchstabe b* bezeichnet für Warenkaufs- und Dienstleistungsverträge den Erfüllungsort der vertragscharakteristischen Leistung als massgeblich. *Buchstabe c* versucht das Verhältnis zwischen den beiden vorangehenden Ziffern zu klären.

2.2.1.2 "Vertrag" bzw. "Ansprüche aus einem Vertrag" sowie Waren- und Dienstleistungsverträge

Die Gerichtsstandsregel greift grundsätzlich nach wie vor immer dann, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag Verfahrensgegenstand sind (Buchstabe a). An der vertragsautonomen Auslegung dieser Begriffe hat sich nichts geändert. Der EuGH gibt ihnen bewusst eine breite Auslegung: So fallen darunter auch etwa Streitigkeiten über das Bestehen des Vertragsverhältnisses an sich⁹. Ebenfalls autonom ist die neue Qualifikation der Warenverkaufs- und Dienstleistungsverträge nach *Buchstabe b* vorzunehmen. Es handelt sich um breite Begriffe: Der Warenkauf kann sich am CISG¹⁰ und an der Richtlinie über den Kauf von Verbrauchsgütern orientieren.¹¹ Artikel 50 des EG-Vertrags¹² und die Rechtsprechung zu Artikel 13 Ziffer 3

⁹ EuGH, Urteil vom 4.3.1982, Rs. 38/81, *Effer/Kantner*, Slg. 1982, 825.

¹⁰ Wiener Übereinkommen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf; SR 0.221.211.1

¹¹ Richtlinie (EG) 99/44 vom 25.5.1999.

¹² Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Konsolidierte Fassung), ABl der EG C-325 vom 24. Dezember 2002.

LugÜ dienen als Ausgangspunkte zur Definition der Dienstleistung. Unter "Dienstleistung" dürften alle (Nominat- und Innominat-) Verträge, die eine entgeltliche, tätigkeitsbezogene Leistung an die andere Vertragspartei zum Gegenstand haben, einzureihen sein. Darunter fallen Werk- und Werklieferungsverträge sowie der Auftrag in seinen meisten Ausgestaltungen.

2.2.1.3 Abgrenzung zwischen Bst. a und Bst. b

Zur präzisen Bestimmung des für Buchstabe a verbleibenden Bereichs ist die Abgrenzung nach *Buchstabe c* zu beachten, wonach Buchstabe a gilt, sofern Buchstabe b nicht anwendbar ist. Die alte Regelung nach Buchstabe a ist damit grundsätzlich anwendbar, wenn das betroffene Vertragsverhältnis ausserhalb der Warenlieferungs- und Dienstleistungsverträge anzusiedeln ist. Stimmen aus Literatur und Rechtsprechung, welche der Anwendung des Buchstabens a ein breiteres Anwendungsfeld eröffnen möchten, sind historisch nicht begründbar, denn die Revision war vom Gedanken getragen, für Warenkauf- und Dienstleistungsverträge eine einheitliche Gerichtsstandsregel zu schaffen.

Interpretiert man Buchstabe c grammatikalisch, so könnte sich eine weitere Einschränkung des Buchstabens b aus der Perspektive des räumlichen Anwendungsbereichs ergeben: Resultiert aus der Anwendung von Buchstabe b eine Zuständigkeit ausserhalb eines Mitgliedstaates, weil die Waren etwa in Brasilien zu liefern sind, so soll ebenfalls Buchstabe a und damit die alte Regelung massgeblich sein.¹³ Dahinter steckt der Gedanke, dass der Zahlungsgerichtsstand am Wohnsitz des Verkäufers eingreifen kann, wenn die Leistung des Verkäufers ausserhalb des Staatsvertragsgebiets zu erfüllen ist - immer vorausgesetzt, dass beide Parteien Wohnsitz in einem Vertragsstaat haben und nach anwendbarem materiellem Recht Geldschulden als Bringschulden beim Verkäufer zu erfüllen sind. Diese Regelung kann also zum Vorteil des Exporteurs reichen, der ausserhalb Europa liefert. Gegen eine solche breite Auslegung der Bestimmung spricht jedoch, dass sie gleichzeitig den - ebenfalls europäischen - Käufer benachteiligt, und dass diese Doppelbedeutung des Buchstabens c für die Praktizierenden ohnehin schwer erkennbar ist.

2.2.1.4 Der Klage zugrundeliegende Verpflichtung

Buchstabe a entspricht wörtlich dem bestehenden Text; aus diesem Text leitet der EuGH ab, dass die der jeweiligen Klage zugrundeliegende vertragliche Verpflichtung zur Bestimmung des Erfüllungsgerichtsstands massgeblich sei. Dabei wird grundsätzlich an jeder einzelnen vertraglichen Verpflichtung gesondert angeknüpft.¹⁴ Dies sei am Beispiel des Kaufvertrags erläutert: Die Klage des Käufers geht auf Ablieferung des Kaufgegenstandes, die Klage des Verkäufers auf Bezahlung des Kaufpreises. Der Kaufgegenstand ist gemäss Vertrag in Rotterdam abzuliefern, und das Geld auf eine Bank in Zürich einzuzahlen. Nach dieser Methode ergibt sich eine Mehrzahl potentieller Gerichtsstände innerhalb eines Vertrags. Weil Geldschulden nach der schweizerischen und nach zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen Bringschulden sind, führt der Gerichtsstand am Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung zudem häufig zu einem sachfremden Klägergerichtsstand des Ver-

¹³ Vorschlag der EU-Kommission vom 14.7.1999 für eine Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, KOM (1999) endg., 15.

¹⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 6.10.1976, Rs. 14/76, *De Bloos/Bouyer*, N. 13 f., Slg. 1976, 1497; Urteil vom 15.1.1987, Rs. 266/85, *Shenavai/Kreischer*, Slg. 1987, 239, Nr. 9; Urteil vom 5.10.1999, Rs. 420/97, *Leathertex*, Slg. 1999, 6747; BGE 124 III 188, 189 f.

käufers. Der EuGH ist von diesem Grundsatz nur bei Arbeitsverträgen abgewichen: Dort wird die vertragscharakteristische Arbeitsleistung zur Bestimmung des Gerichtsstands herangezogen, unabhängig davon, welche vertragliche Verpflichtung der Klage zu Grunde liegt.¹⁵

Die Revision übernimmt nunmehr die arbeitsvertragliche Rechtsprechung als allgemeine Regel für Klagen, die unter *Buchstabe b* fallen: Für Warenkauf- und Dienstleistungsverträge findet damit eine Konzentration des Gerichtsstands beim Erfüllungsort der charakteristischen Verpflichtung statt.¹⁶ Zwar können sich neue Probleme in den – in der Praxis weniger häufigen – Fällen gemischter und komplexer Verträge stellen, bei denen die Bestimmung der vertragscharakteristischen Leistung Schwierigkeiten bereiten kann. Ein einheitlicher Gerichtsstand innerhalb eines Vertrags bringt indessen eine enorme Vereinfachung, denn die Voraussehbarkeit des Gerichtsstands für die Vertragsparteien wird insgesamt stark verbessert. Sie hängt insbesondere nicht mehr von der Unwägbarkeit ab, welche Verpflichtung der Klage zugrunde gelegt wird; mit der Ausschaltung der Zahlungsverpflichtung ist der Gerichtsstand auch nicht mehr davon abhängig, ob Geldschulden nach der anwendbaren Rechtsordnung Bring- oder Holschulden sind.

2.2.1.5 Bestimmung des Erfüllungsortes

Weil der Wortlaut des Artikel 5 Ziffer 1 *Buchstabe a* demjenigen der LugÜ/EuGVÜ entspricht, ist davon auszugehen, dass der Erfüllungsort in diesem Rahmen gleich wie nach den alten Staatsverträgen ermittelt wird. Nach einer langjährigen Rechtsprechung des EuGH ist der Erfüllungsort grundsätzlich nach der *lex causae* zu bestimmen, d.h. nach dem Recht, das nach dem IPR des Gerichtsstaats anzuwenden ist¹⁷.

Ob dieser Ansatz zugunsten einer „autonomen“ Definition des Erfüllungsortes aufgegeben werden sollte, war lediglich zu Beginn der Verhandlungen ein vieldiskutiertes und umstrittenes Thema. Verschiedene ausformulierte Vorschläge zu einer „faktischen“ Bestimmung des Erfüllungsorts, wonach auf den effektiven oder tatsächlichen oder zwischen den Parteien vereinbarten Erfüllungsort abgestellt werden sollte, brachten keine Einigung in den Revisionsverhandlungen. Die Suche nach einer vom materiellen Recht unabhängigen Bestimmung der Erfüllungsorts gestaltet sich denn auch schwierig. Vor diesem Hintergrund geht die bisherige Rechtsprechung Deutschlands und Österreichs sowie eine dort stark überwiegende Lehre davon aus, dass beim vereinbarten Erfüllungsort nach wie vor das anwendbare materielle Recht als Bestimmungsgrundlage heranzuziehen ist. Bei der in der Praxis selteneren Bestimmung des Erfüllungsorts, die sich nicht auf eine (auch nur konkludente) Vereinbarung stützen kann, sondern allein einer dispositiven gesetzlichen Vorschrift entnommen wird, postuliert dagegen ein Grossteil der Voten aus Rechtsprechung und Literatur eine autonome und „faktische“ Bestimmung des Erfüllungsorts.

In einer kürzlichen Entscheidung zu Artikel 5 Ziffer 1 *Buchstabe b* EuGVO spricht sich der EuGH für eine „autonome“ - nicht aber eine „faktische“ - Bestimmung

¹⁵ EuGH, Urteil vom 25.5.1982, Rs. 133/81, *Ivenel/Schwab*, Slg. 1982, 1891.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 3.5.07, Rs. C-386/05, *Color Drack*, Nr. 26, Nr. 39.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 6.10.1976, Rs. 12/76, *Tessili/Dunlop*, , Slg. 1976, 1473; bestätigt in EuGH, Urteile vom 29.6.1994, Rs. 288/92, *Custom Made Commercial/Stawa Metallbau*, Slg. 1994, 2913 und vom 28.9.1999, Rs. 440/97, *GIE Concorde*; vgl. BGE 124 III 188, 189.

eines Erfüllungsorts („Lieferorts“) aus, ohne sich allerdings weitergehend zum Konzept zu äussern.¹⁸ Angesichts der allgemeinen Zurückhaltung von Rechtsprechung und Lehre, methodische Aussagen zu machen, ist die Lage als offen zu bezeichnen. Wegen der erwähnten Probleme ist aber davon auszugehen, dass die Gerichte materiellrechtliche Überlegungen zur Bestimmung des Erfüllungsorts nicht aus ihrem Konzept ausschliessen können werden.

2.2.2 Die Gerichtsstände für versicherungsvertragliche Streitigkeiten

Mit Ausnahme der nachfolgend erläuterten Anpassungen entsprechen die Bestimmungen des 3. Abschnittes (*Art. 8 bis 14*) inhaltlich denjenigen von Artikel 7 bis 12a LugÜ.

Art. 9 Gerichtsstände gegenüber dem Versicherer

Artikel 9 entspricht weitgehend dem bisherigen Artikel 8 LugÜ. Eine wichtige Ergänzung in Artikel 9 *Absatz 1 Buchstabe b* eröffnet aber den Gerichtsstand am Wohnsitz des Klägers nicht mehr nur dem Versicherungsnehmer (Vertragspartner des Versicherers), sondern auch dem Versicherten (zu dessen Gunsten oder auf dessen Rechnung der Versicherungsnehmer die strittige Versicherung abgeschlossen hat) und dem als Begünstigten bezeichneten Dritten aus dem strittigen Versicherungsverhältnis. Als Begünstigter kommt etwa der Leistungsempfänger einer Lebens- oder Unfallversicherung in Frage. Dieser kann auch mit der Person des Versicherten zusammenfallen. Die Bestimmung kommt selbstverständlich nur zum Tragen, wenn der Wohnsitz bzw. Sitz von Kläger und Beklagtem in verschiedenen Staaten liegen.

Art. 14 Ziff. 5 Grossrisiken

Soweit ein Versicherungsvertrag "Grossrisiken" betrifft, ist er von den Einschränkungen bei der Gerichtsstandswahl von Artikel 13 ausgenommen. Es wird angenommen, dass im Zusammenhang mit der Versicherung von Grossrisiken kein Schutzbedürfnis einer Partei besteht. Für die Auslegung des Begriffs der Grossrisiken ist von der entsprechenden Definition in den massgeblichen EU-Richtlinien¹⁹ in ihrer Fassung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Übereinkommens, auszugehen. Das schweizerische Recht hat ebendiese Definition im Rahmen des Abkommens mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung²⁰ im Artikel 101b Absatz 6 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)²¹ übernommen.

¹⁸ EuGH, *Color Drack*, zit. in Fn 16, Nr. 39; vgl. auch Nr. 24, 26 und 30.

¹⁹ Richtlinie 73/239/EWG des Rates, geändert durch die Richtlinie 88/357 EWG und 90/618 EWG.

²⁰ SR 0.961.1

²¹ SR 221.229.1

2.2.3 Die Gerichtsstände für konsumentenvertragliche Streitigkeiten

Wie bis anhin enthält der 4. Abschnitt besondere Zuständigkeitsnormen für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Konsumentenverträgen. Neu wird der Anwendungsbereich dieser Bestimmungen erweitert, hauptsächlich um neuen Kommunikationsmitteln und Vertragsabschlussformen gerecht zu werden (Art. 15 Abs. 1 Buchstabe c). Artikel 15 Absatz 3 enthält eine Klarstellung betreffend Pauschalreiseverträge.

Die Gerichtsstandsbestimmungen selbst (Art. 16 und 17) entsprechen wortgetreu der bisherigen Regelung der Artikel 14 und 15 LugÜ. Es wird daher auf die dazu entwickelte Rechtsprechung und Lehre verwiesen.

Art. 15 Sachlicher Anwendungsbereich

Die schon in Artikel 13 Absatz 1 Ziffern 1 und 2 LugÜ enthaltenen Tatbestände der Teilzahlungs- und Kreditgeschäfte sind in *Artikel 15 Absatz 1 Buchstaben a und b* unverändert enthalten. Entsprechend kann auf die Auslegung der bisherigen Bestimmungen - auch zum Begriff des Konsumenten - verwiesen werden.

Hingegen sind die Änderungen in *Buchstabe c* gegenüber der bisherigen Ziffer 3 von Artikel 13 Absatz 1 LugÜ von grösserer Tragweite. Der Zweck dieser Änderungen liegt darin, einerseits den Anwendungsbereich der Bestimmungen des 4. Abschnitts zu erweitern und andererseits der Verwendung moderner Kommunikationsmittel Rechnung zu tragen.

Neu sind nicht mehr "nur" Dienstleistungs- und Warenkaufverträge, sondern jede Art von Verbrauchervertrag grundsätzlich erfasst (also auch Innominatverträge, vgl. aber Art. 15 Abs. 3). Damit entfallen künftig die kontroversen Fragen rund um die Auslegung des Dienstleistungsvertrags (vgl. zuletzt BGE 133 III 395 zur Problematik der Bankgeschäfte). Da dieser Begriff ohnehin eine in der Tendenz zunehmend weite Auslegung durch die schweizerische (vgl. zit. BGE) und europäische²² Rechtsprechung erfährt, wird sich durch den Wegfall dieser Einschränkung für die Praxis - ausser einem begrüssenswerten Gewinn an Rechtssicherheit - wenig ändern.

Wie bis anhin verlangt Buchstabe c - anders als die Tatbestände der Buchstaben a und b - die Verwirklichung zusätzlicher Tatbestandselemente. Das bisherige Erfordernis der Werbung oder eines Angebots des Anbieters verbunden mit dem Vertragsabschluss im Wohnsitzstaat des Verbrauchers ist durch eine offenere Norm ersetzt worden. Neu ist bei allen Vertragstypen (bei denen keine besonderen Zahlungsmodalitäten nach Buchstabe a oder b. bestehen) alternativ - statt kumulativ - erforderlich, dass entweder

- der „andere Vertragspartner in dem Staat, in welchem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit betreibt“, oder
- "der Anbieter seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit auf irgendeinem Wege auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten [...] ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt“.

²² EuGH, Urteil vom 20. Januar 2005, Rs. 464/01, *Johann Gruber/Bay Wa AG*, Slg. 2005, 439.

Für die erstgenannte Alternative verbleibt neben dem in Absatz 1 vorbehaltenen Niederlassungsgerichtsstand von Artikel 5 Ziffer 5 nur ein kleiner Anwendungsbereich. Zu denken ist etwa an eine Tätigkeit im Wohnsitzstaat des Konsumenten ohne, dass eine Niederlassung besteht, etwa durch die schlichte Vornahme einer Dienstleistung. Denkbar ist auch ein Handeln der (Zweig-)Niederlassung, welches nicht unmittelbar mit dem Betrieb derselben, sondern mit dem Hauptsitz, in Zusammenhang steht.

Für die Praxis wird vor allem die zweite Alternative relevant werden. Diese besteht wiederum aus zwei kumulativen Tatbeständen:

Einerseits ist ein „Ausrichten“ einer Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Konsumenten erforderlich. Die fragliche Tätigkeit kann ein allgemeines, nicht zwingend auf den konkreten Vertragsabschluss, jedoch auf den jeweiligen Geschäftsbereich gerichtetes Handeln im Wohnsitzstaat des Konsumenten sein. Eine physische Präsenz des Anbieters im Wohnsitzstaat des Konsumenten ist nicht notwendig.

Andererseits wird gefordert, dass der erfolgte - oder strittige - Vertragsabschluss in den Bereich der beruflichen Tätigkeit des Anbieters fällt. Wo der Vertragsabschluss erfolgt, ist nicht mehr relevant. Da das Erfordernis der Abschlusshandlungen im Staat des Konsumenten entfällt, wird auch der aktive Konsument geschützt, der entweder ein Kommunikationsmittel zum Vertragsabschluss aus seinem Wohnsitz aus verwendet oder sich für den Vertragsschluss gar in den Sitzstaat des Anbieters (oder auch in einen Drittstaat) begibt.

Wie die neu eingefügte Formel "auf irgend eine Weise" andeutet, will die revidierte Bestimmung den Vertragsschluss unter Zuhilfenahme von Kommunikationsmitteln, namentlich des Internet, erfassen, ohne jedoch andere technische Mittel, etwa Telefonmarketing, auszuschliessen. Das Ziel der Revision ist vielmehr eine Gleichbehandlung der Werbe- und Angebotstätigkeit über Internet und derjenigen auf traditionellen Mitteln, etwa mittels Plakat-, Zeitungs- oder Fernsehwerbung. Wie bis anhin wird eine Marktbearbeitung des Wohnsitzstaates des Konsumenten gefordert. Dort muss das Angebot des Anbieters öffentlich und somit für den Konsumenten ohne weiteres zugänglich sein, und zwar unabhängig von den dazu verwendeten Mitteln. Dem Verbraucher muss dabei Gelegenheit geboten werden, ohne weitere wesentliche Bemühungen von seinem Wohnsitzstaat aus mit dem Anbieter einen Vertrag einzugehen.

Im Rahmen des E-Commerce stellt sich die Frage, ob eine Webseite, die naturgemäss von jedem Staat aus zugänglich ist, ein "Ausrichten" der darin angebotenen Geschäftstätigkeit auf sämtliche Staaten, in denen sich potenzielle Konsumenten finden, impliziert. Diese Frage ist für jeden Einzelfall in Anbetracht aller wesentlichen Umstände zu beurteilen. Ein "Ausrichten" dürfte dann vorliegen, wenn die fragliche Webseite ihr Angebot in keiner Weise auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und gleichzeitig dem Betrachter unmittelbar Gelegenheit zum Vertragsabschluss bietet. Eine geographische Beschränkung des Angebots einer Webseite kann sowohl ausdrücklich aus der Webseite hervorgehen (etwa mittels eines Hinweises auf einen beschränkten Liefer- oder Dienstleistungsbereich, oder wenn keine Möglichkeit der Auswahl eines anderen Staates besteht) als auch aus der Gesamtheit der Umstände hervorgehen. Als solche Umstände kommen primär die Sprache (etwa wenn die Webseite nur in einer Regionalsprache oder nur in der Sprache eines einzigen Vertragsstaates lesbar ist) oder die Natur der Geschäftstätigkeit (etwa wenn

diese nur innerhalb eines bestimmten Staates möglich ist, wie etwa Notariatsdienste, Lieferung von Frischprodukten oder Velokurierdienste). Demgegenüber ist die zusätzliche Bewerbung einer Webseite, etwa durch Verwendung fremdsprachlicher Meta-Tags oder ihrer Aufführung in einschlägigen, international zugänglichen Verzeichnissen, ein Hinweis auf die internationale Ausrichtung der Geschäftstätigkeit.

In beiden von Buchstabe c erfassten Fällen wird nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass der Anbieter gewerblich handeln muss. Verträge zwischen Nicht-Kaufleuten (auch solche, die über gewerbliche Verkaufsplattformen abgeschlossen wurden) stehen somit ausserhalb des Anwendungsbereichs des 4. Abschnitts.

Der bisherige Ausschluss der Beförderungsverträge in Artikel 13 Absatz 3 bleibt in *Artikel 15 Absatz 3* nur insofern bestehen, als nicht Pauschalreisen betroffen sind. Letztere sind weiterhin vom 4. Abschnitt erfasst. Bei ihnen wird ein besonderes Schutzbedürfnis des Konsumenten vermutet; diese sind zudem von den bestehenden Transportübereinkommen nicht ausreichend abgedeckt. Der Anwendungsbereich dieser Ausnahme dürfte sämtliche vom Bundesgesetz vom 18. Juni 1993²³ über die Pauschalreisen (PauRG) abgedeckten Fälle umfassen. Anders als Artikel 1 Absatz 1 PauRG setzt der Pauschalreisenbegriff von Artikel 15 Absatz 3 revLugÜ jedoch keine feste Mindestdauer, Übernachtung oder einen Gesamtpreis voraus.

2.2.4 Die Gerichtsstände für arbeitsvertragliche Streitigkeiten

Die zuvor auf verschiedene Bestimmungen verstreuten Normen zu den arbeitsvertraglichen Streitigkeiten (Art. 5 Ziff. 1, Art. 17 Abs. 5 LugÜ) wurden nunmehr in einen eigenen Abschnitt verlegt (5. Abschnitt, Art. 18 bis 21). Der Aufbau dieses Abschnittes folgt demjenigen über die Gerichtsstände in versicherungsvertraglichen Angelegenheiten im vorangehenden Abschnitt des Übereinkommens.

Art. 18 Anwendungsbereich

Artikel 18 befasst sich mit dem Anwendungsbereich des 5. Abschnitts. Gegenüber seinem Vorgänger (Art. 5 Nr. 1 LugÜ) erweitert Artikel 18 *Absatz 2* im Interesse des Arbeitnehmers den Anwendungsbereich der besonderen Bestimmungen für Arbeitsverträge. So sind neu auch "Zweigniederlassungen, Agenturen oder sonstige Niederlassungen", die sich in einem Vertragsstaat befinden, von den Bestimmungen des 5. Abschnittes erfasst, selbst wenn deren Hauptsitz (Art. 60) nicht in einem Vertragsstaat ist. In sachlicher Hinsicht bleibt der Anwendungsbereich dieser besonderen Bestimmungen (individueller Arbeitsvertrag oder Ansprüche aus einem solchen) gegenüber dem LugÜ unverändert, weshalb auch diesbezüglich auf die bisherigen Rechtsprechung und Lehre verwiesen werden kann.

Im Gegensatz zu Artikel 5 Nr. 1, 2. und 3. Teilsatz LugÜ wird im neuen 5. Abschnitt zwischen den Gerichtsständen des klagenden Arbeitgebers (Art. 19) und den Gerichtsständen für Klagen der Arbeitgeberin (Art. 20) unterschieden. Artikel 21 befasst sich an Stelle von Artikel 17 Absätze 4 und 5 LugÜ mit der Rechtswahl.

²³ SR 944.3

Auf eine Regelung des Gerichtsstands für entsandte Arbeitnehmer, wie er sich in der EU-Entsenderichtlinie²⁴ findet, wurde verzichtet. Hingegen erlaubt Ziffer 3 des Protokolls Nr. 3 der Schweiz nunmehr, solche in der EU-Gesetzgebung verankerte Gerichtsstände im internen Recht nachzuvollziehen und die Anerkennung und Vollstreckung über das revLugÜ abzuwickeln. Für die Schweiz hat dies zur Folge, dass Urteile, die auf der Grundlage von Artikel 115 Absatz 3 IPRG in der Schweiz ergehen, in anderen Vertragsstaaten nach den Vorschriften des revLugÜ vollstreckt werden können (Art. 67 i.V.m. Protokoll Nr. 3 Ziff. 3).

Art. 19 Gerichtsstände der Arbeit nehmenden Partei

Artikel 19 regelt die Gerichtsstände, die der klagenden, Arbeit nehmenden Partei zustehen. Unter diesen Vorzeichen nimmt Artikel 19 Ziffer 2 den Regelungsinhalt von Artikel 5 Ziffer 1, 2. Teilsatz LugÜ - der besondere alternative Gerichtsstand des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsverrichtungsort oder am Ort der einstellenden Niederlassung - im Wesentlichen unverändert auf. Entsprechend kann auf die dazu entwickelte Rechtsprechung und Lehre verwiesen werden.

Der hinzugekommene Zusatz "bzw. befand" in Ziffer 2 Buchstabe b *in fine* macht nunmehr deutlich, dass der Arbeitnehmer im Falle einer Verlegung der anstellenden Niederlassung seine Klage auch am neuen Niederlassungsort anhängig machen kann.

Art. 20 Gerichtsstände der Arbeit gebenden Partei

Artikel 20 befasst sich mit den Gerichtsständen, die dem Arbeitgeber für eine Klage gegen den Arbeitnehmer zur Verfügung stehen.

Artikel 20 statuiert hierfür einen nunmehr zwingenden Gerichtsstand am Wohnsitz des Arbeitnehmers. Vorbehalten bleibt die Widerklage gegen eine Klage des Arbeitnehmers an einem anderen Gerichtsstand.

Art. 21 Gerichtsstandsvereinbarungen

Der erste Teil von Artikel 21 entspricht inhaltlich dem bisherigen Artikel 17 Absatz 5 LugÜ. Eine Gerichtsstandsvereinbarung im Arbeitsvertrag ist somit weiterhin unbeachtlich, es sei denn sie entspräche den Voraussetzungen von Artikel 21 Ziffer 2.

Artikel 21 Ziffer 2 tritt an die Stelle des bisherigen Artikel 17 Absatz 4 LugÜ (die entsprechende Bestimmung ist im neuen Artikel 23 nicht enthalten). Dadurch wird das auslegungsbedürftige Kriterium der einseitigen Bevorzugung ("zugunsten einer der Parteien") durch die klareren Kriterien ersetzt, die schon bei versicherungsvertraglichen Streitigkeiten im Rahmen von Artikel 17 Ziffern 1 und 2 (bisher Art. 13 Ziff. 1 und 2 LugÜ) zur Anwendung kommen. Entsprechend kann auf die bisherige Lehre und Rechtsprechung zu Artikel 13 Ziffern 1 und 2 LugÜ verwiesen werden.

²⁴ Richtlinie (EG) 96/71, ABl. der EG L018 von 21.1.1997. Deren Art. 6 sieht einen Gerichtsstand am Ort, an den der Arbeitnehmer entsendet wird, vor.

2.3 Weitere Neuerungen bei den Gerichtsständen

2.3.1 Der Gerichtsstand für Unterhaltsklagen

Die Regelung für Unterhaltsklagen in *Artikel 5 Ziffer 2* wurde mittels der neu hinzugefügten *Buchstaben c* um den Fall ergänzt, bei welchem die Unterhaltsklage in Zusammenhang mit der Zuweisung der elterlichen Verantwortung (Sorgerecht) erhoben wird. Mit dieser Ausweitung wird eine wichtige Lücke geschlossen, da bislang nur Verfahren im Zusammenhang mit einer Statusfrage (Scheidung) erfasst waren. Die Zuständigkeit für Verfahren betreffend die elterliche Sorge dürfte sich für die Schweiz in aller Regel aus dem Minderjährigenschutzabkommen vom 5. Oktober 1961²⁵ (MSA) bzw. künftig aus dem Haager Kindesschutzübereinkommen vom 19. Oktober 1996²⁶ ergeben. Ein auf dieser Grundlage ergangenes Urteil kann bezüglich des damit verbundenen Unterhaltsanspruchs in den revLugÜ-Staaten nach den Bestimmungen des revLugÜ vollstreckt werden.

2.3.2 Der Gerichtsstand für vorbeugende Unterlassungsklagen aus unerlaubter Handlung

Mit der Ergänzung des *Artikels 5 Ziffer 3* um die Worte "oder einzutreten droht" (*in fine*) wurde die unter dem LugÜ bestehende Unsicherheit beseitigt, ob vorbeugende Unterlassungsklagen vom Übereinkommen erfasst sind. Dies ist nunmehr unzweifelhaft der Fall und entspricht der Auslegung des bisherigen Texts durch die überwiegende Lehre.

2.3.3 Der Gerichtsstand für konnexe Klagen

Die Präzisierung der Voraussetzungen des Gerichtsstands in *Artikel 6 Ziffer 1* als Gerichtsstand einer Klagekonnexität kodifiziert die etablierte Rechtsprechung des EuGH²⁷, der auch die schweizerischen Gerichte gefolgt sind. Die Anpassung hat daher keine materielle Änderung der Rechtslage zur Folge. Dem Zweck dieser Rechtsprechung, widersprüchliche Entscheide zu vermeiden und die effiziente und ökonomische Streiterledigung zu fördern, folgen auch entsprechende Bestimmungen im Gerichtsstandsgesetz vom 24. März 2000²⁸ (GestG, Art. 7) und in der E-ZPO (Art. 14).

2.3.4 Der Gerichtsstand der Gewährleistungs- und Interventionsklage

Mit dem Inkrafttreten der E-ZPO, die in Artikel 15 einen Gerichtsstand der Streitverkündungsklage vorsieht, wird der bisherige Vorbehalt der Schweiz bezüglich kantonaler Regelungen, die diesen Gerichtsstand nicht kannten (Prot. Nr. 1, Art. 5, neu in Annex IX), hinfällig. Für die Schweiz kommt der Gerichtsstand von *Artikel 6 Ziffer 2* somit künftig voll zum Tragen.

²⁵ SR 0.211.231.01

²⁶ Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern, BBl 2007 2661.

²⁷ EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. C-189/87, *Kalfelis/Schröder*, Slg. 1988, 5565.

²⁸ SR 272

2.3.5 Ausschiessliche Gerichtsstände für gesellschaftsrechtliche, immaterialgüterrechtliche und vollstreckungsrechtliche Streitigkeiten

Die ausschliesslichen Gerichtsstände des Artikels 16 LugÜ sind - vorbehaltlich der nachfolgend erläuterten Anpassungen - inhaltlich unverändert in den neuen *Artikel 22* übernommen worden. Entsprechend bleibt es bezüglich der Bestimmungen über die dinglichen Rechte und über die Miete und Pacht (*Ziff. 1*), über Eintragungen in öffentliche Register (*Ziff. 3*) und über die Zwangsvollstreckung (*Ziff. 5*) grundsätzlich bei der bisherigen Rechtslage und der dazu - namentlich im Bereich der Zwangsvollstreckung in der Schweiz - ergangenen Rechtsprechung.

Art. 22 Ziff. 2 Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten

Der ausschliessliche Gerichtsstand für bestimmte gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten ist von Artikel 16 Ziffer 2 LugÜ unverändert in Artikel 22 Ziffer 2 übernommen worden. Der hinzugekommene Hinweis auf das internationale Privatrecht des Forums zur Bestimmung des Gesellschaftssitzes (2. Satz) soll klarstellen, dass die neue autonome Sitzdefinition von Artikel 60 auf diese Bestimmung nicht anwendbar ist. Damit bleibt es vollumfänglich bei der bisherigen Rechtslage, weshalb auch auf die dazu entwickelte Rechtsprechung und Lehre verwiesen werden kann.

Art. 22 Ziff. 4 Immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten

Artikel 22 Ziffer 4 hat gegenüber Artikel 16 Ziffer 4 LugÜ zwei Änderungen erfahren.

Die wichtigste Änderung betrifft zwei gleich lautende Texteschübe in den Absätzen 1 und 2, wonach es nicht darauf ankommen soll, "ob die Frage klageweise oder einredeweise aufgeworfen wird". Diese haben zum Ziel, eine neuere Rechtsprechung des EuGH²⁹ im Übereinkommenstext selbst festzuschreiben. Dieser Rechtsprechung zufolge ist das Gericht am Eintragungsort eines Patentes auch dann ausschliesslich zuständig, wenn eine Patentgültigkeitsfrage einredeweise vor einem anderen Gericht aufgeworfen wird. Ein mit einer Verletzungsklage befasstes Erstgericht an einem anderen als dem Eintragungsstaat muss daher, sofern die Einrede der Ungültigkeit des strittigen Patents erhoben wird, das Verfahren zur Klärung dieser Frage zugunsten des Gerichtes am Eintragungsort aussetzen oder sich für unzuständig erklären. Wird das Verfahren sistiert, wird die Beklagte aufgefordert, innert Frist beim zuständigen Gericht oder der zuständigen Behörde (nach Art. 22 Ziff. 4) ein Gesuch bzw. eine Klage auf Feststellung der Ungültigkeit des Patents zu erheben, ansonsten die Einrede unberücksichtigt bleibt. Das Verfahren wird nach Vorliegen des rechtskräftigen Entscheids über die Gültigkeitsfrage wieder aufgenommen. Die Rechtsprechung des EuGH ist bereits vom Zürcher Handelsgericht übernommen und angewendet worden. Der ursprünglich für Patentstreitigkeiten entwickelte Grundsatz ist nun auf sämtliche von Ziffer 4 erfassten, registerbezogenen immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten anzuwenden.

Die zweite Anpassung ist formeller Natur: Der neu hinzugekommene 2. Absatz von Ziffer 4 wurde weitgehend unverändert aus dem bisherigen Artikel Vd von Protokoll Nr. 1 zum LugÜ übernommen. Darin ist eine Sonderregelung für europäische Paten-

²⁹ EuGH, Urteil vom 13.7.2006, Rs C-4/03, *GAT/LuK*, Slg. 2006, 6501.

te, die auf der Grundlage des Europäischen Patentübereinkommens vom 29. November 2000³⁰ (EPÜ) erteilt werden, enthalten. Dabei ist zu beachten, dass die Zuständigkeits- und Anerkennungsbestimmungen des Anerkennungsprotokolls vom 5. Oktober 1973³¹ zum EPÜ in ihrem Anwendungsbereich den Bestimmungen des revLugÜ vorgehen (Art. 67 Abs. 1). Das nicht realisierte Gemeinschaftspatentübereinkommen wird - anders als noch in Artikel Vd des Protokolls Nummer 1 zum LugÜ - nicht mehr erwähnt. Auch diese Zuständigkeitsregel wurde, analog dem 1. Absatz, an die im vorangehenden Absatz erwähnte Rechtsprechung angepasst.

Art. 22 Ziff. 5 Vollstreckungsstreitigkeiten

Die in Lehre und Rechtsprechung vieldiskutierte Frage, ob gewisse Instrumente und Klagen des SchKG den Erkenntniszuständigkeiten zuzurechnen sind oder unter den Vollstreckungsgerichtsstand des Artikels 16 Ziffer 5 revLugÜ fallen, stellt sich gleichermassen unter dem unveränderten Artikel 22 Ziffer 5 revLugÜ. Jedenfalls ist die Rechtsprechung im Begriff, viele offene Fragen zu klären, insbesondere was die Einordnung und Behandlung der provisorischen Rechtsöffnung und der Aberkennungsklage unter dem LugÜ betrifft.³²

Bei den Instrumenten des SchKG-Einleitungsverfahrens könnten sich immerhin Änderungen durch den neuen Artikel 62 revLugÜ ergeben. Artikel 62 revLugÜ ersetzt Artikel Va des Protokolls Nummer 1 zum LugÜ, wonach bestimmte Entscheidungen von Verwaltungsbehörden (namentlich in Norwegen, Dänemark, Island und Finnland) auch als Entscheidungen eines "Gerichts" im Sinne des Übereinkommens zu behandeln seien. Die neue Bestimmung verzichtet nun auf eine Aufzählung der einzelnen Staaten und der jeweiligen Verfahren und überlässt es dem nationalen Recht, auch verwaltungsrechtliche Instanzen mit gerichtlichen Aufgaben im Anwendungsbereich des Übereinkommens zu betrauen.

Für die Frage, ob ein Entscheid als unter das Übereinkommen fallend zu beurteilen ist oder nicht, wird das früher noch als relevant betrachtete Kriterium, ob dieser von einer Verwaltungs- oder einer richterlichen Behörde ausgeht, unter dem revLugÜ unwesentlich. Damit könnte auch der Zahlungsbefehl von der Zuständigkeitsordnung des revLugÜ erfasst werden, sofern er im Hinblick auf eine Forderung ausgestellt ist, die den Zivil- und Handelssachen zuzurechnen ist. Der EuGH hat nämlich in seiner Rechtsprechung *Klomps*³³ und *Hengst BV*³⁴ den im deutschen Mahnverfahren ausgestellten Vollstreckungsbescheid und den im italienischen Mahnverfahren (procedimento d'ingiunzione) ausgestellten *decreto ingiuntivo* zur internationalen Vollstreckbarerklärung nach EuGVÜ zugelassen, womit deren Ausstellung zwingend an die Zuständigkeitsvorschriften des Staatsvertrags gebunden ist. Nachdem das deutsche sowie das italienische Mahnverfahren deutliche funktionale Parallelen mit dem schweizerischen Zahlungsbefehlsverfahren aufweisen, besteht der verbleibende Unterschied zum schweizerischen Zahlungsbefehl hauptsächlich in der Tatsache, dass dieser durch eine Verwaltungs- und nicht durch eine Gerichtsbehörde ausgestellt wird. Wird dieser Unterschied unter dem bisherigen LugÜ noch als

³⁰ SR 0.232.142.2

³¹ SR 0.232.142.22

³² BGE 130 III 285

³³ EuGH, Urteil vom 16.6.1981, Rs. C-166/80, *Klomps/Michel*, Slg. 1981, 1593.

³⁴ EuGH, Urteil vom 13.7.1995, Rs. C-474/93, *Hengst Import/Campese*, Slg. 1995, 2113.

wesentlich betrachtet,³⁵ so könnte er wegen Artikel 62 unter dem revLugÜ keine Rolle mehr spielen. Für die Praxis spielt diese offene Frage jedenfalls nur in beschränkten Fällen eine Rolle: in aller Regel wird der Zahlungsbefehl ohnehin an einem revLugÜ-Gerichtsstand, meist am Wohnsitz des Betriebenen, ausgestellt.

2.3.6 Die Zuständigkeitsvereinbarung

Die punktuellen Änderungen in *Artikel 23* stellen hauptsächlich Kodifizierungen der - zumindest für die Schweiz - bereits unter Artikel 17 LugÜ geltenden Rechtslage, dar. Dies gilt zunächst für die Präzisierung in *Absatz 1*, wonach das prorogierte Gericht grundsätzlich ausschliesslich zuständig ist, die Parteien jedoch auch einen nicht ausschliesslichen Gerichtsstand vereinbaren können, sofern auf den nicht ausschliesslichen Charakter ausdrücklich hingewiesen wird.

Der neu eingefügte *Absatz 2* stellt die Vereinbarung auf elektronischem Wege der Schriftform (Abs. 1 Bst. a) gleich. Die diesbezügliche Unsicherheit unter dem LugÜ, die meist umgangen werden konnte, indem die Buchstaben b und c herangezogen wurden, wird dadurch beseitigt.

Das unklare Ausnahmekriterium der "Einseitigkeit" einer Vereinbarung in Artikel 17 Absatz 4 LugÜ wurde im revLugÜ gestrichen. Einschränkungen der Prorogationsfreiheit sind daher abschliessend in den Artikeln 13, 17, 21 und 22 geregelt.

2.4 Rechtshängigkeit

Die *Artikel 27 ff.* (Art. 21 ff. LugÜ) befassen sich mit der Frage der zeitlichen Priorität von konkurrierenden Verfahren, die bei verschiedenen Gerichten anhängig gemacht werden und dieselben Ansprüche betreffen oder solche, die in einem Zusammenhang stehen. Die Normen haben zum Ziel, widersprüchliche Entscheidungen von Gerichten der Vertragsstaaten zu vermeiden und namentlich die in Artikel 34 Ziffer 3 angesprochenen Situationen zu verhindern. Während die Artikel 27, 28 und 29 den Regelungsgehalt der Artikel 21, 22 und 22 LugÜ in fast identischem Wortlaut wieder aufnehmen, ist Artikel 30 neu hinzugekommen. Entsprechend kann - unter Vorbehalt der nachfolgend besprochenen Änderung in Artikel 28 und insbesondere des neuen Artikels 30 - auf die zu den entsprechenden Bestimmungen des LugÜ entwickelte Rechtsprechung und Lehre verwiesen werden.

Art. 28 In einem Zusammenhang stehende Klagen

Der revidierte Artikel 28 nimmt ein Anliegen der Lehre auf und korrigiert eine ungewollte Folge des Wortlauts von Artikel 22 LugÜ, wonach ein Verfahren nur solange ausgesetzt werden konnte, als beide Verfahren "im ersten Rechtszug" anhängig waren. Diese Einschränkung ist neu in den Absatz 2 verlegt worden, was aus systematischer Sicht nachvollziehbar erscheint: Die betreffenden Verfahren müssen nicht mehr in der ersten Instanz rechtshängig sein, damit ein Gericht das Verfahren aussetzen darf. Bei der Frage der Unzuständigkeit hingegen rechtfertigt sich die Einschränkung auf Verfahren, die "im ersten Rechtszug" anhängig sind mit dem Schutz des Instanzenzuges. Ein erstinstanzliches Gericht - dessen Entscheid mit

³⁵ In diese Richtung BGE 130 III 285 E. 5.1

einem vollkommenen Rechtsmittel anfechtbar wäre - soll sich nicht zugunsten einer ausländischen Rechtsmittelinstanz für unzuständig erklären dürfen (vgl. aber den unveränderten Art. 27 für identische Klagen).

Art. 30 Rechtshängigkeit auslösende Handlung

Der neue Artikel 30 soll die wichtige Frage nach dem massgeblichen Zeitpunkt, an dem die Rechtshängigkeit ausgelöst wird, beantworten. Diese ist von Artikel 21 LugÜ offen gelassen worden. Der EuGH hat diese Frage dahingehend beantwortet, dass sich der Zeitpunkt der Auslösung der Rechtshängigkeit nach dem innerstaatlichen Recht des Ortes, an dem die betreffende Prozesshandlung vorgenommen wird, beurteilt.³⁶ Die Auslegung hat zur Folge, dass für den anglo-amerikanischen Rechtskreis der Zeitpunkt der Zustellung des "writ" massgebend ist, während für die meisten übrigen Rechtsordnungen der Zeitpunkt der Zustellung der Klage, sei es dem Gericht oder dem Beklagten, massgebend ist. Eine solchermassen auf nationale Besonderheiten abgestützte Auslegung birgt das Risiko uneinheitlicher und, in einzelnen Fällen, unbefriedigender Ergebnisse in sich. In BGE 123 III 414 hat sich das Bundesgericht eingehend mit der Anwendung von Artikel 21 LugÜ und der Rechtsprechung des EuGH befasst. Das Bundesgericht erblickte in der EuGH-Rechtsprechung eine teilautonome Auslegung, insofern, als der unter dem nationalen Recht massgebliche Verfahrensschritt eine "endgültige" Festlegung der Rechtshängigkeit erlauben und daher zumindest eine Fortführungslast des Klägers enthalten muss (E. 5 d). In der Praxis wirkte sich Artikel 21 LugÜ und die dazu entwickelte Auslegung daraufhin nachteilig, ja geradezu diskriminierend für die in der Schweiz klagende Partei aus, namentlich wenn der die Rechtshängigkeit auslösende Schritt zwingend zu einem späten Zeitpunkt erfolgen musste (etwa erst nach erfolgter Sühnverhandlung) und es dadurch dem Beklagten in der Zwischenzeit möglich war, das Verfahren im Ausland rechtshängig zu machen. Mit dem neuen Artikel 30 sollen diese unerwünschten Wirkungen fortan vermieden werden, indem neu auf einheitliche, leicht identifizierbare prozessuale Schritte abgestellt wird.

Die Grundregel von Artikel 21 betreffend die zeitliche Priorität der zuerst anhängig gemachten Klage - sofern diese den gleichen Anspruch und die gleichen Parteien wie eine zweite betrifft - ist, wie schon erwähnt, unverändert in Artikel 27 revLugÜ übernommen worden. Neu hinzugekommen sind im Artikel 30 revLugÜ einheitliche, autonome Kriterien zur Bestimmung des Zeitpunkts, an dem ein Gericht als angerufen, bzw. eine Klage als anhängig gemacht zu gelten hat. Artikel 30 bedient sich dabei zwei leicht identifizierbarer prozessualer Schritte, einerseits der Klageeinreichung beim Gericht (*Ziff. 1*), andererseits des Empfangs des verfahrenseinleitenden Schriftstücks durch die beklagte Partei (*Ziff. 2*). Es handelt sich dabei um die beiden in den europäischen Rechtsordnungen vorherrschenden Konzepte massgeblicher verfahrenseinleitender Handlungen. Artikel 30 erlaubt es nun, die die Rechtshängigkeit auslösende Handlung unabhängig vom nationalen Prozessrecht zu identifizieren, sei dies die Einreichung des einleitenden Schriftstücks beim Gericht oder der Empfang desselben durch die beklagte Partei.

Indem in beiden Fällen auf eine früheste prozessuale Handlung abgestellt wird, wird der so bestimmte Zeitpunkt von den Unsicherheiten des weiteren Verfahrensablaufs

³⁶ EuGH, Urteil vom 7. Juni 1984, C- 129/83, *Zelger/Salinitri*, Slg. 1984, 2397.

(Dauer der Weiterleitung oder der Behandlung der Klage durch das Gericht, usw.) getrennt. Immerhin muss das eingeleitete Verfahren insofern eine gewisse Bindung des Klägers an das Verfahren enthalten, als die einleitende Handlung nur dann berücksichtigt wird, wenn das eingeleitete Verfahren auch fortgesetzt wird. Der Kläger hat auch die allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt erforderlichen Schritte für die Fortsetzung des Verfahrens vorzunehmen, etwa indem er dafür sorgt, dass die beim Gericht eingereichte Klage dem Beklagten zugestellt wird (wenn hierfür seine Mitwirkung erforderlich ist) oder eine zunächst dem Beklagten zuzustellende Klage auch beim Gericht einreicht. Zu allfälligen Fristen, innert derer allfällige Fortsetzungshandlungen unternommen werden müssten, äussert sich Artikel 30 nicht, und überlässt diese Frage damit dem innerstaatlichen Prozessrecht.

Artikel 30 bezeichnet zwar den Zeitpunkt, der die Rechtshängigkeit begründet, überlässt es aber dem nationalen Prozessrecht, welches der zur Auswahl gestellten Konzepte zur Einleitung eines Verfahrens zu verwenden ist und wie dieses ausgestaltet sein soll. Obwohl Artikel 30 das Schlichtungsverfahren nicht ausdrücklich anspricht, kann, auch vor dem Hintergrund der Vorarbeiten zu Artikel 30, das *Schlichtungsbegehren* ein verfahrenseinleitendes Schriftstück im Sinne des Artikels 30 darstellen. In allen Fällen, in denen das Schlichtungsverfahren eine obligatorische prozessuale Vorstufe bildet (vgl. Art. 196 ff. E-ZPO), löst das Schlichtungsbegehren die Rechtshängigkeit nach Artikel 30 Ziffer 1 aus, wobei diese Wirkung insofern eine bedingte ist, als der Gesuchsteller allenfalls notwendige, spätere Schritte zur Fortsetzung des Verfahrens innert Frist vorzunehmen hat. Diese Rechtslage entspricht dem Konzept der E-ZPO (Art. 60), wonach die Einreichung des Schlichtungsbegehrens ebenfalls die Rechtshängigkeit auslöst. Wo kein Schlichtungsverfahren vorgesehen ist, ist der Zeitpunkt massgebend, an dem die Klage anhängig gemacht wird, worunter jeder verfahrenseinleitende Vorgang zu subsumieren ist, mit welchem erstmals in bestimmter Form beim Gericht um Rechtsschutz ersucht wird, typischerweise die Einreichung der Klage beim Gericht.

2.5 Autonome Sitzdefinition juristischer Personen

Während die für die Bestimmung des Wohnsitzes natürlicher Personen das bisherige Konzept einer Verweisung auf das internationale Privatrecht des Forumstaates beibehalten wurde (Art. 59, der inhaltlich unverändert Art. 52 LugÜ wiedergibt), wird bei den Gesellschaften und anderen juristischen Personen die Verweisungslösung durch eine staatsvertragsautonome Definition ersetzt.

Die bisherige Bestimmung des Sitzes durch Verweisung auf das IPR des Forums (Art. 53 Abs. 1 LugÜ) wird weithin als unbefriedigend empfunden. Die unterschiedlichen Anschauungen in den Vertragsstaaten bezüglich der Sitzbestimmung (Sitztheorie v. Inkorporationstheorie oder Gründungstheorie) konnten sowohl zu positiven als auch zu negativen Kompetenzkonflikten führen. Die Revision hat diese unterschiedlichen Ansätze im neuen *Artikel 60* in eine autonome Definition integriert.

Der neue Artikel 60 Absatz 1 zeichnet sich dadurch aus, dass das auf die tatsächlichen Verhältnisse ausgerichtete Sitzprinzip und das normativ ausgerichtete Inkorporationsprinzip alternativ miteinander verbunden werden. Der Kläger kann zwischen den Gerichtsständen der Hauptverwaltung oder der Hauptniederlassung oder dem

Gerichtsstand des satzungsmässigen Sitzes wählen, sofern diese in verschiedenen Vertragsstaaten liegen. Die Begriffe orientieren sich am Vorbild des Artikels 48 Absatz 1 EG-Vertrag. Demnach ergibt sich der *satzungsmässige Sitz* aus den Gesellschaftsstatuten. Die *Hauptverwaltung* liegt am Ort, an dem die Willensbildung und die unternehmerische Leitung der Gesellschaft oder anderen juristischen Person erfolgt, somit i.d.R. am Sitz ihrer Organe. Die *Hauptniederlassung* liegt am Ort, wo der erkennbare tatsächliche Geschäftsschwerpunkt liegt, wo sich also die bedeutenden Personal- und Sachmittel befinden.

Besonderheiten des englischen und schottischen Rechts gaben dazu Anlass, in Artikel 60 Absatz 2 eine Konkretisierung des Begriffs des satzungsmässigen Sitzes für die Zwecke des Vereinigten Königreichs vorzunehmen.

Mit der beschriebenen Lösung wird der Hauptnachteil des heutigen Systems beseitigt, der sich aus der Kluft zwischen den beiden verschiedenen nationalen Konzepten - Satzungs- bzw. Inkorporationsprinzip contra Sitzprinzip - in Europa ergibt: negative Kompetenzkonflikte werden in Zukunft vermieden. Die nunmehr wohl häufigeren positiven Kompetenzkonflikte schaffen hingegen ein Wahlrecht des Klägers.

Die erweiterte Sitzbestimmung in Artikel 60 führt, i.V.m. Artikel 2, zu einer Erweiterung des räumlich-persönlichen Anwendungsbereichs des Übereinkommens. Künftig ist denkbar, dass Gesellschaften welche ihren statutarischen Sitz zwar nicht in einem Vertragsstaat haben, tatsächlich aber in einem Vertragsstaat verwaltet werden, vom Übereinkommen erfasst werden.

Artikel 60 gilt nicht für die ausschliessliche Zuständigkeit aufgrund von Artikel 22 Ziffer 2. Dort bleibt es bei der bisherigen Verweisungslösung.

2.6 Anerkennung und Vollstreckung

2.6.1 Grundzüge der Neuerungen

Das Verfahren der Anerkennung und Vollstreckung wird - entgegen neueren Tendenzen innerhalb der EU, auf ein Anerkennungsverfahren rundweg zu verzichten³⁷ - beibehalten. Die Neuerungen des Kapitels III (Anerkennung und Vollstreckung) zielen stattdessen auf eine weitere Vereinfachung und Beschleunigung des Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahrens. Diesen Zielen wird die Revision auf zweierlei Arten gerecht, einerseits durch eine Verschlankung der materiellen Gründe zur Verweigerung der Anerkennung (vgl. nachfolgend Ziff. 2.6.2), andererseits durch eine Straffung des Verfahrens (Ziff. 2.7).

Die Neuerungen im 1. Abschnitt (Anerkennung) bringen punktuelle, jedoch praktisch bedeutsame Einschränkungen der möglichen Einreden (Art. 34). Der wichtige Grundsatz, wonach jede ausländische Entscheidung grundsätzlich anerkannt wird, wurde beibehalten. Entsprechend ist *Artikel 33* unverändert von Artikel 26 LugÜ

³⁷ Die Verordnung (EG) 805/2004 vom 21. April 2004 über unbestrittene Forderungen schafft das Vollstreckbarerklärungsverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in ihrem Anwendungsbereich ab. Ein Gläubiger kann sich einen Titel stattdessen im Ursprungsland selber als Europäischen Vollstreckungstitel bestätigen lassen, wodurch es ohne weitere Prüfung in den übrigen Mitgliedstaaten vollstreckbar wird.

übernommen worden. Wie bis anhin enthält Artikel 33 Absatz 2 eine gesetzliche Grundlage für eine auf die Anerkennbarkeit gerichtete Feststellungsklage. Auch das in Artikel 31 LugÜ verankerte Prinzip, wonach Entscheidungen aus einem Vertragsstaat in einem anderen Vertragsstaat grundsätzlich vollstreckbar sind, wurde unverändert in Artikel 38 übernommen.

Die darauf folgenden Bestimmungen über das Vollstreckbarerklärungsverfahren (Exequaturverfahren) haben hingegen wichtige Änderungen erfahren. Das revidierte Vollstreckbarerklärungsverfahren und seine Umsetzung im schweizerischen Recht bilden daher den Gegenstand eines besonderen Abschnitts (Ziff. 2.7).

2.6.2 Verweigerungsgründe der Anerkennung

Art. 34 Ziff. 1 Offensichtliche Verletzung des *ordre public*

Der Verweigerungsgrund des materiellen und formellen *ordre public* in Artikel 34 Ziffer 1 (Art. 27 Ziff. 1 LugÜ) wird auf "offensichtliche" Verstösse reduziert. Die Anpassung ist rein redaktioneller Natur. Der geänderte Text gibt die auch in der Schweiz geltende bundesgerichtliche Rechtsprechung wieder, gemäss welcher insbesondere der anerkennungsrechtliche *ordre public* nur in Ausnahmefällen herangezogen werden soll (BGE 127 III 300).

Art. 34 Ziff. 2 Fehlerhafte Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks

Im Bereich des rechtlichen Gehörs im Rahmen der Zustellung ergeben sich bedeutende Neuerungen. Nach bisherigem Übereinkommenstext konnte der Zweitrichter die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks auf deren "Ordnungsmässigkeit" überprüfen (Art. 27 Ziff. 2 LugÜ). Die im Urteilsstaat geltenden Zustellungsregeln mussten dabei vollumfänglich auf ihre Einhaltung überprüft werden. Als Folge davon konnte sich der Vollstreckungsgegner selbst auf nebensächliche Zustellungsfehler, die seine Verteidigungsrechte materiell nicht beeinträchtigen, berufen und damit eine Sperrwirkung für die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung auslösen. Ein Ziel der Revision bestand darin, diese Missbrauchsmöglichkeit unter gleichzeitiger Wahrung der Verteidigungsrechte des Vollstreckungsbeklagten zu eliminieren. Deshalb wird die Anerkennung nach revidiertem Text nur verweigert, wenn dem Beklagten das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht so rechtzeitig und nicht in einer Weise zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte. Damit ist zugleich eine minimale, jedoch funktional wesentliche Förmlichkeit der Zustellung gewährleistet. Schwerwiegende Zustellungsmängel dürften allerdings regelmässig ein starkes Indiz dafür bilden, dass dem Schuldner bei der Verfahrenseinleitung kein ausreichendes rechtliches Gehör gewährt wurde.

Diese Lockerung der Konsequenzen einer formell fehlerhaften Zustellung soll den Vollstreckungsgegner nach dem revidierten Artikel 34 Ziffer 2 nicht davon entbinden, sich soweit möglich, mit den gegebenen Rechtsmitteln gegen einen - im Sinne des 1. Teilsatzes korrekt zugestellten³⁸ - Entscheid, zur Wehr zu setzen. Artikel 34

³⁸ So das vom EuGH im Entscheid *AMSL/SEMIS* vom 14. Dezember 2006, Rs 283/05 aufgestellte Erfordernis.

Ziffer 2, letzter Teilsatz (ab "es sei denn...") macht dies gar zur Obliegenheit des Vollstreckungsbeklagten: Fall dieser es unterlassen hat, die zu vollstreckende, korrekt zugestellte Entscheidung anzufechten, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre, soll er sich nicht erst im Anerkennungsverfahren auf die mangelhafte Zustellung berufen können.

Diese zusätzliche Einschränkung der Beklagtenrechte ist aus schweizerischer Sicht zu weitgehend: Die Stellung eines Beklagten, der bereits erstinstanzlich unterlegen ist und die Missachtung seiner prozessualen Rechte vor einem ausländischen Gericht erst in einem Rechtsmittelverfahren rügen darf, ist mit der prozessualen Stellung eines gehörig zum erstinstanzlichen Verfahren geladenen Beklagten nicht vergleichbar. Zu denken ist hier etwa an die kurzen Rechtsmittelfristen (um einen Rechtsstandpunkt erstmalig vorzubringen) oder an allfällige Kognitionsbeschränkungen, die im Rechtsmittelverfahren zum Tragen kommen. Indem der Beklagte mit seinem Einwand der mangelhaften Zustellung auf ein Rechtsmittelverfahren verwiesen wird, begünstigt die Regelung von Artikel 32 Ziffer 2 im Ergebnis den Kläger, der auf der Grundlage einer mangelhaften Zustellung ein Abwesenheitsurteil erhält. Der Umstand, dass das Abwesenheitsurteil seinerseits im Sinne von Artikel 32 Ziffer 2 korrekt zugestellt werden muss³⁹, ändert daran nichts.

Die Schweiz hat sich daher in Protokoll Nummer 1, Artikel III das Recht ausbedungen, gegen diese zu weitgehende Relativierung der Beklagtenrechte einen Vorbehalt anzubringen, und sie beabsichtigt, von diesem Recht Gebrauch zu machen (vgl. Ziff. 3). Der zweite Teilsatz von Artikel 34 Ziffer 2 wird daher gegenüber einem in der Schweiz wohnhaften Anerkennungsbeklagten nicht anwendbar sein. Umgekehrt können sich die übrigen Vertragsstaaten auf gleiche Rechtslage gegenüber schweizerischen Urteilen berufen. Wie schon dem Beklagten mit Wohnsitz in der Schweiz, steht auch dem Beklagten im Ausland im Rahmen einer Anerkennung und Vollstreckung in der Schweiz die Einrede von Artikel 34 Ziffer 2 auch dann offen, wenn er es unterlassen hat, nach Erhalt der (korrekt) zugestellten Entscheides, die fehlerhafte Ladung zu rügen.

Art. 34 Ziff. 3 Einrede der res iudicata im Vollstreckungsstaat

Wie schon Artikel 27 Ziffer 3 LugÜ, stellt Artikel 34 Ziffer 3 in allgemeiner Weise klar, dass ein widersprechendes Urteil aus einem Vertragsstaat in derselben Sache einer Anerkennung entgegensteht.

Art. 34 Ziff. 4 Einrede der res iudicata in einen anderen als dem Vollstreckungsstaat

Artikel 34 Ziffer 4 erfuhr gegenüber seinem Vorgänger, Artikel 27 Ziffer 5 LugÜ, nur eine Klarstellung, die eine Lücke im bisherigen Wortlaut schliesst: Die Anerkennung einer Entscheidung wird nunmehr nicht nur verweigert, wenn sie unvereinbar ist mit einer Entscheidung aus einem Drittstaat, der nicht Vertragsstaat ist, sondern auch wenn sie unvereinbar ist mit einer Entscheidung aus einem anderen Vertragsstaat als dem ersuchten.

³⁹ vgl. den in vorangehender Fn erwähnten Entscheid.

Der in seiner Anwendung komplizierte und in der Praxis kaum relevante Verweigerungsgrund des Artikels 27 Ziffer 4 LugÜ (ein Überbleibsel einer "révision au fond") wurde gestrichen.

2.7 Das revidierte Exequaturverfahren und seine Umsetzung in der Schweiz

2.7.1 Vorbemerkungen

2.7.1.1 Das revLugÜ im schweizerischen Vollstreckungsrecht

Das revLugÜ ist, wie schon das LugÜ, unmittelbar anwendbar und verdrängt in seinem Anwendungsbereich die Zuständigkeits- und die Anerkennungs- und Vollstreckungsnormen des nationalen Rechts, namentlich des IPRG.

Das revLugÜ enthält ausführliche - jedoch nicht abschliessende - Bestimmungen zum Vollstreckbarerklärungsverfahren (Exequatur). Dieses Verfahren hat im revLugÜ bedeutsame Änderungen gegenüber dem LugÜ erfahren, die nachfolgend erläutert werden.

Das revLugÜ enthält ein einheitliches Verfahren zur Vollstreckbarerklärung, welches unabhängig davon anzuwenden ist, ob Urteile oder öffentliche Urkunden auf Geldzahlung oder auf andere Leistungen zu vollstrecken sind. Die schweizerische Zwangsvollstreckung ist demgegenüber von der Trennung in Geld- und andere Leistungen geprägt. Entsprechend gilt es, das Vollstreckbarerklärungsverfahren des revLugÜ sowohl mit der E-ZPO als auch mit dem SchKG in Einklang zu bringen.

Im Bereich der Vollstreckung von *anderen als Geldschulden* lassen sich die Verfahrensvorschriften des revLugÜ meist ohne weiteres mit den einschlägigen Bestimmungen des Zivilprozessrechts (Art. 336 ff. E-ZPO) vereinbaren. Der Vorrang des revLugÜ wird in Artikel 333 Absatz 3 E-ZPO ausdrücklich bekräftigt. Dieser Vorrang kommt beim Exequatur im Rahmen der E-ZPO dahingehend zum Tragen, dass das Vollstreckungsgericht ohne Anhörung des Schuldners entscheidet und dessen Einwendungen erst im Rechtsmittelverfahren zu hören sind (vgl. Ziff. 2.7). Die Voraussetzungen der Anerkennung beurteilen sich ausschliesslich nach dem revLugÜ (vgl. Ziff. 2.6.2). Die vom revLugÜ nicht geregelten Fragen, etwa die zur Verfügung stehenden *Sicherungsmittel* (nicht aber deren Voraussetzungen, vgl. Ziff. 2.7.5) unterstehen hingegen der E-ZPO (Art. 340 ff. E-ZPO).

Im Anwendungsbereich des *SchKG* hat die Erfahrung mit dem LugÜ gezeigt, dass sich wichtige prozessuale Vorgaben des LugÜ trotz deren Vorrang (Art. 30a SchKG) nicht ohne weiteres mit dem geltenden SchKG vereinbaren lassen.⁴⁰ Zu nennen ist etwa das Erfordernis der Einseitigkeit des Exequaturverfahrens und der damit gewollte Überraschungseffekt. Selbst wenn das Verfahren vor dem Rechtsöffnungsrichter als einseitiges durchgeführt wird, vereitelt das Einleitungsverfahren des SchKG, insb. der Zahlungsbefehl, den Überraschungseffekt.

Anders als bei der Vorlage zum LugÜ vom 21. Februar 1990⁴¹ werden deshalb mit der Ratifizierung des revLugÜ punktuelle *Anpassungen des SchKG und der E-ZPO*

⁴⁰ BGE 126 III 441

⁴¹ Vgl. Fn 2.

vorgeschlagen, dank welchen sich das Exequaturverfahren nach revLugÜ in das schweizerische Vollstreckungsrecht einfügen lässt. Mit den vorgeschlagenen Anpassungen soll einerseits dem kantonalen "Wildwuchs" ein Ende bereitet und andererseits sichergestellt werden, dass die Wirksamkeit des revLugÜ nicht durch eine fehlende Abstimmung mit dem SchKG oder der E-ZPO in Frage gestellt wird. Gleichzeitig sollen sie die Vorzüge, die das revLugÜ dem Gläubiger im Ausland zur Verfügung stellt, auch Gläubigern in der Schweiz eröffnen.

2.7.1.2 Grundzüge der Umsetzung

Das vorgeschlagene Konzept eines revLugÜ-konformen Exequatur- und Vollstreckungsverfahrens beruht auf zwei Pfeilern:

- Der Zuständigkeit des *Vollstreckungsgerichts* für sämtliche Vollstreckungsmassnahmen, einschliesslich der Erteilung des Exequators und des damit zusammenhängenden Sicherungsmittels, sowie
- dem (modifizierten) Arrest als Sicherungsmittel des revLugÜ für Geldschulden.

Das schweizerische SchKG kennt bereits ein einseitiges Verfahren ohne Teilnahme des Gesuchsgegners, wie es das revLugÜ für das Exequatur vorsieht, nämlich das Arrestverfahren nach Artikel 272 ff. SchKG. Es liegt daher nahe, das entsprechende Verfahren für das Exequatur nach revLugÜ zuständig zu erklären, jedenfalls soweit zugleich die Sicherung einer Geldschuld beantragt wird.

Das bisherige Arrestgericht (Art. 272, 274 und 278 SchKG) wird im SchKG neu schlicht als *Gericht* bezeichnet. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass diesem Gericht die Kompetenz zum Erlass sämtlicher mit der Vollstreckung und deren Sicherung zusammenhängenden Massnahmen - zu denen auch der Arrest gehört - zugewiesen werden kann und im Rahmen des revLugÜ durch die entsprechende Erklärung zugewiesen wird. Die Kompetenzen des bisherigen Arrestgerichts fallen somit - soweit das kantonale Gerichtsorganisationsrecht dies (wie die meisten geltenden Regelungen) weiterhin so vorsieht - mit denjenigen des Vollstreckungsgerichts i.S.v. von Artikel 336 ff. E-ZPO zusammen. Gleichzeitig wird der Grundsatz der sprachlichen Gleichstellung umgesetzt.

Weiter wird die örtliche Zuständigkeit des Gerichts für den Erlass des Arrestbefehls in Artikel 272 SchKG ebenfalls an das revLugÜ (Art. 39) und an die E-ZPO (Art. 337) angepasst.

Steht das Exequatur nicht im Zusammenhang mit einer Vollstreckung einer Geldleistung, sondern einer anderen Leistung (Tun, Dulden oder Unterlassen), so hat das Vollstreckungsgericht nach den Bestimmungen der E-ZPO (Art. 333 ff. E-ZPO) vorzugehen. Dabei ist zu beachten, dass das Verfahren der E-ZPO punktuell - etwa bezüglich der Einseitigkeit des Verfahrens - vom revLugÜ überlagert wird.

Da ein Sicherungsmittel, das gestützt auf das Exequatur beantragt wird, nicht von einem weiteren, gesonderten Gerichtsentscheid abhängig gemacht werden kann,⁴² muss das für das Exequatur zuständige Gericht stets befugt sein, das entsprechende Sicherungsmittel auszusprechen. Bei der Vollstreckung von Geldschulden spricht daher das Vollstreckungsgericht (als *Gericht*, welches den Arrestbefehl auf der Grundlage von Art. 272 SchKG ausspricht) sowohl das Exequatur als auch den Arrestbefehl aus. Bezüglich Leistungen, die nicht auf Geld lauten, kommt dem Vollstreckungsgericht diese Kompetenz bereits aufgrund von Artikel 338 E-ZPO zu.

⁴² EuGH, Urteil vom 3.10.1985, Rs 119/84, *Capelloni/Pelkmans*, Slg. 1985, 1951.

Wie schon aufgrund von Artikel 338 E-ZPO, soll das Vollstreckungsgericht auch unter Artikel 272 ff. SchKG neu *schweizweit* Vermögenswerte mit Beschlag belegen dürfen. Damit wird der mit der E-ZPO geschaffene einheitliche Vollstreckungsraum auf Sicherungsmassnahmen nach SchKG ausgedehnt. Die gleichzeitige Erteilung des Exequatur und eines darauf gestützten Arrestbefehls wird dadurch überhaupt ermöglicht. Müssten nämlich verschiedene Vermögenswerte in verschiedenen Gerichtskreisen gestützt auf dasselbe Urteil mit Arrest belegt werden, ohne dass der Exequaturrichter für alle Gegenstände zuständig wäre, müssten entweder mehrere (evtl. widersprüchliche) Exequaturentscheide ergehen oder gesonderte Arrestbefehle. Zugleich wird dadurch - auch ausserhalb des Anwendungsbereichs des revLugÜ - eine sachlich nicht gerechtfertigte prozessuale Hürde für den Arrestgläubiger beseitigt.

Die vom Bundesgesetzgeber vorgezeichnete Zusammenfassung der sachlichen Zuständigkeit für Vollstreckungs- und entsprechende Sicherungsmassnahmen, einschliesslich des Arrests, bei einem Gericht (in casu dem Vollstreckungsgericht) entspricht der weit überwiegenden und sinnvollen Praxis der kantonalen Gerichtsorganisationsgesetze. Es ist zu hoffen, dass diese Rechtslage spätestens mit dem Inkrafttreten der E-ZPO und der vorgeschlagenen Bestimmungen in allen Kantonen besteht.

Die Ausweitung der örtlichen Zuständigkeit und die offenere Terminologie (Gericht statt Arrestgericht) legt es zudem nahe, dass es auch ausserhalb eines Vollstreckungsverfahrens einem mit der Hauptsache befassten Gericht möglich sein sollte, einen Arrestbefehl als vorsorgliche Massnahme auszusprechen, sofern die örtliche Zuständigkeit des Hauptsachegerichts nach Artikel 272 SchKG gegeben ist. Damit würde auch in diesem Bereich das SchKG mit der entsprechenden Regelung der E-ZPO (Art. 257) gleichziehen.

2.7.1.3 Das inzidente Exequatur als Alternative

Neben dem durch das revLugÜ und durch die vorgeschlagenen Anpassungen geschaffenen neuen, revLugÜ-konformen Exequaturverfahren, steht es dem Gläubiger auch künftig offen, den Weg über die *ordentliche Betreuung* und dem *inzidenten Exequatur* im Rahmen der Rechtsöffnung (Art. 81 SchKG) zu beschreiten. Damit verzichtet allerdings der Gläubiger auf die prozessualen Vorzüge, die ihm das revLugÜ gewährt. Dieses Verfahren dürfte vor allem für Gläubiger, die weder ein Sicherungsmittel noch einen Überraschungseffekt beanspruchen wollen (oder können) eine prüfenswerte Option bleiben.

2.7.2 Das Exequaturverfahren in erster Instanz

Art. 39 Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Exequaturgerichts

Artikel 39 enthält gegenüber seinem Vorgänger, Artikel 32 LugÜ, eine rein formelle Anpassung. Die Liste der zuständigen Gerichte oder Behörden ist nicht mehr im Übereinkommen selbst enthalten, sondern in einem Annex II, auf welchen in Artikel 39 verwiesen wird. Dieselbe Methode kommt auch in den Artikeln 43 Absatz 2 und in Artikel 44 zur Anwendung.

Die diesbezügliche Erklärung der Schweiz (vgl. Ziff. 3) wird im Zuge der angestrebten einheitlichen Regelung des Exequaturverfahrens und des Sicherungsmittels geändert: neu ist in der Schweiz ein Vollstreckungsantrag grundsätzlich an das *kantonale Vollstreckungsgericht* (Art. 336 ff. E-ZPO) zu richten. Das Vollstre-

ckungsgericht (allenfalls als Arrestgericht gemäss der bisherigen Terminologie agierend) kann dann sowohl das *Exequatur* als auch den nach neuem Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 6 SchKG darauf gestützten *Arrest* aussprechen (vgl. Ziff. 2.7.5). Es erfasst im Anwendungsbereich des revLugÜ auch das für die Erteilung des Arrestbefehls zuständige Gericht nach Artikel 272 SchKG (vgl. Ziff. 2.7.1.2).

Die *örtliche* Zuständigkeit des kantonalen Vollstreckungsgerichts richtet sich unmittelbar nach Artikel 39 Absatz 2. Diesem zufolge besteht der Gerichtsstand am Vollstreckungsort nicht mehr subsidiär, sondern *alternativ* zum Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten zur Verfügung. Das revLuÜ entspricht damit im Ergebnis weitgehend der Regelung von Artikel 337 E-ZPO. Es widerspricht hingegen dem geltenden Artikel 272 SchKG insofern, als letzterer keinen Gerichtsstand am Wohnsitz des Schuldners vorsieht. Artikel 272 SchKG soll daher dahingehend angepasst werden, dass der *Arrest neu auch am Betreibungsort* und damit i.d.R. am Wohnsitz des Schuldners, beantragt werden kann (vgl. Ziff. 4.1). Damit wird die Zuständigkeit für die Ausstellung des Arrestbefehls nach Artikel 272 SchKG an Artikel 39 und an Artikel 337 E-ZPO angeglichen und eine Benachteiligung von Gläubigern in der Schweiz, denen ausserhalb des revLugÜ kein Arrestort am Beklagtenwohnsitz gewährt würde, verhindert.

Wird in einem einzigen Begehren der Arrest über mehrere Gegenstände, die in verschiedenen Gerichtskreisen belegen sind, beantragt, so kann dieser Antrag nur am Betreibungsort eingereicht werden. Nur so kann verhindert werden, dass verschiedene Arrestgesuche über denselben Gegenstand eingereicht werden oder ein Arrestort rechtsmissbräuchlich behauptet wird, nur um die Zuständigkeit über andere Gegenstände zu begründen. Zudem liegt es auch aus praktischen Gründen nahe, einen Arrest über mehrere Gegenstände am Betreibungsort in die möglicherweise darauf folgende Pfändung (oder in den Konkurs) zu überführen.

Art. 40 Der Exequaturantrag

Artikel 40 entspricht fast wörtlich Artikel 33 LugÜ. Eine Neuerung ergibt sich aber aus den im Absatz 3 verwiesenen Artikel 53, der die dem Antrag beizulegenden Urkunden regelt. Hierzu wird auf die Kommentierung der Artikel 53 und 54 verwiesen.

Art. 41 Vollstreckungsautomatismus und Einredeausschluss

Artikel 41 ist eine Schlüsselbestimmung des revidierten Exequaturverfahrens. Dieses charakterisiert sich dadurch, dass eine materielle Prüfung der Verweigerungsgründe erst in zweiter Instanz erfolgt. Die erste Exequaturinstanz erteilt die Vollstreckbarerklärung somit ungeachtet allfälliger materieller Verweigerungsgründe, selbst wenn diese offensichtlich gegeben sein sollten. Allerdings hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen, ob der fragliche Antrag überhaupt in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fällt. Wie bis anhin erfolgt dieses erstinstanzliche Verfahren *einseitig*, d.h. ohne Einbezug des Vollstreckungsbeklagten, weshalb sich das Gericht selbst bezüglich dieser Fragen vorerst auf die Behauptungen der Gesuchstellerin zu stützen hat. Im Übrigen beschränkt sich die Prüfungsbefugnis des Exequaturgerichts im Wesentlichen auf die formelle Prüfung der Urkunden nach Artikel 53 ff.

Für die schweizerischen Gerichte, die für das Exequatur und allfällige Sicherungsmassnahmen, namentlich dem Arrest, zuständig sind, hat dies zur Folge, dass der Schuldner in dieser Phase nicht zu hören ist. Für das Arrestbewilligungsverfahren (Art. 272 ff. SchKG) ist dies nichts Neues, erfolgt doch die Arrestbewilligung seit jeher auf einseitiges Vorbringen des Arrestgläubigers. Das für den Arrest zuständige Gericht kann nun auch das Exequatur, auf welches sich der Arrestantrag stützt, im gleichen, einseitigen Verfahren, aussprechen. Entscheidet das Vollstreckungsgericht nach Artikel 336 ff. E-ZPO, so werden die Verfahrensbestimmungen der E-ZPO durch die einschlägigen Bestimmungen des revLugÜ (Art. 40 ff. revLugÜ) überlagert. Auch das Vollstreckungsgericht darf daher weder den Schuldner anhören noch materielle Verweigerungsgründe prüfen.

Vor dem Hintergrund, dass keine Überprüfung der materiellen Verweigerungsgründe mehr möglich ist, ist eine Schutzschrift nach Artikel 266 E-ZPO gegen ein revLugÜ-Exequatur zwecklos. Der diesbezüglich nicht mehr zutreffende Hinweis in Artikel 266 E-ZPO wird daher gestrichen (Ziff. 4.2).

Art. 42 Zustellung an den Schuldner

Artikel 42 Absatz 1 ist unverändert von Artikel 35 LugÜ übernommen worden.

Neu schreibt das Übereinkommen in Artikel 42 Absatz 2 vor, dass der Exequaturentscheid und, soweit dies noch nicht erfolgt ist, die diesem zugrunde liegende Entscheidung, dem Schuldner zuzustellen sind. Die Zustellung in der Schweiz richtet sich nach der E-ZPO, ins Ausland nach den anwendbaren staatsvertraglichen Vereinbarungen (zum Vorbehalt der Schweiz zu Art. 1 Abs. 2 des Prot. Nr. 1 vgl. Ziff. 3).

2.7.3 Die Rechtsbehelfe gegen den Exequaturentscheid

2.7.3.1 Vorgaben des Übereinkommens

Art. 43 Der Rechtsbehelf an das "obere kantonale Gericht"

Artikel 43 tritt an die Stelle der Artikel 36 LugÜ (Rechtsbehelf des unterlegenen - Vollstreckungsbeklagten) und Artikel 40 LugÜ (Rechtsbehelf des unterlegenen - Vollstreckungsklägers). Indem nicht mehr zwischen dem Rechtsbehelf des Vollstreckungsklägers und -beklagten unterschieden wird (*Abs. 1*), wird das Rechtsbehelfsverfahren vereinfacht.

Der nun vereinheitlichte Rechtsbehelf ist am in Anhang III aufgeführten Gericht einzulegen (*Abs. 2*). Für die Schweiz wird dort neu das "obere kantonale Gericht" bezeichnet, stellvertretend für die gemäss dem jeweiligen kantonalen Organisationsgesetz zuständigen Rechtsmittelinstanzen gegen Entscheidungen im summarischen Verfahren.

Durfte der Antragsgegner in erster Instanz noch nicht gehört werden, so ist ihm im Rahmen des Rechtsbehelfs nach Artikel 43 zwingend Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (*Abs. 3*). Beiden Parteien - in besonderem Masse aber dem bisher nicht gehörten Schuldner - ist ein umfassendes rechtliches Gehör zu gewähren. Lässt sich etwa der Schuldner auf das vom Gläubiger in Gang gebrachte Rechtsbehelfsverfahren nicht ein, so hat das Gericht nach Artikel 43 Absatz 4 i.V.m. Artikel 26 Absätze 2 bis 4 das Verfahren auszusetzen, bis festgestellt ist, dass die Verteidigungsrechte des Schuldners gewahrt wurden. Dieser Schutz erstreckt sich auch auf Schuldner,

die ihren Wohnsitz nicht einem Übereinkommenstaat haben. Im Übrigen ist die Ausgestaltung des Rechtsmittels - unter Vorbehalt der Bestimmungen des Übereinkommens selbst - nach den auf kontradiktorische Verfahren anwendbaren Vorschriften des Vollstreckungsstaates durchzuführen. Der Anspruch auf ein umfassendes rechtliches Gehör sowie der Umstand, dass der Schuldner zuvor nicht gehört wurde, schliessen Kognitionsbeschränkungen des urteilenden Gerichts, etwa eine Beschränkung der Tatsachenüberprüfung auf offensichtliche Unrichtigkeit (Art. 317 Buchstabe b E-ZPO), aus. Dem Rechtsbehelf kommt zudem nach Artikel 43 Absatz 3 in fine insofern *aufschiebende Wirkung* zu, als keine über den Sicherungszweck hinaus gehende Eingriffe in das Vermögen des Schuldner zulässig sind.

Was die *Fristen* des Rechtsbehelfs betrifft, wird die Regel von Artikel 36 LugÜ inhaltlich unverändert in Artikel 43 Absatz 4 übernommen. Somit bleibt es bei der Frist des unterlegenen Schuldners von 1 Monat, die sich auf 2 Monate verlängert, wenn dieser seinen Wohnsitz nicht im Vollstreckungsstaat hat.

2.7.3.2 Die revLugÜ-Beschwerde

Die E-ZPO sieht als Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts ausschliesslich die *Beschwerde* nach Artikel 316 f. vor (Art. 305 Buchstabe a E-ZPO). Damit untersteht der Arrest - unter Vorbehalt der Arresteinsprache - dem gleichen Rechtsmittel wie alle übrigen Sicherungsmassnahmen (vgl. Ziff. 4.1).

Ein neuer Artikel 325a E-ZPO (vgl. Ziff. 4.2) sorgt dafür, dass die Beschwerde im Anwendungsbereich des revLugÜ bezüglich der aufschiebenden Wirkung und der Kognition des Gerichts den Vorgaben des revLugÜ entspricht.

Die Fristen von Artikel 43 Absatz 4 kommen - für den unterlegenen Schuldner - unmittelbar zur Anwendung. Da sich das revLugÜ zu den Fristen des unterlegenen Gläubigers ausschweigt, bestimmten sich diese hingegen nach 318 E-ZPO.

In beiden Fällen beginnen die Fristen erst mit der Zustellung des *begründeten* Entscheides. Eine solche Zustellung erfolgt nach Artikel 235 E-ZPO erst auf Verlangen einer Partei. Die dafür vorgesehene 10tägige Frist ist auch im Anwendungsbereich des revLugÜ zu beachten. Verzichtet die unterlegene Partei auf eine Begründung innert dieser Frist, ist darin ein Rechtsmittelverzicht zu sehen, der - auch im Anwendungsbereich des revLugÜ - seine Wirkung ab dem Ablauf der Frist von Artikel 235 E-ZPO entfaltet.

Mit der Zustellung des Exequaturentscheids und eines darauf gestützten Arrestbefehls an den Schuldner durch das Arrestgericht beginnen gleichzeitig sowohl die erwähnten Fristen für den revLugÜ-Rechtsbehelf als auch die zehntägige Frist für die Einreichung einer *Arresteinsprache* (Art. 278 Abs. 1 SchKG) zu laufen. Letztere steht nur für ausschliesslich arrestbezogene Einwände zur Verfügung (Bestreitung des Arrestobjekts, Auferlegung einer Arrestkaution, Einrede der Pfandsicherheit), soweit sich der Arrest auf ein Exequatur nach revLugÜ stützt (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG, vgl. Ziff. 4.2). Die Überprüfung des *Arrestgrunds* untersteht - im Rahmen der zulässigen Einwendungen - ausschliesslich der revLugÜ-Beschwerde.

Der Entscheid über die Arresteinsprache untersteht nach revidiertem Artikel 278 Absatz 3 SchKG (vgl. Ziff. 4.2) wiederum der Beschwerde. Werden daher sowohl der Einspracheentscheid als auch das Exequatur angefochten, liegt es nahe, die Beschwerden nach Artikel 123 Buchstabe c E-ZPO zu vereinigen.

Während eines laufenden Beschwerdeverfahrens ist es dem Gläubiger unbenommen, das Betreibungsverfahren mittels eines Betreibungsbegehrens einzuleiten. Eine (definitive) Rechtsöffnung mit anschliessender Pfändung kann jedoch aufgrund des Verbots von Massnahmen, die in das Vermögen des Schuldners eingreifen (Art. 47 Abs. 3 revLugÜ), erst nach Abweisung der revLugÜ-Beschwerde erfolgen.

2.7.3.3 Der Rechtsbehelf an das Bundesgericht

Artikel 44 regelt das Rechtsmittel gegen die Entscheidung über den Rechtsbehelf (Art. 43). Die Beschwerdeinstanz für die jeweiligen Vertragsstaaten ist neu im Annex IV zur revLugÜ aufgeführt. Für die Schweiz wird im entsprechenden Artikel 41 LugÜ seit 1. Januar 2007 die "Beschwerde an das Bundesgericht" genannt. Dieser Hinweis wird unverändert in den Annex IV überführt.

Damit kommt in der Schweiz primär die *Einheitsbeschwerde in Zivilsachen* an das Bundesgericht nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005⁴³ (BGG) zur Anwendung. Wo diese im Einzelfall nicht gegeben ist (vgl. Art. 74 BGG), steht dem Beschwerdeführer die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) zur Verfügung, sofern dessen Voraussetzungen gegeben sind.

Der Rechtsbehelf an das Bundesgericht hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung.

2.7.4 Gemeinsame Vorschriften zum Exequatur und zum Rechtsbehelfsverfahren

Art. 45 Verweigerungsgründe

Artikel 45 Absatz 1 nimmt den Regelungsgehalt von Artikel 34 Absätze 1 und 2 LugÜ auf. Die Entscheidung kann demnach nur aus den in den Artikel 34 und 35 (bisher Artikel 27 und 28 LugÜ) genannten Gründen verweigert werden. Aus dem revidierten Absatz 1 geht nunmehr unmissverständlich hervor, dass nur die mit einem Rechtsbehelf befassten Gerichte - nicht also das erstinstanzliche Gericht oder die Behörde - das Exequatur aus den in den Artikeln 34 und 35 genannten Gründen verweigern können (vgl. vorne Ziff. 2.6.2 und die Kommentierung von Art. 41). Wie bis anhin hat das Gericht "unverzüglich" zu entscheiden.

Art. 45 Absatz 2 entspricht wörtlich dem bisherigen Artikel 34 Absatz 3 LugÜ (Verbot der "révision au fond").

Art. 46 Aussetzen des Verfahrens

Artikel 46 nimmt den Regelungsgehalt von Artikel 38 LugÜ praktisch unverändert auf. Der neue Wortlaut stellt klar, dass diese Bestimmung auf beide Rechtsbehelfe (Art. 43 und 44) anzuwenden ist.

Art. 48 bis 52 Diverse Vollstreckungsbestimmungen

Die Artikel 48 bis 51 zu verschiedenen Aspekten des Vollstreckungsverfahrens übernehmen fast wörtlich den Regelungsinhalt der Artikel 42 bis 45 LugÜ. Artikel 52 war bisher in Artikel III des Protokolls Nummer 1 zum LugÜ enthalten.

⁴³ SR 173.110

Art. 53 und 54 Einheitliches Zertifikat

Ebenfalls der Vereinfachung und Beschleunigung des Exequaturverfahrens dient ein neues Vollstreckungsformular (Zertifikat). Dieses soll der Exequaturbehörde die Überprüfung der wichtigsten Formalien durch gezielte Hinweise erleichtern und gleichzeitig eine gewisse Garantie für die Vollständigkeit des Antrags auf Vollstreckung bieten. Das vereinheitlichte Formular ist in Anhang V zum Übereinkommen enthalten. Es zielt hauptsächlich auf das erstinstanzliche Exequaturverfahren, enthält aber auch Angaben über die Zustellung, die erst im Hinblick auf das Rechtsbehelfsverfahren relevant sind. Es ersetzt jedoch nicht die Vorlage der eigentlichen Entscheidung, die nach wie vor das Objekt der Vollstreckung bildet.

2.7.5 Sicherungsmittel des Gläubigers im Exequaturverfahren

2.7.5.1 Vorgaben des Übereinkommens

Das Sicherungsmittel des Gläubigers im Exequaturverfahren ist neu in *Artikel 47* geregelt. Dieser nimmt in seinen Absätzen 2 und 3 den Regelungsgehalt von Artikel 39 LugÜ inhaltlich unverändert auf.

Wie schon Artikel 39 LugÜ gewährt Artikel 47 *Absatz 2* dem Gläubiger auf der Grundlage der Vollstreckbarerklärung in erster Instanz und gleichzeitig mit diesem Entscheid ein Anspruch auf eine Sicherungsmassnahme. Welche Sicherungsmassnahme zulässig ist und dessen Modalitäten überlässt das Übereinkommen dem internen Recht des Vollstreckungsstaates. Dieses muss allerdings mindestens eine wirksame und unbedingte (d.h. nicht von weiteren materiellen Erfordernissen, etwa einem Gefährdungstatbestand abhängige) Sicherungsmassnahme zur Verfügung stellen. Dessen Erteilung darf zudem nicht Gegenstand eines neben dem Exequatur gesonderten Entscheides bilden.⁴⁴

Absatz 3 entspricht wörtlich dem Absatz 2 von Artikel 39 LugÜ. Solange die Rechtsbehelfsfrist (Art. 43) nicht abgelaufen ist oder über den Rechtsbehelf rechtskräftig entschieden ist, dürfen vorsorgliche Massnahmen - wie bis anhin - nicht über eine Sicherung hinausgehen.

Der *neue Absatz 1* deckt den von den Absätzen 2 und 3 nicht erfassten Zeitraum vor der Erteilung des erstinstanzlichen Exequaturs. Darin wird der Vollstreckungsstaat für zuständig erklärt, schon zu diesem Zeitpunkt, dem Gläubiger vorsorgliche Massnahmen zu gewähren. Auf die Vollstreckbarkeit im Erststaat darf es nicht ankommen. Sicherungsmassnahmen sind somit auch während einer nach erststaatlichem Recht laufenden Frist möglich. Allerdings nur, sofern das interne Recht des Vollstreckungsstaates dies vorsieht, und unter dessen Voraussetzungen, was typischerweise einen Gefährdungstatbestand voraussetzt. In Bereich dieser Massnahmen besteht somit, anders als bezüglich Massnahmen, die auf der Grundlage einer Vollstreckbarerklärung nach Absatz 2 ergehen, kein staatsvertraglich begründeter Anspruch auf deren Erteilung. Für die Schweiz kommt dieser Bestimmung primär deklaratorischer Charakter zu, denn nichts hinderte einen Gläubiger schon nach geltendem Recht, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen sichernde Massnahmen zu verlangen (vgl. Art. 271 Absatz 1 Ziff. 1 bis 4 SchKG sowie Art. 257 E-ZPO).

⁴⁴ EuGH, *Capelloni/Pelkmans*, zit. in Fn 42.

2.7.5.2 revLugÜ-Sicherungsmittel für die Schweiz

In der Schweiz ist aufgrund der vorgeschlagenen Umsetzung für die Sicherung von Geldforderungen primär der Arrest nach Artikel 271 ff. SchKG als Sicherungsmittel nach revLugÜ vorgesehen. Dieser wird punktuell an die Vorgaben des revLugÜ angepasst. So trägt etwa ein neuer Arrestgrund in Artikel 271 Absatz 1 Ziffer 6 SchKG dem unbedingten Anspruch des revLugÜ-Gläubigers auf ein Sicherungsmittel Rechnung (vgl. hinten Ziff. 4.2). Die Ausweitung der örtlichen Zuständigkeit des für den Arrest zuständigen Gerichts um den Wohnsitz (bzw. Betreuungsort) des Schuldners sowie die Möglichkeit dieses Gerichts, künftig schweizweit Vermögenswerte mit Arrest zu belegen, stellen eine wesentliche prozessuale Aufwertung des Sicherungsmittels des Arrests dar. Diese prozessuale Aufwertung kommt - dank der vorgesehenen Anpassungen im SchKG (vgl. Ziff. 4.2) - nicht nur Gläubigern aus dem LugÜ-Raum, sondern auch Gläubigern in der Schweiz zugute.

Nach wie vor gilt das Erfordernis, den Arrestgegenstand, also die beantragte Sicherungsmassnahme, substantiiert zu bezeichnen. *Sucharreste* sind auch unter dem revLugÜ *unzulässig*. Im Übrigen wird auf die bisherige Rechtsprechung und Praxis zum Arrest verwiesen.

Für die selteneren Fälle der Sicherung anderer Ansprüche kommen die *Artikel 336 ff. E-ZPO* zur Anwendung. Die Gegenpartei wird auch in diesem Falle bezüglich der Sicherungsmittel der E-ZPO im Rahmen des gleichzeitig zu beurteilenden Exequatur nicht angehört (Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 338 E-ZPO). Auch für Sicherungsmassnahmen nach *Artikel 338 E-ZPO* gilt aufgrund des revLugÜ, dass diese nicht von weiteren Bedingungen, etwa einer Dringlichkeit oder einer Gefährdung, abhängig gemacht werden dürfen. Um auch in diesem Bereich schweizerische Urteile nicht gegenüber revLugÜ-Titeln zu benachteiligen, wird *Artikel 338 E-ZPO* dahingehend angepasst, dass grundsätzlich bei Vorliegen eines vollstreckbaren *Entscheid* der Sicherungsmassnahmen angeordnet werden können (vgl. dazu Ziff. 4.2).

Mit dem Entscheid für den Arrest als Sicherungsmittel des revLugÜ für Geldschulden wird auf eine Umsetzung der *provisorischen Pfändung* als revLugÜ-konformes Sicherungsmittel verzichtet. Zwar weist die provisorische Pfändung gegenüber dem Arrest, namentlich für den Gläubiger, gewisse Vorzüge auf, so etwa keine Pflicht, einen Gegenstand zu bezeichnen. Doch lässt sich eine Anpassung dieses Sicherungsmittels an die Vorgaben des revLugÜ nur mit schwerwiegenden Eingriffen in das Einleitungsverfahren des SchKG verwirklichen. Dazu wäre etwa die Ausgestaltung des Zahlungsbefehls als fakultatives Element (nach Wahl des Gläubigers) des Einleitungsverfahrens zu zählen gewesen. Der Gläubiger hätte demnach gestützt auf ein revLugÜ-Titel unmittelbar beim Rechtsöffnungsrichter im einseitigen Verfahren, das Exequatur verbunden mit der provisorischen Pfändung und der definitiven Rechtsöffnung verlangen können. Ein solcher Eingriff in das SchKG, namentlich der teilweise Verzicht auf den Zahlungsbefehl, dürfte jedoch auf verbreitete Kritik stossen. Der Einsatz der provisorischen Pfändung als (auch) gegenüber den der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldnern vorgesehenes Sicherungsmittel stösst zudem auf dogmatische Bedenken, der Einsatz des Güterverzeichnisses auf Bedenken praktischer Natur. Mit dem Arrest kann hingegen auf eine von der Betreibungsart unabhängige, seit jeher einseitig zu erlassende Massnahme und auf ein entsprechend eingespieltes Verfahren zurückgegriffen werden.

2.8 Rechtsprechung zum revLugÜ und zur EuGVO

Wie schon das LugÜ enthält das revLugÜ in einem *Protokoll 2* Mechanismen, um eine möglichst einheitliche Auslegung der Bestimmungen des revLugÜ und des entsprechenden Parallelinstruments der Europäischen Gemeinschaft, der EuGVO (vgl. dazu Ziff. 1.2), zu fördern. Dazu zählt, als zentrales Element, die in *Artikel 1* des Protokolls enthaltene Verpflichtung Gerichte, den in massgeblichen Entscheidungen von Gerichten anderer Vertragsstaaten oder vom EuGH entwickelten Grundsätzen "gebührend Rechnung zu tragen". Diese Verpflichtung trifft nach Wortlaut alle Gerichte, die das Übereinkommen anwenden, also auch den EuGH; vorbehalten bleibt nach Artikel 1 Absatz 2 lediglich eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung der Gerichte der EU-Mitgliedstaaten, die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen.

Diese Verpflichtung umfasst - wie die Präliminarien zum Protokoll 2 ausdrücklich bestätigen - auch Entscheidungen, die zum Brüsseler Übereinkommen oder zum LugÜ ergangen sind oder (bezüglich des LugÜ) noch ergehen könnten.

Gegenüber der bisherigen Rechtslage ergibt sich insofern eine Änderung, als das Parallelinstrument zum revLugÜ nunmehr eine auf *Artikel 65* des EG-Vertrags (in der Fassung von Amsterdam) gestützte *Verordnung* ist und somit Teil des sekundären Gemeinschaftsrechts bildet. Als solche ist sie stärker einer auf das Gemeinschaftsrecht und deren integrative Grundsätze ausgerichteten Rechtsprechung - namentlich durch den EuGH - ausgesetzt als ihr Vorgänger, das Brüsseler Übereinkommen. Soweit eine Entscheidung sich massgeblich auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze stützt, die weder dem revLugÜ noch den Rechtsordnungen der Vertragsstaaten entnommen worden sind, so ist diesem Umstand insofern "Rechnung zu tragen" als diese Grundsätze und die sich daraus ergebenden Auslegungsfolgen nicht unbesehen auf die Auslegung des revLugÜ zu übertragen sind.⁴⁵

3 Vorbehalte und Erklärungen zum Übereinkommen

Prot. 1, Art. I Vorbehalt betreffend unmittelbarer Behördenverkehr bei Zustellungen

Die Schweiz beabsichtigt, den in Protokoll 1 Artikel 1 Absatz 2 vorgesehenen Vorbehalt zum alternativen Zustellungsweg des unmittelbaren Behördenverkehrs zwischen den Vertragsparteien zu erklären. Die Schweiz hat den inhaltlich gleich lautenden Vorbehalt bereits zur entsprechenden Bestimmung des geltenden LugÜ (Art. IV Abs. 2 des Prot. 1 zum LugÜ) erklärt.

Als Folge dieses Vorbehalts bestimmt sich der Zustellungsweg zwischen den Vertragsparteien weiterhin aufgrund der einschlägigen multi- und bilateralen Übereinkommen. Die Rechtslage kann diesbezüglich als befriedigend bezeichnet werden. Mit sämtlichen Nachbarstaaten ist der unmittelbare Behördenverkehr verwirklicht, im Verhältnis zu Österreich ist sogar die unmittelbare postalische Zustellung möglich. Mit den meisten übrigen Vertragsstaaten besteht eine gute Zusammenarbeit auf der Grundlage von Staatsverträgen. Bezüglich des erweiterten Anwendungsbereichs des revLugÜ ist anzumerken, dass sämtliche neu erfassten Staaten (mit Ausnahme

⁴⁵ In diesem Sinne bereits wegweisend BGE 131 III 227 E. 3.1.

Maltas) dem Haager Übereinkommen vom 15. November 1965⁴⁶ über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen angehören. Es besteht insbesondere zu diesen Staaten eine bewährte Zustellungspraxis über die jeweiligen Zentralbehörden (für die Schweiz über das Bundesamt für Justiz).

Die Schweiz behält sich dabei das Recht vor, zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund der Entwicklungen der europäischen Zustellungspraxis, den entsprechenden Vorbehalt zurückzuziehen.

Prot. 1, Art. III Vorbehalt bezüglich Anerkennung und Vollstreckung

Die Schweiz hat gemäss Artikel III des Protokolls 1 das Recht, zu erklären, dass folgender Teilsatz von Artikel 34 Ziffer 2 nicht angewendet wird: "es sei denn, der Beklagte hat gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte".

Die Schweiz beabsichtigt, diesen Vorbehalt zu erklären. Sie ist der Ansicht, dass der erwähnte Teilsatz eine zu weitgehende Einschränkung der Beklagtenrechte darstellt. Hierzu wird auf die Ausführungen unter Ziff. 2.6.2 zu Artikel 34 Ziffer 2 (fehlerhafte Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks) verwiesen.

Aufgrund der in Artikel III Absatz 1, letzter Satz, ausdrücklich erwähnten Reziprozität kann dieser Vorbehalt auch gegenüber schweizerischen Abwesenheitsurteilen, die in einem anderen Vertragsstaat zu vollstrecken sind, angewendet werden.

Anhang I Erklärung der Schweiz zu Art. 3 Abs. 2 und Art. 4 revLugÜ

Die Erklärung der Schweiz lautet wie folgt:

- *in der Schweiz: Artikel 4 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht.*

Sie entspricht inhaltlich der bisherigen Erklärung zum LugÜ.

Anhang II Erklärung der Schweiz zu Art. 39 revLugÜ

Die Erklärung der Schweiz lautet wie folgt:

- *in der Schweiz beim kantonalen Vollstreckungsgericht,*

Die Erklärung der Schweiz bezüglich des für den Exequaturantrag sachlich zuständigen Gerichts wird im Zuge der neuen einheitlichen Regelung des Exequaturverfahrens und des Sicherungsmittels angepasst: neu ist in der Schweiz ein Vollstreckungsantrag an das *kantonale Vollstreckungsgericht* (Art. 336 ff. E-ZPO) zu richten. Dies betrifft sämtliche Exequaturanträge, unabhängig davon, ob und mit welchem Sicherungsmittel ein Antrag verknüpft ist, und unabhängig davon, ob der Antrag auf eine Geldleistung oder auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist. Ein Exequaturantrag nach revLugÜ wird damit grundsätzlich von den gleichen Gerichten beurteilt wie ein (innerstaatliches) Vollstreckungsgesuch oder ein Exequatur nach IPRG.

⁴⁶ SR 0.274.131

Die vorgesehene einheitliche Zuständigkeit stellt eine radikale Vereinfachung gegenüber der Rechtslage unter der bisherigen Erklärung zum LugÜ dar.

Bei der bevorstehenden *Anpassung der Gerichtsorganisationsgesetze* an die E-ZPO durch die Kantone wäre es sehr zu wünschen, dass sämtliche Kantone der Praxis der Mehrheit der geltenden Gerichtsorganisationsgesetze folgen und die Zuständigkeit für Vollstreckungs- und Sicherungsmassnahmen funktional bei einem Gericht, dem *Vollstreckungsgericht* nach Artikel 336 ff. E-ZPO konzentrieren, unabhängig davon, ob es sich um die Vollstreckung bzw. Sicherung von Geld- oder anderen Leistungen handelt. Zumindest im Anwendungsbereich des revLugÜ wird dieses Gericht ohnehin stets befugt sein, sowohl das Exequatur als auch ein darauf basierendes Sicherungsmittel auszusprechen. Der Ersatz des Begriffs "Vollstreckungsgericht" durch "Gericht" im SchKG (vgl. vorne Ziff. 4.1) hat nicht zuletzt auch zum Ziel, den Kantonen die nötige Flexibilität für eine derartige Anpassung des Organisationsrechts zu gewähren und vorzuzeichnen.

Anhang III Erklärung der Schweiz zu Art. 43 Abs. 2 revLugÜ

Die Erklärung der Schweiz lautet wie folgt:

- *in der Schweiz beim oberen kantonalen Gericht,*

Dieser Hinweis ersetzt den bisherigen Hinweis auf das "Kantonsgericht". Dieser erwies sich als irreführend, da nur wenige Kantone diese Bezeichnung kennen und sie zudem nicht immer für das obere Gericht verwenden. Die vorgeschlagene Erklärung orientiert sich an der Terminologie des SchKG und der E-ZPO.

Aufgrund der diesbezüglichen kantonalen Kompetenz ist es unvermeidlich, dass diese Bezeichnung trotzdem häufig nicht mit der von den kantonalen Organisationsgesetzen gewählten Bezeichnung des Gerichts übereinstimmen wird.

Zur inhaltlichen Ausgestaltung des revLugÜ-Rechtsbehelfs in der Schweiz vgl. die Ausführungen unter Ziffer 2.7.3.2.

Anhang IV Erklärung der Schweiz zu Art. 44 revLugÜ

Die Erklärung der Schweiz lautet wie folgt:

- *in der Schweiz: Beschwerde beim Bundesgericht,*

Diese Erklärung entspricht der Erklärung zu den entsprechenden Bestimmungen des LugÜ, wie sie seit Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes gilt (vgl. dazu Ziff. 2.7.3.3).

4 Änderungen im SchKG und der E-ZPO

4.1 Änderungen im SchKG

Art. 271 SchKG Arrestgrund des definitiven Rechtsöffnungstitels

Der geltende Artikel 271 SchKG macht den Arrest noch von einem der in Ziffern 1-5 aufgeführten Gefährdungstatbestände abhängig. Das revLugÜ gewährt aber mit dem erstinstanzlichen Exequatur einen *unbedingten* Anspruch auf ein Sicherungsmittel.

Daher wird in einer neuen *Ziffer 6* von Artikel 271 Abs. 1 SchKG das Vorliegen eines *definitiven Rechtsöffnungstitels als Arrestgrund* aufgenommen. Mit dieser Anpassung wird einerseits Artikel 47 Absatz 2 revLugÜ Rechnung getragen und andererseits Klarheit geschaffen bezüglich des Sicherungsmittels des schweizerischen Rechts und der dafür nötigen Voraussetzungen. Dieser Arrestgrund steht neben dem Berechtigten aus einem ausländischen Entscheid (Art. 47 revLugÜ i.V.m. Art. 80 Abs. 1 SchKG) auch dem Berechtigten aus einer ausländischen öffentlichen Urkunde, die wie ein gerichtlicher Entscheid vollstreckbar ist (Art. 57 revLugÜ), zur Verfügung.

Der vorgeschlagene Arrestgrund für sämtliche definitiven Rechtsöffnungstitel geht über die eigentlichen Vorgaben des revLugÜ hinaus, indem er auch auf *schweizerische definitive Rechtsöffnungstitel* (Urteile oder vollstreckbare öffentliche Urkunden) anwendbar ist. Ein wichtiges Ziel der vorgeschlagenen Umsetzung des revLugÜ besteht aber darin, allfällige prozessuale Vorteile, die sich aus dem Übereinkommen für ausländische Gläubiger ergeben, soweit möglich auch *inländischen Gläubigern* zur Verfügung zu stellen (Vermeidung von Inländerdiskriminierungen). Aus dieser Optik wäre es stossend, einem Gläubiger mit einem erstinstanzlich für vollstreckbar erklärten ausländischen Titel weiter gehende Sicherungsrechte zu gewähren als dem Gläubiger, der einen schweizerischen definitiven Rechtsöffnungstitel hält. Der neue Arrestgrund steht grundsätzlich auch dem Berechtigten aus einem ausländischen Entscheid (oder einem diesem gleichgestellten Titel, etwa einer ausländischen vollstreckbaren öffentlichen Urkunde) ausserhalb des Anwendungsbereichs des revLugÜ zur Verfügung.

Eine entsprechende Ausweitung wird konsequenterweise auch in Artikel 338 E-ZPO für die Sicherungsmittel der E-ZPO vorgenommen (vgl. Ziff. 4.2).

Mit der neuen *Ziffer 6* wird der Hinweis in *Ziffer 4* auf vollstreckbare gerichtliche Urteile überflüssig. Wo ein solches Urteil vorliegt, ist neu der Arrestgrund von *Ziffer 6* gegeben und die weiteren Voraussetzungen in *Ziffer 4* müssen nicht geprüft werden. Entsprechend wird der Satzteil "oder auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil" in Artikel 217 *Ziffer 4* SchKG gestrichen.

Art. 272 SchKG Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts

Die E-ZPO bezeichnet in den Artikeln 336 ff. das *Vollstreckungsgericht* als zuständiges Gericht für Vollstreckungsmassnahmen sowie für sichernde Massnahmen im Zusammenhang mit der Vollstreckung (Art. 338 E-ZPO). Entsprechend verweist die vorgesehene Erklärung des revLugÜ auf dessen sachliche Zuständigkeit (vgl. Komm. zu Anhang II in Ziff. 3). Artikel 333 Absatz 3 E-ZPO behält allerdings die Bestimmungen des SchKG für die Vollstreckung von Geldschulden vor.

Im SchKG war bisher vom Arrestrichter die Rede, der für die Anordnung des Sicherungsmittels des Arrests (Art. 272, aber auch Art. 274 und 278 SchKG) zuständig ist. Diese Befugnis gehört systematisch und funktional zu den Tätigkeiten des von der E-ZPO geschaffenen Vollstreckungsgerichts, zumindest sofern sich der Arrest auf eine titulierte Forderung stützt. Für die Sicherung der Vollstreckung von titulierten Geldforderungen liegt es daher nahe, dass das Vollstreckungsgericht nach Artikel 336 ff. E-ZPO - auch ausserhalb des Anwendungsbereichs des revLugÜ - das gleiche Gericht ist wie das nach Artikel 272 SchKG zuständige Gericht. Die meisten kantonalen Gerichtsverfassungsgesetze sehen seit jeher - sinnvollerweise - die gleiche *sachliche* Zuständigkeit eines Gerichts für sämtliche Sicherungsmassnahmen

vor, unabhängig davon, ob diese auf die Sicherung einer Geldleistung oder einer anderen Verpflichtung gerichtet sind. Der Bundesgesetzgeber sollte nicht durch eine besondere Gerichtsbezeichnung eine Trennung von sachlichen Zuständigkeiten andeuten, wo eine solche keinen Sinn macht und von den Kantonen nicht nachgelebt wird. Die Bezeichnung "Arrestgericht" wird daher im SchKG durch die offene Bezeichnung "Gericht" ersetzt.

Die offene (und geschlechtsneutrale) Bezeichnung "Gericht" legt ausserdem nahe, dass ein Arrestbefehl, der als vorsorgliche Massnahme ausserhalb einer Vollstreckung (etwa im Rahmen eines laufenden Erkenntnisverfahrens) ausgesprochen wird, auch vom mit der Hauptsache befassten Gericht ausgesprochen werden kann, sofern dessen örtliche Zuständigkeit nach Artikel 272 SchKG gegeben ist.

Im Rahmen des revLugÜ kann auf der Grundlage dieser Kompetenzzusammenführung sowohl für die Zuständigkeit des Vollstreckungsantrags (Art. 39 Abs. 1) als auch des damit verbundenen Sicherungsmittels (Art. 47 Abs. 2) auf die sachliche Zuständigkeit des kantonalen Vollstreckungsgerichts verwiesen werden (vgl. Komm. zu Anhang II in Ziff. 3). Sofern diese Kompetenzzusammenführung beim Vollstreckungsgericht - entgegen der bisherigen Regelung der allermeisten kantonalen Gerichtsorganisationsgesetze - nicht gegeben wäre, würde sie vom revLugÜ in seinem Anwendungsbereich begründet.

Die *örtliche* Zuständigkeit des kantonalen Vollstreckungsgerichts bestimmt sich im Anwendungsbereich des revLugÜ im Prinzip unmittelbar nach Artikel 39 Absatz 2 revLugÜ (vgl. vorne Ziff. 2.7.5 zu Art. 39).

Da das Vollstreckungsgericht auch den Arrestbefehl ausspricht, muss für beides eine deckungsgleiche örtliche Zuständigkeit gegeben sein. Daher soll nunmehr der Arrest sowohl am "Ort, wo sich die Vermögensgegenstände befinden" (Art. 272 SchKG) als auch an einem *Betreibungsort* nach Artikel 46 ff. SchKG (namentlich am Wohnsitz des Schuldners) ausgesprochen werden können. Das entspricht im Ergebnis weitgehend der Regelung von Artikel 39 Absatz 2 revLugÜ. Der prozessuale Vorteil eines alternativen Gerichtsstands am Beklagtenwohnsitz wird zudem auch Gläubigern ausserhalb des Anwendungsbereichs des revLugÜ zugänglich gemacht.

Bezieht sich ein Arrestgesuch auf mehrere Gegenstände, die in verschiedenen Gerichtskreisen gelegen sind, so ist das Gericht am Betreibungsort befugt, diese *schweizweit* mit Arrest zu belegen. Damit wird es einerseits ermöglicht, den Arrest mit dem Exequaturentscheid zu verknüpfen, andererseits wird die Rechtslage unter dem SchKG an den unter der E-ZPO bereits verwirklichten schweizweiten Vollstreckungsraum angepasst. Auch diese prozessuale Aufwertung des Arrests soll allen Gläubigern zugute kommen.

Art. 274 SchKG Gericht statt Arrestgericht

"Der Arrestrichter" in Absatz 1 wird durch "Das Gericht" ersetzt (vgl. Komm. zu Art. 272 SchKG).

Art. 278 SchKG Beschwerde gegen den Einspracheentscheid

Die Hinweise auf den Arrestrichter in den Absätzen 1 und 2 werden durch Hinweise auf das Gericht ersetzt (vgl. Komm. zu Art. 272 SchKG).

Wie alle übrigen Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts untersteht der Einspracheentscheid betreffend den Arrestbefehl alleine der Beschwerde (vgl. unten Komm.

zu Art. 305 E-ZPO). Artikel 278 Absatz 3 SchKG (in der revidierten Fassung gemäss E-ZPO) wird entsprechend angepasst und der Hinweis auf die Berufung gestrichen.

Ebenfalls gestrichen wird Artikel 278 Absatz 5 SchKG, dessen Regelungsgehalt vom neuen Artikel 279 Absatz 5 SchKG aufgenommen wird.

Art. 279 SchKG Beginn der Prosequierungsfrist

Der Gläubiger, der aufgrund des revLugÜ einen Arrest gegen den Schuldner erlangt hat, sollte nicht verpflichtet werden, den Arrest zu prosequieren, solange ein Rechtsbehelf gegen das Exequatur hängig ist oder die Frist dazu noch nicht abgelaufen ist. Artikel 47 Absatz 3 revLugÜ verlangt zudem, dass vor Ablauf der Rechtsbehelfsfristen keine Eingriffe in das Vermögen des Schuldners erfolgen dürfen, die über eine reine Sicherung hinausgehen.

Folglich sollen die Prosequierungsfristen nach Artikel 279 SchKG frühestens dann beginnen, wenn über einen allfälligen Rechtsbehelf endgültig entschieden worden ist oder die Frist zu dessen Ergreifung ungenutzt abgelaufen ist. Dem Gläubiger bleibt es selbstverständlich unbenommen, den Arrest gleichwohl auf dem Wege der Betreuung vorher zu prosequieren.

Aus gesetzessystematischen Gründen wird die bislang in Artikel 278 Absatz 5 SchKG enthaltene Regelung über die Auslösung der Frist von Artikel 279 SchKG ebenfalls in den neuen Artikel 279 Absatz 5 SchKG überführt.

4.2 Änderungen in der E-ZPO

Die E-ZPO befindet sich noch in der parlamentarischen Beratung. Die nachfolgenden Vorschläge haben daher rein informativen Charakter und sind mit der vom Parlament verabschiedeten Fassung abzustimmen.

Art. 266 Keine Schutzschrift gegen den Exequaturentscheid

Artikel 266 E-ZPO sieht das Instrument der Schutzschrift ausdrücklich für den Fall einer "Vollstreckbarerklärung nach den Artikeln 31-45 des [LugÜ]" vor. Im Rahmen des revLugÜ besteht kein Anwendungsbereich für die Schutzschrift mehr, denn das revLugÜ verlangt - anders als noch das LugÜ -, dass Einwendungen gegen die Vollstreckbarerklärung erst im Rechtsbehelfsverfahren zu hören sind (Art. 41 revLugÜ). Konsequenterweise ist der *Tatbestand der Vollstreckbarerklärung nach LugÜ in Artikel 266 E-ZPO zu streichen*.

Weiterhin erhalten bleibt in Artikel 266 E-ZPO der Hinweis auf den Arrest. Somit kann der Arrestbeklagte auf dem Wege der Schutzschrift weiterhin Einwände vorbringen, die sich alleine auf den drohenden Arrest beziehen (etwa, dass ein mutmasslicher Arrestgegenstand nicht ausreichend spezifiziert oder unpfändbar sein könnte), selbst wenn sich der Arrestbefehl auf einen revLugÜ-Titel stützt.

Art. 305 Bst. b Keine Berufung gegen die Arrestverweigerung oder den Einspracheentscheid

Artikel 305 Buchstabe a E-ZPO schliesst die Berufung gegen Entscheide des Vollstreckungsgerichts aus. Hintergrund dieses Ausschlusses ist der Umstand, dass diese

Entscheidungen im summarischen Verfahren ergehen und dem Summarentscheid bereits ein Entscheid in der Sache vorausgegangen ist.

Die Überlegungen, die zum Ausschluss der Berufung bei Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts führen, gelten ohne weiteres für Entscheidungen über die Arrestbewilligung. Es ist nicht einzusehen, weshalb Massnahmen zur Sicherung der Vollstreckung einer Leistung auf Geld (Arrest) einem anderen Rechtsmittel unterstehen sollten als Massnahmen zur Sicherung der Vollstreckung anderer Leistungen. Ebenso wenig macht es Sinn, den Exequaturentscheid des für den Arrest zuständigen Gerichts einem anderen Rechtsmittel zu unterstellen als das Exequatur durch das Vollstreckungsgericht, wobei unter dem revLugÜ sowohl der Arrest als auch die übrigen Massnahmen ohnehin vom Vollstreckungsgericht zu bewilligen sind.

Eine neue Ziffer in Artikel 305 Buchstabe b erweitert daher den Katalog der SchKG-bezogenen Ausnahmen von der Berufung um die Entscheide betreffend den Arrest. Somit ist gegen den abweisenden Entscheid über den Arrestbefehl oder gegen den Einspracheentscheid über einen bewilligten Arrest die *Beschwerde* gegeben.

Art. 325a (neu) Beschwerde als Rechtsbehelf nach Art. 43 revLugÜ

Neben den Fristen schreibt Artikel 43 Absatz 3 revLugÜ vor, dass über den Rechtsbehelf nach den Vorschriften zu entscheiden ist, "die für Verfahren mit beiderseitigem rechtlichem Gehör massgebend sind". Das Gericht hat zwar allein zu prüfen, ob einer der in den Artikeln 34 und 35 revLugÜ aufgelisteten Gründe vorliegt. Der Schuldner muss im Rahmen des revLugÜ-Rechtsbehelfs die Möglichkeit haben, diese Anerkennungsversagungsgründe einer Prüfung bei voller Kognition zu unterbreiten. Dazu gehören auch tatsächliche Einwände, etwa, dass das Verfahren einleitende Schriftstück nicht rechtzeitig zugestellt worden sei (Art. 34 Ziff. 2 revLugÜ). Eine Einschränkung der Tatsachenüberprüfung auf "offensichtliche Unrichtigkeit", wie sie für die Beschwerde in Artikel 317 Buchstabe b E-ZPO vorgesehen ist, ist mit dem revLugÜ nicht vereinbar.

Artikel 47 Absatz 3 revLugÜ verbietet ausserdem während eines laufenden Rechtsbehelfsverfahrens Massnahmen, die in das Vermögen des Schuldner eingreifen. Die revLugÜ-Beschwerde hemmt somit - anders als der Grundsatz in Artikel 323 E-ZPO - die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Exequaturentscheides. Davon ausgenommen ist selbstverständlich das mit dem Exequatur gewährte Sicherungsmittel (vgl. Ziff. 2.7.5) .

Der neue Artikel 325a trägt diesen Vorgaben des revLugÜ Rechnung, indem die Beschwerde im Anwendungsbereich des revLugÜ entsprechend anpasst.

Art. 338 Sicherungsmassnahmen bei vollstreckbarem Entscheid

Das unbedingte Sicherungsmittel des mit einem vollstreckbaren Entscheid ausgestatteten Gläubigers muss (für revLugÜ-Entscheide wie für schweizerische Entscheide) unabhängig davon gewährt werden, ob dieser Entscheid auf Geld oder auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet ist. Entsprechend ist Artikel 338 E-ZPO - als Gegenstück zu Artikel 271 Ziffer 6 SchKG - dahingehend anzupassen, dass auch ein *vollstreckbarer Entscheid* zu einer vorsorglichen, auf Sicherung gerichteten Massnahme, berechtigt.

5 Änderungen im IPRG

5.1 Hintergrund und Zweck der Änderungen

Die E-ZPO übernimmt bezüglich der Gerichtsstände zum grössten Teil die Regelung des GestG, erweitert die Gerichtsstände allerdings um denjenigen des Erfüllungsortes und regelt die Tatbestände der Klagenhäufung teilweise neu. Gleichzeitig enthält auch das revLugÜ Neuerungen im Gerichtsstandsrecht. Die Inkraftsetzung und Umsetzung des revLugÜ bildet daher einen geeigneten Anlass, das Gerichtsstandsrecht des IPRG mit demjenigen der E-ZPO und des revLugÜ abzustimmen. Ziel der Anpassungen ist es, Unterschiede zwischen dem IPRG und den übrigen Rechtsquellen dort zu beheben, wo sie sachlich nicht gerechtfertigt sind, und gewisse Regelungslücken bezüglich der örtlichen Zuständigkeit zu schliessen.

Ein für die Praxis relevantes Problem besteht namentlich dort, wo trotz vorhandener Gerichtsstände in der Schweiz keine *örtliche Verfahrenskonzentration* an einem einzigen schweizerischen Gerichtsstand möglich ist, weil eine entsprechende Regelung im IPRG - anders als im GestG/E-ZPO und dem revLugÜ - fehlt. Konkret geht es um den Gerichtsstand der objektiven und subjektiven *Klagenhäufung*, der *Gewährleistungs-* und der *Adhäsionsklage*.

Beim Gerichtsstand des *Erfüllungsortes* geht es darum, eine ungerechtfertigte Benachteiligung des Klägers im internationalen Verhältnis zu beseitigen. Diesem steht der Gerichtsstand am Erfüllungsort unter dem IPRG nur subsidiär zur Verfügung, in der E-ZPO hingegen alternativ. Die gleiche Frage stellt sich beim für die Praxis weniger relevanten Gerichtsstand der dinglichen Klagen am Ort der gelegenen Sache.

Die vorgeschlagenen Anpassungen sind darauf gerichtet, die praktischen Probleme, die sich aus der fehlenden Übereinstimmung der Gerichtsstände im IPRG und den übrigen Rechtsquellen (insb. GestG/E-ZPO) ergeben, zu beseitigen. Dabei gilt es, die bereits grosszügig vorhandenen Zuständigkeitsgründe des IPRG für schweizerische Gerichte im internationalen Verhältnis nicht unnötig zu vermehren. Sachlich gerechtfertigte Abweichungen zwischen den Rechtsquellen bleiben unangetastet.

Mit der Entscheidung für die vorgeschlagene örtliche Verfahrenskonzentration bei Vorliegen mehrerer schweizerischer Gerichtsstände wird implizit die Lösung verworfen, echte internationale Gerichtsstände (also solche, die von sich aus eine internationale Zuständigkeit begründen) nach dem Vorbild des LugÜ/revLugÜ ins IPRG zu übernehmen. Solche "echten" internationalen Gerichtsstände, etwa der Klagenhäufung oder der Adhäsionsklage, wurden aus folgenden Gründen abgelehnt:

- Anders als beim LugÜ/revLugÜ als *conventions doubles* ist die Anerkennung im Ausland von Entscheidungen, die auf der Grundlage solcher Gerichtsstandsbestimmungen im IPRG ergehen, sehr ungewiss,
- das IPRG enthält einen sehr weiten, in aller Regel ausreichenden, Katalog direkter Zuständigkeiten. Wo, etwa bei einer unerlaubten Handlung, weder ein Handlungs- noch ein Erfolgsort in der Schweiz bestehen, dürften die Anknüpfungspunkte, die gleichwohl ein strafrechtliches Verfahren in der Schweiz begründen könnten (bspw. aktives oder passives Personalitätsprinzip) in zivilprozessualer Hinsicht als exorbitant gelten.

Ein *echter* internationaler Gerichtsstand dürfte - wie von der Lehre einstimmig postuliert - auf der Grundlage von Artikel 3 IPRG für bestimmte Fälle der *notwendig-*

gen Streitgenossenschaft bestehen, namentlich dann, wenn eine Rechtsverfolgung aller notwendigen Streitgenossen im Ausland unmöglich oder unzumutbar erscheint.

5.2 Die Änderungen im Einzelnen

Art. 8a IPRG örtliche Verfahrenskonzentration (Klagekonnexität, Klagenhäufung, Streitgenossenschaft)

Bestehen bezüglich mehrerer Ansprüche, die unter die Tatbestände von Artikel 14 E-ZPO fallen (objektive und subjektive Klagenhäufung), unterschiedliche Gerichtsstände in der Schweiz und erlaubt die E-ZPO für diese Fälle eine Konzentration der örtlichen Zuständigkeit an einem schweizerischen Gericht, so soll die örtliche Verfahrenskonzentration auch im Anwendungsbereich des IPRG zulässig sein. Es gibt keinen sachlichen Grund, weshalb die Vorteile einer (zudem rein innerschweizerischen) Verfahrenskonzentration nicht auch im Anwendungsbereich des IPRG zum Tragen kommen sollen.

Die vorgeschlagene Norm soll - anders als namentlich Artikel 6 Nr. 1 revLugÜ - *keine internationalen Gerichtsstände der Klagenhäufung* schaffen. Die Klagenhäufung begründet gemäss der vorgeschlagenen Anpassung des IPRG den schweizerischen Gerichtsstand nicht, sie erlaubt lediglich - aber immerhin - eine *örtliche Verfahrenskonzentration*. Sollen mehrere Parteien (oder dieselbe bezüglich verschiedener Ansprüche) aufgrund einer Klagenhäufung vor einem einzigen schweizerischen Gericht verklagt werden, so muss bezüglich jeder beklagten Partei (oder jedes eingeklagten Anspruches) ein Gerichtsstand aufgrund der übrigen Bestimmungen des IPRG in der Schweiz gegeben sein.

Der Verzicht auf einen echten Gerichtsstand der Klagenhäufung nach dem Vorbild von Artikel 6 Nr. 1 revLugÜ ist darin begründet, dass das IPRG bereits eine Vielzahl von Gerichtsständen bietet, aufgrund derer sich das Ziel der Verfahrenskonzentration auch durch die vorgeschlagene örtliche Zusammenführung verwirklichen lässt. Ausserhalb des revLugÜ wäre ein Urteil, welches auf einer Zuständigkeit aufgrund einer dem Artikel 6 Nr. 1 revLugÜ nachempfundenen Bestimmung beruht, nur in den seltensten Fällen einer Anerkennung im Ausland zugänglich. Entsprechend anerkennt auch das IPRG diesen Zuständigkeitsgrund als indirekte Zuständigkeit nicht.

Die vorgeschlagene Lösung entspricht den schon vorhandenen punktuellen Regelungen in den Artikeln 109 Absatz 2 und 129 Absatz 3 IPRG, die mit der generellen Regelung überflüssig würden und gestrichen werden können. Entsprechend der rein innerstaatlichen Wirkung des vorgeschlagenen Artikel 8a IPRG lehnt sich dessen Wortlaut eng an diejenigen von Artikel 14 E-ZPO, und nicht an diejenigen von Artikel 6 Nr. 1 revLugÜ.

Art. 8b IPRG Streitverkündungsklage

Die vorgeschlagene Bestimmung soll Fälle erfassen, wo - im Anwendungsbereich des IPRG - im Rahmen eines Verfahrens in der Schweiz gegenüber einer Drittpartei die nunmehr unter der E-ZPO generell zulässige *Streitverkündungsklage* (Art. 15 E-ZPO) erhoben wird. Auch in diesem Falle führt die Anpassung des IPRG - abweichend von der Rechtslage unter Artikel 6 Nr. 2 LugÜ - nur zu einer örtlichen Verfahrenskonzentration bzw. einer Angleichung an die E-ZPO. Stets ist gegenüber

beiden beklagten Parteien ein Gerichtsstand in der Schweiz aufgrund der übrigen Bestimmungen des IPRG erforderlich.

Der Wortlaut orientiert sich an Artikel 15 E-ZPO.

Art. 8c IPRG Adhäsionsklage

Erlaubt die schweizerische Strafprozessordnung die adhäsionsweise Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruches und besteht für diese Ansprüche ein Gerichtsstand in der Schweiz, so sollen diese künftig Ansprüche auch im internationalen Verhältnis am für die Strafsache zuständigen schweizerischen Gericht anhängig gemacht werden können.

Sowohl das GestG als auch das revLugÜ sehen einen Vorbehalt der Zuständigkeit von Strafgerichten für Adhäsionsprozesse vor. Solche Zuständigkeiten der Strafgerichte sind sowohl auf Bundesebene (Art. 8 Abs. 1 Bst. a OHG⁴⁷) wie auch im kantonalen Strafprozessrecht bekannt. Die künftige schweizerische Strafprozessordnung sieht eine generelle örtliche Zuständigkeit für Adhäsionsklagen vor. Demgegenüber enthält das IPRG keinen Vorbehalt zugunsten der strafrechtlichen Zuständigkeiten. Artikel 129 IPRG (Zuständigkeiten für Klagen aus unerlaubten Handlungen) sieht zwar eine schweizerische Zuständigkeit am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort oder am Ort der Niederlassung (Abs. 1), bzw. subsidiär am Handlungs- oder Erfolgsort (Abs. 2) vor. In Einzelfällen kann es aber durchaus sein, dass der Strafprozess in der Schweiz an keinem der in Artikel 129 IPRG vorgesehenen Gerichte stattfindet (vgl. den BGE 6P.190/2006 zugrunde liegenden Sachverhalt).

Mit der vorgeschlagenen Bestimmung wird eine *örtliche Verfahrenskonzentration der zivilrechtlichen Adhäsionsklage am Gerichtsstand des Strafverfahrens* bewirkt. Stets vorausgesetzt wird ein Gerichtsstand (der Zivilklage) in der Schweiz aufgrund des IPRG (anders hingegen Artikel 6 Ziffer 3 revLugÜ, der diesen Gerichtsstand auch international selbständig begründet). Ein solcher dürfte in den typischen Fällen von Schadensersatzklagen aus unerlaubter Handlung angesichts der Wahlrechte von Artikel 129 IPRG häufig zu finden sein. Für die Voraussetzungen der Adhäsionsklage wird auf die einschlägigen Bestimmungen der E-StPO⁴⁸ verwiesen.

Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid auf die mit der vorgeschlagenen Bestimmung aufgehobene Lücke bereits hingewiesen und hat schon auf richterlichem Wege einen Gerichtsstand der Adhäsionsklage am Ort der Strafverfolgung eingeführt⁴⁹. Dieser Bundesgerichtsentscheid lässt allerdings die Frage offen, ob der Adhäsionsgerichtsstand nur dann zur Verfügung stehen soll, wenn gegen den Beklagten aufgrund des IPRG mindestens ein Gerichtsstand in der Schweiz besteht (unechter internationaler Gerichtsstand), oder ob das Strafverfahren in der Schweiz per se eine Zuständigkeit in der Schweiz für die zivilrechtlichen Ansprüche begründet (echter internationaler Gerichtsstand). Die noch bestehende Rechtsunsicherheit und die noch bestehende gesetzgeberische Lücke werden mit der vorgeschlagenen Bestimmung behoben.

⁴⁷ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfe-gesetz), SR 312.5

⁴⁸ Entwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung, BBl 2006 1389

⁴⁹ BGE 6P.190/2006

Art. 98 Abs. 2 IPRG

Alternativer Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache

Artikel 29 E-ZPO sieht für dingliche Klagen betreffend bewegliche Sachen einen Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache vor. Dieser besteht *alternativ* neben dem Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten.

In Artikel 98 IPRG besteht der Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache hingegen nur *subsidiär* zum Beklagtenwohnsitz.

Diese Ungleichbehandlung wirkt sich aus, wenn in einem dem IPRG unterstehenden Fall sowohl der Beklagtenwohnsitz als auch die fragliche Sache in der Schweiz liegen. Dann hat der Kläger unter dem IPRG nur einen Gerichtsstand (den Wohnsitz des Beklagten), unter der E-ZPO zwei (zusätzlich denjenigen der belegenen Sache) zur Verfügung. Diese sich aus der Subsidiaritätsregel von Artikel 98 Absatz 2 IPRG ergebende Einschränkung der Gerichtsstände gegenüber der E-ZPO (Alternativität) lässt sich sachlich nicht rechtfertigen. Aus diesem Grund wird Artikel 98 Absatz 2 IPRG dahingehend geändert, dass der Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache künftig - wie in der E-ZPO - alternativ statt subsidiär neben dem Gerichtsstand am Beklagtenwohnsitz besteht.

Art. 113 IPRG

Alternativer Gerichtsstand am Erfüllungsort

Artikel 30 E-ZPO sieht für vertragliche Klagen einen Gerichtsstand am Erfüllungsort der charakteristischen Leistung vor. Dieser Gerichtsstand soll fortan im internen Verhältnis alternativ zum Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten zur Verfügung stehen. Damit wird das interne Gerichtsstandsrecht an die Rechtslage unter dem revLugÜ angeglichen, der in Artikel 5 Ziffer 1 LugÜ ebenfalls einen alternativen Gerichtsstand am Erfüllungsort vorsieht.

Im IPRG besteht zwar ebenfalls ein Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Art. 113 IPRG). Allerdings gilt dieser nur subsidiär, falls der Beklagte keinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat. Dadurch entsteht die bereits zu Artikel 98 Absatz 2 IPRG geschilderte Ungleichbehandlung von Klägern, die dem IPRG unterstehen gegenüber solchen, die der E-ZPO unterstehen (bzw. deren Gerichtsstandsbestimmungen). Durch die vorgeschlagene Anpassung von Artikel 113 IPRG wird das Erfordernis der *Subsidiarität* nun ebenfalls durch eine *Alternativität* ersetzt. Zudem wird im Gesetzestext klargestellt, dass der Erfüllungsort der *charakteristischen* Leistung (Art. 117 Abs. 3 IPRG) massgeblich ist. Damit entspricht Artikel 113 IPRG auch inhaltlich den in Artikel 30 E-ZPO und in Artikel 5 Ziffer 1 revLugÜ (für die wichtigsten Vertragstypen) geltenden Regelungen.

6 Würdigung

6.1 Neuerungen des revidierten Abkommens gegenüber dem geltenden LugÜ

Dem revLugÜ gehören 30 Staaten an, wovon 11 Staaten (Tschechien, Slowakei, Slowenien, Ungarn, Malta, Zypern, Estland, Lettland, Litauen, Bulgarien, Rumänien) dem bisherigen LugÜ nicht angehörten. Auch die neu hinzugekommenen Staaten sind mit der Schweiz bereits aufgrund der Ausweitung der bilateralen Verträge (I und II) wirtschaftlich und rechtlich eng verflochten. Mit dem Einbezug dieser Staaten in den LugÜ-Rechtsraum wird die Rechtssicherheit im Verhältnis zu

diesen Staaten massgeblich verbessert, was insbesondere dem Handel, aber auch Konsumenten oder Unterhaltsberechtigten zugute kommt.

Das LugÜ hat sich in der Praxis anerkanntermassen bewährt. Entsprechend behält das revLugÜ die Struktur und die Grundzüge des LugÜ weitgehend bei.

Die Neuerungen sind einerseits darauf gerichtet, modernen Kommunikationsmitteln und Handelsformen Rechnung zu tragen. Andererseits berücksichtigen sie die Rechtsprechung, die unter dem LugÜ ergangen ist, und fügen diese in den Vertragstext ein, was der Rechtssicherheit und der Benutzerfreundlichkeit zugute kommt. Im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren zielen die Neuerungen insbesondere darauf, dass die Anerkennung und Vollstreckung nicht (mehr) durch missbräuchliche Einwendungen des Schuldners (etwa die Rüge unwesentlicher Verfahrensfehler) verhindert werden kann. Gleichzeitig wird das Vollstreckbarerklärungsverfahren auch in formeller Hinsicht vereinfacht.

Aufgrund der ausschliesslichen EU-Kompetenzen in diesem Bereich, ist es den vom geltenden LugÜ nicht erfassten EU-Staaten nicht möglich, nachträglich dem geltenden LugÜ beizutreten oder gar bilaterale Abkommen mit der Schweiz zu schliessen. Will man die Vorzüge des LugÜ auf das Verhältnis zu diesen Staaten ausweiten, so führt kein Weg am revLugÜ vorbei.

6.2 Verträglichkeit des Übereinkommens mit der schweizerischen Rechtsordnung

Aus den punktuellen Neuerungen des revLugÜ sind keine Schwierigkeiten zu erwarten, vielmehr führen die Neuerungen im Gerichtsstandsrecht zu einer Angleichung an die Regelung des IPRG und der E-ZPO (etwa bezüglich des Gerichtsstands am Erfüllungsort).

Die schon unter der LugÜ bestehenden Schwierigkeiten, das Vollstreckbarerklärungsverfahren sowie den Sicherungsanspruch des Übereinkommens mit den Vorgaben des SchKG zu vereinbaren, werden dank den vorgesehenen Anpassungen im SchKG und der E-ZPO (Ziff. 4.1. sowie 4.2), endlich einer Lösung zugeführt (vgl. zum revidierten Exequaturverfahren und dem vorgesehenen revLugÜ-Sicherungsmittel vorne Ziff. 2.7 bzw. 2.7.5).

6.3 Vorteile des revidierten SchKG-Vollstreckungsverfahrens für Gläubiger in der Schweiz

Es ist ein Ziel der internen Umsetzung des revLugÜ, prozessuale Vorteile, die sich aus dem revLugÜ (i.d.R. für den Gläubiger) ergeben, auch Parteien in der Schweiz, die nicht unter das revLugÜ fallen, zu eröffnen und so eine *Inländerdiskriminierung* zu *verhindern*. Aufgrund der vorgesehenen Anpassungen im SchKG und in der E-ZPO kommen namentlich die Gläubiger - unabhängig davon, ob das revLugÜ zur Anwendung kommt oder nicht - in den Genuss folgender prozessualer Verbesserungen gegenüber dem geltenden Recht:

- ein alternativer Arrestgerichtsstand am Betreibungsort,
- die Möglichkeit, von diesem Gerichtsstand aus schweizweit Vermögenswerte des Schuldners mit Arrest zu belegen, sowie

- ein Anspruch auf einen Arrest aufgrund eines definitiven Rechtsöffnungstitels oder eine andere sichernde Massnahme aufgrund eines vollstreckbaren Entscheids.

Mit diesen Neuerungen wird das Arrestrecht an entsprechende Bestimmungen der E-ZPO (sichernde Massnahmen, die auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind) die den schweizerischen Vollstreckungsraum bereits verwirklichen, angeglichen. Gleichzeitig wird der Arrest in seiner grundlegenden Ausgestaltung beibehalten. Namentlich das Erfordernis der Bezeichnung des Arrestgegenstandes - und damit das Verbot von Sucharresten - bleiben erhalten.

6.4 Zweckmässige Anpassungen im IPRG

Im Zuge der Umsetzung des revLugÜ werden einzelne Bestimmungen des IPRG an die E-ZPO und das revLugÜ angepasst. Diese Anpassungen sind darauf gerichtet, praktische Probleme, die sich aus der fehlenden Übereinstimmung der Gerichtsstände im IPRG und den übrigen Rechtsquellen (insb. GestG/E-ZPO) ergeben, zu beseitigen. Die in der E-ZPO (teilweise bereits im GestG) oder in der E-StPO vorgesehenen Möglichkeiten der Verfahrenskonzentration an einem Gerichtsstand (Klagenhäufung, Streitverkündungsklage, Adhäsionsklage) sollen auch unter dem IPRG zum Tragen kommen. Sachlich nicht gerechtfertigte prozessuale Benachteiligungen des Klägers unter dem IPRG werden behoben und unnötige parallele Prozesse an verschiedenen schweizerischen Gerichtsständen vermieden.

Mit der Anpassung des Gerichtsstandes am Erfüllungsort wird ebenfalls den dargelegten Zielen entsprochen und zugleich die Rechtslage an die E-ZPO und an das revLugÜ angepasst. Das Ergebnis ist ein kohärentes schweizerisches Gerichtsstandsrecht.

7 Auswirkungen der Vorlage

7.1 Finanzielle und personelle Auswirkungen auf Bund, Kantone und Gemeinden

Finanzielle oder personelle Auswirkungen sind von der Ratifikation des Übereinkommens weder auf Bundes-, noch auf Kantons- oder Gemeindeebene zu erwarten. Bei der aktuellen Vorlage geht es nicht darum, eine neue Grundlage für staatliches Handeln zu schaffen. Es handelt sich hier vielmehr um Zivilrechtsgesetzgebung in einem weiteren Sinne.

Wie sich die Vorlage auf die Geschäftslast der kantonalen Gerichte auswirken wird, ist schwer abschätzbar. Einerseits dürfte es angesichts der verbesserten Erfolgsaussichten zu häufigeren Anerkennungs- und Vollstreckungsgesuchen, insbesondere im Verhältnis zu den neuen EU-Staaten, kommen. Andererseits wird die Rechtssicherheit verbessert, was die Erledigung der Gesuche beschleunigt und die Arbeit der Gerichte erleichtert. Die Harmonisierung der Gerichtsstände verhindert zudem parallele Verfahren in verschiedenen Vertragsstaaten und erübrigt aufwändige Erkundigungen über ausländische Zuständigkeitsvorschriften.

7.2 Auswirkungen auf die Informatik

Es sind keine Auswirkungen auf die Informatik zu erwarten.

7.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Das mit einer Ratifikation des Übereinkommens geschaffene Plus an Rechtssicherheit bewirkt eine Stärkung des Handels- und Finanzplatzes Schweiz, indem Handel und Investitionen, namentlich im Verhältnis zu den neu hinzukommenden Staaten, in einen Raum der Rechtssicherheit und Rechtsdurchsetzbarkeit eingebettet werden.

8 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist in der Botschaft über die Legislaturplanung 2007-2011 angekündigt.⁵⁰

9 Rechtliche Aspekte

9.1 Verfassungsmässigkeit der Vorlage

Der vorliegende Bundesbeschluss stützt sich auf Artikel 54 Absatz 1 der Bundesverfassung (BV)⁵¹, welcher den Bund ermächtigt, völkerrechtliche Verträge abzuschliessen. Die Zuständigkeit der Bundesversammlung zur Genehmigung solcher Verträge ergibt sich aus Artikel 166 Absatz 2 BV. Die im Bundesbeschluss vorgesehenen Gesetzesänderungen stützen sich auf Artikel 122 Absatz 1 BV, wonach die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts Sache des Bundes ist.

Laut Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d BV werden völkerrechtliche Verträge dem fakultativen Referendum unterstellt, wenn sie unbefristet und unkündbar sind (Ziff. 1), den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen (Ziff. 2) oder wenn sie wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (Ziff. 3). Das revidierte Lugano-Übereinkommen ist kündbar (Art. 74 Abs. 2) und impliziert keinen Beitritt zu einer internationalen Organisation. Das Übereinkommen enthält allerdings rechtsetzende Bestimmungen auf dem Gebiet des (internationalen) Zivilprozessrechts. Darüber hinaus sieht der vorliegende Entwurf für einen Bundesbeschluss Änderungen in zwei Bundesgesetzen vor. Die Voraussetzungen nach Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV sind folglich erfüllt.

Die Bundesversammlung erlässt rechtsetzende Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes oder der Verordnung. Die übrigen Erlasse ergehen in der Form des Bundesbeschlusses (Art. 163 BV). Untersteht der Genehmigungsbeschluss eines völkerrechtlichen Vertrags dem fakultativen Referendum, so kann die Bundesversammlung die Gesetzesänderungen, die der Umsetzung des Vertrages dienen, in den Genehmigungsbeschluss aufnehmen (Art. 141a Abs. 2 BV).

⁵⁰ BBl 2008 918

⁵¹ SR 101

9.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen und Verhältnis zum europäischen Recht

Der als Entwurf vorliegende Bundesbeschluss ist mit den bestehenden internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar.

Das Verhältnis des revLugÜ zu anderen staatsvertraglichen Instrumenten sowie zum europäischen Recht wird im Übereinkommen selbst (Art. 64 ff.) geregelt.

Mit dem revLugÜ wird der Parallelismus zum entsprechenden Instrument der EU, der im Wesentlichen gleich lautenden Verordnung (EG) Nr. 44/2001, wieder hergestellt. Dieser war durchbrochen worden, nachdem die EU die Ergebnisse der Einigung vom April 1999 bereits im Jahr 2002 mit der genannten Verordnung umsetzte, die Verabschiedung des revLugÜ sich aber aus EU-internen Gründen um mehrere Jahre verzögerte. Mit revLugÜ wird der harmonisierte europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsraum in Zivil- und Handelssachen erneuert und räumlich erweitert.

**Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la
Convention de Lugano révisée concernant la compétence
judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en
matière civile et commerciale**

Rapport explicatif

du 30 mai 2008

Condensé

La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL) est en vigueur pour la Suisse depuis le 1^{er} janvier 1992. Le présent rapport a pour objet la révision de ce texte.

La conclusion de la Convention de Lugano et, avant elle, de l'accord pertinent pour les États de l'UE, qu'est la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 – prédécesseur au contenu à peu près identique de la CL – a été un grand pas vers une meilleure sécurité juridique des transactions transfrontalières entre les États de l'UE et de l'AELE. L'unification des règles en matière de for et la mise en place d'un système efficace de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères ont constitué deux progrès majeurs. Si dans l'ensemble, la Convention de Lugano a fait ses preuves, certaines dispositions de ces deux conventions parallèles sont controversées ou créent des difficultés dans leur application. De plus, de nouveaux développements, tels que les transactions électroniques d'un État à l'autre, et le désir d'accroître l'efficacité de la procédure de reconnaissance et d'exécution ont incité les États parties à s'atteler à une révision de ces textes.

La nouvelle Convention de Lugano se fonde sur un projet du groupe de travail UE/AELE, qui a présenté en avril 1999 deux textes révisés des Conventions de Lugano et de Bruxelles. Se fondant sur les nouvelles compétences que lui a attribuées le Traité d'Amsterdam, l'UE a décidé de ne pas mettre en œuvre ce projet sous la forme d'une convention mais sous la forme d'un règlement communautaire – dit règlement « Bruxelles I » (R 44/2001) – lequel est entré en vigueur le 1^{er} mars 2002 pour ses États membres. La Convention révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Lugano le 30 octobre 2007 et actuellement soumise à ratification, permettra de mettre en œuvre les solutions trouvées en 1999 dans les États AELE que sont la Suisse, la Norvège et l'Islande. Elle correspond donc largement sur le fond au règlement « Bruxelles I ».

La convention révisée comprend plusieurs modifications des règles relatives aux fors, notamment dans les domaines suivants :

- *le for contractuel et le for en matière de contrats conclus par les consommateurs (surtout dans le domaine des transactions électroniques) ;*
- *une définition autonome de la litispendance et du siège des personnes morales ;*
- *des adaptations mineures concernant le for en matière de contrats de travail et en matière d'assurances, le for exclusif en matière immobilière et en matière de propriété intellectuelle et des dispositions de réglementation des procédures connexes.*

Dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, les modifications principales sont les suivantes :

- *les objections matérielles à l'encontre de la déclaration d'exequatur ne seront examinées qu'en deuxième instance ;*
- *un défaut formel mineur dans la transmission de l'acte ne suffira plus à empêcher la reconnaissance et l'exécution.*

En pratique, la nouveauté la plus importante est l'extension du champ d'application territorial de la convention aux États qui ont adhéré à l'UE depuis l'élargissement à l'Est (seule la Pologne ayant ratifié la convention actuelle). Il sera possible par la suite à des États hors UE/AELE de ratifier la convention. De plus, le champ d'application de celle-ci sera automatiquement étendu à d'éventuels nouveaux États membres de l'UE.

Le présent rapport traite des nouveautés apportées par la révision de la Convention de Lugano et des adaptations prévues de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) ainsi que du projet de code de procédure civile (P-CPC). Il s'agit principalement de la création d'un nouveau cas de séquestre et de l'extension de la compétence territoriale du juge du séquestre et de l'exequatur.

L'entrée en vigueur de la convention révisée sera aussi l'occasion d'adapter les dispositions de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) concernant le for non seulement à la convention mais aussi au projet de code de procédure civile. Il s'agit d'éliminer les divergences entre cette loi et les autres sources juridiques lorsqu'elles ne se justifient pas et de combler certaines lacunes concernant les fors.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation	6
1.1 Contexte	6
1.2 Genèse et contexte juridique de la CLrév	7
1.3 Vue d'ensemble des nouvelles dispositions de la CLrév	8
1.4 Vue d'ensemble des modifications du droit suisse	8
2 Commentaire détaillé des modifications de la convention	9
2.1 Champ d'application de la convention	9
2.2 For en matière contractuelle	9
2.2.1 For de l'exécution	9
2.2.1.1 Remarques générales	9
2.2.1.2 Litiges en matière contractuelle, contrats de vente de marchandises et de fourniture de services	10
2.2.1.3 Délimitation entre la let. a et la let. b	10
2.2.1.4 L'obligation qui sert de base à la demande	11
2.2.1.5 Détermination du lieu d'exécution	12
2.2.2 For en matière d'assurances	12
2.2.3 For en matière de contrats conclus par les consommateurs	13
2.2.4 For en matière de contrats individuels de travail	16
2.3 Autres modifications concernant les fors	17
2.3.1 For en matière d'obligation alimentaire	17
2.3.2 For en matière d'actions provisoires en cessation de l'atteinte en cas d'acte illicite	17
2.3.3 For en matière d'actions connexes	18
2.3.4 For en matière de demande en garantie et de demande en intervention	18
2.3.5 Fors exclusifs en matière de droit des sociétés, de droits immatériels et d'exécution des décisions	18
2.3.6 Prorogation de compétence	20
2.4 La litispendance	20
2.5 Définition autonome du siège des personnes morales	22
2.6 Reconnaissance et exécution	24
2.6.1 Aperçu des nouveautés	24
2.6.2 Motifs de refus de la reconnaissance	24
2.7 La procédure d'exequatur révisée et sa mise en œuvre en Suisse	26
2.7.1 Remarques préliminaires	26
2.7.1.1 La CLrév dans le droit suisse de l'exécution forcée	26
2.7.1.2 Aperçu de la mise en œuvre	27
2.7.1.3 La procédure incidente d'exequatur en tant qu'alternative	28
2.7.2 La procédure d'exequatur en première instance	29
2.7.3 Les voies de recours contre la décision d'exequatur	30
2.7.3.1 Objectifs de la convention	30
2.7.3.2 Le recours CLrév	31
2.7.3.3 Le recours devant le Tribunal fédéral	32

2.7.4 Dispositions communes à la procédure d'exequatur et à la procédure de recours	32
2.7.5 Mesures conservatoires à disposition du créancier dans la procédure d'exequatur	33
2.7.5.1 Exigences de la CLrév	33
2.7.5.2 Mesures conservatoires CLrév pour la Suisse	34
2.8 Jurisprudence relative à la CL et au R 44/2001	35
3 Réserves et déclarations relatives à la convention	35
4 Modifications de la LP et du P-CPC	37
4.1 Modifications de la LP	37
4.2 Modifications du code de procédure civile	40
5 Modifications de la LDIP	41
5.1 Arrière-plan et but des modifications	41
5.2 Commentaire détaillé	42
6 Appréciation	45
6.1 Nouveautés de la CLrév par rapport à la CL en vigueur	45
6.2 Compatibilité de la convention avec l'ordre juridique suisse	46
6.3 Les avantages de la procédure d'exécution LP révisée pour les créanciers en Suisse	46
6.4 Adaptations correspondantes de la LDIP	46
7 Conséquences	47
7.1 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération, les cantons et les communes	47
7.2 Conséquences pour l'informatique	47
7.3 Conséquences économiques	47
8 Liens avec le programme de la législature	47
9 Aspects juridiques	48
9.1 Constitutionnalité	48
9.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse et rapport avec le droit européen	48

Arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

(avant-projet)

Annexe I

Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

Annexe II

Rapport explicatif

1 Présentation

1.1 Contexte

La Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL)¹ est en vigueur pour la Suisse depuis le 1^{er} janvier 1992. Le présent rapport a pour objet la révision de ce texte.

Pour ce qui est de la genèse de la CL, de ses caractéristiques principales – largement préservées – et des dispositions inchangées par la révision, nous renvoyons au message du 21 février 1990². Les développements de la jurisprudence doivent également être pris en considération. Il n'en sera pas fait mention ici, à moins qu'ils ne concernent une disposition modifiée.

De l'avis général, la CL a fait ses preuves, tant en Suisse, que dans les autres États parties. Une révision s'est toutefois avérée nécessaire pour différentes raisons. Le for contractuel, d'abord, a soulevé des problèmes dans la pratique en raison de sa complexité et de son manque de prévisibilité. Ensuite, l'absence de définition, notamment des actes faisant débiter la litispendance ou du siège de la personne morale, ont suscité des problèmes d'interprétation. Enfin, plusieurs éléments importants développés par la jurisprudence n'apparaissaient pas dans la convention.

En outre, la CL s'applique à seulement seize des 27 États membres de l'Union européenne (UE)³, les nouveaux États qui ont adhéré au titre de l'élargissement à l'Est ne l'ayant pas ratifiée (sauf la Pologne).

La Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CLrév) représente l'aboutissement de négociations commencées en 1997 entre l'UE, ses États membres et les États de l'AELE parties à la CL. Elle améliore, clarifie et simplifie la CL actuelle sur plusieurs points. En avril 1999, un groupe mixte UE/AELE avait mis au point un projet de révision commun que seule l'UE a mis en œuvre à ce jour, mettant fin au parallélisme entre la CL et les sources juridiques déterminantes pour les États de l'UE. La CLrév rétablit ce parallélisme.

La loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁴ n'a pas été adaptée à la CL lorsque celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992. Ce fait, qui a suscité des critiques dans la doctrine et la jurisprudence, a eu pour inconvénients de laisser sans réponse certaines questions importantes et controversées et de mener à des solutions cantonales différentes. Le présent projet y remédie. Il ne faudrait pas que, faute d'adaptation de la LP, les efforts en vue d'accélérer et de simplifier la procédure d'exécution soient réduits à néant.

¹ RS 0.275.11

² FF 1990 II 269, tiré à part 90.017

³ La désignation « Union européenne » (UE) a remplacé le concept de « Communauté européenne » (CE) dans le langage courant. En principe, l'expression UE est utilisée ici dans un sens courant, non pas dans un sens juridique.

⁴ RS 281.1

Etant donné que les négociations relatives à la nouvelle CL étaient en cours, on avait renoncé, dans le cadre des travaux d'élaboration du code de procédure civile (P-CPC)⁵, à modifier les règles sur les fors dans la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)⁶. A la lumière de la CLrév et surtout des dispositions du P-CPC sur les fors, il est aujourd'hui nécessaire de le faire afin d'harmoniser les textes aux différents échelons normatifs. Ces adaptations ne sont pas directement liées à la révision de la CL mais forment une « petite révision » du droit international de la procédure civile en relation avec la CLrév.

1.2 Genèse et contexte juridique de la CLrév

Le groupe de travail UE/AELE a été chargé en décembre 1997 des travaux de révision de la CL et de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Bruxelles). Constitué en janvier 1998, il a achevé ses travaux et présenté un texte commun le 23 avril 1999, juste avant l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam⁷.

En juillet 1999, la Commission européenne, se fondant sur les nouvelles compétences que lui donnait le Traité d'Amsterdam, a décidé de mettre en œuvre les propositions du groupe de travail non pas sous la forme d'une convention mais sous la forme d'un règlement communautaire. Le Conseil de l'Union européenne a donc adopté, le 22 décembre 2000, le règlement (CE) n° 44/2001⁸ concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (règlement « Bruxelles I », R 44/2001). Ce règlement est entré en vigueur le 1^{er} mars 2002 et s'applique de manière contraignante à tous les États de l'UE. Sur le fond, le R 44/2001 s'inspire du texte de la révision du 23 avril 1999.

L'adaptation de la CL, qui devait se faire en parallèle, a pris du retard. Pendant un certain temps, il n'a pas été clair si l'UE disposait d'une compétence externe exclusive ou seulement « mixte » pour la conclusion de la CLrév. Ce n'est que le 7 février 2006 qu'un avis de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a conclu en faveur d'une compétence externe exclusive. La Suisse, la Norvège et l'Islande ont donc eu pour unique partenaire de négociation l'UE, agissant au travers de la Commission européenne. Par conséquent, c'est l'UE qui figure comme partie contractante dans le texte de la CLrév en lieu et place des États membres. Seul le Danemark est partie contractante autonome, en raison de son statut spécial. Les autres parties contractantes sont la Suisse, le Royaume de Norvège et l'Islande.

Suite à l'avis de la CJCE du 7 février 2006 les négociations ont pu reprendre. Le texte révisé définitif a été signé le 30 octobre 2007 à Lugano lors d'une conférence diplomatique.

Quant au rapport sur la CLrév du rapporteur nommé par le groupe de travail UE/AELE, il est en cours de préparation.

⁵ FF **2006** 6841

⁶ RS **291**

⁷ JOCE, C-340 du 10 novembre 1997, p. 1

⁸ JOCE, L-12 du 16 janvier 2001, p. 1-23

1.3 Vue d'ensemble des nouvelles dispositions de la CLrév

Sur le plan matériel, les modifications de la CL portent d'abord sur les *normes de compétence*, notamment sur le for contractuel et le for en matière de contrats conclus par les consommateurs (surtout dans le domaine des transactions électroniques). Elles touchent également la question de la litispendance et celle de la détermination du siège des personnes morales, en prenant souvent la forme de dispositions autonomes visant à écarter des imprécisions ou à éviter des renvois peu satisfaisants.

Un autre domaine ayant subi des modifications importantes est celui de la *reconnaissance et l'exécution* des décisions. Les adaptations visent à accélérer les procédures tout en garantissant les droits du défendeur dans la procédure d'exécution.

On peut encore relever des modifications de moindre importance concernant les fors en matière de contrats de travail et en matière d'assurances, la compétence exclusive en matière immobilière ainsi que la comparution.

Sur le plan formel, les modifications sont également importantes. La convention a repris la numérotation des articles du R 44/2001. L'ensemble des énumérations, telles que la liste des autorités judiciaires compétentes des États contractants (cf. *art. 3, al. 2, 4, al. 2, 32, 37 et 40 CL*), a été placé en annexe, afin d'améliorer d'une part, la lisibilité de la convention et d'autre part, afin de pouvoir adapter ces listes sans avoir à réviser formellement la CLrév.

1.4 Vue d'ensemble des modifications du droit suisse

Pour pouvoir éviter les difficultés dans la mise en œuvre de la CL en Suisse, il est nécessaire de procéder à des adaptations ponctuelles du droit interne de la procédure et de l'exécution, notamment dans la LP et dans le P-CPC.

Les adaptations de la LP concernent principalement la création d'un nouveau cas de séquestre pour les créanciers bénéficiant d'une décision exécutoire prise en vertu de la CLrév ou d'un autre titre de mainlevée définitive. En même temps, le tribunal de l'exécution se voit transmettre la fonction de tribunal du séquestre, ainsi que la compétence d'assortir la demande de séquestre de l'exequatur CLrév. Le tribunal de l'exécution du for de la poursuite du débiteur pourra en outre prononcer le séquestre d'objets situés en dehors de son arrondissement judiciaire.

Si aucune mesure conservatoire n'est demandée ou qu'elle ne concerne pas des créances pécuniaires, l'exequatur est alors prononcée par le tribunal de l'exécution, comme le prévoit de manière générale le P-CPC.

Les adaptations du P-CPC concernent essentiellement les voies de recours prévues par la CLrév. Le recours limité au droit y est adapté aux particularités de la CLrév, notamment en ce qui concerne le pouvoir de cognition de l'autorité de recours. Le mémoire préventif ne sera plus admis dans le champ d'application de la CLrév.

Les adaptations de la LDIP, qui ne sont pas en relation directe avec la CLrév, sont commentées au ch. 5.

2 Commentaire détaillé des modifications de la convention

2.1 Champ d'application de la convention

Concernant le champ d'application matériel, la CLrév reste applicable en matière civile et commerciale. Ce champ d'application englobera désormais certaines décisions qui n'ont pas été rendues par un tribunal mais par une autorité administrative, en vertu de l'art. 62 CLrév (cf. le ch. 2.3.5, commentaire de l'art. 22, ch. 5).

Les modifications du champ d'application territorial de la convention apparaissent à l'art. 1, al. 3. De plus, les nouvelles dispositions des art. 18 et 60 (cf. les ch. 2.2.4 et 2.4) pourraient entraîner indirectement des extensions ponctuelles du champ d'application territorial et personnel de la convention.

Le nouvel al. 3 de l'art. 1 est devenu nécessaire du fait que c'est désormais l'UE et non plus ses États membres qui est partie à la convention, alors que la convention continue de créer des obligations directes pour les tribunaux des États membres. On ne parle donc plus, dans la convention, d'États contractants mais d'« États liés par la présente convention ». Cette formule, assez lourde, inclut tant les États membres de l'UE que les autres parties à la convention que sont l'Islande, la Norvège et la Suisse. Le Danemark a lui aussi rang de partie contractante en raison de son statut spécial au sein de l'UE. La 2^e phrase de l'al. 3 couvre le cas hypothétique où des tribunaux ou autres autorités de l'UE reprendraient à l'avenir certaines tâches des tribunaux étatiques ; ils seraient alors directement assujettis à la convention.

Le champ d'application de la CLrév englobera 30 États, soit onze de plus que la convention actuelle. Ce sont les États entrés ces dernières années dans l'UE : la Tchéquie, la Slovaquie, la Slovénie, la Hongrie, Malte, Chypre, l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Bulgarie et la Roumanie (la Pologne a déjà ratifié la CL). En vertu de la compétence externe de l'UE, la CLrév est la seule possibilité pour intégrer dans l'« espace Lugano » les nouveaux États de l'UE et d'éventuels futurs États membres.

Des États extracommunautaires pourront à l'avenir aussi ratifier la CLrév, sous réserve de l'accord unanime des parties contractantes. Les éventuels nouveaux membres de l'UE intégreront pour leur part automatiquement le champ d'application de la CLrév.

2.2 For en matière contractuelle

2.2.1 For de l'exécution

2.2.1.1 Remarques générales

La modification de l'art. 5, al. 1, a été motivée par les problèmes d'application insolubles que créait la réglementation actuelle du for contractuel. Tant l'analyse de la jurisprudence de la CJCE concernant la Convention de Bruxelles, que celle des arrêts les plus récents sur la CL montrent bien ces problèmes ; la moitié des jugements porte en effet sur le for contractuel. Lors des négociations, plusieurs délégations étaient dès lors de l'avis que ce for était au fond inutile et pouvait être purement et simplement supprimé. Faute de consensus, on s'est borné à en limiter la portée. On s'est surtout efforcé de restreindre la compétence au lieu d'exécution de l'obligation de payer, compétence qui a été, à maintes reprises et sous divers aspects, critiquée par la doctrine. La position de la Suisse, à savoir supprimer le for au lieu de

paiement pour ne plus admettre que le for au lieu d'exécution de l'obligation caractéristique du contrat, s'est imposée pour ce qui est des contrats de vente de marchandises et de fourniture de services, mais non pour les autres types de contrat ni pour les contrats innommés.

La nouvelle règle combine la proposition évoquée – se fonder uniquement sur la prestation caractéristique du contrat – et le système actuel. La *let. a* est reprise mot pour mot du texte actuel ; la *let. b* désigne comme for le lieu d'exécution de la prestation caractéristique lorsque celui-ci porte sur la vente de marchandises ou la fourniture de services. La *let. c* tente de définir la relation entre les *let. a* et *b*.

2.2.1.2 Litiges en matière contractuelle, contrats de vente de marchandises et de fourniture de services

Comme dans la convention actuellement en vigueur, la disposition s'applique en principe « en matière contractuelle » (*let. a*). Aucune modification n'a été apportée à l'interprétation autonome de cette notion. La CJCE l'interprète sciemment *lato sensu*, y incluant par exemple les litiges sur l'existence d'un lien contractuel en tant que tel⁹. Le lieu de l'exécution est aussi défini de manière autonome à la *let. b* pour ce qui est des contrats de vente de marchandises et de fourniture de services. Il s'agit de notions larges : pour la vente de marchandises, on peut se référer à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises¹⁰ et à la directive européenne sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation¹¹. L'art. 50 du Traité de Nice¹² et la jurisprudence relative à l'art. 13 CL servent de base à la définition du contrat de fourniture de services. Ce terme recouvre tous les contrats – nommés ou innommés – qui ont pour objet une prestation liée à une activité fournie contre rémunération à l'autre partie, ce qui inclut les contrats d'entreprise et les contrats de livraison dans le cadre d'un contrat d'entreprise, ainsi que le mandat sous presque toutes ses formes.

2.2.1.3 Délimitation entre la *let. a* et la *let. b*

Aux termes de la *let. c*, la *let. a* s'applique lorsque la *let. b* ne s'applique pas. Pour déterminer le champ d'application de la *let. a*, il faut donc considérer que cette règle, reprise de l'actuelle convention, ne s'applique plus qu'aux relations contractuelles autres que les contrats portant sur la vente de marchandises ou la fourniture de services. Certes, la volonté d'étendre le champ d'application de la *let. a* s'est fait jour à plusieurs reprises dans la doctrine et la jurisprudence, mais il convient de ne pas se fonder sur cette analyse historique, car la révision était sous-tendue par l'idée de créer une règle unique de compétence pour les contrats de vente de marchandises ou de fourniture de services.

Si l'on analyse la *let. c* sous l'angle grammatical, on peut en déduire une autre restriction du champ d'application de la *let. b*, du point de vue territorial. En effet, lorsque, en vertu de la *let. b*, la compétence est située en dehors du territoire d'un

⁹ CJCE, Arrêt du 4 mars 1982, Aff. C-38/81, *Effer/Kantner*, Rec. 1982, p. 825

¹⁰ Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises ; RS **0.221.211.1**

¹¹ Directive (CE) 1999/44 du 25 mai 1999

¹² Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée Nice), JOCE C-325 du 24 décembre 2002

des États membres, par exemple lorsque les marchandises doivent être livrées au Brésil, c'est bien la *let. a*, donc l'ancienne règle, qui s'applique¹³. L'idée est que la compétence peut incomber au tribunal du lieu de paiement, soit au domicile du vendeur, lorsque l'obligation de ce dernier doit être accomplie en dehors du territoire des États membres, à condition bien sûr que les deux parties aient leur domicile dans un État membre et que le droit matériel applicable considère l'obligation pécuniaire envers le vendeur comme une dette portable. Cette règle peut jouer en faveur de l'exportateur qui livre des marchandises en dehors de l'Europe. Cependant, le fait qu'elle désavantage en même temps l'acheteur – lui aussi européen – et qu'il est difficile à ceux qui appliquent la convention de distinguer ce double sens de la *let. c* va à l'encontre d'une interprétation aussi large de la disposition.

2.2.1.4 L'obligation qui sert de base à la demande

La *let. a* est reprise mot pour mot du texte actuel, dont la CJCE déduit que l'obligation qui sert de base à la demande détermine la compétence au lieu de l'exécution. Il est en principe possible de déduire un critère de rattachement de chaque obligation particulière du contrat.¹⁴ Prenons comme exemple le contrat de vente : la demande de l'acheteur porte sur la livraison de la marchandise achetée, celle du vendeur sur le paiement du prix d'achat. En vertu du contrat, la marchandise doit être livrée à Rotterdam et la somme versée auprès d'une banque à Zurich. Selon ce système, il existe donc plusieurs fors possibles pour le même contrat. Comme les obligations pécuniaires sont des dettes portables selon le droit suisse et celui de nombreux États étrangers, le for au lieu d'exécution de l'obligation de payer fait que le tribunal auprès duquel le vendeur doit intenter une action est souvent étranger à l'affaire. La CJCE ne s'est écartée de ce principe que dans le cas des contrats de travail. C'est, en ce cas, la prestation de travail qui caractérise le contrat qui détermine le for, quelle que soit l'obligation qui sert de base à la demande¹⁵.

La révision fait de la règle jurisprudentielle applicable aux contrats de travail une disposition générale qui vaut pour toutes les demandes relevant de la *let. b*, et qui prévoit ainsi une concentration du for au lieu d'exécution de l'obligation caractéristique pour les contrats de vente de marchandise et de fourniture de services.¹⁶ Certes, de nouveaux problèmes peuvent se poser dans les cas de contrats multiples et complexes – cas au demeurant peu fréquents – dans lesquels il peut être difficile de déterminer la prestation caractéristique. Un for unique pour un même contrat représente ainsi une énorme simplification et améliore nettement la prévisibilité en matière de compétence pour les parties au contrat. Cette prévisibilité n'est plus entachée par les incertitudes liées à la détermination de l'obligation qui sert de base à la demande. Le lieu de l'obligation de payer étant écarté, la compétence ne dépend plus non plus du fait que le droit national applicable considère les obligations pécuniaires comme des dettes portables ou des dettes quérables.

¹³ Proposition de règlement (CE) du Conseil du 14 juillet 1999 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM/99/0348 final, p. 15

¹⁴ CJCE, Arrêt du 6 octobre 1976, Aff. 14/76, *De Bloos/Bouyer*, n° 13 s. Rec. 1976, p. 1497; Arrêt du 15 janvier 1987, Aff. 266/85, *Shenavai/Kreischer*, Rec. 1987, p. 239, n° 9; Arrêt du 5 octobre 1999, Aff. 420/97, *Leathertex*, Rec. 1999, p. 6747; ATF 124 III 188, 189 s.

¹⁵ CJCE, Arrêt du 25 mai 1982, Aff. 133/81, *Ivenel/Schwab*, Rec. 1982, p. 1891

¹⁶ CJCE, *Color Drack*, Aff. C-386/05, n° 39; v. aussi les n° 26 et 30

2.2.1.5 Détermination du lieu d'exécution

Comme la teneur de l'art. 5, al. 1, *let. a*, correspond à celle de la CL et de la Convention de Bruxelles, on peut présumer que le lieu d'exécution continuera d'être déterminé de la même manière qu'aujourd'hui. Selon une jurisprudence ancienne, celui-ci se détermine en principe selon la *lex causae*, c'est-à-dire selon la législation applicable en vertu du droit international privé de l'État saisi¹⁷.

La question de savoir s'il fallait abandonner cette approche en faveur d'une définition autonome du lieu d'exécution a fait l'objet de vives discussions au début des négociations. Plusieurs propositions rédigées ont été faites, visant à la détermination « factuelle » du lieu d'exécution, fondée sur le lieu d'exécution réel, circonstanciel ou convenu entre les parties ; mais celles-ci n'ont pas fait l'unanimité lors des négociations. Il s'avère en effet difficile de trouver une manière de déterminer le lieu d'exécution indépendamment du droit matériel. Cela étant, les jurisprudences allemande et autrichienne ainsi qu'une vaste majorité de la doctrine dans ces deux pays considèrent qu'il faut maintenir le droit matériel applicable comme base de la détermination. Par contre, dans le cas plus rare où le lieu d'exécution ne peut pas se fonder sur un accord (même implicite) entre les parties au contrat mais doit être défini uniquement en fonction d'une norme légale dispositive, la majorité des avis exprimés dans la jurisprudence et la doctrine préconisent une détermination autonome et factuelle.

Dans un arrêt récent concernant l'art. 5, al. 1, *let. b*, du R 44/2001, la CJCE s'est exprimée en faveur d'une détermination autonome – mais non factuelle – du lieu d'exécution (lieu de livraison), sans toutefois s'étendre sur le sujet¹⁸. Vu la réserve générale avec laquelle la jurisprudence et la doctrine s'expriment sur la méthode, on peut dire que la situation est ouverte. Il faut cependant supposer, vu les problèmes évoqués, que les tribunaux ne pourront pas éviter de tenir compte des considérations de droit matériel pour la détermination du lieu d'exécution.

2.2.2 For en matière d'assurances

A l'exception des dispositions commentées ci-après, la section 3 CLrév (*art. 8 à 14*) correspond sur le fond aux art. 7 à 12a CL.

Art. 9 Compétence en cas d'action contre l'assureur

L'art. 9 correspond en grande partie à l'art. 8 CL. Un ajout important a été fait à l'art. 9, *al. 1, let. b*. Si, aujourd'hui, le preneur d'assurance (cocontractant de l'assureur) peut attirer l'assureur devant le tribunal de son domicile, cette possibilité sera désormais aussi ouverte à l'assuré (en faveur duquel ou pour le compte duquel le preneur d'assurance a conclu l'assurance objet du litige) et à tout tiers désigné comme bénéficiaire de l'assurance. Le bénéficiaire est par exemple celui qui doit recevoir la prestation d'une assurance-vie ou d'une assurance accidents. Il peut

¹⁷ CJCE, Arrêt du 6 octobre 1976, Aff. C-12/76, *Tessili/Dunlop*, Rec. 1976, p. 1473; confirmé par CJCE, Arrêts du 29 juin 1994, Aff. C-288/92, *Custom Made Commercial/Stawa Metallbau*, Rec. 1994, p. 2913 et du 28 septembre 1999, Aff. C-440/97, *GIE Concorde*; cf. ATF 124 III 188, 189

¹⁸ CJCE, *Color Drack*, Aff. C-386/05, n° 39; v. aussi les n° 24, 26 et 30

aussi être l'assuré lui-même. La disposition ne s'applique bien sûr que lorsque le domicile ou le siège du demandeur et du défendeur sont dans des États différents.

Art. 14, ch. 5 Grands risques

Lorsqu'un contrat d'assurance couvre des « grands risques », il est alors exclu des restrictions faites au choix du for en vertu de l'art. 13. On présuppose en effet qu'aucune des parties n'a besoin d'une protection particulière en matière d'assurance des grands risques. Pour interpréter la notion de grands risques, on peut prendre pour point de départ leur définition telle qu'elle ressort des directives communautaires pertinentes¹⁹ dans leur version au moment de la conclusion de la CLrév. Le droit suisse a repris cette définition dans le cadre de l'accord avec la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie²⁰, à l'art. 101b, al. 6, de la loi sur le contrat d'assurance (LCA)²¹.

2.2.3 For en matière de contrats conclus par les consommateurs

La section 4 comprend comme précédemment des règles de compétence particulières applicables à des litiges découlant de contrats conclus par des consommateurs. Le champ d'application de ces dispositions sera dorénavant étendu, notamment pour faire face aux nouveaux moyens de communication et aux nouvelles formes de conclusion des contrats (art. 15, al. 1, let. c). L'art. 15, al. 3, contient une précision en matière de contrats de voyage à forfait.

Les dispositions qui traitent à proprement parler du for (*art. 16 et 17*) reprennent à la lettre la réglementation des art. 14 et 15 CL actuellement en vigueur. On se référera de ce fait à la jurisprudence et à la doctrine élaborées dans ce domaine.

Art. 15 Champ d'application matériel

La réglementation portant sur la vente à tempérament et les opérations de crédit qui se trouvait jusqu'alors aux art. 13, al. 1, ch. 1 et 2, CL a été reprise telle quelle dans l'art. 15, al. 1, let. a et b. Ici aussi, on se référera à l'interprétation des dispositions en vigueur, y compris pour la notion de consommateur.

En revanche, les modifications intervenues à la let. c sont d'une portée non négligeable en comparaison avec l'ancien ch. 3 de l'art. 13, al. 1, CL. Elles se justifient par la volonté d'étendre le champ d'application des dispositions de la section 4 d'une part et de tenir compte de l'utilisation de moyens de communication modernes d'autre part.

Désormais, ce ne seront plus « uniquement » les contrats de fourniture de services et de vente de marchandises qui seront visés, mais en général tous les types de contrats de consommation (y compris les contrats innommés, cf. cependant art. 15, al. 3, CLrév). Cela mettra fin aux controverses portant sur l'interprétation du contrat de

¹⁹ Directive 73/239/CEE du Conseil, modifiée par les directives 88/357/CEE et 90/618/CEE.

²⁰ RS 0.961.1

²¹ RS 221.229.1

fournitures de services (cf. ATF 133 III 395 sur la problématique des opérations bancaires). Compte tenu du fait que les jurisprudences suisse (cf. l'ATF déjà cité) et européenne²² tendent à interpréter cette notion toujours plus largement, la suppression de cette limitation ne modifiera pas fondamentalement la pratique, si ce n'est qu'il en résultera un renforcement bienvenu de la sécurité du droit.

Contrairement aux cas décrits aux let. a et b, la let. c prévoit comme par le passé la réalisation d'éléments de fait supplémentaires. L'exigence de publicité ou d'une offre par le vendeur, liée à la conclusion du contrat dans l'État de domicile du consommateur, a été abandonnée au profit d'une disposition plus large. Pour tous ces contrats (qui ne sont pas soumis aux modalités de paiement particulières décrites aux let. a ou b), la nouveauté réside dans l'exigence alternative – et non plus cumulative – que :

- l'autre cocontractant exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, ou que
- le vendeur, par tout moyen, dirige ses activités commerciales ou professionnelles vers cet État ou vers plusieurs États et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

Hormis la réserve du ch. 1 relative à la compétence du lieu de situation d'un établissement découlant de l'art. 5, ch. 5, la première alternative n'a qu'un champ d'application restreint. Elle pourrait s'appliquer dans l'hypothèse d'une activité déployée dans l'État de domicile du consommateur alors qu'il n'existe pas d'établissement, par exemple sous la simple forme d'une prestation de services. Une transaction effectuée par l'entremise de l'établissement ou de la succursale qui serait sans lien avec son activité, mais qui en aurait un avec celle du siège principal, tomberait également sous le coup de cette disposition.

La seconde alternative sera en revanche d'une grande importance dans la pratique. Elle trouve application si les deux éléments suivants sont réunis cumulativement.

Il faut tout d'abord que l'activité soit « dirigée » vers l'État de domicile du consommateur. L'activité en question doit consister en une opération effectuée dans l'État de domicile du consommateur qui ne vise pas nécessairement à la conclusion effective du contrat, mais qui est globalement rattachée au secteur commercial dans lequel est exercée ladite activité. La présence physique du vendeur dans l'État de domicile du consommateur n'est pas nécessaire.

Il faut ensuite que la conclusion effective – ou litigieuse – du contrat entre dans le cadre de l'activité professionnelle du vendeur. A ce stade, le lieu de conclusion du contrat n'est pas déterminant. Attendu que la conclusion du contrat dans l'État du consommateur ne constitue pas une condition, le consommateur « actif » sera également protégé, soit qu'il utilise un moyen de communication depuis son domicile pour conclure le contrat, soit même qu'il se rende dans l'État du cocontractant (ou dans un autre État) pour signer le contrat.

²² CJCE, Arrêt du 20 janvier 2005, Aff. C-464/01, *Johann Gruber/Bay Wa AG*, Rec. 2005, p. 439

Comme l'indique la nouvelle formule « par tout moyen », cette disposition révisée a pour but d'englober les modes de conclusion d'un contrat par le biais de moyens de communication tels qu'internet, mais sans pour autant exclure d'autres moyens techniques comme le télémarketing. La révision vise surtout à traiter de la même manière les opérations publicitaires et les offres faites par internet, que celles effectuées au moyen des supports traditionnels telles que l'affichage, la presse ou la télévision. Une activité de prospection du marché dans l'État de domicile du consommateur demeure comme par avant nécessaire. L'offre du vendeur doit y être publique et par conséquent accessible aux consommateurs quels que soient les moyens utilisés. Le consommateur doit en outre avoir la possibilité de conclure sans difficultés depuis son État de domicile un contrat avec le cocontractant.

La question se pose de savoir, dans le cadre du commerce électronique, si une page web qui, par définition, est accessible depuis n'importe quel État, doit être considérée comme un « acte de diriger » l'activité commerciale qui y figure vers tous les États dans lesquels se trouvent des consommateurs potentiels. Cette question doit être résolue de cas en cas à la lumière de toutes les circonstances particulières du cas. On peut considérer qu'on se trouve en présence d'un « acte de diriger » si la page web en question ne limite pas son offre à une région spécifique et qu'elle donne à l'utilisateur la possibilité de conclure immédiatement le contrat. La limitation géographique d'une offre sur le web peut apparaître de manière expresse sur la page web elle-même (c'est le cas d'un avertissement relatif à la limitation de la zone de livraison ou de la prestation de services, ou lorsque la possibilité de choisir un autre État est exclue) ou résulter de l'ensemble des circonstances. Parmi ces circonstances, on peut relever en premier lieu le choix de la langue – notamment si la page web n'est rédigée que dans une langue régionale ou dans une langue qui n'est parlée que dans un seul État contractant – ou la nature de l'activité – si celle-ci n'est possible que dans un État déterminé, comme par exemple un service de notariat, la livraison de produits frais ou un service de courrier à vélo –. En revanche, une fenêtre publicitaire supplémentaire sur le web qui ferait usage de méta-balises rédigées dans une langue étrangère ou qui donnerait accès à des répertoires internationaux constituerait un indice d'une activité dirigée sur le marché international.

Dans les deux cas circonscrits par la let. c, il est désormais prévu expressément que le vendeur doit exercer une activité commerciale. Les contrats conclus entre des parties qui n'exercent pas une activité à titre commercial (y compris ceux qui ont été conclus par le biais d'une plate-forme commerciale professionnelle) ne tombent pas dans le champ d'application de la section 4.

L'exclusion des contrats de transport prévue par l'art. 13, al. 3, CL ne subsiste à l'art. 15, ch. 3, CLrév que dans la mesure où il ne s'agit pas de voyages à forfait, ceux-ci restant soumis aux dispositions de la section 4. On est parti de l'idée que les consommateurs avaient besoin d'une protection particulière dans ce domaine car les conventions en vigueur en matière de transports ne les protègent pas suffisamment. Le champ d'application de cette exception devrait ainsi englober tous les cas envisagés par la loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait²³. Contrairement à l'art. 1, al. 1, de cette loi, la définition du voyage à forfait telle qu'elle figure à l'art. 15, al. 3, CLrév ne prévoit ni durée minimale, ni nuitées, ni prix global.

²³ RS 944.3

2.2.4 For en matière de contrats individuels de travail

Jusqu'à présent dispersées, les normes relatives au contrat de travail (art. 5, ch. 1, art. 17, al. 5, CL) sont désormais réunies dans une section unique (section 5, art. 18 à 21). La systématique de cette section est similaire à celle sur la compétence en matière d'assurances qui se trouve deux sections plus haut.

Art. 18 Champ d'application

L'art. 18 porte sur le champ d'application de la section 5. Par rapport à la disposition qu'il remplace (art. 5, ch. 1, CL), l'art. 18, *al.* 2, élargit dans l'intérêt du travailleur le champ d'application des dispositions particulières applicables aux contrats de travail. Ainsi, les « succursales, agences et autres établissements » sis dans un État contractant sont désormais soumis aux dispositions de la section 5 et ce, même si le siège principal (art. 60) ne se trouve pas dans un État contractant. Le champ d'application matériel de ces dispositions spéciales (contrat individuel de travail et prétentions qui en découlent) reste inchangé dans sa substance par rapport à la CL. C'est pourquoi ici aussi il peut être renvoyé à la jurisprudence et à la doctrine.

A la différence de l'art. 5, ch. 1, 2^e et 3^e phrase, CL, la nouvelle section 5 opère une distinction entre le for pour les actions ouvertes contre l'employeur (art. 19) et celui pour celles ouvertes par l'employeur (art. 20). L'art. 21 traite de l'élection de for en lieu et place de l'art. 17, al. 4 et 5, CL.

L'idée d'inscrire une règle de compétence applicable aux travailleurs détachés telle qu'elle figure dans la directive de l'UE concernant le détachement de travailleurs²⁴ n'a pas été retenue. En revanche, le ch. 3 du Protocole n° 3 autorise désormais la Suisse à reprendre dans son droit interne cette compétence résultant de la législation de la Communauté européenne de manière à lui permettre de reconnaître et d'exécuter les décisions d'après la CLrév. Cela a pour conséquence que les décisions rendues en Suisse en vertu de l'art. 115, al. 3, LDIP pourront être exécutées dans d'autres États contractants selon les dispositions de la CLrév (art. 67 en relation avec ch. 3 du Protocole n° 3).

Art. 19 For des actions ouvertes par le travailleur

L'art. 19 détermine les tribunaux devant lesquels le travailleur peut intenter une action. L'art. 19, ch. 2, reprend presque sans modifications le contenu de l'art. 5, ch. 1, 2^e phrase, CL, à savoir le for alternatif spécial du travailleur qui lui permet d'agir soit au lieu où il accomplit habituellement son travail, soit au lieu où se trouve l'établissement qui l'a embauché. On renvoie pour le surplus à la jurisprudence et à la doctrine développées sur ce point.

L'ajout au ch. 2, let. b *in fine*, des termes « ou se trouvait » signifie que le travailleur peut ouvrir son action au nouveau siège de l'établissement qui l'a engagé dans l'hypothèse où cet établissement a été transféré entre-temps.

²⁴ Directive 96/71/CE, JOCE n° L018 du 21 janvier 1997, dont l'art. 6 prévoit un for au lieu où le travailleur est détaché

Art. 20 for des actions ouvertes par l'employeur

L'art. 20 fixe devant quels tribunaux l'employeur peut attirer le travailleur.

Il postule dorénavant un for contraignant au lieu de domicile du travailleur. Est réservée l'action reconventionnelle portée à l'encontre d'une action du travailleur auprès d'un autre for.

Art. 21 Conventions d'élection de for

La première partie de l'art. 21 correspond intégralement au contenu de l'art. 17, ch. 5, CL. Une convention d'élection de for prévue dans un contrat de travail est inopérante si elle ne remplit pas les conditions prévues à l'art. 21, ch. 2.

L'art. 21, ch. 2, remplace l'art. 17, ch. 4, CL – la disposition correspondante n'étant pas reprise au nouvel art. 23 –. On abandonne ainsi le critère, sujet aux critiques, qui n'avantageait qu'une seule partie (« qu'en faveur de l'une des parties ») au profit de critères plus clairs que l'on trouve déjà à l'art. 17, ch. 1 et 2, CLrév (art. 13, ch. 1 et 2, CL) dans le cadre des dispositions applicables aux contrats d'assurances. On se référera également à la doctrine et à la jurisprudence relatives à l'art. 13, ch. 1 et 2, CL.

2.3 Autres modifications concernant les fors

2.3.1 For en matière d'obligation alimentaire

La réglementation sur le for en matière d'aliments de l'art. 5, ch. 2, a été complétée par une *let. c* pour les cas où la demande d'aliments est en relation avec la question de l'autorité parentale (droit de garde). Ce complément permet de combler une lacune importante puisque, jusqu'à présent, seules étaient visées les procédures en relation avec l'état des personnes (divorce). En Suisse, la compétence relative aux questions de l'autorité parentale devrait découler en règle générale de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs²⁵ et, à l'avenir, de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la protection des enfants²⁶. Une décision rendue sur cette base et qui se prononce accessoirement sur une demande d'aliments pourra être exécutée en vertu des dispositions de ladite CLrév dans les États de la CLrév.

2.3.2 For en matière d'actions provisoires en cessation de l'atteinte en cas d'acte illicite

En complétant l'art. 5, ch. 3 par l'expression « ou risque de se produire » (*in fine*), on a écarté l'incertitude régnant sous le régime actuel de la CL relative à la question de savoir si les actions provisoires en cessation de l'atteinte sont comprises dans le champ de la convention. Tel est désormais clairement le cas, ce qui correspond à l'interprétation de l'ancienne disposition par la doctrine dominante.

²⁵ RS 0.211.231.01

²⁶ Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, FF 2007 2497

2.3.3 For en matière d'actions connexes

La précision des conditions de la compétence à l'*art. 6, ch. 1*, en matière d'actions connexes constitue une codification de la jurisprudence établie de la CJCE²⁷, qui a été également suivie par les tribunaux suisses. Cette adaptation n'implique ainsi aucune modification matérielle de la situation juridique. Les dispositions de la loi du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile²⁸ (LFors ; art. 7) et du P-CPC (art. 14) vont également dans le sens de cette jurisprudence qui a pour objectif d'éviter des décisions contradictoires et de mettre fin aux litiges de manière efficace et à moindres coûts.

2.3.4 For en matière de demande en garantie et de demande en intervention

A l'entrée en vigueur du CPC qui prévoit à son art. 15 un for pour l'appel en cause, la réserve émise par la Suisse en raison des réglementations cantonales ne prévoyant pas ce for (Protocole n° 1, art. 5, désormais dans l'annexe IX) tombera. Le for de l'*art. 6, ch. 2*, aura désormais toute son importance pour la Suisse.

2.3.5 Fors exclusifs en matière de droit des sociétés, de droits immatériels et d'exécution des décisions

Les compétences exclusives de l'art. 16 CL ont été reprises telles quelles – hormis les adaptations mentionnées ci-après – dans le nouvel *art. 22*. La situation actuelle ainsi que la jurisprudence découlant des dispositions sur les droits réels et sur les baux d'immeubles (*ch. 1*), sur les inscriptions dans les registres publics (*ch. 3*) et sur les exécutions des décisions (*ch. 5*) restent de ce fait inchangées, tout comme celles, plus spécifiques, relatives à l'exécution des décisions en Suisse.

Art. 22, ch. 2 Litiges en matière de droit des sociétés

La compétence exclusive en matière de litiges relevant du droit des sociétés découle de l'art. 16, ch. 2, CL, qui est repris sans modifications par l'art. 22, ch. 2. L'indication du renvoi aux règles de droit international privé du for pour la détermination du siège de la société (2^e phrase) signifie que la nouvelle définition autonome du siège figurant à l'art. 60 n'est pas applicable ici. La situation demeure ici aussi inchangée et permet ainsi le renvoi à la jurisprudence et à la doctrine à ce sujet.

Art. 22, ch. 4 Litiges en matière de droits immatériels

L'art. 22, ch. 4, présente deux modifications par rapport à l'art. 16, ch. 4, CL.

La modification la plus importante consiste dans l'ajout de la même phrase dans chacun des deux alinéas et selon laquelle il n'est pas déterminant « que la question soit soulevée par voie d'action ou par voie d'exception ». Elle a pour but de reprendre dans la convention une jurisprudence récente de la CJCE²⁹. Il résulte de cette jurisprudence que le tribunal du for du lieu de l'inscription du brevet dispose encore d'une compétence exclusive lorsque la question de la validité de la patente est sou-

²⁷ CJCE, Arrêt du 27 septembre 1988, Aff. C-189/87, *Kalfelis/Schröder*, Rec. 1988, p. 5565

²⁸ RS 272

²⁹ CJCE, Arrêt du 13 juillet 2006, Aff. C-4/03, *GAT/LuK*, Rec. 2006, p. 6501

levée à titre d'exception devant un autre tribunal. Le premier tribunal saisi d'une action en violation en rapport avec une procédure d'examen de la validité du brevet doit ainsi surseoir sa compétence en faveur du tribunal du lieu d'inscription du brevet, ou se déclarer incompétent. Si la procédure est suspendue, un délai est imparti au défendeur pour introduire devant la juridiction ou l'autorité compétente une requête ou une action (en vertu de l'art. 22, ch. 4) sur la question de la validité de la patente, à défaut de quoi l'exception est écartée. La procédure est reprise après que la décision sur la question de la validité a été tranchée et est entrée en force. La jurisprudence de la CJCE a déjà été reprise et appliquée par le Tribunal de commerce de Zurich. Cette règle, qui n'était précédemment applicable qu'en matière de brevets, l'est désormais à tous les litiges en matière d'inscription ou de validité de droits immatériels circonscrits par le ch. 4.

La seconde adaptation est d'ordre formel: le deuxième alinéa du ch. 4 a été repris dans une large mesure de l'actuel art. V du Protocole n° 1 à la CL. Cette disposition contient une réglementation spéciale applicable aux brevets européens délivrés sur la base de la Convention du 29 novembre 2000 sur le brevet européen (CBE)³⁰. Il convient de préciser à ce sujet que les dispositions du Protocole du 5 octobre 1973 sur la reconnaissance³¹ relatives à la compétence et à la reconnaissance priment dans leur application celles de la CLrév (art. 67, al. 1). Le brevet communautaire, qui n'est à ce jour toujours pas réalisé – et qui n'est pas prévu à l'art. V du Protocole n° 1 –, n'est cependant plus mentionné, et la règle de compétence a été complétée, de manière analogue à l'alinéa précédent, par la jurisprudence mentionnée ci-dessus.

Art. 22, ch. 5 Litiges en matière d'exécution des décisions

Controversée dans la jurisprudence et la doctrine, la question de savoir si certains instruments et actions de la LP doivent être reconnus et tombent sous le coup du for de l'exécution de l'art. 16, ch. 5, CL demeure irrésolue avec le texte resté inchangé de l'art. 22, ch. 5, CLrév. Dans ce cadre, modifier la LP pour résoudre ce problème n'aurait pas de sens, ne serait-ce qu'en raison du fait que la CL prime la LP. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence s'apprête à résoudre bon nombre de questions restées ouvertes, notamment celles qui touchent à la qualification et au régime de la mainlevée provisoire de l'opposition et de l'action en libération de dette à la lumière de la CL³².

Il n'est pas exclu que le nouvel *art. 62 CLrév* puisse avoir une incidence sur les instruments qu'offre la LP pour requérir l'ouverture d'une poursuite. L'art 62 CLrév, qui remplace l'art. Va du Protocole n° 1, dispose que certaines dispositions rendues par des autorités administratives (notamment en Norvège, au Danemark, en Islande et en Finlande) doivent être considérées comme des décisions rendues par une « juridiction » au sens de la convention. On a supprimé dans le nouvel article l'énoncé des États et de leurs règles respectives en laissant au droit national interne la liberté d'attribuer à des autorités administratives des tâches juridiques comprises dans le champ d'application de la convention.

Alors que le fait d'examiner si une décision émanant d'une autorité administrative ou judiciaire était déterminant, la question de savoir si une décision doit être rendue

³⁰ RS 0.232.142.2

³¹ RS 0.232.142.22

³² ATF 130 III 285

ou non en vertu de la convention ne se posera plus avec la CLrév. Un commandement de payer pourra désormais tomber dans le domaine de compétence de la CLrév à condition qu'il se rapporte à une prétention liée à une affaire civile ou commerciale. Dans ses arrêts *Klomps*³³ et *Hengst*³⁴, la CJCE a considéré que la décision d'exécution (Vollstreckungsbescheid) rendue dans une procédure allemande d'injonction (Mahnverfahren) et que le décret d'injonction (decreto ingiuntivo) rendu dans une procédure italienne d'injonction (procedimento d'ingiunzione) devaient être considérés comme une décision d'exequatur au sens de la Convention de Bruxelles, décision qui doit obligatoirement être rendue selon les prescriptions en matière de fors résultant du traité. Bien que les procédures allemande et italienne d'injonction présentent des similitudes avec la procédure suisse du commandement de payer, cette dernière s'en distingue cependant principalement en ceci que le commandement de payer est établi par une autorité administrative et non pas judiciaire. Si cette différence a son importance sous l'empire de la CL actuelle³⁵, elle ne devrait plus jouer aucun rôle avec l'art. 62 CLrév. Dans la pratique, cette question n'a cependant qu'une portée limitée car le commandement de payer est généralement dressé au for prévu par la CLrév, soit le plus souvent au domicile du débiteur.

2.3.6 Prorogation de compétence

D'une manière générale, les modifications ponctuelles opérées à l'art. 23 représentent une codification de la situation juridique qui prévalait déjà, du moins pour la Suisse, sous l'art. 17 CL. Cela vaut en premier lieu pour la précision apportée par l'al. 1, selon lequel le tribunal prorogé dispose en principe d'une compétence exclusive, les parties pouvant néanmoins convenir d'un for non exclusif sous réserve que ce caractère non exclusif soit expressément mentionné.

Le nouvel al. 2 place la conclusion d'une convention par voie électronique à égalité avec la forme écrite (al. 1, let. a). L'insécurité sur ce point existant dans la CL et qui était contournée par un rapprochement des let. b et c, est ainsi éliminée.

Le critère d'exclusion, relativement obscur, du caractère « unilatéral » de la convention de l'art. 17, al. 4, CL a été supprimé dans la CLrév. Les limitations relatives à la liberté de prorogation de compétence sont ainsi réglées exhaustivement aux art. 13, 17, 21 et 22.

2.4 La litispendance

Les art. 27 ss (art. 21 ss CL) règlent la question de la priorité entre des procédures parallèles qui sont, soit identiques, soit connexes, et qui se trouvent être pendantes auprès de différents tribunaux. Le but visé est en particulier d'éviter que les tribunaux des États contractants rendent des décisions exécutoires contradictoires et, dans la mesure du possible, d'écarter d'emblée une situation telle que celle réglée à l'art. 34 ch. 3 (art. 27, ch. 3 CL). Alors que les art. 21, 22 et 23 CL sont repris aux art. 27,

³³ CJCE, Arrêt du 16 juin 1981, Aff. C-166/80, *Klomps/Michel*, Rec. 1981, p. 1593

³⁴ CJCE, Arrêt du 13 juillet 1995, Aff. C-474/93, *Hengst Import/Campese*, Rec. 1995, p. 2113

³⁵ Dans ce sens, ATF 130 III 285, consid. 5.1.

28 et 29, la révision prévoit l'introduction d'un nouvel art. 30. A l'exception de l'art. 28 (art. 22 CL) et du nouvel art. 30, la teneur des articles actuellement en vigueur (art. 21 ss CL) reste quasi-inchangée. C'est pourquoi, sous réserve de la modification commentée ci-après de l'art. 28 et du nouvel art. 30, l'on peut renvoyer ici à la jurisprudence et la doctrine développée relativement aux normes correspondantes de la CL.

Art. 28 Connexité

Le nouvel art. 28 a pris en compte les nombreuses critiques émises à l'encontre de la formulation maladroite de l'art. 22 CL qui exigeait que les instances soient pendantes « au premier degré » pour que le juge soit habilité à suspendre la cause. La limitation au « premier degré » est donc renvoyée à l'al. 2, ce qui s'explique du simple point de vue de la systématique. Dès lors, il n'est plus nécessaire que les procédures concernées soient pendantes « au premier degré » pour que la juridiction saisie puisse surseoir à statuer. Toutefois, pour ce qui est du dessaisissement prévu à l'al. 2, la limitation « au premier degré » se justifie dans la mesure où elle permet d'éviter le risque de priver une partie d'un degré de juridiction. Il serait en effet inadmissible qu'un juge de premier degré, dont la décision serait susceptible d'appel, se dessaisisse au bénéfice d'une juridiction de recours étrangère.

Art. 30 Litispendance

Un des éléments ayant motivé la révision de l'actuel texte de la convention porte sur le problème qui s'est posé dans la jurisprudence concernant la détermination du moment à partir duquel une procédure est pendante. En effet, l'art. 21 CL ne précise pas à quel stade de la procédure la litispendance est créée. La CJCE a pour sa part considéré que l'art. 21 CL devait être interprété en ce sens qu'était première saisie la juridiction devant laquelle ont été remplies en premier lieu les conditions permettant de conclure à une litispendance définitive, ces conditions devant être appréciées selon la loi nationale de chacune des juridictions concernées.³⁶ Ainsi alors que dans l'espace juridique anglo-américain on se base sur le moment de la notification du « writ », dans la plupart des ordres juridiques continentaux on se base sur le moment de l'introduction de la demande, soit auprès du tribunal, soit auprès du défendeur. Une telle appréciation, dans la mesure où elle est basée sur les spécificités nationales, peut donc aboutir à des résultats très différents et souvent insatisfaisants. Cette jurisprudence a été l'objet d'interprétations différentes qui ont été relevées par le TF dans son ATF 123 III 414. Il, consid. 5. d. qui, pour sa part, a soutenu une interprétation partiellement autonome en ce sens qu'il était nécessaire que l'ouverture d'action définitive lie, à certain degré, le demandeur à l'action et implique une certaine obligation de continuer la procédure. Malgré une telle interprétation, ce renvoi au droit national s'est avéré lacunaire en pratique, dans la mesure où le demandeur à une procédure en Suisse, dans le cadre de laquelle le lien minimal requis entre demandeur et procès apparaît tardivement (comme par exemple après une procédure de conciliation), se voit alors discriminé par rapport au demandeur à une procédure parallèle à l'étranger qui elle prévoit l'établissement de ce lien beaucoup plus tôt selon ses règles nationales applicables. C'est donc dans la perspective de pouvoir réaliser le plus largement possible l'égalité des chances entre les parties qu'un nou-

³⁶ CJCE, Arrêt du 7 juin 1984, Aff. C-129/83, *Zelger c. Salintri*, Rec. 1984, p. 2397

vel art. 30 a été rédigé, le but étant de se référer à des étapes fixes et facilement identifiables de la procédure.

La règle de priorité prévue par l'art. 21 CL en cas de demandes formées entre les mêmes parties et ayant la même cause et le même objet reste inchangée au nouvel art. 27. La particularité de la révision est d'introduire, dans un nouvel art. 30, des éléments permettant d'identifier de manière autonome le moment à partir duquel une juridiction est réputée saisie. Cette nouvelle réglementation se réfère ainsi à deux étapes de la procédure qui sont facilement identifiables, à savoir l'introduction de la demande auprès du tribunal (ch. 1) et la notification de l'acte introductif d'instance au défendeur (ch. 2). Il s'agit là des principales conceptions prévalant au sein des ordres juridiques européens et entre lesquelles il n'a pas été possible de choisir. La révision permet donc d'identifier indépendamment des règles de droit nationales quels sont les moments qui créent la litispendance, à savoir la première étape de la procédure, que ce soit l'introduction de la demande auprès du tribunal ou la notification de l'acte introductif d'instance au défendeur.

Le choix s'est porté sur la première étape initiant la procédure afin de pouvoir soustraire cette détermination, dans toute la mesure possible, aux aléas du déroulement pratique de la procédure (célérité des autorités, etc.) et autres manipulations des parties. La procédure doit en outre démontrer un certain ancrage et le demandeur est également soumis à une obligation de continuer la procédure. Il doit ainsi prendre les mesures nécessaires pour que l'acte introductif d'instance déposé auprès de la juridiction soit par la suite notifié au défendeur et, inversement, dans les systèmes dans lesquels la notification au défendeur a lieu avant que l'acte ne soit déposé auprès de la juridiction. La norme ne couvre toutefois pas totalement cette problématique puisqu'elle ne détermine pas la durée durant laquelle la deuxième étape de la procédure doit être effectuée, ce point devant être réglé par le droit national.

Bien que le nouvel art. 30 fixe le stade de la procédure à partir duquel la litispendance est créée, la détermination de l'acte introductif d'instance correspondant à ce stade relève quant à elle du droit de procédure national. Bien que la conciliation ne ressorte pas expressément du texte de l'art. 30, il est indiscutable, au vu de la teneur des négociations à ce sujet, qu'elle constitue un acte introductif d'instance au sens du ch.1. Ainsi, lorsque la conciliation représente une étape obligatoire de la procédure, sa réalisation crée alors une situation de litispendance, situation soumise à la condition que le demandeur entreprenne les démarches ultérieures nécessaires. Il s'agit encore de relever que le P-CPC s'inscrit également dans cette ligne et prévoit que l'instance soit introduite d'une manière uniforme par le dépôt de la requête en conciliation (art. 60 P-CPC). Lorsqu'une procédure de conciliation n'est pas prévue, c'est le dépôt de la demande en justice qui est déterminant. La notion de dépôt de la demande comprend elle tout acte introductif ou préparatoire demandant pour la première fois la protection au juge dans la forme requise, comme typiquement, l'introduction d'une action auprès du tribunal.

2.5 Définition autonome du siège des personnes morales

Si, s'agissant de la détermination du domicile des personnes physiques, la solution du renvoi au droit international privé de l'État du for a été maintenue (*art. 59*, qui reprend sans changement le contenu de l'art. 52 CL), ce n'est pas le cas pour les

sociétés et les autres personnes morales qui bénéficient désormais d'une définition autonome inscrite dans la convention.

La détermination du siège par renvoi au droit international privé du for (art. 53, al. 1, CL) n'a jamais été une solution satisfaisante car les différentes approches prévalant dans les États contractants (théorie du siège contre théorie de l'incorporation ou de la constitution) pouvaient conduire à des conflits de compétence positifs ou négatifs. La révision a ainsi intégré ces différentes approches dans une définition autonome figurant dans le nouvel art. 60.

L'art 60, al. 1, se distingue par le fait que le principe du siège – fondé sur des éléments factuels – et celui de l'incorporation – résultant de la loi – sont combinés alternativement. Si l'administration centrale, l'établissement principal ou le siège statutaire se situent dans des États contractants différents, le demandeur est libre d'introduire l'action dans chacun de ces États. Ces termes sont repris de l'art. 48, al. 1, du Traité CE. Il en ressort que le *siège statutaire* découle des statuts de la société, que l'*administration centrale* est celle où se prennent les décisions et où se trouve la direction d'exploitation de la société ou d'autres personnes morales – soit en règle générale au siège de ses organes – et que l'*établissement principal* est celui où se déroule en pratique l'activité essentielle de la société, c'est-à-dire le lieu où se concentrent son personnel et ses ressources matérielles.

Les spécificités du droit anglais et écossais ont rendu nécessaire l'énonciation d'une définition du siège statutaire pour le Royaume-Uni à l'art. 60, al. 2.

Cette solution supprime l'inconvénient du système actuel qui crée une lacune due aux deux différentes approches nationales existant dans les États européens, à savoir la théorie de l'incorporation qui s'oppose à celle du siège. Les conflits négatifs de compétence seront ainsi éliminés. L'existence plus fréquente de conflits positifs de compétence sera par contre résolue par le choix accordé au demandeur.

La notion élargie du siège telle qu'elle figure à l'art. 60 mise en relation avec l'art. 2 contribuera à étendre le champ d'application personnel et territorial de la convention. On peut dès lors imaginer que celle-ci pourra s'appliquer à des sociétés qui, sans avoir leur siège dans un État contractant, ont leur administration effective dans l'un de ceux-ci.

L'art. 60 n'est pas applicable dans le cadre de la compétence exclusive prévue à l'art. 22, ch. 2. La solution prévoyant le renvoi reste dans ce cas-là applicable.

2.6 Reconnaissance et exécution

2.6.1 Aperçu des nouveautés

Contrairement aux tendances récentes au sein de l'UE en faveur d'une suppression pure et simple de toute procédure de reconnaissance³⁷, la procédure de reconnaissance et d'exécution est maintenue. Les nouveautés du titre III (Reconnaissance et exécution) visent plutôt une plus grande simplification et un raccourcissement de la procédure de reconnaissance et d'exécution. La révision permet d'atteindre ces buts de deux manières, d'une part, par une limitation des motifs matériels de refus de reconnaissance (cf. ci-après ch. 2.6.2) et, d'autre part, par une simplification de la procédure (ch. 2.7).

Les nouveautés prévues à la section 1 (Reconnaissance) apportent des restrictions ponctuelles mais significatives au niveau des éventuels motifs de refus (art. 34). Le principe fondamental selon lequel toute décision étrangère doit, par principe, être reconnue, a été conservé. En conséquence, l'art. 33 a été repris tel quel de l'art. 26 CL. Comme c'est à présent déjà le cas, l'art. 33, al. 2, contient une base légale pouvant fonder une action en constatation portant sur la reconnaissance. De même, le principe inscrit à l'art. 31 CL selon lequel les décisions rendues dans un État contractant sont en principe exécutoires dans un autre État contractant a également été repris tel quel à l'art. 38.

Les dispositions suivantes, relatives à la procédure de déclaration d'exécution (procédure d'exequatur), ont par contre subi d'importantes modifications. La révision de la procédure d'exequatur et sa mise en œuvre en droit suisse font ainsi l'objet d'un chapitre particulier du présent rapport (ch. 2.7).

2.6.2 Motifs de refus de la reconnaissance

Art. 34, ch. 1 Violation manifeste de l'ordre public

Le motif de refus fondé sur l'ordre public matériel et formel prévu à l'art. 34, ch. 1, (art. 27, ch. 1, CL) a été réduit aux violations « manifestes ». L'adaptation est de nature purement rédactionnelle. Le texte modifié reprend la jurisprudence qui prévaut également en Suisse selon laquelle le motif de l'ordre public en matière de reconnaissance ne peut être invoqué que dans des cas exceptionnels (ATF 127 III 300).

Art. 34, ch. 2 Notification irrégulière de l'acte introductif d'instance

Il existe d'importantes nouveautés concernant le droit d'être entendu en matière de notification. Selon l'ancien texte de la convention, le juge saisi de la demande de reconnaissance pouvait examiner la notification de l'acte introductif d'instance sous

³⁷ Le règlement (CE) n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées crée, dans son champ d'application, une procédure d'exequatur entre les États membres. Un créancier peut dorénavant faire certifier un titre en tant que titre exécutoire européen dans son État d'origine, en conséquence de quoi il deviendra alors, sans autre examen, exécutoire dans les autres États membres.

l'angle de sa « régularité » (art. 27, ch. 2, CL). Il était alors nécessaire de procéder à un examen complet du respect des règles relatives à la notification en vigueur dans l'État de jugement. Il s'ensuivait que le défendeur dans la procédure d'exécution pouvait se prévaloir de défauts accessoires au niveau de la notification qui, matériellement, n'entamaient en rien ses droits de défense, créant par là-même un effet de blocage de la reconnaissance et de l'exécution. Un des buts de la révision était notamment d'éliminer cette possibilité d'abus tout en maintenant la garantie des droits du défendeur. C'est pour cette raison que la reconnaissance au sens du texte révisé peut à présent n'être refusée que si le défendeur ne s'est pas vu notifier l'acte introductif d'instance en temps utile et d'une manière telle qu'il puisse se défendre. Il est ainsi possible de garantir des exigences de forme minimales en matière de notification mais fonctionnellement essentielles pour la procédure. En règle générale, de graves défauts dans la notification doivent toutefois être considérés comme de forts indices que le droit d'être entendu du débiteur n'a pas été respecté de manière satisfaisante.

Cet assouplissement au niveau des conséquences d'une irrégularité formelle de la notification ne délie toutefois pas le défendeur, au sens de l'art. 34, ch. 2, de l'obligation de se défendre par tous les moyens de droit disponibles contre une décision régulièrement notifiée³⁸ au sens de la première partie de la phrase. L'art. 34, ch. 2, *in fine*, (« à moins qu'il ... ») en fait même une obligation à la charge du défendeur. Si ce dernier omet de recourir contre la décision à exécuter correctement notifiée, ce alors qu'il en était en mesure de le faire, il ne pourra par la suite plus se prévaloir des irrégularités de la notification au stade de la procédure de reconnaissance.

Du point de vue suisse, cette restriction supplémentaire des droits du défendeur va trop loin. La position d'un défendeur déjà débouté en première instance et qui, devant un tribunal étranger, ne peut se prévaloir de la violation de ses droits procéduraux qu'au stade de la procédure de recours, n'est pas comparable avec la situation procédurale d'un défendeur invité pleinement à participer à la procédure de première instance. On peut relever notamment la brièveté des délais de recours – prévus pour exposer pour la première fois sa position juridique – ou les éventuelles limitations de la cognition qui peuvent être imposées dans la procédure de recours. Dans la mesure où le défendeur est renvoyé devant une instance de recours pour faire valoir son objection découlant d'un défaut de notification, l'art 34, ch. 2, a pour conséquence de privilégier le demandeur qui, sur la base d'une notification irrégulière, dispose alors d'un jugement par défaut. Le fait que le jugement par défaut doive quant à lui être correctement notifié au sens de l'art. 34, ch. 2,³⁹ ne change rien à cela.

La Suisse a en conséquence, à l'art. III du Protocole n° 1, revendiqué le droit d'émettre une réserve à l'encontre de cette relativisation trop grande des droits du défendeur et compte en faire usage (cf. ch. 3). La deuxième partie de l'art. 34, ch. 2, ne sera dès lors pas applicable à l'égard d'un défendeur dans une procédure de reconnaissance domicilié en Suisse. A l'inverse, les autres États contractants peuvent exciper de la même situation juridique à l'égard de la Suisse. De même que le défendeur domicilié en Suisse, le défendeur à l'étranger peut également se prévaloir

³⁸ Ainsi l'exigence supplémentaire établie la CJCE dans son arrêt *ASML/SEMIS* du 14 décembre 2006, Aff. C-283/05, Rec. 2006, p. 2041

³⁹ Cf. les arrêts cités aux notes précédentes

de l'objection de l'art. 34, ch. 2, lorsque, après la notification – correcte – de la décision, il a omis de contester la citation irrégulière.

Art. 34, ch. 3 Exception de *res iudicata* dans l'État de l'exécution

Comme l'art. 27, ch. 3, CL, l'art. 34, ch. 3, CLrév indique clairement que, de manière générale, une décision contradictoire dans la même cause issue d'un État contractant ne peut pas être reconnue.

Art. 34, ch. 4 Exception de *res iudicata* dans un autre État que celui de l'exécution

L'art. 34, ch. 4, a fait l'objet d'une clarification par rapport à l'art. 27, ch. 5, CL, ce qui a permis de combler une lacune du texte actuel. La reconnaissance d'une décision n'est dorénavant plus seulement refusée lorsqu'elle est inconciliable avec la décision d'un État tiers qui n'est pas État contractant, mais également lorsqu'elle est inconciliable avec une décision rendue dans un autre État contractant que l'État contractant requis.

L'art. 27, ch. 4, CL – reste d'une « révision au fond » –, compliqué dans son application et d'une pertinence pratique quasi-nulle, a été supprimé.

2.7 La procédure d'exequatur révisée et sa mise en œuvre en Suisse

2.7.1 Remarques préliminaires

2.7.1.1 La CLrév dans le droit suisse de l'exécution forcée

Comme déjà la CL avant elle, la CLrév est directement applicable et supplante, dans leur champ d'application, les normes de droit national relatives à la compétence, la reconnaissance et l'exécution, à savoir pour la Suisse, la LDIP.

La CLrév contient des dispositions détaillées, mais non exhaustives, sur la procédure de déclaration exécutoire – l'exequatur –. Cette procédure a subi dans la CLrév d'importants changements par rapport à la CL qui seront commentés ci-après.

La CLrév prévoit une procédure d'exequatur unifiée qui doit être appliquée indépendamment du fait qu'il s'agisse d'exécuter des décisions ou des titres authentiques et que ces titres ou décisions portent sur des prestations en argent ou sur d'autres prestations. La procédure d'exécution suisse, quant à elle, est caractérisée par la séparation entre prestations en argent et autres prestations. C'est pourquoi il est nécessaire d'harmoniser la procédure d'exequatur de la CLrév au futur CPC suisse ainsi qu'à la LP.

S'agissant de l'exécution d'*autres prétentions que pécuniaires*, les normes procédurales de la CLrév s'accordent sans difficulté avec les normes correspondantes de la procédure civile (art. 336 ss. P-CPC). La primauté de la CLrév est affirmée expressément à l'art. 333, al. 3, P-CPC. Au niveau de la procédure d'exequatur, cette primauté a pour conséquence que dans le cadre du P-CPC, le tribunal de l'exécution statue sans audition préalable du débiteur et que les objections de ce dernier ne seront examinées qu'au stade de la procédure de recours (cf. ch. 2.7). Les conditions de la reconnaissance s'apprécient exclusivement au regard de la CLrév (cf. ch.

2.6.2). Les questions non réglées par la CLrév, telles que les *mesures conservatoires* – mais non leurs conditions (cf. ch. 2.7.5) –, relèvent, quant à elles, du P-CPC (art 340 ss. P-CPC).

L'expérience a montré que, malgré la primauté des institutions procédurales de la CL (art. 30a LP), il n'allait pas de soi de concilier certaines d'entre elles parmi les plus importantes avec l'actuelle LP.⁴⁰ On peut mentionner, par exemple, l'exigence du caractère unilatéral de la procédure d'exequatur et l'effet de surprise visé par là. Même si la procédure est menée unilatéralement devant le juge de la mainlevée, la procédure préalable de la LP, en particulier le commandement de payer, ruine cet effet de surprise.

Contrairement au message du 21 février 1990 relatif à la CL⁴¹, le présent projet propose des adaptations ponctuelles de la LP et du P-CPC afin que la procédure d'exequatur au sens de la CLrév puisse être introduite dans le droit suisse de l'exécution. Ces modifications doivent permettre, d'une part, de mettre fin à une prolifération de solutions divergentes au niveau des cantons et, d'autre part, de garantir que l'efficacité de la CLrév ne soit pas remise en question par la LP ou le P-CPC en cas de lacune normative. En outre, elles doivent également offrir aux créanciers suisses les mêmes avantages que ceux dont bénéficient les créanciers à l'étranger.

2.7.1.2 Aperçu de la mise en œuvre

Le concept proposé en vue d'une procédure d'exequatur et d'exécution conforme à la procédure de Lugano repose sur deux piliers :

- la compétence du tribunal de l'*exécution* pour toutes les mesures d'exécution, y compris l'octroi de l'exequatur et les mesures conservatoires afférentes
- le séquestre – modifié – en tant que mesure conservatoire CLrév en matière de prestations pécuniaires.

La LP connaît déjà une procédure unilatérale sans participation du défendeur, telle que la prévoit la CLrév pour la procédure d'exequatur, à savoir la procédure de séquestre au sens de l'art. 272 ss. LP. Il n'y a de là plus qu'un pas à faire pour déclarer la procédure correspondante applicable à la procédure d'exequatur de la CLrév, en tout cas lorsqu'une mesure conservatoire d'une dette en argent est requise simultanément.

L'actuel juge du séquestre (art. 272, 274 et 278 LP) est simplement qualifié, dans le projet, de *juge*. Cela exprime le fait qu'il sera désormais possible d'adresser à ce tribunal toutes les mesures relatives à l'exécution et toutes les mesures conservatoires qui y sont liées – auxquelles appartient également le séquestre – et auquel les déclarations correspondantes de la CLrév renvoient directement. Dans la mesure où les règles d'organisation judiciaire cantonales continuent – comme la plupart des réglementations en vigueur – de le prévoir, les compétences de l'actuel juge du séquestre rejoignent ainsi celles du tribunal de l'exécution de l'art. 336 ss. P-CPC.

Dans le cas où la procédure d'exequatur n'est pas liée à l'exécution d'une prestation en argent mais à celle d'une autre prestation – de faire, tolérer ou s'abstenir –, le tribunal de l'exécution procède selon les dispositions du P-CPC (art. 333 ss. P-CPC). Il s'agit dans ce cas d'être attentif au fait que la CLrév peut interférer

⁴⁰ ATF 126 III 441

⁴¹ Cf. n. 2

ponctuellement avec la procédure du P-CPC, notamment en ce concerne l'unilatéralité de la procédure.

Puisqu'il n'est plus possible de subordonner une mesure conservatoire requise sur la base d'une procédure d'exequatur à une décision judiciaire particulière supplémentaire⁴², le tribunal compétent pour l'exequatur doit toujours être autorisé à prononcer cette mesure conservatoire. Pour ce qui des créances pécuniaires, le tribunal de l'exécution – en tant que *tribunal* octroyant l'autorisation de séquestre au sens de l'art. 272 LP – prononce ainsi tant l'exequatur que l'autorisation de séquestre. En ce qui concerne les prétentions non pécuniaires, cette compétence appartient au tribunal de l'exécution en vertu de l'actuel art. 338 P-CPC.

Comme c'est déjà le cas sur la base de l'art. 338 P-CPC, le tribunal de l'exécution pourra désormais également séquestrer des biens à *l'échelle de l'ensemble de la Suisse* en se fondant sur les art. 272 ss. LP. L'espace unifié d'exécution créé par le P-CPC sera dès lors élargi aux mesures conservatoires au sens de la LP. L'octroi simultané de l'exequatur et de l'autorisation de séquestre qui lui est lié devient ainsi tout à fait possible. En effet, si différents biens étaient séquestrés dans des juridictions différentes sur la base d'un même jugement, sans que le juge de l'exequatur soit compétent pour l'ensemble des biens, il faudrait alors soit rendre plusieurs décisions d'exequatur – éventuellement contradictoires – soit des autorisations de séquestre séparées. La nouvelle réglementation entraîne également – y compris en-dehors du champ d'application de la CLrév – l'élimination d'un obstacle procédural objectivement injustifié pour le créancier séquestrant.

La réunion, proposée par le législateur, des compétences matérielles concernant l'exécution et les mesures conservatoires correspondantes, y compris le séquestre, auprès d'un tribunal – *in casu* le tribunal de l'exécution – coïncide avec la pratique largement majoritaire et pertinente prescrite par les lois d'organisation judiciaire cantonales. Il est à espérer qu'au plus tard à l'entrée en vigueur du CPC cette situation juridique sera celle qui prévaudra dans tous les cantons.

L'élargissement de la compétence territoriale et la terminologie ouverte – « juge » au lieu de « juge du séquestre » – permettent ainsi aisément qu'hors procédure d'exequatur, un tribunal saisi de la cause principale puisse, dans la mesure où la compétence territoriale du tribunal principal au sens de l'art. 272 LP est donnée, prononcer un séquestre à titre de mesure conservatoire. Dans ce domaine aussi, la LP a subi des adaptations par la législation y relative du P-CPC (art. 257 P-CPC).

2.7.1.3 La procédure incidente d'exequatur en tant qu'alternative

Outre la procédure d'exequatur conforme à la CLrév nouvellement créée et fondée à la fois sur le nouveau texte de la convention et sur les modifications de loi proposées dans le présent projet, il restera à l'avenir possible pour le débiteur d'emprunter le chemin de la *poursuite ordinaire* et de la *procédure d'exequatur incidente* dans le cadre de la procédure de mainlevée (art. 81 LP). Toutefois, le débiteur renonce de la sorte aux avantages procéduraux que lui procure la CLrév. Cette procédure restera une option valable avant tout pour les créanciers qui ne veulent – ou ne peuvent – prétendre ni à une mesure conservatoire, ni à l'effet de surprise.

⁴² CJCE, Arrêt du 3 octobre 1985, Aff. C-119/84, *Capelloni/Pelkmans*, Rec. 1985, p. 1951

2.7.2 La procédure d'exequatur en première instance

Art. 39 La compétence matérielle et territoriale du tribunal de l'exequatur

L'art. 39 ne comprend qu'une adaptation formelle par rapport à son prédécesseur, l'art. 32 CL. La liste des tribunaux ou autorités compétents n'est plus mentionnée dans la convention même, mais dans une annexe II, à laquelle renvoie l'art. 39. C'est également le cas des art. 43, al. 2, et 44.

La déclaration de la Suisse à ce sujet (cf. ch. 3) sera modifiée à la suite de la réglementation unifiée relative à la procédure d'exequatur et aux mesures conservatoires. Nouveauté pour la Suisse, la requête d'exécution doit maintenant en principe être adressée au *tribunal cantonal de l'exécution* (art. 336 ss. P-CPC). Le tribunal de l'exécution – selon la terminologie actuelle, le juge du séquestre actionné – peut ainsi prononcer tant l'*exequatur* que le nouveau séquestre fondé sur l'art. 271, al. 1, ch. 6, LP (cf. ch. 2.7.5). Cela inclut également, dans le champ d'application de la CLrév, le juge compétent pour prononcer l'autorisation de séquestre selon l'art. 272 LP (cf. ch. 2.7.1.2).

La compétence *territoriale* du tribunal cantonal de l'exécution se fonde directement sur l'art. 39, al. 2. Cela a pour conséquence que le for au lieu d'exécution n'est plus subsidiaire mais *alternatif* au for du domicile du défendeur. La CLrév correspond ainsi largement, en résultat, à l'art. 337 P-CPC. Elle est toutefois en opposition avec l'art. 272 LP en vigueur dans la mesure où ce dernier ne prévoit pas de for au domicile du débiteur. L'art. 272 LP doit donc être adapté de sorte que le *séquestre* puisse également être demandé au *for de la poursuite*, soit en principe au domicile du débiteur (cf. ch. 4.1). La compétence pour le prononcé de l'autorisation de séquestre au sens de l'art. 272 LP est ainsi alignée sur l'art. 39 et l'art. 337 P-CPC, ce qui permet aussi d'éviter un handicap des créanciers en Suisse qui, hors du champ d'application de la CLrév, ne bénéficieraient sinon d'aucun for du séquestre au siège du débiteur.

Si une même requête exige plusieurs séquestres, portant sur différents objets, dans des juridictions différentes, elle ne peut être introduite qu'au for de la poursuite. C'est seulement de cette manière qu'il est possible d'empêcher que différentes requêtes de séquestre portant sur le même objet ne soient introduites ou qu'un for du séquestre ne soit invoqué abusivement dans le seul but de justifier une compétence à l'égard d'autres biens. Il est en outre facile, pour des raisons pratiques, de procéder au for de la poursuite à un séquestre portant sur plusieurs objets, dans le cadre de l'éventuelle procédure de saisie – ou de faillite – qui s'ensuit.

Art. 40 La requête d'exequatur

L'art. 40 correspond presque mot pour mot à l'art 33 CL. Le renvoi à l'art. 53, pour ce qui est des documents devant être annexés à la requête, recèle toutefois une modification sur le fond. On se réfèrera à ce sujet au commentaire des art. 53 et 54.

Art. 41 Exécution automatique et exclusion des objections

L'art. 41 est une disposition clé de la procédure d'exécution révisée. Celle-ci se caractérise par le fait qu'il n'est procédé à l'examen matériel des motifs d'objections qu'au stade de la deuxième instance. La première instance d'exécution déclare donc

l'exequatur nonobstant d'éventuels motifs de refus et ce, même si ceux-ci sont manifestes. Le tribunal doit toutefois examiner d'office si la requête en question tombe dans le champ d'application de la convention. Comme maintenant, la procédure de première instance se déroule de manière *unilatérale*, à savoir sans la participation du défendeur, raison pour laquelle, s'agissant de ces questions, le tribunal doit dans un premier temps se reposer sur les affirmations du requérant. Qui plus est, le pouvoir d'examen du tribunal d'exécution se limite, pour l'essentiel, à l'examen formel des documents mentionnés à l'art. 53 ss.

Pour les tribunaux suisses compétents en matière d'exécution et pour d'éventuelles mesures conservatoires, à savoir notamment le séquestre, cela a pour conséquence que le débiteur ne devra pas être entendu dans cette phase. Cela n'est pas une nouveauté pour ce qui est de la procédure d'autorisation de séquestre (art. 272 ss. LP) puisque l'autorisation de séquestre résulte depuis toujours d'une déclaration unilatérale du créancier. Cependant, le juge du séquestre pourra, à l'avenir, également prononcer l'exequatur sur laquelle repose la demande de séquestre dans la même procédure unilatérale. Si le tribunal de l'exécution statue sur la base des art. 336 ss. P-CPC, les dispositions procédurales correspondantes de la CLrév (art. 40 ss. CLrév) viendront alors se superposer aux dispositions du P-CPC. Sur cette base également, le tribunal de l'exécution ne pourra procéder ni à l'audition du débiteur, ni à l'examen des motifs de refus matériels.

Compte tenu du fait qu'aucun examen matériel des motifs de refus n'est possible, le mémoire préventif de l'art. 266 P-CPC s'avère sans objet dans le cadre d'une procédure d'exequatur résultant de la CLrév. Le renvoi prévu à ce propos à l'art. 266 P-CPC, dès lors inutile, est supprimé (cf. ch. 4.2).

Art. 42 Notification au débiteur

L'art. 42, al. 1, a été repris tel quel de l'art 35 CL.

La convention prévoit nouvellement à l'art. 42, al. 2, que la déclaration d'exequatur, de même que, dans la mesure où elle ne l'a pas encore été, la décision à la base de celle-ci, sont notifiées au débiteur. La notification se déroule en Suisse selon le P-CPC, à l'étranger selon les normes conventionnelles applicables (au sujet de la réserve de la Suisse relative à l'art. 1, al. 2, du Protocole n°1, cf. ch. 3).

2.7.3 Les voies de recours contre la décision d'exequatur

2.7.3.1 Objectifs de la convention

Art. 43 Le recours à « l'autorité supérieure »

L'art. 43 prend la place de l'art. 36 CL – recours du débiteur débouté – et de l'art. 40 CL – recours du créancier débouté. Dans la mesure où on ne fait plus de distinction entre le recours du créancier et celui du débiteur (*al. 1*), la procédure de recours s'en trouve simplifiée.

La procédure de recours unifiée doit être introduite auprès d'un des tribunaux énumérés à l'annexe III (*al. 2*). Pour la Suisse, il est nécessaire d'introduire une mention relative à « l'autorité cantonale supérieure », représentante des instances de recours compétentes selon les lois d'organisation judiciaire respectives des cantons pour les décisions rendues en procédure sommaire.

Le défendeur n'étant pas entendu en première instance, il doit obligatoirement avoir la possibilité de se déterminer dans le cadre de la procédure de recours prévue à l'art. 43 (*al.* 3). Chacune des parties – mais plus particulièrement le débiteur – doit se voir garantir un droit général d'être entendu. Si le débiteur ne comparaît pas à la procédure de recours introduite par le créancier, le tribunal doit alors, selon l'art. 43, al. 4, en relation avec l'art. 26, al. 2 à 4, surseoir à la procédure jusqu'à ce qu'il soit constaté que les droits de la défense du débiteur ont été respectés. Cette protection s'étend également aux débiteurs dont le domicile ne se trouve pas dans l'un des États contractants. Au demeurant, l'organisation de cette voie de recours doit, sous réserve des dispositions propres de la convention, être menée selon les dispositions applicables relatives à la procédure contradictoire de l'État de l'exécution. La garantie générale du droit d'être entendu et le fait que le débiteur n'ait pas été entendu auparavant excluent toute limitation du pouvoir de cognition du tribunal comme la restriction de l'examen des faits à la constatation arbitraire des faits (art. 317, let. b, P-CPC). La voie de recours bénéficie de l'*effet suspensif* dans la mesure de l'art. 43, al. 3, *in fine*, puisque aucune atteinte allant au-delà d'un but conservatoire ne peut être faite au patrimoine du débiteur.

Concernant les *délais de recours*, l'art. 36 CL est repris tel quel sur le fond à l'art. 43, al. 4. Le délai de recours qui est ouvert au débiteur débouté reste donc d'un mois, prolongé à deux mois lorsqu'il n'a pas de domicile dans l'État de l'exécution.

2.7.3.2 Le recours CLrév

Le P-CPC prévoit uniquement le recours limité au droit au sens de l'art. 316 s. (art. 305, let. a, P-CPC) contre les décisions du tribunal de l'exécution. Dorénavant, le séquestre, sous réserve de l'opposition au séquestre, relève du même moyen de droit que toutes les autres mesures de sûreté (cf. ch. 4.1).

Le nouvel art. 325a P-CPC (cf. ch. 4.2) assure que le recours limité au droit tombant dans le champ d'application de la CLrév satisfasse aux exigences de la CLrév en matière d'effet suspensif et de pouvoir de cognition du tribunal.

Les délais de l'art. 43, al. 4, sont d'application immédiate pour le débiteur débouté. À l'inverse, la CLrév restant silencieuse en ce qui concerne les délais auxquels le créancier concerné devrait être soumis, ceux-ci se déterminent d'après l'art. 318 P-CPC.

Dans les deux cas, les délais ne commencent à courir qu'à la notification de la décision *motivée*. D'après l'art. 235 P-CPC, une telle notification n'a lieu que sur requête de l'une des parties. Le délai de dix jours prévu à cet effet doit également être pris en compte lorsque l'on se trouve dans le champ d'application de la CLrév. Si la partie déboutée renonce à demander la motivation de la décision dans le délai imparti, on doit considérer qu'il s'agit là d'une renonciation à recourir qui déploie ses effets – également dans le champ d'application de la CLrév – dès l'expiration du délai de l'art. 235 P-CPC.

Tant le délai mentionné par la CLrév que celui de dix jours prescrit pour l'introduction d'une *opposition* à l'ordonnance de séquestre (art. 278, al. 1, LP) commencent à courir au moment où le tribunal de l'exécution notifie au débiteur la décision d'exequatur et une autorisation de séquestre fondée sur celle-ci. Si le séquestre repose sur une procédure d'exequatur (art. 271, al. 1, ch. 6, LP, cf. ch. 4.2), ce dernier délai de dix jours n'est ouvert qu'aux motifs d'opposition relevant exclusivement du séquestre (contestation de l'objet du séquestre, obligation de fournir des

sûretés, exception de droit de gage). L'examen des cas de séquestre n'est dans ce cas possible que dans le cadre du recours CLrév, ce dans les limites des objections admissibles.

La décision sur opposition à une autorisation de séquestre relève également du recours limité en droit, selon l'art. 278, al. 3, LP (cf. ch. 4.2). Il en résulte que, si tant la décision sur opposition que la décision d'exequatur font l'objet d'un recours, il n'y a qu'un pas à franchir pour joindre les recours comme le prévoit l'art. 123, let. c, P-CPC.

Lors d'une procédure de recours pendante, il est loisible au créancier d'introduire la procédure d'exécution par une réquisition de poursuite. La mainlevée (définitive) avec saisie ultérieure ne peut toutefois avoir lieu qu'après le rejet du recours CLrév en raison de l'interdiction relative aux mesures pouvant porter atteinte au patrimoine du débiteur (art. 47, al. 3, CLrév).

2.7.3.3 Le recours devant le Tribunal fédéral

L'art. 44 règle la voie de droit ouverte contre la décision rendue sur recours (art. 43). L'instance de recours pour chacun des États contractants est à présent précisée à l'annexe IV de la CLrév. Quant à la Suisse, l'article correspondant à l'art. 41 CL indique depuis le 1^{er} janvier 2007 « le recours devant le Tribunal fédéral ».

Pour la Suisse, c'est donc avant tout le recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral qui entre en considération selon les art. 72 ss. de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)⁴³. Dans les cas particuliers où ce recours n'est pas ouvert, le recourant dispose du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss. LTF) sous réserve que ses conditions d'application soient remplies.

Le recours devant le Tribunal fédéral n'a en principe pas d'effet suspensif.

2.7.4 Dispositions communes à la procédure d'exequatur et à la procédure de recours

Art. 45 Motifs de refus de l'exequatur

L'art. 45, al. 1, reprend le contenu de la réglementation prévue à l'art. 34, ch. 1 et 2, CL. La décision d'exequatur ne peut donc être rejetée que sur la base des motifs énoncés aux art. 34 et 35 CLrév (anciennement art. 27 et 28 CL). Il résulte maintenant de manière indiscutable de l'al. 1 révisé que seul le tribunal saisi d'un recours – et non pas un tribunal ou une autorité de première instance – peut refuser l'exequatur sur la base des motifs énoncés aux art. 34 et 35 (cf. ci-avant ch. 2.6.2 et commentaire de l'art. 41). Comme jusqu'à présent, le tribunal devra statuer « à bref délai ».

L'art. 45, al. 2, correspond mot pour mot à l'actuel art. 34, al. 3, CL (interdiction de la révision au fond).

Art. 46 Sursis à la procédure

L'art. 46 reprend pratiquement tel quel le contenu de l'art. 38 CL. Le nouveau libellé énonce clairement que cette disposition s'applique aux deux recours (art. 43 et 44).

⁴³ RS 173.110

Art. 48 à 52 Dispositions diverses relatives à l'exécution

Les art. 48 à 51 relatifs à divers aspects de la procédure d'exequatur reprennent presque mot pour mot le contenu des dispositions des art. 42 à 45 CL. L'art. 52 était jusqu'à présent contenu à l'art. III du Protocole n°1 de la CL.

Art. 53 et 54 Certificat uniforme

Le nouveau formulaire d'exécution (certificat) sert également à simplifier et à accélérer la procédure d'exequatur. Il devrait permettre d'alléger le travail des autorités d'exécution dans l'examen des formalités nécessaires grâce à des indications précises et parallèlement apporter une certaine garantie quant au caractère complet de la requête. Le formulaire uniformisé est contenu à l'annexe V de la convention. Il vise principalement la première instance de la procédure d'exequatur mais contient également des informations concernant la notification qui ne deviennent pertinentes qu'au stade de la procédure de recours. Ce formulaire ne remplace toutefois pas la présentation de la décision elle-même qui reste l'objet de la procédure d'exécution.

2.7.5 Mesures conservatoires à disposition du créancier dans la procédure d'exequatur

2.7.5.1 Exigences de la CLrév

Les mesures conservatoires à disposition du créancier dans le cadre de la procédure d'exequatur sont nouvellement réglées à l'art. 47. Celui-ci reprend dans ses al. 2 et 3, sans modification de fond, le contenu normatif de l'art. 39.

Comme l'art. 39 CL, l'art. 47, *al. 2*, garantit au créancier, sur la base d'une déclaration d'exequatur, en première instance et en parallèle de cette même décision, le droit à procéder à des mesures conservatoires. La convention laisse au droit interne de l'État de l'exécution le soin de déterminer les mesures conservatoires admissibles et leurs modalités. Celles-ci doivent toutefois constituer au minimum une mesure de sûreté efficace et inconditionnelle – c'est-à-dire indépendante d'autres exigences matérielles telles que l'état d'urgence. Qui plus est, leur octroi ne doit pas faire l'objet d'une décision particulière parallèle à celle de l'exequatur.⁴⁴

L'*al. 3* correspond mot pour mot au ch. 2 de l'art. 39 CL. Aussi longtemps que le délai de recours (art. 43) n'a pas expiré ou qu'il n'a pas été statué sur le recours, les mesures conservatoires – comme à présent – ne peuvent pas aller au-delà que des mesures de sûretés.

Le *nouvel al. 1* concerne la période antérieure à l'octroi en première instance de l'exequatur, non couverte par les al. 2 et 3. L'État de l'exécution est déjà compétent, à ce stade, pour accorder au créancier des mesures conservatoires. L'exécutabilité dans l'État d'origine n'est pas requise. Les mesures conservatoires sont donc également permises alors que court un délai prévu par le droit de l'État d'origine. Cela n'est cependant possible que dans la mesure où le droit interne de l'État de l'exécution le prévoit et aux conditions prescrites, ce qui présuppose en principe une situation de mise en danger. Il n'existe donc pas concernant ces mesures, de droit à leur obtention qui soit fondé sur la convention, contrairement aux mesures reposant sur une déclaration d'exequatur au sens de l'al. 2. Pour la Suisse, cette disposition

⁴⁴ CJCE, Arrêt du 3 octobre 1985, Affaire C-119/84, *Capelloni/Pelkmans*, Rec. 1985, p. 1951

n'a qu'un caractère déclaratoire puisque rien n'empêche, sous l'empire du droit actuel, d'exiger des mesures conservatoires lorsque les conditions correspondantes sont satisfaites (cf. art. 271, al. 1, ch. 1 à 4, LP et art. 257 P-CPC).

2.7.5.2 Mesures conservatoires CLrév pour la Suisse

En Suisse, en ce qui concerne les prétentions pécuniaires, les dispositions proposées prévoient avant tout le *séquestre* des art. 271 ss. LP comme mesure conservatoire au sens de la CLrév. Ce dernier sera adapté ponctuellement aux objectifs de la CLrév. C'est ainsi qu'un nouveau cas de séquestre consacre à l'art. 271, al. 1, ch. 6, LP, le droit inconditionnel du créancier de la CLrév à des mesures conservatoires (cf. ci-après ch. 4.2). L'élargissement de la compétence territoriale du tribunal du séquestre au domicile, ou au lieu de la poursuite, du débiteur, ainsi que la possibilité pour ce tribunal de séquestrer, à l'avenir, à l'échelle suisse tous les actifs situés en Suisse, représentent une revalorisation importante du séquestre en tant que mesure conservatoire. Cette revalorisation procédurale profite non seulement aux créanciers de l'espace Lugano, mais également, du fait des adaptations de la LP (cf. ch. 4.2), aux créanciers en Suisse.

Comme auparavant, la convention exige de décrire de manière circonstanciée l'objet du séquestre, à savoir la mesure conservatoire requise. Le séquestre *exploratoire* est, comme sous l'égide de la CL, *interdit*. Pour le surplus, nous renvoyons à la jurisprudence et à la doctrine existantes relatives au séquestre.

Pour les cas plus rares de mesures conservatoires portant sur d'autres prétentions, ce sont les art. 336 ss. P-CPC qui trouvent application. Là encore, la partie adverse ne sera pas entendue en rapport avec une mesure conservatoire du P-CPC prononcée dans le cadre d'une procédure d'exequatur simultanée (art. 45, al. 1, CLrév en lien avec l'art. 338 P-CPC). En outre, en raison de la CLrév, il n'est pas non plus possible de soumettre les mesures conservatoires au sens de l'art. 338 P-CPC à des conditions supplémentaires telles que l'urgence ou le danger. Afin de ne pas désavantager, dans ce domaine également, les décisions suisses par rapport aux titres CLrév, nous proposons de modifier l'art. 338 P-CPC de sorte que les mesures conservatoires puissent être ordonnées en présence d'une *décision exécutoire* (cf. sur ce point ch. 4.2).

On a choisi, comme mesure conservatoire au sens de la CLrév en matière de prestations pécuniaires, le séquestre, et écarté la *saisie provisoire*. Il est vrai que cette dernière présente certains avantages par rapport au séquestre, en particulier pour le créancier, tels que l'absence d'obligation de désigner l'objet de la mesure. Toutefois, une adaptation de cette mesure conservatoire aux objectifs de la CLrév n'aurait pu être réalisée qu'au prix de changements importants de la procédure préalable de la LP. Parmi ceux-ci, il aurait fallu notamment reconfigurer le commandement de payer pour en faire un élément facultatif – au choix du créancier – de la procédure préalable. Le créancier, se fondant sur un titre CLrév, aurait pu exiger l'exequatur en lien avec la saisie provisoire et la mainlevée définitive dans le cadre d'une procédure unilatérale directement auprès du juge de la mainlevée. Une telle intervention dans la LP, à savoir la renonciation partielle au commandement de payer, aurait toutefois été largement critiquée. L'utilisation de la saisie provisoire comme mesure conservatoire également contre le débiteur soumis à la faillite se heurte par ailleurs à des réserves d'ordre dogmatique, alors que l'utilisation de l'inventaire des biens se heurte à des réserves d'ordre pratique. A l'inverse, il est possible avec le séquestre d'avoir recours à une mesure encore à formuler, indépendante du droit des poursui-

tes, qui devra toujours être rendue de manière unilatérale, selon une procédure bien rodée.

2.8 Jurisprudence relative à la CL et au R 44/2001

Comme la CL, la CLrév contient dans un *Protocole n°2* des mécanismes encourageant une interprétation aussi uniforme que possible des dispositions de la CLrév et de l'instrument correspondant parallèle de l'Union européenne, le R 44/2001 (cf. sur ce point ch. 1.2). A cela s'ajoute l'obligation des tribunaux prévue à l'*art. 1* – et qui en constitue l'élément central – de « tenir dûment compte » des principes développés par les tribunaux des autres États contractants ou de la CJCE.

Cette obligation comprend également, comme l'énoncent explicitement les préliminaires du Protocole n° 2, les décisions qui ont été rendues sur la base de la Convention de Bruxelles ou de la CL ou qui, s'agissant de la CL, auraient pu l'être.

Il existe, par rapport à la situation juridique actuelle, un changement puisque l'instrument parallèle à la CLrév est maintenant un *règlement* basé sur l'*art. 65 TCE* – dans sa version du Traité d'Amsterdam – et constitue à ce titre une part du droit communautaire secondaire. En tant que tel, ce règlement est donc davantage orienté sur le droit communautaire et les principes intégratifs développés par sa jurisprudence, notamment par la CJCE, que son prédécesseur, la Convention de Bruxelles. Dans la mesure où une décision repose essentiellement sur des principes communautaires ne se déduisant ni de la CLrév ni de l'ordre juridique des États contractants, cette circonstance doit « être prise en compte », pour autant que les principes et les conséquences de l'interprétation en découlant ne soient pas transposés sans un examen préalable à la CLrév⁴⁵.

3 Réserves et déclarations relatives à la convention

Prot. n° 1, art. I Pas de communication directe entre autorités en matière de notification

La Suisse prévoit de formuler la réserve prévue à l'*art. 1, al. 2, Prot. n° I* concernant la communication directe entre autorités des États contractants en tant que voie alternative de notification. La Suisse a déjà émis une réserve identique concernant la disposition correspondante de la CL (*art. IV, al. 2, Prot. n° 1 de la CL*).

En conséquence de cette réserve, les voies de notification entre États contractants continuent à être déterminées par les conventions multi- et bilatérales en la matière. Cette situation juridique peut être considérée comme satisfaisante. La communication directe entre autorités est déjà réalisée avec l'ensemble des États voisins ; qui plus est, la notification postale directe est même permise à l'égard de l'Autriche. Avec la plupart des autres États contractants perdure une bonne coopération opérant sur la base de traités. Il est à relever, concernant le champ d'application élargi de la CLrév, que l'ensemble des nouveaux États englobés – à l'exception de Malte – sont parties à la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile

⁴⁵ Dans ce sens, voir l'ATF 131 III 227, consid. 3.1., innovateur en la matière.

ou commerciale⁴⁶. Il existe, à l'égard de ces États en particulier, une pratique de notification par le biais d'autorités centrales – pour la Suisse par l'intermédiaire de l'Office fédéral de la justice – qui a fait ses preuves.

La Suisse se réserve le droit de retirer, à l'avenir, son opposition sur ce point compte tenu du développement de la pratique européenne en matière de notification.

Prot. n° 1, art. III

Réserve relative à la reconnaissance et l'exécution

La Suisse a, conformément à l'art. III Prot. n° 1, le droit de déclarer que la partie suivante de la phrase de l'art. 34, al. 2, n'est pas applicable : « 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 ».

La Suisse entend faire cette réserve. Elle est d'avis que cette formulation représente une limitation excessive des droits du défendeur. On renvoie ici aux commentaires faits au ch. 2.6.2 relativement à l'art. 34, ch. 2 (défaut de notification de l'acte introductif d'instance).

En raison de la clause de réciprocité de l'art. III, al. 1, dernière phrase, cette réserve peut également trouver application pour les jugements par défaut rendus en Suisse et devant être exécutés dans un autre État contractant.

Annexe I Déclaration de la Suisse relative aux art. 3, al. 2, et 4 CLrév

La déclaration de la Suisse est la suivante :

- *en Suisse : l'article 4 de la loi fédérale sur le droit international privé,*

Elle correspond en substance à la déclaration actuelle relative aux dispositions idoines de la CL.

Annexe II Déclaration de la Suisse relative à l'art. 39 CLrév

La déclaration de la Suisse est la suivante :

- *en Suisse : le tribunal cantonal de l'exécution*

La déclaration de la Suisse relative au tribunal matériellement compétent en matière de requête d'exequatur est alignée sur la nouvelle réglementation uniforme de la procédure d'exequatur et des mesures conservatoires : la requête d'exécution est ainsi nouvellement à adresser au *tribunal cantonal de l'exécution* (art. 336 ss. P-CPC). Cela concerne toutes les requêtes d'exequatur, indépendamment du fait qu'une mesure conservatoire est liée ou non à cette requête et du type de mesure conservatoire en question ; peu importe également que la requête vise une prestation pécuniaire, de faire, de tolérer ou de s'abstenir. La requête d'exequatur au sens de la CLrév sera ainsi examinée par les mêmes tribunaux qu'une requête – interne à la Suisse – en exécution ou qu'une exequatur reposant sur la LDIP.

La compétence unifiée prévue représente une simplification radicale par rapport à la situation juridique prévalant sous le régime de l'actuelle déclaration relative à la CL.

Il serait particulièrement souhaitable que, lors de l'*adaptation* prochaine, par les cantons, des *lois d'organisation judiciaire* au P-CPC, tous suivent la pratique majo-

⁴⁶ RS 0.274.131

ritaire des lois d'organisation judiciaire en vigueur. La compétence en matière d'exécution et de mesures conservatoires serait ainsi concentrée fonctionnellement auprès d'un tribunal, le *tribunal de l'exécution* des art. 336 ss. P-CPC, et ce, indépendamment du fait qu'il s'agisse de l'exécution ou de la conservation d'une prestation pécuniaire ou d'une autre prestation. Ce tribunal sera de toute façon, du moins dans le champ d'application de la CLrév, toujours compétent pour prononcer tant l'exequatur qu'une mesure conservatoire fondée sur cette dernière. En dernier lieu, le remplacement dans la LP du concept de « tribunal de l'exécution » par « tribunal » (cf. ci-après ch. 4.1) a notamment pour buts de garantir aux cantons la flexibilité nécessaire pour adapter en ce sens leur droit de l'organisation judiciaire ainsi que d'en dessiner les contours.

Annexe III Déclaration de la Suisse relative à l'art. 43, al. 2, CLrév

La déclaration de la Suisse est la suivante :

- *en Suisse le tribunal cantonal supérieur,*

Cette mention remplace l'actuelle mention de « tribunal cantonal ». Celle-ci s'est avérée trompeuse dans la mesure où seuls quelques cantons connaissent cette désignation et qu'ils ne l'utilisent pas toujours pour nommer le tribunal supérieur. La déclaration proposée est dans la droite ligne de la terminologie de la LP et du P-CPC.

Néanmoins, du fait de la compétence cantonale en la matière, il est inévitable que, dans de nombreux cas, cette désignation ne corresponde pas à celle choisie par les lois d'organisation judiciaire cantonales.

En ce qui concerne la forme du recours CLrév, nous renvoyons au ch. 2.7.3.2.

Annexe IV Déclaration de la Suisse relative à l'art. 44 CLrév

La déclaration de la Suisse est la suivante :

- *en Suisse: un recours devant le Tribunal fédéral,*

Cette déclaration correspond à celle faite en rapport avec les dispositions correspondantes de la CL, qui vaut depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le Tribunal fédéral (cf. sur ce point ch. 2.7.3.2).

4 Modifications de la LP et du P-CPC

4.1 Modifications de la LP

Art. 271, al. 1, ch. 6, LP Cas de séquestre fondé sur un titre de mainlevée définitive

L'art. 271 LP actuellement en vigueur fait encore dépendre le séquestre d'un état de danger qui est détaillé aux ch. 1 à 5. La CLrév garantit toutefois un droit *inconditionnel* à des mesures conservatoires en première instance de la procédure d'exequatur.

C'est pour cette raison que l'existence d'un titre de mainlevée définitive comme cas de séquestre a été inscrite dans un nouveau ch. 6 de l'art. 271 LP. Avec cette adapta-

tion, on tient compte d'une part, de l'art. 47, al. 2, CLrév et d'autre part, on clarifie la situation des mesures conservatoires en droit suisse et les conditions en la matière. Ce cas de séquestre est ouvert à l'ayant-droit d'un jugement étranger (art. 47 CLrév en lien avec l'art. 80, al. 1, LP), mais également l'ayant-droit d'un acte authentique, qui est exécutoire au même titre qu'une décision judiciaire (art. 57 CLrév).

Le cas de séquestre, proposé pour l'ensemble des titres de mainlevée définitive, dépasse les objectifs de la CLrév puisqu'il est également applicable aux *titres de mainlevée suisses* (jugements ou titres authentiques exécutoires). Un des buts essentiels de la transposition proposée de la CLrév est que tous les éventuels avantages procéduraux dont bénéficient les créanciers étrangers sur la base de la convention soient également ouverts, dans toute la mesure possible, aux *créanciers nationaux* – non-discrimination des nationaux. Dans cette perspective, il serait malheureux de garantir à un créancier au bénéfice d'un titre étranger provisoire déclaré exécutoire, des mesures conservatoires plus larges qu'au créancier qui dispose d'un titre de mainlevée définitive. Le nouveau cas de séquestre est en principe aussi applicable à l'ayant-droit d'un jugement étranger – ou d'un titre équivalent tel qu'un acte authentique étranger exécutoire – émis en dehors du champ d'application de la CLrév.

Un élargissement correspondant est en conséquence également prévu à l'art. 338 P-CPC concernant les mesures conservatoires du P-CPC (cf. ch. 4.2).

Le nouveau ch. 6 rend inutile le renvoi du ch. 4 aux jugements exécutoires. Lorsqu'un tel jugement existe, le motif de séquestre du ch. 6 est donné et les conditions supplémentaires prévues au ch. 4 n'ont pas à être examinées. En conséquence, l'expression « ou qu'elle se fonde sur un jugement exécutoire » de l'art. 271, al. 1, ch. 4, LP est supprimée.

Art. 272 LP Compétence du tribunal de l'exécution

Le P-CPC désigne aux art. 336 ss. le *tribunal de l'exécution* comme tribunal compétent pour les mesures d'exécution ainsi que pour les mesures conservatoires en lien avec la procédure d'exequatur (art. 338 P-CPC). En conséquence, la déclaration prévue relative à la CLrév renvoie à la compétence matérielle de ce tribunal (cf. commentaire de l'annexe II au ch. 3). L'art. 333, al. 3, P-CPC réserve cependant les dispositions de la LP relatives à l'exécution des créances pécuniaires.

Jusqu'à présent, il était question dans la LP d'un juge du séquestre compétent pour l'octroi de cette mesure conservatoire qu'est le séquestre (art. 272, mais également art. 274 et 278 LP). Cette compétence fait partie, systématiquement et fonctionnellement, des tâches attribuées par le P-CPC au tribunal de l'exécution, du moins lorsque le séquestre repose sur une prétention titrisée. Il est donc logique qu'en matière de prétentions pécuniaires titrisées, le tribunal de l'exécution au sens de l'art. 336 ss. P-CPC soit, même en-dehors du champ d'application de la CLrév, le même que celui prévu à l'art. 272 LP pour ce qui est des mesures conservatoires. La plupart des lois cantonales d'organisation judiciaire prévoient depuis toujours – et ce à juste titre – un même tribunal *matériellement* compétent pour toutes les mesures conservatoires, qu'elles aient pour objet une prétention pécuniaire ou une autre obligation. Le législateur ne devrait pas, par une désignation particulière de la juridiction compétente, esquisser une séparation des compétences matérielles si cette dernière n'a pas de sens ou qu'elle n'est pas suivie par les cantons. En conséquence, le terme de « juge du séquestre » est remplacé dans la LP par celui, plus ouvert, de « juge ».

Qui plus est, ce dernier terme permet également au tribunal saisi de la cause principale de prononcer une autorisation de séquestre à titre de mesure conservatoire en dehors d'une exécution – comme par exemple une procédure de reconnaissance pendante –, dans la mesure où il est compétent à raison du lieu au sens de l'art. 272 LP.

Dans le cadre de la CLrév, il est également possible, sur la base de cette réunion de compétences, de renvoyer, tant pour ce qui est de la compétence du tribunal de l'exécution (art. 39, al. 1), que pour les mesures conservatoires qui y sont liées (art. 47, al. 2), à la compétence matérielle du tribunal cantonal de l'exécution (cf. commentaire de l'annexe II, ch. 3). Si, contrairement à la réglementation de la plupart des lois d'organisation judiciaire cantonales à ce jour, il n'y avait pas réunion de compétences auprès du tribunal de l'exécution celle-ci serait fondée, dans son champ d'application, par la CLrév.

La compétence *territoriale* du tribunal cantonal d'exécution se détermine en principe, dans le champ d'application de la CLrév, directement selon l'art. 39, al. 2, CLrév (cf. ci-avant ch. 2.7.5 ad art. 39).

Puisque l'autorisation de séquestre est également prononcée par le tribunal de l'exécution, il est nécessaire qu'une couverture territoriale identique soit prévue pour ces deux tribunaux. C'est pourquoi le séquestre devra maintenant pouvoir être prononcé tant au « lieu où se trouvent les biens » (art. 272 LP) qu'à un des *fors de la poursuite* au sens des art. 46 ss. LP et notamment, au domicile du débiteur. Le résultat correspond largement à la réglementation de l'art. 39, al. 2, CLrév. L'avantage procédural d'un for alternatif au domicile du défendeur sera en outre également accessible aux créanciers en dehors de la CLrév.

Lorsque la requête de séquestre porte sur plusieurs objets localisés dans des juridictions différentes, c'est le tribunal au for de la poursuite qui sera compétent pour prononcer ce séquestre à l'*échelle suisse*. Il sera ainsi possible, d'une part, de lier le séquestre à la décision d'exequatur et, d'autre part, d'adapter la situation juridique prévalant dans la LP à celle du P-CPC – déjà réalisée – qui crée un espace d'exécution à l'échelle suisse. Cette revalorisation du séquestre profite également à tous les créanciers.

Art. 274 LP Juge au lieu de juge du séquestre

Le « juge du séquestre » prévu à l'al. 1 est remplacé par « juge » (cf. commentaire de l'art. 272 LP).

Art. 278 LP Recours contre la décision sur opposition

La référence au juge du séquestre aux al. 1 et 2 est remplacée par une référence au juge (cf. commentaire de l'art. 272 LP).

Comme toutes les autres décisions du tribunal de l'exécution, la décision sur opposition relative à l'autorisation de séquestre (cf. ci-après le commentaire de l'art. 305 P-CPC) n'est soumise qu'au recours limité en droit. L'art. 278, al. 3, LP dans sa version du P-CPC est modifié en conséquence et la référence à l'appel supprimée. De même, l'art. 278, al. 5, LP est également supprimé et son contenu repris à l'art. 279, al. 5, LP.

Art. 279 LP Début du délai de validation du séquestre

Le créancier qui requiert un séquestre, sur la base de la CLrév, à l'encontre du débiteur ne devrait pas être obligé de valider le séquestre aussi longtemps que le recours intenté à l'encontre de l'exequatur est pendant ou que le délai de recours n'est pas échu. L'art. 47, al. 3, CLrév exige à ce sujet qu'avant l'échéance du délai de recours, aucune atteinte au patrimoine du débiteur allant au-delà d'une mesure conservatoire ne puisse avoir lieu.

En conséquence, le délai de validation de l'art. 279 LP ne peut, au plus tôt, commencer qu'au moment où il a été statué définitivement sur un éventuel recours ou que le délai de recours a expiré sans avoir été utilisé. Il est évident que le créancier a toutefois la possibilité de procéder à la validation du séquestre par la voie d'une poursuite.

Pour des motifs de systématique législative, la règle concernant le début du délai, contenue jusqu'à présent à l'art. 278, al. 5, LP, est transférée à l'art. 279, al. 5, LP.

4.2 Modifications du code de procédure civile

Le P-CPC est encore en discussion devant le Parlement. Les propositions ci-jointes ne revêtent donc qu'un caractère informatif et devront encore être harmonisées avec la version adoptée par le Parlement.

Art. 266 Pas de mémoire préventif contre la décision d'exequatur

L'art. 266 P-CPC prévoit expressément l'instrument du mémoire préventif pour le cas « d'une mesure déclarée exécutoire selon les art. 31 à 45 [CL] ». Il n'existe cependant plus, dans le cadre de la CLrév, de champ d'application pour le mémoire préventif puisque la CLrév exige – contrairement à la CL – que les griefs à l'encontre de la déclaration d'exequatur soient entendus au stade de la procédure de recours seulement (art. 41 CLrév). En conséquence, *le cas de figure de la déclaration d'exequatur de l'art. 266 P-CPC doit être supprimé.*

La référence au séquestre de l'art. 266 P-CPC est maintenue. Ainsi le défendeur à la procédure de séquestre peut continuer à formuler des griefs, par le biais d'un mémoire préventif, dirigés uniquement contre la menace d'un séquestre (contre le fait, par exemple, que l'objet supposé du séquestre n'est pas assez spécifié ou qu'il n'est pas saisissable) et ce, même si l'autorisation de séquestre repose sur un titre CLrév.

Art. 305, let. b Pas d'appel contre le refus du séquestre ou la décision sur opposition

L'art. 305, let. a, P-CPC exclut l'appel contre les décisions du tribunal de l'exécution. En arrière-plan de cette exception se trouve le fait que ces décisions sont prises en procédure sommaire et qu'elles sont déjà précédées d'une décision sur le fond.

Les réflexions qui ont mené à l'exclusion de l'appel pour les décisions rendues par le tribunal de l'exécution valent également en matière de décisions relatives à l'autorisation de séquestre. Il n'est pas logique que les mesures conservatoires relatives à l'exécution d'une prestation pécuniaire – le séquestre – doivent être soumises à un autre moyen de droit que les mesures conservatoires relatives à l'exécution d'autres prestations. De même, cela n'a non plus pas de sens que la

décision d'exequatur rendue par le tribunal compétent pour le séquestre soit soumise à un autre moyen de droit que l'exequatur rendu par le tribunal de l'exécution. D'autant que, sous le régime de la CLrév, tant le séquestre que les autres mesures doivent de toute façon être validées par le tribunal de l'exécution.

Le nouveau chiffre à l'art. 305, let. b, étend ainsi le catalogue des exceptions à l'appel découlant de la LP aux décisions portant sur le séquestre. Contre les décisions rejetant une autorisation de séquestre ou une décision sur opposition relative à un séquestre autorisé, c'est donc le *recours limité au droit* qui est ouvert.

Art. 325a (nouveau) Recours limité au droit comme voie de droit au sens de l'art. 43 CLrév

En sus des délais, l'art. 43, al. 3, CLrév prévoit qu'il soit statué sur le recours selon les règles « de la procédure contradictoire ». Le tribunal doit certes se limiter à examiner s'il se trouve en présence d'un des motifs listés aux art. 34 et 35 CLrév. Mais le débiteur doit avoir la possibilité, dans le cadre du recours CLrév, de soumettre ces motifs d'exclusion de la reconnaissance à une autorité ayant plein pouvoir de cognition. En font également partie les motifs portant sur les faits, comme celui qu'un acte introductif d'instance n'ait pas été notifié à temps (art. 34, ch. 2, CLrév). Une limitation du pouvoir de cognition à la « constatation manifestement inexacte des faits », comme cela est prévu pour le recours limité au droit de l'art. 317, let. b, P-CPC, n'est pas compatible avec la CLrév.

Qui plus est, l'art. 47, al. 3, CLrév interdit que soient prises, dans le cadre d'une procédure de recours pendante, des mesures portant atteinte au patrimoine du débiteur. Le recours CLrév empêche ainsi – contrairement à ce que prévoit le principe de l'art. 323 P-CPC – l'exécution de la décision d'exequatur attaquée. Sont bien sûr exceptées les mesures conservatoires accordées relativement à la procédure d'exequatur (cf. ch. 2.7.5).

Le nouvel art. 325a satisfait à cette exigence de la CLrév puisque le recours limité au droit relatif au champ d'application de la CLrév a été modifié en conséquence.

Art. 338 *Mesures conservatoires dans le cas d'une décision exécutoire*

La mesure conservatoire inconditionnelle, à la disposition du créancier bénéficiaire d'une décision exécutoire, doit – pour les décisions CLrév, de même que pour les décisions suisses – être garantie, que cette décision porte sur une obligation pécuniaire, de faire, de tolérer ou de s'abstenir. En conséquence, l'art. 338 P-CPC – en tant que pendant de l'art. 271, al. 1, ch. 6, LP – doit être modifié afin qu'une *décision exécutoire* donne droit sans conditions à une mesure conservatoire appropriée.

5 Modifications de la LDIP

5.1 Arrière-plan et but des modifications

S'agissant des fors, le P-CPC reprend en grande partie la réglementation de la LFors. Il étend toutefois les fors à celui du lieu d'exécution et introduit de nouvelles règles concernant la situation du cumul d'actions. Simultanément, la CLrév contient également des nouveautés en la matière. L'entrée en vigueur et la mise en œuvre de la CLrév constituent donc un motif propre pour harmoniser les fors de la LDIP à ceux

du P-CPC et de la CLrév. Le but de ces modifications est d'aplanir les différences entre la LDIP et les autres sources de droit qui ne se justifient pas matériellement et également de combler certaines lacunes en matière de compétence territoriale.

Un problème qui se pose en pratique porte notamment sur le cas de figure dans lequel, malgré plusieurs fors existants en Suisse, il n'est pas possible d'avoir une *concentration territoriale de la procédure* auprès d'un for suisse unique, parce qu'il manque une réglementation correspondante dans la LDIP – contrairement à la LFors, le P-CPC et la CLrév. Il s'agit concrètement du for du *cumul d'actions objectif et subjectif*, de l'*action en garantie* et des *conclusions civiles*.

Concernant le for du lieu d'exécution, il s'agit d'éliminer le désavantage injustifié que subit le demandeur impliqué dans un rapport à caractère international. Le for du lieu d'exécution ne lui est ouvert qu'à titre subsidiaire sous le régime de la LDIP, alors que le même for est alternatif dans le P-CPC. La même question se pose en ce qui concerne le for, moins important en pratique, des actions mobilières au lieu de situation de la chose.

Les modifications proposées visent à supprimer les problèmes pratiques dus à l'absence de certaines dispositions en matière de fors dans la LDIP et les autres sources du droit, en particulier la LFors et le P-CPC. Il s'agit là de ne pas élargir inutilement les chefs de compétence existants et déjà généreux de la LDIP pour les tribunaux suisses en matière internationale. Les différences objectives entre sources du droit restent au demeurant inchangées.

En retenant la proposition de concentrer la procédure dans le cas d'une pluralité de fors suisses, on rejette implicitement l'idée de reprendre dans la LDIP, sur le modèle de la CL/CLrév, des fors internationaux propres qui, en tant que tels, fondent une compétence internationale.

Ces « vrais » fors internationaux, comme celui du cumul d'actions ou des conclusions civiles, sont écartés pour les raisons suivantes :

- contrairement aux CL/CLrév, qui sont des *conventions doubles*, la reconnaissance à l'étranger de décisions rendues sur la base d'une telle disposition de la LDIP en matière de for est très incertaine ;
- la LDIP contient un catalogue très large et en règle générale suffisant de compétences directes. Lorsque, comme en cas d'actes illicites, il n'existe en Suisse ni lieu de l'acte, ni lieu du résultat, les points de rattachement pouvant simultanément justifier une procédure pénale en Suisse – par exemple le principe de la personnalité active ou passive – devraient être considérés comme exorbitants du point de vue de la procédure civile.

Un *vrai* for international – comme l'exige unanimement la doctrine – devrait exister sur la base de l'art. 3 LDIP pour certains cas de consorité *nécessaire*, notamment dans le cas où la poursuite de tous les consorts nécessaires à l'étranger n'apparaît pas possible ou déraisonnable.

5.2 Commentaire détaillé

Art. 8a LDIP Concentration territoriale de la procédure (connexité, cumul d'actions, consorité)

Lorsque, concernant plusieurs prétentions tombant sous le coup de l'art. 14 P-CPC (cumul d'actions objectif et subjectif), il existe différents fors en Suisse et que le

P-CPC permet pour ces cas une concentration territoriale auprès d'un tribunal suisse, cette concentration procédurale doit également être possible dans le champ d'application de la LDIP. Il n'existe pas de raison objective pour laquelle les avantages d'une concentration procédurale – qui plus est purement suisse – ne pourrait pas être reprise dans le champ d'application de la LDIP.

La norme proposée ne doit *pas* – contrairement à, notamment, l'art. 6, ch. 1, CLrév – créer *de for international de l'appel en cause*. Le cumul d'actions ne fonde pas, selon la modification suggérée de la LDIP, de for suisse, il permet uniquement – mais dans tous les cas – une *concentration territoriale de la procédure*. Lorsque plusieurs parties, ou les mêmes parties par rapport à des prétentions différentes, sont actionnées ensemble devant un tribunal suisse sur la base d'un cumul d'actions, il doit exister, pour chaque partie actionnée, respectivement pour chaque prétention actionnée, un for en Suisse basé sur une autre disposition de la LDIP.

Le renoncement à un vrai for du cumul d'actions, sur le modèle de l'art. 6, ch. 1, CLrév, se justifie par le fait que la LDIP offre déjà une pluralité de fors sur la base desquels il est également possible de réaliser, au moyen du regroupement local proposé, la concentration procédurale visée. En-dehors de la CLrév, un jugement se fondant sur l'une des compétences prévues par une norme s'inspirant de l'art. 6, ch. 1, CLrév ne serait reconnaissable à l'étranger que dans de très rares cas. La LDIP non plus ne reconnaît pas ce chef de compétence en tant que compétence indirecte.

La solution proposée correspond aux règles ponctuelles déjà présentes aux art. 109, al. 2, et 129, al. 3, LDIP, qui deviendront superflues avec la nouvelle réglementation et pourront être supprimées. En conséquence, la formulation de l'effet purement interne de l'art. 8a LDIP proposé s'inspire étroitement du libellé de l'art. 14 P-CPC et non de celui de l'art. 6, ch. 1, CLrév.

Art. 8b LDIP Appel en cause

Les dispositions proposées sont censées englober les cas dans lesquels est invoqué, à l'encontre d'un tiers à une procédure en Suisse tombant dans le champ d'application de la LDIP, *l'appel en cause*, qui est maintenant généralement admis dans le P-CPC (art. 15 P-CPC). Dans ce cas également, l'adaptation de la LDIP – divergeant de la situation juridique de l'art. 6, ch. 2, CLrév – ne mène qu'à une concentration territoriale de la procédure, ou à un ajustement du P-CPC. Il reste nécessaire qu'il existe, en Suisse, un for à l'encontre de chacune des parties défenderesses, sur la base d'une des autres dispositions de la LDIP.

Le libellé de la disposition s'inspire de celui de l'art. 15 P-CPC.

Art. 8c LDIP Conclusions civiles

Lorsque la procédure pénale suisse permet de faire valoir des conclusions civiles par voie d'adhésion et qu'il existe un for en Suisse pour ces prétentions, il devra à l'avenir être possible de faire valoir ces prétentions, même en matière internationale, auprès du tribunal suisse compétent pour la cause pénale.

Tant la LFors que la CLrév prévoit une réserve de compétence en faveur des tribunaux pénaux en matière de conclusions civiles. Ces compétences en faveur des tribunaux pénaux sont connues tant au niveau de la procédure fédérale (art. 8, al. 1,

let. a, LAVI⁴⁷), qu'au niveau de la procédure cantonale. Le futur code de procédure pénale fédérale prévoit une réglementation générale de la compétence territoriale en matière de conclusions civiles. A l'inverse, la LDIP ne contient pas de réserve en faveur d'une compétence pénale. L'art. 129 LDIP (compétence pour les actions en matière d'actes illicites) prévoit bien une compétence suisse au domicile ou au lieu de résidence habituelle ou de l'établissement (al. 1), ou bien une compétence subsidiaire au lieu de l'acte ou du résultat (al. 2). Il est possible, dans certains cas particuliers, que la procédure pénale en Suisse ne se déroule devant aucun des tribunaux prévus à l'art. 129 LDIP (cf. l'état de fait mentionné dans l'ATF 6P.190/2006).

La disposition proposée permet de réaliser une *concentration territoriale de la procédure en matière de conclusions civiles au lieu de la procédure pénale*. Reste comme condition, l'existence d'un for de l'action civile en Suisse fondé sur la LDIP (à l'inverse, l'art. 6, ch. 3, CLrév fonde également un for international indépendant). Un tel for devrait souvent exister dans les cas typiques d'actions en dommages et intérêts en matière d'actes illicites en raison du choix prévu par l'art. 129 LDIP. Concernant les conditions relatives aux conclusions civiles, nous renvoyons aux dispositions correspondantes du P-CPP⁴⁸.

Le Tribunal fédéral a déjà, dans un arrêt récent, fait référence à la lacune qui sera comblée grâce à la disposition proposée et a introduit, par voie jurisprudentielle, un for en matière de conclusions civiles au lieu de la poursuite pénale⁴⁹. Cet arrêt laisse toutefois ouverte la question de savoir si le for des conclusions civiles est fondé uniquement lorsqu'existe à l'encontre du défendeur au moins un for en Suisse sur la base de la LDIP (for international « impropre »), ou si la procédure pénale crée *per se* une compétence en Suisse en matière de conclusions civiles (for international « propre »). La norme proposée permet de remédier à l'insécurité juridique et aux lacunes législatives encore existantes.

Art. 98, al. 2, LDIP

For alternatif au lieu de situation de la chose

L'art. 29 P-CPC prévoit pour les actions réelles en matière de biens meubles un for au lieu de situation de la chose. Celui-ci est *alternatif* au for du domicile du défendeur.

A l'inverse, à l'art. 98 LDIP, le for du lieu de situation de la chose n'est que *subsidiaire* à celui du domicile du défendeur.

Cette inégalité de traitement existe lorsque, dans un cas soumis à la LDIP, tant le domicile du défendeur que l'objet en question se situent en Suisse. Le demandeur a alors, selon la LDIP, un seul for à sa disposition – celui du domicile du défendeur – et selon le P-CPC deux – additionnellement, le for du lieu de situation de la chose. La limitation des fors résultant de la règle de subsidiarité de l'art. 98, al. 2, LDIP par rapport au P-CPC – alternativité – ne peut être justifiée objectivement. C'est pour cette raison que l'art. 98, al. 2, LDIP est modifié dans le sens que le for du lieu de situation de la chose soit à l'avenir – de même que dans le P-CPC – alternatif et non subsidiaire par rapport au for du domicile du défendeur.

⁴⁷ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), RS 312.5

⁴⁸ Projet de code de procédure pénale, FF 2006 1057

⁴⁹ ATF 6P.190/2006

Art. 113 LDIP For alternatif au lieu d'exécution

L'art. 30 P-CPC prévoit, pour les prestations découlant d'un contrat, un for au lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée. Dorénavant, ce for devrait, dans les relations internes, être alternatif au for du domicile du défendeur. Le droit interne en matière de for est ainsi aligné sur la situation juridique prévalant sous la CLrév qui prévoit également à l'art. 5, al. 1, CLrév/CL un for alternatif au lieu d'exécution.

Il est vrai qu'il existe déjà dans la LDIP un for du lieu d'exécution (art. 113 LDIP). Toutefois, celui-ci n'intervient qu'à titre subsidiaire dans le cas où le défendeur n'a ni domicile, ni résidence habituelle en Suisse. Il en résulte une inégalité de traitement, déjà relevée en rapport avec l'art. 98, al. 2, LDIP, entre les demandeurs qui sont soumis à la LDIP et ceux qui sont soumis au P-CPC – plus précisément à leurs dispositions en matière de for. Du fait de la modification proposée de l'art. 113 LDIP, l'exigence de *subsidiarité* sera ici aussi remplacée par celle d'*alternativité*. En outre, le texte de la norme indique clairement que c'est le lieu d'exécution de la prestation *caractéristique* (art. 117, al. 3, LDIP) qui est déterminant. L'art. 113 LDIP correspond également, dans son contenu, à la réglementation prévue aux art. 30 P-CPC et à l'art. 5, ch. 1, CLrév (relatif aux principaux types de contrat).

6 Appréciation

6.1 Nouveautés de la CLrév par rapport à la CL en vigueur

30 États font partie du champ d'application de la CLrév, parmi eux 11 États (République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Hongrie, Malte, Chypre, Estonie, Lettonie, Lituanie, Bulgarie, Roumanie) qui n'étaient jusque-là pas parties contractantes de la CL. Du fait de l'élargissement des accords bilatéraux (I et II), les nouveaux États sont déjà, économiquement et juridiquement, en lien étroit avec la Suisse. L'intégration de ces États dans l'espace CL améliore considérablement la sécurité juridique dans les relations avec ces derniers, ce qui profite en particulier au commerce, mais également aux consommateurs ou aux créanciers d'aliments.

D'une manière générale, la CL a fait ses preuves en pratique. C'est pourquoi la CLrév en reprend largement la structure et les grandes lignes.

Les nouveautés visent, d'une part, à prendre en compte les moyens de communication et les usages commerciaux modernes. D'autre part, elles prennent en considération la jurisprudence rendue sous la CL et l'intègrent au texte de la convention dans la mesure où elle profite à la sécurité du droit et à son accessibilité. Les nouveautés en matière de reconnaissance et d'exécution ont notamment pour but de faire en sorte qu'il ne soit plus possible pour le débiteur de s'y opposer par le biais d'exceptions abusives, comme, par exemple, le grief d'un vice procédural accessoire. La procédure d'exequatur est en outre simplifiée du point de vue formel.

En raison de la compétence exclusive dévolue à présent à l'UE dans ce domaine, il n'est pas possible pour les États membres de l'UE n'appartenant pas à l'actuelle CL d'y adhérer après coup, ni même de conclure des accords bilatéraux avec la Suisse. Si l'on veut étendre les avantages de la CL aux relations avec ces États, il n'y a pas d'autre voie que celle de la CLrév.

6.2 Compatibilité de la convention avec l'ordre juridique suisse

Aucune complication n'est attendue en raison des nouveautés ponctuelles introduites par la CLrév. Les nouveautés en matière de fors amènent plutôt à une harmonisation de la réglementation avec celle de la LDIP et du P-CPC, par exemple en matière de for de l'exécution.

Les difficultés qui apparaissaient déjà sous le régime de la CL pour adapter la procédure d'exequatur et les mesures conservatoires aux exigences de la LP sont enfin résolues (voir ci-avant, ch. 2.7, ou 2.7.5 concernant la procédure d'exequatur et les mesures conservatoires prescrites par la CLrév) grâce aux modifications prévues de la LP et du P-CPC (ch. 4.1 et 4.2).

6.3 Les avantages de la procédure d'exécution LP révisée pour les créanciers en Suisse

Un des buts de la mise en œuvre interne de la CLrév est d'ouvrir les avantages procéduraux découlant de la CLrév, qui sont en règle générale en faveur du créancier, aux parties en Suisse qui ne tombent pas dans le champ d'application de la CLrév et d'éliminer ainsi *une discrimination des indigènes*. Au vu des modifications prévues de la LP et du P-CPC, le débiteur – indépendamment de l'application ou non de la CLrév – bénéficie notamment des améliorations procédurales suivantes par rapport au droit actuellement en vigueur :

- un for alternatif au for de la poursuite en matière de séquestre ;
- la possibilité de faire prononcer un séquestre, à ce for, portant sur l'ensemble des biens du débiteur en Suisse, et
- le droit de faire prononcer un séquestre sur la base d'un titre de mainlevée définitive ou d'une autre mesure conservatoire fondée sur un jugement exécutoire.

Grâce à ces nouveautés, les règles relatives au séquestre sont adaptées aux dispositions correspondantes du P-CPC – mesures conservatoires visant une obligation de faire, de tolérer ou de s'abstenir – qui réalisent déjà un espace suisse de l'exécution. Parallèlement, le séquestre est maintenu dans sa forme principale. En particulier, l'exigence de détermination de l'objet du séquestre – et par là l'interdiction du séquestre exploratoire – est conservée.

6.4 Adaptations correspondantes de la LDIP

Suite à la mise en œuvre de la CLrév, certaines dispositions particulières de la LDIP ont été adaptées au P-CPC et à la CLrév. Ces adaptations visent à éliminer les problèmes pratiques qui résultent de l'absence de concordance entre les fors de la LDIP et les autres sources de droit – en particulier la LFors et le P-CPC. Les possibilités de concentration de la procédure auprès d'un for – consorité, appel en cause, conclusions civiles – prévues dans le P-CPC – et déjà en partie dans la LFors – ou dans le P-CPC sont également inscrites dans la LDIP. Les désavantages procéduraux injustifiés du créancier prévus dans la LDIP sont supprimés et les procès parallèles inutiles auprès d'une pluralité de fors en Suisse évités.

L'adaptation du for de l'exécution répond également aux buts précités et aligne la situation juridique sur celle du P-CPC et sur celle de la CLrév. Il en résulte un droit suisse cohérent en matière de fors.

7 Conséquences

7.1 Conséquences en matière de finances et de personnel pour la Confédération, les cantons et les communes

Aucune conséquence financière ou en matière de personnel n'est attendue, tant au niveau fédéral que cantonal ou communal, du fait de la ratification de la convention. Il n'est pas question de créer une nouvelle base légale justifiant des tâches étatiques. Il s'agit ici plutôt d'une législation en matière civile au sens large.

Il est difficile d'évaluer quelles seront les répercussions de la révision sur la charge de travail des tribunaux. D'une part, compte tenu de l'amélioration des chances de succès, il devrait en résulter une augmentation des demandes de reconnaissance et d'exécution, en particulier en relation avec les nouveaux États membres de l'UE. D'autre part, la ratification apporte une amélioration de la sécurité du droit, ce qui permet un traitement plus rapide des requêtes et facilite ainsi le travail des tribunaux. L'harmonisation des fors permettra d'éviter des procédures parallèles dans des États différents et rendra inutile de coûteuses recherches de renseignements relatives aux règles étrangères de compétence.

7.2 Conséquences pour l'informatique

Aucune conséquence n'est attendue en ce qui concerne l'informatique.

7.3 Conséquences économiques

L'avantage obtenu par la ratification de la convention en matière de la sécurité du droit apporte un renforcement de la place commerciale et financière suisse puisque le commerce et les investissements, notamment en relation avec les nouveaux États adhérents, opèreront dans le cadre d'un espace de sécurité et de prévisibilité juridiques.

8 Liens avec le programme de la législature

Le présent projet est annoncé dans le message sur le programme de la législature 2007-2011.⁵⁰

⁵⁰ FF 2008 706

9 Aspects juridiques

9.1 Constitutionnalité

L'arrêté fédéral ci-joint se fonde sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.)⁵¹, qui autorise la Confédération à conclure des accords internationaux. La compétence de l'Assemblée fédérale pour l'approbation de ces traités ressort de l'art. 166, al. 2, Cst. Les modifications législatives prévues par l'arrêté fédéral reposent sur l'art. 122, al. 1, Cst., selon lequel la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération.

Selon l'art. 141, al. 1, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum facultatif s'ils sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2) ou contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3). La CLrév est dénonçable (art. 74, al. 2) et n'implique aucune adhésion à une organisation internationale. Elle contient toutefois des règles de droit dans le domaine de la procédure civile internationale. Qui plus est, le présent projet prévoit un arrêté fédéral modifiant deux lois fédérales. Les conditions de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. sont donc remplies.

L'Assemblée fédérale édicte les dispositions fixant des règles de droit sous la forme d'une loi fédérale ou d'une ordonnance. Les autres actes sont édictés sous la forme d'un arrêté fédéral, qui, s'il n'est pas sujet au référendum, est qualifié d'arrêté fédéral simple (art. 163 Cst.). Lorsque l'arrêté portant approbation d'un traité international est sujet au référendum, l'Assemblée fédérale peut y intégrer les modifications de lois liées à la mise en œuvre du traité (art. 141a, al. 2, Cst.).

9.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse et rapport avec le droit européen

Le projet d'arrêté fédéral proposé ici est compatible avec les obligations internationales existantes de la Suisse.

Les rapports de la CLrév avec d'autres instruments internationaux de même qu'avec le droit européen sont réglés dans la convention même (art. 64 ss.).

La CLrév, qui pour l'essentiel est identique au règlement CE n° 44/2001, permet de rétablir le parallélisme avec l'instrument correspondant de l'UE. Ce parallélisme avait été rompu lorsque l'UE avait, en 2002, mis en œuvre dans le règlement précité le résultat de l'accord du mois d'avril 1999, alors que l'adoption de la CLrév prenait plusieurs années de retard pour des motifs internes à l'UE. La CLrév permet en outre d'élargir encore le champ territorial d'un espace européen des fors et de l'exécution.

⁵¹ RS 101