

# **VERS L'IMPLOSION DE LA THÉORIE DES FAITS DOUBLEMENT PERTINENTS**

par

Andreas BUCHER

Professeur honoraire, Université de Genève

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2015 II 67 ss





## VERS L'IMPLOSION DE LA THÉORIE DES FAITS DOUBLEMENT PERTINENTS

par

Andreas BUCHER

Professeur honoraire, Université de Genève

### I. UN ARRÊT DE PRINCIPE

Le 10 décembre 2014, le Tribunal fédéral est venu rendre un arrêt 4A\_28/2014, destiné au Recueil officiel, qui ajoute sa portion de complexité et de confusion à la théorie des faits doublement pertinents, qui pourtant n'en manque pas. Écrit dans un style analytique qui révèle la volonté d'en faire un arrêt de principe, l'exposé du Tribunal fédéral rappelle tout d'abord correctement le contenu essentiel de la théorie (au début du consid. 4.2.2). Celle-ci 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.

Arrivé à ce point, le juge conclut que les conditions relatives à la nature de la prétention alléguée sont présumées réalisées<sup>1</sup>. Une décision statuant affirmativement sur la compétence est rendue; elle entre en force dès que les voies de recours qui lui sont réservées sont épuisées. 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)

---

<sup>1</sup> ATF 131 III 153 ss, 157, consid. 5.1.

la compétence. Car celle-ci a déjà été admise avec force de chose jugée; comment pourrait-on y revenir?

On arrive ainsi à ce que l'on prétend être l'avantage de la théorie des faits doublement pertinents. En effet, s'il s'avère que, contrairement aux allégations du demandeur, 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.

C'est ainsi que la théorie a été comprise par la jurisprudence et par les auteurs, ceux-ci ayant noté par ailleurs ses nombreux défauts, que l'on n'évoquera pas ici<sup>2</sup>.

En l'espèce, de l'avis du Tribunal fédéral, la Cour de justice est allée trop loin. Les défendeurs n'ayant eu en Suisse ni domicile ni résidence habituelle, la Cour a examiné s'il y avait un lieu de commission, respectivement un lieu de résultat de l'acte illicite en Suisse. Selon ce que l'arrêt du Tribunal fédéral en dit, la Cour se serait tout d'abord basé sur les allégations contenues dans la demande, puis elle aurait par la suite estimé la demande mal fondée, ce qui l'a amené à exiger des demandeurs qu'ils rendent vraisemblables les faits doublement pertinents. Or, estime le Tribunal fédéral, cette exigence est étrangère à la théorie. Elle n'a été posée dans la jurisprudence que dans des cas dans lesquels la thèse du demandeur procédait d'un abus de droit. Fait rare dans la jurisprudence, un arrêt est annulé pour avoir «violé» une théorie (consid. 4.3).

La Cour de justice aurait dû, se fait-elle expliquer, prendre acte de l'allégation des demandeurs qu'un détournement de fonds se serait produit à travers un versement sur un compte ouvert auprès de la succursale genevoise d'une banque; elle n'aurait pas dû conclure que cette allégation n'était pas étayée avec une vraisemblance suffisante pour admettre la compétence des tribunaux genevois (consid. 4.4.1). Un second volet de l'affaire avait trait au détournement allégué d'une enveloppe qui se trouvait à Genève et qui devait contenir les actions de sociétés donnant pouvoir sur les comptes de celles-ci, sur lesquels

---

<sup>2</sup> Cf., principalement, ANDREAS BUCHER, Commentaire romand, LDIP et Convention de Lugano, Bâle 2011, art. 2-12 LDIP n° 7-28; IDEM, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse, SJ 2007 II p. 153-197 (154-164); URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Zurich 2010; PETER MANKOWSKI, Die Lehre von den doppelrelevanten Tatsachen auf dem Prüfstand der internationalen Zuständigkeit, IPRax 2006 p. 454-460; KONRAD OST, Doppelrelevante Tatsachen im internationalen Zivilverfahrensrecht, Frankfurt a.M. 2002.

étaient versées des commissions que les défendeurs auraient failli faire transférer sur le compte ouvert en Suisse. Sur ce point, la Cour aurait eu tort de penser que le lieu de soustraction de l'enveloppe à Genève n'était pas pertinent, au motif que l'événement causal à considérer était la remise des actions et non le détournement de l'enveloppe qui les contenait, de sorte que ni le lieu de commission de l'acte, ni son résultat se trouvait en Suisse, rendant ainsi les juridictions genevoises incompétentes. Pour le Tribunal fédéral, il aurait fallu en rester à l'allégation des demandeurs pour lesquels le détournement de l'enveloppe était le premier acte illicite commis en Suisse dans la succession des actes illicites ayant conduit au dommage; la Cour n'aurait pas dû s'intéresser à la chaîne des événements et se dire qu'en fait, c'était l'usage qui avait été fait des actions des sociétés qui était l'élément déclencheur du dommage, celui-ci consistant, selon les demandeurs, dans le fait que les commissions ont été prélevées par les défendeurs sur les comptes des sociétés off-shore pour se les approprier personnellement au lieu de les verser sur le compte de leur détenteur économique en Suisse (consid. 4.4.2). S'étant posée cette question de trop, la Cour est parvenue à la conclusion que les demandeurs n'avaient pas indiqué quel patrimoine aurait été lésé en Suisse, quelles sociétés étaient touchées et que les commissions qui devaient leur revenir étaient localisées en Suisse. Faute de preuve de ces éléments nécessaires à la définition du lieu de la commission de l'acte illicite en Suisse, la Cour a retenu l'incompétence des juridictions genevoises, suivant en cela le Tribunal de première instance. Le Tribunal fédéral lui rappelle que ladite théorie aurait exigé qu'elle s'en tienne à l'allégation des demandeurs que la remise de l'enveloppe était le fait qui avait déclenché la succession de faits délictuels, sans entrer dans aucun examen plus approfondi, strictement réservé à la procédure au fond.

Le Tribunal fédéral aurait pu en rester là et rendre ainsi un arrêt s'insérant — sans attirer l'attention — dans une suite d'arrêts consacrant la théorie. Or, la Haute Cour a voulu aller plus loin et poser clairement les bases de la méthode à suivre. Ce faisant, cependant, au lieu de consacrer la théorie par une meilleure explication (ô combien souhaitée par les praticiens peu habitués à une jurisprudence fondée sur des théories), elle s'est égarée.

## II. UN ARRÊT QUI RENVERSE LA THÉORIE

En effet, le Tribunal fédéral vient de modifier sensiblement l'édifice de la théorie tel qu'on vient de le rappeler. Il semble en être bien convaincu, car il souligne que cela devait se comprendre «évidemment» (3<sup>e</sup> paragraphe du consid. 4.2.2). Pour la Haute Cour, dorénavant, lorsque, 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 parvient à ce stade, ce qui se passe «*simplement*», aux dires de l'arrêt, c'est que le juge *sur la base des constatations ainsi faites, statuera sur la compétence et, si elle est donnée, sur le fond de la prétention litigieuse elle-même*. 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.

A l'appui de cette conclusion, curieusement, aucune doctrine ni aucune jurisprudence ne sont citées. Certes, plusieurs arrêts sont mentionnés. Ils portent cependant sur d'autres questions, relatives aux situations créées par des demandeurs dont les allégués relatifs à la nature de leur prétention visent manifestement à en déguiser la véritable nature. Il est noté judicieusement que ces cas constituent des situations d'abus qui doivent être sanctionnées par un prononcé d'incompétence immédiat, faisant ainsi exception à la théorie<sup>3</sup>. En l'espèce, la Cour de justice se fait rappeler à l'ordre pour n'avoir pas observé les limites étroites de cette entorse au principe. Il lui est reproché d'avoir écarté la compétence des tribunaux genevois à travers un examen prématuré des faits doublement pertinents relatifs à la compétence des tribunaux genevois, alors que celle-ci aurait dû être admise sur la base des simples allégations des demandeurs (consid. 4.3).

Lorsque le juge en arrive à ce stade, que doit-il faire, outre de renvoyer l'examen des faits doublement pertinents au fond? D'après la jurisprudence rendue jusqu'alors, il doit constater sa compétence et, dans le contexte de la procédure au fond, privilégier un jugement au fond. Lorsque l'administration des preuves démontre qu'un fait doublement pertinent, tel qu'allégué, n'existe pas, un jugement rejetant la prétention est rendu et non une décision d'irrecevabilité faute de compétence. Lorsque l'on consulte les arrêts que le Tribunal fédéral cite à l'appui de la théorie, on lit, en effet, que le renvoi au procès au fond a pour «*justification intrinsèque de donner la priorité à l'examen au fond*»<sup>4</sup>, étant noté par ailleurs qu'une décision indépendante sur la compétence entre en force et ne peut plus être attaquée<sup>5</sup>. D'autres arrêts sont moins précis sur ce point, notant simplement qu'un fait doublement pertinent n'est examiné qu'une seule fois, lors de l'examen de la

---

<sup>3</sup> Cf. sur ce point, plus explicitement, ATF 136 III 486 ss, 488, consid. 4; ATF 7.3.2012, 4\_630/2011, consid. 2.2, non reproduit *in* ATF 138 III 166 ss.

<sup>4</sup> «*Darin liegt die innere Rechtfertigung des Vorrangs der materiellen Prüfung*» (ATF 122 III 249 ss, 252, consid. 3, b/bb, *in fine*, SJ 1997 p. 59).

<sup>5</sup> ATF 122 III 253, consid. b/cc.

prétention litigieuse<sup>6</sup>. Il y est ajouté parfois que cela protège la partie défenderesse, étant donné que celle-ci pourra alors, si le fait doublement pertinent n'a pas été prouvé, opposer la *res judicata* lorsqu'une seconde action identique est intentée à un autre for<sup>7</sup>. Afin de réaliser cet avantage, le jugement ainsi rendu doit porter sur le fond et non sur la compétence, celle-ci ayant été admise auparavant, sur la base de la simple allégation des faits doublement pertinents<sup>8</sup>. Dans la même logique, un autre arrêt constate que les faits doublement pertinents qui seront prouvés seront importants pour la décision sur le bien-fondé de la demande, mais non pour la compétence du tribunal saisi<sup>9</sup>. Cela signifie nécessairement que le juge ainsi saisi au fond ne statuera que sur le fond et point sur sa compétence. En effet, lit-on dans la jurisprudence, «si les faits doublement pertinents — présumés réalisés pour l'examen de la compétence — s'avèrent en fin de compte inexistantes, la décision sera alors le rejet des prétentions matérielles, et non pas simplement l'irrecevabilité»<sup>10</sup>.

Il résulte de cette lecture de la jurisprudence que l'idée émise dans le récent arrêt fédéral d'en référer à la procédure au fond pour permettre au juge de constater son incompétence après coup — alors que sa compétence a déjà été constatée sur la base de faits doublement pertinents examinés préliminairement — est nouvelle. Que faut-il en penser, sans aborder le véritable fondement de la théorie, largement contestée et qualifiée de «méthodiquement impropre» par le Tribunal fédéral lui-même<sup>11</sup>?

D'un point de vue abstrait, la suggestion ne manque pas de bon sens: si le juge du fond, enfin saisi de l'examen d'un fait doublement pertinent, constate que ce fait n'est pas prouvé et n'existe pas, pourquoi

<sup>6</sup> Ainsi ATF 133 III 295 ss, 298 s., consid. 6.2, SJ 2007 I p. 513; ATF 129 III 80 ss, 85, consid. 2.2 in fine; ATF 11.3.2011, 4A\_31/2011, consid. 2; ATF 15.7.2014, 4A\_113/2014, consid. 2.3, non reproduit in ATF 140 III 418 ss. On ne brosera pas ici un inventaire des nombreux arrêts dans lesquels la théorie a été mentionnée et aurait dû s'appliquer mais ne l'a pas été. On se bornera de citer ce dernier arrêt comme exemple, examinant longuement la notion de lieu d'exécution, à l'aide d'une analyse des divers contrats en jeu, et montrant ainsi que, manifestement, la détermination du lieu de livraison des prestations litigieuses était étroitement liée au fond, les faits examinés étant donc doublement pertinents. Cf., de manière similaire, ATF 26.8.2014, 4A\_87/2014, la théorie n'y étant cependant pas mentionnée. Ces deux arrêts s'opposent diamétralement à l'arrêt ici discuté, qui renvoie la détermination du lieu de l'acte illicite à la procédure au fond (consid. 4).

<sup>7</sup> ATF 134 III 27 ss, 34, consid. 6.2.1; ATF 131 III 153 ss, 157, consid. 5.1.

<sup>8</sup> ATF 131 III 153 ss, 157, consid. 5.1.

<sup>9</sup> «Bei doppelrelevanten Tatsachen ist der tatsächlich bewiesene Sachverhalt für den Entscheid über die materielle Begründetheit der Klage, nicht aber für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts erheblich». ATF 137 III 32 ss, 35, consid. 2.4.1; de même ATF 5.12.2011, 4A\_407/2011, consid. 2.1.

<sup>10</sup> Tribunal cantonal du Valais, arrêt du 10 mars 2014, RVJ 2014 p. 231, citant YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne 2001, n. 36 ad art. 34 LFors.

<sup>11</sup> ATF 122 III 249 ss, 252, consid. 3, b/aa.

ne pourrait-il pas retourner à la case de départ et constater son incompétence? Si l'on voulait se sentir favorable à cette réflexion, on devrait cependant également se poser une autre question, parallèle: s'il en était ainsi, pourquoi le juge ne pourrait-il pas examiner le fait doublement pertinent d'emblée et, au cas où il est vérifié et la compétence affirmée, en admettre l'existence lorsque le procès portera sur le fond? Le défaut de la théorie, dans sa version originaire, consiste en effet à autoriser le juge à constater sa compétence sans en vérifier toutes les conditions, et à renvoyer l'examen des faits doublement pertinents à la procédure au fond, sans tenir compte de l'incidence des mêmes faits sur l'application des règles de compétence. Pour corriger ce défaut, on a proposé que le juge confronté à des faits doublement pertinents choisit entre deux options: soit, il procède directement au fond sans rendre une décision incidente sur sa compétence, soit il rend une telle décision, mais alors après avoir examiné toutes les conditions, y compris lesdits faits<sup>12</sup>. Le Tribunal fédéral, sans s'en expliquer, vient de choisir la première option, sans envisager la seconde, qui aurait fait fi de la théorie. Il n'y a pas de troisième voie, consistant à rendre tout d'abord une décision incidente constatant une compétence fondée sur des faits doublement pertinents simplement allégués, puis, au stade de la procédure au fond, d'y revenir et de décliner la compétence au motif que l'examen complet desdits faits a montré que ceux-ci n'existaient pas. Car une fois la compétence constatée avec force, la décision y relative est définitive et ne peut être renversée à la suite d'un nouvel examen des conditions pertinentes.

D'après cette nouvelle jurisprudence, le juge du fond, après avoir examiné les moyens de preuve relatifs aux faits doublement pertinents, «statuera sur sa compétence». S'il doit pouvoir faire cela, on doit supposer nécessairement qu'au stade préalable, lorsque des conditions de recevabilité sont examinées et les faits doublement pertinents simplement présumés, le juge ne rend aucune décision affirmant sa compétence, étant donné qu'une fois devenue définitive, elle ne pourra plus être corrigée dans le contexte de la procédure au fond. C'est pour cette raison que la Cour de justice ne reçoit pas du Tribunal fédéral l'ordre de constater la compétence des tribunaux genevois (les faits doublement pertinents ayant été correctement allégués)<sup>13</sup>. Au contraire, la cause lui est renvoyée «pour suite de la procédure» (dispositif, n° 1), celle-ci consistant, par rapport aux faits doublement pertinents, en «l'administration des preuves — quant à la compétence — dans la phase du procès sur le fond» (consid. 4.6). Si la preuve échoue, c'est donc une décision

---

<sup>12</sup> HOFFMANN-NOWOTNY, *op. cit.*, n° 372-378, 420, 559.

<sup>13</sup> Dans une telle situation, on a aussi vu le Tribunal fédéral prononcer lui-même la compétence et renvoyer la cause à l'autorité précédente (ATF 7.3.2012, 4A\_630/2011, dispositif n° 1).

d'incompétence qui sera rendue et non un jugement sur le fond, constatant que le défendeur n'a pas d'obligation envers le demandeur.

On ajoutera qu'en lisant une analyse jurisprudentielle présentée avec autant d'assurance, on est étonné que le Tribunal fédéral ignore l'intrusion de la question de la loi applicable. En effet, pour savoir quel est le lieu de la commission de l'acte illicite, question renvoyée par le biais de ladite théorie «au fond», n'aurait-il pas fallu connaître la loi régissant ce fond? En l'espèce, toutes les parties étaient domiciliées à l'étranger (dans des Etats non-Lugano). Les demandeurs sont les héritiers du lésé dont on sait uniquement qu'il était décédé aux Etats-Unis en 1986. Apparemment, puisque le litige a trait au règlement anticipé d'une succession ouverte ultérieurement, les faits litigieux se sont produits à la même époque, antérieure à l'entrée en vigueur de la LDIP. Il conviendrait de se demander tout d'abord s'il n'y a pas lieu de résoudre une question de qualification, étant donné que malgré la nature délictuelle de l'action telle que présentée par les demandeurs, il n'est pas impossible qu'il existe un volet contractuel ou précontractuel, étant donné qu'il est allégué que les fonds disputés ainsi que l'enveloppe contenant les actions ont été reçus par la succursale de la banque avec laquelle un contrat a été conclu en 2000, prévoyant le transfert d'avoirs dans lesquels lesdits fonds n'ont pas été comptabilisés alors qu'ils auraient dû l'être. Quoi qu'il en soit et au regard d'un état de fait incomplet pour en juger réellement, il est assez probable que ce litige soit régi au fond par le droit étranger, soit du lieu du résultat des agissements illicites (art. 134 al. 2 LDIP) ou du lieu du domicile du mandataire ou de la banque (art. 117 LDIP). Le seul point qui intéresse la présente discussion est celui qui ramène vers la théorie des faits doublement pertinents. En effet, dès lors que le litige au fond est régi par une loi étrangère, il n'est pas correct de présumer simplement que le critère déterminant la compétence suisse soit le même que celui se dégageant de la loi étrangère applicable. Or, ladite théorie est fondée sur le postulat que les faits déterminant tant la compétence que le fond sont pertinents les deux, ce qui n'est acquis d'emblée que dans l'hypothèse où la loi applicable est la même. Dès lors, pourquoi renvoyer une question de compétence à la procédure au fond si, par hypothèse, le critère décisif pour la trancher n'est pas pertinent pour juger du fond? La question n'a pas été posée.

Il est peut-être trop tôt pour mesurer toutes les conséquences du renversement de la théorie des faits doublement pertinents qui vient d'être opéré. Ce que l'on sait déjà, c'est que cette théorie est devenue méconnaissable, étant donné qu'avec les nouvelles instructions du Tribunal fédéral, elle doit s'appliquer sans atteindre son but, qui est de favoriser un jugement au fond plutôt qu'une décision acceptant le déclinatoire de compétence. Ce qui apparaît certain, de surcroît, c'est que le juge devant lequel sont invoqués des faits doublement pertinents

ne rendra plus de décision incidente constatant sa compétence, étant donné qu'une telle décision rendrait impossible une nouvelle décision sur la compétence dans le cadre de la procédure au fond, telle qu'elle doit être possible de l'avis du Tribunal fédéral, et ceci «évidemment». Les procédures au fond que la théorie entend privilégier porteront donc avant tout sur la question de la compétence, toujours dans la mesure où celle-ci dépend de faits doublement pertinents. Les tribunaux vont devoir adapter leur procédure au fond en conséquence et, afin d'éviter des longueurs inutiles, diviser l'administration des preuves de manière à ce que la preuve des faits doublement pertinents soit placée dans une première période, le reste du fond du litige n'étant examiné qu'une fois la compétence confirmée. Il s'agira donc d'une procédure faussement appelée «au fond», étant donné que son objectif principal vise l'examen de la compétence. En fait, cette phase du procès ressemble à s'y méprendre à une procédure préalable sur l'exception de compétence. C'est précisément ce que la théorie ne voulait pas.

### III. UN ARRÊT QUI EFFACE LA THÉORIE

Le défi de nouvelles complications de procédure est lancé, bien inutilement<sup>14</sup>. Pour le Tribunal fédéral, il vaudrait mieux constater que l'on s'est fourvoyé et, afin que cela ne se reproduise plus, abandonner une théorie dont on n'avait pas besoin auparavant pendant une bonne centaine d'années<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Un premier écart s'est déjà manifesté dans l'ATF 18.2.2015, 8C\_227/2014, consid. 2.1, qui applique la théorie aux conditions de recevabilité du recours en matière de droit public (suivant d'autres arrêts cités), sans se demander si l'objectif visé, consistant à faire profiter le défendeur d'un jugement au fond, présente un lien quelconque avec l'aboutissement d'un tel recours. Si le Tribunal fédéral de Lucerne avait remarqué le présent arrêt, qu'il ne cite pas, il n'aurait pas dû conclure — «évidemment» — au rejet du recours quant au fond, mais à son irrecevabilité, rendant du même coup recevable le recours constitutionnel subsidiaire.

<sup>15</sup> Cf., ainsi, l'ATF 91 I 121 ss, 122, constatant que des faits invoqués par le défendeur pour contester la compétence peuvent être pris en considération lorsqu'ils sont connus du juge et des parties, non contestés et ressortissant du dossier (arrêt cité dans l'ATF 119 II 66 ss, 68, expliquant que dans ce précédent arrêt, le tribunal s'était judicieusement fondé sur la situation au fond pour juger de sa compétence). Dans un arrêt plus récent, adoptant la théorie des faits doublement pertinent, le même arrêt est cité à l'appui de la possibilité d'une dérogation lorsque la thèse du demandeur se trouve réfutée immédiatement et sans équivoque (ATF 136 III 486 ss, 488). L'arrêt du 10 décembre 2014 rappelle que, sous l'emprise de ladite théorie, de telles situations sont réduites à des hypothèses d'abus de droit (consid. 4.2), restriction non retenue dans les deux premiers arrêts qui en faisaient simplement des exceptions par rapport au principe que les faits déterminants la compétence s'établissent sur la base de la demande, sans que l'on ait besoin d'une théorie pour ce faire. On citera encore, parmi les nombreux arrêts qui ignorent la théorie alors qu'elle aurait dû s'appliquer, l'ATF 7.7.2008, 5A\_230/2007, constatant que, pour vérifier un for successoral, «sont déterminants les motifs sur lesquels se fonde la demande et sur lesquels s'appuie le défendeur pour y résister, à savoir les titres juridiques invoqués» (consid. 4.1, citant des arrêts antérieurs à l'adoption de la théorie).

Peut-être, pour ce faire, les Juges fédéraux se souviendront que l'article premier, alinéa 3, du Code civil — article fondamental du droit suisse — explique que le juge suisse «s'inspire des solutions consacrées par la doctrine» qui souligne en règle générale la complexité et les défauts d'une théorie que le Tribunal fédéral avait importé du droit allemand.

La même disposition indique que le juge suisse s'inspire également de la «jurisprudence». En l'occurrence, on pourrait penser que cela ne mène à rien, étant donné que le Tribunal fédéral est incité à revoir sa propre jurisprudence. Or, cette vision est trop courte, car, paradoxalement dans les temps qui courent, il subsiste le regard du «juge étranger».

La jurisprudence à observer est en effet celle de la Cour de justice de l'Union européenne qui exerce une influence déterminante sur l'interprétation suisse de la Convention de Lugano. Jusqu'à récemment, le Tribunal fédéral n'y voyait pas l'intérêt, constatant que la théorie des faits doublement pertinents était applicable également par rapport aux règles de compétence de la Convention, étant noté toutefois que cela ne devait pas porter atteinte à l'efficacité pratique de celle-ci<sup>16</sup>. Il est vrai que cet instrument ne prescrit pas aux juridictions des Etats parties la manière suivant laquelle elles doivent examiner les conditions afférentes aux différentes règles de compétence. En revanche, il exige bien évidemment, sans le dire en autant de mots, que ces règles doivent être respectées. La théorie des faits doublement pertinents déroge à ce principe, puisqu'elle soutient qu'en présence de tels faits, le juge ne doit pas examiner sa compétence au-delà des allégations du demandeur, mais qu'il doit statuer au fond alors même que, ce faisant, il parviendra à constater l'inexistence d'un fait doublement pertinent et donc, implicitement, sa propre incompétence. Or, ce jugement au fond est rendu, dans ses propres termes, à un for non reconnu selon la Convention.

Curieusement, sur ce dernier point, l'arrêt rendu le 10 décembre 2014 s'aligne mieux que la précédente jurisprudence sur la Convention de Lugano. Car s'il était exact que le juge confronté à des faits doublement pertinents statuera sur sa compétence lorsque la procédure portera également sur le fond, il n'aurait pas rendu précédemment une décision affirmant sa compétence sur la base d'une présomption d'exactitude attachée aux faits tels qu'allégués par le demandeur. Cela serait cohérent, mais cela ne correspond pas à ladite théorie qui exige qu'une telle décision soit rendue en ces termes. Il faudra choisir: soit on persiste à appliquer cette théorie, soit on respecte les règles de compétence telles qu'elles sont.

---

<sup>16</sup> ATF 134 III 27 ss, 34.

Le Tribunal fédéral sera assisté dans sa réflexion par la Cour de justice de l'Union européenne qui vient de constater dans un arrêt du 28 janvier 2015<sup>17</sup> 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» (n° 64 s.). Ainsi, s'agissant du for contractuel, «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). Il peut aussi, le cas échéant, «considérer comme établies, aux seules fins de vérifier sa compétence [...], les allégations pertinentes du demandeur quant aux conditions de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle» (n° 62). Ce faisant, la Cour se borne à indiquer un standard minimum. Elle n'exige pas que le juge saisi de l'exception de compétence doive procéder à un «examen de l'affaire au fond» (n° 61) ou à une «administration détaillée de la preuve» (n° 65). Elle ne l'empêche non plus de s'en remettre aux allégations du demandeur, en précisant cependant que celles-ci doivent lui paraître «concluantes» ou «pertinentes». Et surtout, elle demande au juge d'examiner les «contestations émises par le défendeur», ce qui est proscrit par la théorie des faits doublement pertinents. Cette jurisprudence européenne rend cette théorie inopérante dans le contexte de la Convention de Lugano. Autant s'en inspirer avant d'être rappelé à le faire.

---

<sup>17</sup> C-375/13, KOLASSA, n° 58-65.

**TABLE DES MATIÈRES**

|      |  |    |
|------|--|----|
| I.   | UN ARRÊT DE PRINCIPE .....             | 67 |
| II.  | UN ARRÊT QUI RENVERSE LA THÉORIE ..... | 69 |
| III. | UN ARRÊT QUI EFFACE LA THÉORIE .....   | 74 |

---