

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011	Mise à jour Andreas Bucher 29.11.2021
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------

Chapitre 1 Dispositions communes

Art. 1

2

In fine, ajouter : Très souvent, la question est résolue du fait qu'une matière de droit public est assortie de ses propres règles de conflit, comme en matière d'assurance maladie (cf. ATF 144 V 127 ss ; 146 V 290 ss, 293).

5

5^e ligne, ajouter à la mention de l'art. 12 : abrogé depuis 2007.

18

In fine, ajouter à l'arrêt cité : 143 II 297 ss, 305-311, Colgate-Palmolive

19

In fine, ajouter : L'examen du pouvoir de juridiction et de celle de la compétence est une condition de procédure que l'autorité doit vérifier d'office (cf. ATF 144 III 411 ss, 418, Ouzbékistan, et les références).

23

10^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 141 III 294 ss, 297 ; ATF 14.4.2016, 4A_36/2016, c. 3.1 ; ATF 28.7.2016, 4A_639/2015, c. 3. Puis insérer : Il suffit que l'une des parties prétende que le domicile de l'une d'elles se trouve à l'étranger (cf. ATF 2.2.2015, 4A_443/2014, c. 3.1, et les observations critiques de Othenin-Girard, RSPC 2015 p. 285-287). Le fait que l'existence d'un droit matériel doit être examinée uniquement sous l'angle de la vraisemblance n'empêche pas l'observation des règles de conflit de lois, lors de l'octroi d'un séquestre, par exemple (ATF 23.2.2016, 5A_828/2015, c. 4.2.2.2).

12^e ligne, insérer : Il en va de même, en matière de famille, de la nationalité étrangère de l'un des époux (ATF 9.12.2016, 5A_445/2016, c. 3.2).

24

5^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 29.10.2015, 5A_296/2015, c. 2 ; ATF 4.6.2019, 5A_973/2017, c. 2.2.

In fine, ajouter : Le Tribunal fédéral lit l'art. 2 CPC comme si rien n'avait été changé, constatant que « les règles de for du CPC ne s'appliquent pas si la situation est internationale » (ATF cité du 2.2.2015, c. 3.1) ; cela n'est pas dit à l'art. 2 CPC mais en ressort indirectement, étant donné que la LDIP, d'après son art. 1^{er} al. 1, n'est applicable qu'en matière internationale. Il n'empêche que l'on trouve encore des arrêts cantonaux localisant le lieu du domicile en référence au droit civil, suivant l'avis erroné de quelques auteurs de droit civil (cf., par exemple, l'Obergericht ZH, CAN 2019 n° 37 p. 95).

26a n

La Chancellerie fédérale considère que la Suisse n'est pas liée par la *typographie* des traités. Ainsi, les mots « article », « alinéa », « paragraphe », « chapitre » et d'autres sont systématiquement reproduits en forme abrégée, sans respect pour le texte original et l'élégance de la langue française. L'intervention de la Chancellerie est d'autant plus maladroite en comparaison des textes allemands qui ne subissent par pareilles corrections, alors que dans cette langue, les abréviations sont courantes. L'Italien ne souffre pas non plus de ce manque de respect. On peut regretter également que dans les éditions allemande (SR) et italienne (RS), la Chancellerie procède à la suppression des renvois au texte authentique français.

27

In fine, ajouter : Le fait d'être mentionné à l'art. 1^{er} al. 2 sans laisser place à des dérogations signifie que la primauté du droit international a une valeur absolue (cf., sur le principe en général : ATF 138 II 524 ss, 532-535 ; 142 II 35 ss, 39 ; 144 II 293 ss, 311 ; 147 IV 182 ss, 184 s.). Cela peut comprendre des recommandations émises par les organisations sous les auspices desquelles un traité a été élaboré (« soft law », cf. ATF 144 II 130 ss, 140), ainsi que les jurisprudences représentatives rendues dans les Etats parties. Elles sont pertinentes tout au moins en tant que support de l'interprétation (ATF 146 III 225 ss, 231-233).

31

In fine, ajouter : La notion de territoire d'un Etat soulève rarement de questions (cf., cependant, ATF 144 III 559 ss, 565 s.).

37

6^e ligne : biffer le renvoi au RS.

Lignes 8/9 : biffer l'avant-dernière phrase.

In fine, ajouter : Depuis l'entrée en vigueur de la Convention, le 1.4.2017 (RS 0.221.556.1), l'art. 108c est devenu purement déclarative ou « signalisant » ; l'annexe 2 de la LDIP a disparu (RO 2017 p. 1687). On comprend cependant la critique que la méthode suivie n'est pas toujours aisée à suivre et perd ainsi de vue l'objectif de signalisation qu'elle entend poursuivre (cf. obs. S. Othenin-Girard, AJP 2013 p. 610 s.).

45

In fine : Pour la CEDH, la Convention représente le droit international coutumier (CEDH 23.3.2010, Cudak, § 67 ; 29.6.2011, Sabeh El Leil, § 54, 57 s.). Le Tribunal fédéral s'en est rapproché finalement, constatant que du fait de la ratification de la Convention par la Suisse, « il est justifié de s'en inspirer lorsqu'il s'agit de rendre une décision fondée sur les règles générales du droit international public relatives à l'immunité de juridiction » (ATF 30.11.2011, 4A_542/2011, c. 2.1, Chili), pour revenir enfin au principe qu'il s'agirait du droit international coutumier (ATF 31.10.2014, 4A_331/2014, c. 3.1).

47

In fine : Confirme les ATF cités : ATF 4.8.2011, 4A_386/2011, c.3.

48

7^e ligne, ajouter pour l'exemple du chauffeur : ATF 30.11.2011, 4A_542/2011, c. 3, Chili, puis mentionner : d'un maître d'hôtel ou d'un cuisinier (ATF cité du 31.10.2014, c. 3.4).

10^e ligne : Il serait disproportionné d'invoquer l'immunité à l'encontre d'un comptable (CEDH 29.6.2011, Sabeh El Leil, § 60-68) ou d'une standardiste (CEDH 23.3.2010, Cudak, § 65-75).

13^e ligne : l'activité d'une secrétaire assumant des responsabilités dans le service consulaire (ATF cité du 4.8.2011, c. 3 et 6).

In fine : ajouter aux arrêts mentionnés : ATF cités du 4.8.2011, c. 3 et 6, et du 30.11.2011, c. 3.2. Puis : Lorsque l'immunité n'est pas retenue, on ne saurait atteindre son objectif en admettant qu'une employée domestique de l'ambassadeur soit justiciable selon le droit public de l'Etat d'envoi et de ce fait éconduit de la juridiction des tribunaux suisses (comme l'a fait l'ATF 4.6.2014, 4A_570/2013, c. 4, arrêt qui ne semble pas servir de précédent, à en croire les ATF du 27.3.2019, 4A_390/2018, et du 26.7.2021, 4A_526/2020).

Dans l'arrêt de 2014, le Tribunal fédéral a approuvé la Cour de justice de Genève pour avoir constaté l'incompétence des tribunaux suisses pour connaître d'une créance d'une employée de la mission permanente d'un Etat étranger à Genève, s'agissant d'une personne effectuant en fait du travail domestique à la résidence de l'ambassadeur en qualité de personnel de service de la mission, soumise au droit étranger de l'Etat d'envoi « et partant justiciable devant les autorités de ce pays » (c. 4.5 et 4.6). L'incompétence suisse est aussi fondée sur l'application du droit public étranger au rapport de travail (sans le moindre regard sur l'art. 13), tandis que la question de l'immunité n'a pas été tranchée (c. 4.4 in fine).

50

13^e ligne, ajouter à la fin : (cf., pour un exemple, l'art. 84 du Règlement CE 883/2004 du 29.4.2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, RS 0.831.109.268.1).

53

11^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 23.11.2011, 5A_681/2011, c. 4, Kirghizistan.

55

3^e ligne, ajouter après l'ATF 135 III 612 s. : 144 III 415 s.

In fine, ajouter : (cf. Kren, IPR, n° 43). L'incohérence est plus manifeste encore lorsque l'Etat étranger invoque l'exigence d'une Binnenbeziehung avec la Suisse pour s'opposer à l'exécution alors qu'il a renoncé au privilège de l'immunité (cf. Kren, Festschrift Schnyder, p. 222-224).

56

Au début, dire: Depuis la révision de la LP en 1994, ...

19^e ligne, déplacer Kren, p. 462-470, et ajouter : idem, Festschrift Schnyder, p. 215-221 ; Staehelin/Bopp, Festschrift Meier, p. 732-737

In fine, ajouter : Cependant, le Tribunal fédéral maintient la condition de la *Binnenbeziehung* comme une exigence additionnelle à l'octroi du séquestre à l'égard d'un Etat étranger malgré le fait qu'elle n'a laissé plus de trace à l'art. 271 LP (cf. ATF 144 III 415 s.).

57

3^e ligne, ajouter aux arrêts cités : 144 III 416.

4^e ligne, biffer *Dominicé*. FJS, puis ajouter aux auteurs cités : Henry, *in* Quelques actions en exécution, p. 308 s., 320. Puis insérer : A ce niveau, cependant, s'agissant d'une condition d'accès à la justice, il manque une base légale (cf. Staehelin/Bopp, *Festschrift Meier*, p. 731 ; Kren, *Festschrift Schnyder*, p. 217, 221). Ensuite, biffer « Sur ce point ».

7^e ligne, ajouter, s'agissant de la Convention de New York : cf. Henry, *Jusletter* 21.1.2013, n° 16-19 ; Kren, *Festschrift Schnyder*, p. 222-224.

57a n

On devrait s'attendre, tout au moins, à ce que l'exception de l'immunité soit mentionnée en tant qu'obstacle à l'exécution lors de la ratification d'une Convention. Cela n'a pas été fait lors de l'approbation de la Convention de New York de 1958 (cf. FF 1964 II p. 625 ss). Contrairement à l'avis du Tribunal fédéral (ATF 144 III 411 ss, 419, 422 s.), on ne saurait déduire de la réserve du droit national de procédure (art. III) l'autorisation d'ériger l'immunité d'exécution comme obstacle à l'exécution (en tant que condition de l'exécution et non comme un simple élément de procédure), ce d'autant que cette disposition requiert – ce que l'arrêt ne mentionne pas – l'égalité de traitement par rapport aux situations internes, qui n'est manifestement pas réalisée s'agissant de la condition de la *Binnenbeziehung*. A l'opposé, la jurisprudence du Tribunal fédéral a été résumée dans le Message relatif à la Convention de Washington de 1965 qui précise à son art. 55 qu'elle n'entend pas déroger au droit en vigueur dans les Etats contractants en la matière (cf. FF 1967 II p. 1460 ss, 1474). Ce Message rappelle par ailleurs l'art. 15 de l'Accord bilatéral d'échange commercial du 27.6.1950 avec la Hongrie, dont il était dit qu'il consacre la pratique du Tribunal fédéral (RO 1950 p. 612) ; il semble en résulter qu'à l'époque, le Conseil fédéral était de l'avis que la condition de la *Binnenbeziehung* devait figurer dans le Traité pour valoir comme exception à l'exécution. L'al. 2 de l'art. 15 de cet Accord mentionnait d'ailleurs expressément que le choix du for judiciaire dans le pays de l'exécution implique que la relation avec ce pays soit suffisamment étroite pour lever l'obstacle au séquestre (disposition qui fut reportée dans l'art. 5 du Protocole complétant le nouvel Accord du 30.10.1973, RO 1973 p. 2264, qui fut abrogé avec effet au 1.5.2004, RO 2004 p. 2317). Il devrait en aller de même, par analogie, en présence d'une clause arbitrale qui vaut renonciation à l'immunité (contrairement à l'avis du Tribunal fédéral pour lequel le siège suisse de l'arbitrage n'est pas un facteur suffisant pour admettre une *Binnenbeziehung* ; cf. ATF 106 Ia 149 s. ; 134 III 128 s. ; 144 III 416, 423).

58

6^e ligne : Au lieu de 11, ce sont aujourd'hui 22 ratifications.

60

11^e ligne, à propos de l'art. 11 : cf. ATF 30.11.2011, 4A_542/2011, c. 2, Chili ; ATF 31.10.2014, 4A_331/2014, c. 3 ; CEDH 5.2.2019, *Ndayegamiye-Mporamazina*, § 53-65, au sujet de l'ATF cité du 4.8.2011.

62

In fine, ajouter : C'est la raison pour laquelle le délai de deux mois pour la notification d'actes destinés à un Etat (art. 16) ne doit pas être observé de façon stricte à l'égard d'un Etat qui n'accepte pas la réciprocité, notamment lorsque, comme dans l'espèce jugée par le Tribunal fédéral, l'Etat concerné adopte un comportement dilatoire (cf. ATF 136 III 580-582, critiqué à tort par Rüetschi, *BISchK* 2012 p. 11-13).

63

In fine, ajouter : Une entité distincte de l'Etat est également protégée si elle accomplit des actes dans l'exercice de la puissance publique (art. 27 al. 2) ; c'est ce qui a été admis par rapport à la Banque Nationale Suisse, s'agissant de sa politique d'information en matière monétaire (OGH 17.8.2016, *IPRax* 2017 p. 296, arrêt qui fait écho à l'avis de la Direction fédérale de droit international public, *SZIER* 2017 p. 584).

65

10^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 20.9.2012, 5A_106/2012, c. 7, CICR.

14^e ligne, insérer avant les auteurs cités : section 29 de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13.2.1946, RS 0.192.110.02.

In fine, ajouter : Par contre, s'agissant de mesures d'exécution, tel qu'un séquestre, l'immunité est infranchissable, sauf à solliciter une collaboration par le biais de démarches informelles (cf. ATF 31.1.2012, 5A_851/2011, c. 3, et les arrêts cités).

66

15^e ligne, insérer : La Cour suprême des Etats-Unis a donné un autre signal pour abandonner l'immunité absolue des organisations internationales et le privilège qu'elle leur procure (arrêt du 27.2.2019, *Jam v. International Finance Corp.*).

17^e ligne, insérer, à la suite de l'arrêt *Waite* : une protection qui n'est cependant pas absolue (cf. CEDH 11.6.2013, *Srebrenica*, § 163-168).

In fine, après la mention de l'ATF 136 III 388-391 : cf. Peters, RSDIE 2011 p. 397-428, qui préfère une analyse du type fonctionnel, comme pour l'immunité des Etats ; l'action de ces autorités relevant de leur entière discrétion, s'agissant des relations extérieures au caractère politique marqué, la voie judiciaire est fermée (ATF 137 I 371 ss).

67

8^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 7.7.2015, 4A_618/2014, c. 3.

Bibliographie

LDIP :

IVO SCHWANDER, Zu den Rangverweisungsnormen Art. 1 Abs. 2 IPRG, Art. 30a SchKG und Art. 2 ZPO, in *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung*, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 601-614.

Conventions internationales en général :

PAUL LAGARDE, Instrument optionnel international et droit international privé – subordination ou indépendance?, in *Un engagement au service du droit international privé*, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 287-298 ; ANNE-SOPHIE PAPEIL, La divergence d'interprétation d'une convention de droit international privé constitue-t-elle une violation d'un traité ?, *Le cas particulier de la Convention de Lugano*, RSDIE 21 (2011) p. 439-454.

Immunité des Etats et des Organisations internationales :

Suisse : MIRJAM BALDEGGER, Das Spannungsverhältnis zwischen Staatenimmunität, diplomatischer Immunität und Menschenrechten, Bâle 2015 ; ANDREAS BUCHER, L'immunité de l'Etat confronté à ses crimes, RSDIE 24 (2014) p. 553-577 ; PHILIPPE EHRENSTRÖM, Contrat de travail et immunité de juridiction de l'Etat défendeur, Jusletter 9.7.2012 ; SANDRINE GIROUD, Enforcement against State Assets and Execution of ICSID Awards in Switzerland : How Swiss Courts Deal with Immunity Defenses, ASA 30 (2012) p. 758-766 ; ANNE-CATHERINE HAHN, State Immunity and Veil Piercing in the Age of Sovereign Wealth Funds, RSDA 84 (2012) p. 103-118 ; IDEM, Dealing with Sovereigns : Immunity Risks and Planning Tools, RSDIE 23 (2013) p. 225-241 ; ETIENNE HENRY, Les immunités juridictionnelles, en particulier d'exécution, en droit international et dans la pratique suisse, in *Quelques actions en exécution*, Neuchâtel 2011, p. 263-320 ; IDEM, L'impact combiné de la jurisprudence de La Haye et de Strasbourg : Les juges de Lausanne devraient-ils revoir leur jurisprudence en matière d'immunités d'exécution ?, Jusletter 21.1.2013 ; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, in *Festschrift für Anton K. Schnyder*, Zurich 2018, p. 209-224 ; THORE NEUMANN/ANNE PETERS, Switzerland, in *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford 2013, p. 241-274 ; PIERRE PANCHAUD/JEAN ABBOUD, Immunités des organisations internationales : développements récents à la Banque des Règlements Internationaux, in *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden 2015, p. 316-332 ; ANNE PETERS, Die funktionale Immunität internationaler Organisationen und die Rechtsweggarantie, RSDIE 21 (2011) p. 397-428 ; DAVID RÜETSCHI, Zustellung von Zahlungsbefehl und Arresturkunde an ausländische Staaten - Welche Frist ist anzusetzen ?, BJSchK 76 (2012) p. 1-16 ; DANIEL STAEHELIN/LUKAS BOPP, Wider das Erfordernis der Binnenbeziehung beim Staatenarrest, in *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier, Zurich 2015, p. 723-737 ; ANDREAS R. ZIEGLER, Immunität der Staaten – unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in der Schweiz, in *Internationales, nationales und privates Recht : Hybridisierung der Rechtsordnungen ?*, Immunität, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht, t. 46, Heidelberg 2014, p. 261-291.

Autres sources : DENIS ALLAND/THIBAUT FLEURY GRAFF, Les limites de la recononiation par l'Etat à son immunité d'exécution, *Rev.crit.* 2016 p. 1-19 ; RÉGIS BISMUTH, L'immunité d'exécution après la loi Sapin 2, *Clunet* 145 (2018) p. 445-469 ; ZACHARY DOUGLAS, State Immunity for The Acts of State Officials, *BYIL* 82 (2011) p. 281-348 ; BENJAMIN CHEYNE, Le droit international des immunités aux prises avec le droit de l'Union, in *L'Union européenne et le droit international*, Genève 2015, p. 39-64 ; SALLY EL SAWAH, Les immunités des Etats et des organisations internationales, limites et procès équitable, Bruxelles 2012 ; HAZEL FOX/PHILIPPA Webb, *The Law of State Immunity*, 3^e éd. Oxford 2013 ; BURCKHARD HESS, Staatenimmunität und ius cogens im geltenden Völkerrecht: Der Internationale Gerichtshof zeigt die Grenzen auf, *IPRax* 32 (2012) p. 201-206 ; CRISTINA HESS, The times are changing: Die Immunität internationaler Organisationen im Wandel?, in *Festschrift für Herbert Kronke*, Bielefeld 2020, p. 199-213 ; ROGER O'KEEFE/CHRISTIAN J. TAMS, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, Oxford 2013 ; HEIKE KRIEGER, Immunität : Entwicklung und Aktualität als Rechtsinstitut, in *Internationales, nationales und privates Recht : Hybridisierung der Rechtsordnungen ?*, Immunität, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht, t. 46, Heidelberg, 2014, p. 233-259 ; ANNE LAGERWALL/LAURENT WEYERS, Le droit d'accès à un juge contre les immunités des états et des organisations internationales: une argumentation aux effets inexorablement limités?, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 29 (2018) p. 51-80 ; ROBIN FALK LENGELSEN, Aktuelle Probleme der Staatenimmunität im Verfahren vor den Zivil- und Verwaltungsgerichten, Frankfurt a.M. 2011 ; SIGRID LORZ, Ausländische Staaten vor deutschen Zivilgerichten, Tübingen 2017 ; FLEUR MALET-DERAEDT, *The New French Legislation on State Immunities from Enforcement*, ASA 36 (2018) p. 332-350 ; FABIEN MARCHANDIER, L'immunité souveraine en matière civile dans le contexte du droit européen des droits de l'homme, *Rev.crit.* 2017 p. 159-172 ; ANNE PETERS (éd.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden 2015 ; STEFAN ULRICH PIEPER, Staatenimmunität – eine Bestandesaufnahme, in *Der Staat im Recht*, Festschrift für Eckart Klein, Berlin 2013, p. 839-860 ; JULIA PULLEN, Die Immunität von Staatsunternehmen im zivilrechtlichen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, Frankfurt a.M. 2012 ; AUGUST REINISCH, Zur Reichweite der Immunität der Schweizerischen Nationalbank vor österreichischen Zivilgerichten sowie von Zentralbanken im Allgemeinen, *IPRax* 37 (2017) p. 298-308 ; AUGUST REINISCH (éd.), *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford 2013 ; MATTHIAS ROSSI, Staatenimmunität im

europäischen Zivilprozessrecht, Jahrbuch für Italienisches Recht 23 (2011) p. 47-64 ; CHRISTOS L. ROZAKIS, The Law of State Immunity Revisited: The Case Law of the European Court of Human Rights, Revue hellénique de droit international 61 (2008) p. 563-594 ; CARLO DE STEFANO, Arbitration Agreement as Waivers to Sovereign Immunity, Arb.Int. 30 (2014) p. 59-90 ; RUTH STEGER, Staatenimmunität und Kriegsverbrechen, Frankfurt a.M. 2013 ; DAVID P. STEWART, Recent Developments in U.S. Law on Foreign Sovereign Immunity, YPIL 18 (2016/17) p. 171-194 ; JUSTIN VANDEERSCHUREN, France: la loi Sapin II et la lutte contre les fonds voutours, RDIDC 96 (2019) p. 81-124 ; MORITZ WEFELSCHIED, Vollstreckungsimmunität fremder Staaten, Frankfurt a.M. 2013 ; NOUT VAN WOUDEBERG, State Immunity and Cultural Objects on Loan, Leiden 2012 ; XIAODONG YANG, State Immunity in International Law, Cambridge 2012.

Art. 2-12

4

In fine, ajouter : Un for de même nature a été introduit à l'art. 63 al. 1^{bis} au sujet des prétentions de prévoyance professionnelle en cas de divorce.

5

4^e ligne, ajouter in fine : ATF 14.1.2013, 4A_593/2012, c. 5.

7

8^e ligne, ajouter à l'arrêt Ecofin : ATF 7.11.2013, 4A_224/2013, c. 2.2.

10^e ligne, ajouter après les mots « cette situation » : (portant sur des faits dits « simples »)

15^e ligne, remplacer les mots « les seules allégations » par : les seuls allégués, moyens et conclusions.

16^e ligne, ajouter aux ATF cités : 141 III 294 ss, 298-301 ; ATF 10.12.2019, 4A_484/2018, c. 5.2.

19^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 147 III 159 ss, 162 s. ; puis insérer : Des allégations formelles ne sont pas requises, étant donné que le tribunal peut tenir compte de tout élément se trouvant dans l'écriture du demandeur, compte tenu de son devoir d'examen d'office (ATF 141 III 301 s. ; ATF 29.10.2019, 4A_510/2019, c. 4.1). Il n'y a pas lieu d'administrer des preuves (ATF 5.12.2011, 4A_407/2011, c. 2.2 ; ATF cité du 25.6.2015, 4A_510/2019, c. 5.2 et 6.1).

24^e ligne, avant les références citées : défaut reconnu dans l'ATF 141 III 299 ; 147 III 163.

9

8^e ligne, ajouter à l'ATF 121 III 495 ss : ATF 17.4.2013, 4A_515/2012, c. 5.3.2.2 ; ATF 141 III 300 ; 141 III 495 ss, 508 ; 143 III 462 ss, 465 ; ATF 11.12.2018, 4A_65/2018, c. 3.2.3.3.2 ; ATF 147 III 163.

13^e ligne, ajouter : sans remarquer que l'art. 186 al. 3 retient une solution plus nuancée.

10

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 141 III 300 ; 147 III 163

11a n

En conclusion, le résultat de la théorie est limpide : elle autorise le juge saisi « à admettre sa compétence sans en vérifier toutes les conditions » (ATF 147 III 163). Cependant, la théorie ne s'arrête pas là puisqu'elle implique que *ces conditions relatives à la compétence ne soient jamais examinées*. Ainsi que l'explique l'arrêt cité, lorsque le juge se déclare compétent alors même que l'existence d'un acte illicite n'a pas été établie, cette condition sera certes examinée par le juge dans la phase du procès au fond, « mais cela n'entraînera aucune modification de sa décision sur la compétence qui est définitive ». Curieusement, le même arrêt explique encore que la décision de la première juge de refuser de statuer sur la question de sa compétence par une décision incidente signifie qu'elle n'avait pas tranché effectivement et définitivement la question de sa compétence (c. 3), alors que l'arrêt explique qu'en appliquant la théorie, elle s'est déclarée compétente sans en vérifier toutes les conditions et que cette décision sur sa compétence est *définitive* (c. 2.1.2). Ainsi que l'a noté I. Schwander à propos de cette jurisprudence, il y a là un « potentiel de manipulation » (SRIEL 2021 p. 458).

11b n

Le défendeur dont l'exception d'incompétence n'est pas examinée s'agissant de faits de double pertinence simplement allégués par le demandeur (ou relevés par le tribunal d'office dans ses écritures) doit faire attention à ne pas se trouver dans une situation inconfortable en renonçant à se montrer vigilant. Car faute d'avoir excipé de l'incompétence du tribunal, il risque d'être considéré comme ayant accepté tacitement la compétence du tribunal, ce qu'il doit faire au plus tard lorsqu'il s'exprime pour la première fois au fond (art. 6).

11c n

Pour le Tribunal fédéral, l'admission tacite de la compétence de l'*autorité de conciliation* est possible et ne peut plus être remise en cause par la suite, lorsque, par exemple, l'action est intentée au fond en un autre lieu. Cette compétence est cependant uniquement celle de cette autorité. Le défendeur reste libre de contester la compétence du tribunal saisi de la demande (cf. ATF 146 III 265 ss, 281 s.). En revanche, le défendeur doit être entendu par l'autorité de conciliation s'il conteste la compétence de celle-ci. Bien que le Tribunal fédéral ne le dise pas

explicitement dans cet arrêt, la théorie des faits de double pertinence ne s'applique pas devant cette autorité. Car si le requérant pouvait déposer une requête en conciliation auprès de l'autorité de son choix, « le défendeur serait, par la force des choses, obligé de prendre part à la procédure de conciliation conduite devant une autorité incompétente afin de pouvoir tenter de concilier l'affaire » (ATF 146 III 278). L'autorité de conciliation doit donc examiner sa compétence, en tenant compte des règles de la bonne foi et du comportement du défendeur. En effet, « le choix du for opéré unilatéralement par le requérant » pourrait dans certains cas présenter des désavantages pour le défendeur, notamment dans l'hypothèse où l'autorité saisie se trouve sur le territoire d'un autre canton (ATF 146 III 278). Il serait difficile de dire mieux à quel point la théorie des faits de double pertinence se situe à l'opposé de ce que le Tribunal fédéral soutient pour l'examen par l'autorité de conciliation de sa compétence *ratione loci*. On notera par ailleurs que l'autorité de conciliation tranche la question de sa compétence *ratione materiae* sur la base des faits allégués par le demandeur et elle ne déclare la requête irrecevable que si son incompétence, le défendeur entendu, est manifeste (cf. ATF 146 III 47 ss, 52-55) ; aucune mention n'est faite de la théorie des faits de double pertinence.

Mais, pour faire compliqué, ce n'est pas tout : le juge du fond, comment va-t-il se prononcer sur la validité de la décision de l'autorité de conciliation si la compétence est contestée ? La théorie lui demande de renvoyer une question de compétence liée à des faits de double pertinence à l'examen du fond. Cependant, ce n'est pas ce qui lui est demandé lorsqu'il examine la validité de l'autorisation d'introduire la demande, à laquelle la théorie ne s'applique pas. Faudrait-il donc examiner la question de la compétence de l'autorité de la conciliation pour trancher la question de la recevabilité de la demande d'emblée, sans tenir compte de la théorie, tout en renvoyant la même question, s'agissant de sa propre compétence, au fond, puisque c'est ce que lui demande la théorie ?

12

In fine, ajouter : son mode de raisonnement étant typiquement germanique (cf. Fürstlicher Oberster Gerichtshof Liechtenstein, 5.1.2012, LES 2012 p. 41).

14

In fine, ajouter : Pire, comment trancher une question de compétence à l'encontre d'un défendeur qui s'y oppose, sans respecter son droit d'être entendu à travers l'examen de ses contestations ? La jurisprudence affirme gratuitement ce supposé intérêt du défendeur (cf. ATF 25.11.2020, 4A_440/2020, c. 3.3). Elle affirme également que le demandeur, grâce à la théorie, « justifiée dans son résultat », n'aura plus un intérêt à pouvoir porter l'action ensuite au for ordinaire ou à un autre for spécial (ATF 141 III 299 s. ; ATF 3.5.2016, 4A_573/2015, c. 5.2.1 ; ATF 147 III 163). C'est méconnaître la réalité : le demandeur qui perd son procès faute d'avoir pu démontrer l'existence d'un fait doublement pertinent aurait évidemment un intérêt à réintroduire l'action ailleurs, mais il en est empêché du fait du jugement rendu au fond contre lui. Surtout, si l'intérêt du défendeur était ce que le Tribunal fédéral en dit, on devrait en trouver une trace dans l'état de fait des arrêts ; or, il n'en est rien.

16

In fine, ajouter : La théorie est donc fondamentalement viciée du fait qu'elle s'en remet à l'examen ultérieur des conditions de fond de la demande en les qualifiant de « double » relevance alors qu'à ce stade – celui de la compétence – ni le fond du litige ni les objections de la partie défenderesse ne sont connues.

17

4^e ligne, insérer : Plus récemment, il a été dit que le tribunal doit examiner si les faits allégués par le demandeur sont « concluants » (« schlüssig »), permettant juridiquement d'en déduire le for invoqué par le demandeur (ATF 141 III 301, se référant à l'ATF 137 III 32 ss, 34 ; ATF 3.5.2016, 4A_573/2015, c. 5.2.2 ; ATF 23.6.2016, 4A_445/2015, c. 5.3 ; ATF 5.5.2021, 4A_429/2020, c. 2.1), cependant toujours sans tenir compte des objections du défendeur dont il résulterait que les faits allégués sont loin d'être concluants.

In fine, ajouter : ATF 137 III 34 ; ATF 5.12.2011, 4A_407/2011, c. 2.1. Cette jurisprudence a été confirmée, notamment, à propos de la détermination du lieu du résultat de l'action, dont l'examen devait être renvoyé au fond (ATF 10.12.2014, 4A_28/2014, c. 4). Une exception à l'application de la théorie est faite dans des situations d'abus, lorsque la demande est présentée en déguisant sa véritable nature ou lorsque les allégués sont manifestement faux : dans ces cas, la partie adverse doit être protégée contre la tentative du demandeur de l'attirer au for de son choix (ATF cité du 3.5.2016, c. 5.2.3 ; ATF 10.12.2019, 4A_484/2018, c. 5.2 ; ATF 147 III 163). Il a encore été dit que lors de la procédure au fond, le juge pourra toujours se prononcer sur sa compétence (ATF cité du 10.12.2014, c. 4.2.2 ; cf. Bucher, Sem.jud. 2015 II p. 67-77) ; ce point a cependant été reconnu comme une erreur, corrigée aussitôt (ATF 141 III 299).

Dans son arrêt du 10.12.2014, en effet, le Tribunal fédéral avait observé que lorsqu'à la suite de l'instance, on aborde le fond, comportant l'administration des preuves au fond, cela ne signifie pas qu'un rejet pour défaut de compétence ne puisse plus être prononcé. Au contraire, lorsque le juge parviendrait à ce stade, ce qui se passe alors, c'est qu'il statuera sur la compétence et, si elle est donnée, sur le fond de la prétention litigieuse elle-même (c. 4.2.2). On en déduit qu'inversement, si cette preuve n'est pas apportée, le juge ne statuera pas sur la prétention au fond, mais constatera son incompétence, cette fois, en quelque sorte, à titre définitif. D'après cet arrêt, le juge du fond, après avoir examiné les moyens de preuve relatifs aux faits doublement pertinents, « statuera sur sa compétence ». Le Tribunal fédéral s'est rendu compte de son erreur : tout d'abord, l'idée de publier son arrêt dans le Recueil officiel des ATF a été abandonnée, puis l'ATF 141 III 299 est venu corriger l'erreur, suivi de l'ATF cité du 3.5.2016, c. 5.2.1, relatif à l'art. 113 LDIP, et de l'ATF 26.6.2015, 4A_731/2015, dans un cas interne. Une autre contradiction apparaît dans un arrêt successoral, constatant que la théorie empêche le juge de tenir compte des objections de la partie défenderesse pour déterminer la nature de l'action intentée, tout en ajoutant que la nature successorale de l'action est déterminée au regard des « motifs sur lesquels est fondée la demande et qui sont invoqués par la partie adverse pour y résister » (ATF 7.2.2018, 5A_681/2017, c. 4.1.2).

Au demeurant, la théorie semble vouée à disparaître, étant donné qu'elle a été jugée inopérante dans le contexte du Règlement de Bruxelles et, partant, de la Convention de Lugano (cf. art. 2-31 CL n° 12a ; Bucher, Sem.jud. 2015 II p. 75 s. ; idem, Jusletter, 8.5.2017, n° 2-20). Le Tribunal fédéral ne veut pas aller aussi loin. Il estime que la Cour de justice accepte que le juge national puisse se baser sur les seuls allégués du demandeur (ATF 141 III 300). Ce faisant, le Tribunal fédéral étouffe l'observation de la Cour que tant l'objectif d'une bonne administration de la justice que le respect dû à l'autonomie du juge dans l'exercice de ses fonctions exigent « que la juridiction saisie puisse examiner sa compétence internationale à la lumière de toutes les informations dont elle dispose, y compris, le cas échéant, les contestations émises par le défendeur » (CJUE 28.1.2015, C-375/13, Kolassa, n° 64 s.). Or, ces contestations du défendeur, si elles portent sur des faits doublement pertinents, le Tribunal fédéral ne veut pas en tenir compte (ATF 141 III 298-301 ; 142 III 466 ss, 473, 474 ; ATF cité du 3.5.2016, c. 5.3.1), et ce même s'il en résulte qu'une compétence est affirmée alors que les observations du défendeur démontrent qu'elle n'existe pas.

*Il semble bien que la théorie se rebiffe. Depuis quelque mois, elle ressurgit dans le contexte de l'examen des conditions de recevabilité des recours devant le Tribunal fédéral, sans que la question ne soit posée de savoir si l'objectif de la théorie, consistant à faire profiter le défendeur d'un jugement au fond, présente un lien quelconque avec l'aboutissement d'un tel recours (cf. ATF 142 II 154 ss, 155 s. ; ATF 18.2.2015, 8C_227/2014, c. 2.1 ; ATF 17.4.2015, 4A_582/2014, c. 1.1 ; ATF 21.7.2015, 4A_250/2015, c. 1.1). En fait, c'est l'effet contraire qui se produit puisqu'en élargissant la recevabilité aux faits doublement pertinents dont l'intimé peut démontrer d'emblée qu'ils ne sont pas réalisés, celui-ci doit subir un recours au fond auquel il n'a aucun intérêt, bien au contraire. On notera que l'extension de la théorie à la question de la loi applicable n'est pas envisagée (ATF 19.3.2015, 4A_620/2014, c. 2.1). Lorsque la recevabilité dépend de la compétence *ratione materiae* et que la théorie est appliquée, la partie demanderesse choisit librement le tribunal compétent, alors que d'après une jurisprudence constante, les parties ne peuvent disposer de cette compétence (cf. ATF 142 III 623 ss).*

Dans un autre arrêt récent, la théorie a révélé son vrai visage (ATF 141 III 508). Elle n'entre pas en ligne de compte, en effet, lorsque la compétence d'un tribunal arbitral est contestée, car il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur des droits et obligations litigieux « s'il n'est pas compétent pour le faire ». Voilà donc le résultat de la théorie : rendre compétents des tribunaux qui ne le sont pas (de même, ATF 141 III 299). L'arrêt cité du 3.5.2016 le dit autrement mais tout aussi clairement : la théorie sert à ce que le demandeur puisse attirer la partie adverse « au for de son choix » (c. 5.2.3). Et l'ATF du 17.2.2021 de rappeler : la théorie « autorise ainsi le juge saisi à admettre sa compétence sans en vérifier toutes les conditions » (147 III 163).

Que cela plaise ou non au Tribunal fédéral, la Cour de justice vient de s'exprimer de manière encore plus claire et nette. Dans le dispositif de l'arrêt Kolassa, il était encore dit qu'il est « loisible » à la juridiction saisie d'examiner sa compétence en tenant compte, le cas échéant, des contestations émises par le défendeur. Dans son nouvel arrêt Universal Music International, la Cour dit ce que cela veut dire : « Dans le cadre de la vérification de sa compétence ..., la juridiction saisie d'un litige doit apprécier tous les éléments dont elle dispose, y compris, le cas échéant, les contestations émises par le défendeur » (CJUE 16.6.2016, C-12/15, n° 46 et le dispositif). Voilà ce qui s'oppose diamétralement à la thèse du Tribunal fédéral pour lequel, suivant son dernier arrêt : « La position du défendeur ne joue aucun rôle pour les faits doublement pertinents. » (ATF 3.5.2016, 4A_573/2015, c. 5.3.1). Le Tribunal fédéral comprendra qu'il ne suffit pas de rétorquer que la théorie des faits doublement pertinents relèverait du « droit national » ; ce droit, y compris le droit suisse, doit être rendu conforme au respect des règles de compétence de la Convention.

19a n

On ajoutera que la théorie s'est fait une place confortable dans le contexte de l'examen des conditions de recevabilité autres que celle de la compétence *ratione loci*, jusqu'au Recueil officiel (ATF 142 II 154 ss, 155, renvoyant à l'ATF 18.2.2015, 8C_227/2014, c. 2.1). Il est affirmé, en effet, que la théorie peut également servir, par analogie, à ce qu'au stade de l'examen de la *recevabilité d'un recours*, on se contente de la démonstration que la condition de recevabilité du préjudice irréparable d'une décision incidente est rendue vraisemblable, dès lors que la même condition est déterminante au fond, s'agissant en l'espèce des motifs justifiant le prononcé d'un jugement séparé sur le principe du divorce (cf. ATF 5.3.2020, 5A_689/2019, c. 1.1.2, et les arrêts cités). Aucune explication n'est fournie en appui à cette analogie qui supposerait que l'on démontre que, sur ce point, les problèmes posés par de tels faits soient les mêmes, ou pour le moins comparables, aux plans respectifs de la compétence et de la recevabilité. Car la recevabilité touche au champ de la compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux, qui relève, à l'exception du Tribunal fédéral, du droit cantonal (art. 4 CPC). Si la théorie des faits doublement pertinents est étendue à l'examen de la recevabilité, le tribunal saisi ne pourra pas éconduire des demandes dont la recevabilité est simplement rendue vraisemblable et ce sans entendre toute objection de la partie défenderesse. Cela ne manquera pas d'avoir des répercussions confuses sur l'exercice de leur autorité par les tribunaux dont le champ de compétence est délimité *ratione materiae*. De surcroît, la théorie transforme alors la nature de la condition de recevabilité, car celle-ci est examinée d'office si le tribunal s'en saisit d'emblée, mais elle perd cette nature du moment qu'elle est jointe au fond et ne reçoit plus de traitement indépendant. En suivant la même logique, on devrait s'en remettre au jeu de la théorie également au sujet de l'examen de la recevabilité d'une requête en conciliation ; la jurisprudence ne va pas aussi loin (cf. ATF 146 III 265 ss, qui ne mentionne pas la théorie).

Il suffit donc, pour bénéficier de la compétence des juridictions en matière de prud'hommes, de bail, de commerce, de rendre la condition matérielle de compétence vraisemblable, sans s'exposer aux objections du défendeur prétendant qu'il n'existe pas, par exemple, de contrat de travail ou de bail, ou que l'on ne se trouve pas dans une affaire commerciale. Inversement, le demandeur peut se contenter de rendre vraisemblable, unilatéralement, qu'il n'y a pas lieu de déroger à la compétence du tribunal ordinaire saisi, en affirmant qu'il n'existe pas de contrat de travail ou de bail ou que l'affaire ne relève pas du commerce. Dans de tels cas, le défendeur est privé de l'accès aux tribunaux spécialisés instaurés par la loi, même si le tribunal ordinaire aboutira à la conclusion, en examinant le fond du litige, que la condition de recevabilité devant un tel tribunal était fondée.

20

6^e ligne, ajouter après l'ATF 135 III 556 ss, 558-561 : ATF 21.10.2013, 4A_686/2012, c. 4.2 ; puis insérer : du lieu de livraison d'une marchandise ou d'un service (cf. ATF 15.7.2014, 4A_113/2014, c. 2-6, partiellement reproduit dans l'ATF 140 III 418 ss ; ATF 26.8.2014, 4A_87/2014).

8^e ligne : biffer l'exemple de l'élection de for, compte tenu de la jurisprudence citée sous n° 24 in fine.

10^e ligne, ajouter : ATF 137 III 369 ss, 371-373 ; 141 V 170 ss ; ATF 3.12.2012, 5A_627/2012, c. 2 ; ATF 17.3.2015, 5A_269/2014, c. 2.2 ; ATF 26.5.2015, 5A_313/2015, c. 4.

In fine, ajouter : On trouve aussi la théorie mélangée à son contraire : ainsi dans un arrêt rappelant la théorie tout en relevant que pour qualifier une action de successorale, les motifs invoqués par le défendeur sont également déterminants, sans observer que la théorie ne le permettrait pas et en citant un arrêt qui ne l'applique point (ATF

7.2.2018, 5A_681/2017, c. 4.1.2, avec le renvoi à l'ATF 137 III 371-373). Enfin, un autre arrêt examine la compétence du tribunal que la demanderesse a saisi en invoquant un contrat de prêt, à travers une analyse de l'exception tirée par le défendeur de ce que le litige portait sur un contrat de travail, réservé au seul tribunal des prud'hommes, sans remarquer que la théorie aurait exigé de déclarer l'argument du défendeur comme d'emblée irrecevable (cf. ATF 25.11.2019, 4A_80/2019).

21

In fine : Elle peut aussi disparaître d'une autre manière, en ce sens que l'intérêt à agir est directement lié à l'examen de la demande au fond, sans trancher la question de la recevabilité (cf. ATF 23.9.2011, 5A_88/2011, c. 4-7 ; ATF 30.1.2012, 4A_122/2011, c. 3, non reproduit in ATF 138 III 174 ss, examiné par Markus/Wuffli, RDS 2014 I p. 25-31). Lorsque le demandeur formule des conclusions qui apparaissent intrinsèquement dotées de sens, il est moins nécessaire de se référer aux motifs et aux allégations de la demande. Ainsi, si celle-ci vise le constat qu'un contrat est dépourvu d'effets juridiques, elle est qualifiée de contractuelle malgré le fait allégué d'une tromperie en tant qu'acte illicite ayant entraîné l'invalidation du contrat (cf. ATF 14.1.2013, 4A_593/2012, c. 5, dépourvu de mention de la théorie des faits doublement pertinents).

23

In fine, ajouter : A plus forte raison devient-il très difficile d'appliquer la théorie devant une juridiction spécialisée (travail, bail) qui ne peut attendre l'examen du fond au risque de se rendre alors compte qu'elle statue hors de son champ de compétence (cf. ATF 10.12.2019, 4A_484/2018, c. 5.3-5.5, et la critique des auteurs cités, dont Fuld, Panorama II, p. 851-855, suivi de Ehrenström, Jusletter, 29.6.2020 ; obs. Bohnet, RSPC 2020 p. 112). Le Tribunal fédéral persiste à affirmer que le tribunal des prud'hommes, s'il entre en matière sur le fond et nie à ce stade l'existence d'un contrat de travail, ne peut conclure à son incompétence *ratione materiae*, étant donné qu'il aurait dû constater sa compétence préalablement sur la base des seuls allégués du demandeur (ATF 5.5.2021, 4A_429/2020, c. 2.3).

24

In fine, ajouter : D'autres arrêts ont accepté que la théorie puisse jouer un rôle dans la situation inverse de la présence d'une élection de for dans le contrat (cf., sommairement, ATF 28.7.2016, 4A_639/2015, c. 3 ; ATF 7.6.2018, 4A_264/2018, c. 2.3 ; ATF 15.11.2018, 4A_75/2018, c. 3.2.1.2 ; ATF 29.10.2019, 4A_510/2019, c. 3). En définitive, l'analogie avec la clause arbitrale et l'autonomie de la clause d'élection de for l'emporte selon un autre arrêt, parfaitement clair : la théorie est sans pertinence lorsque la validité d'une telle élection est controversée (ATF 5.9.2016, 4A_368/2016, c. 2.2).

27

In fine, ajouter : On en trouve encore une autre trace dans ce même arrêt, précisant qu'il est fait exception à la théorie lorsque la thèse de la demande (relative à la compétence) « se trouve réfutée immédiatement et sans équivoque par la réponse et les documents de la partie défenderesse » (hypothèse répétée dans l'ATF 10.12.2019, 4A_484/2018, c. 5.2 in fine) ; or, cette exception se place à l'opposé de la théorie selon laquelle le juge examine sa compétence « sans tenir compte des contestations du défendeur et sans procéder à aucune administration de preuves » (même arrêt de 2019, c. 5.2, invoquant encore l'ATF 141 III 300 qui, cependant, ne mentionne pas cette exception).

28a n

On ajoutera que pour résoudre le problème auquel entend répondre la théorie des faits doublement pertinents, on peut encore s'y prendre autrement. Lorsque les faits allégués en rapport avec le for et le fond sont imbriqués de façon à ce qu'il apparaisse malaisé de les traiter séparément, le juge peut ordonner que l'instruction porte sur les deux aspects, refusant ainsi de rendre un jugement séparé sur la seule question de la compétence. Dans une telle situation, aucune décision n'est rendue sur la compétence sur la base de simples allégués du demandeur ; la théorie ne s'applique pas. En revanche, après avoir mené l'instruction à son terme, ou même lorsque celle-ci est encore en cours, le juge peut rendre une décision incidente sur la compétence. Le défaut de la théorie des faits doublement pertinents ne se manifeste pas, puisque cette décision sur la compétence est rendue après avoir entendu pleinement la partie défenderesse dans son exception d'incompétence. Certes, cette partie est obligée de préparer sa défense sur la compétence et sur le fond, mais l'enjeu porte alors uniquement sur l'accroissement des frais de procédure, ce qui peut l'amener à faire valoir que cette façon d'instruire le dossier lui cause un préjudice difficilement réparable (cf. ATF 7.6.2018, 4A_264/2018, c. 4.3 ; ATF 147 III 164-166).

29

8^e ligne, ajouter à l'ATF cité : 129 III 404 ss, 406 ; ATF 18.2.2016, 5A_633/2015, c. 4.2.

31

3^e ligne, ajouter : ATF 141 III 294 ss, 297, 301 ; 144 III 411 ss, 418, Ouzbekistan.

34

In fine, ajouter : Saisi d'une affaire régie par la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, le Tribunal fédéral, en soi compétent en vertu de l'art. 7 de celle-ci, a cru pouvoir renvoyer le requérant à obtenir le règlement de son droit de visite en Guadeloupe, lieu de résidence de l'enfant et de sa mère, au motif que cela soit « expédient », mais sans se demander si cela est compatible avec la Convention (ATF 11.2.2013, 5A_848/2012, c. 4 ; cf. art. 85 n° 37a).

38

3^e ligne, ajouter : ATF 139 III 236 ss, 247 s.

IV. La Convention Jugements de 2019

42

Au terme de négociations entamées dans les années 1990 déjà, la Conférence de La Haye est parvenue à mettre sur pied, tout d'abord la Convention de 2005 sur les accords d'élection de for, puis l'instrument plus large de la Convention du 2.7.2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale. Pour réussir, de très nombreuses concessions ont dû être faites, qui se manifestent surtout à travers une longue liste de matières exclues (art. 2) et la possibilité donnée à chaque Etat contractant de s'extraire du système en des matières particulières (art. 18) ou de se s'opposer à entrer en relation avec un Etat joignant le système ultérieurement, qu'il soit ou non membre de la Conférence de La Haye (art. 29). L'élaboration d'un instrument parallèle ou complémentaire à cette Convention, portant sur les questions de compétence directe et souhaité surtout par l'Union européenne, est très incertaine. La Suisse a été engagée dans ces travaux depuis leur début, mais elle s'abstiendra de s'y associer par une ratification tant que leur succès n'est pas démontré à travers la ratification par un grand nombre d'autres Etats. La Commission de l'UE propose que celle-ci y adhère (COM 2021 388 du 16.7.2021).

V. Le besoin d'assurer l'exécution des décisions à l'étranger

43

L'optique traditionnelle du juriste et du commerçant est, d'une part, de diriger le regard vers une juridiction compétente susceptible d'être saisie d'un litige et, d'autre part, de se demander si et dans quelle mesure il pourrait s'avérer inévitable de devoir faire face à l'exécution d'un jugement rendu à l'étranger. La perspective est tournée vers l'intérieur, sans songer à l'externalisation de l'activité des tribunaux. Il manque dans cette équation la promotion de l'exécution à l'étranger de jugements rendus au for saisi. En matière d'arbitrage, la Convention de New York de 1958 offre une telle ouverture, compte tenu de son application quasi mondiale. Les Conventions de La Haye de 2005 et de 2019 étaient censées ouvrir une perspective comparable, mais le faible nombre de leurs ratifications et les nombreuses restrictions à leur champ d'application ont pour effet que leur objectif sera loin d'être atteint pendant de longues années encore. On ne doit pas se voiler le regard, par ailleurs, devant les nombreuses conditions posées dans chacun de ces instruments, dont l'interprétation uniforme n'est pas assurée. Cette situation a fait naître des développements inspirés par une volonté de promouvoir autrement et davantage l'efficacité internationale des jugements, non seulement dans un souci d'harmonisation, mais surtout dans le but de répondre aux besoins du commerce de s'assurer de la disponibilité des juridictions compétentes sur un plan pluri-étatique.

44

La Suisse a longtemps pu s'appuyer sur son attractivité en tant que for arbitral neutre, détaché des parties et des faits litigieux. Cette position pouvait se justifier de par la politique des grandes entreprises d'exécuter volontairement les sentences rendues en Suisse. Ces temps sont révolus, étant donné que l'on voit de plus en plus souvent le litige rejaillir devant un for étranger où le débiteur s'oppose à l'exécution de la sentence. Pour renforcer l'attractivité des juridictions disposées à être saisies d'un différend, la perspective de l'exécution des décisions à l'étranger constitue dès lors un atout. La Convention de New York représente un pilier assurant largement la réalisation de cet objectif par rapport aux sentences, même si l'on ne doit pas ignorer une pression grandissante d'exploiter les subtilités de certains concepts, tels que l'ordre public et l'arbitrabilité. Par ailleurs, l'arbitrage est quelque peu en perte de vitesse, en raison de son coût et des incertitudes inhérentes à la présence d'arbitres privés non liés par une jurisprudence servant de précédent et qui rendent des sentences au contenu trop souvent imprévisible.

45

La création de nombreux cours commerciaux internationaux, en Asie, au Moyen Orient, aux Etats-Unis ainsi qu'en Europe, est une réaction aux lacunes inhérentes à l'arbitrage ; cette nouvelle politique a pour objectif d'attirer la résolution des litiges en tant qu'activité de type commercial, se plaçant comme une alternative à l'arbitrage. Faute d'un instrument juridiquement contraignant, un mouvement s'est développé de voir ces juridictions adopter des memoranda directeurs non contraignants, indiquant les perspectives de la reconnaissance et de l'exécution mutuelles de leurs décisions respectives, tel un certain nombre de documents du type « Memorandum of Guidance » conclu par les Dubai International Financial Centre Courts (« DIFC Courts », repris depuis par le Dubai International Arbitration Centre, DIAC) avec plusieurs autres Etats. Ces documents ont l'effet de promouvoir la compréhension mutuelle entre les juridictions et de rayonner dans les milieux commerciaux dans le sens d'un accès plus facile à ces juridictions avec leur composante d'effectivité à l'étranger. Même en étant dépourvu de toute force légale, l'engagement de l'autorité des juridictions impliquées ne doit pas être sous-estimé (cf. Cuniberti, RDIPP 2020 p. 35-49).

46

La Suisse va faire un premier pas dans la même direction, en autorisant les cantons à instaurer au sein de leurs juridictions supérieures des branches spécialisées dans la résolution de litiges du commerce international (cf. FF 2020 p. 2607 ss, 2627 s.). Cependant, ce développement n'est pas accompagné d'une promotion hors Suisse dans le sens d'une offre étayée par des accords ou des arrangements avec des Etats étrangers afin d'obtenir des facilités servant à rendre plus aisée l'exécution des jugements suisses. On n'entend pas faire ne serait-ce que le premier pas, consistant à ratifier les Conventions de La Haye de 2005 et de 2019 (en plus de celle de la Convention de Lugano, limitée à l'espace européen). De plus est, il est soutenu que la compétence des cours cantonaux soit garantie même si ni le litige ni les parties n'ont un lien avec la Suisse (par une exception ajoutée à l'art. 5 al. 3), sans qu'il soit examiné si le jugement rendu en Suisse soit exécutoire à l'étranger. Il faut comprendre que cette question est laissée entre les mains des parties ; cette exécution hors du pays n'est pas présentée comme un facteur d'attractivité pour promouvoir le « judicial business » en Suisse.

47

La démarche de la plus grande efficacité consisterait à permettre à ces cours cantonaux spécialisés dans le commerce international de rendre des sentences dont l'exécution à l'étranger pourra profiter de la Convention de New York de 1958. Le Conseil fédéral n'y a pas songé, sans cependant fermer la porte à une telle évolution. Il semble qu'à Zurich, on n'y songe pas non plus (cf. Haberbeck, Jusletter, 14.12.2020, par. 21). On pourrait profiter à cet égard du fait que ni la Convention de New York ni la LDIP ne déterminent ce que signifie la notion d'arbitrage. Il n'existe à ce propos aucune définition uniforme, mais simplement une liste d'éléments spécifiques qui ne sont pas de nature à ne pas pouvoir s'appliquer à des juges commerciaux dans des juridictions cantonales spécialisées. Il faudra, certes, que les parties aient consenti par écrit à ce que leur différend soit résolu par de tels juges opérant en tant qu'arbitres. Il suffit que le régime qui leur est applicable n'empêche pas ceux-ci d'accepter un tel mandat. Sauf une règle prohibitive, très exceptionnelle, l'on ne trouve pas de prescription interdisant à des juges de décider en qualité d'arbitres. Dès lors que les parties sont les maîtres de la procédure (art. 182 al. 1 LDIP), elles peuvent se soumettre à une procédure de type judiciaire. Une juridiction commerciale peut être adaptée afin de répondre à des besoins spécifiques de l'arbitrage, telle la confidentialité, la représentation par des conseils étrangers, ou l'échange d'écritures et l'administration des preuves menés avec la flexibilité qui convient en matière d'arbitrage international. Le régime applicable aux cours cantonaux devrait prévoir, soit la conversion de leurs jugements en sentences arbitrales, soit le prononcé direct de telles sentences, rendant ainsi au créancier le bénéfice d'un titre exécutoire à l'étranger en vertu de la Convention de New York. Fidèle à sa tradition, la Suisse mettra cela sur la liste d'attente. On observera tout au moins que les DIFC Courts ont fait les premiers pas (cf. Cuniberti, RDIPP 2020 p. 51) ; la question s'était posée devant le Tribunal fédéral, sans être tranchée nettement (cf. ATF 2.9.2016, 5A_672/2015, c. 3 et 4 ; ATF 30.3.2017, 5A_889/2016, c. 2, non reproduit dans l'ATF 143 III 225 ss). L'instauration d'un « Investment Court System » à l'instar de ce que l'Union européenne soutient ardemment posera inmanquablement, dans des termes similaires, la question de la disponibilité de la Convention de New York afin d'assurer l'exécution des décisions.

Bibliographie

LDIP :

SAMUEL BAUMGARTNER *et al.*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10^e éd. Zurich 2018 ; MARTIN BERNET/ARUN CHANDRASEKTIARAN, International Commercial Courts – the Projects in Zurich and Geneva, *in* New Developments in International Commercial Arbitration 2020, p. 167-190 ; ANDREAS BUCHER, Vers l'implosion de la théorie des faits

doublement pertinents, Sem.jud. 137 (2015) II p. 67-77 ; IDEM, Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral?, Jusletter, 8.5.2017 ; PHILIPPE EHRENSTRÖM, Les faits de double pertinence et les juges du travail genevois, Jusletter, 29.6.2020 ; STÉPHANIE FULD, Les faits de double pertinence en général et en droit du travail, in *Panorama II en droit du travail*, Berne 2012, p. 837-855 ; PHILIPP HABERBECK, Thoughts on a Zurich International Commercial Court, Jusletter, 14.12.2020 ; FABIENNE HOHL, Procédure civile, t. I : Introduction et théorie générale, 2^e éd. Berne 2016 ; MELANIE HUBER-LEHMANN, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2018 ; MARIA LUDWICZAK, La théorie des faits doublement pertinents et le droit pénal, *Revue pénale suisse* 135 (2017) p. 326-337 ; ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, 2^e éd. Berne 2020 [IZPR] ; ALEXANDER R. MARKUS/DANIEL WUFFLI, Probleme der negativen Feststellungsklage im internationalen Zivilprozess: Betrachtungen anlässlich BGE 138 III 174, RDS 133 (2014) p. 15-44 ; MICHEL OCHSNER, La poursuite contre le débiteur à l'étranger, JdT 162 (2014) II p. 3-39 ; ELISABETH RINDERKNECHT/MARKUS MÜLLER-CHEN, Zuständigkeitsrechtliche Abwehrmassnahmen schweizerischer Unternehmen im internationalen Verhältnis, ZZZ 15 (2020), 49, p. 38-73 ; RODRIGO RODRIGUEZ, Ausgewählte Neuerungen im internationalen Zivilprozessrecht, in *Zivilprozess - aktuell*, Zurich 2013, p. 127-141 ; SVEN RÜETSCHI, Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess, Zurich 2011 ; KARL SPÜHLER/RODRIGO RODRIGUEZ, Internationales Zivilprozessrecht, 2^e éd. Zurich 2013 ; GERHARD WALTER/TANJA DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5^e éd. Berne 2012 ; DANIEL ZEMP, Materiellrechtliche Anspruchskonkurrenz und zivilprozessuale Zuständigkeit, Bâle 2018.

Conférence de La Haye – Convention Jugements de 2019 :

ANDREA BONOMI/CRISTINA M. MARIOTTINI, A Game Changer in International Litigation ?, *Roadmap to the 2019 Hague Judgment Convention*, YPIL 20 (2018/19) p. 537-567 ; ALEGRÍA BORRÁS, El Judgments Project de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado: lecciones del pasado y desafíos para el futuro, AEDIPr 13 (2013) p. 921-943 ; RONALD A. BRAND, Jurisdictional Developments and the New Hague Judgments Project, in *Un engagement au service du droit international privé*, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 89-99 ; SANDRINE CLAVEL/FABIENNE JAULT-SESEKE, La Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale: que peut-on en attendre?, *Travaux 2018-2020* p. 183-222 ; DAVID GODDARD, The Fruits of the Judgments Project, in *Un engagement au service du droit international privé*, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 195-205 ; SIMONA GROSSI, Rethinking the Harmonization of Jurisdictional Rules, *Tulane Law Review* 86 (2011-12) p. 623-712 ; MARKO JOVANOVIĆ, Thou Shall (Not) Pass – Grounds for Refusal of Recognition and Enforcement under the 2019 Hague Judgments Convention, YPIL 21 (2019-20) p. 301-331 ; EVA JUEPTNER, The Hague Jurisdiction Project – what options for the Hague Conference?, JPIL 16 (2020) p. 247-274 ; HÉLÈNE VAN LITH, Uniform Rules for Contract Disputes: Putting Activity-Related Jurisdiction on the Agenda, NILR 59 (2012) p. 91-118 ; CRISTINA M. MARIOTTINI, Establishment of Treaty Relations under the 2019 Hague Judgments Convention, YPIL 21 (2019-20) p. 365-380 ; DAVID MCCLEAN, The Rights of a Fair Trial, Forum Non Conveniens and the Limits of the Possible, in *Un engagement au service du droit international privé*, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 357-369 ; RALF MICHAELS, Two Paradigms of Jurisdiction, *Michigan Journal of International Law* 27 (2005-06) p. 1003-1069 ; HORATIA MUIR WATT, Le droit international privé au service de la géopolitique : les enjeux de la nouvelle Convention de La Haye du 2 juillet 2019, *Rev.crit* 2020 p. 427-448 ; PETER ARNT NIELSEN, The Hague 2019 Judgments Convention – from failure to success?, JPIL 16 (2020) p. 205-246 ; CARA NORTH, The 2019 HCCH Judgments Convention : A Common Law Perspective, IPRax 40 (2020) p. 202-210 ; MARTA PERTEGAS, Lis pendens, Lessons from Brussels for a Relunched Hague Judgments Project?, in *Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid 2013, p. 727-741 ; FAUSTO POCAR, Riflessioni sulla recente convenzione dell'Aja sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere, RDIPP 57 (2021) p. 5-28 ; HAIMO SCHACK, Das neue Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen, IPRax 40 (2020) p. 1-6 ; ANDREA SCHULZ, The Hague Conference Project for a Global Convention on Jurisdiction, Recognition and Enforcement in Civil and Commercial Matters – An Update, in *International Property and Private International Law – Heading for the Future*, Oxford 2005, p. 5-18 ; ANDREAS STEIN, Das Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen 2019 – was lange währt, wird endlich gut ?, IPRax 40 (2020) p. 197-202 ; PETER D. TROBOFF, Beginning to Rethink Personal Jurisdiction, in *Un engagement au service du droit international privé*, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 597-607 ; ROLF WAGNER, Ein neuer Anlauf zu einem Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen, IPRax 36 (2016) p. 97-102 ; MATHIAS WELLER, The Jurisdictional Filters of the HCCH 2019 Judgments Convention, YPIL 21 (2019-20) p. 279-308 ; IDEM, The HCCH 2019 Judgments Convention: New Trends in Trust Management, in *Festschrift für Herbert Kronke*, Bielefeld 2020, p. 621-632 ; MICHAEL WILDERSPIN/LENKA VYSOKA, The 2019 Hague Judgments Convention through European Lenses, NIPR 2020 p. 34-49 ; NING ZHAO, Completing a long-awaited puzzle in the landscape of cross-border recognition and enforcement of judgments: An overview of the HCCH 2019 Judgments Convention, SRIEL 30 (2020) p. 345-368.

Droit international privé étranger et comparé :

SANDRA ADELIN, The forum non conveniens doctrine put to the test of uniform private international law in relation to air carriers' liability: lack of harmony between US and French decisional outcomes, RDU 18 (2013) p. 313-328 ; DAVID B. ADLER, Post Daimler: Weiterhin drohende US-Gerichtspflichtigkeit ausländischer Unternehmen, IPRax 38 (2018) p. 286-294 ; NADJA ALEXANDER/SHOUYU CHONG, The Singapore Convention on Mediation, La Haye 2019 ; ARDAVAN ARZANDEH, The origins of the Scottish forum non conveniens doctrine, JPIL 13 (2017) p. 130-151 ; SAMUEL P. BAUMGARTNER, Understanding the Obstacles to the Recognition and Enforcement of U.S. Judgments Abroad, *New York University Journal of International Law and Politics* 45 (2012-13) p. 965-1001 ; NED BEALE *et al.* (éd.), *Dispute resolution clauses in international contracts, A global guide*, Zurich 2013 ; JOHN B. BELLINGER/R. REEVES ANDERSON, Tort Tourism: The Case for a Federal Law on Foreign Judgment Recognition, *Virginia Journal of International Law* 54 (2014) p. 501-544 ; VAUGHAN BLACK, Simplifying Court Jurisdiction in Canada, JPIL 8 (2012) p. 411-440 ; WILLIAM BLAIR, The New Litigation Landscape: International Commercial Courts and Procedural Innovations, IJPL 9 (2019) p. 212-234 ; ANDREA BONOMI/KRISTA NADAKAVUKAREN SCHEFER (éd.), *US Litigation Today: Still a Threat For European Business or Just a Piper Tiger?*, Genève 2018 ; GARY B. BORN/PETER B. RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, 6^e éd. New York 2018 ; PETER-ANDREAS BRAND, US-Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz in der EU, NJW 2012 p. 1116-1120 ; RONALD A. BRAND, Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments, RCADI 358 (2011) p. 9-261 ; IDEM, Challenges to Forum Non Conveniens, *New York University Journal of International Law and Politics* 45 (2012-13) p. 1003-1035 ; ADRIAN BRIGGS, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 6^e éd. Abingdon 2015 ; PIERRE CALLÉ, Le notaire, les actes notariés et le droit international privé, in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris 2012, p. 75-88 ; CLAUDIA CAVICCHIOLI, *Forum Shopping*

in International Litigation, YPIL 20 (2018/19) p. 413-438 ; DAGMAR COESTER-WALTJEN, Himmel und Hölle: Einige Überlegungen zur internationalen Zuständigkeit, RabelsZ 79 (2015) p. 471-520 ; GILLES CUNIBERTI, Resisting American Class Actions at Home: Vivendi's Crusade Against U.S. Imperialism, YPIL 12 (2010) p. 607-617 ; IDEM, Signalling the Enforceability of the Forum's Judgments Abroad, RDIPP 56 (2020) p. 33-54 ; CAROLINE DEVAUX, Entrée en vigueur de la Convention de Singapour : de nouveaux horizons pour la médiation commerciale internationale, Clunet 147 (2020) p. 875-896 ; OLIVIER DUBOS, Juridictions américaines et juridictions françaises face à l'article 33 de la Convention de Montréal : un dialogue de sourds ?, Clunet 139 (2012) p. 1281-1294 ; BÉLIGH ELBALTI/DAI YOKOMIZO, La compétence internationale des tribunaux japonais en matière civile et commerciale à la lumière de la nouvelle législation, Rev.crit. 2016 p. 417-452 ; DUNCAN FAIRGRIEVE/EVA LEIN (éd.), Extraterritoriality and Collective Redress, Oxford 2012 ; RICHARD FENTIMAN, International Commercial Litigation, 2^e éd. Oxford 2015 ; ORNELLA FERACI, Questioni internazionali privatistiche in tema di cross-border collective redress nello spazio giuridico europeo, RDI 96 (2013) p. 913-945 ; FRANCO FERRARI, Forum shopping : pour une définition ample dénuée de jugements de valeur, Rev.crit. 2016 p. 85-105 ; IDEM, Forum Shopping Despite Unification of Law, RCADI 413 (2021) p. 9-290 ; RICHARD GARNETT, Substance and Procedure in Private International Law, Oxford 2012 ; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, Les résistances à la technique du Forum Non Conveniens, International Journal of Procedural Law (IJPL) 2 (2012) p. 180-197 ; REINHOLD GEIMER *et al.*, Internationales Zivilprozessrecht, 8^e éd. Köln 2020 ; ANTONIO GIDI, The Recognition of U.S. Class Action Judgments Abroad : The Case of Latin America, Brooklyn Journal of International Law 37 (2011-12) p. 893-965 ; GERALD GOLDSTEIN, Le forum non conveniens en droit civil, Rev.crit. 2016 p. 51-83 ; PETER GOTTWALD, Internationales Zivilprozessrecht, 7^e éd. Köln 2013 ; JOHANNA GUILLAUME, L'office du notaire en droit international privé, Clunet 147 (2020) p. 41-89 ; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, International Civil Litigation and the Interests of the Public, *in* ILA Report 2010, p. 564-594 ; WOLFGANG JUNGE, Die Kognitionsbefugnis über Zurückbehaltungsrechte im internationalen Zivilverfahrensrecht, Tübingen 2018 ; ABBO JUNKER, Internationales Zivilprozessrecht, 3^e éd. Munich 2016 ; MILANA KARAYANIDI, Rethinking Judicial Jurisdiction in Private International Law, Oxford 2020 ; LOUWRENS R. KESTRA, The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law, La Haye 2014 ; BARBARA KLOIBER, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 52 (2011) p. 119-127 ; MONIKA KÖNIG, Die Anwendbarkeit des forum non conveniens im deutschen und europäischen Zivilverfahrensrecht, Frankfurt a.M. 2012 ; HARTMUT LINKE/WOLFGANG HAU, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5^e éd. Köln 2011 ; PETER MANKOWSKI, Über den Standort des Internationalen Zivilprozessrechts, RabelsZ 82 (2018) p. 576-617 ; PETER G. MAYR, Europäisches Zivilprozessrecht, Vienne 2011 ; MARTIN METZ, Die aktuelle Einschränkung der US-amerikanischen Gerichtszuständigkeit durch den Supreme Court, IPRax 34 (2014) p. 365-370 ; ADELINÉ MICHOU, The Exercise by U.S. Courts of their Extraterritorial Jurisdiction over Corporate Wrongs Claims: Overview and Perspectives, YPIL 20 (2018/19) p. 497-519 ; HORATIA MUIR WATT, L'Alien Tort Statute devant la Cour Suprême des Etats-Unis, Rev.crit. 102 (2013) p. 595-605 ; HEINRICH NAGEL/PETER GOTTWALD, Internationales Zivilprozessrecht, 7^e éd. Köln 2013 ; FELIX NETZER, Status quo und Konsolidierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts, Vorschlag zum Erlass einer EuZPO, Tübingen 2011 ; YUKO NISHITANI, Die internationale Zuständigkeit japanischer Gerichte in Zivil- und Handelssachen, IPRax 33 (2013) p. 289-295 ; ARNAUD NUYS/NIKITAS E. HATZIMIKAIL (éd.), Cross-Border Class Actions, The European Way, Munich 2014 ; CHRISTIAN PROBST, Anti-suit Injunctions, Gerichtliche Zuständigkeitskontrolle im europäischen Zivilverfahrensrecht durch Prozessführungsverbote, Frankfurt a.M. 2012 ; JEAN-BAPTISTE RACINE, Le forum actoris en droit international privé, Travaux 2016-2018 p. 31-83 ; MATHIAS REIMANN, Das Ende der Menschenrechtsklagen vor den amerikanischen Gerichten?, IPRax 33 (2013) p. 455-462 ; MARTA REQUEJO ISIDRO, International Commercial Courts in the Litigation Market, IJPL 9 (2019) p. 4-49 ; IDEM, Violaciones Graves de Derechos Humanos y Responsabilidad Civil (Transnational Human Rights Claims), Cizur Menor 2009 ; MARIEL REVILLARD, Droit international privé et européen: pratique notariale, 8^e éd. Paris 2014 ; GIESELA RÜHL, Auf dem Weg zu einem europäischen Handelsgericht?, JZ 73 (2018) p. 1073-1082 ; LUIZ EDUARDO SALLES, Forum Shopping in International Adjudication, The Role of Preliminary Objections, Oxford 2014 ; HAIMO SCHACK, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6^e éd. Munich 2014 ; ROLF A. SCHÜTZ, Das internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, 2^e éd. Berlin 2011 ; LINDA J. SILBERMAN, Morrison v. National Australia Bank: Implications for Global Securities Class Actions, YPIL 12 (2010) p. 123-137 ; ANNE SINAY-CYTERMANN, Etat des lieux sur les articles 14 et 15 du Code civil en droit international privé, *in* Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet, Paris 2013, p. 433-456 ; DANIEL S. STERNBERG, Res Judicata and Forum Non Conveniens in International Litigation, Cornell International Law Journal 46 (2013/14) p. 191-218 ; DIMITRIOS TSIKRIKAS, Verfahrensrechtliche und kollisionsrechtliche Fragen der Mediation, ZZPInt 19 (2014) p. 281-297 ; LAURENCE USUNIER, Droit d'agir en justice et actions de groupe transnationales, *in* Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, Paris 2014, p. 681-711 ; INA VEDIE, Arthur T. von Mehren und das internationale Zivilverfahrensrecht im transatlantischen Dialog, Tübingen 2017 ; VALENTINA VILLA, „Contatto minimo“ e competenza giurisdizionale delle corti statunitensi in materia di commercio elettronico, RDIPP 47 (2011) p. 327-360 ; VERITY WINSHIP, Personal Jurisdiction and Corporate Groups: Daimler Chrysler AG v. Baumann, JPIL 9 (2013) p. 431-448 ; WOLFGANG WINTER, Einschränkung des extraterritorialen Anwendungsbereichs des Alien Tort Statute, IPRax 33 (2013) p. 462-465 ; INGRID WUERTH, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., The Supreme Court and the Alien Tort Statute, AJIL 107 (2013) p. 601-621 ; MOTOKO YOSHIDA, Neue Regelungen zur internationalen Zuständigkeit der Gerichte in Japan, RIW 58 (2012) p. 118-123 ; JOACHIM ZEKOLL/MICHAEL SCHULZ, Neue Grenzen für die internationale Zuständigkeit amerikanischer Gerichte?, RIW 60 (2014) p. 321-328.

Art. 2

2

In fine, ajouter: N'étant pas certain si l'action tendant à faire contraindre le défendeur d'accomplir les démarches juridiques destinées au transfert d'un brevet délivré aux Etats-Unis était exclue ou non du champ de l'art. 109 al. 1, le Tribunal fédéral a fondé la compétence des tribunaux suisses sur l'art. 2, à raison du lieu de domicile du défendeur (ATF 7.1.2015, 4A_442/2014, c. 2). Il aurait mieux fait d'élargir l'art. 109 al. 1 par interprétation, ou alors s'en remettre à l'art. 112 (cf. obs. I. Schwander, SRIEL 2016 p. 539).

Art. 3

4

In fine, ajouter : Lorsqu'un tel lieu est trouvé, le demandeur ne dispose pas de la possibilité de choisir le for en un autre lieu en Suisse (Handelsgericht ZH, BIZR 2019 n° 12 p. 68).

5

In fine, ajouter : Compte tenu du parallélisme avec le for du séquestre de l'art. 4, la présence de biens du débiteur sur le territoire suisse constitue un lien suffisant (cf. Markus, IZPR, n° 337).

6

6^e ligne, ajouter à la fin : Naït-Liman

In fine, ajouter aux auteurs cités : Lagarde, Liber amicorum Kohler, p. 259-261 ; lire Dutoit, art. 3 n° 6 ; puis continuer : En exigeant que la « cause » ait un lien avec la Suisse, l'art. 3 se trouve vidé de sa substance, car pour de telles hypothèses, il existe normalement des fors spéciaux en Suisse d'après la LDIP, tel celui de l'art. 129 (comme l'a remarqué Dutoit, Supplément, art. 3 n° 3, sur ce point ignoré par Schwenzler/Hosang, RSDIE 2011 p. 287 ; cf., par ailleurs, la critique de Geisser, p. 317-320). Au demeurant, la traduction du mot « cause » dans les deux autres langues nationales laisse perplexe, en observant qu'à l'art. 29a Cst.féd., on trouve pour le même terme les expressions « Rechtsstreitigkeit » et « controversie giuridiche » (cf. ATF 143 I 336 ss, 338 s.).

6a n

Dans le cas jugé par le Tribunal fédéral, il s'agissait d'un réfugié politique tunisien vivant en Suisse depuis plus de dix ans : on lui a ainsi refusé toute réparation pour les violations subies, alors que la Suisse n'a pas manqué de saisir les fonds du dictateur déchu afin de les remettre au gouvernement issu du renversement du pouvoir en Tunisie ; pourquoi alors laisser la victime ayant trouvé refuge en Suisse sans protection, même dans la perspective d'une indemnité prélevée sur ces mêmes fonds ? Pour la CEDH, statuant en Grande chambre le 15.3.2018, la limitation implicite à l'art. 3 répond à plusieurs buts légitimes « qui tous se rattachent aux principes de la bonne administration de la justice et du maintien de l'effectivité des décisions judiciaires internes » (§ 122). Sont ainsi notés les problèmes de rassemblement et d'appréciation des preuves si les juridictions suisses s'étaient déclarées compétentes pour connaître des actes de torture perpétrés en Tunisie en 1992 (§ 123), les problèmes en termes d'exécution effective d'un arrêt qui aurait donné suite à la demande du requérant (§ 124) ainsi que des difficultés diplomatiques en termes d'acceptation d'une compétence telle que demandée par le requérant (§ 127). L'arrêt ajoute qu'il est également légitime, dans le chef d'un État, de vouloir dissuader un forum shopping dans un contexte de ressources limitées allouées à la justice (§ 125 s.).

6b n

Afin de respecter les obligations découlant pour la Suisse de l'art. 24 par. 4 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20.12.2006 (RS 0.103.3) et consistant à garantir à la victime le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée rapidement, équitablement et de manière adéquate, un for de nécessité selon l'art. 3 devra être retenu (cf., cependant, le Message, FF 2014 p. 437 ss, 462 s., qui, curieusement, n'en fait pas mention). Le problème de l'accès à un for suisse n'a pas été résolu non plus pour le cas de l'action de tiers prétendant avoir des droits sur des valeurs patrimoniales confisquées en vertu de la LF sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger du 18.12.2015 (RS 196.1) ; ces biens sont soustraits au séquestre (art. 44 LP), mais ils peuvent être réclamés par des tiers à certaines conditions (art. 16).

7

8/9^e lignes : biffer la parenthèse

8

9^e ligne, biffer Volken et Othenin-Girard

9

Ajouter in fine : L'art. 3 requiert une certaine souplesse et de la compréhension pour une partie qui risque d'être renvoyée devant les juges d'un pays dont on connaît l'état fragile, telle l'Ukraine (question non résolue par l'Appellationsgericht BS, BJM 2014 p. 130).

10

7^e ligne, ajouter avant la référence : ATF 14.7.2021, 5A_710/2020, c. 3.2

12

In fine, ajouter : On admettra cependant qu'un tel for de la consorité ne peut être imposé aux parties ayant stipulé un for exclusif à l'étranger (cf. ATF 12.10.2018, 4A_229/2018, c. 8).

13

5^e ligne, remplacer la référence à l'art. 43 n° 13 par : cf. ATF 92 II 217 ss., 221 s., Ackermann ; Tribunale d'appello TI, RtiD 2012 II n° 2c p. 790.

In fine : arrêt critiqué par Schwenzer/Hosang, RSDIE 2011 p. 289 s., estimant que de protéger en l'espèce une femme de ménage exploitée comme une esclave serait excessif, car on s'inspirerait alors d'une optique propre à l'Europe occidentale, comme un acte de « colonialisme juridique » imposé au Nigeria. Si le cas devait se présenter en Suisse, nul doute qu'aucun juge suisse ne se montrera impressionné par un point de vue aussi choquant.

14 n

L'art. 6 par. 1 CEDH inclut dans son champ de protection le droit d'accès à un tribunal en matière civile. Certes, un tel droit peut subir des restrictions légitimes, mais celles-ci ne doivent pas aller jusqu'à anéantir la substance même du droit invoqué (cf. CEDH 21.6.2016, Al-Dulimi, § 129 ; CEDH 15.3.2018, cité, § 114 ; ATF 144 I 340 ss, 347). Ainsi, la Suède a violé l'art. 6 lorsqu'elle niait l'existence d'un for suédois dans l'hypothèse d'une émission de télévision dont le contenu et le but poursuivis visaient entièrement la Suède et portaient atteinte à la réputation et à la personnalité de ressortissants suédois vivant en Suède ; le seul fait que la diffusion avait pour origine une compagnie britannique opérant sur le territoire britannique n'était pas un motif légitime pour soutenir que le for approprié serait à trouver au Royaume-Uni (CEDH, Arlewin, 1.3.2016, § 65-74).

III. La compétence universelle civile

15 n

La compétence universelle a préoccupé la communauté internationale surtout sous l'angle de la répression pénale. Le droit international n'a guère développé le soutien politique et l'arsenal juridique servant à la protection directe et individuelle des victimes de graves atteintes à leur dignité humaine. On a dit que celles-ci ne disposeraient pas d'un droit de réparation à faire valoir à l'encontre de l'Etat responsable. Ces temps ont changé. En sus de l'indemnisation, les victimes doivent avoir la garantie d'un accès effectif à la justice. C'est une obligation *erga omnes* à la charge et dans l'intérêt de tous les Etats. Ceux-ci doivent donc assurer qu'il existe un tribunal compétent tout au moins en dernier recours. Si les tribunaux ne peuvent être saisis selon les règles ordinaires, le principe de la compétence universelle oblige tout Etat à accepter l'accès des victimes de telles graves violations des droits de l'homme, quitte à se déclarer compétent à titre subsidiaire seulement s'il existe un for plus approprié et accessible ailleurs. Les règles ordinaires de compétence, complétées par le for de nécessité pour les juridictions qui, comme la Suisse, le connaissent, suffisent en principe pour assurer aux victimes l'accès à la justice. Cela suppose cependant que des jurisprudences restrictives comme celle citée sous n° 5 et 6, soient revues, étant donné que l'exigence d'un lien (inexistant) de rattachement de l'acte contraire aux droits de l'homme avec la Suisse rend les tribunaux suisses indisponibles aux victimes (cf., en ce sens, la Résolution de l'Institut de droit international de 2015 sur « La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux », Annuaire 2015 p. 263, Clunet 2016 p. 368, IPRax 2016 p. 85, RabelsZ 2016 p. 155, RDIPP 2015 p. 1043).

16 n

Dans son arrêt Naït-Liman, cité *supra*, la CEDH conclut, lorsqu'elle examine la portée de l'art. 3 LDIP au regard de l'art. 6 par. 1 de la Convention sous l'angle de la proportionnalité et de la notion de compétence universelle civile, que dans son état actuel, le droit international n'oblige pas la Suisse à prévoir une compétence universelle civile pour les actes de torture (§ 182-198). Il n'existerait pas, à l'heure actuelle, une pratique des États pouvant être à la base d'une obligation coutumière dans ce domaine. L'interprétation du Tribunal fédéral n'est donc pas jugée manifestement déraisonnable ou arbitraire en l'espèce (§ 214, 216). L'arrêt précise, cependant, que « la Cour n'exclut pas, s'agissant d'un domaine dynamique, qu'il puisse connaître des développements à l'avenir. Dès lors, et bien qu'elle conclue à la non-violation de l'article 6 § 1 en l'espèce, la Cour invite les États parties à la Convention à tenir compte dans leur ordre juridique de toute évolution favorisant la mise en œuvre effective du droit à réparation pour des actes de torture, tout en examinant avec vigilance toute requête de cette nature afin d'y déceler, le cas échéant, les éléments qui feraient obligation à leurs juridictions de se déclarer compétentes pour l'examiner » (§ 220). En définitive, l'arrêt tranche l'affaire *in casu*, sans préjuger de l'évolution de la réflexion et de sa jurisprudence à l'avenir. En effet, il conviendra de revenir sur le point essentiel qui n'a pas été approfondi, à savoir la privation de la victime d'actes de torture de toute indemnisation en raison de l'absence d'un for compétent, alors que l'art. 14 de la Convention contre la torture de 1984 (RS 0.105) prescrit aux États de garantir dans leur droit une réparation et une indemnisation équitable.

Bibliographie

ANDREAS BUCHER, La compétence universelle civile, RCADI 372 (2014) p. 9-127 ; IDEM, La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux, Annuaire 76 (2015) p. 1-196 ; SERENA FORLATI/PIETRO FRANZINA (éd.), Universal Civil Jurisdiction, Leiden 2021 ; GREGOR GEISSER, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für „Menschenrechtsverletzungen“ bei internationalen Sachverhalten, Zurich 2013 ; WOLFGANG HAU, Grundlagen der internationalen Notzuständigkeit im Europäischen Zivilverfahrensrecht, in Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 355-366 ; MARTIN J. HEMMI, The Jurisdictional Immunity of States in National Civil Proceedings for Allegations of Torture, Berne 2019 ; PAUL LAGARDE, Le for de nécessité dans les règlements européens, in Europa als Rechts- und Lebensraum, Liber amicorum für Christian Kohler, Bielefeld 2018, p. 255-267 ; MARIANGELA LA MANNA, The ECtHR Grand Chamber's Judgment in the Naït-Liman Case: An Unnecessary Clarification of the Reach of Forum Necessitatis Jurisdiction?, RDIPP 55 (2019) p. 349-382 ; FABIEN MARCHADIER, L'indifférence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard du for de nécessité, Rev.crit. 2018 p. 663-670 ; FABRIZIO MARRELLA, Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales, RCADI 385 (2017) p. 33-435 ; PAUL DAVID MORA, Universal Civil Jurisdiction and Forum Necessitatis : The Confusion of Public and Private International Law in Naït-Liman v. Switzerland, NILR 65 (2018) p. 155-183 ; DELPHINE PORCHERON, Les actions civiles transnationales en réparation des « crimes du passé », Rev.crit. 2020 p. 645-668 ; LUCAS ROORDA/CEDRIC RYNGAERT, Business and Human Rights Litigation in Europe and Canada: The Promises of Forum Necessity Jurisdiction, RabelsZ 80 (2016) p. 783-816 ; IDEM, From Universal Civil Jurisdiction to Forum of Necessity: Reflections on the Judgment of the European Court of Human Rights in Naït-Liman, RDI 100 (2017) p. 782-807 ; INGEBORG SCHWENZER/ALAIN F. HOSANG, Menschenrechtsverletzungen, Schadenersatz vor Schweizer Gerichten, RSDIE 21 (2011) p. 273-291.

Art. 4

2

4^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 31.8.2018, 4A_55/2018, c. 5.

Art. 5

Législation

Dans le cadre d'un projet d'amélioration de la praticabilité du droit de procédure, le Conseil fédéral propose de créer les bases juridiques autorisant les cantons à doter leurs tribunaux de commerce ou tribunaux supérieurs de cours ou de chambres spécialisées appliquant des règles de procédure spécifiques au règlement des litiges internationaux (n° 20.026, FF 2020 p. 2607-2691, 2693-2703). Une nouvelle lettre c serait ainsi ajoutée à l'art. 5 al. 3 LDIP afin de garantir que les tribunaux ainsi spécialisés, s'ils sont compétents *ratione materiae*, ne peuvent pas décliner leur compétence si leur compétence *ratione loci* résulte d'une convention d'élection de for valable selon l'art. 5 al. 1, sauf si le droit cantonal en dispose autrement (cf. FF 2020 p. 2686, 2703). Le Conseil des Etats a accepté ce texte, en modifiant légèrement sa rédaction (BO CE 2021 p. 693). On semble avoir oublié que la même règle devrait également se trouver à l'art. 149b al. 2, s'agissant des trusts.

³ Le tribunal élu ne peut décliner sa compétence :

c. si une partie peut porter l'action devant le tribunal de commerce en vertu de l'art. 6, al. 4, let. c, du code de procédure civile (CPC) ou si elle peut la porter directement devant le tribunal supérieur en vertu de l'art. 8 CPC dès lors que le droit cantonal exclut que le tribunal décline sa compétence.

1

In fine, ajouter : L'élection de for ne doit pas être confondue avec le domicile élu à des fins de notification (art. 140 CPC) ou pour les besoins d'une poursuite (art. 50 al. 2 LP ; ATF 20.12.2019, 5A_794/2019, c. 6 ; ATF 8.10.2020, 5A_721/2019, c. 2.1.1).

2

2^e ligne, terminer la phrase par : et de la règle parallèle à l'art. 149 al. 1 et 2 sur les trusts.

4

In fine, ajouter : L'Union européenne ayant approuvé la Convention le 11.6.2015, suivant le Mexique, celle-ci est entrée en vigueur le 1.10.2015, en attendant toujours que les Etats-Unis fassent également le pas. Le Conseil fédéral a noté que la ratification par la Suisse devra être examinée (FF 2020 p. 2628) ; au Parlement, on exige un rythme plus soutenu (Motion n° 21.3455, approuvée par le Conseil des Etats, BO CE 2021 p. 694).

7

11^e ligne, insérer : Si la prétention est de nature idéale, il faut que l'aspect économique du litige l'emporte (ATF 30.6.2014, 5A_22/2013, c. 2.4, relatif à l'art. 177 al. 1).

9

In fine, biffer Heini

11

In fine, ajouter : Compte tenu de la similitude de l'art. 5 al. 1 et de l'art. 23 par. 2 CL, la jurisprudence rendue à propos de celle-ci exercera une influence certaine sur l'application pratique de la règle de la LDIP (cf. art. 23 CL n° 20). Lors de la révision de l'art. 178 al. 1, on aurait pu saisir l'occasion de biffer la mention du télégramme et des autres formes spécifiques d'un écrit également à l'art. 5 al. 1.

12

In fine, ajouter : ATF 29.11.2013, 4A_323/2013, c. 4.3.3.

13

5^e ligne, ajouter : ATF 25.2.2015, 4A_592/2014, c. 2.

In fine, ajouter : Comme pour l'art. 23 par. 1 lit. a CL, l'utilisateur de conditions générales doit offrir à son partenaire contractuel avant la conclusion du contrat une possibilité raisonnable d'en prendre connaissance (ATF 139 III 345 ss, 347-350). O rappellera donc que selon l'art. 5, une clause unilatéralement imposée par écrit, même non contestée par une autre partie, ne constitue pas une convention de prorogation de for (cf. Piotet, Journée de droit successoral 2021, n° 35). La solution introduite par analogie en matière d'arbitrage à l'art. 178 al. 4 n'a pas été étendue à l'élection de for. En revanche, le choix unilatéral du for est admis dans les limites des dispositions sur le for successoral (cf. art. 87 al. 2).

14

In fine, ajouter : On s'inspirera par ailleurs de la pratique qui se développera au sujet du nouvel art. 697I CO relatif aux clauses arbitrales insérées dans des statuts.

19

4^e ligne, ajouter : ainsi implicitement l'ATF 29.11.2013, 4A_323/2013, c. 5.1, et expressément l'ATF 20.10.2014, 4A_345/2014, c. 3.

7^e ligne, ajouter après l'arrêt des Grisons : Müller-Chen, SJZ 2020 p. 344

20

In fine, ajouter : Pour le Tribunal fédéral, en définitive, l'ensemble de ces questions demeurent ouvertes (ATF 1.7.2020, 4A_112/2020, c. 3 ; cf., par ailleurs, art. 23 CL n° 33).

22

In fine, ajouter : L'expérience d'une partie disposant d'une éducation courante suffit, même si la clause se borne à dire que « le for est à Lausanne » (ATF 14.10.2013, 4A_247/2013, c. 2). Toutefois, on fera attention à l'art. 8 LCD qui introduit une plus grande sensibilité à la protection à l'égard de clauses abusives, consacrant un déséquilibre substantiel entre les parties ; dans un cas particulier (mais non de façon générale) cela peut être le cas d'une clause d'élection de for (ATF 140 III 404 ss, 409).

22a n

La clause d'élection de for contenue dans un contrat peut absorber dans son champ un autre contrat qui n'en contient pas ou qui connaît une clause différente. Ainsi, dans le cas d'un contrat complexe composé d'un contrat cadre de financement ayant entraîné la conclusion de deux contrats de prêt, tous régis par le droit suisse, la clause de prorogation d'un for suisse contenu dans le contrat-cadre l'emporte sur celle, différente, figurant dans l'un des contrats de prêt (cf. ATF 29.11.2013, 4A_323/2013, c. 5, et, pour une situation différente, ATF 10.2.2014, 4A_419/2013, c. 5).

23

11/12^e lignes, remplacer la parenthèse par : ATF 25.9.2006, 4C.142/2006, c. 2 ; ATF 147 III 153 ss, 156

In fine, ajouter : L'interprétation doit être fonctionnelle, tenant compte des prévisions subjectives et objectives des parties. On ne peut exclure d'emblée qu'une relation d'affaires puisse connaître des prolongements en droit de la concurrence ou des cartels, entraînant l'extension de la portée d'une élection de for initialement convenue (cf., cependant, en sens opposé, Rodriguez/Heinel, SJZ 2021 p. 483-493, se référant à une jurisprudence cantonale contrastée).

24

8^e ligne, premier arrêt à citer : ATF 5.9.2016, 4A_368/2016, c. 2.2.

25

3^e ligne, ajouter : ATF 6.5.2015, 5A_897/2014, c. 3.4.3.

In fine, ajouter : Depuis lors, l'analogie avec le nouvel art. 179 al. 2 s'impose.

26

16/17^e lignes, lire Grolimund/Bachofner, art. 5 n° 42

In fine, ajouter : Depuis lors, l'analogie avec le nouvel art. 179 al. 2 s'impose.

27

In fine, ajouter : Toutefois, c'est sans compter avec le Tribunal fédéral qui s'est laissé guider par le Message à propos d'une clause désignant la Grande-Bretagne (ATF 6.5.2015, 5A_897/2014, c. 3.4).

29

20^e ligne, ajouter : cf., pour un contrat bancaire, Tribunale d'appello TI, NRCP 2006 p. 551.

In fine, biffer Volken

37

In fine, ajouter : en ce sens, très rigide, Handelsgericht ZH, BIZR 2016 n° 2 p. 3 ; cf., par ailleurs, art. 23 CL n° 47, art. 31 CL n° 31.

38

In fine, ajouter après l'art. 9 n° 20 : et la critique de Romy, RDS 2018 II p. 111

40a n

Dans le cadre d'un projet d'amélioration de la praticabilité du droit de procédure, le législateur a décidé de créer les bases juridiques autorisant les cantons à doter leurs tribunaux de commerce ou tribunaux supérieurs de cours ou de chambres spécialisées appliquant des règles de procédure spécifiques au règlement des litiges internationaux (n° 20.026, FF 2020 p. 2607-2691, 2693-2703). Une nouvelle lettre c est ainsi ajoutée à l'art. 5 al. 3 LDIP afin de garantir que les tribunaux ainsi spécialisés, s'ils sont compétents *ratione materiae*, ne peuvent pas décliner leur compétence si leur compétence *ratione loci* résulte d'une convention d'élection de for valable selon l'art. 5 al. 1, sauf si le droit cantonal en dispose autrement (cf. FF 2020 p. 2686, 2703). On semble avoir oublié que la même règle devrait également se trouver à l'art. 149b al. 2, s'agissant des trusts.

41

8^e ligne, ajouter : cf. Tribunale d'appello TI, RtiD 2018 II n° 61c p. 856.

42

6^e ligne, remplacer Volken par Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 5 n° 126

46

In fine : Remplacer l'ATF cité par : cf. art. 178 n° 50-55.

5. Les dommages-intérêts en cas de violation

49 n

Il résulte de la nature contractuelle de la clause d'élection de for qu'en cas de violation, des dommages-intérêts peuvent être réclamés de la partie fautive. On ne saurait l'écarter au motif que l'élection de for aurait un caractère purement procédural (comme le fait Müller-Chen, SJZ 2020 p. 343). Cela suppose, cependant, que l'on commence par identifier correctement le cas de violation : au point de départ, il s'agit d'une action introduite ailleurs qu'au for élu (celui-ci étant en Suisse, par hypothèse). Ce n'est pourtant pas aussi simple (comme le pense Haberbeck, Jusletter 22.1.2018, n° 1-17). Car il faut exiger en plus que la clause désignant le for suisse ait pour effet de déroger à tout for étranger et notamment au for saisi dans le cas particulier de manière non conforme à ce qui a été convenu. Une telle dérogation ne peut se produire dans un pays étranger dans lequel la clause désignant le for suisse n'est soit pas valable, soit dépourvue d'un effet d'exclusivité, comme cela est généralement le cas en droit américain. On ne peut penser que la convention d'élection d'un for suisse impliquait la volonté de déroger à tout for américain alors que la partie correctement informée devait savoir que la convention ne peut produire un tel effet aux Etats-Unis, par exemple. Certes, la reconnaissance d'un jugement rendu au for étranger, déroge du point de vue suisse, est exclue (art. 26 lit. b), mais cela n'implique pas que la saisie du for étranger était illégale, si la convention n'était pas apte à produire un tel effet devant ce for.

50 n

Une violation de l'accord d'élection du for suisse suppose donc que la partie lésée du fait de la saisine d'un for étranger ne pouvait pas savoir de bonne foi que cela était possible. Le cas illicite se produit également si le juge étranger n'a pas observé l'accord alors qu'il aurait dû le faire selon son droit et qu'il était saisi d'une exception d'incompétence pour ce motif. De même, il y a violation de la convention d'élection de for si le juge étranger a déclaré l'action irrecevable, faute de compétence, sans libérer le défendeur de ses frais (cf. ainsi l'arrêt du BGH allemand du 17.10.2019, III ZR 42/19, s'agissant d'un procès américain devant un juge qui a reconnu la dérogation à sa compétence).

51 n

L'évaluation du préjudice est difficile, ce d'autant qu'il n'existe pas d'expérience pratique. En principe, le dommage couvre la différence économique entre le patrimoine du lésé (le bénéficiaire du for suisse) à la suite du procès à l'étranger et ce dont il pouvait escompter disposer si le procès avait eu lieu au for élu en Suisse. Cela

comprend le coût du procès à l'étranger à la hauteur du montant que la partie défenderesse devait raisonnablement engager, ce qui peut comprendre la défense au fond si celle-ci devait être avancée pour le cas où l'exception d'incompétence n'était pas retenue. En contrepartie, il conviendra d'estimer le résultat du procès en Suisse.

Bibliographie

LDIP :

FF 2020 p. 2686, 2703 ; CONSTANTIN ARNAUD, Les élections de for sur les réseaux sociaux c. la défense de la personnalité en ligne: le choc des titans, *in* Le droit face à la révolution 4.0, Genève 2019, p. 141-158 ; FELIX DASSER, Die Durchsetzung von Gerichtsstandsvereinbarungen – eine Echternacher Springprozession ?, *in* Zivilprozess und Vollstreckung, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 21-38 ; PASCAL GROLIMUND/EVA BACHOFNER, Örtlicher Gerichtsstand bei Vereinbarung der internationalen Zuständigkeit, *in* Festschrift für Herbert Kronke, Bielefeld 2020, p. 129-138 ; PHILIPP HABERBECK, Haftung für die Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung?, *Jusletter* 22.1.2018 ; YANNICK HOSTETTLER, Die Gerichtsstandsvereinbarung im Binnen- und im internationalen Verhältnis, Zurich 2021 ; TABEA LORENZ/MARKUS MÜLLER CHEN, Per Mausclick zum Gerichtsstand: Gerichtsstandsvereinbarungen im grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehr, *in* Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015, Zurich 2015, p. 725-740 ; MARKUS MÜLLER-CHEN, Vereinbarung handelsgerichtlicher Zuständigkeit im internationalen Verhältnis, *SJZ* 116 (2020) p. 341-349 ; IDEM, Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung gegenüber Dritten, *in* Gedächtnisschrift für Claire Huguenin, Zurich 2020, p. 309-323 ; DENIS PIOTET, Clause arbitrale et prorogation de for en matière successorale, *in* Journée de droit successorale 2021, Berne 2021, p. 87-124 ; RODRIGO RODRIGUEZ/BASTIAN HEINEL, Gerichtsstandsvereinbarungen im Lichte des kartellrechtlichen Anspruchs auf Vertragsabschluss nach Art. 13 lit. b i.V.m. Art. 12 Abs. 1 lit. a KG, *SJZ* 117 (2021) p. 475-494 ; ISABELLE ROMY, Autonomie des parties et clauses attributives de jurisdiction dans les contrats internationaux: aspects choisis de droit international privé suisse, *RDS* 137 (2018) II p. 87-154.

Convention de La Haye sur les accords d'élection de for de 2005 :

MUKARRUM AHMED/PAUL BEAUMONT, Exclusive choice of court agreements, *JPIL* 13 (2017) p. 386-410 ; PAUL BEAUMONT/BURCU YÜRSEL, La reforma del reglamento de Bruselas I sobre acuerdos de sumisión y la preparación para la ratificación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, *AEDIPr* 9 (2009) p. 129-159 ; RONALD A. BRAND, U.S. Implementation *vel non* of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements, *YPIL* 12 (2010) p. 107-122 ; IDEM, Implementing the 2005 Hague Convention: The EU Magnet and the US Centrifuge, *in* Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 267-276 ; FELIX DASSER, Bern, Lugano, Brüssel oder doch lieber Den Haag?, *in* Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, Zurich 2015, p. 89-101 ; REINHOLD GEIMER, Das Haager Gerichtsstandsübereinkommen 2005, *in* Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, Zurich 2015, p. 185-216 ; TREVOR C. HARTLEY, The International Scope of Choice-of-Court Agreements under the Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention, *in* Liber Amicorum Ole Lando, Copenhagen 2012, p. 197-211 ; IDEM, Choice of Court Agreements under the European and International Instruments, The Revised Brussels I Regulation, the Lugano Convention, and the Hague Convention, Oxford 2013 ; PETER HUBER, Die Haager Konvention über Gerichtsstandsvereinbarungen und das (amerikanische) Ermessen, *in* Festschrift für Peter Gottwald, Munich 2014, p. 283-292 ; IDEM, Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen, *IPRax* 36 (2016) p. 197-207 ; JOHANNES LANDBRECHT, Uniform Jurisdiction Rules under the Hague Choice of Court Convention, *YPIL* 19 (2017/18) p. 109-143 ; IDEM, Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen als Herausforderung für die Handelsschiedsgerichtsbarkeit ?, *IPRax* 39 (2019) p. 330-333 ; IDEM, the concepts of « injustice » and « public policy » in Article 6(c) of the Hague Choice of Court Convention, *JPIL* 15 (2019) p. 339-364 ; IDEM, Anti-Suit Injunctions and the Hague Choice of Court Convention, *ZZPInt* 24 (2019) p. 159-197 ; CHRISTINE MOEBUS, Das Haager Übereinkommen von 2005, Die Derogationswirkung des Art. 6 HÜ unter besonderer Berücksichtigung des NYÜ, Wiesbaden 2016 ; PETER ARNT NIELSEN, The Hague Judgments Convention, *Nordic Journal of International Law* 80 (2011) p. 95-119 ; IDEM, Exclusive Choice of Court Agreements and Parallel Proceedings, *in* Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 409-420 ; MARTA PERTEGÁS, The Revision of the Brussels I Regulation: A View from the Hague Conference, *in* The Brussels I Review Proposal Uncovered, Londres 2012, p. 193-203 ; MARTA PERTEGÁS/LOUISE ELLEN TEITZ, Prospects for the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, *in* Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 465-476 ; PETER H. PFUND, Federalism and U.S. Implementation of PIL Conventions – Implementing the Hague Convention on Choice of Court Agreements, *in* Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 477-485 ; STEFAN REUTER/GERHARD WEGEN, Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30.6.2005, *ZvglRW* 116 (2017) p. 382-417 ; MARGHERITA SALVADORI, El Convenio sobre acuerdos de elección de foro y el Reglamento Bruselas I: Autonomía de la voluntad y procedimientos paralelos, *AEDIPr* 10 (2010) p. 829-844 ; DIANA SANCHO VILLA, Jurisdiction over Jurisdiction and Choice of Court Agreements: Views on the Hague Convention of 2005 and implications for the European Regime, *YPIL* 12 (2010) p. 399-418 ; DAN JERKER B. SVANTESSON, The Choice of Court Convention: How Will it Work in Relation to the Internet and E-Commerce, *JPIL* 5 (2009) p. 517-535 ; JORDI DE LA TORRE, The Hague Choice of Court Convention and Federal Power over State Courts, *Georgetown Journal of International Law* 45 (2013) p. 219-254 ; MATTHIAS WELLER, Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen: Haager Übereinkommen - Brüssel I-Reform, *in* *Ars Aequi et Boni in Mundo*, Festschrift für Rolf A. Schütze, Munich 2015, p. 705-716 ; IDEM, Choice of court agreements under Brussels Ia and under the Hague convention: coherences and clashes, *JPIL* 13 (2017) p. 91-129.

Droit international privé étranger et comparé :

MUKARRUM AHMED, The Nature and Enforcement of Choice of Courts Agreements, A Comparative Study, Oxford 2017 ; JENNIFER ANTONO, Schadenersatz wegen Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung ?, Tübingen 2017 ; CARLOS ALBERTO ARRUE MONTENEGRO, L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions, Paris 2011 ; CHRISTIANE VON BARY, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht, Tübingen 2018 ; JÜRGEN BASEDOW, Zuständigkeitsderogation, Eingriffsnormen und ordre public, *in* Festschrift für Ulrich Magnus, Munich 2014, p. 337-352 ; VAUGHAN BLACK/STEPHEN G.A. PITEL, Forum-selection clauses : beyond the contracting parties, *JPIL* 12 (2016) p. 26-59 ; LUKAS COLBERG, Schadenersatz wegen Verletzung einer

Gerichtsstandsvereinbarung, IPRax 40 (2020) p. 426-433 ; PETER HAY, Forum Selection Clauses – Procedural Tools or Contractual Obligations ?, IPRax 40 (2020) p. 505-512 ; MARY KEYES (éd.), Optional Choice of Court Agreements in Private International Law, Cham 2020 ; MARY KEYES/BROOKE ADELE MARSHALL, Jurisdiction agreements : exclusive, optional and asymmetrical, JPIL 11 (2015) p. 345-378 ; FRANÇOIS MAILHÉ, Un jeu d'asymétries : clauses d'élection de for optionnelles et asymétriques dans la jurisprudence française, RIDC 71 (2019) p. 431-446 ; ROBERT MAGNUS, Gerichtsstandsvereinbarungen im Erbrecht ?, IPRax 33 (2013) p. 393-398 ; LOUISE MERRETT, Interpreting non-exclusive jurisdiction agreements, JPIL 14 (2018) p. 38-65 ; JEAN MOHAMED, Die Aufrechnung bei anderweitiger internationaler Gerichtszuständigkeit durch Gerichtsstandsvereinbarung, ZZPInt 22 (2017) p. 255-266 ; EVGENÍA PEIFFER, Schutz gegen Klagen im forum derogatum, Tübingen 2013 ; EVGENÍA PEIFFER/MARCUS WEILER, Vertraglicher Schadenersatzanspruch wegen Verletzung von Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen, RIW 66 (2020) p. 321-331, 641-651 ; JEAN-BAPTISTE RACINE, Les clauses d'élection de for asymétriques, in Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges Bertrand Ancel, Paris 2018, p. 1323-1347 ; JULIAN RAPP, Asymétrische Streitbeilegungsklauseln im internationalen Rechtsverkehr, ZZPInt 24 (2019) p. 199-247 ; FREDERICK RIELÄNDER, Schadenersatz wegen Klage vor einem aufgrund Gerichtsstandsvereinbarung unzuständigen Gericht, RabelsZ 84 (2020) p. 548-592 ; DAVID SINDRES, Retour sur la loi applicable à la validité de la clause d'élection de for, Rev.crit. 104 (2015) p. 787-836 ; ZHENG SOPHIA TANG, Effectiveness of Exclusive Jurisdiction Clauses in the Chinese Courts – A Pragmatic Study, ICLQ 61 (2012) p. 459-484 ; IDEM, Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law, Londres 2014.

Art. 6

2

In fine : La partie ayant entamé le procès ne peut ensuite soulever le déclinatoire à l'égard de l'action de la partie adverse dont l'objet est identique (ATF 23.9.2011, 5A_87/2011, c. 3.3). Celui qui a procédé sans réserve ne peut contester la compétence en appel, comme on ne peut exciper d'incompétence qu'à la condition de ne pas obtenir gain de cause sur le fond (ATF 8.11.2012, 4A_455/2012, c. 3).

4

3^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 141 III 210 ss, 213 s.

6

3^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 19.5.2014, 5A_55/2014, c. 4.4.

Art. 7

43

3^e ligne, lire Kaufmann/Rigozzi, p. 247-252.

Bibliographie

ANDREA BONOMI/DAVID BOCHATAY, L'aménagement de la priorité laissée à l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence, in Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet, Paris 2013, p. 31-51 ; SÉBASTIEN BESSON, Réflexions sur le projet de modification de l'article 7 LDIP (initiative Lüscher), ASA 29 (2011) p. 574-584 ; LOUIS GAILLARD, Le pouvoir d'examen du juge étatique en présence d'une convention d'arbitrage, Jusletter, 4.3.2013 ; DANIEL GIRSBERGER/PASCAL RUCH, (Schieds-)Verfahrensstörung aufgrund mangelhafter (Schieds-)Vertragsredaktion, in Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011, Zurich 2011, p. 323-343 ; MICHAEL GÜNTNER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Zurich 2011 ; DIMITRA A. ISAKIRI, Application of the New York Convention to the Enforcement of Arbitration Agreements, ASA 36 (2018) p. 364-376 ; CATHERINE Kessedjian, Quel juge est compétent pour décider de la validité et de l'applicabilité d'une convention d'arbitrage ?, in Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, Paris 2014, p. 477-483 ; CHRISTIAN KÖLZ, Schiedsgerichtsbarkeit: Kognition des staatlichen Gerichts bei der Beurteilung einer Schiedseinrede: von der Schiedsvereinbarung erfasste Ansprüche, ZBJV 148 (2012) p. 995-998 ; SIMON MANNER/OLIVIER LUC MOSIMANN, Damages and Fixed Sums for Breach of Arbitration Agreements, in Private Law, national, global, comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, p. 1197-1211 ; CHARLES PONCET, La perception suisse de la Kompetenz-Kompetenz, Cahiers 2013 p. 27-32 ; MLADEN STOJILJKOVIĆ, Die Kontrolle der schiedsgerichtlichen Zuständigkeit, Zurich 2014 ; IDEM, Arbitral Jurisdiction and Court Review : Three Swiss Federal Supreme Court Decisions to Reconsider, ASA 34 (2016) p. 897-913 ; VINCENT WÄCHTER, Die Schiedseinrede bei Auslandsberührung, Tübingen 2020.

Jurisprudence récente

ATF 20.10.2020, 4A_248/2020, c. 3 (*Saisi de l'exception d'arbitrage en faveur d'un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse, le juge étatique n'examine que sommairement la validité et l'étendue de la clause arbitrale invoquée.*)

ATF 145 III 199 ss, 201 (*La validité quant à la forme de la clause arbitrale invoquée à titre d'exception à la compétence du juge suisse est déterminée au regard de l'art. II al. 2 CNY ; dans l'affirmative, le juge renvoie les parties devant le tribunal arbitral ayant, en l'espèce, son siège à Ljubljana.*)

ATF 18.4.2018, 4A_247/2017, c. 4.1 (*Le tribunal arbitral ayant son siège en Suisse doit déclarer la demande irrecevable s'il est saisi d'une exception de chose jugée (res iudicata) fondée sur un jugement étranger susceptible d'être reconnu en Suisse en vertu de l'art. 25 LDIP. Cette condition n'est pas réalisée si le tribunal étatique étranger n'a pas tenu compte d'une exception d'arbitrage soulevée valablement par la partie assignée*)

devant lui. La question de savoir si cette condition doit être examinée au regard de l'art. II al. 3 CNY ou de l'art. 7 lit. b LDIP demeure ouverte.)

Pour trancher la question litigieuse (négativement, en l'espèce, la compétence du tribunal moscovite n'ayant pas été remise en cause à travers une exception d'arbitrage), le Tribunal fédéral n'avait pas besoin de résoudre la controverse doctrinale sur la portée respective de l'art. II al. 3 CNY et de l'art. 7 LDIP. A y regarder de plus près, ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne fournit la réponse à la question, car celle-ci porte sur l'effet d'un jugement et non directement sur la validité d'une convention d'arbitrage dont l'examen n'intervient qu'incidemment lors de l'examen de la reconnaissance du jugement. Tout au plus pourrait-on tenir compte de ces dispositions par analogie, faute d'une règle explicite dans la LDIP (cf. art. 26 n° 23).

ATF 144 III 235 ss, 237 (Selon l'art. 61 CPC – qui correspond à l'art. 7 LDIP –, le tribunal étatique saisi d'une exception d'arbitrage commence par examiner si les parties ont conclu une clause arbitrale valable se référant à une prétention arbitrale, ce qui suppose en l'espèce que le travailleur puisse en disposer ce qui, en vertu de l'art. 341 al. 1 CO et de l'art. 353 al. 2 CPC, n'est possible qu'à partir de l'échéance du délai d'un mois à compter du terme des relations de travail.)

Compte tenu de la ressemblance des textes (art. 61 CPC et art. 7 LDIP), on aurait pu penser qu'à propos d'une clause arbitrale désignant un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse, le juge étatique suisse se contente d'un examen *prima facie* de la validité de cette clause. On s'étonnera également que le Tribunal fédéral divise l'examen de la question en deux parties, dont la première porte sur la validité de la convention d'arbitrage, alors que l'on retrouve dans la seconde partie la même question, cependant sous une forme réduite étant donné que la compétence ne peut être déclinée que si la convention n'est « manifestement » pas valable ou ne peut être appliquée (lit. b). On pourrait se demander encore si, dans l'hypothèse d'un *opting-out* du CPC vers la LDIP, le régime d'examen de la validité de la clause arbitrale selon l'art. 7 intègre du même coup la jurisprudence y relative, réduisant la cognition du juge au niveau d'une analyse *prima facie*.

ATF 30.6.2014, 5A_22/2013, c. 2.2 (Examen sommaire de la question de l'absence de validité de la clause arbitrale, comprenant celle de l'arbitrabilité)

ATF 140 III 367 ss (En exigeant que la clause arbitrale soit « manifestement » non valide, l'art. 61 lit. b CPC entend exprimer l'idée que l'examen de cette question soit sommaire, comme cela est admis pour l'art. 7 LDIP qui, cependant, n'utilise pas ce terme. – c. 2.2.3. Examen d'une exception d'arbitrage selon l'art. 61 CPC, constatant l'absence d'une volonté de se soumettre à l'arbitrage dans l'hypothèse d'un arbitrage convenu à titre éventuel, à côté d'une clause d'élection de for – c. 3. – Cf. Stojiljkovic, ASA 2016 p. 908-912.)

ATF 138 III 681 ss, 683-686 (Saisi de l'exception d'arbitrage en faveur d'un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse, le juge étatique n'examine que sommairement la validité et l'étendue de la clause arbitrale invoquée.)

Obergericht ZH, 12.3.2020, ASA 2020 p. 685, BIZR 2020 n° 15 p. 85 (Société en commandite, application d'une clause arbitrale souscrite par la société à l'associé à responsabilité limitée, le commanditaire)

Tribunale d'appello TI, 20.7.2010, RtiD 2011 II n° 67c p. 805 (Examen sommaire aboutissant au rejet de l'exception d'arbitrage dans l'hypothèse d'une société M. réunissant des promoteurs mandatés par elle de créer une banque et agissant en qualité de cessionnaire d'une créance en remboursement d'honoraires de l'un des promoteurs dont est titulaire une société U. qui a procédé au paiement sans être liée par le document relatif au mandat confié par la société M.)

Art. 8

2

In fine, ajouter : L'art. 8 l'emporte sur l'art. 14 CPC également lorsque la demande reconventionnelle ne porte pas sur une affaire internationale, étant donné que l'extension de compétence d'un tribunal saisi en vertu de la LDIP ne peut résulter que de celle-ci (contra : Guillaume, Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, p. 233). L'art. 8 ne peut être invoqué lorsque l'action a trait à une faillite (cf. art. 2-12 n° 38 ; ATF 139 III 236 ss, 247 s.).

6

Remplacer la première phrase par : Le juge saisi de l'action principale ne peut refuser d'entrer en matière sur l'action reconventionnelle au motif que celle-ci relève d'une autre juridiction à raison de la matière (cf. ATF 143 III 495 ss, 497-503).

27

9^e ligne : remplacer Wenger/Schott par Schott/Courvoisier, art. 186 n° 39, puis biffer la dernière phrase.

Bibliographie

FLORENCE GUILLAUME, Les fors de connexité en droit international privé, *in* Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève 2012, p. 227-253.

Art. 8a

1

In fine, ajouter : ATF 12.10.2018, 4A_229/2018, c. 8.

3

In fine, ajouter : cf. Guillaume, Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, p. 238, 243.

5

In fine : Pour le Tribunal fédéral, la notion de connexité de l'art. 15 al. 2 CPC est comparable à celle de l'art. 28 al. 3 CL (ATF 137 III 311 ss, 318) ; la même comparaison doit alors s'appliquer à l'art. 8a LDIP (cf., par ailleurs, Markus, IZPR, n° 482-485).

7

2^e ligne, ajouter : Handelsgericht ZH, BIZR 2018 n° 23 p. 87.

Bibliographie

JÜRGEN BRÖNNIMANN, Streitgenossenschaft und Klagenhäufung, *in* Internationaler Zivilprozess 2011, p. 121-141 ; CLAUDIO GIGER, Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs, Thèse Bâle 1998 ; FLORENCE GUILLAUME, Les fors de connexité en droit international privé, *in* Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève 2012, p. 227-253 ; SOPHIE LEMAIRE, La connexité internationale, Travaux 2008-2012 p. 95-124.

Art. 8b

1

7^e ligne, insérer : Tel n'est pas le cas si cette compétence relève de la Convention de Lugano, sauf dans l'hypothèse d'une compétence générale dont la localisation dépend de la LDIP et dans le cas où le for de l'action principale dépend de la Convention et non le for de l'appelé en cause (cf. Huber, p. 188-190).

Bibliographie

MELANIE HUBER-LEHMANN, Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2018.

Art. 8c

Bibliographie

PASCAL GROLIMUND, Internationale Fragen des Adhäsionsprozesses, *in* Schnittstellen zwischen Zivilprozess und Strafverfahren, Berne 2014, p. 45-59.

Art. 9

4

Remplacer la dernière phrase par : Plusieurs procédures d'insolvabilité peuvent coexister, l'art. 9 n'étant pas applicable (l'art. 167 al. 2 évitant un concours en Suisse ; cf. ATF 135 III 566 ss, 572 s.).

5

4/5^e lignes : remplacer « ATF 118 II 180 ss » par ATF 109 II 180 ss, puis ajouter : ATF 138 III 570 ss, 574 s., 577-582, Agnelli.

7^e ligne, insérer : Ces Traités prévoient en général le dessaisissement du juge saisi en second lieu plutôt que la suspension de la procédure (cf. l'ATF 138 III 581 s.).

9^e ligne, insérer : Il en va ainsi de la définition de l'identité d'objet (cf. ATF 138 III 577-580).

15^e ligne, ajouter au sujet de l'art. 31 al. 2 CMR : ATF 138 III 708 ss.

7

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 138 III 577.

10

7^e ligne, ajouter : ATF 28.7.2016, 5A_223/2016, c. 5.1.1.2.

17^e ligne, insérer : Lorsque l'action en constatation négative a pu être intentée et qu'elle s'oppose à une action condamnatoire, l'exception de litispendance s'applique, tant en matière interne (ATF 128 III 288 s.) qu'en vertu de l'art. 9 LDIP (ATF 7.6.2007, cité, c. 3.2 ; cf., également, pour l'art. 31 al. 2 CMR, ATF 138 III 708 ss, 711-713).

11 n

Le Tribunal fédéral n'a pas voulu, en « droit national suisse », élargir le champ de l'action en constatation négative de droit et ouvrir ainsi le jeu de la litispendance au débiteur qui entend agir en premier pour faire constater l'inexistence de la dette et déterminer ainsi le tribunal compétent, premier saisi (ATF 131 III 319 ss, 324-326 ; question laissée ouverte in ATF 133 III 282 ss, 288). L'intérêt du débiteur à fixer le for et à empêcher le créancier d'agir à un autre for, grâce au mécanisme de la litispendance (« forum running ») n'a pas été jugé digne de protection. Le souci du Tribunal fédéral d'éviter que les parties se précipitent pour saisir les tribunaux n'emporte pas la conviction lorsqu'il existe une inégalité entre la partie en Suisse et celle qui, à l'étranger, peut librement intenter une action à des fins déclaratoires et bloquer ainsi le for compétent également pour la partie adverse (cf. Jegher, p. 58-88). Le Tribunal fédéral a accepté ce point de vue et changé sa jurisprudence dans le contexte de la Convention de Lugano (ATF 144 III 175 ss, 185-192), en constatant cependant que sa conclusion s'applique dans les relations internationales, la question de sa pertinence dans le domaine interne restant ouverte (ATF 144 III 192). Le fait que l'art. 9 LDIP n'ait pas été mentionné n'est pas un obstacle pour appliquer cette même conclusion dans ce contexte et hors le champ de la Convention de Lugano (cf., en ce sens également, obs. F. Hoffet *et al.*, AJP 2018 p. 922).

12

In fine, ajouter : La compensation est un moyen de droit matériel entraînant l'extinction de la créance invoquée à titre principal. N'étant pas avancée sous la forme d'une action, elle ne provoque pas la litispendance (ATF 141 III 549 ss, 552) ; elle pourrait être considérée dans le contexte (limité) de la connexité (cf. n° 26).

12a n

Dans le cas particulier où le tribunal étranger suspend l'instance et renvoie les parties à faire trancher une question spécifique du litige par un tribunal suisse, cette question est comme détachée du litige étranger, de telle manière qu'il n'existe plus d'objet commun (cf., dans l'hypothèse d'un tribunal allemand renvoyant les époux à régler le sort de leur prévoyance en Suisse devant un tribunal suisse, ATF 4.10.2016, 5A_88/2016, c. 5).

13

8^e ligne, biffer Volken

14

3^e ligne, ajouter : ATF cité du 28.7.2016, c. 5.1.1.3.

6^e ligne, biffer Berti

16

6^e ligne, insérer à la suite des arrêts cités : Tribunale d'appello TI, RtiD 2018 II n° 64c p. 863.

17

In fine, ajouter : On attendra que ces confusions soient levées, ce d'autant qu'un récent arrêt observe qu'une clause exclusive d'élection d'un for suisse ne serait pas à examiner en tant qu'obstacle à la litispendance par rapport à un for italien, premier saisi, mais uniquement au stade de la reconnaissance d'un jugement italien définitif, alors que, manifestement, l'exception de litispendance doit être rejetée s'il est établi que le jugement italien ne pourra pas être reconnu en présence d'une élection d'un for suisse exclusivement compétent (ATF 138 III 575 s. ; repris, dans la même affaire, dans l'ATF 10.12.2015, 5A_358/2015, c. 3.2.3).

L'observation est faite « sous réserve des conditions de l'art. 8 de la Convention italo-suisse » (de 1933), c'est-à-dire en tant qu'obiter dictum. Les références mentionnées portent sur cette question de la reconnaissance, mais non sur celle de savoir ce qu'il faut faire dans le contexte de l'art. 9 LDIP.

L'arrêt du 10.12.2015 est à nouveau entaché d'erreur lorsqu'il observe que « l'institution de la litispendance a pour but principal d'éviter les jugements contradictoires, non de sanctionner la violation d'une règle de compétence découlant de l'absence d'une prise en considération d'une clause d'élection de for ». Cela serait au stade de la reconnaissance d'un jugement italien que les tribunaux suisses

pourront s'interroger sur les conséquences de la méconnaissance d'une telle clause (c. 3.2.3). Un simple regard sur l'art. 9 al. 1 et 3 montre que les deux problèmes sont liés. La règle sur la litispendance sanctionne évidemment la violation de l'élection d'un for suisse puisqu'elle consacre le rejet de cette exception dès lors que cette élection est exclusive (cf. art. 26 n° 22).

Puis compléter : La même erreur est alors reportée sur l'art. 8 de la Convention italo-suisse (cf. n° 5), dont il est dit qu'il n'exigerait pas de « pronostic de reconnaissance » du jugement italien à intervenir (ATF 138 III 581). La remarque est maladroite car, tout en étant correct en soi, elle méconnaît que cette disposition exige le respect de la condition la plus importante d'un tel pronostic, puisque l'exception de litispendance est admise « pourvu que celle-ci [la juridiction de l'autre Etat, premier saisi] soit compétente selon les règles de la présente Convention ». Or, cette condition ne peut être laissée de côté (comme le fait l'ATF 138 III 580 s., qui n'examine pas, dans ce contexte, le rôle de la clause de prorogation exclusive du for suisse contenue dans le pacte successoral).

L'arrêt prend comme maigre appui Wittibschlager, p. 45, affirmant l'absence d'un pronostic de reconnaissance, sans aucune explication. L'arrêt tessinois cité et Accocella, p. 135, sont d'un autre avis, ce qui aurait mérité un débat, ce d'autant qu'ils se placent dans la ligne de l'objectif visé par le Tribunal fédéral, à savoir d'éviter des jugements contradictoires (ATF 138 III 578). L'ATF 62 II 20 ss, 21 s. avait déjà bien vu que la compétence selon la Convention était une condition à examiner pour juger d'une exception de litispendance. La Cour de cassation italienne l'avait également compris en ce sens (arrêt du 28.5.1998, RDIPP 1999 p. 296). Pourquoi ignorer ces précédents ? Et alors que le nouvel arrêt insiste sur un autre point sur le respect de la lettre claire de la Convention (ATF 138 III 582), on se demande pourquoi il n'aurait pas dû le faire sur la question de la compétence indirecte, clairement posée par l'art. 8. Car quel est le sens d'une jurisprudence ordonnant la dessaisie du juge suisse en raison d'un procès en cours en Italie, s'il devait s'avérer que le jugement en résultant ne pourra pas être reconnu en Suisse, la demanderesse étant alors autorisée à reprendre son procès en Suisse ? Au demeurant, la question de la compétence indirecte n'est pas simple à répondre. Ce n'est pas tant la réserve de l'art. 2 al. 2 en faveur des compétences exclusives, s'opposant le cas échéant aux fors de l'art. 2 al. 1 ch. 1-4, qui est en jeu, car ces fors exclusifs sont manifestement différents de ces derniers fors, ce que l'ATF cité méconnaît tout en insistant sur les conclusions d'un avis de l'ISDC dont le raisonnement n'est pas expliqué (ATF 138 III 580 s.). La question est d'abord de savoir si la prorogation de for reconnue selon l'art. 2 al. 1 ch. 2 est de nature à écarter la compétence indirecte du pays d'origine du défunt d'après l'art. 2 al. 1 ch. 6 lorsqu'elle a été convenue comme étant exclusive. Et à supposer qu'il soit répondu à cette question par l'affirmative, il se pose ensuite la question de savoir si la compétence indirecte italienne, s'opposant à l'élection d'un for exclusif en Suisse, peut l'emporter en vertu de l'art. 1^{er} ch. 1 de la Convention, renvoyant aux règles de compétence de l'Etat requis. Ces règles sont d'abord, en cas de succession, celles découlant de la jurisprudence relative à l'accord italo-suisse de 1933 qui admet la prorogation de for (cf. art. 86-96 n° 13) dont l'utilité serait réduite à néant si elle ne pouvait pas être exclusive (question que l'ATF 138 III 580 s. n'évoque point), puis celles de la LDIP qui, à notre avis, ne permettent pas de reconnaître une décision étrangère rendue en méconnaissance d'une clause d'élection d'un for suisse exclusif (cf. art. 26 n° 22). L'hypothèse de l'incompétence « indirecte » des tribunaux italiens statuant à l'insu de la prorogation exclusive du for suisse mériterait donc d'être prise au sérieux.

On remarquera également en passant que c'est le premier arrêt qui renvoie au caractère privilégié des avis de droit de l'ISDC, alors que la question litigieuse porte sur une question de droit suisse, comprenant la Convention italo-suisse de 1933 (ATF 138 III 580 s., renvoyant à l'ATF 137 III 517, c. 3.3). La jurisprudence citée trouve son origine dans l'ATF du 28.10.2004 (1P.390/2004, c. 2.3), relatif à un litige soulevant une question de droit égyptien, et elle a été reprise dans l'ATF 137 III 520 s. dans le contexte de la vérification de la réciprocité offerte par la Finlande en matière de reconnaissance de faillites. Tandis que le premier arrêt rappelait bien que la valeur d'expertise des avis de l'ISDC résultait de sa fonction de fournir « des informations juridiques sur le droit étranger », l'arrêt de 2011 n'en fait pas mention. Et un glissement se produit alors dans l'arrêt du 15.5.2012, où la même valeur est attribuée à un avis de droit portant sur le droit international privé suisse. S'il est vrai que les tâches assignées à l'ISDC comprennent une activité en « droit international », il semble douteux que son expertise puisse revendiquer une priorité par rapport à d'autres sources de renseignement et d'expertise sur le droit suisse.

Il conviendrait également que la jurisprudence, si elle devait s'engager plus avant dans cette direction, remarque que les avis de droit qui lui sont ainsi présentés ont normalement été confectionnés sur mandat d'une partie, sans intégrer la contribution que les autres parties au litige pourraient fournir (cf., sur la distinction à faire entre la force probante d'une expertise privée et celle d'une expertise judiciaire, ATF 19.9.2012, 4A_274/2012, c. 3.2.1, ainsi que l'ATF cité sous art. 16 n° 9, in fine). Dans le même arrêt, si l'on prend bien note du fait que l'ISDC avait « explicitement rappelé » que l'art. 8 de l'accord de 1933 ne préconisait pas un pronostic de reconnaissance (ATF 138 III 581), il n'en demeure pas moins que, explicite ou non, ce « rappel » n'a aucune pertinence eu égard à la seule question litigieuse du contrôle de la compétence indirecte, expressément mentionné à l'art. 8 et dans toute la jurisprudence, suisse et étrangère, rendue jusqu'alors. On notera également que, dans un nouvel arrêt, il n'est plus question d'une « force probante décisive » d'un avis de droit de l'ISDC, l'avis débattu en l'espèce étant d'emblée jugé insuffisamment motivé, s'agissant d'une question de droit iranien (ATF 2.4.2014, 5A_947/2013, c. 5.2.2). Un autre arrêt estime que l'ISDC peut être sollicité par le juge pour établir le droit étranger, étant donné qu'il est en principe neutre et compétent (ATF 2.6.2017, 4A_105/2017, c. 3.2.2).

20

10^e ligne, corriger : C'est pourtant dans ce sens que la jurisprudence du Tribunal fédéral s'était dirigée, ...

In fine, ajouter : Un arrêt récent renverse cette jurisprudence, procédant à l'examen de la compétence du juge suisse saisi en second lieu d'une action en divorce frappée du sursis à statuer en vertu de l'art. 9 (ATF 31.8.2012, 5A_235/2012, c. 3).

Bibliographie

LDIP :

YVES DONZALLAZ, Litispendance : du droit international au droit interne, *in* Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève 2012, p. 137-153 ; REBEKKA KELLER, Sperrwirkung negativer Feststellungsklagen im Anwendungsbereich von Art. 27 LugÜ und Art. 9 IPRG, *ZZZ* 2014/2015, 35, p. 157-173 ; MARKUS MÜLLER-CHEN/REBEKKA M. KELLER, Wirksamkeit der Rechtshängigkeitssperre im transatlantischen Verhältnis, *in* Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, p. 769-787 ; SIBYLLE PESTALOZZI, Internationale Litispendenz in erbrechtlicher Streitigkeit, *Successio* 7 (2013) p. 227-230.

Droit international privé étranger et comparé :

GEORGE A. BERMAN, Parallel Litigation : Is Convergence Possible?, *YPIL* 13 (2011) p. 21-36 ; MARTA PERTEGAS, Lis pendens, Lessons from Brussels for a Relaunched Hague Judgments Project?, *in* Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 727-741.

Art. 10

2a n

De l'avis dominant en Suisse, des mesures du type « anti-suit injunction » ne sont pas admises. On peut renvoyer à l'analyse détaillée du Tribunal fédéral, qui n'a cependant pas pris position, constatant qu'en l'espèce, une telle mesure ne peut être ordonnée à l'égard d'une partie qui entend saisir un for régi par la Convention de Lugano (ATF 138 III 304 ss, 311-314, Swatch AG). Dès lors qu'un problème est posé du fait de l'abus de procédure d'une partie qui cherche à détourner le for normalement compétent, il serait judicieux de fournir sous la forme d'une telle injonction un moyen de combattre un tel abus. Au lieu d'en faire une question de principe, il convient de chercher simplement une sanction à l'encontre de comportements abusifs, au demeurant plutôt rares dans la pratique suisse (cf. art. 183 n° 5 ; art. 27 CL n° 25, art. 31 CL n° 25).

3

7^e ligne, ajouter : question laissée ouverte s'agissant de la preuve à futur dans l'ATF 29.10.2015, 5A_296/2015, c. 5.5.

5

3^e ligne, ajouter à la fin de la phrase : tout au moins pour le cas du séquestre assurant une exécution (Phurtag, p. 139-144)

11

4^e ligne : remplacer le mot « semble » par « est ».

5^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 27.5.2013, 5A_60/2013, c. 3.2.1.2, puis continuer : et dans la procédure de mainlevée (ATF 140 III 456 ss, 460 s.) ; cela ne doit pas empêcher la partie intéressée de fournir la preuve du contenu du droit étranger (ATF 140 III 460).

13

In fine, ajouter : Jugeant dans les limites de l'arbitraire, le Tribunal fédéral accepte qu'une telle compétence subsiste une fois que la demande au fond est pendante devant un tribunal en Suisse ou à l'étranger, estimant toutefois que l'opinion contraire peut également se défendre (ATF 17.6.2019, 5A_942/2018, c. 5.3).

15

3^e ligne, ajouter : ATF 3.6.2013, 4A_48/2013, c. 2.5.

18

In fine, ajouter : Cette jurisprudence n'a pas été mise en doute par un arrêt récent, constatant, au sujet du texte similaire de l'art. 13 lit. b CPC, qu'il n'est pas arbitraire de conclure que le for au lieu d'exécution n'est pas réservé aux seuls cas d'urgence (ATF 138 III 555 ss, 557 s.). La pratique en matière de divorce offre de nombreuses illustrations (cf. art. 62 n° 5).

21

6^e ligne, insérer : Certes, de telles mesures peuvent parfois être difficiles ou impossibles à exécuter à l'étranger, ce qui n'est pas, en soi, une raison pour ne pas les ordonner (plus restrictifs cependant Jeanneret/Baruh, RSPC 2013 p. 101-103).

22

11^e ligne, biffer Volken

In fine, ajouter: A en croire le récit fourni par un arrêt du Tribunal fédéral, la Cour de justice aurait abandonné sa jurisprudence (ATF 26.4.2012, 5A_259/2010, c. 7.1, Rybolovlev). En l'espèce, l'opportunité des mesures ordonnées à Genève n'est pas évidente par rapport aux biens localisés à l'étranger, étant donné que ceux-ci faisaient déjà l'objet de mesures de blocage prises à l'étranger. Il est certes exact de dire qu'il n'y a pas de litispendance internationale en matière de mesures provisionnelles (cf. art. 9 n° 3, art. 10 n° 17), mais cela ne répond pas à la question de savoir si les mesures étrangères ne doivent pas l'emporter sur la compétence suisse d'en ordonner les mêmes, ni à celle de l'opportunité de rajouter des mesures identiques à celles déjà efficaces à l'étranger.

L'arrêt du Tribunal fédéral, quant à lui, se borne à répondre au recours et à examiner la question de savoir si la décision de la Cour de justice était insoutenable du fait qu'elle ait ordonné une restriction du pouvoir de disposer et la saisie portant sur des biens localisés à l'étranger et formellement détenus au nom de tiers, sociétés ou trusts. Le recourant étant richissime, le Tribunal fédéral répond longuement à ce grief, pour le rejeter (c. 7.3 ; cf. art. 62 n° 17). Apparemment, le recourant n'a pas soulevé l'objection qu'il n'y aurait pas lieu d'ordonner en Suisse des mesures correspondant dans leurs effets aux mesures déjà prises à l'étranger (telle une ordonnance de blocage des biens rendue par la Haute Cour de Londres), soit parce qu'elles étaient inutiles à la protection de l'intimée, soit qu'elles ne pouvaient être ordonnées dès lors que les mesures étrangères étaient reconnues en Suisse de toute manière. On comparera cette hypothèse à la pratique dans le contexte de la Convention de Lugano : Certes, l'exception de litispendance n'affecte pas la compétence pour ordonner des mesures provisoires (cf. art. 27 CL n° 3), mais du fait de la possibilité de la reconnaissance de mesures déjà prises à l'étranger (cf. 32 CL n° 7-9), l'Etat requis voit évidemment sa marge restreinte d'autant pour ordonner les mêmes mesures. Avant d'affirmer, comme la Cour de justice semble l'avoir fait (c. 7.1 in fine) que le requérant pourrait agir en protection provisionnelle « en tous lieux où s'imposent des décisions d'exécution immédiate », il faudrait d'abord vérifier si, par rapport à un pays ou un lieu déterminé, cela n'est pas impossible ou inutile du fait que des mesures identiques y ont déjà été ordonnées ou reconnues.

Bibliographie

LDIP :

VINCENT JEANNERET/EROL BARUH, Exécution forcée en Suisse de mesures provisionnelles déployant des effets extraterritoriaux : à l'impossible nul n'est tenu, RSPC 9 (2013) p. 95-103 ; JULIEN PERRIN/MATTHEW SHAYLE, Trusts et restrictions au pouvoir de disposer dans le cadre d'un divorce en Suisse, Jusletter, 16.9.2013 ; SEJEE PHURTAG, Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht, Berne 2019 ; GIAN PAOLO ROMANO, Certezze e incertezze nella giurisprudenza recente in materia di misure provvisorie nel contenzioso transfrontaliero, in Giurisprudenza recente del Tribunale federale, Lugano 2017, p. 55-69 ; DAVID W. WILSON/JULIE WYNNE, Trusts et divorce: la salade russe de Rybolovlev c. Rybolovleva, Not@lex 6 (2013) p. 14-23.

Droit international privé étranger et comparé :

VERÓNICA RUIZ ABOU-NIGM, The Arrest of Ships in Private international Law, Oxford 2011 ; ANDREA BONOMI, Interim Measures at the Crossroads of International Litigation and Arbitration, YPIL 21 (2019-20) p. 137-157 ; MARIE NIOCHE, L'incidence de la distinction per officium/per partes sur la circulation internationale des décisions provisoires, International Journal of Procedural Law (IJPL) 1 (2011) p. 231-264 ; ILARIA PRETELLI, The Law Applicable to Provisional Measures and Protective Measures, YPIL 21 (2019-20) p. 197-223.

1

In fine, ajouter : Gauthey/Markus, n° 128-241.

2

In fine, après la mention de la Convention de 1954 : biffer la demi-phrase visant l'Estonie et l'Islande.

5

7^e ligne, ajouter : ATF 142 III 116 ss, 119.

In fine, ajouter : Pour la transmission vers un Etat non contractant, il convient d'observer son droit si le destinataire y est domicilié (cf. ATF 17.10.2019, 5A_359/2019, c. 2.3).

5° n

Les représentations suisses peuvent intervenir auprès des autorités locales et centrales de leur Etat de résidence par les canaux consulaires et diplomatiques (art. 45 al. 5 LSEtr). En revanche, ni elles, ni le Département fédéral dont elles dépendent n'interviennent dans les procédures judiciaires à l'étranger (art. 56 al. 1 OSEtr). L'employé consulaire qui se manifeste de façon autonome dans un contexte litigieux à la demande d'une autorité fédérale, comme on le constate parfois, agit donc hors norme.

9

9^e ligne, ajouter aux ATF cités : 136 III 575 ss, 578 ; ATF 21.8.2013, 5A_293/2013, c. 2.1.

11^e ligne, in fine : Une récusation demandée dans un procès en nullité du mariage relève de la matière civile (ATF 7.7.2011, 5F_6/2010, c. 3.1).

21

7^e ligne, ajouter : Gauthey/Markus, n° 643, 646, 663.

24

In fine, ajouter : Par ailleurs, des communications informelles ou sans effets juridiques ne sont pas compris dans le régime des notifications (Gauthey/Markus, n° 103, 108, 119-121).

25

In fine, ajouter : elle ne règle non plus la manière de procéder en cas d'échec de toute notification ; en Suisse, l'acte est alors notifié par voie édictale (art. 141 CPC, art. 66 al. 4 LP ; cf. ATF 4.7.2018, 5A_17/2018, c. 3.2.5).

33

6^e ligne, biffer le mot « toujours ».

8^e ligne, ajouter à l'ATF 135 III 623 ss : ATF 25.6.2015, 4A_141/2015, c. 5.1.2 ; ATF 4.7.2018, 5A_17/2018, c. 3.2.2.

10^e ligne, insérer : La jurisprudence récente estime cependant que l'objection n'est pas pertinente à l'encontre d'actes notifiés à la suite de l'acte introductif d'instance, étant donné qu'alors, le défendeur est déjà suffisamment informé (ATF 135 III 627 ; ATF 29.10.2010, 5A_389/2010, c. 3.2.2). L'objection suisse n'empêche pas, cependant, l'envoi postal d'un acte suisse vers un pays étranger qui ne s'y oppose pas (ATF 6.7.2011, 5A_415/2010, c. 3.5 ; ATF 7.7.2011, 5F_6/2010, c. 4.2 ; ATF 31.5.2013, 5A_734/2012, c. 8.2 ; ATF 11.2.2015, 4A_399/2014, c. 2.1 ; ATF cité du 25.6.2017, c. 5.1.1 ; ATF 22.1.2020, 5A_41/2019, c. 4.4 ; Tribunale d'appello TI, RtiD 2016 II n° 59c p. 687).

Sur ce dernier point, la question mériterait d'être examinée de plus près. Tant l'ATF du 7.7.2011 que celui du 31.5.2013 ne fournissent aucune source (ni Gauthey/Markus, n° 269, qui se bornent à répéter le Tribunal fédéral). Ceux du 6.7.2011, du 11.2.2015, du 25.6.2015 et du 22.1.2020, ainsi que l'arrêt tessinois, quant à eux, renvoient aux directives de l'Office fédéral de la justice. Celui-ci invoque le paragraphe 79 (intitulé « Réserves et réciprocités ») des Conclusions et Recommandations d'une Commission spéciale lors d'une réunion de 2003, dont les termes sont : « La CS [Commission spéciale] note que les Etats parties n'invoquent pas la réciprocité contre les autres Etats qui ont fait des déclarations en vertu des articles 8 et 10. ». La portée de cette déclaration est douteuse. Les experts réunis au sein de cette Commission n'avaient pas de mandat pour prendre de tels engagements au nom de leur gouvernement, et le document cité ne mentionne ni les Etats « représentés » ni leurs délégués. Lors de la réunion de la même Commission en 2009, il n'y a eu ni rappel ni allusion à l'affirmation formulée en 2003. Ce document est donc dépourvu d'effet juridique, sur ce point tout au moins. Quant à l'échange de lettres entre la Suisse et l'Italie du 2.6.1988 (RS 0.274.184.542), il porte sur la transmission d'actes entre autorités, sans faire aucune mention de la voie postale directe. Celle-ci ne figure pas, d'ailleurs, à l'art. 71 de la loi italienne sur le droit international privé, portant sur les « Notificazione di atti di autorità straniera ». Il conviendrait donc d'être prudent. Cela dit, l'Italie suit une politique favorable aux

notifications postales (cf. Pietro Franzina, Sulla notifica degli atti giudiziari mediante la posta secondo la convenzione dell'Aja del 1965, RDIPP 2012 p. 341-362, qui n'aborde cependant pas la question de l'effet réciproque de ladite réserve).

17^e ligne, insérer après la parenthèse : et en matière administrative en général (cf. n° 52a).

22^e ligne, ajouter à l'ATF cité : , mais jugé sans pertinence dans l'ATF 9.4.2018, 2C_478/2017, c. 5 ; puis insérer : La Convention n'empêche pas d'exiger une élection de domicile, dont la communication suit la voie de l'entraide (cf. ATF 9.9.2014, 5D_65/2014, c. 3 ; ATF cité du 25.6.2015, c. 5.1 ; ATF 143 III 28 ss, 32 ; ATF 3.4.2020, 5A_803/2019, c. 3). Puis continuer : Cependant, ...

35

In fine, ajouter : La Suisse en déduit que la communication directe de la part de nos représentations à l'étranger de documents officiels à nos propres ressortissants est également autorisée (JAAC 2014 n° 10 p. 186).

38

Au début : Par « acte judiciaire », on entend tout document lié à une procédure judiciaire ou d'exécution forcée, sans qu'il soit exigé que le tribunal étranger soit déjà saisi du litige (cf. ATF 20.11.2015, 5A_305/2015, c. 2).

In fine, ajouter : Cela comprend les actes de poursuite (ATF 20.11.2018, 5A_164/2018, c. 2.2). Les règles spéciales d'accords internationaux en matière d'immunité sur la notification à des Etats sont réservées (cf. ATF 136 III 575 ss, Israël). On ne saurait se contenter d'une remise auprès d'une Mission permanente (contrairement à l'avis du Tribunal fédéral dans l'ATF 8.4.2021, 4A_516/2020, c. 3).

41

4^e ligne, insérer avant l'ATF 7.1.2011 : ATF 29.10.2010, 5A_389/2010, c. 4.

42

In fine, ajouter à l'arrêt zurichois cité : 2015 n° 26 p. 113 ; Appellationsgericht BS, BISchK 2014 n° 26 p. 138 ; puis continuer : Si, malgré les recherches entreprises de bonne foi et avec la diligence requise, le destinataire ne peut être retrouvé et son domicile n'est pas connu, l'autorité peut signifier l'acte en vertu de son droit national, par voie édictale (art. 141 CPC), par exemple (cf. art. 26 CL ; CJUE 15.3.2012, C-292/10, de Vischer, n° 43-59 ; ATF 21.6.2012, 5A_318/2012, c. 2-5 ; ATF 12.10.2015, 5A_522/2015, c. 3 ; ATF 22.1.2020, 5A_41/2019, c. 4.3).

43

In fine, ajouter : Il n'y a pas lieu de distinguer selon le mode de transmission utilisé, le seul point décisif étant l'acceptation par le destinataire (Obergericht LU, LGVE 2008 I n° 24 p. 62).

44

In fine, ajouter : En cas d'échec, une nouvelle tentative peut s'imposer, avant que l'on procède par la voie édictale (cf. ATF 20.11.2018, 5A_164/2018, c. 2).

45

12/13^e lignes, remplacer la référence à Gauthey par : Gauthey/Markus, n° 441.

46

10^e ligne, ajouter dans la parenthèse : cf., par ailleurs, Kantonsgericht GR, ZGRG 2020 p. 92).

In fine, ajouter: La Convention ne contenant point de règle relative à la date de signification d'un acte, il convient également de s'en remettre au droit du for. La règle de principe qui s'apparente au mieux au régime de la Convention est celle de la remise effective (cf. Cour de cassation française, 23.6.2011, Rev.crit. 2012 p. 102). C'est également ce qui ressort des art. 137-141 CPC, dont le contenu est cependant incertain lorsque l'acte n'a pas pu être remis à son destinataire à l'étranger.

47

9^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 22.10.2020, 5A_571/2020, c. 7

11^e ligne, compléter la mention de l'art. 6 al. 4 par : ATF 21.8.2013, 5A_293/2013, c. 2.2. Puis insérer : l'attestation fait preuve des faits constatés en rapport avec la remise de l'acte, sous réserve de la preuve de leur inexactitude (ATF cité du 22.10.2020, c. 6.3).

47a n

La remise de l'acte et la délivrance de l'attestation n'ouvrent pas, normalement, une voie de recours, faute d'intérêt. Si des vices dans la notification peuvent être constatés, ils peuvent être soulevés, le cas échéant, soit devant le tribunal étranger saisi du litige, soit dans le contexte de la procédure de reconnaissance et d'exécution en Suisse (art. 27 al. 2 lit. a ; ATF 1.7.2020, 4A_527/2019, c. 3).

51

8^e ligne, ajouter à l'art. 9 al. 1 : cf. la note de la direction fédérale du droit international public, RSDIE 2015 p. 81.

In fine, ajouter : l'acte est alors transmis via l'ambassade suisse dans l'Etat requis et non par le canal de l'ambassade de l'Etat requis en Suisse (cf., pour une autre illustration, l'arrêt du 21.2.2019 de la Cour de cassation française, Rev.crit. 2019 p. 836). La remise directe par les soins des agents diplomatiques ou consulaires dans le pays requis est également possible (art. 8 ; ATF 4.7.2018, 5A_17/2018, c. 3.2.2).

52

4^e ligne, ajouter à l'art. 10 lit. a : ATF 142 III 180 ss, 186 ; cf. n° 33, art. 27 n° 35.

52a n

On peut se demander si la Suisse peut encore longtemps s'opposer à la transmission par la voie postale par le maintien de sa réserve à l'art. 10 lit. a. En effet, lors de la ratification de la Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative du 24.11.1977 (RS 0.172.030.5), entrée en vigueur le 1.10.2019, la Suisse a déclaré qu'elle autorise la notification directe par la voie postale. Face à cette ouverture, le maintien de la réserve dans le contexte de la Convention de 1965 apparaît anachronique.

55

5^e ligne, insérer : Il ne suffit pas d'en accepter une exception au seul motif que le tribunal d'origine se serait placé hors du champ de la Convention en opérant une telle notification fictive purement interne (comme l'admettent Gauthey/Markus, n° 261, 466, tout en exprimant des regrets) ; dans le contexte des art. 15 et 16, l'exigence d'une notification à l'étranger relève du droit de l'Etat requis, car autrement, la condition de l'art. 15 al. 1 lit. a serait dépourvue de sens et d'effet utile.

56

In fine, ajouter : Cela ne signifie pas, cependant, que le juge suisse devrait suspendre indéfiniment la procédure (cf. Gauthey/Markus, n° 476-478).

58

6^e ligne, insérer : Dès lors qu'une partie a été dûment informée de l'ouverture du procès, il lui appartient de communiquer sa nouvelle adresse au tribunal (ATF 23.4.2013, 5A_24/2013, c. 2.3.2).

60

In fine, ajouter : Gauthey/Markus, n° 259-264.

63

In fine, ajouter : ATF 29.10.2010, 5A_389/2010, c. 3.2.2.

64

In fine, ajouter: cf., pour un avis opposé, Gauthey/Markus, n° 281-290, 497, qui acceptent cependant de nombreuses exceptions ainsi qu'une jurisprudence estimant une telle pratique régulière.

68

In fine, ajouter : Gauthey/Markus, n° 264.

71

14^e ligne, ajouter : ou si le formulaire type n'est pas joint (CJUE 16.9.2015, C-519/13, Alpha Bank Cyprus Ltd, n° 26-77). Le destinataire doit être dûment informé de son droit de refuser de recevoir un acte non conforme (CJUE 28.4.2016, C-384/14, Alta Realitat, n° 57-89), ce qui comprend la remise du formulaire type figurant à l'annexe II (cf. CJUE 2.3.2017, C-354/15, Henderson, n° 53-68).

23^e ligne, ajouter à l'art. 19 : sur le délai de forclusion, cf. CJUE 7.7.2016, C-70/15, Lebek, n° 50-58.

In fine, ajouter: ainsi qu'aux actes privés dont la transmission formelle à leur destinataire résidant à l'étranger est nécessaire à l'exercice, à la preuve ou à la sauvegarde d'un droit ou d'une prétention juridique en matière civile et commerciale (CJUE 11.11.2015, C-223/14, Tecom Mican SL, n° 31-46). L'interprétation de la notion de « matière civile et commerciale » doit être large, fondée sur un examen sommaire (CJUE 11.6.2015, C-226/13, Fahrenbrock, n° 39-59). Un Etat membre ne peut contourner le Règlement en prescrivant que les actes judiciaires destinés à une partie résidant dans un autre Etat membre soient conservés au dossier et réputés signifiés, lorsque cette partie n'a pas désigné un représentant autorisé à recevoir les significations et résidant dans l'Etat du tribunal saisi (CJUE 19.12.2012, C-325/11, Alder, n° 32-42).

72a n

La refonte de ce Règlement du 25.11.2020 (2020/1784) améliore le fonctionnement de ce régime par de nombreuses précisions et des allègements liés aux communications électroniques (JOUE 2020 L 405, p. 40). Il est applicable dès le 1.7.2022.

83a n

Il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur les demandes d'une partie qui vont au-delà de l'objet de la demande d'entraide. Une partie ne peut invoquer des droits qu'elle aurait dû faire valoir dans le procès principal à l'étranger (ATF 142 III 125 ; ATF 7.3.2017, 5A_56/2017, c. 3).

83b n

Une Motion (n° 20.4266) adoptée au Parlement (BO CE 2020 p. 1422, CN 2021 p. 1447) vise à adapter la réserve formulée par la Suisse de manière à simplifier le recours à la vidéoconférence et à la téléconférence dans un contexte international. Dans la mesure où la législation suisse est adaptée à ces procédés de recueillement des preuves, les art. 7 à 10 de la Convention doivent permettre de les appliquer sans qu'il y ait lieu d'adapter au préalable la réserve suisse. Au lieu d'une réserve, il s'agirait plutôt de formuler, au besoin, une déclaration selon l'art. 27. On consultera utilement le Guide de bonnes pratiques sur l'Utilisation de la liaison vidéo (La Haye 2020), notant que « ni l'esprit ni la lettre de la Convention ne font obstacle à l'utilisation des nouvelles technologies, et celle-ci peut bénéficier au fonctionnement de la Convention » (p. 44).

88

In fine, ajouter : Pour le Tribunal fédéral, la procédure à suivre au sens de l'art. 9 al. 1 de la Convention est régie par les art. 335 ss CPC, étant noté que les prescriptions spéciales de la Convention ont toujours la priorité (cf. ATF 142 III 124 ss., omettant la réserve de la LDIP également explicitée à l'art. 335 al. 3 CPC). Selon la jurisprudence, pour respecter le droit d'être entendu des personnes intéressées, il suffit que celles-ci disposent d'une voie de recours avant le renvoi de la commission rogatoire ; compte tenu de l'urgence, il n'y a pas lieu de leur donner l'occasion d'intervenir au stade de l'exécution de la commission déjà, ce d'autant que la personne visée aura l'occasion de s'exprimer dans le procès au fond à l'étranger (cf. ATF 142 III 123-125 ; 145 III 422 ss, 424-427). La situation en résultant n'est pas simple pour autant : La banque qui doit fournir des renseignements sur un compte est partie de la procédure déjà au stade de l'exécution, lui permettant d'invoquer son devoir de secret, tandis que le titulaire du compte ne peut se faire entendre qu'au stade d'un recours, sans exclure qu'après avoir été informé par la banque, il puisse déjà s'associer aux démarches de celle-ci et faire valoir ses droits à travers elle. Toutefois, ce moyen de recours est un complément utile qu'un autre arrêt n'avait pas envisagé, estimant que le titulaire du compte n'avait pas plus de droit que de se faire entendre dans la procédure au fond à l'étranger (ATF 29.8.2017, 4A_167/2017, c. 4). Le tribunal de première instance saisi de la requête d'exécution ne peut donc approuver celle-ci et laisser le juge étranger saisi du fond trancher les motifs de refus selon la Convention. L'intimé doit pouvoir invoquer ces motifs par un recours contre la décision d'exécution rendue en Suisse ; si son recours est admis, le dossier retourne devant le premier juge devant lequel l'intimé n'avait pas pu se faire entendre dans la première phase de la procédure (cf. Obergericht ZH, BIZR 2016 n° 60 p. 236). On se demandera également si le Tribunal fédéral ne va pas devoir s'aligner, en matière civile et commerciale, sur les garanties de protection du droit d'être entendu qu'il impose sur le fondement des principes fondamentaux de procédure en matière d'entraide pénale (cf. ATF 145 IV 99 ss, 108-113). Le droit d'être entendu des parties au procès au fond serait ainsi sauvegardé d'emblée (cf. Klaus, ZZZ 2016 p. 306, expliquant que telle serait la pratique à Zurich).

89

2^e ligne, ajouter : Obergericht ZH, BIZR 2014 n° 13 p. 44 ; Markus, IZPR, n° 1951.

4^e ligne, insérer : En effet, l'acte d'entraide présente un caractère ancillaire au procès étranger au fond ; il doit donc respecter les exigences du procès équitable et du droit d'être entendu d'après la loi de l'autorité judiciaire requise, faute de quoi l'acte risque de ne pas être reconnu et donc s'avérer inutile devant l'autorité judiciaire requérante (point de vue méconnu par l'ATF 25.6.2015, 5A_799/2014, c. 2 ; cf. Gauthey/Markus, n° 25-30, exposant par ailleurs la nature multiple de l'entraide que l'on aurait tort de classer en droit administratif uniquement).

90

In fine, ajouter : Les dispenses visées par le droit suisse relèvent de la procédure civile (art. 166 CPC) ou du droit matériel. Les banquiers sont certes astreints au secret bancaire (art. 47 LB), mais pour eux, la dispense n'est pas un droit propre, étant donné qu'ils sont des tiers titulaires de droits de garder le secret protégés par la loi ; à ce titre, ils ne peuvent refuser de collaborer que s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Le secret bancaire n'est pas opposable dans les litiges entre époux (art. 170 al. 3 CCS), ni dans les litiges entre héritiers (art. 607 al. 3, art. 610 al. 2 CCS) ou en matière de poursuite pour dettes (art. 91 al. 4 LP). Il appartient au tribunal étranger requérant de fixer l'étendue des renseignements que doit fournir la banque dans le cas particulier (cf. ATF 142 III 116 ss, 120-123 ; ATF 20.8.2013, 5A_284/2013, c. 4).

On notera que cette présentation de la portée du secret bancaire n'est pas coordonnée avec celle retenue en matière pénale, qui est sensible, en plus, au rôle institutionnel dudit secret et au fait qu'il protège les intérêts collectifs de la place financière suisse (ATF 141 IV 155 ss, 164).

94

In fine, ajouter : Pour le Tribunal fédéral, il y a atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de la Suisse lorsque l'exécution de la requête porte atteinte aux droits fondamentaux des personnes concernées et en particulier au droit d'être entendu. Ainsi, le client de la banque, titulaire formel d'un compte, doit avoir eu l'occasion de s'exprimer dans le procès au fond à l'étranger (même sans en être partie) visant à la découverte du nom de l'ayant droit économique, à défaut de quoi il ne peut être donné suite à la demande d'entraide par laquelle la banque devrait être amenée à dévoiler l'identité du bénéficiaire économique du compte (ATF 142 III 123 s., 127).

Il conviendra d'examiner encore attentivement cette solution et la jurisprudence à venir. Il semble en effet excessif de qualifier toute violation du droit d'être entendu d'atteinte à la « souveraineté » ou à la « sécurité » de la Suisse, notions dont l'arrêt cité rappelle qu'elles doivent être interprétées de manière étroite (c. 3.2). Les principaux auteurs que le Tribunal fédéral cite à l'appui de son interprétation ne soutiennent pas l'application extensive qui est faite de l'art. 12 al. 1 lit. b de la Convention (cf. Gauthey/Markus, n° 298-301, 570 s.) ; aussi faut-il prendre garde à ne pas confondre le sens de cette réserve dans le contexte de cette Convention et dans celui retenu en matière de notification. Le Tribunal fédéral indique d'ailleurs une autre voie pour exercer le contrôle du respect du droit d'être entendu, sans le retenir comme solution applicable en l'espèce. En effet, citant les mêmes auteurs (n° 640), il est expliqué que lors de l'application de l'art. 9 al. 1, l'autorité requise peut appliquer non seulement les règles formelles mais également les règles matérielles de son droit de procédure civile (c. 3.3), soit les art. 335 ss CPC et les règles pertinentes de l'art. 27 LDIP. L'art. 5 semble également mériter davantage d'attention, autorisant le renvoi d'une commission rogatoire défectueuse, la procédure suisse étant suspendue dans l'attente de la nouvelle version. Enfin, l'autorité judiciaire suisse est autorisée à compléter une demande d'entraide lacunaire lorsque cela peut se faire aisément, au lieu de la renvoyer au tribunal d'origine pour ensuite être saisie à nouveau ; ainsi que l'a relevé l'ATF 4.12.2007, 4A_399/2007, c. 3.2, ce n'est pas une obligation, mais rien ne l'interdit (cf., de même, Gauthey/Markus, n° 723). Cette voie semble surtout hautement indiquée dans une situation telle celle du récent arrêt du Tribunal fédéral : en effet, n'est-il pas inopportun, voire absurde, de renvoyer la demande d'entraide au tribunal espagnol saisi du litige au fond au motif que le droit d'être entendu du titulaire du compte aurait été violé par ledit tribunal, alors qu'il est également expliqué (partie A.a) que ce même titulaire ne participe pas à cette procédure ? Aussi remarque-t-on que le raisonnement de cet arrêt contraste étonnamment avec celui de l'ATF cité du 4.12.2007, dans lequel il a été jugé que l'on ne discernait pas pour quelle raison le fait que la société titulaire du compte ne soit pas partie au procès civil pendant aux Etats-Unis d'Amérique excluait la levée du secret bancaire dans la procédure d'entraide (c. 4.2, 5.2).

102

7^e ligne, ajouter à l'auteur cité : Boss, Revue de l'avocat 2017 p. 77-82.

103

In fine, ajouter, Gauthey/Markus, n° 780-786.

104

In fine, ajouter : ATF 2.2.2017, 5A_566/2016, c. 4 ; Kantonsgericht SG, GVP-SG 2009 n° 90 p. 215.

107

In fine, remplacer la dernière phrase par : L'autorité saisie de la requête en Suisse ne dispose pas d'une connaissance approfondie du procès au fond, de telle sorte que son champ d'examen est limité. Elle doit exiger néanmoins qu'il soit démontré que les documents dont l'édition est requise ont un rapport direct et nécessaire avec le fond du litige et les droits invoqués ; elle ne doit pas se satisfaire de simples affirmations du juge étranger que de tels liens existent (cf. ATF 17.1.2018, 4A_315/2017, c. 5).

111

In fine, ajouter comme premier auteur : Voss, IPRax 2020 p. 260-266.

115

In fine, ajouter: cf. Gauthey/Markus, n° 538-546.

116

16^e ligne, ajouter: pour une décision récente: JAAC 2016 p. 38.

116a n

En revanche, il ne semble pas avoir été l'intention du législateur de permettre que le système de la Convention de 1970 soit contourné par le biais de l'art. 158 CPC sur l'administration de preuves à futur, requise par une partie étrangère invoquant un « intérêt digne de protection ». Lorsque de telles preuves sont destinées à un procès à l'étranger, il s'agit d'un acte d'entraide entraînant le respect des instruments prévus à cet effet. La Convention entend d'ailleurs s'appliquer au cas d'une « procédure future » (art. 1 al. 2 ; cf. Gauthey/Markus, n° 557-562). On réservera cependant les communications de données à l'étranger qui servent au soutien d'un « droit en justice » hors les règles applicables à un procès en cours ou une procédure d'entraide (art. 2 al. 2 lit. c, 6 al. 2 lit. d LPD). Toutefois, la pratique relative à l'art. 158 CPC pourrait exercer une influence sur celle de l'autorisation dans le contexte de la Convention (cf. Favalli, *in Beweisrecht der neuen ZPO*, p. 35).

Le manque de clarté des textes empêche des réponses nettes. Certes, l'art. 2 CPC réserve les traités et la LDIP lorsqu'il s'agit d'une « cause de nature internationale », mais l'art. 11a LDIP, pourtant consacré au droit applicable aux actes d'entraide judiciaire, ne dit rien sur la prépondérance des Conventions d'entraide et il se borne à renvoyer au « droit suisse ». La priorité de la Convention de La Haye de 1970 ne résulte pas non plus de l'art. 1^{er} al. 2 LDIP, étant donné que l'exclusivité du régime conventionnel a été souhaitée par la Suisse mais n'est pas consacrée en droit positif. Même s'il est difficile d'écarter l'art. 158 CPC au motif d'une « lex specialis » (art. 2 CPC, art. 11a LDIP) ou de la priorité d'un traité (art. 2 CPC), il n'en demeure pas moins que cette disposition porte sur l'administration de preuves destinées, dans le contexte des art. 150-159 CPC, à l'appréciation par une autorité judiciaire. Il ne s'agit pas d'un moyen général d'exploration de faits, mais de l'apport de preuves sur des faits allégués ou susceptibles de l'être dans un procès (cf. ATF 140 III 16 ss, 19-24 ; ATF 10.12.2013, 4A_336/2013, c. 3.2, non reproduit dans l'ATF 140 III 24 ss ; ATF 25.1.2013, 5A_832/2012, c. 7). Or, le caractère judiciaire de cette démarche doit faire appel, s'agissant de preuves destinées à une procédure menée à l'étranger, aux moyens de l'entraide judiciaire. C'est également par ce canal que l'assurance est fournie que les preuves récoltées en Suisse soient admises devant le for étranger.

De ces situations il convient de distinguer celles dans laquelle une partie suisse est sollicitée directement par une autorité étrangère de livrer des preuves sur des faits sous son contrôle, sans que la voie de l'entraide ne soit suivie ou engagée. Certes, le respect des mécanismes d'entraide peut être exigé. Mais cela peut s'avérer être une arme de faible portée face à une autorité étrangère disposant de moyens de pression capables de surmonter pareil obstacle. Apparemment sans y avoir consacré de longues réflexions, le législateur en a fait un motif justifiant une communication transfrontière de données, si celle-ci « est, en l'espèce, indispensable soit à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant, soit à la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice » (art. 6 al. 2 lit. d LPD). Certes, cette disposition n'est pas pertinente si la communication touche à des procédures pendantes ou d'entraide judiciaire internationale (art. 2 al. 2 lit. c LPD), mais elle conserve son rôle hors les canaux de l'entraide et lorsque la communication a lieu indépendamment des règles régissant une procédure, pendante ou à venir, dès lors qu'il s'agit de faire valoir « un droit en justice » (cf. Meier, n° 1379). On tiendra également compte du fait que le Tribunal fédéral adopte une interprétation étroite de la notion de procès pendant (ATF 138 III 425 ss, 429), ce qui tend à élargir plutôt l'accès aux données au soutien de la recherche de preuves à futur.

119a n

Cependant, le Règlement ne régit pas l'obtention transfrontalière des preuves de manière exhaustive ; il vise uniquement à faciliter une telle obtention. En particulier, il ne contient aucune disposition régissant ou excluant la possibilité, pour la juridiction d'un Etat membre, de citer une partie résidant dans un autre Etat membre de comparaître et de déposer un témoignage directement devant elle (CJUE 6.9.2012, C-170/11, Lippens, n° 24-39) ou d'y faire effectuer un acte d'instruction confié à un expert (CJUE 21.2.2013, C-332/11, ProRail BV, n° 41-54).

119b n

La nouvelle version (refonte) de ce Règlement du 25.11.2020 (2020/1783) apporte un certain nombre d'améliorations visant à rendre le système plus efficace et adapté aux communications électroniques (JOUE 2020 L 405, p. 1). Le nouveau texte est applicable dès le 1.7.2022.

124a n

Le système de la Convention de La Haye a été élargi par l'*e-APP*, dont font partie plus de 40 Etats, non la Suisse. Il y a deux composantes, l'*e-Apostille* et l'*e-Registre*. La première est l'émission effective du certificat d'Apostille sous forme électronique, avec une signature électronique. La seconde est le même registre que celui exigé par l'art. 7, les inscriptions au registre étant cependant consultées et vérifiées électroniquement. L'*e-APP* a montré un impact positif sur la facilitation des procédures d'émission et de contrôle des apostilles, ainsi que sur l'amélioration de l'accès aux services pour les citoyens des Etats parties.

125

In fine, ajouter: Les quelques accords bilatéraux concernant la légalisation d'actes publics, tel celui avec l'Allemagne (RS 0.172.031.361) n'ont plus guère d'intérêt en pratique.

126 n

Dans les relations entre les Etats membres de l'UE, le Règlement 2016/1191 du 6.7.2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifient les conditions de présentation de *certain documents publics* dans l'Union européenne (JOUE 2016 L 200, p. 1) est applicable depuis 16.2.2019 (art. 27). Les documents relevant de ce Règlement sont exemptés de toute forme de légalisation et de formalité similaire (art. 4). Ils peuvent être accompagnés d'un formulaire type multilingue (art. 7-12). Le Règlement ne couvre pas les questions de reconnaissance d'effets juridiques attachés au contenu des documents visés (art. 2 par. 4). Il ne s'applique pas aux documents publics délivrés par les autorités d'un pays tiers (art. 2 par. 3 lit. a). Les conventions internationales auxquelles un Etat membre est partie, telle celle de La Haye de 1961 sur les légalisations, ne sont pas touchées, sauf dans les rapports entre les Etats membres (art. 19 par. 1 et 2).

Bibliographie

LDIP et Conventions internationales :

APOSTOLOS ANTHIMOS, Griechisch-schweizerischer Zustellungsverkehr in Zivil- und Handelssachen, ZZZ 9 (2014), 30, p. 150-152 ; PHILIPPE VLADIMIR BOSS, L'autorisation d'exécuter un acte pour un état étranger dans la pratique récente, Revue de l'avocat 20 (2017) p. 77-82 ; STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, Sprünge der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen in öffentlich-rechtliche Vertiefen, in Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich 2018, p. 1093-1111 ; DANIELE FAVALLI, Dokumentenedition im internationalen Verhältnis: e-Discovery und Rechtshilfe, in Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken, Berne 2012, p. 13-37 ; DANIELLE GAUTHEY, Ausgewählte Fragen aus der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen unter besonderer Berücksichtigung des Bank- und Steuerdatentransfers, in Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finanzmarktsachen, Zurich 2017, p. 25-42 ; DANIELLE GAUTHEY/ALEXANDER R. MARKUS, L'entraide judiciaire internationale en matière civile, Berne 2014 ; PHILIPP KLAUS, Verfahren nach dem Haager Beweisaufnahmevereinbarung, ZZZ 11 (2016) p. 300-311 ; BRUNO LÖTSCHER-STEIGER *et al.*, Rechtshilfe in Zivilsachen, in Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Schweiz, Zurich 2014, p. 535-560 ; SHELBY DU PASQUIER *et al.*, Transmission d'informations à l'étranger, Coopération ou soumission?, Un état des lieux, Bâle 2014 ; PRISCA SCHLEIFFER, Die rechtshilfweise Erlangung von Beweismitteln in Südafrika, Botswana, Namibia, Nigeria und Uganda zugunsten eines in der Schweiz anhängigen Zivilverfahrens, ZZPInt 17 (2012) p. 431-470 ; IDEM, Cross-border Taking of Evidence in Civil and Commercial Matters in Switzerland, South Africa, Botswana, Namibia, Nigeria, and Uganda, Hamburg 2014 ; MICHAEL VLCEK, Cross Border Cloud Computing and Discovery-Risiken, in Recht und Wandel, Festschrift für Rolf H. Weber, Zurich 2016, p. 165-180.

Conventions internationales et droit international privé étranger et comparé :

JAMES W. ADAMS, The Apostille in the 21st Century: International Document Certification and Verification, Houston Journal of International Law 34 (2011-12) p. 519-559 ; DAVID B. ADLER, Schritt in Richtung Beilegung des deutsch-amerikanischen Justizkonflikts ? – Zur geplanten Einschränkung des Totalvorbehalts gegenüber extraterritorialer discovery-Anfragen US-amerikanischer Gerichte, IPRax 35 (2015) p. 364-374 ; ANDREAS BAREISS, Pflichtenkollisionen im transnationalen Beweisverkehr, Offenbarungspflichten im Zivilprozessrecht der USA und Offenbarungsverfahren nach deutschem und europäischem Recht, Tübingen 2014 ; CHRISTOPHE BERNASCONI, The Electronic Apostille Program (e-APP): Bringing the Apostille Convention into the Electronic Area, in Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 199-212 ; CHIARA BESSO, Cooperation in the Taking of Evidence : The European Attitude, International Journal of Procedural Law (IJPL) 2 (2012) p. 68-87 ; DAVID-CHRISTOPH BITTMANN, Der Begriff der « Zivil- und Handelssache » im internationalen Rechtshilfeverkehr, IPRax 32 (2012) p. 216-218 ; MORITZ BRINKMANN, « Clash of Civilizations » oder effektives Rechtshilfeinstrument ?, Zur wachsenden Bedeutung von discovery orders nach Rule 28 U.S.C. § 1782(a), IPRax 35 (2015) p. 109-119 ; CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Notification / Preuve, 4^e/3^e éd., La Haye 2016 ; FELIX FUCHS, Der internationale Urkundenverkehr 4.0 : Die elektronische Apostille, IPRax 40 (2020) p. 302-305 ; ANDREAS HOLZGRAVE, Ausländische Beweissicherungsverfahren im inländischen Prozess, Berlin 2018 ; CATHERINE KESSEDJIAN, Le droit international collaboratif, Paris 2016 ; OLIVER L. KNÖFEL, Prozesskostenhilfe im Internationalen Zivilverfahrensrecht - Grundlagen und aktuelle Probleme, in Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 501-522 ; DAVID McCLEAN, International Co-operation in Civil and Commercial Matters, 3^e éd. Oxford 2012 ; MARTIN MENNE, Verbindungsrichter und internationale Richternetzwerke in der familiengerichtlichen Praxis, FamPra.ch 15 (2014) p. 344-358 ; IDEM, Grenzüberschreitende richterliche Kooperation im internationalen Familienrecht und Verbindungsrichter, IPRax 40 (2020) p. 86-90 ; WOLF ZUR NIEDEN, Zustellungsverweigerung rechtsmissbräuchlicher Klagen in Deutschland nach Artikel 13 des Haager Zustellungsvereinbarung, Frankfurt a.M. 2011 ; HANS-ERIC RASMUSSEN-BONNE, Zum Stand der Rechtshilfepraxis bei Zustellungsersuchen von US-Schadenersatzklagen nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Juli 2003, in Balancing of Interests, Liber Amicorum Peter Hay, Frankfurt a.M. 2005, p. 323-341 ; FLORIAN REILING, Das US-amerikanische Discovery-Verfahren im Rahmen deutscher gerichtlicher Auseinandersetzungen, Tübingen 2016 ; MANUEL JOSÉ SEGOVIA GONZÁLEZ, Les accords judiciaires de

cooperation internationale, Bruxelles 2018 ; SI STRONG, Jurisdictional Discovery in Transnational Litigation: Extraterritorial Effects of United States Federal Practice, JPIL 7 (2011) p. 1-31 ; CHRISTOPH THOLE/CHRISTOPH GNAUCK, Electronic Discovery - neue Herausforderungen für grenzüberschreitende Rechtsstreitigkeiten, RIW 58 (2012) p. 417-423 ; CARMEN TIBURCIO, The Current Practice of International Co-Operation in Civil Matters, RCADI 393 (2017) p. 9-310 ; NICCOLÒ TROCKER, U.S.-Style Discovery for Non-U.S. Proceedings : Judicial Assistance or Judicial Interference ?, International Journal of Procedural Law (IJPL) 1 (2011) p. 299-336 ; WIEBKE VOSS, Rechtshilfe auf US-amerikanische Art – discovery ausländischer Beweismittel von ausländischen Antragsgegnern zur Verwendung in ausländischen Verfahren, IPRax 40 (2020) p. 260-266.

Union européenne :

BETTINA HEIDERHOFF, Fiktive Zustellung und Titelmobilität, IPRax 33 (2013) p. 309-315 ; OLIVER L. KNÖFEL, Die Neufassung der Europäischen Beweisaufnahmeverordnung (EuBewVO), RIW 67 (2021) p. 247-260 ; GUILLERMO PALAO MORENO, Cross-Border Mediation in Spain, *in* Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 641-651 ; MICHAEL STÜRNER, Fiktive Inlandszustellung und europäisches Recht, ZZP 126 (2013) p. 137-152.

Art. 11b

Législation

Dans le contexte de la petite révision du CPC, ce sigle remplacera le titre entier du code (FF 2020 p. 2687, 2703).

2

2^e ligne, insérer après « demandeur étranger » : (ou du défendeur étranger qui agit reconventionnellement)

5^e ligne, ajouter à la mention de l'art. 99 al. 1 lit. a CPC : ATF 141 III 155 ss, 157 s.

In fine, ajouter : Le renvoi à l'art. 99 CPC comporte le risque que le juge oublie de consulter ces Conventions (ainsi l'ATF 16.11.2012, 5A_733/2012, c. 2, qui remarque la réserve, sans l'examiner).

4

In fine, ajouter à l'ATF cité : ATF 23.11.2017, 4A_396/2017, c. 2.

15

4^e ligne, citer comme premier arrêt : ATF 9.9.2021, 4A_647/2020, c. 5.3

Art. 11c

2

In fine, ajouter : La CEDH a cependant noté qu'il n'existe sur ce point aucune pratique commune en Europe ; une réglementation n'accordant l'assistance qu'à des sociétés provenant d'une région économique proche ou sur la base de la réciprocité n'est pas disproportionnée (CEDH, Granos Organicos Nacionales S.A., 22.3.2012, § 47-53). Cela laisse ouverte la question de savoir si un régime refusant par principe toute assistance aux personnes morales est compatible avec l'art. 6 par. 1 CEDH. Le Tribunal fédéral s'en est inspiré, constatant que si la garantie de l'assistance judiciaire doit être préservée dans son noyau, certes, elle peut subir des restrictions fondées sur des motifs légitimes et en observant la proportionnalité ; n'est pas admissible, en revanche, un refus de l'assistance fondé uniquement sur le fait que le siège de la société se trouve à l'étranger (ATF 19.4.2013, 5A_446/2009, c. 3 et 4). En l'état, la jurisprudence ne va pas plus loin que d'accepter l'assistance judiciaire en faveur de personnes morales lorsque la procédure tend à garantir leur survie (ATF 143 I 328 ss, 330-333 ; ATF 30.7.2018, 4A_372/2018, c. 2.2 ; ATF 3.6.2020, 5A_416/2020, c. 5).

12

12^e ligne, ajouter à l'art. 3 al. 2 : cf., sur cette question, Obergericht ZH, BIZR 2019 n° 13 p. 73.

Art. 12

2

6^e ligne : biffer l'art. 32 al. 1 LP, abrogé lors de l'entrée en vigueur du CPC.

8^e ligne, ajouter : Tribunal cantonal FR, RFJ 2013 n° 18 p. 156.

11^e ligne, en sus des ATF du 20.2.2002 et du 16.9.2008 : cf. art. 191 n° 7. Puis insérer : Cette possibilité doit être mentionnée parmi les indications sur les voies de droit à la disposition d'un destinataire domicilié à l'étranger (cf. ATF 145 V 259 ss).

In fine, ajouter : L'acheminement ultérieur de l'acte au tribunal incombe à la représentation suisse concernée (cf. ATF 3.12.2014, 4D_36/2014, c. 2 ; ATF 26.2.2016, 5D_193/2015, c. 2.2). En matière administrative, il a été jugé qu'au cas où l'inobservation du délai procède de la communication d'informations insuffisantes à ce propos, il ne doit pas en résulter de préjudice pour le recourant (ATF 144 II 401 ss, 404 s.) ; s'agissant de la mise en œuvre d'un principe général du droit, cette jurisprudence s'étend aux rapports internationaux dans d'autres matières.

3

8^e ligne : lire ATF 124 II 527 s. (et non III).

In fine, ajouter : La Suisse a dressé une liste consolidée des jours fériés légaux en Suisse, précisant qu'au plan fédéral, seul le 1^{er} août constitue un tel jour (RO 2010 p. 3341, renvoyant au site de l'Office fédéral de la justice ; ATF 25.7.2017, 5A_550/2017, c. 4).

Art. 13-19

10

In fine, dire dans la parenthèse : cf., par exemple, l'ancien art. 44 al. 1 et 2, abrogé le 1.7.2013.

36

5^e ligne, ajouter à l'ATF 97 I 151 ss, 159 s. : ATF 21.5.2015, 5A_748/2014, c. 5.3. Puis biffer Vischer.

Bibliographie

Méthodes du droit international privé :

LOUIS D'AVOUT, La reconnaissance dans le champ des conflits de lois, Travaux 2014-2016 p. 215-262 ; TRISTAN AZZI/OLIVERA BOSKOVIC, Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?, Bruxelles 2015 ; LEA BRILMAYER/CHARLES SEIDELL, Jurisdictional Realism : Where Modern Theories of Choice of Law Went Wrong, and What Can Be Done to Fix Them, University of Chicago Law Review 86 (2019) p. 2031-2099 ; DONALD EARL CHILDRESS, International Conflict of Laws and the New Conflicts Restatement, Duke Journal of Comparative & International Law 27 (2017) p. 361-379 ; ANGELO DAVI, Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituito all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, RDI 102 (2019) p. 321-419 ; CHARLOTTE HARMS, Neuauflage der Datumtheorie im Internationalen Privatrecht, Tübingen 2019 ; LEONHARD HÜBNER, Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR, RabelsZ 85 (2021) p. 106-145 ; PATRICK KINSCH, Le rôle du politique en droit international privé, RCADI 402 (2019) p. 9-384 ; PAUL LAGARDE (éd.), La reconnaissance des situations en droit international privé, Colloque La Haye, Paris 2013 ; IDEM, La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ?, RCADI 371 (2014) p. 9-42 ; IDEM, Sur la vulnérabilité des situations juridiques, in Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer, Paris 2015, p. 441-454 ; REBECCA LEGENDRE, Droits fondamentaux et droit international privé, Réflexions en matière personnelle et familiale, Paris 2020 ; STEFAN LEIBLE/HANNES UNBERATH (éd.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung ?, Jena 2013 ; YVES LEQUETTE, Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?, RCADI 387 (2016) p. 9-644 ; BENJAMIN MATHIEU, Directives européennes et conflits de lois, Issy-les-Moulineaux 2015 ; TIMO NEHNE, Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts, Tübingen 2012 ; SARAH NIETNER, Internationaler Entscheidungseinklang im europäischen Kollisionsrecht, Tübingen 2016 ; CARL FRIEDRICH NORDMEINER, Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte, IPRax 32 (2012) p. 31-40 ; ETIENNE PATAUT, Le renouveau de la théorie des droits acquis, Travaux 2006-2008 p. 71-114 ; JULIA RIEKS, Anerkennung im Internationalen Privatrecht, Baden-Baden 2012 ; GIAN PAOLO ROMANO, L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno, Zurich 2014 ; SYMEON C. SYMEONIDES, Private International Law : Idealism, Pragmatism, Eclecticism, RCADI 384 (2017) p. 9-385 ; IDEM, The Choice-of-Law Revolution Fifty Years after Currie : An End and a Beginning, Illinois Law Review 2015 p. 1847-1921 ; FRANK VISCHER, Grundentscheidungen im internationalen Privatrecht, in Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 695-707.

Fraude à la loi :

SANDRINE CLAVEL, La place de la fraude en droit international privé contemporain, Travaux 2010-2012 p. 255-297.

Règles de rattachement à caractère substantiel, Autonomie de la volonté :

JÜRGEN BASEDOW, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 75 (2011) p. 32-59 ; ORNELLA FERASI, L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea, RDI 96 (2013) p. 424-491 ; CHRISTIAN KOHLER, L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatsisme, RCADI 359 (2013) p. 285-478 ; PETER LEIBKÜCHLER, Die Parteiautonomie im chinesischen internationalen Privatrecht, Tübingen 2017 ; KATHRIN KROLL-LUDWIGS, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht, Tübingen 2013 ; ALEX MILLS, Conceptualiser l'autonomie des parties en droit international privé, Rev.crit. 2019 p. 405-416 ; SANDRA WANDT, Rechtswahlregelungen im Europäischen Kollisionsrecht, Frankfurt a.M. 2014 ; MELANIE SCHMITZ, Die Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, Berlin 2017 ; SUSANNE WEBER, Die Parteiautonomie ausserhalb des internationalen Schuldvertragsrechts unter Berücksichtigung der Rechtslage in Österreich und der Schweiz, Hamburg 2012.

Règles matérielles de droit international privé

Art. 13

2

8^e ligne, insérer : Il faut qu'un droit soit effectivement appliqué par une autorité jouissant d'un pouvoir inhérent à l'exercice de la souveraineté (ATF 19.1.2021, 1B_459/2020, c. 8.4).

29

In fine, ajouter : Tel est le cas, notamment, de dispositions de droit public (cf. ATF 139 III 411 ss, 414 s.)

30

In fine, ajouter : La loi sur le travail du 13.3.1964 (RS 822.11) ne s'applique pas aux travailleurs occupés à l'étranger, ni selon son propre texte ni par le biais de l'art. 342 al. 2 CO (ATF 139 III 414-418). Le contrat de transport soumis au droit suisse n'entraîne pas l'application du règlement européen incorporé dans l'accord entre la Suisse et l'UE, étant donné que son champ ne porte pas sur le trafic aérien entre la Suisse et un Etat tiers (Zivilgericht BS, BJM 2013 p. 79).

35

7^e ligne, ajouter à l'ATF cité : 145 IV 294 ss, 299 ; puis insérer : Faute d'un motif particulier de refus, l'art. 13 commande l'application du droit public étranger (ATF 8.4.2013, 4A_258/2012, c. 6.2).

36a n

Comme s'il fallait faire la démonstration de son incompréhension du sujet, complétée par l'ignorance de l'art. 13, un récent arrêt revient à l'arrêt Royal Dutch (ATF 80 II 61) pour annoncer que le droit administratif étranger n'est en règle générale pas pris en considération au regard de l'art. 20 al. 1 CO (ATF 20.1.2014, 4A_415/2013, c. 7). Pire encore, un autre arrêt conclut (faussement) qu'un rapport de travail de l'employée d'une mission diplomatique soit soumis au droit administratif de l'Etat d'origine et, « partant », justiciable devant les autorités de ce pays et non devant les tribunaux suisses (ATF 4.6.2014, 4A_570/2013) ; s'il en était ainsi, l'art. 13 LDIP (ignoré par l'arrêt) n'aurait plus aucun rôle à jouer, le juge suisse étant incompétent dès qu'un droit public étranger pourrait s'appliquer (cf., par ailleurs, sur les effets de l'art. 13 en matière de compétence, citant l'exemple du droit de la concurrence, Markus, IZPR, n° 267 s.).

42

5^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 136 III 142 ss, 144 ; ATF 16.12.2011, 4A_409/2011, c. 2 ; ATF 139 III 217 ss, 222, 223 ; ATF 28.5.2013, 4A_10/2013, c. 3 ; ATF 9.7.2015, 4A_624/2014, c. 3.1 ; ATF 9.11.2015, 4A_116/2015, c. 4 ; ATF 9.6.2017, 5A_780/2016, c. 4.1 ; ATF 15.7.2019, 4A_98/2019, c. 3.

45

Dans ses observations sous l'ATF 16.12.2011, 4A_409/2011, c. 2, dans AJP 2012 p. 1622 s., Ivo Schwander regrette la résignation qu'il constate parmi les auteurs suisses à l'égard de l'ignorance constante du Tribunal fédéral du problème de la qualification. Non seulement est-il inexact d'affirmer sans nuance que la qualification est faite « lege fori », mais l'inexactitude est encore plus marquée lorsqu'il est dit que la qualification doit être effectuée « selon le droit interne du for » (ainsi l'ATF 136 III 144, 139 III 222, 223, et les ATF 7.1.2013, 4A_448/2012, c. 2.2 ; ATF 28.2.2013, 4A_610/2012, c. 2.1 ; ATF 2.4.2014, 5A_947/2013, c. 3.1 et 3.3.5). C'est ce que fait encore l'ATF cité du 16.12.2011, en qualifiant le contrat litigieux de « prêt de consommation » selon l'art. 312 CO, alors qu'il aurait fallu retenir la qualification selon l'art. 120 LDIP.

C'est comme si la persévérance possède ses vertus propres, même dans l'erreur, que l'ATF 3.12.2012, 5A_627/2012, explique qu'il n'y a aucune distinction à faire entre la notion de litige successoral de l'art. 86 al. 1 LDIP et de l'art. 28 al. 1 CPC, car : « bei all diesen Normen geht bzw. ging es um das forum hereditatis und es ist im Sinn einer systematischen, auf die Einheit der Rechtsordnung bedachten Rechtsprechung nicht einzusehen, weshalb eine Klage im Binnen- und im internationalen Verhältnis eine unterschiedliche Behandlung erfahren sollte » (c. 2) – sans remarquer que la principale raison d'une telle divergence de traitement pourrait résulter de l'applicabilité d'une loi étrangère. On notera que l'arrêt cité en référence est moins rigide, se référant à la doctrine sur la qualification de l'action successorale en droit interne, certes, mais à titre de comparaison, en l'absence de motif justifiant un traitement différent, laissant ainsi une porte ouverte pour une qualification spécifique de droit international privé (ATF 137 III 369 ss, 373).

Tout autant, sinon plus déplorable est l'ATF cité du 2.4.2014, qui qualifie l'action selon le « droit interne suisse » alors qu'était en jeu la règle de conflit de l'art. 8 de la Convention avec l'Iran de 1934, ce qui aurait pour le moins pu laisser penser à une qualification autonome.

52

In fine, ajouter : La curatelle de représentation d'une personne morale dissoute en vue de compléter sa liquidation est une institution inconnue du droit suisse, mais elle correspond à la réinscription provisoire d'une personne morale radiée afin de mener à terme une procédure judiciaire (ATF 31.3.2014, 4A_548/2013, c. 2.2.1). Le « personal representative » ou l'« administrator » chargé du règlement d'une succession selon le droit anglais

peut être rapproché, compte tenu de ses prérogatives, de l'exécuteur testamentaire du droit suisse et non d'un liquidateur officiel, en sorte que le for de l'art. 49 LP ne s'applique pas (ATF 145 III 205 ss).

67

2^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 17.12.2018, 4A_243/2018, c. 4.1 ; ATF 28.5.2019, 4A_543/2018, c. 2, non reproduit in ATF 145 III 383 ss ;

11^e ligne, ajouter au sujet de la langue utilisée : ATF 3.7.2012, 5A_48/2012, c. 2.3.

69

In fine, ajouter : Dans un autre exemple, il ne suffit pas, au regard de l'art. 13, d'écarter le droit écossais de la Common Law au seul motif qu'il s'agirait de la procédure, alors que ce droit est désigné par l'art. 144 al. 2 pour régir la modalité du droit du recours de l'assureur du lésé contre l'auteur du dommage, respectivement son assurance (cf., ainsi, ATF 138 III 587 ss, 590 s.).

71

In fine, ajouter : cf. ATF 138 III 714 ss, 720-722 ; et, par ailleurs, l'ATF 24.10.2011, 2C_303/2010, c. 2.3.1, Skyguide, rappelant que cela s'applique également à une masse en faillite étrangère, sous réserve de l'art. 166.

73

5^e ligne : En cas de faillite, l'art. 166 est réservé (ATF 137 III 570 ss, 572, Lehman Brothers).

74

3^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 138 III 232 ss, 234-237, Ouzbekistan.

76

15^e ligne, ajouter à Romy : Kölz, RSDIE 2012 p. 66-72.

77

In fine, ajouter : Aux Etats-Unis, le risque d'un refus de reconnaître en Suisse un jugement américain rendu dans le contexte d'une class action peut, par ricochet, rendre plus difficile la certification des membres suisses dans l'action de groupe (cf. Kölz, RSDIE 2012 p. 48-54, 77-79).

81

16^e ligne, ajouter: ATF 9.7.2018, 5A_924/2017, c. 3.1.

In fine, dernière phrase: biffer "Toutefois", et ajouter : cf. art. 9 n° 11 ; art. 27 CL n° 16 s. Puis continuer : Une telle inégalité ne serait évitée qu'en partie seulement si la lex causae était décisive (situation rencontrée dans l'ATF 129 III 295 ss). Il est donc préférable de faire prévaloir la loi suisse du for et de décider de l'intérêt à intenter une telle action de manière uniforme en Suisse (comme l'a décidé l'ATF 144 III 175 ss, 180 s., 185-192).

86

3^e ligne, ajouter à la seconde phrase : ATF 28.5.2019, 4A_543/2018, c. 2, précisant qu'il s'agit du CPC, faute d'une règle dans la LDIP).

88

In fine, ajouter : La question de la force probante ne relève pas exclusivement de la loi du for (contrairement à l'ATF 16.7.2012, 4A_753/2011, c. 3.4).

90

6^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 22.3.2012, 4A_510/2011, c. 3 ; ATF 29.5.2015, 5A_924/2012, c. 4.4 ; ATF 17.12.2018, 5A_723/2017, c. 5.1 ; puis insérer : Dans le cas d'une vente internationale régie par la Convention de Vienne (CIVM), l'attribution du fardeau de la preuve relève de celle-ci (ATF 138 III 601 ss, 608 s.).

Bibliographie

LDIP :

Portée de la désignation du droit applicable

Qualification

Adaptation

Questions de procédure : PASCAL GROLIMUND, Einzelfragen des Internationalen Beweisrechts, in *Haftpflicht und Versicherungsrecht*, Liber amicorum Roland Brehm, Berne 2012, p. 167-177 ; CHRISTIAN KÖLZ, The Preclusive Effect of U.S. Class Action Judgments in Switzerland, RSDIE 22 (2012) p. 43-79.

Droit international privé étranger et comparé :

Portée de la désignation du droit applicable : JÜRGEN BASEDOW, Non-Recognized States in Private International Law, YPIL 20 (2018/19) p. 1-14 ; GREGOR CHRISTANDL, Multi-Unit States in European Union Private International Law, JPIL 9 (2013) p. 219-244 ; BERIT GEUENICH, Die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Falle der internationalprivatrechtlichen Verweisung auf einen territorialen Mehrrechtsstaat, Tübingen 2017 ; BERNARD HAFTEL, Les normes auto-limitées en droit international privé, in *Le droit à l'épreuve des*

siècles et des frontières, Mélanges Bertrand Ancel, Paris 2018, p. 847-865 ; OLAF MEYER, Parteaautonomie bei Mehrrechtsstaaten, *RabelsZ* 83 (2019) p. 721-759 ; NADJMA YASSARI, Staatszerfall und Internationales Privatrecht, *RabelsZ* 82 (2018) p. 944-971.

Qualification

Adaptation : SABINE CORNELOUP, Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé, *Travaux* 2010-2012 p. 189-229 ; HANNAH DITTMERS, Die Anpassung im europäischen Internationalen Privatrecht, Berlin 2019 ; SUSANNE LILIAN GÖSSL, Die Vorfrage im Internationalen Privatrecht der EU, *ZfRV* 52 (2011) p. 65-72, version anglaise in *JPIIL* 8 (2012) p. 63-76 ; IDEM, Anpassung im EU-Kollisionsrecht, *RabelsZ* 82 (2018) p. 618-653 ; DIETER HENRICH, Vorfragen im Familien- und Erbrecht : eine unendliche Geschichte, in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, Munich 2012, p. 63-72.

Questions de procédure : HAROLD KOCH, Die grenzüberschreitende Prozessführungsbefugnis, *ZZP* 127 (2014) p. 493-505 ; PETER MANKOWSKI, Zur Regelung von Sprachfragen im europäischen Internationalen Zivilverfahrensrecht, in *Recht ohne Grenzen*, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 607-628 ; ULRICH SPELLENBERG, Der Beweiswert rechtsgeschäftlicher Urkunden im Kollisionsrecht, in *Recht ohne Grenzen*, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 915-932.

Art. 14

13

12^e ligne, remplacer Vischer par Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 35 n° 13-15

18

3^e ligne : biffer l'exemple de l'art. 44 al. 2 sur la célébration du mariage, abrogé.

5^e ligne : biffer l'art. 44 al. 1.

19

biffer

26

In fine, ajouter : Ainsi, lorsque la Cour de cassation française observe que le renvoi associé à l'art. 311-14 CCF « permet d'assurer la cohérence entre les décisions quelles que soient les juridictions saisies », elle méconnaît que le droit international privé allemand désigne en l'espèce le droit national français également moyennant l'observation du renvoi, avec l'effet que la prétendue cohérence des décisions n'équivaut pas à une identité des solutions (cf. arrêt du 4.3.2020, *Rev.crit.* 2020 p. 369).

29

12^e ligne, remplacer Vischer, ZK-IPRG et la suite du texte par Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 37 n° 52

30

In fine, biffer Heini

Bibliographie

LDIP

Droit international privé étranger et comparé :

ERIC AGOSTINI, Le mécanisme du renvoi, *Rev.crit.* 102 (2013) p. 545-586 ; SABINE CORNELOUP, Zum Bedeutungsverlust des Renvoi, *IPRax* 37 (2017) p. 147-152 ; ANGELO DAVI, Le renvoi en droit international privé contemporain, *RCADI* 352 (2012) p. 9-521 ; IDEM, Ancora sulle finalità (e sui due diversi modelli) del rinvio nel diritto internazionale privato contemporaneo, *RDI* 47 (2014) p. 1032-1107 ; CHRISTOPHER FORSYTH, Certainty versus Uniformity : Renvoi in the Context of Movable Property, *JPIIL* 6 (2010) p. 637-647 ; DIETER HENRICH, Der Renvoi : Zeit für einen Abgesang ?, in *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren*, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 159-167 ; ABBO JUNKER, Die Rück- und Weiterverweisung (Renvoi) nach dem Inkrafttreten der Europäischen Güter- und Erbrechtsverordnungen, in *Festschrift für Herbert Kronke*, Bielefeld 2020, p. 229-240 ; WALID J. KASSIR, Le renvoi en droit international privé, *RCADI* 377 (2015) p. 9-120 ; PAOLO PICONE, Riflessioni sulle finalità del « rinvio » nel diritto internazionale privato contemporaneo, *RDI* 96 (2013) p. 1192-1205 ; IDEM, Ancore sul rinvio « integrale » nel diritto internazionale privato, *RDI* 98 (2015) p. 135-147 ; GIAN PAOLO ROMANO, Le dilemme du renvoi en droit international privé, Genève 2015 ; HAIMO SCHACK, Was bleibt vom renvoi ?, *IPRax* 33 (2013) p. 315-320 ; DENIS SOLOMON, Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht, in *Liber Amicorum Klaus Schurig*, Munich 2012, p. 237-263.

Art. 15

3

13^e ligne, insérer après « cas de nécessité » : ou une situation atypique (ATF 9.11.2015, 5A_963/2014, c. 4.3, non publié dans l'ATF 141 III 513 ss).

In fine, ajouter : ATF cité du 9.11.2015, c. 4.3.

7a n

Certes, dans un arrêt plus récent, encore régi par l'ancien droit, l'intensité des liens avec la France était plus forte (en raison de la nationalité française et du domicile conjugal, ainsi que la constitution d'une prévoyance par la femme en France) et le lien avec la Suisse plus faible (lieu de travail du mari frontalier en Suisse), justifiant l'application du droit français sans faire appel à l'art. 15 (cf. ATF 14.7.2021, 5A_710/2020, c. 4). Toutefois, la

différence d'avec l'hypothèse de l'arrêt précédent cité n'est pas d'une importance telle qu'elle aurait mérité des choix opposés quant à la pertinence d'une dérogation fondée sur l'art. 15.

8

In fine, ajouter : l'art. 15 étant réservé à la LDIP, il ne peut fournir des exceptions aux règles de conflit de lois des conventions internationales (ATF 14.10.2015, 5A_163/2015, c. 4).

12

4/5^e lignes, lire Girsberger/Gassmann, ZK-IPRG, art. 15 n° 79-86

18

In fine, lire Widmer, ZK-IPRG, art. 54 n° 11

IV. Conclusion

20 n

Sous un regard plus large, les jurisprudences rendues sur l'art. 15 (cf. n° __6-__7a) ne laissent pas de place à l'impression que cette clause d'exception constituerait une réussite pour le législateur et la doctrine qui l'a soutenu. Les cas d'application de cette clause ne présentent plus aucune actualité, étant donné que les règles de conflit ayant fait l'objet d'une correction selon cette disposition, autrefois considérée comme une innovation de premier plan, ont toutes été modifiées par le législateur (art. 60, 63, 64). S'agissant des hypothèses ci-dessus évoquées, concernant des situations éloignées de la Suisse au point de faire douter de l'applicabilité de la LDIP, elles peuvent trouver une réponse tout aussi convaincante à travers une réflexion tendant à les placer hors du champ d'application des règles de conflit de la LDIP. Il ne reste donc de l'art. 15 plus qu'une coquille vide.

Art. 16

1

Cette tendance, largement représentée en droit international privé comparé, s'oriente en fonction d'un objectif idéal d'ouverture de la règle de conflit vers les lois étrangères. Il convient de ne pas ignorer, cependant, que la tendance inverse est également observée, comme cela a toujours été le cas dans les pays islamiques hostiles à l'application de toute loi étrangère incompatible avec leur droit religieux. Ce qui est plus surprenant, c'est qu'un fondamentalisme comparable s'est manifesté récemment aux Etats-Unis, où plusieurs Etats ont promulgué, ou sont sur la voie d'adopter, des lois prohibant l'application de toute loi étrangère et de tout acte ou décision fondé sur une telle loi, dans la mesure où il en résulterait une atteinte à un droit constitutionnel, étatique ou fédéral (cf. Fellmeth, AJIL 2012 p. 113-117 ; pour la loi du Kansas de mai 2012 : AJIL 2012 p. 875, et celle de l'Oklahoma de novembre 2010 : AJIL 2013 p. 293). Il est à craindre que ces mesures (s'inspirant de projets anciens de "Constitution Restoration Act" ayant échoué au plan fédéral) visent également à faire fi du respect des traités et du droit international en général, ce qui rend dorénavant incertain, dans certains Etats, le respect de Conventions portant, notamment, sur l'adoption internationale, l'enlèvement d'enfant et la reconnaissance de sentences arbitrales. Il faut noter cependant que ces lois doivent passer l'épreuve de compatibilité avec la Constitution fédérale des Etats-Unis.

Cette démarche s'est soldée par un échec en Oklahoma, la Cour d'appel du 10^e Circuit jugeant le 10.1.2012 que l'amendement législatif n'était pas fondé sur des motifs suffisants pour justifier une discrimination visant une religion particulière. Cf. Sarah M. Fallon, Justice for All : American Muslims, Sharia Law, and Maintaining Comity within American Jurisprudence, Boston College International and Comparative Law Review 36 (2013) p. 153-182 (164). Sur ce débat également, entre autres, Asifa Quaraishi-Landes, Rumors of the Sharia Threat Are Greatly Exaggerated : What American Judges Really Do with Islamic Family Law in Their Courtrooms, New York Law School Law Review 57 (2012-13) p. 245-257.

2

2^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 10.10.2011, 4A_221/2011, c. 2 ; ATF 5.6.2019, 4A_454/2018, c. 1.

In fine, ajouter: L'art. 16 a également pu jouer un rôle lorsqu'il s'agissait de constater le contenu d'un jugement rendu à l'étranger d'après une loi étrangère (cf. ATF 12.7.2012, 5A_285/2012, c. 3.3). Depuis lors, sans mentionner ce précédent, le Tribunal fédéral a affirmé que l'art. 16 concerne exclusivement la constatation du droit étranger applicable au fond de la cause (ATF 13.4.2016, 4A_364/2015, c. 2.1) ; cela ne semble pas exclure

toute pertinence de cette disposition, appliquée par analogie, dans des cas où le droit étranger s'applique indépendamment du fond.

Il semble que le principe du comportement de bonne foi en procédure puisse fonder une exception. C'est ainsi que dans l'hypothèse d'un de cujus allemand décédé à son dernier domicile en Suisse en 2001, le Tribunal fédéral refuse d'examiner, « à ce stade de la procédure », la capacité de disposer selon le droit allemand, applicable en vertu de l'art. 94 en sus du droit suisse, car cela reviendrait à une violation du principe de la bonne foi (ATF 11.4.2012, 5A_18/2012, c. 3.3). On trouve la même conclusion dans un autre arrêt, rendu un jour plus tard (ATF 12.4.2012, 5A_436/2011, c. 5.1). Aucun des arrêts cités « par analogie » n'est pertinent, s'agissant en l'espèce de déterminer la loi applicable, question dont le premier arrêt rappelle par ailleurs qu'elle doit se faire d'office (c. 2.2), tandis que le second arrêt observe que les arrêts cités portent sur l'invocation tardive d'un moyen de droit en procédure, ce qui est encore différent de l'art. 16.

5

3^e ligne, insérer : Pour le Tribunal fédéral, l'avis d'un établissement public (tel l'ISDC) ou de l'organe du gouvernement a plus de poids (ATF 137 III 517, 520 s.). Cela ne doit pas obscurcir, cependant, le regard critique lorsque l'Institut ne dispose pas d'une direction et d'un personnel suffisamment qualifiés dans le cas particulier ou qu'il s'en remet à l'avis de correspondants étrangers dont les réponses ne peuvent être vérifiées et dont les qualifications ne sont pas nécessairement meilleures que celles des conseils juridiques consultés par les parties sur place.

In fine, ajouter aux ATF cités : ATF 13.7.2012, 5A_479/2012, c. 4.4. La dimension extraordinaire qu'ont pris les renseignements fournis via Internet implique un élargissement sensible des faits notoires ayant trait aux lois étrangères (tels que les taux d'intérêt et les registres publics ; cf. Tribunale d'appello TI, RtiD 2015 I n° 76c p. 975).

7

5^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 9.7.2015, 4A_624/2014, c. 5.1.

In fine, ajouter aux ATF cités : ATF 138 III 714 ss, 719 s. ; ATF 11.12.2012, 4A_414/2012, c. 2.2 ; ATF 17.1.2013, 4A_538/2012, c. 4.2, Israël ; ATF 142 III 296 ss, 301 s. ; ATF 25.4.2017, 4A_34/2016, c. 3.1 ; ATF 7.2.2020, 4A_80/2018, c. 2.5 ; ATF 2.11.2020, 4A_461/2019, c. 2.5. Lorsque cette juridiction est saisie de la question, le juge suisse peut surseoir à statuer en attendant qu'elle sera alors tranchée définitivement (ATF 23.7.2014, 4A_118/2014, c. 3.4.2, 3.5).

8

2^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 25.9.2017, 5A_48/2017, c. 5.4.

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 17.12.2018, 5A_723/2017, c. 5.2.3.

16

5^e ligne, ajouter après les ATF cités (et en biffant le texte sur le CPC) : ATF 138 III 232 ss, 236 s., Ouzbekistan ; 145 III 213 ss, 217 ; ATF 27.5.2013, 5A_60/2013, c. 3.2.1.1 ; ATF 10.5.2019, 5A_488/2018, c. 3.1, non reproduit dans l'ATF 145 III 205 ss ; ATF 4.6.2019, 5A_973/2017, c. 4.2 ; ATF 15.7.2020, 5A_124/2020, c. 3.3 ; ATF 13.7.2021, 4A_288/2021, c. 2.3.2. L'imprécision de l'art. 150 al. 2 CPC a été relevée (ATF 19.9.2017, 4A_65/2017, c. 2.2.1).

8^e ligne, lire Girsberger/Furrer, ZK-IPRG, art. 16 n° 35, 37

In fine, ajouter : ; il convient d'exiger tout au moins que de tels renseignements (y compris des avis de droit) ne soient pas fournis plus tard qu'au terme de la production des écritures et moyens de preuve en général (cf. ATF cité du 4.6.2019, c. 4.3 et 4.4).

17

5^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 2.2.2017, 5A_314/2016, c. 2.2 ; ATF cités du 19.9.2017, c. 2.2.1 et du 13.7.2021, c. 2.3.2 ; puis insérer : Après avoir été avisé par les parties, le juge peut lui-même vérifier le contenu du droit étranger (ATF 24.10.2011, 2C_303/2010, c. 2.3.4, Skyguide).

In fine, ajouter : Parfois, le juge doit agir avec une certaine persévérance, même si les renseignements fournis par les parties sont déjà substantiels et semblent laisser peu d'espoir pour parvenir à davantage de clarté (cf. Kassationsgericht ZH, AJP 2013 p. 1103). Lorsque le juge sollicite un avis de droit à titre d'application d'office de la loi étrangère, cela n'empêche pas les parties de faire valoir leur position et de fournir des renseignements et avis de droit (contrairement à ce que semble indiquer l'ATF 2.6.2017, 4A_105/2017, c. 3.2.1). Le juge apprécie librement les renseignements fournis par les parties ; s'il n'est pas convaincu que ceux-ci sont, selon

toute vraisemblance, exactes et complètes, il doit s'engager lui-même à trouver les informations complémentaires nécessaires, dans la mesure où un tel effort paraît raisonnable (ATF cité du 4.6.2019, c. 4.2). La pratique est cependant incertaine sur ce point (cf. ATF 17.12.2018, 5A_723/2017, c. 5 et 6, et la critique de I. Schwander, SRIEL 2019 p. 501).

18

Lignes 9 à 17 : biffer l'exemple relatif à l'ancien art. 61 al. 3.

19

9^e ligne, lire Girsberger/Furrer, ZK-IPRG, art. 16 n° 33

In fine, ajouter : Plus récemment, il a cependant constaté que la non-application d'un droit étranger désigné par un traité international constitue une violation de celui-ci (ATF 138 II 536 ss, 541 s.).

20

4^e ligne, lire Girsberger/Furrer, ZK-IPRG, art. 16 n° 19

22

9^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 10.10.2011, 4A_221/2011, c. 2.

In fine, compléter la dernière phrase : point qui est parfois méconnu (cf. ATF 12.3.2012, 5A_835/2011, c. 2 ; ATF 8.7.2009, 5A_210/2009, c. 1.2, suivi, dans la même affaire, de l'ATF 11.4.2012, 5A_673/2011, c. 2).

23

5^e ligne, ajouter à l'ATF 128 III 351 : ATF 140 III 456 ss, 459.

12^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 3.11.2011, 4A_274/2011, c. 7.3.

15^e ligne, ajouter : ainsi qu'en matière de séquestre et de mainlevée (cf. ATF 140 III 459 ; 145 III 217-220 ; ATF 17.2.2021, 5A_593/2020, c. 5.2).

17^e ligne, biffer Keller/Girsberger

In fine, compléter la dernière phrase : Le Tribunal fédéral admet que ce facteur peut jouer un rôle (ATF 140 III 459). Une position écartant l'art. 16 par principe en procédure sommaire (comme elle a été exprimée par rapport à la procédure de mainlevée, ATF 19.8.2020, 5A_276/2020, c. 5.2.3), n'a pas de base légale (cf. obs. I. Schwander, SRIEL 2021 p. 463). On ne saurait donc l'accepter ne serait-ce que dans les limites de l'arbitraire (contrairement à ce qui est dit dans les ATF cités du 17.2.2021, c. 5.2.1 et du 30.6.2021, 5A_248/2020, c. 3.4). L'argument qu'il n'y aurait pas d'arbitraire en cas d'avis de doctrine partagés (cf. le dernier arrêt cité) ne convainc pas lorsqu'un courant doctrinal est lui-même arbitraire.

25

In fine, ajouter : Le créancier qui ne parvient pas à démontrer l'exibilité de la créance selon la loi étrangère voit sa requête en mainlevée rejetée (ATF 140 III 461 ; Obergericht ZH, BIZR 2015 n° 81 p. 316). De même, lorsque le poursuivi échoue dans la démonstration des moyens libératoires selon la loi étrangère applicable, la mainlevée est ordonnée (ATF 145 III 217, 220).

30

In fine, ajouter : Des renseignements et avis de droit sur le droit étranger peuvent être soumis encore dans le recours et la réponse devant le Tribunal fédéral, même s'ils ne l'ont pas été antérieurement (ATF 4.6.2019, 5A_973/2017, c. 4.3, 4.7, 6.1 ; ATF 7.2.2020, 4A_80/2018, c. 2.4.1). Cette jurisprudence inspire cependant quelque réserve, étant donné qu'elle ne s'accorde pas avec un arrêt antérieur constatant, en référence au même arrêt (ATF 138 II 217 ss, 220), que des pièces nouvelles relatives au contenu du droit français, telles qu'un avis de droit et des jurisprudences, tombent sous le coup de l'interdiction des pièces nouvelles prévue par l'art. 99 al. 1 LTF et devaient dès lors être déclarées irrecevables (ATF 25.2.2019, 5A_648/2018, c. 2.3, non reproduit dans l'ATF 145 III 213 ss).

32

1^{re} ligne : lire art. 96 et non 95 LTF.

33

Ligne 8 : lire n° 38.

34

11^e ligne, ajouter aux ATF cités : 138 III 489 ss, 495.

In fine, ajouter aux ATF cités : ATF 12.11.2015, 4A_367/2015, c. 5.2.2.

34a n

Pour savoir si, dans le contexte de l'art. 9 sur la litispendance, une action a été ouverte en France et à quel moment, le Tribunal fédéral examine longuement le droit français (ATF 28.7.2016, 5A_223/2016, c. 5.1.2.2). Il en va de même lorsque le Tribunal fédéral vérifie lui-même la loi étrangère relative à la question de la garde d'un enfant pour ensuite appliquer la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfant que l'autorité

précédente a méconnue (ATF 13.7.2012, 5A_479/2012, c. 4.4.3 ; ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, c. 4.2 ; ATF 11.1.2019, 5A_982/2018, c. 3). Un autre cas d'exception, non explicité en tant que tel, était la condition de la réciprocité selon l'ancien art. 166 al. 1 lit. c, que le Tribunal fédéral a examiné dans tous ses aspects relevant du droit étranger (cf. ATF 126 III 101 ss, 105 s. ; 137 III 517 ss, 520 s. ; ATF 27.3.2015, 5A_248/2014, c. 5, non reproduit dans l'ATF 141 III 222 ss). De même, le Tribunal fédéral examine le droit monégasque pour savoir si les autorités de la Principauté s'occuperont des immeubles dans une succession, ce qui ferme l'accès au for d'origine selon l'art. 87 (ATF cité du 4.6.2019, c. 6 et 7). Il analyse également, selon le droit anglais, les prérogatives du représentant d'une succession pour déterminer si elles correspondent, ou non, à celles d'un exécuteur testamentaire du droit suisse (ATF 145 III 205 ss). Un récent arrêt vient remettre sur les rails une jurisprudence contrastée des dernières années : en effet, lorsqu'il est nécessaire, « pour trancher une question principale relevant du droit fédéral ou du droit international, ..., d'examiner une question préalable de droit étranger, la cognition du Tribunal fédéral s'étend au droit étranger » (ATF 138 II 536 ss, 541). Dans la jurisprudence rendue depuis lors, cet arrêt n'est pas observé (cf. Bucher, Jusletter, 8.5.2017, n° 30-40).

34b n

Ainsi que cela se produit parfois lorsque la jurisprudence d'une Cour ne plaît pas à une autre, elle est tout simplement ignorée, notamment si elle a été également méconnue par le recourant. Ainsi, l'ATF 31.7.2013, 4A_149/2013, c. 5.3, refuse d'entrer en matière sur l'application du droit allemand sur laquelle est fondée la bonne application de l'art. 5 ch. 1 CL relatif au lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande. De même, lorsque l'exécution d'une décision étrangère est en jeu et qu'il faut vérifier si celle-ci répond à la définition retenue dans la Convention (art. 31) et si elle est exécutoire dans son pays d'origine (art. 38), le Tribunal fédéral ne contrôle pas l'application faite de la loi étrangère, sous réserve d'un cas d'arbitraire (cf. ATF 135 III 670 ss, 674 ; ATF 14.3.2011, 5A_758/2010, c. 1.3 ; ATF 12.11.2015, 4A_367/2015, c. 5.2.2 ; ATF 23.8.2017, 5A_934/2016, c. 6.2 ; ATF 28.11.2018, 5A_177/2018, c. 3.2.1 ; ATF 16.6.2020, 5A_401/2019, c. 3.1.2). Il accepte ainsi que certaines décisions soient exécutées en Suisse selon la Convention alors qu'elles ne sont pas exécutoires, tandis que d'autres ne sont pas exécutées, malgré la Convention qui en exigerait le respect, par hypothèse, puisque le Tribunal fédéral refuse d'examiner l'une des conditions préalables pertinentes (cf., également, la critique de Markus, IZPR, n° 1751). La pratique est identique lorsque la régularité de la notification de l'acte introductif d'instance est litigieuse, qui dépend également, en partie, de la loi du pays d'origine (art. 34 ch. 2 CL ; ATF 14.3.2011, 5A_758/2010, c. 1.3). En fait, le refus de revoir l'application de la loi étrangère dans le contexte de la Convention est de portée générale (cf., en plus, ATF 28.4.2015, 4A_451/2014, c. 1.2 ; ATF 5.9.2016, 4A_368/2016, c. 2.4). Il s'étend à tous les traités d'exécution (cf., s'agissant du traité de 1926 avec l'Autriche, ATF 18.12.2014, 5A_467/2014, c. 1 et 4).

35

2^e ligne, ajouter : ATF 138 II 541.

9^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 22.12.2006, 5C.140/2006, c. 3.2 ; ATF 17.10.2012, 5A_513/2012, c. 4.

36

11^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 3.11.2011, 4A_274/2011, c. 7.4 ; ATF 17.7.2012, 4A_177/2012, c. 3.4 ; ATF 8.11.2016, 4A_451/2016, c. 3 ; ATF 5.6.2019, 4A_454/2018, c. 2.4.5 ; ATF 20.12.2019, 5A_208/2019, c. 5.3.

13^e ligne, ajouter à l'art. 107 cité : ATF 25.9.2017, 5A_48/2017, c. 5.6.

38

7^e ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 12.11.2012, 4A_482/2012, c. 3 et 4.

11^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 8.8.2011, 4A_300/2011, c. 2.2.

39

19/20^e lignes, remplacer les ATF cités par un renvoi à l'art. 191 n° 47.

Bibliographie

LDIP :

ANDREAS BUCHER, Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral?, Jusletter, 8.5.2017 ; ELEANOR CASHIN-RITAINE, Le juge suisse confronté au droit étranger, RSDIE 25 (2015) p. 33-55 ; IDEM, L'établissement du contenu du droit étranger en Suisse, in Application du droit étranger par le juge national, Paris 2014, p. 47-61 ; SHAHEEZA LALANI/ILARIA PRETELLI, Proof of and information about foreign law, in Rapports suisses présentés au XIX^e Congrès international de droit comparé, Zurich 2014, p. 107-134 ; RENATE WENNINGER SCHMID, Der sorgfältige Nachweis fremden Rechts, in Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, Zurich 2015 p. 793-810.

Droit international privé étranger et comparé :

APPLICATION DU DROIT ÉTRANGER PAR LE JUGE NATIONAL, Allemagne, France, Belgique, Suisse, Colloque Saarebruck, Paris 2014 ; SABINE CORNELOUP, L'application de la loi étrangère, RIDC 66 (2014) p. 363-390 ; IDEM, Rechtsermittlung im Internationalen Privatrecht der EU: Überlegungen aus Frankreich, RabelsZ 78 (2014) p. 844-862 ; CARLOS ESPLUGUES MOTA, The Long Road towards a Common Rule on the Application of Foreign Law by Judicial Authorities in Europe, ZZPInt 14 (2009) p. 201-220 ; IDEM, Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law : the « Madrid Principles » of 2010, YPIL 13 (2011) p. 273-297 ; ARON FELLMETH, U.S. State Legislation to Limit Use of International and Foreign Law, AJIL 106 (2012) p. 107-117 ; FEDERICO F. GARAU SOBRINO, La no-doctrina constitucional sobre la alegación y prueba del derecho extranjero, *in* Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 429-443 ; WOLFGANG HAU, Ein Rückzugseffekt des BGH gegen die Revisibilität ausländischen Rechts, IPRax 34 (2014) p. 397-400 ; RUDOLF HÜBNER, Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten, Tübingen 2014 ; PAOLA IVALDI, In tema di applicazione giudiziale del diritto straniero, RDIPP 46 (2010) p. 585-602 ; SHAHEEZA LALANI, Doubt Develops Where Certainty Ceases, Foreign Law in Domestic Courts, Thèse Lausanne 2012 ; PHILIPPE LORTIE/MAJA GROFF, The Missing Link Between Determining the Law Applicable and the Application of Foreign Law, *in* Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 325-341 ; JULIANE MÜLLER, Die Behandlung ausländischen Rechts im Zivilverfahren, Möglichkeiten einer Vereinheitlichung auf europäischer Ebene, Frankfurt a.M. 2011 ; YUKO NISHITANI (éd.), Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence ?, Cham 2017 ; ILARIA QUEIROLO, Conoscenza del diritto straniero e contraddizioni della giurisprudenza italiana, RDIPP 46 (2010) p. 603-634 ; OLIVER REMIEN, Die Anwendung und Ermittlung ausländischen Rechts im System des Europäischen Internationalen Privatrechts, ZvglRW 115 (2016) p. 570-585 ; MARTA REQUEJO ISIDRO, The Application of European Private International Law and the Ascertainment of Foreign Law, *in* How European is European Private International Law ?, Cambridge 2019, p. 139-175 ; MICHAEL STÜRNER, Wie kann der Zugang zu ausländischem Recht in Zivilverfahren verbessert werden ?, ZvglRW 117 (2018) p. 1-23 ; MICHAEL STÜRNER/Franziska Krauss, Ausländisches Recht in deutschen Zivilverfahren, Baden-Baden 2018 ; LOUISE ELLEN TEITZ, Determining and Applying Foreign Law : The Increasing Need for Cross-Border Cooperation, New York University Journal of International Law and Politics 45 (2012-13) p. 1081-1109 ; CLEMENS TRAUTMANN, Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren, Tübingen 2011 ; CHIARA TUO, Obbligazioni contrattuali ed applicazione della legge straniera : un preoccupante segnale di regresso da parte della Corte di cassazione, RDIPP 46 (2010) p. 55-76 ; JINSKE VERHELLEN, Access to foreign law in practice : easier said than done, JPIL 12 (2016) p. 281-300 ; CLAUDE WITZ, L'application du droit étranger en Allemagne (questions choisies), *in* Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet, Paris 2013, p. 457-470.

Art. 17

6

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 138 III 322 ss., 327, Matuzalem ; ATF 15.9.2014, 5A_409/2014, c. 7.2.1.

14

In fine, ajouter : Il faut que la différence quantitative entre la méthode se référant au résultat (« pactum de quota litis »), respectivement au succès (« pactum de palmario »), et celle à laquelle on parviendrait en droit suisse apparaît manifestement incompatible avec le sentiment de justice (cf. ATF 15.9.2014, 5A_409/2014, c. 7.2.2).

23

16^e ligne, ajouter : et de l'adoption de l'enfant de l'autre partenaire enregistré (ATF 141 III 312 ss, 321).

28

In fine, ajouter : Kren, IPR, n° 991. En réalité, même si l'on voulait renoncer au critère de la Binnenbeziehung, on le retrouve forcément dans le contexte de l'évaluation du résultat concret de l'intervention éventuelle de l'ordre public (cf. n° 14).

32

Lignes 6 à 10 : Supprimer deux phrases, l'art. 61 al. 3 ayant été abrogé.

39

8^e ligne, ajouter à l'ATF 103 Ia 199 ss : ATF 9.6.2017, 5A_780/2016, c. 6.2 ; ATF 25.8.2020, 5A_138/2020, c. 3.2.

42

In fine, ajouter : De manière similaire, la notion de procès équitable, fondée sur l'art. 6 CEDH, peut empêcher l'invocation d'un ordre public national trop excentrique et contribuer ainsi à la création d'un ordre public européen directement fondé sur la CEDH (cf., à titre d'illustration, CEDH, Négrépontis, 3.5.2011, § 68-76, et Kinsch, Rev.crit. 2011 p. 817, 820-823).

Bibliographie

LDIP

Droit international privé étranger et comparé :

MINA ADEL ZAHER, L'ordre public dans les relations privées internationales, Saarbrücken 2018 ; BERNARD AUDIT, Du bon usage des lois de police, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer, Paris 2015, p.25-42 ; TIM CORTHAUT, EU Ordre Public, Alphen aan den Rijn 2012 ; STÉPHANIE FRANCO/FABIENNE JAULT-SESEKE, Les lois de police, une approche de droit comparé, *in* Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux, Paris 2011, p. 357-393 ; LÉNA GANNAGÉ, L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs, Travaux 2006-2008 p. 205-241 ; PETRA HAMMJE, L'ordre public de rattachement, Travaux 2006-2008 p. 153-186 ; TOBIAS HELMS, Ordre public – Der Einfluss der Grund- und Menschenrechte auf das IPR, IPRax 37 (2017) p. 153-159 ; ADRIAN HEMLER, Die Methodik der « Eingriffsnorm » im modernen Kollisionsrecht, Tübingen 2019 ; VINCENT HEUZÉ, Un avatar du pragmatisme

juridique : la théorie des lois de police, Rev.crit. 2020 p. 31-60 ; ADELINE JEAUNEAU, L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne, Issy-Les-Moulineaux 2018 ; PATRICK KINSCH, La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme, Rev.crit. 100 (2011) p. 817-823 ; MICHAL MALACKA, Die rechtliche, politische und kulturelle Bedeutung des ordre public im Internationalen Privatrecht, ZfRV 60 (2019) p. 61-75 ; NICOLAS NORD, Ordre public international et appréciation de la proximité par le juge, in De code en code, Mélanges Georges Wiederkehr, Paris 2009, p. 581-592 ; ELENA-ALINA OPREA, Droit de l'Union européenne et lois de police, Paris 2015 ; JAN OSTER, Public policy and human rights, JPIL 11 (2015) p. 542-567 ; FRANCESCO SALERNO, La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale, RDIPP 54 (2018) p. 259-291 ; DAVID SINDRES, Vers la disparition de l'ordre public de proximité ?, Clunet 139 (2012) p. 887-901 ; MICHAEL STÜRNER, Europäisierung des Kollisions-Rechts und nationaler ordre public, in Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 463-482 ; PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Lois de police et politiques législatives, Rev.crit. 100 (2011) p. 207-290 ; IDEM, L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère, RCADI 371 (2014) p. 153-272.

Art. 18

4

12^e ligne, remplacer l'art. 254 ch. 2 aCCS par l'art. 296 al. 2 CPC et ajouter, 3 lignes plus loin : ATF 21.11.2017, 5A_230/2017, c. 4.2.

20^e ligne, insérer : L'art. 170 al. 3 CCS sur le secret professionnel, s'agissant de renseignements sur le patrimoine des époux, s'applique sans égard à la loi applicable aux effets du mariage (cf. art. 11-11a n° 104).

5

In fine, ajouter : L'intervention du Préposé fédéral à la protection des données afin d'établir les faits et d'émettre des recommandations (art. 29 LPD) est autorisée dès qu'il existe des liens d'une certaine importance avec la Suisse (cf. ATF 138 III 346 ss, 352, Google, invoquant le « principe de la territorialité », sans mentionner l'art. 139). La conversion en valeur légale suisse d'une créance stipulée en monnaie étrangère, consacrée à l'art. 67 al. 1 ch. 3 LP, est une règle d'ordre public (ATF 137 III 623 ss, 624). L'art. 342 al. 2 CO constitue également une telle règle, consacrant en droit civil l'obligation de droit public mise à la charge de l'employeur de respecter les conditions de salaire et de travail valables dans la localité et la profession concernés ; cette disposition visant à combattre la sous-enchère salariale induite par la main d'œuvre étrangère et à protéger les travailleurs étrangers eux-mêmes, elle répond à un « intérêt essentiel d'ordre social » (ATF 138 III 750 ss, Chili).

10

7^e ligne, après l'ATF cité : rappelé encore aux ATF 12.4.2012, 5A_436/2011, c. 9.3.2, et ATF 26.4.2012, 5A_259/2010, c. 7.3.2.2, Rybolovlev.

10^e ligne, ajouter après l'ATF 128 III 201 ss, 206 s. : confirmé encore aux ATF 23.9.2011, 5A_87/2011, c. 3.1.2 ; ATF 10.2.2012, 5A_21/2011, c. 6.1, Gibraltar Olympic Committee ; ATF 16.10.2012, 4A_292/2012, c. 2.6, Chili, non reproduit in ATF 138 III 750 ss ; ATF 31.8.2015, 5A_702/2014, c. 3.3.1 ; ATF 30.11.2016, 5A_827/2016, c. 8.1 ; ATF 21.5.2019, 4A_446/2018, c. 3.3, non reproduit dans l'ATF 145 III 303 ss.

21^e ligne, insérer : C'est cette approche qui l'a finalement emporté au sujet de l'interdiction de l'abus de droit, censée faire partie de l'ordre public positif au sens de l'art. 18.

In fine, après l'ATF cité : solution consacrée depuis lors à l'art. 10 al. 5 LCD.

On a assisté, au gré de l'évolution de la jurisprudence, à un retour, savamment dosé et occulté, à l'arrêt antérieur de l'ATF 128 III 206 s., qui est à l'origine d'une controverse nourrie sur la question de savoir si l'art. 2 al. 2 CCS constitue, ou non, une règle d'ordre public. Dans l'arrêt du 16.10.2012, on lit que « le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que l'interdiction de l'abus de droit faisait partie de l'ordre public positif au sens de l'art. 18 LDIP » (c. 2.6), citant ledit ATF mais sans mentionner l'ATF 128 III 349 s. et le fait que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de dire le contraire. En réalité, la controverse pourrait être assouplie singulièrement si elle était réduite à la question de savoir si le « Durchgriff » constitue un abus de droit, ce qui était le principal point litigieux dans ces deux arrêts.

15

Dernière phrase à remplacer par : Une illustration est fournie par le nouvel art. 10 al. 5 LCD, déclarant cette loi impérativement applicable « conformément à l'art. 18 LDIP » lorsqu'une action est intentée par la Confédération afin de protéger l'intérêt public.

Art. 19

4

In fine, ajouter : La question peut aussi se poser dans l'hypothèse de la prohibition des pactes successoraux (cf. ATF 138 III 489 ss, 494-496).

13

19^e ligne, ajouter à l'ATF cité du 28.3.2001 : ATF 16.7.2012, 4A_753/2011, c. 6.5, non reproduit dans l'ATF 138 III 601 ss.

13a n

La jurisprudence semble se stabiliser en ce sens (cf. ATF 2.12.2019, 4A_263/2019, c. 2.3). L'art. 20 al. 1 CO rend nul le contrat qui viole une disposition de droit étranger qui tend à protéger les intérêts de l'individu et de la communauté représentant des valeurs fondamentales et vitales ou des biens juridiques qui ont, du point de vue général de l'éthique, plus de poids que la liberté contractuelle. En présence d'une telle situation, l'application de l'art. 19 LDIP n'est pas impossible, mais elle ne s'impose pas, étant donné que les solutions résultant de l'une ou de l'autre approche sont les mêmes. Un parallélisme comparable se présente au regard de l'art. 119 CO qui peut comprendre le respect d'un droit étranger rendant l'exécution du contrat impossible ; cet objectif est également appréhendé par l'art. 19 LDIP, en sorte que la différence entre les deux dispositions représente une divergence dans les méthodes, mais non des solutions. De manière similaire, la Cour de justice, tout en constatant que l'art. 9 par. 3 du Règlement Rome I n'autorise pas l'application de lois de police d'un Etat autre que l'Etat du for ou de l'Etat du lieu d'exécution d'une obligation contractuelle, accepte que de telles lois puissent être prises en compte en tant qu'élément de fait dans la mesure où le droit national applicable au contrat le prévoit (CJUE 18.10.2016, C-135/15, Nikiforidis, n° 40-55). D'un point de vue plus rigoureux, on pourrait penser que l'approche matérielle est prioritaire, sans écarter le rôle réservé à l'art. 19 LDIP. En effet, dans la mesure où le droit applicable au rapport de droit litigieux permet la prise en compte de règles d'ordre public d'un Etat tiers, celles-ci sont incorporées dans ce droit (la *lex causae*), si bien qu'il n'y a plus besoin de se demander si ces règles pouvaient écarter ce droit et s'appliquer directement, en qualité d'ordre public de l'Etat tiers (cf. Bonomi, Les lois de police, p. 94-96 ; Stacher, ZZZ 2017/18 p. 331). Sous cet angle, l'approche directe que l'on croit consacrée à l'art. 19 et à l'art. 9 par. 3 du Règlement Rome I (comme le soutient Schwander, obs. SRIEL 2020 p. 613) ne peut prévaloir sans un assouplissement fourni par la loi du contrat qui s'applique préalablement à l'observation de règles d'ordre public étrangères.

14

5^e ligne, ajouter : cf. ATF 138 III 494-496, s'agissant de la prohibition des pactes successoraux invoquée en référence au droit brésilien)

33

Ajouter à la mention de l'ATF 136 III 397-399, critiqué par I. Schwander, RSDIE 2011 p. 499-502 ; idem, Festschrift Geiser, p. 424-426.

34

In fine, lire Dutoit, art. 19 n° 5

35

15^e ligne, ajouter à l'ATF cité : confirmé *in* ATF 139 III 305 ss, 319.

36

In fine, ajouter après l'ATF 110 Ib 213 ss, 217 [et biffer le renvoi au n° 7] : Plus catégorique est un arrêt constatant que la violation de réglementations de change, prescrivant notamment l'exportation de devises, ne heurte pas les mœurs au sens de l'art. 20 al. 1 CO, ce qui signifie qu'elle ne relève pas de l'ordre public protégé par l'art. 19 LDIP non plus (ATF 16.7.2012, 4A_753/2011, c. 6.5, non reproduit dans l'ATF 138 III 601 ss, et approuvé par Widmer, Festschrift Koller, p. 970-973). Un autre arrêt affirme que le droit administratif étranger n'est en règle générale pas pris en considération au regard de l'art. 20 al. 1 CO, citant l'ancien arrêt Royal Dutch (ATF 80 II 53 ss, 61), sans mentionner l'art. 13 qui était censé remédier à cette jurisprudence (ATF 20.1.2014, 4A_415/2013, c. 7). La pratique par rapport à l'observation des prescriptions fiscales étrangères par une banque suisse face à ses clients est incertaine et la pertinence de l'art. 19 très controversée (cf. Widmer, Festschrift Schnyder, p. 441-453). Compte tenu des mesures prises récemment afin de protéger la réputation de la Suisse comme place financière, on peut se demander si les valeurs à respecter à cet égard ne vont pas devoir l'emporter dans le contexte, soit de l'art. 20 CO, soit de l'art. 19 LDIP.

45

In fine, ajouter : Un droit religieux qui coexiste dans le même pays avec d'autres droits (religieux ou non) n'est pas internationalement impératif (Obergericht ZH, BIZR 2012 n° 17 p. 37).

Bibliographie

LDIP :

BELKIS VURAL CELENK, Application of Third Country Overriding Mandatory Rules, Zurich 2018 ; PHILIPPE E. MONNIER, Ausländisches Kartellrecht als Eingriffsnorm, Bâle 2016 ; IVO SCHWANDER, Sonderanknüpfung?, *in* Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich 2018, p. 315-326 ; IDEM, Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in Arbeitsrechtsfällen, *in* Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich 2017, p. 415-430 ; MARCO STACHER, Eingriffsnormen und Schiedsgerichtsbarkeit, ZZZ 12/13 (2017/18) p. 301-332 ; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG, *in* Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich 2018, p. 427-453 ; IDEM, Die Berücksichtigung ausländischen Rechts im Rahmen von Art. 20 und 119 OR, *in* Brücken bauen: Festschrift für Thomas Koller, Berne 2018, p. 955-973.

Droit international privé étranger et comparé :

SYLVAIN BOLLÉE, La prise en considération des lois de police étrangères dans le Règlement Rome I, *in* Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges Bertrand Ancel, Paris 2018, p. 203-225 ; ANDREA BONOMI, Les lois de police des états tiers: Méthode conflictuelle et méthode matérielle à l'aune de l'arrêt « Nikiforidis », *in* L'impérativité en droit international des affaires: question d'actualité, Paris 2020, p. 83-96 ; Marcel GERNERT, Vertragskündigungen iranischer Geschäftsbeziehungen aufgrund US-Sanktionen und ein möglicher Verstoß gegen die EU-Blocking-Verordnung und § 7 AWV, IPRax 40 (2020) p. 329-336 ; PAUL HAUSER, Eingriffsnormen in der Rom I-Verordnung, Tübingen 2012 ; MICHAEL HELLNER, Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?, JPIL 5 (2009) p. 447-470 ; ANDREAS KÖHLER, Eingriffsnormen, Der « unfertige Teil » des europäischen IPR, Tübingen 2013 ; MATTHIAS LEHMANN/JOHANNES UNGERER, Applying or Taking Account of Foreign Overriding Mandatory Provisions – Sophism under the Rome I Regulation, YPIL 19 (2017/18) p. 53-82 ; MARKUS LIEBERKNECHT, Die Blocking-Verordnung : Das IPR als Instrument der Aussenpolitik, IPRax 38 (2018) p. 573-579 ; PETER MANKOWSKI, Drittstaatliche Embargonormen, Aussenpolitik im IPR, Berücksichtigung von Fakten statt Normen: Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO im praktischen Fall, IPRax 36 (2016) p. 485-493 ; VASSILIKI MARAZOPOULOU, Overriding Mandatory Provisions of Article 9 § 3 of the Rome I Regulation, Revue hellénique de droit international 64 (2011) p. 779-795 ; AURORE MARCHAND, L'embargo en droit du commerce international, Bruxelles 2012 ; IRENE PÖTTING, Die Beachtung forumsfremder Eingriffsnormen bei vertraglichen Schuldverhältnissen nach europäischem und Schweizer IPR, Frankfurt a.M. 2012 ; OLIVER REMIEN, Variationen zum Thema Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung zu Art. 7 Römer Übereinkommen, *in* Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 334-347.

Art. 20-24

9

9^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 22.10.2020, 5A_374/2020, c. 5.

11

11^e ligne, ajouter aux arrêts cités : Mennesson, 26.6.2014, § 96.

Bibliographie

LDIP :

ANDREAS BUCHER, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 31 (2021) p. 475-498 (chronique régulière) ; IVO SCHWANDER, Zur Reformbedürftigkeit des schweizerischen IPR und IZPR des Familienrechts, *in* Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich 2017, p. 505-519.

Union européenne :

BEATRIZ AÑO VEROS TERRADAS, La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia, *in* Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 119-131 ; MARLENE BROSCHE, Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU, Tübingen 2019 ; ANATOL DUTTA, Der gewöhnliche Aufenthalt – Bewährung und Perspektiven eines Anknüpfungsmoments im Lichte der Europäisierung des Kollisionsrechts, IPRax 37 (2017) p. 139-146 ; STÉPHANIE FRANQ, Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ?, *in* Vers un statut européen de la famille, Paris 2014, p. 111-130 ; HUGUES FULCHIRON, La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen, *in* Mélanges en l'honneur de Bernard Audit, Paris 2014, p. 359-381 ; HUGUES FULCHIRON/CHRISTINE BIDAUD-GARON (éd.), Vers un statut européen de la famille, Paris 2014 ; JACQUELINE GRAY, Party Autonomy in EU Private International Law, Choice of Court and Choice of Law in Family Matters and Succession, Cambridge 2021 ; MARKUS HAHN, Die Verortung der natürlichen Person im Europäischen Zivilverfahrensrecht, Frankfurt a.M. 2011 ; BETTINA HEIDERHOFF, Ist das Anerkennungsprinzip schon geltendes internationales Familienrecht in der EU ?, *in* Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 127-138 ; TOBIAS HELMS, Neues europäisches Familienkollisionsrecht, *in* Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens, Cambridge 2012, p. 681-700 ; DIETER HENRICH, Zur Parteiautonomie im europäischen internationalen Familienrecht, *in* Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens, Cambridge 2012, p. 701-713 ; PETER MANKOWSKI, Das Staatsangehörigkeitsprinzip – gestern und heute, IPRax 37 (2017) p. 130-139 ; RUI MANUEL MOURA RAMOS, Regards sur les sources et les méthodes du droit international privé de la famille dans l'espace Européen, *in* Tui Memores, La dimension culturelle du droit international privé, Genève 2017, p. 85-131 ; AMÉLIE PANET (éd.), L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales, Bruxelles 2017 ; HÉLÈNE PÉROZ/ERIC FONGARO, Droit international privé patrimonial de la famille, 2^e éd. Paris 2017 ; SILVIA PFEIFF, La portabilité du statut personnel dans l'espace européen, Bruxelles 2017.

Droit international privé étranger et comparé :

MARIANNE ANDRAE, Internationales Familienrecht, 3^e éd. Baden-Baden 2014 ; MATHIAS AUDIT, Bioéthique et droit international privé, RCADI 373 (2014) p. 217-447 ; ROBERTO BARATTA, La reconnaissance des situations juridiques personnelles et familiales, RCADI 348 (2010) p. 253-499 ; IDEM, Recognition of Foreign Personal and Family Status: A Rights Based Perspective, RDIPP 52 (2016) p. 413-444 ; JÜRGEN BASEDOW, Droits de l'homme et droit international privé, Annuaire 79 (2019) p. 1-85 ; NATHALIE BERNARD-

MAUGIRON/BAUDOIN DUPRET (éd.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique*, Bruxelles 2012 ; ANDREAS BUCHER, *La migration de l'état civil*, in *Un engagement au service du droit international privé*, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 101-112 ; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, *Individualisme et mondialisation : Aspects de droit international privé de la famille*, in *Un engagement au service du droit international privé*, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 181-194 ; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *Party Autonomy in International Family Law*, RCADI 408 (2020) p. 89-361 ; TOBIAS HELMS, *Sind die am Staatsangehörigkeitsprinzip orientierten Anknüpfungspunkte der Art. 22, 23 EGBGB noch zeitgemäss ?*, in *Familienrecht in Praxis und Theorie*, Festschrift für Meo-Micaela Hahne, Bielefeld 2012, p. 69-86 ; PETER MANKOWSKI, *Primärrechtliche Anerkennungspflicht im Internationalen Familienrecht ?*, in *Zwischenbilanz*, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, p. 571-585 ; KALTHOUM MEZIOU, *Migrations et relations familiales*, RCADI 345 (2009) p. 9-386 ; YUKO NISHITANI, *Identité culturelle en droit international privé de la famille*, RCADI 401 (2019) p. 127-450 ; BETTINA RENTSCH, *Die Zukunft des Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt*, ZEuP 23 (2015) p. 288-312 ; MARC-PHILIPPE WELLER, *Die lex personalis im 21. Jahrhundert : Paradigmenwechsel von der lex patriae zur lex fori*, in *Zwischenbilanz*, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, p. 897-912.

Droits fondamentaux et de l'homme :

JÜRGEN BASEDOW, *Droits de l'homme et droit international privé*, Annuaire 78 (2017) p. 215-236 ; ELISABETTA BERGAMINI/CHIARA RAGNI (éd.), *Fundamental Rights and Best Interest of the Child in Transnational Families*, Cambridge 2019 ; AMÉLIE DIONISI-PEYROUSSE, *La conformité de l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international*, in *Le droit entre tradition et modernité*, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Paris 2012, p. 157-177 ; BERNARD DUTOIT, *Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant : Le choc qui fait chic ?*, in *Un engagement au service du droit international privé*, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 143-156 ; JAMES J. FAWCETT *et al.*, *Human rights and private international law*, Oxford 2016 ; LOUWRENS R. KIESTRA, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, La Haye 2014 ; MARCELLA DISTEFANO, *The Best Interests of the Child Principle at the Intersection of Private International Law and Human Rights*, in *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, Cambridge 2019, p. 157-170 ; MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, *Familles et Convention européenne des droits de l'homme : Incidences en droit de la filiation*, in *Le droit civil dans le contexte international*, Journée de droit civil 2011, Genève 2012, p. 1-55.

Art. 20

10

10^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 14.5.2012, 5A_609/2011, c. 4.2.1.

11

9^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 20.6.2019, 5A_917/2018, c. 2.1.

12

5^e ligne, ajouter après l'ATF 137 III 122 ss : ATF 144 V 299 ss, 308, et après l'ATF 120 III 8 : ATF 23.3.2015, 5A_30/2015, c. 4.

6^e ligne, ajouter à l'ATF 125 III 100 ss : ATF 22.3.2017, 5A_807/2016, c. 3.1 ; ATF 23.12.2020, 5A_284/2020, c. 2.4.2.

Non sans ajouter à la confusion, un arrêt rendu en matière fiscale explique que l'art. 24 al. 1 CCS sur le domicile fictif à l'ancien lieu de séjour en Suisse se justifie en particulier afin d'assurer l'unité de l'ordre juridique, comme si l'art. 20 LDIP n'existait pas (ATF 138 II 300 ss, 308 s.).

14

4^e ligne, ajouter, au sujet de la résidence habituelle : ATF 141 IV 205 ss, 211.

17

10^e ligne, biffer Volken

20

2^e ligne insérer : Il faut une « résidence effective », respectivement une « présence physique » (ATF 24.9.2012, 5A_270/2012, c. 4.3, 5.2 et 6 ; ATF 21.11.2012, 5A_267/2012, c. 6.4).

21

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 2.2.2015, 4A_443/2014, c. 3.4 ; puis continuer : Même s'il est vrai qu'en règle générale, le lieu de vie auprès des membres de la famille l'emporte sur le centre des relations économiques et professionnelles sis dans un autre pays, la situation inverse peut également se présenter (cf. ATF 31.8.2012, 5A_235/2012, c. 5.2 et 5.3).

22

5^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 5.4.2012, 5A_659/2011, c. 2.2.2 ; ATF 138 V 186 ss, 192 ; ATF cités du 24.9.2012, c. 4.2.2, du 21.11.2012, c. 6.3 et du 2.2.2015, c. 3.4 ; ATF 19.6.2017, 5A_278/2017, c. 3.1.1.

23

9^e ligne, ajouter à l'ATF du 22.4.2005 : ATF cité du 5.4.2012, c. 2.2.2, du 24.9.2012, c. 4.2.1 et du 21.11.2012, c. 6.3.1.

13^e ligne, ajouter comme illustration : cf. ATF 138 V 194.

17^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 142 III 609 ss, 612.

20^e ligne, insérer : à condition toutefois que les démarches nécessaires soient reconnaissables aux tiers (cf. l'ATF cité du 5.4.2012, c. 2.2.2).

25

In fine, ajouter : La personne séjournant à l'étranger, mais en ayant conservé le centre de vie dans un autre pays, il peut exister, dans de rares cas, une divergence entre la résidence habituelle et le domicile (ATF cité du 6.9.2016, c. 5.1.2). Lorsqu'une personne a quitté la Suisse sans créer un domicile à l'étranger, il subsiste des doutes sérieux quant à un véritable abandon du précédent domicile en Suisse (ATF 138 II 300 ss, 307-310, appliquant l'art. 24 al. 1 CCS en matière fiscale par analogie, comme pour compléter l'art. 23 CCS).

28

9^e ligne, ajouter : ATF 14.5.2012, 5A_609/2011, c. 4.2.4.

In fine, ajouter : ATF 2.2.2015, 4A_443/2014, c. 3.4 ; ATF 6.9.2016, 5A_812/2015, c. 5.1.2 ; ATF cité du 19.6.2017, c. 3.1.1.1.

30

In fine, ajouter: Il est inexact de situer le domicile d'un diplomate ou d'un fonctionnaire consulaire dans l'Etat d'envoi (comme le fait une note de la Direction fédérale du droit international public, SRIEL 2016 p. 728, sans observer la jurisprudence).

31-38

Remplacer par :

31 n

A la différence du domicile, la définition de la résidence habituelle met l'accent sur la présence de la personne au lieu ou dans le pays de séjour. En effet, aux termes de l'art. 20 al. 1 lit. b, une personne physique a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée. La vie et la présence physique constituent donc la condition principale. Celle-ci est précisée ou qualifiée par l'exigence d'une certaine durée, même limitée. Un séjour de courte durée ne suffit pas ; il faut une présence régulière de quelques mois impliquant une certaine vie, c'est-à-dire l'établissement de certaines relations personnelles ou professionnelles. On notera d'ailleurs que le texte allemand exige que la personne vive « während längerer Zeit » dans l'Etat de résidence, ce qui est plus qu'une certaine durée, mais moins qu'une période durable.

31a n

Il convient de veiller à la cohérence entre la notion de résidence habituelle de l'art. 20 al. 1 lit. b et celle figurant dans un grand nombre de Conventions internationales et en particulier dans les *Conventions de La Haye*. Les tentatives de définir la résidence habituelle n'ont jamais abouti dans le cadre de la Conférence de La Haye, mais l'art. 20 al. 1 lit. b n'a pas été créé pour y suppléer. Le législateur suisse s'est plutôt inspiré d'un souci de systématique, la loi ne devant pas se référer à deux notions de domicile et n'en définir qu'une seule. De toute manière, en vertu de l'art. 1^{er} al. 2, la résidence habituelle au sens des Conventions de La Haye doit être déterminée compte tenu de la finalité propre de ces Conventions, interprétation qui l'emporte sur l'art. 20 al. 1 lit. b LDIP (cf. n° 14 ; art. 85 n° 20). Il en va de même pour la résidence habituelle au sens de l'art. 5 ch. 2 CL, à laquelle le renvoi à la loi du for, prévu à l'art. 59 CL pour le domicile, ne s'applique pas (contra: ATF 26.9.2002, 5C.139/2002, c. 2.2, Praxis 2003 n° 12). Les liens fonctionnels très étroits qui existent, en particulier en matière de statut personnel, entre les Conventions de La Haye et les règles nationales de la LDIP exigent cependant que l'application de la définition de l'art. 20 al. 1 lit. b soit adaptée à l'emploi de la notion de résidence habituelle dans le contexte de ces Conventions. A cet égard, la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE représente l'interprétation dominante, étant donné qu'elle lie la majeure partie des Etats contractants des Conventions de La Haye en matière de famille. Sans être liée par les arrêts de la Cour, la Suisse doit les observer dans le but de parvenir à une interprétation harmonisée de ces Conventions. Une telle approche comparative est également soutenue par la Cour suprême des Etats-Unis (cf. l'arrêt rendu le 25.2.2020 dans l'affaire *Monasky v. Taglieri*, 589 U.S. 2020 ; *Bumbaca*, IPRax 2021 p. 192-198).

32 n

La présence physique est l'ancre de toute résidence habituelle. Sans elle, on ne peut résider, et ce encore moins « habituellement ». C'est également la raison pour laquelle cette résidence est une notion de fait. Elle relève du droit, certes, mais ces conditions sont de nature « factuelle ». Elles sont en principe aisément constatables dans la vie extérieure de l'individu, qui se manifeste nécessairement de façon physique. Sans utiliser les termes de « présence » et de « physique », l'art. 20 al. 1 lit. b LDIP les réunit en désignant la « vie » de la personne. Il n'y a pas de vie sans existence physique, et celle-ci est nécessairement localisée géographiquement. La jurisprudence

du Tribunal fédéral est constante sur ce point, sans toutefois se servir souvent des termes de « présence physique ». Ainsi que le constate un arrêt du 12.6.2012, « toute résidence implique nécessairement une présence physique à un endroit donné » (cf. ATF 5A_346/2012, c. 4 ; de même, ATF 11.1.2010, 5A_764/2009, c. 2.1 ; ATF 23.4.2012, 5A_889/2011, c. 4.1.2 ; ATF 14.4.2021, 5A_933/2020, c. 1). Tout en étant reconnue comme autonome, la notion telle qu'employée à l'art. 5 al. 1 de la Convention de La Haye de 1996 connaît le même fondement. La Cour de justice de l'UE, saisie de l'interprétation de l'instrument parallèle du Règlement de Bruxelles II^{bis}, soutient la même position. Pour la Cour, une présence physique dans l'Etat dans lequel l'enfant est prétendument intégré est une condition nécessairement préalable à l'évaluation de la notion de résidence habituelle (cf. CJUE 17.10.2018, C-393/18, UD c. XB, n° 43-53, 70). En l'absence d'une telle présence, on ne saurait se rabattre sur des circonstances telles que l'intention du parent exerçant la garde ou la résidence habituelle de l'un ou de l'autre parent, au détriment de considérations géographiques objectives (même arrêt, n° 62). Cependant, la présence physique en elle-même n'est pas suffisante, car il faut lui ajouter un élément d'intensité afin qu'elle puisse être reconnue comme « habituelle ». Cette intensité se décline en deux faisceaux qui sont entremêlés, à savoir l'environnement familial et social et la durée.

33 n

Se retrouver en un endroit de manière « habituelle » implique des racines dans un environnement qui s'étend en un lieu ou un pays et qui est caractérisé par les éléments propres à la vie d'une personne, qui sont principalement d'ordre familial et social. Pour les enfants, c'est l'intégration dans la famille qui est le facteur décisif, étant donné qu'il n'est pas porteur d'éléments suffisants de sa propre vie qui permettraient d'en dégager une localisation au sens « habituel », tout au moins pendant son jeune âge. Pour l'enfant lui-même, la nature « habituelle » de sa résidence ne peut être déterminée isolément ; il faut tenir compte de son entourage. Dans la jurisprudence, on trouve ainsi de nombreux arrêts constatant que pour les enfants, il y a lieu de se référer à leur cadre familial, respectivement à la résidence habituelle des personnes qui en assument la garde (cf., notamment, ATF 110 II 119 ss, 122 ; ATF 117 II 334 ss, 337 ; ATF 11.11.2009, 5A_650/2009, c. 5.2 ; ATF 29.3.2011, 5A_119/2011, c. 6.2.1.1 ; ATF 25.5.2011, 5A_257/2011, c. 2 ; ATF 25.10.2011, 5A_440/2011, c. 2.2 ; ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 3.3.1 ; ATF 18.4.2013, 5A_164/2013, c. 3 ; ATF 28.11.2013, 5A_807/2013, c. 2.3.1 ; ATF 8.3.2018, 5A_1021/2017, c. 5.1.2.). Des arrêts récents rappellent que la notion de résidence habituelle de l'enfant repose sur une situation de pur fait, déterminée d'après le centre effectif de sa vie, correspondant à une certaine intégration dans un environnement social et familial, composée de facteurs tels la durée du séjour, la régularité, les connaissances linguistiques, les conditions et les raisons du séjour et la nationalité de l'enfant (ATF 6.11.2018, 5A_846/2018, c. 4 ; ATF 20.11.2020, 5A_877/2020, c. 4.1).

33a n

Dans le cas le plus extrême des nouveau-nés, leur résidence dépend entièrement de leur rattachement à une famille ou à des tierces personnes qui en assument la charge. L'enfant étant dépourvu de toute autonomie, sa résidence est directement associée à son entourage, qui lui transmet son caractère habituel (ATF 129 III 288 ss, 292). Au fur à mesure que l'enfant grandit, devenant de plus en plus autonome, cette dépendance des relations avec la famille s'affaiblit et fait place à un rattachement autonome. Cependant, ce processus est lent et peut se poursuivre jusqu'à l'adolescence, à propos de laquelle on aurait tort de penser qu'elle rendrait l'enfant autonome par rapport à ses parents. Aussi est-il erroné d'affirmer que l'école produirait l'effet de détacher l'enfant du centre de vie de sa famille (comme l'a fait l'ATF 11.1.2010, 5A_764/2009, c. 2.3, affirmant que le lieu de l'école remplace le centre de vie de la famille).

34 n

La *durée* est un élément qui renforce le rattachement au lieu de vie de l'enfant. Si elle est plutôt longue, le lien physique avec le lieu de vie de l'enfant et de sa famille est implicitement stabilisé. Il arrive alors que l'on peut se contenter du constat d'une telle durée pour en déduire que la résidence ne peut pas être autrement qu'habituelle. C'est pourquoi la pratique évoque parfois l'existence d'une présomption de fait selon laquelle après six mois de présence en un lieu ou dans un pays, la résidence habituelle s'en suit. Dans certains pays, tels que l'Allemagne et l'Autriche, la jurisprudence se sert d'une telle présomption. Le Tribunal fédéral a déjà rappelé ce délai, tout en y ajoutant d'autres facteurs, en réalité décisifs, liés aux circonstances du séjour et de sa durée probable (cf., par exemple, ATF 15.11.2005, 5P.367/2005, c. 5.3 ; ATF 23.4.2012, 5A_889/2011, c. 4.1-4.3 ; ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 3.3.1 ; ATF 8.1.2013, 5A_809/2012, c. 2.3.3 ; ATF cité du 14.4.2021, c. 1.1). Un arrêt a retenu un délai d'un an (ATF 11.1.2010, 5A_764/2009, c. 2), tandis qu'un autre faisait état d'un mois de présence ininterrompue au domicile des parents depuis la naissance (ATF 3.9.2014, 5A_584/2014, c. 5). Une telle présomption n'a donc pas de valeur absolue ; la résidence habituelle n'en dépend pas. Une telle résidence peut exister sans qu'elle ne soit associée à aucune durée. Pour convaincre, il suffit de penser au cas du nouveau-

né dont on doit connaître la résidence habituelle dès le jour de sa naissance, afin de connaître sa filiation (art. 68/69) ou son nom de famille (art. 37), par exemple.

35 n

La jurisprudence admet judicieusement que la durée peut se manifester sous la forme d'une *perspective*. Si la présence physique est intense au point que l'on peut reconnaître qu'elle représente un projet pour l'avenir immédiat, la condition de la durée est réalisée. Il est alors dit que la résidence doit être destinée à durer et à remplacer le précédent centre de vie (cf. ATF 25.10.2011, 5A_440/2011, c. 2.2 ; ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 3.3.1 ; ATF 6.11.2018, 5A_846/2018, c. 4). Si la durée de fait manque, on se contentera de la durée « envisagée » (ATF 23.12.2009, 5A_432/2009, c. 5.3 ; ATF 9.10.2014, 5A_324/2014, c. 5.3 ; ATF 12.3.2018, 5A_948/2017, c. 3.3). Cette solution empêche qu'une lacune se produit dans l'exercice de la compétence ou au niveau de la continuité de la loi applicable. Lorsque le changement de la résidence habituelle entraîne un changement de compétence, il est opportun d'assurer à l'enfant l'accès à la justice aussitôt qu'il arrive dans son nouveau lieu de vie. Lorsqu'il s'agit d'un rapport de droit défini dans la durée, tel le droit à l'entretien ou le nom de famille, la loi de la résidence habituelle peut être celle à partir du déménagement, alors que la durée réelle du séjour ne s'est pas encore concrétisée. Dans le cas d'un enfant réfugié, il est parfois indispensable de lui assurer une protection de droit civil dès son arrivée dans le pays. La perspective de durée résulte alors de la demande d'asile, qu'elle soit susceptible d'être acceptée ou non : la longueur de la procédure laisse place à un accueil prolongé, physique et social, au point que la résidence habituelle est acquise peu de temps après l'attribution à un canton (cf. ATF 113 II 5 ss, 7 s. ; 116 II 497 ss, 501-503). La perspective de la localisation de la vie familiale est également décisive : l'enfant né dans une famille dont la vie est connue pour se dérouler à son domicile acquiert sa résidence habituelle au même lieu, dès sa naissance. En revanche, l'enfant né d'une mère porteuse en Californie, qui le remettra aussitôt aux parents d'intention, n'acquiert pas de résidence habituelle dans ce pays.

36 n

On peut ainsi constater à travers une longue série d'arrêts que dans le cas du déménagement de l'enfant avec ses parents, sa résidence habituelle est normalement créée immédiatement ou dans très peu de temps au nouveau lieu de vie de la famille (cf. ATF 143 III 193 ss, 195 ; ATF 11.11.2009, 5A_650/2009, c. 5.3 ; ATF 23.12.2009, 5A_432/2009, c. 5.3 ; ATF 12.3.2018, 5A_948/2017, c. 3.3). La perspective d'une certaine durée du séjour est alors le critère le plus important (cf., outre les arrêts déjà cités, ATF 11.11.2009, 5A_650/2009, c. 5.2 ; ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, c. 3.1). Lorsque l'arrivée dans le nouveau pays a manifestement lieu dans le but de s'y installer, la résidence habituelle est acquise dans quelques jours (ATF 143 III 193 ss, 195 ; ATF 1.7.2019, 5A_21/2019, c. 6) ou immédiatement (ATF 21.6.2017, 5A_68/2017, c. 2.3). On a même vu des arrêts acceptant un domicile « imminent » (cf. ATF 116 II 202 ss, 206-209 ; ATF 22.4.2005, 5A.34/2004, c. 3.1) ; cela vaut également pour la résidence habituelle.

36a n

Si la condition de la présence physique est incontournable, elle n'est pas rigoureuse au point d'exiger de la personne qu'elle se trouve jour et nuit au même lieu. Des *absences passagères* ne font pas perdre la résidence habituelle, comme le fait d'arriver en un lieu au cours d'un voyage ne crée pas une telle résidence non plus. Pour être « habituelle », la résidence doit s'accompagner d'une *perspective de présence pour une certaine durée*. Inversement, pour perdre son caractère « habituel », une résidence une fois acquise doit s'avérer amputée de la perspective de retour dans un laps de temps relativement court, aussi court que la perspective de créer une telle résidence requiert un laps de temps d'une certaine durée. L'interprétation du droit auquel la résidence habituelle sert de rattachement est parfois décisive. Dans certaines matières, telles celles mentionnées, faute de la présence d'un critère subsidiaire, telle une simple résidence, la notion de résidence habituelle doit subir des ajustements. Le premier se dirige vers le futur : l'on comprend une résidence en réalité non encore devenue habituelle comme un lieu disposant de la perspective d'y parvenir. Le second se tourne vers le passé : on tend à maintenir la résidence habituelle au lieu que la personne a déjà quitté, en supposant que faute de s'être déjà constitué une telle résidence ailleurs, elle pourrait encore y revenir à une prochaine occasion. On parvient ainsi à éviter que la personne se retrouve sans accès à la justice, faute de juge compétent, ou sans savoir quelle loi appliquer, faute d'un rattachement fondé sur la résidence habituelle. Cependant, cette double marge d'interprétation n'est pas sans limite.

36b n

Dans d'autres matières, la résidence habituelle est d'interprétation stricte, en ce sens qu'elle ne doit pas servir à la création d'un droit en l'absence de ses composants essentiels, qui ne sont pas extensibles à loisir. L'hypothèse d'une personne sans résidence habituelle est alors la réalité. Pour le Tribunal fédéral, tel est le cas de *l'enfant*

non encore né (ATF 12.6.2012, 5A_346/2012, c. 4.4). L'embryon n'étant pas une personne, il ne peut avoir une présence physique. L'existence physique de la mère ne peut se dédoubler de celle de l'embryon qu'elle porte. Sous l'angle du droit suisse et du principe de la personnalité conditionnelle de l'embryon selon l'art. 31 CCS, une telle position est problématique. Elle devient contestable lorsqu'elle est adoptée dans des cas d'enlèvement d'enfant. La Convention de La Haye de 1980 entend préserver l'autorité parentale de chaque parent. L'embryon, dans les limites physiques et juridiques qui lui sont propres, est placé sous l'autorité parentale de ses parents. Pourquoi ne devrait-il pas jouir également de la protection contre les enlèvements ? On aurait pu observer que la Cour de cassation française a répondu affirmativement à cette question (arrêt du 26.10.2011, Rev.crit. 2012 p. 599). Le droit de ne pas être déplacé de son centre de vie *in utero* peut parfaitement s'affirmer, de même que le respect de la relation avec son futur père (cf. Coester-Waltjen, Festschrift Kronke, p. 48 s.).

36c n

La jurisprudence remarque parfois que *l'élément subjectif de l'intention* n'est pas une condition de la résidence habituelle, tandis qu'il fait partie de la notion de domicile (ATF 129 III 292 ; ATF 18.4.2013, 5A_164/2013, c. 3 ; ATF 6.11.2018, 5A_846/2018, c. 4). De façon plus nuancée, il a cependant également été dit que l'élément subjectif est moins présent dans la résidence habituelle qu'il ne l'est dans le domicile, sans être absent (ATF 117 II 334 ss, 337). En réalité, la distinction n'est en effet pas aussi marquée. Premièrement, l'intention en tant qu'élément du domicile doit être objectivée ou rendue reconnaissable ; elle doit pouvoir être reconnue dans les faits extérieurs à l'homme et non à travers une simple expression de la volonté. Deuxièmement, l'intention est normalement à l'origine de la présence de l'enfant et de sa famille en un lieu donné. Dès lors, dans la mesure où elle devient reconnaissable à travers la présence physique et l'enracinement de la famille à son « centre de vie », elle fait partie de l'argumentaire pour soutenir la création d'une résidence habituelle. C'est un indice parmi d'autres. La personne peut résider habituellement dans un lieu où elle ne compte pas rester plus qu'un certain temps, sans y acquérir un domicile dès lors que les signes extérieurs qui entourent sa présence ne démontrent pas son intention de s'établir dans ce lieu pour une durée à première vue non limitée. Dès lors, une personne peut plus facilement n'avoir point de domicile qu'elle peut ne disposer d'aucune résidence habituelle. C'est la raison pour laquelle l'art. 20 al. 2 fait de la résidence habituelle une notion subsidiaire, intervenant lorsqu'il manque un domicile, cependant sans écarter l'hypothèse qu'une telle résidence puisse également s'avérer inexistante dans un cas particulier.

36d n

L'intention de s'établir, même réduite à un degré de moindre intensité que pour le domicile, peut donc constituer un indice susceptible de renforcer le centre de vie de la famille, sans être indispensable pour acquérir une résidence habituelle. On ne saurait cependant l'ignorer au motif qu'il faille éviter que la résidence habituelle de l'enfant dépende de celle du parent gardien, comme le dit un arrêt (ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 3.1), aussitôt contredit par un autre, constatant que l'enfant avait acquis sa résidence habituelle déjà quelques jours après son arrivée en Russie, compte tenu des démarches entreprises par sa mère, « agissant avec l'intention manifeste de s'installer, comme l'enfant, dans son pays d'origine » (ATF 1.7.2019, 5A_21/2019, c. 6). On comparera ces arrêts à celui, plus nuancé, de la Cour de justice du 28.6.2018 (C-512/17, *HR c. KO*, n° 38-66), concluant que la résidence habituelle d'un enfant en bas âge correspond au lieu où se situe, dans les faits, le centre de sa vie et son environnement, qui est essentiellement familial, déterminé par des circonstances objectives, sans exclure l'intention des parents en tant qu'indice de nature à compléter un faisceau d'éléments concordants.

36e n

C'est une constante de la jurisprudence de déclarer que l'attribution ou le refus du *droit de séjourner* en Suisse n'ont point d'effet sur l'appréciation des conditions du domicile ou de la résidence habituelle. Cela signifie principalement que l'octroi de l'asile n'est pas une exigence à cet égard. La régularité du séjour ne compte pas (ATF 11.1.2010, 5A_764/2009, c. 2.1). De même, le fait d'avoir déposé ses papiers ou de payer des impôts en un certain lieu n'est pas déterminant, ni d'autres indices de la même nature d'ailleurs (ATF 15.8.2012, 5A_291/2012, c. 3.2 ; ATF 6.11.2018, 5A_846/2018, c. 5). En rupture apparente avec cette logique, quelques arrêts mentionnent néanmoins de tels facteurs en tant qu'éléments, favorables ou non, selon les cas, à l'affirmation d'une présence qualifiée par le centre de vie de la personne. Cela paraît acceptable dans la mesure où il existe suffisamment de motifs d'une autre nature pour conclure dans le même sens, soit pour la création d'une résidence habituelle, soit pour constater que celle-ci a été abandonnée ou déplacée. Cela devient problématique lorsqu'un tel indice devient un critère déterminant dans certains arrêts (ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 3), tout en étant relégué comme étant sans signification dans d'autres (ATF 6.11.2018, 5A_846/2018, c. 5 ; ATF 18.4.2019, 5A_131/2019, c. 2).

36f n

En cas de déplacement en violation du droit de garde d'un parent, une certaine retenue s'impose avant d'admettre que l'enfant ait créé une nouvelle résidence habituelle, en particulier lorsqu'un *enlèvement d'enfant* est allégué et rendu probable (cf. ATF 117 II 334 ss, 337 ; ATF 23.4.2012, 5A_889/2011, c. 4). L'établissement dans le nouveau pays de séjour peut s'entourer d'une certaine incertitude qui peut laisser des doutes quant à l'existence d'une résidence destinée à durer, dès lors qu'il se profile une perspective de retour. Cependant, il serait inexact d'adopter une position radicalement opposée à la création d'une nouvelle résidence habituelle (cf. ATF 125 III 301 ss, 303). L'art. 7 de la Convention de La Haye de 1996 est explicitement fondé sur une telle hypothèse, qui n'est donc pas rare.

37 n

Le législateur semble avoir envisagé la possibilité pour une personne d'avoir plusieurs résidences habituelles (FF 1983 I p. 309 ; suivi par Schwander, Einführung, t. I, n° 207 ; Masmejan, p. 99 s., 120 s. ; Levante, p. 100 s. ; Westenberg, BSK-IPRG, art. 20 n° 26 ; Kren, ZK-IPRG, art. 20 n° 68). La définition de l'art. 20 al. 1 lit. b ne soutient pas une telle interprétation (en ce sens également Dutoit, art. 20 n° 10). Le fait que la loi écarte la pluralité de domiciles (art. 20 al. 2), mais ne le fait pas expressément à propos de la résidence habituelle, n'est pas déterminant. Du moment que la résidence habituelle se substitue systématiquement au domicile lorsqu'une personne n'a nulle part de domicile, on peut penser que cette notion subsidiaire doit être, comme le domicile, un concept *unique*. Il convient d'éviter une pluralité de résidences habituelles qui pourrait avoir pour effet que des résidences passagères, quoique habituelles, seraient suffisantes pour créer un for, même si la personne vit ailleurs d'une façon plus intense et régulière. On notera qu'au sujet de la Convention de La Haye de 1961, le Tribunal fédéral a écarté l'idée que l'enfant pourrait avoir simultanément plusieurs résidences habituelles (ATF *in Sem.jud.* 1999 I p. 221 ss, 227 ; cf. art. 85 n° 22) ; il en va de même pour la Convention de 1996 (ATF 11.1.2010, 5A_764/2009, c. 2.1). L'enfant ne peut résider habituellement dans deux pays, même limitrophes, en même temps (ATF 6.11.2018, 5A_846/2018, c. 4). Toutefois, étant donné que la résidence habituelle est une notion de fait, le mode de vie de la personne et notamment des enfants, doit être pris en compte.

38 n

La *garde alternée*, instaurée souvent de façon paritaire, change la donne (cf. Bucher, Symposium 2019, p. 59-65). Car dans une telle situation, il n'y a pas de « centre » ou d'attache prépondérante de l'enfant auprès de l'un des parents et de son lieu de vie. Les faits pertinents pour fonder une résidence habituelle sont répartis sur deux lieux, parfois sur deux pays, notamment le long d'une frontière. Vouloir maintenir une résidence unique dans une telle situation serait peu fidèle au caractère concret et de fait de la résidence habituelle (cf. Gallant, Mélanges Mayer, p. 251). Le Tribunal fédéral n'a pas voulu s'engager sur le chemin ainsi tracé. Il faut qu'une seule résidence habituelle soit déterminée (ATF 8.3.2018, 5A_1021/2017, c. 5.1.2 ; ATF 20.11.2020, 5A_877/2020, c. 4.1). Le bien de l'enfant n'est pas pris en compte. On préfère s'écarter de la notion de fait de cette résidence pour la rendre artificielle, du moins partiellement. Un autre arrêt accepte tout au moins qu'au sens de l'art. 25 al. 1 CCS, il n'existe pas de solution pour le cas d'une garde alternée ; la réglementation sur une telle garde ne peut servir à déterminer le domicile de l'enfant. Dans ce second arrêt, la lacune de la loi est donc reconnue. Sans véritablement combler cette lacune, on admet qu'il faille rechercher le lieu des liens les plus étroits, en tenant compte de facteurs liés aux activités de l'enfant, tel que le lieu où l'enfant est scolarisé, y va à la cantine, joue du tennis et suit des cours au conservatoire (cf. ATF 144 V 299 ss, 308-310). Avec ces éléments, on s'éloigne cependant du sens véritable de la résidence habituelle, car ces activités ne sont pas représentatives de la part la plus importante des relations de l'enfant et de son centre de vie, rattaché aux lieux de vie respectifs de ses parents et très accessoirement à son école et à ses loisirs. Or, l'art. 25 CCS auquel on veut attribuer la solution a été écrit lorsque le Code civil ne connaissait pas encore la garde partagée ou alternée. Cette disposition est construite sur le modèle d'une garde auprès de l'un des parents. La garde alternée ne permet pas de désigner l'un des parents en tant que principale personne de référence (ATF 1.2.2019, 5A_1013/2018, c. 4). A son point de départ, la situation est « neutre » (ATF 144 III 469 ss, 471, 472 ; ATF 6.2.2019, 5A_951/2018, c. 3.1). Il n'y a donc pas de parent « qui détient la garde » ; l'art. 25 CCS n'est pas pertinent dans une telle situation, malgré ce que le Tribunal fédéral en dit dans un arrêt récent (ATF 147 III 121 ss, 124), sans remarquer un arrêt en sens opposé (ATF 144 V 308-310), sur lequel un autre arrêt est revenu pour constater que « le domicile de l'enfant se trouve au lieu de résidence avec lequel les liens sont les plus étroits », sans être déterminés nécessairement en fonction de l'endroit où l'enfant est le plus présent (ATF 7.9.2021, 5A_210/2021, c. 4.2). Il n'y a pas moyen non plus de forcer le sens de l'art. 301a CCS, qui n'a pas été élaboré dans l'optique d'une garde alternée de deux parents mais dans le but d'aménager à l'enfant son lieu de résidence, pris au singulier. Le législateur n'a pas songé à

l'hypothèse de la garde partagée par les deux parents. De toute manière, cette controverse de droit civil n'est d'aucune utilité en droit international privé (art. 20 al. 2). Un autre arrêt conclut qu'en cas de garde alternée plus ou moins à parts égales, le domicile de l'enfant doit être déterminé, en cas de litige, par le tribunal ou l'autorité de protection des enfants (ATF 30.4.2021, 5A_310/2021, c. 3) ; or, cette position ignore que le domicile doit résulter de la loi et ne peut être laissé à l'intervention d'office, comme si l'enfant n'avait point de domicile tant que celle-ci n'a pas eu lieu.

38a n

Ce qui est en jeu est l'équilibre dans la répartition des rôles de chacun des parents, suivant le principe consacré à l'art. 9 CDE. L'attachement de l'enfant à chacun de ses parents est à la base de la garde alternée. Il n'y a pas de raison pour ne pas y donner effet s'agissant du lien juridique de la résidence. L'intérêt des enfants vivant en garde partagée est de conserver la neutralité de leurs liens par rapport à chacun des parents. Il convient donc d'adopter la même position s'agissant de leur résidence habituelle. Même en acceptant que les Conventions de La Haye ont été fondées sur une notion unique de résidence habituelle, la raison principale est qu'à l'époque de leur rédaction, la répartition paritaire de la garde des enfants n'était pas une situation dont il aurait fallu tenir compte. L'interprétation de ces Conventions doit tenir compte de la CDE et de son art. 3 qui fait du bien de l'enfant le facteur primordial de toute décision le concernant. Au regard du poids décisif de l'intérêt de l'enfant, les difficultés surgissant en cas de double résidence habituelle ne sont pas insurmontables (cf. Gallant, Mélanges Mayer, p. 251-253).

Bibliographie

LDIP :

ANDREAS BUCHER, La résidence habituelle – pivot de la procédure internationale relative aux droits de l'enfant, *in* La procédure en droit de la famille, Symposium Fribourg 2019, Genève 2020, p. 45-93 ; FLORIAN CHAUDET, La constitution d'un domicile en droit international privé, *Bulletin de l'avocat* 2018 p. 377-382.

Droit international privé étranger et comparé :

VITO BUMBACA, Remarks on the judgment of the US Supreme Court – Monasky v. Taglieri, *IPRax* 41 (2021) p. 192-198 ; JANEEN CARRUTHERS, Discerning the Meaning of « Habitual Residence of the Child » in UK Courts, *YPIL* 21 (2019-20) p. 1-35 ; DAGMAR COESTER-WALTJEN, Der gewöhnliche Aufenthalt eines Neugeborenen im Internationalen Familienrecht, *in* Festschrift für Herbert Kronke, Bielefeld 2020, p. 39-49 ; ESTELLE GALLANT, Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer, Paris 2015, p. 241-253 ; BETTINA HEIDERHOFF, Das vertrackte subjektive Element des gewöhnlichen Aufenthalts, *IPRax* 39 (2019) p. 506-510 ; GEORG JOHN, Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht, *GPR* 15 (2018) p. 70-79, 136-142 ; PETER MCÉLEAVY, La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité : perspectives de common law, *Travaux* 2008-2010 p. 127-155 ; MARCO MELLONE, La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie, *RDIPP* 46 (2010) p. 685-716 ; LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN, Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional, *AEDIPr* 18 (2018) p. 469-494 ; BETTINA RENTSCH, Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts, Tübingen 2017 ; LEON TRAKMAN, Domicile of choice in English law : an Achilles heel ?, *JPIL* 11 (2015) p. 317-343 ; RABEA VIENENKÖTTER, Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im Internationalen Familien- und Erbrecht der EU, Jena 2017.

Art. 21

8

23^e ligne, lire Eberhard/von Planta, art. 21 n^o 6

Jurisprudence récente

ATF 142 III 466 ss, 472 s. (*société simple de concubins, non organisée et sans siège*)

ATF 140 III 473 ss, 475 (*établissement d'une société se trouvant à Hongkong, lieu de son siège*)

ATF 19.2.2013, 4A_616/2012, c. 2.2 (*établissement d'une société se trouvant en Suisse au lieu de son siège*)

ATF 29.8.2012, 4A_327/2012, c. 3.2 (*L'établissement d'une société qui fournit la prestation caractéristique du mandat se trouve dans l'Etat de son siège, en l'espèce en Suisse.*)

Art. 22

2

5^e ligne, insérer dans la parenthèse : ou dans l'hypothèse de l'accès à l'indépendance, tel le Kosovo, cf. ATF 139 V 263 ss, 281.

Art. 23

Bibliographie

LDIP

Droit international privé étranger et comparé :

STEFANIA BARIATTI, Multiple Nationalities and EU Private International Law, YPIL 13 (2011) p. 1-19 ; THALIA KRUGER/JINSKE VERHELLEN, Dual Nationality = Double Trouble?, JPIL 7 (2011) p. 601-626.

Art. 24

2

In fine, ajouter : Le statut de réfugié n'empêche pas à ce que l'apatridie soit également reconnue (Tribunal administratif fédéral 9.5.2014, C-1873/2013, ATAF 2014/5 p. 101).

4

5/6^e lignes : lire Kren, ZK-IPRG, art. 24 n° 14.

13^e ligne, remplacer les ATF cités par : ATF 139 I 1 ss, 4-6, et les arrêts cités.

8

4^e ligne, insérer avant le renvoi à JAAC : ATF 2.7.2015, 5A_824/2014, c. 2 et 5.

6^e-9^e lignes : biffer la phrase relative à l'art. 44 al. 2, abrogé.

In fine, lire Kren, ZK-IPRG, art. 24 n° 22

12

In fine, ajouter : Kantonsgericht GR, PKG 2009 n° 3 p. 16.

Bibliographie

LDIP

Droit international privé étranger et comparé :

DIETMAR BAETGE, Gewöhnlicher Aufenthalt und Personalstatut von Flüchtlingen, StAZ 69 (2016) p. 289-295 ; CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, Flüchtlinge im internationalen Personenstandsrecht, StAZ 70 (2017) p. 289-297 ; CRISTINA CAMPIGLIO, Lo statuto personale dei rifugiati : vecchi e nuovi problemi di diritto internazionale privato, RDI 101 (2018) p. 833-850 ; VINCENT CHETAIL, Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés: histoire d'une brève rencontre, Clunet 141 (2014) p. 447-475 ; PETER MANKOWSKI, Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration, IPRax 37 (2017) p. 40-49 ; JINSKE VERHELLEN, La portabilité transfrontalière du statut personnel des réfugiés, Rev.crit. 2017 p. 173-189 ; ANDREAS ZIMMERMANN (éd.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary, Oxford 2011.

Art. 25-32

3

In fine, ajouter : Leur application à des jugements anciens est donc devenue très rare (cf. ATF 18.12.2014, 5A_467/2014, c. 2.3).

4

12^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 30.3.2015, 4A_604/2014, c. 3.1.1.

5a n

On notera par ailleurs des cas dans lesquels un jugement étranger déploie en Suisse des *effets de fait* ou sert de *moyen de preuve* sans y être reconnu ou exécuté. Le jugement peut avoir un impact sur le patrimoine d'une partie dont il faut tenir compte même s'il ne peut être reconnu, tel le partage de prestations de prévoyance effectué à l'étranger dans un jugement dont la reconnaissance en Suisse est impossible (art. 63 al. 1^{bis}). Un jugement étranger peut rendre une créance vraisemblable dans le contexte d'une mainlevée (cf. art. 29 n° 18). Lors de sa transcription dans le registre de l'état civil, l'acte étranger ne produit pas plus d'effet que ceux de l'art. 9 CCS (art. 29 n° 3).

7

6^e ligne, ajouter : Sholokhov, 31.7.2012, § 66, puis : Il en va de même de la reconnaissance de jugements étrangers (cf. CEDH, Ates Mimarlik Mühendislik A.S., 25.9.2012, § 33-48, notant que le développement de standards judiciaires communs constitue un phénomène émergent en droit international, § 46).

In fine, ajouter : Il n'y a pas lieu de donner effet à un jugement étranger « en présence d'une insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la Convention » auquel le droit suisse ne permet pas de remédier (CEDH, Avotinš, 23.5.2016, § 116). Le développement de la jurisprudence au-delà de ce standard minimal est encore incertain (cf. Spielmann, Revue trimestrielle des droits de l'homme 2011, n° 88, p. 765-770).

8

In fine, ajouter : L'arrêt McDonald a amorcé l'évolution vers un droit au procès équitable qui s'applique aux jugements rendus à l'étranger, y compris leur efficacité substantielle (cf., en ce sens également, l'arrêt Negrepontis du 3.5.2011, § 89). En se plaçant dans le contexte de l'accès à un tribunal au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH, la Cour a rendu autonome l'exécution des jugements étrangers, ce qui est le prélude à une jurisprudence à venir au soutien d'une obligation des Etats à accueillir des décisions étrangères, sans égard aux contraintes particulières prévues en droit national, telle la condition de la compétence indirecte ; celles-ci ne sont pas écartées complètement, mais confinées à la limite qu'elles ne doivent pas porter atteinte à ce droit fondamental dans son essence même (cf. Spielmann, p. 774-779 ; Bucher, RCADI 341, 2009, p. 118-121, 303-310 ; Cuniberti, RCADI 394, 2018, p. 135-147).

11

In fine, ajouter : La Suisse a signé le Protocole n° 1 en 1976, sans le ratifier.

Bibliographie

LDIP :

STÉPHANE ABBET, Décisions étrangères et mainlevée définitive, Sem.jud. 138 (2016) II p. 325-351 ; KURT AMMON/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9^e éd. Berne 2013 ; URS BOLLER, Arrest gestützt auf ausländische Entscheide, Erste Erfahrungen mit dem neuen Arrestrecht, ZZZ 8 (2011/12) 25, p. 33-44 ; GRÉGORIE BOVEY, La révision de la Convention de Lugano et le séquestre, JdT 160 (2012) II p. 80-104 ; ISABELLE CHABLOZ, La reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires, in Vorsorglicher Rechtsschutz, Berne 2011, p. 95-114 ; SANDRINE GIROUD/NOÉMIE RAETZO, The Recognition and Enforcement of Foreign Interim Measures in Switzerland, YPIL 21 (2019-20) p. 175-196 ; CHRISTIAN KÖLZ, The Preclusive Effect of U.S. Class Action Judgments in Switzerland, RSDIE 22 (2012) p. 43-79 ; ALEXANDER R. MARKUS, Grenzüberschreitende Verarrestierung von Bankkonten in der Schweiz und die EU-Kontenpfändungsverordnung, IPRax 41 (2021) p. 290-298 ; GEORG NAEGELI/DARIO MARZORATI, Der definitive Rechtsöffnungstitel als neuer Arrestgrund – ein vollstreckungsrechtlicher Zankapfel, Jusletter 10.9.2012 ; MICHEL OCHSNER, La poursuite contre le débiteur à l'étranger, in Aspetti patrimoniali e di esecuzione forzata nei rapporti transfrontalieri, Lugano 2015, p. 45-86 ; CHRISTIAN OETIKER *et al.*, Enforcement in Switzerland, Berne 2020 ; EDGAR PHILIPPIN *et al.*, Aspetti patrimoniali e di esecuzione forzata nei rapporti transfrontalieri, Lugano 2015 ; SEJEE PHURTAG, Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht, Berne 2019 ; HANS REISER, Schweizweiter Arrest, neuer Arrestgrund - praktische Handhabung, ZZZ 8 (2011/12) 25, p. 45-51 ; JÜRIG ROTH, Vorläufige Vollstreckbarkeit und Vollstreckung, AJP 20 (2011) p. 771-787 ; IDEM, Neues Arrestrecht im Nicht-LugÜ-Bereich, Der Ausländerarrest im Besonderen, in Vorsorglicher Rechtsschutz, Berne 2011, p. 63-94 ; IVO SCHWANDER, Rechtsöffnung in internationalen Konstellationen – anwendbares Recht und Besonderheiten des Verfahrens, ZZZ 38 (2016) p. 157-167 ; DANIEL STAEHELIN, Das internationale Betreibungsrecht, BLSchk 79 (2015) p. 125-141 ; WALTER A. STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3^e éd. Berne 2016 ; LÉONARD STOYANOV, La reconnaissance et l'exécution des accords issus d'un règlement amiable, in La résolution amiable des différends en Suisse, Berne 2016, p. 171-201 ; FRANCESCO TREZZINI, Effetti extra-territoriali delle decisioni materiali e processuali emesse dal giudice civile svizzero, RtiD 2015 I p. 227-240 ; MATTHIAS WIGET, Fragen der örtlichen Zuständigkeit für Anerkennungsklagen, Aberkennungsklagen und Klagen nach Art. 85 und Art. 85a SchKG, ZZZ 38 (2016) p. 55-62 ; GEORG ZONDLER, Ausländische Titel in der definitiven Rechtsöffnung, in Rechtsöffnung und Zivilprozess, national und international, Berne 2014, p. 107-118.

Conventions bilatérales :

ILARIA PRETELLI, Il regime internazionalprivatistico dell'esecuzione forzata nei rapporti tra Svizzera e Italia, in Aspetti patrimoniali e di esecuzione forzata nei rapporti transfrontalieri, p. 99-118.

Droit international privé étranger et comparé :

ODILE AMMANN/NIKLAUS MEIER, Verhältnis von nationalem und internationalem Recht in den USA, AJP 26 (2017) p. 90-98 ; KILIAN BÄLZ, Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Zivilurteilen und Schiedssprüchen in arabischen Staaten, RIW 58 (2012) p. 354-360 ; IDEM, Die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Urteilen und Schiedssprüchen in den arabischen Staaten Nordafrikas, RIW 59 (2013) p. 55-62 ; JÜRGEN BASEDOW, Gegenseitigkeit im Kollisionsrecht, in Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, p. 335-348 ; NIKLAS BRÜGGEMANN, Die Anerkennung prorogationswidriger Urteile im Europäischen und US-amerikanischen Zivilprozessrecht, Tübingen 2019 ; PIERRE CHEVALIER, La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères, Rev.crit. 103 (2014) p. 1-41 ; GILLES CUNIBERTI, Droit international de l'exécution, Recouvrement des créances civiles et commerciales, Paris 2011 ; IDEM, Le fondement de l'effet des jugements étrangers, RCADI 394 (2018) p. 87-283 ; TANJA DOMEJ, Internationale Zwangsvollstreckung und Haftungsverwirklichung, am Beispiel der Forderungspfändung, Tübingen 2016 ; BÉLIGH ELBALTI, Reciprocity and the recognition and enforcement of foreign judgments: a lot of bark not much bite, JPIL 13 (2017) p. 184-218 ; FRANCISCO GARCIMARTÍN, The New Spanish Law on International Legal Cooperation in Civil Matters : The Rules on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, in Europa als Rechts- und Lebensraum, Liber amicorum für Christian Kohler, Bielefeld 2018, p. 77-90 ; RICHARD GARNETT, Recognition of Jurisdictional Determinations by Foreign Courts, JPIL 15 (2019) p. 490-515 ; WOLFGANG HAU, Executio non conveniens ? – Zum Ausschluss der Vollstreckung anerkenntnisfähiger ausländischer Entscheidungen, ZvglRW 116 (2017) p. 23-43 ; PETER HAY, Reviewing Foreign Judgments in American Practice - Conclusiveness, Public Policy, and Révision au fond, in Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 367-381 ; REINHARD VON HENNINGS, Vollstreckung ausländischer Urteile in den USA, RIW 67 (2021) p. 279-285 ; JIE HUANG, Interregional Recognition and Enforcement of Civil and Commercial Judgments, Lessons for China from US and EU Law, Oxford 2014 ; BENJAMIN WEST JANKE/FRANÇOIS-XAVIER LICARI, Enforcing Punitive Damage Awards in France after Fountaine Pajot, AJCL 60 (2012) p. 775-804 ; JULIA FELICITAS JÜNGST, Der europäische verfahrensrechtliche ordre public - Inhalt und Begrenzung, Frankfurt a.M. 2013 ; OMAR KAFI-CHERRAT, La class action s'approche : à propos de la reconnaissance en Belgique des class action settlements américaines, Clunet 145 (2018) p. 81-95 ; PATRICK KINSCH, La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme, Rev.crit. 100 (2011) p. 817-823 ; STEPHAN GEORG KNÖCHEL, Anerkennung französischer

Urteile mit Drittbeteiligung, Frankfurt a.M. 2011 ; MICHAEL KOMUCZKY, Punitive Damages and Public Policy in the EU, YPIL 19 (2017/18) p. 509-529 ; PETER KUTNER, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, The Common Law's Jurisdiction Requirement, *RabelsZ* 83 (2019) p. 1-76 ; HELENA CHARLOTTE LAUGWITZ, Die Anerkennung und Vollstreckung drittstaatlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Tübingen 2016 ; MARC LENDERMANN, Strafschadensersatz im internationalen Rechtsverkehr, Tübingen 2019 ; FRANÇOIS-XAVIER MORISSET, Existe-t-il un effet de fait des jugements étrangers ?, *in* Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges Bertrand Ancel, Paris 2018, p. 1197-1219 ; JAN PAULSSON, Issues Arising from Findings of Denial of Justice, *RCADI* 405 (2019) p. 9-74 ; THEODOR SCHILLING, The enforcement of foreign judgments in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, *RDIPP* 48 (2012) p. 545-572 ; CHRISTOPHE SERAGLINI, Les effets en France des actions de groupe étrangères, *Travaux* 2008-2010 p. 157-198 ; MICHAEL SONNENTAG, Anerkennungs- und Vollstreckungshindernisse im autonomen deutschen Recht, *ZvgIRW* 113 (2014) p. 83-95 ; DEAN SPIELMANN, La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères et les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, *Un essai de synthèse, Revue trimestrielle des droits de l'homme* 22 (2011) n° 88 p. 761-786, et *in* L'homme dans la société internationale, Mélanges en hommage à Paul Tavernier, Bruxelles 2013, p. 973-992 ; ASTRID STADLER, Die internationale Anerkennung von Urteilen und Vergleichen aus Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes mit opt-out Mechanismen, *in* *Ars Aequi et Boni in Mundo*, Festschrift für Rolf A. Schütze, Munich 2015, p. 561-578 ; DAVID P. STEWART, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the United States, *YPIL* 12 (2010) p. 179-199 ; CEDRIC VANLEENHOVE, Punitive Damages in Private International Law, Lessons for the European Union, Cambridge 2016 ; WENLIANG ZHANG, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in China, *Alphen aan den Rijn* 2014 ; NILS WIESE, Die forum non conveniens-Lehre im Recht der Vollstreckbarerklärung in den USA, Hamburg 2014.

Art. 25

4

2^e ligne, ajouter : ATF 143 III 284 ss, 288. Puis insérer : Il convient d'y ajouter les unités juridictionnelles dépendant de plusieurs Etats ou d'une Organisation internationale. Et biffer : « En revanche ».

12^e ligne, ajouter après l'ATF 135 III 127 ss : 139 III 236 ss, 247 s.

In fine, compléter: La LDIP ne couvre pas l'exécution de jugements étrangers portant sur des créances fondées sur le droit public étranger, tel le jugement condamnant une entreprise suisse à payer à une caisse publique étrangère des redevances destinées à être redistribuées aux employés à titre de contribution à leurs frais de vacances (cf. ATF 19.11.2014, 5A_249/2014, c. 3 ; cf. art. 1 CL n° 5) ; cependant, cette position de principe devrait être assouplie afin d'être mieux coordonnée avec les solutions adoptées lorsque, dans une situation analogue, l'obligation de payer n'est pas consacrée dans un jugement, mais invoquée par une autorité étrangère par le biais d'une action portée devant un tribunal suisse (cf. art. 1 n° 50 s., art. 13 n° 32-36).

8

In fine, ajouter : Indépendamment de toute exécution, un droit à la reconnaissance peut être fondé directement sur la notion de procès équitable (cf. Kinsch, *Rev.crit.* 2011 p. 819 ; Bucher, *RCADI* 341, 2009, p. 303-310).

9

In fine, ajouter : Tel n'est pas le cas de l'écriture produite à l'appui d'une action en paternité dans laquelle le père affirme sa paternité, déclaration qui ne correspond pas à une reconnaissance d'enfant exprimée devant l'autorité compétente (ATF 19.11.2019, 5A_680/2018, c. 3.2.4).

10

4^e ligne, ajouter : cf. ATF 1.4.2019, 4A_600/2018, c. 3.

16

7^e ligne, ajouter : ATF 29.12.2008, 5A_759/2008, c. 4.1, *ZZZ* 2009 p. 141.

17

6^e ligne, ajouter : question discutée mais non résolue dans l'ATF 30.3.2015, 4A_604/2014, c. 3.1.1.

In fine : Le fait que le jugement fasse l'objet d'une instance en révision n'empêche pas sa reconnaissance en Suisse (cf. ATF 10.10.2011, 5A_293/2011, c. 2).

20

In fine, ajouter à l'ATF cité : en ce sens, sans trancher, ATF 18.12.2014, 5A_467/2014, c. 4.

21

1^{re} ligne, lire : On a considéré également ...

4^e ligne, remplacer Volken par Müller-Chen, *ZK-IPRG*, art. 25 n° 62-64, puis lire Dutoit, art 25 n° 12

25

3^e ligne, biffer Walter et le remplacer par : Phurtag, p. 165-181

4^e ligne, ajouter aux auteurs cités : Chabloz, *in* *Vorsorglicher Rechtsschutz*, p. 101.

26

10^e ligne, lire Dutoit, art. 25 n° 9

31

7^e ligne, dire : Le Tribunal fédéral a d'abord noté ... Plus récemment, il a constaté que ce point était controversé en doctrine et que les conditions posées par l'art. 25 lit. b étaient alternatives, en sorte qu'une conclusion favorable à la reconnaissance de mesures provisoires n'est pas arbitraire (ATF 26.11.2019, 5A_65/2019, c. 1.1 et 3.2.1).

32

10^e ligne, ajouter à l'art. 170 al. 1 : ATF 147 III 365 ss, 369

In fine, ajouter : Ainsi, une procédure marocaine d'injonction de payer se révèle étroitement similaire à la procédure sommaire des cas clairs prévue par l'art. 257 CPC, aboutissant à une décision au fond propre à exclure l'action en répétition de l'indu que la partie condamnée voudrait introduire en Suisse après avoir été contrainte de payer (ATF 7.8.2012, 4A_241/2012, c. 4-6).

32a n

Parfois, les deux principes sont confondus, dans l'idée de trouver une « harmonisation » (ATF 140 III 278 ss, 280 s.). La décision étrangère produit ainsi les effets qu'elle préconise, mais ces effets ne peuvent aller plus loin que les effets qui seraient ceux d'une décision émanant d'un tribunal suisse (cf. ATF 140 III 281 ; 141 III 229 ss, 235 ; ATF 30.3.2015, 4A_604/2014, c. 3.2.1 ; ATF 15.6.2021, 4A_530/2020, c. 6.3). Sans en reprendre l'examen, le Tribunal fédéral semble ainsi glisser du principe de la « Wirkungserstreckung » vers celui de la « Wirkungsgleichstellung ». Cela paraît problématique si de tels effets sont de droit matériel et participent à l'autorité de chose jugée matérielle, qui fait précisément l'objet de la reconnaissance en Suisse. A y regarder de plus près, on observe que le premier arrêt cite, à l'appui de cette explication théorique, deux arrêts, dont l'un porte sur un cas purement interne (ATF 139 III 126 ss, 128), tandis que l'autre vise une sentence arbitrale suisse (ATF 136 III 345 ss, 348). Aucune jurisprudence définissant les effets de la reconnaissance d'une décision étrangère n'est citée. Qu'en serait-il alors, pour ne prendre qu'un exemple, d'une décision étrangère consacrant une institution inconnue du droit suisse, sans heurter l'ordre public suisse, qui produit des effets que l'on ne pourra jamais trouver dans un arrêt suisse ?

34

2^e ligne, insérer : La reconnaissance étend au territoire suisse l'entrée en force et l'effet formateur de la décision (ATF 145 III 36 ss ; 134 III 373).

8^e ligne, ajouter à l'ATF 120 II 84 : question non tranchée dans l'ATF 30.3.2015, 4A_604/2014, c. 3.2.1.

36

2^e ligne, ajouter : ATF cité du 7.8.2012, c. 2.

In fine, ajouter : C'est dans ce sens plus restrictif qu'il conviendrait d'interpréter les arrêts rappelant que l'autorité de chose jugée d'une décision étrangère ne peut aller au-delà de son dispositif, comme c'est le cas d'une décision suisse (cf. ATF 140 III 281 ; 141 III 235). En revanche, du moment que la décision remplit les conditions de sa reconnaissance en Suisse, il serait excessif de la comprendre étroitement dans le sens du principe de la « Wirkungsgleichstellung » et de ne pas reconnaître les effets de droit matériel qui lui sont attribués dans l'Etat d'origine au motif qu'une décision suisse ne les y inclurait pas. Dans son résultat, une telle thèse reviendrait à refuser la reconnaissance d'une décision étrangère qui remplit pourtant toutes les conditions requises. On notera, toutefois, que la position du Tribunal fédéral sur ces questions délicates n'est pas homogène. En effet, une autre jurisprudence affirme que le juge de la mainlevée ne doit pas se fonder exclusivement sur le dispositif du jugement invoqué, dès lors qu'il « peut aussi se référer aux considérants du jugement pour déterminer si celui-ci vaut titre de mainlevée définitive » (ATF 19.8.2020, 5A_276/2020, c. 5.2.2 ; ATF 138 III 583 ss, 585).

37

In fine, ajouter : La situation est différente dans l'hypothèse d'un jugement déclarant exécutoire un autre jugement rendu dans le même Etat ou une sentence arbitrale (cf. art. 194 n° 21).

Art. 26

2

5^e ligne, ajouter : ATF 31.10.2011, 5A_221/2011, c. 6, non publié *in* ATF 138 III 11 ss.

4

6^e ligne, ajouter : Car même si elle a été rendue en un lieu différent, elle représente une « res judicata » au lieu désigné par la loi suisse, empêchant la demanderesse d'y intenter encore l'action afin d'obtenir un nouveau jugement (ce qu'a méconnu le Kantonsgericht ZG, AJP 2011 p. 1253).

8a n

Encore faut-il examiner la question de plus près et accepter que les intérêts en jeu ne sont pas toujours les mêmes pour chaque pays. Ainsi, sachant que les fors du lieu d'exécution d'une obligation contractuelle (art. 113) et du

lieu du délit (art. 129) sont devenus des fors ordinaires en Suisse, ce sont des considérations de politique législative très différentes qui régissent la question de la reconnaissance de tels fors lorsqu'ils sont appliqués à des défendeurs suisses. La Suisse peut parfaitement décider de ne pas vouloir exposer ceux-ci à de tels fors éloignés, devant lesquels l'exercice des droits de la défense peut parfois s'avérer extrêmement difficile. On évitera également de juger trop à la légère les systèmes étrangers différents du nôtre. Ainsi, on peut certes critiquer le droit américain en ce qu'il ne reconnaît pas le for dans le pays de la résidence habituelle de l'enfant créancier d'aliments lorsqu'il manque un lien actif du défendeur avec ce pays. Cependant, d'un point de vue suisse, il conviendrait de le faire avec une certaine modération, sachant que c'est une solution que la délégation suisse a acceptée lors des négociations sur la Convention de La Haye en matière d'obligations alimentaires de 2007 (art. 20 ; point oublié dans la critique sévère de Ammann/Meier, AJP 2017 p. 97).

9

In fine, ajouter : le cas extrême étant le nouvel art. 45a al. 4 qui ne reconnaît pas le for au domicile ou de la nationalité lorsque l'action en annulation du mariage a été intentée d'office.

12

6^e ligne, remplacer Volken par Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 26 n° 21

13

13^e ligne, biffer Volken

In fine, remplacer la dernière phrase par : Après avoir été retenue en matière de faillite pendant quelques décennies, la réciprocité a finalement été enlevée également au chapitre 11 lors de la réforme entrée en vigueur le 1.1.2019. Puis ajouter : Le Tribunal fédéral ne s'est pas montré à jour lorsqu'il a constaté que le juge du séquestre devait examiner la réciprocité par rapport à des jugements « non Lugano » (ATF 139 III 135 ss, 143). Avant de l'oublier complètement, on ne devrait pas sous-estimer les raisons politiques qui pourraient militer en faveur de ce moyen de fixer la barre haute à l'encontre de jugements en provenance d'Etats dont le système judiciaire est loin de répondre aux exigences mêmes minimales d'un Etat de droit, sachant que la réserve de l'ordre public n'est pas suffisante à cet effet (cf. Cuniberti, RCADI 394, 2018, p. 201-234). On notera cependant qu'autant que des raisons convaincantes militent contre la réciprocité s'agissant de l'effet des jugements étrangers, autant faudrait-il adopter le même raisonnement à l'encontre de la réciprocité des réserves d'un Etat partie à propos d'un traité.

18

5/6^e ligne, biffer Volken

23

In fine, ajouter : ATF 140 III 278 ss, 279 s.; ATF 18.4.2018, 4A_247/2017, c. 4.1.1.

25

In fine, ajouter : Aussi n'exige-t-on pas de lui d'avoir fait appel du jugement par lequel le juge saisi affirme sa compétence (cf. art. 6 n° 4).

29

4^e ligne, ajouter à l'auteur cité : Giroud/Raetzo, YPIL 2019-20 p. 187

In fine, ajouter : Il serait erroné de leur attribuer un effet a contrario (comme le fait Phurtag, p. 165).

31

In fine, lire Siehr/Markus, art. 70 n° 19

34

7^e ligne, ajouter au sujet de l'accord avec le Liechtenstein : Fürstliches Obergericht, 8.3.2012, LES 2012 p. 121.

37

7^e ligne, ajouter dans la parenthèse, après l'accord avec la Slovaquie : Liechtenstein, art. 2 ch. 7. Par la suite : biffer la phrase qui suit.

En effet, par le biais d'un échange de notes, les deux pays ont décidé, avec effet au 28.8.2014, de supprimer toute exigence liée à l'inscription au registre du commerce (RO 2014 p. 2943). Cette condition a été jugée discriminatoire sous l'angle de l'art. 34 du Traité sur l'Espace Economique Européen (Cour EFTA 25.4.2012, E-13/11). D'un point de vue rédactionnel, on regrettera qu'au ch. 9, la mention dudit registre n'ait pas été biffée également.

6^e ligne, ajouter à l'ATF 116 II 630 : 141 III 312 ss, 317, 328 ss, 337 s.) ou lorsqu'on est confronté « à des situations qui heurtent de façon choquante les principes les plus essentiels de l'ordre juridique, tel qu'il est conçu en Suisse » (ATF 126 III 534 ss, 538 ; 134 III 661 ss, 665 ; 142 III 180 ss, 184 ; ATF 13.4.2016, 4A_364/2015, c. 3.2 ; ATF 143 III 51 ss, 53).

9^e ligne, insérer : Une variante plus stricte exige que la décision soit incompatible avec l'ordre juridique et des valeurs applicables dans les États civilisés (cf. ATF 126 III 249 ss, 253, Egemetal ; ATF 26.11.2012, 4A_398/2012, c. 3) ; la définition est ainsi rapprochée de celle de l'art. 190 al. 2 lit. e en matière d'arbitrage (cf. ATF 27.5.2019, 4A_663/2018, c. 3.3.1).

11^e ligne, ajouter à l'ATF 120 II 89 : ATF 141 III 317, 338.

Pour un arrêt destiné aux ATF, on aurait pu souhaiter que l'ATF du 19.2.2016 (142 III 180 ss) soit rédigé avec plus d'attention. Il est bien dit, à la fin du considérant 3.2 (p. 184), qu'un jugement étranger peut être incompatible avec l'ordre public suisse en raison de la procédure dont il est issu. L'ATF 126 III 330 qui est cité y ajoute la mention de l'art. 27 al. 2 LDIP. L'ATF 116 II 629, également cité, renvoie aux règles fondamentales de la procédure civile de l'art. 4 de l'ancienne Cst.féd., dont les plus importantes seraient consacrées « notamment » audit art. 27 al. 2. Au début du considérant 3.2 du nouvel arrêt du 19.2.2016, on lit cependant que les exigences de l'ordre public procédural seraient représentées par « certaines règles fondamentales de procédure civile » qui sont énoncées « exhaustivement » à l'al. 2 de l'art. 27. Le mot « exhaustivement » est nouveau dans la jurisprudence et son adjonction n'est pas expliquée. On devrait souhaiter qu'il disparaisse à la prochaine occasion. L'art. 27 al. 1 continuera alors à s'appliquer aux quelques violations de règles fondamentales de procédure qui ne seraient pas couvertes par les situations visées à l'al. 2. Hélas, un nouvel arrêt, du 13.4.2016 (4A_364/2015), c. 3.2, répète la même maladresse.

6

2^e ligne, ajouter : ATF 143 III 53.

7

11^e ligne : lire Däppen/Mabillard, BSK-IPRG, art. 27 n° 7, puis : Le Tribunal fédéral semble hésiter : dans l'arrêt cité du 27.5.2019 (4A_663/2018), après avoir rappelé l'effet atténué dans la définition de l'ordre public procédural (c. 3.3.2), il observe qu'au contraire, on pourrait se demander si un tel effet se manifeste dans ce contexte, sans répondre cependant à cette question (c. 3.4.2).

8

9^e ligne, modifier la fin et continuer : Le critère de la Binnenbeziehung peut parfois permettre d'assouplir l'ordre public. Dans d'autres cas, lorsque l'ordre public du for n'a pas pu s'imposer au point d'empêcher une action à l'étranger, l'atténuation découle du fait qu'à la suite de la décision étrangère, la situation n'est plus la même. Ainsi, on peut certes comprendre le Tribunal fédéral de vouloir assurer la prohibition de toutes les formes de maternité de substitution à travers une position rigide de refus de reconnaître un lien de filiation non génétique en résultant (cf. ATF 141 III 316 ss, 322 s., 338 ss, 341-347). Il n'empêche que la transposition pure et simple de l'ordre public suisse du domaine de l'application du droit suisse à celui de la reconnaissance d'une décision étrangère de filiation traite de façon identique deux situations fondamentalement différentes en raison de la présence, dans le second cas, de l'enfant né et reconnu à l'étranger (cf. art. 70 n° 5). Une autre illustration était le refus de l'Italie de reconnaître des couples de même sexe formés à l'étranger (considéré comme légitime par la CEDH dans l'arrêt Orlandi (14.12.2017, § 207) ; ce barrage n'a pas tenu longtemps, tant l'inégalité de traitement de ces couples, en Italie et à l'étranger, était insupportable. On observera également que le principe de la libre circulation peut soutenir la reconnaissance d'actes juridiques et de décisions en provenance d'États membres de l'UE et affaiblir ainsi l'ordre public suisse qui pourrait faire obstacle.

13

In fine, ajouter : Un taux d'intérêt contractuel de 16% ne heurte pas l'ordre public suisse (ATF 7.12.2018, 5A_131/2018, c. 3), à la différence d'un intérêt de 60% (Obergericht UR 2014/2015 n° 1 p. 61).

15

7^e ligne, lire Däppen/Mabillard, BSK-IPRG, art. 27 n° 27

9^e ligne, insérer : Une décision étrangère condamnant une partie au paiement de dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public ; il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur (cf. Cour de cassation française, 1.12.2010, Rev.crit. 2011 p. 93 ; Cour de cassation italienne, 5.7.2017, RDIPP 2017 p. 1049).

In fine, ajouter aux arrêts cités : ATF 26.7.2018, 4A_125/2018, c. 3.2.3.

23

6^e ligne, au début de la parenthèse : ATF 142 III 186.

In fine, ajouter : Il ne suffit pas que le destinataire ait eu de quelque manière connaissance de l'acte (ATF 142 III 184-186).

24

3^e ligne, remplacer l'ATF du 14.4.2008 par : ATF 142 III 184 s. ; ATF 13.4.2016, 4A_364/2015, c. 3.3.1, non reproduit dans l'ATF 142 III 355 ss.

In fine, ajouter : Cf. ATF 142 III 187-190. Il suffit que la partie citée soit informée d'un procès exigeant d'elle de préparer sa défense (cf. ATF 143 III 225 ss, arrêt qui pose le principe mais en laissant des doutes sur les informations requises pour obliger une partie d'agir, comme l'observe I. Schwander, SRIEL 2017 p. 411-413). Etant donné que l'art. 27 al. 2 lit. a ne désigne pas expressément le défendeur, cette disposition peut également s'appliquer dans l'hypothèse de la notification d'une action de groupe à des personnes en Suisse dont la participation en tant que membre d'un groupe de demandeurs est sollicitée (ct. art. 13 n° 76 ; Kölz, RSDIE 2012 p. 66-72).

25

5^e ligne, ajouter : ATF 142 III 359 ; 143 III 227.

26

In fine, lire Däppen/Mabillard, BSK-IPRG, art. 27 n° 13

30

2^e ligne, remplacer Volken par Müller-Chen, ZK-IPRG, art. 27 n° 64-74

2/3^e lignes, lire Däppen/Mabillard, BSK-IPRG, art. 27 n° 10-15

33

3^e ligne, lire : « ... avait jugé néanmoins qu'il n'était pas arbitraire ... » [tenant compte de l'ATF du 19.2.2016, cité sous n° 35].

35

12^e ligne, insérer : Enfin, des arrêts plus récents tranchent avec la marge laissée ouverte dans le contexte de l'arbitraire (ATF 122 III 447 s.), en constatant que l'art. 27 al. 2 lit. a exige la notification régulière conformément à son libellé, qui ne laisse pas de place au grief de formalisme excessif (ATF 142 III 190 s. ; 142 III 359). Avec plus de souplesse, un autre arrêt exige que le besoin de protection doit être réel, laissant cependant ouverte la question de la portée de cette disposition lorsque le défendeur a été informé à travers une autre voie de l'existence du procès (cf. ATF 143 III 227 s.).

18^e ligne, ajouter : L'ATF 142 III 185 s., 191 ne le fait pas.

In fine, ajouter : cf. ATF 142 III 186, et ATF 13.4.2016, 4A_364/2015, c. 3.3.1, notant que la LDIP ne dit rien au sujet de la notification des actes ultérieurs de la procédure.

L'ATF du 1.7.2008 semble avoir perdu le peu de fondement qui lui restait encore depuis l'ATF 141 III 210 ss, 216, qui statue, tel un arrêt de principe, que la prohibition de l'abus de droit empêche une partie de soulever devant le juge de l'exequatur un vice de procédure (un cas de récusation, en l'espèce) qu'elle aurait pu faire valoir devant le juge d'origine. (Cf., par ailleurs, art. 11a n° 33, 52.)

36

2^e ligne, ajouter : cf., tout au moins, le texte allemand de l'art. 29 al. 1 lit. c.

3^e ligne, citer comme premier arrêt : ATF 142 III 186.

4^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 15.6.2016, 5A_54/2016, c. 3.2.

37

In fine, ajouter : ATF 142 III 358.

38

3^e ligne, lire: Walter/Domej, p. 438

39

De plus, ces principes sont dominés par celui de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit, qui ne permettent pas à une partie, lorsque le jugement lui est défavorable, de soulever un moyen dont elle avait pu se prévaloir à un stade antérieur du procès (cf. ATF 141 III 210 ss, 216 s. ; ATF 21.11.2017, 5A_230/2017, c. 4.3). Il faut ajouter, cependant, que cette objection ne peut être opposée à une partie qu'à la condition que la démarche attendue pouvait être raisonnablement exigée d'elle compte tenu des circonstances du procès ; le principe de la

bonne foi commande en effet de ne pas exiger d'une partie un acte de procédure dont elle pouvait ou devait savoir qu'il était inutile ou préjudiciable à ses intérêts ou à ceux de tiers.

44

6^e ligne, ajouter à l'arrêt Hagen : ATF 11.2.2014, 5A_812/2013, c. 2.3.

45

Le principe de l'autorité de la chose jugée fait partie de l'ordre public procédural : ATF 10.10.2011, 5A_293/2011, c. 2.2.

46

3^e ligne, insérer : Régulièrement informée par l'acte introductif d'instance, mais n'ayant pas participé au procès, elle ne peut se plaindre qu'un jugement par défaut a été prononcé à son détriment (ATF 21.11.2017, 5A_230/2017, c. 3.2, 4.3 ; Obergericht ZH, BIZR 2018 n° 57 p. 233).

8^e ligne, ajouter à l'arrêt cité : ATF 26.11.2019, 5A_65/2019, c. 3.3.3.

16^e ligne, après « class action » : cf. art. 13 n° 76.

In fine, ajouter : Le fait de ne pas désigner nommément chaque participant n'est pas un obstacle sous l'angle de l'ordre public suisse, tant que l'identité d'une telle partie peut être déterminée et que l'action lui a été notifiée (cf. Kölz, RSDIE 2012 p. 61-65).

47

4^e ligne, citer en premier lieu : ATF 27.5.2019, 4A_663/2018, c. 3.

48

In fine, ajouter : Il manque cependant une solution d'application générale, si ce n'est le principe de la bonne foi comme référence de base (cf. ATF 141 III 210 ss, 213-221). Il en résulte qu'une partie ne peut invoquer pour la première fois au stade de l'exécution en Suisse un grief qu'elle n'a pas soulevé devant le juge étranger, telle une récusation pour cause de corruption (ATF 141 III 216-221, et dans la même affaire, ATF 27.7.2015, 4F_9/2015, c. 3-5). On suivra une attitude plus réservée, en revanche, s'agissant de l'épuisement des voies de recours, car dans certains systèmes étrangers de justice, un tel moyen peut paraître d'emblée inutile, voire préjudiciable pour la réputation d'une partie ou de son conseil devant des juges qui risquent de mal recevoir une telle démarche (cf. la critique de I. Schwander, SRIEL 2016 p. 546-554).

54

7^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 27.4.2015, 5A_797/2014, c. 4.1.

61

3^e ligne, biffer Volken et lire Dutoit, art. 27 n° 12

7^e ligne, lire Däppen/Mabillard, BSK-IPRG, art. 30 n° 23

In fine, ajouter : ATF 9.7.2018, 5A_924/2017, c. 3.2.2.

Art. 28

2

In fine, ajouter: cf. ATF 3.6.2016, 5A_880/2015, c. 2.

4

In fine, ajouter : cf. art. 29 n° 5.

Art. 29

1

10^e ligne, ajouter à l'ATF 126 III 257 ss, 259 : ATF 10.7.2014, 2C_110/2014, c. 6.2 ; puis, à la fin de la phrase : ATF 30.3.2015, 4A_604/2014, c. 2.2.1 ; ATF 1.4.2019, 4A_600/2018, c. 3.1.

2

In fine, ajouter : cf. ATF 139 III 504 ss, 507-509, renvoyant par ailleurs à l'art. 6 PA, s'agissant de la qualité de partie, c. 3.2 et 3.3 ; ATF 7.7.2020, 5A_87/2020, c. 2.2.

4

In fine, ajouter : Ces règles sont fondées sur le principe que les modalités de l'exécution relèvent du droit de l'Etat où celle-ci doit avoir lieu (ATF 143 III 385 ss, 387).

5

4^e ligne, insérer : Les taux Libor et Euribor ne sont pas des faits notoires que le juge peut appliquer sans preuve (ATF 143 III 404 ss, 411-414), à la différence des taux de change (ATF 143 IV 380 ss, 383 ; ATF 8.4.2021, 4A_516/2020, c. 4.5).

<p>In fine, remplacer les arrêts cités : ATF 137 III 623 ss ; ATF 8.11.2011, 5A_611/2010, c. 5 ; ATF 26.9.2012, 5A_197/2012, c. 2. Puis continuer : Si le dispositif n'est pas clair ou incomplet, le juge de la mainlevée peut aussi se référer aux considérants du jugement (ATF 134 III 656 ss, 659 s. ; 138 III 583 ss, 585 s. ; ATF 9.1.2014, 5A_646/2013, c. 5.2.2), voire à d'autres pièces du dossier (ATF 12.9.2012, 5D_81/2012, c. 3).</p> <p>5a n</p> <p>La prescription de la créance consacrée dans le jugement relève du droit matériel appliqué par le tribunal étranger (et donc pas nécessairement de la loi désignée par l'art. 148). Toutefois, lorsqu'un acte de défaut de biens a été délivré, le délai de prescription est déterminé, pour la Suisse, par l'art. 149 al. 1 LP (ATF 144 III 360 ss.)</p> <p>6</p> <p>In fine, ajouter : L'art. 29 est applicable par analogie en matière de faillite, avec les modalités qui lui sont propres (art. 167 al. 1 ; cf. ATF 146 III 247 ss).</p> <p>7</p> <p>In fine, ajouter : Une simple photocopie ne suffit pas (ATF 25.2.2013, 5A_52/2013, c. 4.1). Cependant, tout formalisme excessif doit être évité. C'est l'authenticité d'un document comportant la décision qui est décisive ; elle peut ressortir du fait qu'elle n'est pas contestée ou qu'elle ressort d'autres pièces du dossier (ATF 18.9.2012, 5A_344/2012, c. 4 ; ATF 18.12.2014, 5A_467/2014, c. 2.3 ; ATF 20.11.2018, 5A_712/2018, c. 2.3).</p> <p>8</p> <p>13^e ligne, précédant les ATF mentionnés : ATF cité du 18.9.2012, c. 4.</p> <p>9</p> <p>3^e ligne, insérer : La protection d'un tel défendeur est renforcée (ATF 13.4.2016, 4A_364/2015, c. 3.3.4).</p> <p>5^e ligne, insérer : La notification de l'acte introductif d'instance doit être attestée par l'autorité compétente de l'Etat du domicile du défendeur défaillant (ATF 142 III 186 s.).</p> <p>14</p> <p>3^e ligne, ajouter : ATF 142 III 187 ; ATF cité du 13.4.2016, c. 3.4.</p> <p>15</p> <p>In fine, ajouter : Le Tribunal fédéral n'en tient pas compte (cf. ATF 12.7.2012, 5A_162/2012, c. 6.1 ; ATF 139 III 135 ss, 141-143).</p> <p>18</p> <p>10^e ligne, ajouter : ATF 139 III 135 ss ; Roth, <i>in</i> Vorsorglicher Rechtsschutz, p. 70-78 ; Bommer, ZZZ 2011/12, 25, p. 35 s., 41-43 ; Naegeli/Marzorati, Jusletter 10.9.2012, n° 58-63 ; Bovey, JdT 2012 II p. 84, 89.</p> <p>14^e ligne, ajouter avant l'auteur mentionné : ATF 139 III 141-143.</p> <p>In fine, ajouter : ATF 27.9.2011, 5A_303/2011, c. 3 ; ATF 19.2.2016, 5A_832/2015, c. 4.1. En effet, un jugement étranger même dépourvu d'exequatur constitue un titre pouvant servir de moyen de preuve (ATF 12.9.2018, 5A_113/2018, c. 7.2.2.1, non reproduit dans l'ATF 144 III 541 ss).</p> <p>20</p> <p>3^e ligne, ajouter : dans ces deux derniers cas, il s'agit d'une option indépendante de la mainlevée définitive (ATF 142 III 187).</p> <p>9^e ligne, insérer : la compétence matérielle est déterminée par les cantons (ATF 30.3.2015, 4A_604/2014, c. 2, s'agissant en l'espèce du canton de Vaud).</p>	Art. 30
<p>1</p> <p>7/8^e lignes, lire Däppen/Mabillard, BSK-IPRG, art. 30 n° 1</p> <p>4</p> <p>4^e ligne, insérer: cf. art. 13 n° 76.</p>	
<p>1</p> <p>4^e ligne, ajouter : ATF 1.4.2019, 4A_600/2018, c. 3.1.2.</p> <p>1a n</p> <p>L'applicabilité des dispositions des art. 25-29, même par analogie dans la mesure de leur (faible) pertinence, a été contestée au motif que l'acte de juridiction gracieuse dépend de son statut de droit matériel et ne jouit pas de l'autorité matérielle de la chose jugée (cf. PIOTET, Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève 2012, p. 271-274). Cependant, si un tel acte est néanmoins reconnu en vertu de la LDIP, il l'est avec ses</p>	Art. 31

limites intrinsèques dépendant du droit matériel applicable (cf. art. 25 n° 33, 36). Lorsqu'il s'agit d'une matière susceptible de subir un conflit mobile malgré l'existence d'une décision étrangère antérieure, une nouvelle décision peut intervenir en Suisse, s'agissant de prestations alimentaires, de l'administration d'une succession ou d'une tutelle, par exemple. Cela étant parfaitement possible, le fait que les actes de la juridiction gracieuse soient également exposés à de telles adaptations n'est donc pas un obstacle à leur reconnaissance en Suisse.

3

2/3^e lignes, lire Däppen/Mabillard, BSK-IPRG, art. 31 n° 3, 7, puis ajouter : suivis par l'Obergericht TG, RB-TG 2010 n° 22 p. 121.

Bibliographie

DENIS PIOTET, La juridiction gracieuse : lacunes du système, solutions doctrinales et prétoriennes, *in* Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen, Genève 2012, p. 257-275.

Art. 32

1

9^e ligne, ajouter à l'ATF 117 II 11 ss : ATF 26.8.2016, 5A_214/2016, c. 5.2, puis continuer : cependant sans toucher à l'action d'état (cf. n° 4 in fine)

10^e ligne, ajouter en début de parenthèse : ATF 143 III 284 ss, 285 s. ; cela ...

14^e ligne, ajouter : art. 15a al. 2 et 23 al. 2 OEC ; ATF 7.11.2013, 5A_644/2013, c.2.

2

3^e ligne, ajouter à l'art. 23 al. 1 OEC : ATF 2.11.2016, 5A_637/2016, c. 4.

8^e ligne, ajouter à la mention de l'art. 32 al. 2 : ATF 119 II 264 ss, 266 ; 141 III 312 ss, 315, 328 ss, 335.

4

In fine, ajouter aux arrêts mentionnés : ATF cité du 26.8.2016, c. 5.2, 6.