

Andreas Bucher

Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral ?

Les illustrations suivantes montrent que les deux Cours de droit civil du TF peinent à maîtriser certaines notions de droit international public. La théorie des faits doublement pertinents est ainsi incompatible avec la Convention de Lugano. Notre Haute Cour n'a toujours pas réussi à définir correctement le champ d'application des règles de compétence de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants. Le droit étranger n'est pas non plus examiné alors qu'un traité l'exige. En matière d'arbitrage, le principe fondamental *pacta sunt servanda* a été rendu méconnaissable. L'auteur appelle de ses vœux à de nombreux progrès.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit privé ; Procédure civile

Proposition de citation : Andreas Bucher, Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral ?, in : Jusletter 8 mai 2017

Table des matières

- I. Quand va-t-on comprendre la théorie des faits doublement pertinents dans ses effets sur les règles de compétence de la Convention de Lugano?
- II. Trois manières différentes pour expliquer le champ d'application de la Convention de La Haye de 1996 : est-ce raisonnable?
- III. Le droit étranger dont le droit international commande le respect : ne faudrait-il pas l'appliquer?
- IV. La méconnaissance du principe *pacta sunt servanda*
- V. Conclusions

[Rz 1] Le rôle du droit international en Suisse sera l'objet d'un débat politique ces prochaines années. En retrait par rapport à cette controverse se profile un autre débat qu'il faudra bien entamer un jour : comment le Tribunal fédéral s'y prend-il dans l'application du droit international? Quelques illustrations, limitées au droit civil, montrent que des progrès restent à faire. Que l'on qualifie la situation actuelle de médiocre, regrettable ou simplement peu satisfaisante importe peu. Le fait est que la jurisprudence montre une accumulation d'erreurs dont on peut légitimement souhaiter qu'elles disparaissent.

I. **Quand va-t-on comprendre la théorie des faits doublement pertinents dans ses effets sur les règles de compétence de la Convention de Lugano?**

[Rz 2] Rappelons tout d'abord comment fonctionne cette théorie : elle tend à renvoyer à la phase du procès au fond du litige l'examen des conditions qui sont déterminantes à la fois pour la compétence et pour le fond. Cela vise le plus souvent la nature *ratione materiae* de la prétention du demandeur, lorsque celui-ci invoque une responsabilité contractuelle ou délictuelle, par exemple, et qu'il choisit de saisir un for ayant pour condition l'existence d'un contrat ou d'un acte illicite, chacune de ces conditions étant également décisive pour juger du fondement en droit matériel de la prétention. Le juge qui est alors saisi du déclinatoire de compétence de la partie défenderesse se contente des éléments fournis à travers les allégations du demandeur. Il ne procède pas à un examen des arguments ou des moyens de preuve de la partie défenderesse. Il se borne alors à conclure que les conditions relatives à la nature de la prétention alléguée sont présumées réalisées¹. Une décision statuant affirmativement sur la compétence est rendue. Dans cette même logique, lorsque le procès s'ouvre sur le fond, il n'y a plus de place pour une décision refusant (ou, le cas échéant, confirmant) la compétence. Cela serait, dit-on, un avantage pour le défendeur, étant donné qu'au cas où le contrat dont il est fait état n'existe pas ou que l'acte illicite n'a pas été commis ou n'a pas le défendeur pour auteur, le jugement qui sera rendu est un jugement au fond, rejetant la prétention du demandeur et ce – voilà l'avantage – avec l'effet de *res judicata*. La partie défenderesse en tire le profit, d'après les auteurs de la théorie, de pouvoir ensuite invoquer partout ailleurs, en Suisse et à l'étranger, l'autorité de la chose jugée d'un jugement la libérant de toute obligation ou responsabilité.

[Rz 3] Dans un arrêt du 10 décembre 2014, le Tribunal fédéral avait cependant conclu que, contrairement à ce qui avait toujours été admis, le déclinatoire de compétence pouvait encore être prononcé lorsque le procès arrive au terme de l'administration des preuves au fond, sans

¹ ATF 131 III 153, consid. 5.1 p. 157.

qu'un jugement soit rendu sur le fond². Ce jugement aurait complètement retourné le fonctionnement de la théorie³. Il a été renversé aussitôt, un nouvel arrêt du 25 juin 2015 acceptant qu'une « erreur s'est glissée » dans l'arrêt de 2014⁴.

[Rz 4] Dans son nouvel arrêt, le Tribunal fédéral a noté qu'il n'y avait pas lieu d'examiner, dans l'espèce dont il était saisi, « plus avant » les critiques adressées à l'application de la théorie dans le contexte de la Convention de Lugano⁵. Lorsque l'occasion s'est présentée pour la première fois, dans un cas lié à la Convention, il fut noté que la théorie avait pour défaut d'autoriser le juge à constater sa compétence sans en examiner toutes les conditions, la théorie étant néanmoins « justifiée dans son résultat » qui consiste à empêcher le demandeur de porter ensuite le litige au for ordinaire ou à un autre for spécial⁶.

[Rz 5] Les arrêts qui ont suivi celui-ci n'ont plus fait allusion à l'existence d'une controverse. Deux développements doivent cependant être notés.

[Rz 6] En premier lieu, la jurisprudence reconnaît que la théorie n'a pas lieu de s'appliquer lorsque la compétence dont le demandeur entend se prévaloir est fondée sur une clause *d'élection de for* dont la validité est contestée par le défendeur⁷. Il s'agit donc d'une dérogation comparable à celle qui s'applique au cas où une clause arbitrale est invoquée. Ce nouvel arrêt est rassurant, car la jurisprudence pointait plutôt dans le sens opposé⁸.

[Rz 7] En second lieu, la théorie a fait son entrée dans le Recueil officiel au sujet de l'examen des *conditions de recevabilité*. Jusque-là, il en était question dans quelques arrêts épars⁹; on ne pouvait pas deviner que l'idée était à prendre au sérieux. Dorénavant, est-il expliqué dans l'arrêt du 22 mars 2016, il suffit que le requérant rende vraisemblables les conditions relatives à la recevabilité de son recours si elles sont également pertinentes pour juger du fond. En présence de tels faits « doublement pertinents », leur preuve est reportée à l'examen du fond, la recevabilité du recours étant acquise du simple fait d'être vraisemblable¹⁰. Ni cet arrêt ni les décisions qui l'ont précédé n'offrent la moindre explication pour comprendre les raisons pour lesquelles la théorie a ainsi dû être transposée de la compétence à la recevabilité des recours¹¹. Il semble bien que les Juges n'aient pas réfléchi au fait qu'en matière de recevabilité, la théorie prend une toute autre signification que dans l'examen de la compétence.

² Arrêt du Tribunal fédéral 4A_28/2014 du 10 décembre 2014, consid. 4.2.2.

³ Cf. ANDREAS BUCHER, Vers l'implosion de la théorie des faits doublement pertinents, SJ 2015 II 67-77.

⁴ ATF 141 III 294, p. 299 s.

⁵ ATF 141 III 300.

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_573/2015 du 3 mai 2016, consid. 5.2.1; cf., également, ATF 141 III 299, et l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_73/2015 du 26 juin 2015, consid. 4.1.2, dans des cas liés au Code de procédure civile (CPC).

⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_368/2016 du 5 septembre 2016, consid. 2.2.

⁸ Cf. ATF 119 II 66, p. 67-69; arrêt du Tribunal fédéral 4A_639/2015 du 28 juillet 2016, consid. 3.

⁹ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_227/2014 du 18 février 2015, consid. 2.1; 4A_582/2014 du 17 avril 2015, consid. 1.1; 4A_250/2015 du 21 juillet 2015, consid. 1.1.

¹⁰ ATF 142 II 154. La théorie n'est pas mentionnée dans l'arrêt. Elle figure dans celui du 18 février 2015 8C_227/2014, consid. 2.1, qui est cité comme unique référence.

¹¹ Dans quelques arrêts, il est dit tout au moins qu'il s'agirait d'une application par analogie : arrêt du Tribunal fédéral 2C_11/2010 du 25 novembre 2010, consid. 1.1, non reproduit *in* ATF 138 II 134; arrêt du Tribunal fédéral 2C_484/2008 9 janvier 2009, consid. 1.3, non reproduit *in* ATF 135 II 49; arrêt du Tribunal fédéral 2C_134/2013 du 6 juin 2014, consid. 2.3. Une analogie suppose deux situations comparables, ce qui mérite une démonstration, absente de ces arrêts.

[Rz 8] Dans ce dernier domaine, le prétendu avantage de la théorie consiste à assurer au défendeur l'octroi d'une décision rejetant l'action au fond, plutôt qu'un déclinatoire de compétence, dans l'hypothèse où la preuve du fait doublement pertinent n'est pas rapportée. Si la théorie est suivie pour juger de la recevabilité d'un recours, le prétendu avantage ne se réalise pas, car le rejet du recours mène au même résultat que son irrecevabilité, étant donné que dans les deux cas, le premier jugement est confirmé. Cependant, en reportant l'examen des faits doublement pertinents au débat sur le fond du recours, on alourdit la charge pour l'intimé, sans parler du fardeau de la juridiction de recours qui ferait mieux de déclarer le recours irrecevable au lieu de le rejeter au fond, du moment que le motif pour ce faire est le même. On dit tant que le Tribunal fédéral serait surchargé de recours dont il préférerait ne pas être saisi¹².

[Rz 9] Par rapport à la Convention de Lugano, la résistance des Juges fédéraux, convaincus par leur théorie, est plus forte. Son abandon se fera donc dans la douleur. Alors que l'arrêt du 25 juin 2015 avait pour le moins noté que l'examen des effets résultant de l'arrêt *Kolassa* de la Cour de Justice de l'Union européenne du 28 janvier 2015¹³ n'avait pas lieu d'être en l'espèce, on aurait pu penser que la question serait reprise plus sérieusement dans les arrêts ultérieurs. Or, cette discussion n'a pas eu lieu. De plus, aucune mention n'est faite de l'arrêt *Universal Music International* du 16 juin 2016¹⁴, dont les conclusions quant au droit du défendeur à ce que ses objections soient prises en compte sont plus affirmatives que celles de l'arrêt *Kolassa*. Or, les arrêts du 23 juin¹⁵ et du 5 septembre 2016¹⁶ confirment la théorie dans un style encore plus ramassé que d'habitude.

[Rz 10] Il est vrai que l'arrêt *Kolassa* pouvait ne pas avoir tranché la question de façon aussi décisive qu'on a cru pouvoir le comprendre. En effet, la Cour s'est exprimée au conditionnel en expliquant que « le juge appelé à trancher un litige issu d'un contrat *peut* vérifier, même d'office, les conditions essentielles de sa compétence, au vu d'éléments concluants et pertinents fournis par la partie intéressée, établissant l'existence ou l'inexistence du contrat » (n° 61). Le juge saisi n'est pas obligé de procéder à une administration de la preuve au stade de la détermination de la compétence en ce qui concerne les éléments de faits pertinents relatifs tant à la compétence qu'au fond, ce qui risquerait de préjuger l'examen de celui-ci (n° 63 s.). La théorie des faits doublement pertinents commanderait d'en rester là. Ce n'est pas l'avis de la Cour, pour qui 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 » (n° 64 s.). Les objections du défendeur à l'encontre de la compétence invoquée par le demandeur ne doivent donc pas être ignorées comme le voudrait la théorie. La bonne administration de la justice exige qu'il en soit tenu compte.

¹² On notera que l'extension de la théorie à la question de la loi applicable n'est pas envisagée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_620/2014 du 19 mars 2015, consid. 2.1). Dans une récente affaire de droit civil, la question de recevabilité portait sur le point de savoir si le recours avait trait à une demande d'information entre époux ou à une requête de preuve à futur, étant donné que les conditions d'entrée en matière ne sont pas les mêmes. Le Tribunal fédéral a renvoyé leur discussion à l'examen au fond du recours (arrêt du Tribunal fédéral 5A_295/2016 du 23 février 2017, consid. 1.3). La théorie des faits doublement pertinents aurait pu être évoquée, suivant l'ATF 142 II 154, mais elle ne l'a pas été.

¹³ CJUE, C-375/13.

¹⁴ CJUE, C-12/15.

¹⁵ ATF 142 III 466, p. 469, 473, 474.

¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_368/2016 consid. 2.2, qui complète ce rappel par une dérogation en cas de prorogation de for selon l'art. 23 CL.

[Rz 11] Pour le Tribunal fédéral, l'arrêt *Kolassa* prévoit de s'en remettre au juge pour décider s'il entend tenir compte des objections du défendeur; pour le juge national, il s'agirait d'une simple faculté¹⁷. Ce n'est pas ce que dit l'arrêt : il n'y a pas lieu de prescrire au juge d'ignorer les contestations émises par le défendeur lorsque l'objectif d'une bonne administration de la justice exige de les examiner. Point n'est-il affirmé que la théorie réponde à cet objectif.

[Rz 12] Le second arrêt de la Cour rend le principe applicable plus explicite. 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 explique 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 » (n° 46 et le dispositif n° 2). Voudra-t-on encore affirmer que le Tribunal fédéral ne se met pas en porte à faux à l'égard de cette jurisprudence? Rappelons ce que notre Haute Cour en dit : « La position du défendeur ne joue aucun rôle pour les faits doublement pertinents »¹⁸.

[Rz 13] La divergence entre ces deux positions est manifeste. Cependant, ce n'est qu'au cas où la contradiction se répercute sur le fonctionnement des règles de compétence que le respect, respectivement la violation de la Convention, devient un enjeu. Le Tribunal fédéral dit bien ce qu'il en est : la théorie ne peut s'appliquer lorsque la compétence d'un tribunal arbitral est contestée, car on ne peut contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur le litige s'il n'est pas compétent pour ce faire¹⁹. Cela veut dire inversement que la théorie peut avoir pour effet de contraindre un défendeur à se soumettre à un tribunal étatique qui n'est pas compétent²⁰. Transposé à la Convention de Lugano, cela signifie que la théorie rend compétents des tribunaux qui, d'après la Convention, ne le sont pas.

[Rz 14] L'affirmation du Tribunal fédéral que la Convention ne contiendrait aucune règle précisant comment procéder en présence de faits doublement pertinents est inexacte. La Cour de justice le dit simplement : les contestations émises par le défendeur doivent être prises en compte par le juge lors de la vérification de sa compétence. Cela suffit pour dire ce qu'il en est de la théorie : elle ne s'applique pas. Par ailleurs, le juge est autonome dans sa manière d'accueillir la preuve des allégations du défendeur et d'en apprécier la pertinence; cependant, tel n'est pas l'élément spécifique de la théorie.

[Rz 15] Le Tribunal fédéral va devoir se résigner à respecter la Convention de Lugano sur ce point et reléguer la théorie des faits doublements pertinents au droit purement interne, sauf à l'abandonner complètement en raison de ses nombreux défauts. Ces imperfections ont été relevées dans de nombreuses publications, que le Tribunal fédéral ne mentionne dans aucun de ses arrêts. Il a pourtant fini par constater l'existence de défauts, mais il se refuse à y remédier, au motif qu'il faudrait préserver l'avantage du défendeur d'obtenir un jugement lui permettant de ne plus avoir à se défendre dans un autre for, régulièrement saisi²¹. Or, cet avantage relève de la pure fiction : dès lors que le défendeur s'oppose à la compétence du juge saisi, il a montré clairement qu'il ne voit

¹⁷ ATF 141 III 300.

¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_573/2015 du 3 mai 2016, consid. 5.3.1.

¹⁹ ATF 141 III 495, p. 508.

²⁰ Cf., de même, ATF 141 III 299. L'arrêt cité du 3 mai 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 » (consid. 5.2.3).

²¹ ATF 141 III 299 s.; arrêt du Tribunal fédéral 4A_573/2015 du 3 mai 2016, consid. 5.2.1.

aucun intérêt à devoir faire face à un procès au fond et au prononcé d'un jugement même pour le cas où il lui serait favorable. Non seulement cet avantage n'existe pas, mais en plus, le Tribunal fédéral entend l'offrir au défendeur bien malgré lui, en appliquant les règles de compétence sans en examiner toutes les conditions²².

[Rz 16] Le Tribunal fédéral fait comme si la théorie répondait à une question de procédure relevant de la loi interne. Or, au regard de la simple constatation que la théorie aboutit à affirmer une compétence qui peut ne pas exister, ne faudrait-il pas s'intéresser de plus près à la question de savoir si cette théorie, d'origine nationale, peut être transposée aux règles de compétence de la Convention ? Du moment que l'on admet que la théorie tend à appliquer de telles règles sans en observer toutes les conditions, est-ce compatible avec la Convention ? Comment positionner la théorie par rapport au droit international ? Le Tribunal fédéral admet correctement qu'en présence d'un Etat défendeur, la théorie pourrait heurter l'immunité des Etats ; elle n'est donc pas appliquée²³. Ne faudrait-il pas avoir le même réflexe lorsque la théorie interfère avec les règles de compétence d'un traité ? Ou – pour le moins – ne faudrait-il pas se donner la peine d'étudier la question, plutôt que de passer d'affirmation en affirmation, l'une comme les autres relayant des concepts de procédure de pur droit national ?

[Rz 17] Le Tribunal fédéral ne cesse de rappeler son attachement au respect de la jurisprudence de la Cour de justice²⁴. Le principal pilier de la pratique de la Cour et du Tribunal fédéral est l'affirmation de la nature autonome des notions utilisées dans le système juridictionnel européen²⁵. Dès lors que la théorie des faits doublement pertinents se répercute directement, comme les arrêts du Tribunal fédéral l'admettent sans détour, sur le fonctionnement des règles de compétence, il faudrait trouver dans la Convention un repère permettant d'y rattacher la théorie. Il n'en est rien, et le Tribunal fédéral ne dit pas le contraire. Le dernier repère auquel on croit pouvoir se fier est la prétendue absence d'une règle relative à la théorie dans la Convention. Il n'en est rien non plus, comme les arrêts de la Cour le relèvent : le juge saisi doit pouvoir examiner les contestations du défendeur lorsqu'il vérifie sa compétence. Indépendamment de ces arrêts, la théorie doit échouer car elle s'oppose diamétralement aux règles de compétence de la Convention : en effet, son objectif consiste à créer une compétence internationale dans des cas où elle ferait défaut si les objections du défendeur étaient prises en compte. Or, la Convention ne contient aucune règle prévoyant que cela ne se fasse pas, bien au contraire²⁶. Comme la Cour l'a encore rappelé récemment, l'objectif du système est la création de « règles uniformes de compétence judiciaire internationale »²⁷. Ces règles présentent un « haut degré de prévisibilité » et celles relatives à une compétence spéciale ne permettent pas une interprétation « allant au-delà des hypothèses

²² De surcroît, lorsque l'examen d'un fait doublement pertinent est reporté au fond, il n'est pas certain qu'il soit alors vérifié dans le procès au fond, comme l'a montré l'affaire GIRCA c. IBM (cf. ATF 131 III 153, p. 157 ; ATF 132 III 661).

²³ Cf. ATF 124 III 382, p. 387 ; ATF 133 III 539, p. 543 ; ATF 141 III 300.

²⁴ Cf., en dernier lieu, ATF 142 III 420, p. 422 s.

²⁵ Cf., en dernier lieu, ATF 142 III 422 ; ATF 142 III 466, p. 472.

²⁶ Cela a également dû être l'avis de l'Office fédéral de la justice qui dispose de l'opportunité de soumettre à la Cour des observations dans toutes les affaires présentant de l'intérêt pour l'application de la Convention de Lugano. On aurait pu s'attendre à ce que l'Office fasse part à la Cour de justice de l'approche du Tribunal fédéral en la matière. Or, rien n'a été fait. L'Office fédéral de la justice ne s'est pas manifesté, gardant le silence, préférant ne pas s'exposer avec une théorie quasi-inconnue en Europe.

²⁷ CJUE C-222/15 du 7 juillet 2016, Hüszi, n° 31.

envisagées de manière explicite »²⁸. Or, dans la Convention, la théorie chère au Tribunal fédéral ne trouve rien d'uniforme ou d'explicite.

[Rz 18] Enfin, à supposer que l'on veuille reconnaître dans la Convention un renvoi au droit national de procédure qui pourrait fournir un fondement solide à la théorie, encore faudrait-il ne pas négliger le principe qu'un tel renvoi est possible seulement dans les limites fixées par la Convention et son principe de l'effet utile, normalement traduit par la notion de bonne administration de la justice. Ainsi, pour ne prendre que le cas le plus important, la notion d'ordre public est déterminée librement par chaque Etat partie en vertu de l'art. 34 ch. 1 CL, conformément à ses conceptions nationales. Cependant, la Cour a bien rappelé à plusieurs reprises que les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de l'instrument de Bruxelles lui-même²⁹.

[Rz 19] Dans un arrêt fédéral antérieur, qui prétendait également que la Convention ne contenait pas de règle précisant comment procéder en présence de faits doublement pertinents, il fut néanmoins ajouté que les règles nationales peuvent suppléer cette carence dans la seule mesure où elles ne portent pas atteinte à l'efficacité pratique de la Convention³⁰. En l'espèce, la théorie a été écartée de l'art. 6 ch. 1 car elle aurait pu permettre à un codéfendeur de profiter de ce for alors qu'il contestait l'existence de l'action au fond. Depuis cet arrêt de 2008, la précaution ainsi formulée n'est plus observée. Elle permettrait pourtant de donner les effets qui conviennent aux objections du défendeur qui soutient, preuves à l'appui, que le for allégué par le demandeur n'existe pas et contrevient dès lors à l'objectif pratique inhérent aux règles de compétence de la Convention. C'est ainsi qu'en 2007, le Tribunal fédéral a botté en touche et conclu que dans le cas d'une action en constatation négative de droit, il faut laisser le défendeur invoquer son droit et faire valoir l'absence de tout intérêt à agir du demandeur³¹.

[Rz 20] Au demeurant, la nature du système juridictionnel européen empêche la Cour de s'engager de quelque manière que ce soit dans une théorie du type « faits doublement pertinents ». En effet, si l'examen de tels faits était reporté au procès au fond, leur analyse serait tributaire de notions du droit national applicable au fond, alors que les notions relatives à la compétence selon le système Bruxelles/Lugano doivent être autonomes. La Cour a déjà écarté une telle perspective dans l'hypothèse d'une juridiction nationale qui voulait déjà tenir compte de telles notions lors de l'examen de la compétence (appliquant en quelque sorte la théorie à l'envers)³². Elle en a fait de même dans la situation inverse, rappelant que le juge saisi devait déterminer si le litige relevait de la matière contractuelle de manière autonome, nonobstant le fait qu'au fond, il s'agirait d'une demande en réparation de nature délictuelle³³. Le Tribunal fédéral en tiendra compte.

²⁸ CJUE C-196/15 du 14 juillet 2016, Granarolo, n° 16, 18.

²⁹ CJUE C-420/07 du 28 avril 2009, Apostolides, n° 56 s., et les arrêts cités ; CJUE C-559/14 du 25 mai 2016, Meroni, n° 39 s.

³⁰ ATF 134 III 27, p. 34-36.

³¹ Cf. ATF 133 III 282, p. 285, notant que la théorie a été invoquée, mais sans y prêter aucune attention.

³² CJUE C-228/11 du 16 mai 2013, Melzer, n° 31-35 ; C-170/12 du 3 octobre 2013, Pinckney, n° 41.

³³ CJUE C-548/12 du 13 mars 2014, Brogsitter, n° 26.

II. Trois manières différentes pour expliquer le champ d'application de la Convention de La Haye de 1996 : est-ce raisonnable ?

[Rz 21] La Convention sur la protection des enfants de 1996 (CLaH) ne contient pas de disposition spécifique sur le champ d'application de ses règles de compétence « dans l'espace ». Elles s'appliquent dans toute la mesure où elles tendent à régir la solution du cas particulier. Ainsi, elles fixent la compétence en Suisse du simple fait qu'un chef de compétence retenu par l'une d'elles se trouve sur notre territoire ; lorsqu'un cas particulier présente des liens avec un Etat non contractant, il n'y a donc pas lieu de s'en remettre au droit national pour en dégager l'applicabilité de la Convention ; celle-ci intervient d'elle-même. Pour le Tribunal fédéral, c'est trop simple pour être vrai.

[Rz 22] Dans un premier temps, il a été dit que la Convention de 1996 serait applicable « selon l'art. 85 al. 1 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) »³⁴ ou, plus explicitement encore, « en vertu de l'art. 85 al. 1 LDIP »³⁵ ou en raison du « renvoi de l'art. 85 al. 1 »³⁶. Or, le Tribunal fédéral rappelle à tout va dans sa jurisprudence que selon l'art. 1^{er} al. 2 LDIP, les traités priment sur la LDIP. Si le traité doit l'emporter *a priori*, pourquoi faudrait-il encore chercher la confirmation de son applicabilité dans la règle de droit national de l'art. 85 ? Voudra-t-on accepter que chaque Etat décide du champ d'application de la Convention selon ce qu'il en dit dans son propre droit ? L'art. 85 est une simple « règle de signalisation », attirant l'attention du justiciable sur l'existence d'une Convention. La LDIP connaît environ une dizaine de ces règles, dont le rôle est expliqué dans de nombreuses publications.

[Rz 23] Dans un deuxième temps, on a voulu faire mieux et prendre la Convention comme point de départ de l'analyse de son champ d'application. Dans un premier arrêt du 26 novembre 2015³⁷, la Convention est qualifiée de « loi uniforme », régissant tout cas international de protection d'enfants sans égard à ses liens avec des Etats non contractants, tandis que le deuxième arrêt, du 20 janvier 2016³⁸, retient que la Convention ne peut s'appliquer, « à titre de droit international », à une situation dans laquelle une mère vit avec ses enfants dans un Etat non partie, en l'espèce la Tunisie. On avouera que pour être rendus à deux mois de distance et être réunis dans le même fascicule du Recueil officiel, la méprise est de taille. Le fait que les cinq mêmes juges y ont participé laisse songeur.

[Rz 24] En adoptant le premier de ces deux arrêts, on s'est distancé de la jurisprudence antérieure, puisqu'en effet, il n'y a pas lieu de dégager de l'art. 85 al. 1 que la Convention de 1996 serait une loi uniforme. On a donc cru comprendre que le Tribunal fédéral a saisi le principe essentiel, à savoir que la Convention de 1996 contient un régime autonome et complet de règles de compétence qui se substitue aux règles nationales. On aurait pu en rester là, laissant aux commentateurs le soin d'expliquer que le terme « loi uniforme » n'est pas approprié, en bonne doctrine, dans cette situation.

³⁴ Arrêts du Tribunal fédéral 5A_313/2014 du 9 octobre 2014, consid. 4 et 5A_713/2015 du 21 décembre 2015, consid. 2.1.

³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_246/2015 du 28 août 2015, consid. 2.

³⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 5A_809/2012 du 8 janvier 2013, consid. 2.4 ; 5A_90/2013 du 27 juin 2013, consid. 3.3 ; 5A_146/2014 du 19 juin 2014, consid. 3.1 ; ATF 140 V 136, consid. 4.2 p. 141 s.

³⁷ ATF 142 III 1, p. 4.

³⁸ ATF 142 III 56, p. 59.

[Rz 25] Hélas, dans l'arrêt rendu deux mois plus tard, le Tribunal fédéral comprend à nouveau autrement la Convention. Elle n'est plus une « loi uniforme ». Elle ne s'appliquerait pas, en l'espèce, « à titre de droit international », étant donné que la Tunisie, pays de résidence des enfants et de leur mère, ne l'a pas ratifiée. Aucune disposition n'est citée, ni ne pourrait l'être, pour justifier une telle restriction au champ d'application des règles de compétence. On notera néanmoins que, jusqu'ici, le raisonnement ne s'appuie aucunement sur l'art. 85 al. 1 LDIP, contrairement à la jurisprudence antérieure. Ce n'est qu'après avoir conclu – faussement – que la Convention ne serait pas applicable en vertu du droit international, que le Tribunal fédéral se réfère à l'art. 85 al. 1 afin de l'appliquer « en tant que droit national ». L'arrêt examine alors toutes les dispositions de la Convention sur la compétence pour constater qu'aucune d'elles ne retient un for en Suisse. Or, du moment que ce résultat découle de la Convention, pourquoi dire que ce serait du « droit national » ? La seule règle nationale présentant un intérêt en l'espèce est la disposition subsidiaire de l'art. 85 al. 3 LDIP, permettant de prendre des mesures à l'égard d'enfants domiciliés à l'étranger qui ont besoin de protection. La question n'est pas tranchée, faute de renseignements suffisants, et l'affaire renvoyée à l'autorité cantonale³⁹.

[Rz 26] Dans le premier arrêt qui a suivi ce qu'on a cru comprendre comme étant dorénavant la jurisprudence, il fallait traiter le cas d'une famille ayant vécu au Népal où le père et la fille aînée vivent encore. Curieusement, on n'a mentionné ni la Convention ni la LDIP, non sans rappeler qu'il s'agissait d'un cas « transnational »⁴⁰.

[Rz 27] Visiblement, la Convention est mal assimilée et face à deux arrêts contradictoires dits « officiels », la cacophonie s'annonçait. Tout d'abord, la Convention est tantôt appliquée « en tant que droit national »⁴¹, tantôt sous la bannière de « loi uniforme »⁴².

[Rz 28] Puis, dans deux cas liés, un aux Etats-Unis, l'autre au Canada, on est revenu à la formule que la Convention s'appliquerait en vertu du « renvoi général de l'art. 85 al. 1 LDIP », sans citer aucun des arrêts figurant au Recueil officiel⁴³. Enfin, comme s'il fallait appliquer la loi les yeux fermés, un arrêt du 27 octobre 2016 applique la loi suisse à l'attribution de la garde sur la base de l'alinéa 1 de l'art. 82, ignorant à la fois la réserve de l'alinéa 3, l'art. 85 et la Convention⁴⁴. Finalement, un autre arrêt, du 30 novembre 2016, évoque l'hypothèse de la reconnaissance en Suisse d'un ordre de rapatriement d'un enfant en Pologne, en concluant que l'ordre public suisse n'était pas en jeu (art. 17 et 27 LDIP), sans relever que la question devrait être traitée selon la Convention de 1996⁴⁵.

[Rz 29] Compte tenu de tout cela, où va-t-on ? On dispose de deux interprétations incompatibles, chacune proclamée « officielle », puis on voit d'autres arrêts qui ignorent la Convention (et, bien sûr, les arrêts officiels), puis on est face à de nouveaux arrêts sans égards aux arrêts de principe

³⁹ ATF 142 III 61 s.

⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_105/2016 du 7 juin 2016, consid. 2.2.

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_264/2016 du 17 juin 2016, consid. 3.1, suivant l'ATF 142 III 59 s.

⁴² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_152/2016 du 11 août 2016, consid. 3.1, renvoyant à l'ATF 142 III 4.

⁴³ Arrêts du Tribunal fédéral 5A_274/2016 du 28 juin 2016, consid. 2.1 et 2.4; 5A_582/2016 du 26 septembre 2016, consid. 2.2. De même : arrêt du Tribunal fédéral 5A_795/2016 du 14 décembre 2016, consid. 3.

⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_474/2016 du 27 octobre 2016, consid. 3. Un autre arrêt mentionne l'art. 48, sans remarquer que le règlement du sort des enfants ne constitue pas une mesure protectrice de l'union conjugale en droit international privé (arrêt du Tribunal fédéral 5A_470/2016 du 13 décembre 2016, consid. 3).

⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_827/2016 du 30 novembre 2016, consid. 6.2.

pour revenir à l'art. 85 al. 1 LDIP comme si le champ d'application de la Convention pouvait, dans chaque Etat contractant, dépendre du droit national. Cela n'est pas raisonnable.

III. Le droit étranger dont le droit international commande le respect : ne faudrait-il pas l'appliquer ?

[Rz 30] Le Tribunal fédéral se montre imperturbable face aux critiques soulignant la discrimination découlant du fait que la résolution du litige relève du droit suisse ou d'un droit étranger. Il est jugé avec plein pouvoir de cognition dans le premier cas, tandis que le recours ne peut aller au-delà du grief de l'arbitraire dans le second. La question a été évoquée lors de l'adoption de la LDIP, si bien que le débat semble clos encore pour quelque temps. Avant de l'aborder, on devrait peut-être d'abord s'interroger sur une autre discrimination, selon que le droit étranger s'applique aux simples justiciables dans une affaire (pécuniaire) de famille ou de succession, ou que le recours est dirigé contre une sentence arbitrale. Dans ce dernier domaine, le Tribunal fédéral vérifie soigneusement l'application de la loi étrangère faite par les arbitres, tandis que le même effort est de trop pour des affaires non commerciales, pour lesquelles le devoir de rendre justice devrait compter autant que pour les parties ayant choisi l'arbitrage.

[Rz 31] La question à poser ici est de savoir si le droit international est de nature à changer les données du problème. Curieusement, à lire la jurisprudence, la réponse n'est pas claire et simple. Elle balance d'un extrême à l'autre, sans ligne de conduite. Précisons les termes de la question : on laisse de côté le débat sur le contrôle de la loi étrangère désignée par une règle de conflit de lois consacrée par un traité ratifié par la Suisse ; en effet, on peut penser que l'application de la loi étrangère au cas d'espèce relève alors de la loi nationale et non du traité. La question est différente, en revanche, lorsque le droit étranger doit s'appliquer à une condition d'application du traité, à titre préjudiciel ou incident. Dans une telle hypothèse, on ne peut appliquer correctement le traité qu'à la condition que le droit étranger auquel il se réfère le soit également.

[Rz 32] Cela paraît extrêmement simple, et tel semble avoir été l'avis du législateur : selon l'article 31 du Loi sur le Tribunal fédéral (LTF), « si le Tribunal fédéral est compétent sur le fond, il statue également sur les questions préjudicielles »⁴⁶. Or, à partir de là, la jurisprudence s'est développée de manière à ce que les choses se compliquent.

[Rz 33] Expliquons-nous par un exemple correct d'abord. Lorsque le Tribunal fédéral est saisi d'un litige dont la résolution dépend de la Convention de La Haye de 1980 en matière d'enlèvement d'enfants, il doit vérifier si l'enlèvement a été « illicite » au regard de la loi de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant l'enlèvement (art. 3). L'enfant ayant été amené en Suisse, cette loi est toujours une loi étrangère que le Tribunal fédéral applique de son mieux, y compris ses règles de conflit. On ne peut faire autrement : cette loi est la seule que le ravisseur devait respecter et c'est dès lors la seule dont la violation peut déclencher la procédure conduisant au retour de l'enfant. La bonne application de la Convention requiert l'application de la loi étrangère régissant l'une de ses conditions.

⁴⁶ La restriction du pouvoir de cognition du Tribunal fédéral vise le « droit étranger désigné par le droit international privé suisse » (art. 96 lit. b LTF) dont la violation est invoquée (art. 95 LTF). Or, lorsqu'il s'agit d'une question préjudicielle, il n'y a pas de désignation d'un droit qui aurait été violé, étant donné qu'une telle hypothèse ne peut s'appliquer qu'au droit de fond (applicable à la question principale).

[Rz 34] Or, dans le contexte d'autres traités, le Tribunal fédéral adopte une position inverse. La Convention de Lugano se place en première ligne. Pour vérifier si le for suisse peut être admis en matière contractuelle sur la base de l'article 5, chiffre 1, il faut constater si d'après la loi régissant le contrat, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande se trouve en Suisse. Si cette loi est une loi étrangère, il faut l'appliquer ; à défaut, si on applique la loi suisse, par exemple, le lieu d'exécution peut ne pas être celui de l'obligation litigieuse et, par conséquent, l'application de la disposition de l'article 5 de la Convention devient fautive. C'est ce qu'accepte le Tribunal fédéral lorsqu'il refuse de vérifier l'application faite par l'instance cantonale de la loi étrangère, sous réserve d'un cas d'arbitrage⁴⁷.

[Rz 35] Lorsque l'exécution d'une décision étrangère est en jeu et qu'il faut vérifier si elle 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, à nouveau dans les limites de l'arbitrage⁴⁸. 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, par hypothèse, en exigerait le respect, puisque le Tribunal fédéral refuse d'examiner l'une des conditions préalables pertinentes⁴⁹. 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)⁵⁰. En fait, le refus de revoir l'application de la loi étrangère dans le contexte de la Convention est de portée générale⁵¹. Il s'étend à tous les traités d'exécution⁵². Il n'est alors fait aucun cas du principe selon lequel les traités internationaux sont réservés (art. 1 al. 1 LDIP).

[Rz 36] On est tenté de dire que la pratique judiciaire évolue de manière compartimentée et que les solutions ne sont pas aussi rigoureusement identiques que le commanderait la logique du droit. Cela est sans doute vrai, mais par trop simpliste, s'agissant tout de même du Tribunal fédéral. La pratique est d'autant plus critiquable que le Tribunal fédéral dispose déjà du principe déterminant, par la référence que constitue le Recueil officiel. En effet, dans son arrêt du 18 octobre 2012, la II^e Cour de droit public a clairement posé la solution : lorsqu'il est nécessaire, « pour trancher une question principale relevant du droit fédéral ou du droit international, dont le Tribunal fédéral contrôle l'application (cf. art. 95 let. b LTF), d'examiner une question préalable de droit étranger, la cognition du Tribunal fédéral s'étend au droit étranger »⁵³. L'arrêt rappelle également qu'il s'agit d'une exception au principe selon lequel le Tribunal fédéral ne contrôle normalement pas l'application du droit étranger désigné par le droit international privé suisse. La II^e Cour de droit public était donc consciente que sa jurisprudence allait déborder sur celle des deux Cours de droit civil. Depuis lors, la ligne de conduite à adopter est claire. Encore faudrait-il

⁴⁷ Cf. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_149/2013 du 31 juillet 2013, consid. 5.3 et 5.5.

⁴⁸ Cf. ATF 135 III 670, p. 674 ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_758/2010 du 14 mars 2011, consid. 1.3, et les arrêts antérieurs cités ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_367/2015 du 12 novembre 2015, consid. 5.2.2.

⁴⁹ Cf., également, la critique de ALEXANDER MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, Berne 2014, n° 1576.

⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_758/2010 du 14 mars 2011, consid. 1.3.

⁵¹ Cf, en plus, les arrêts du Tribunal fédéral 4A_122/2011 du 30 janvier 2012, consid. 1.4, 4.2, non reproduits dans l'ATF 138 III 174 ; 4A_451/2014 du 28 avril 2015, consid. 1.2 ; 4A_368/2016 du 5 septembre 2016, consid. 2.4.

⁵² Cf., s'agissant du traité de 1926 avec l'Autriche, arrêt du Tribunal fédéral 5A_467/2014 du 18 décembre 2014, consid. 1 et 4.

⁵³ ATF 138 II 536, p. 541.

que les Juges des deux Cours de droit civil veuillent bien s'en tenir à ce que l'arrêt publié dans le Recueil des ATF leur demande de faire. Il n'en est rien. La question est étouffée.

[Rz 37] L'analyse pourrait devenir plus compliquée si on entreprenait des comparaisons avec le problème identique qui se pose lorsque la règle applicable à la question principale relève du droit fédéral. On notera simplement que dans un tel contexte, il arrive au Tribunal fédéral de comprendre que le respect d'une telle règle commande la vérification de la loi étrangère applicable à l'une des questions incidentes qu'elle soulève. Pour ce qui est de la LDIP, on citera l'analyse de la règle de litispendance (art. 9) qui a déjà conduit le Tribunal fédéral à un examen très détaillé du droit français afin de connaître le moment de la saisine du juge français, condition clé pour savoir si le juge suisse doit suspendre la cause ou non⁵⁴. De même, la condition de la réciprocité en matière de reconnaissance d'une faillite étrangère (art. 166 al. 1 lit. c) est examinée par le Tribunal fédéral dans tous ses aspects relevant du droit étranger⁵⁵.

[Rz 38] D'autres exemples de la même structure juridique sont connus de la jurisprudence lorsqu'une règle de droit fédéral matériel suppose au préalable la résolution d'une question incidente régie par une loi étrangère. L'arrêt de référence a été rendu dans l'affaire *Zeiss*, relative à une action en concurrence déloyale soumise au droit suisse, conduisant le Tribunal fédéral à examiner d'abord les lois étrangères applicables à la formation du nom commercial et au transfert du siège d'une société⁵⁶. Un autre arrêt applique le droit matrimonial allemand afin de déterminer si une transaction judiciaire des époux devait être annulée pour cause d'erreur⁵⁷.

[Rz 39] Or, si telle est la logique afin d'appliquer correctement une règle de droit suisse, qu'elle relève de la LDIP ou du droit matériel, pourquoi le Tribunal fédéral ne vérifierait-il pas l'application correcte d'une loi étrangère lorsque la LDIP s'y réfère incidemment dans d'autres situations que celles évoquées ci-dessus? Lorsque le litige porte sur la prise en considération d'une loi étrangère à titre de règle d'ordre public (art. 19), le Tribunal fédéral n'examine pas si cette loi répond à cette condition⁵⁸. Lorsqu'il s'agit de déterminer si les conditions de la reconnaissance d'une décision sont remplies alors qu'elles dépendent d'une loi étrangère, telle l'autorité de chose jugée ou la force exécutoire de l'acte⁵⁹ ou la notification régulière de l'acte introductif d'instance⁶⁰, pourquoi le respect de la loi étrangère applicable n'est-il pas contrôlé par le Tribunal fédéral alors que l'application correcte d'une règle de la LDIP en dépend? La jurisprudence semble figée, mais l'incohérence du système n'en est pas moins évidente.

[Rz 40] On objectera que la cohérence de l'ordre juridique n'est pas une vertu méritant d'être protégée pour elle-même. A supposer qu'il en soit ainsi, malgré l'arrêt du 18 octobre 2012, l'argument est sans valeur si un traité tel que la Convention de Lugano est en jeu. Premièrement, il

⁵⁴ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_223/2016 du 28 juillet 2016, consid. 5.1.2.2.

⁵⁵ Cf. ATF 126 III 101, p. 105 s. ; 137 III 517, p. 520 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 5A_248/2014 du 27 mars 2015, consid. 5, non reproduit dans l'ATF 141 III 222.

⁵⁶ ATF 91 II 117, p. 125-135.

⁵⁷ ATF 117 II 218, p. 224-228, Cf., par ailleurs, les arrêts cités par ANDREAS BUCHER, art. 16 n° 35 LDIP, Commentaire romand, LDIP/CL, Bâle 2011.

⁵⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.332/2003 du 7 mai 2004, consid. 2.1, non reproduit dans l'ATF 130 III 620 qui note encore que le Tribunal fédéral était lié par la constatation faite à ce sujet par l'instance cantonale (p. 625), observation à laquelle se réfère l'ATF 136 III 392, p. 396. ATF 138 III 489, p. 495.

⁵⁹ ATF 133 III 446; arrêt du Tribunal fédéral 5A_355/2016 du 21 novembre 2016, consid. 2.3. On notera un arrêt en sens contraire, examinant la validité d'un mariage célébré au Vietnam : ATF 114 II 1.

⁶⁰ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_364/2015 du 13 avril 2016, consid. 1.3, 3.5.4.2, non reproduits dans l'ATF 142 III 355; arrêt du Tribunal fédéral 4A_241/2012 du 7 août 2012, consid. 1, 6, 7.

n'y a aucune raison de refuser la vérification de la loi étrangère lorsqu'elle constitue une condition d'application d'un traité alors qu'il existe des exemples dans lesquels un tel contrôle a lieu lorsque la condition incidente est posée par la LDIP ou le droit matériel suisse. En second lieu, lorsque l'instrument régissant la question principale relève du droit international, son respect s'impose dans tous ses éléments. Si la Convention exige l'application d'une loi étrangère à l'une de ses conditions, à titre incident, cette loi l'emporte étant donné qu'à défaut, la condition posée serait mal appréciée et la Convention appliquée faussement.

IV. La méconnaissance du principe *pacta sunt servanda*

[Rz 41] Le régime de l'arbitrage international créé par la LDIP en 1987 avait pour pilier le Tribunal fédéral comme seule instance de recours chargée du contrôle des sentences. Ce contrôle devait être restreint, orienté par la notion d'ordre public et centré autour d'un ensemble de valeurs juridiques réputées fondamentales. Le Tribunal fédéral s'est ainsi lancé à proclamer que cet ordre public est heurté par une sentence qui « viole des principes juridiques fondamentaux au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants »⁶¹. Ce système de valeurs est celui de la civilisation à laquelle la Suisse appartient, les valeurs prises en référence étant de nature à constituer le fondement de tout ordre juridique⁶². La valeur citée en premier lieu sur une liste consacrée depuis bientôt trois décennies est la fidélité contractuelle, exprimée par l'adage *pacta sunt servanda*.

[Rz 42] Or, après l'énoncé dudit principe, qu'est-il devenu dans la jurisprudence fédérale? On n'insistera pas sur une première imperfection, s'agissant de déterminer de quel « pacte » il est question. Si le grief entend viser une sentence entachée du vice du non-respect d'un « pacte », il est vide de sens puisque cette sentence ne correspond à aucun « pacte » ni à aucune autre relation juridique liant les arbitres. Il faut donc transposer l'idée du « pacte » sur le respect dû par les arbitres au rapport juridique litigieux, bien qu'ils n'y soient pas eux-mêmes parties et que le non-respect qui leur est reproché n'implique aucune violation d'une obligation de leur part.

[Rz 43] On devait s'attendre à ce que le Tribunal fédéral prenne comme fondement du principe la règle qui le consacre pour « tout ordre juridique » et pour « la civilisation à laquelle appartient la Suisse », à savoir l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Traduit en termes simples, le principe veut dire que l'existence du traité doit être respectée par les parties et son exécution accomplie de bonne foi. C'est dans ce sens que *pacta sunt servanda* est consacré dans la jurisprudence, rappelant que le principe implique une obligation de respect de bonne foi des engagements internationaux de la Suisse⁶³ autant qu'une obligation de les exécuter⁶⁴.

[Rz 44] Or, qu'a fait le Tribunal fédéral du même principe en matière d'arbitrage international? Il l'a réduit à néant, le vidant de son sens par une définition qui ne trouve aucun repère nulle part en droit international ou parmi les Etats représentant la civilisation à laquelle la Suisse est déclarée appartenir. En effet, *pacta sunt servanda* est violé uniquement « si le tribunal arbitral

⁶¹ ATF 120 II 155, p. 166.

⁶² ATF 132 III 389, p. 394, 395.

⁶³ ATF 132 V 423, p. 442; 142 II 35, p. 39; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1000/2015 du 17 mars 2017, consid. 6.3.

⁶⁴ ATF 125 II 417, p. 424 s.

refuse d'appliquer une clause contractuelle tout en admettant qu'elle lie les parties ou, à l'inverse, s'il leur impose le respect d'une clause dont il considère qu'elle ne les lie pas »⁶⁵. Il faudrait donc que le tribunal arbitral se soit mis en contradiction sur l'existence et le contenu d'un contrat. Le fait d'avoir interprété le contrat de manière manifestement fautive ou arbitraire, ou de l'avoir appliqué de façon insoutenable ne suffit pas⁶⁶. La fidélité contractuelle ne couvre pas le respect du contrat et son exécution, mais uniquement la cohérence dans l'appréciation des arbitres de son existence et de sa validité. Autant dire qu'il ne reste pratiquement plus rien du principe consacré par l'article 26 de la Convention de Vienne. Il s'agirait d'une « jurisprudence solidement établie »⁶⁷, quand bien même, curieusement, on n'en trouve pas de trace au Recueil officiel. Ce qu'il y a de solide et de positif dans cette jurisprudence est le refus du Tribunal fédéral d'être saisi de recours l'entraînant dans l'examen au fond des sentences. Cependant, le principe *pacta sunt servanda* n'est pas le bon moyen pour parvenir à ce résultat.

[Rz 45] Par ailleurs, à y regarder de plus près, on constate que le principe est défini de telle manière qu'il ne peut jamais s'appliquer pour sanctionner une sentence. En effet, pour mettre ledit principe en œuvre, il faudrait être confronté à des arbitres déclarant qu'un contrat est valable pour ensuite ne pas l'appliquer, ou inversement. Or, de tels arbitres, le Tribunal fédéral n'en a jamais rencontré; il devait savoir d'emblée qu'il n'en existe pas. D'ailleurs, face à des arbitres aussi peu qualifiés, il faudrait plutôt envisager leur récusation que l'annulation de leur sentence, avec le risque qu'ils causent encore d'autres dégâts. De surcroît, la définition donnée par le Tribunal fédéral porte sur une contradiction dans le raisonnement des arbitres. Cela ne suffit pas, d'après la jurisprudence, pour annuler une sentence. Il a été jugé qu'une incohérence intrinsèque du dispositif n'entre pas dans la définition de l'ordre public matériel⁶⁸. Cependant, la définition fournie par le Tribunal fédéral de *pacta sunt servanda* ne vise pas une telle hypothèse; elle porte sur le cas d'une sentence constatant la validité d'un contrat dans ses motifs, avant de conclure dans le dispositif en sens opposé; ou inversement. Or, une telle situation ne peut en aucun cas heurter l'ordre public, étant donné que le contrôle exercé par cette notion porte uniquement sur le dispositif de la sentence, respectivement sur le résultat qu'elle produit et non sur les motifs⁶⁹. L'ordre public constitutif de *pacta sunt servanda* ne peut donc jamais intervenir, au point que – comble du paradoxe – le Tribunal fédéral s'en sert comme un motif anticipé de rejet, rappelant aux plaideurs que l'annulation d'une sentence en raison d'une violation de l'ordre public matériel est « chose rarissime » (pour ne pas dire « chose exclue »)⁷⁰.

[Rz 46] On exprimera ensuite un souci de cohérence. L'adage *pacta sunt servanda* constitue un principe de base en droit des obligations (notamment en matière de bail) en tant que fondement de la force obligatoire du contrat, dont la mesure est donnée par son contenu⁷¹. Or, ce même prin-

⁶⁵ La définition est apparue pour la première fois dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_220/2007 du 21 septembre 2007, consid. 12.2.1, et elle est reproduite dans de nombreux arrêts, comme, parmi les derniers : arrêts du Tribunal fédéral 4A_550/2012 du 19 février 2013, consid. 4.1 ; 4A_232/2013 du 30 septembre 2013, consid. 5.1.2 ; 4A_497/2015 du 24 novembre 2016, consid. 5.1 ; 4A_522/2016 du 2 décembre 2016, c. 3.2.2. Des rédactions antérieures, moins affirmatives, se trouvent aux ATF 116 II 634, p. 638 ; ATF 120 II 171.

⁶⁶ Cf., notamment, outre les arrêts déjà cités, arrêts du Tribunal fédéral 4A_46/2011 du 16 mai 2011, consid. 4.2.1 ; 4A_634/2014 du 21 mai 2015, consid. 5.1.1 ; 4A_319/2015 du 5 janvier 2016, consid. 4.1.

⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_14/2012 du 2 mai 2012, consid. 5.2.1, non reproduit dans l'ATF 138 III 270.

⁶⁸ ATF 128 III 191, p. 198.

⁶⁹ ATF 120 II 167.

⁷⁰ Cf. ATF 132 III 389, p. 391, et les arrêts cités ci-dessus.

⁷¹ Cf. ATF 119 II 348, p. 351 ; 121 III 460, p. 462.

cipe, d'après un arrêt récent, représente l'ordre public suisse⁷². Les auteurs de cet arrêt n'ont pas remarqué que le même principe prend un tout autre sens en matière d'ordre public arbitral ; et les rédacteurs des arrêts d'arbitrage n'ont aucun égard pour le fait que la jurisprudence non arbitrale emploie le même principe correctement, comme il est mondialement reconnu. Le paradoxe sans réponse est que les auteurs de ces arrêts sont les mêmes, soit les Juges de la I^{re} Cour de droit civil. [Rz 47] Cependant, la confusion ne s'arrête pas là. Alors qu'à propos du contrôle des sentences, l'adage *pacta sunt servanda* est affranchi de tout regard sur l'application et l'exécution de bonne foi du contrat, il prend son sens plein d'après le droit international lorsqu'il s'agit du respect de la convention d'arbitrage. En effet, il a été jugé que le devoir d'une partie de désigner son arbitre était fondé « sur le principe général de l'effet obligatoire des contrats (*pacta sunt servanda*) »⁷³. De même, permettre à une partie d'échapper à son devoir de se soumettre au préalable obligatoire de conciliation, même *a posteriori*, « reviendrait à faire fi du principe *pacta sunt servanda* »⁷⁴. Les Juges le savent donc bien : ce principe englobe l'obligation de se soumettre de bonne foi aux engagements consentis ; il ne s'agit pas d'une simple affirmation de validité des contrats. Pourtant, il y a de la résistance : lorsqu'une partie invoque le même principe à l'appui de son recours, en le fondant sur le *Traité sur la Charte de l'énergie*, il lui est répondu que, malgré la primauté du droit international sur le droit interne, on ne saurait retenir une incompatibilité avec la définition restrictive de l'ordre public matériel. Voudrait-on entrer en matière sur la controverse, qu'il s'agirait d'une question « théorique »⁷⁵. Il est permis de s'étonner.

V. Conclusions

[Rz 48] Les illustrations proposées ci-dessus montrent que le raisonnement en droit international pourrait subir des améliorations. Les remèdes sont multiples. Dans notre pays, toute proposition qui sort des sentiers battus est aussitôt combattue par de nombreux milieux prétendant savoir ce qu'il faudrait faire – pour finalement ne rien faire. Le Tribunal fédéral est maître dans l'art de garder le silence sur son fonctionnement, en prenant appui sur la séparation des pouvoirs. L'attribution des juges à une cour est un mystère pour tout observateur externe ; on peut néanmoins s'étonner des résultats : les deux juges ayant une réputation de spécialistes du droit international privé s'occupent, l'un, du droit administratif et fiscal, l'autre du droit pénal.

[Rz 49] Pour identifier les besoins, on prendra la jurisprudence à témoin. Notre propos étant l'application du droit civil international, ce qui en sort est un manque de formation. On laissera au Tribunal fédéral le soin de rendre la justice comme il l'entend. Mais on doit pouvoir exiger que l'on veille à un niveau élevé du raisonnement et de la documentation. Dans de très larges milieux du monde juridique en Suisse, la formation continue est une exigence dans les cabinets d'avocat qui aspirent à faire face à armes égales à la concurrence. Les séminaires et cours de perfectionnement sont très nombreux et disposent d'une excellente réputation. Or, il faut y regarder de près pour y trouver un Juge fédéral ou un Greffier désireux de se former et d'intégrer des évolutions récentes au sein de son institution. Le Tribunal fédéral pourrait tirer un grand profit d'un programme

⁷² ATF 142 III 442, p. 452 s.

⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_146/2012 du 10 janvier 2013, consid. 3.4.3, in fine.

⁷⁴ ATF 142 III 296, p. 314.

⁷⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_34/2015 du 6 octobre 2015, consid. 5.3.1, non reproduit dans l'ATF 141 III 495.

de formation continue spécialement adapté à ses besoins, même si, dans un premier temps, des réticences vont se manifester.

[Rz 50] Est-il permis de penser que le Tribunal fédéral, Juges et Greffiers, pourrait peut-être avoir avantage à laisser influencer dans ses raisonnements des éléments de doctrine? On doit remonter à des années, voire à des décennies de jurisprudence pour trouver une mention de l'article 1 du Code civil (CC). Les avis divergents exprimés dans la doctrine sont trop souvent ignorés. Le Tribunal fédéral dispose de loin de la meilleure bibliothèque juridique du pays, mais son exploitation est hors de toute proportion raisonnable si l'on observe ce qui en résulte dans la rédaction des arrêts dont la responsabilité incombe, selon la loi, aux Greffiers. On y ajoutera des cours de perfectionnement dans la seconde langue nationale. Il arrive souvent au spécialiste de reconnaître, lors de la lecture d'un arrêt, qu'un greffier responsable de la rédaction ne maîtrise pas une langue autre que la sienne. La doctrine dans d'autres langues nationales est ignorée, et même des arrêts rédigés dans une autre langue n'y figurent pas.

[Rz 51] Cela dit, il ne faut pas vouloir viser trop haut. La perfection est hors de portée pour une institution dont la charge de travail est impressionnante, sans être d'une lourdeur excessive, malgré ce qui en est dit. Il est également vrai que les illustrations fournies ci-dessus doivent être évaluées en comparaison avec les nombreux arrêts dont le fondement en droit international ne prête pas le flanc à la critique. Il n'y a pas lieu de dramatiser la situation. Cependant, on peut légitimement soutenir – tel est notre propos – que de sérieux progrès devraient être faits.

Andreas Bucher, Professeur honoraire, Université de Genève. Les principaux domaines d'activités de l'auteur sont le droit international privé, l'arbitrage international ainsi que la protection des personnes, des familles et de l'enfant, en droit suisse et international.