

82.072

**Message
concernant une loi fédérale sur le droit international privé
(loi de DIP)**

du 10 novembre 1982

Madame et Monsieur les Présidents, Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons, par le présent message, un projet de loi fédérale sur le droit international privé.

Nous vous proposons en outre de classer l'intervention parlementaire suivante:
1972 P 11 094 Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis
ou en séjour (N 27. 9. 1982, Egli/von Arx)

Veillez agréer, Madame et Monsieur les Présidents, Mesdames et Messieurs,
les assurances de notre haute considération.

10 novembre 1982

Au nom du Conseil fédéral suisse:
Le président de la Confédération, Honegger
Le chancelier de la Confédération, Buser



Vue d'ensemble

En vertu des lois et des arrêtés fédéraux suivants, le Conseil fédéral est tenu de faire rapport à l'Assemblée fédérale, deux fois par an, sur les mesures touchant le tarif des douanes prises dans l'exercice des compétences qui lui sont conférées:

- loi sur le tarif des douanes (art. 4, 6, 7, 8 et 9; RS 632.10),
- arrêté sur les préférences tarifaires (art. 4; RS 632.91),
- loi fédérale sur l'importation et l'exportation de produits agricoles transformés (art. 1^{er}; RS 632.111.72).

L'Assemblée fédérale statue alors sur le maintien de ces mesures.

Les trois rapports semestriels sont chaque fois réunis en un seul.

Nous vous présentons ci-après les mesures tarifaires adoptées au cours du deuxième semestre 1982. Il s'agit en premier lieu de l'augmentation temporaire des taux du droit de douane sur les raisins de table, décidée en vertu de la loi sur le tarif des douanes (RS 632.10). La prorogation de l'ordonnance sur l'importation et l'exportation de barres d'armature (RS 632.117.32), qui se fonde à la fois sur l'arrêté fédéral sur les mesures économiques extérieures (RS 946.201) et sur la loi sur le tarif des douanes (RS 632.10), fait l'objet, comme l'année passée (cf. 34^e rapport [FF 1982 I 482]), d'un compte rendu succinct dans notre 20^e rapport sur la politique économique extérieure.

La deuxième partie traite des mesures prises en faveur des pays en développement conformément à l'arrêté concernant les préférences tarifaires (RS 632.91), à savoir

- l'adaptation des règles d'origine, au respect desquelles est subordonné l'octroi de préférences tarifaires, aux derniers développements en la matière sur le plan international,
- l'adaptation des préférences tarifaires, fixées en pourcentages des taux normaux, à l'abaissement de ceux-ci dans le cadre du démantèlement tarifaire général convenu lors du Tokyo-Round du GATT, jusqu'à et y compris la quatrième étape, et
- l'assimilation de Hongkong aux autres pays en développement pour les parapluies et les piles sèches.

Errata

**Message du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale
sur le droit international privé (loi de DIP)**

(FF 1983 I 255)

Vue d'ensemble (FF 1983 I 256)

Cette vue d'ensemble publiée par erreur doit être remplacée par le texte figurant au verso du présent feuillet.

Vue d'ensemble

La législation suisse en matière de droit international privé (DIP) est à plusieurs égards inadaptée aux exigences actuelles. A l'exception des traités internationaux et de quelques dispositions dispersées dans diverses lois, le droit international privé suisse se fonde principalement aujourd'hui encore sur la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC). A part cela, la jurisprudence du Tribunal fédéral constitue une source importante du DIP, surtout dans le domaine du droit des obligations.

L'inadaptation de la LRDC s'est bien vite révélée à travers ses lacunes provenant du fait qu'elle n'a été conçue qu'accessoirement comme une loi de DIP et qu'elle remonte à une époque où la législation de droit privé était du ressort des cantons et où il s'agissait de régler des conflits de lois et de juridictions intercantonaux. Sur le plan international, l'application de la LRDC est simplement analogique. Les rapports juridiques de la Suisse avec l'étranger ont constitué une des tâches majeures du législateur au cours de ces dernières années.

Le projet que nous vous soumettons constitue dès lors un des thèmes importants dans la mosaïque des rapports juridiques de notre pays avec l'étranger. Aujourd'hui, les bases légales déficientes ne répondent plus aux exigences toujours plus grandes du DIP. Etant donné que la Suisse est un petit Etat, elle a tout intérêt à garder ses frontières ouvertes aux hommes, aux biens et aux services.

Le Conseil fédéral a nommé le 18 juin 1973 une commission d'experts chargée d'élaborer un projet de loi de DIP. Après cinq années de travail, cette commission a déposé un projet de loi détaillé qui se distingue des lois traditionnelles de DIP dans la mesure où il ne se limite pas seulement aux questions de loi applicable, mais où il règle aussi les problèmes de compétence internationale et les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères en Suisse. Ces trois questions qui sont la base du droit international privé ne font pas l'objet de trois parties distinctes de la loi, mais sont posées dans chacun des domaines abordés par elle en formant ainsi la structure. Le projet contient de plus des règles de conflit en matière de droit civil et de droit des obligations, des dispositions en matière de faillite et de concordat international ainsi que des règles sur l'arbitrage international. Enfin, il prévoit un élargissement du pouvoir de cognition du Tribunal fédéral en matière de recours en réforme, en donnant compétence à la Haute Cour d'examiner l'application correcte du droit étranger.

Message

1 Partie générale

11 Situation initiale

111 Aperçu de la situation juridique actuelle

Le droit international privé suisse actuel n'est codifié que partiellement et de façon très lacunaire. En outre, diverses dispositions du DIP sont éparpillées dans différents domaines du droit suisse, si bien que même les initiés ont souvent beaucoup de peine à les trouver.

Le droit international privé suisse, souvent désigné aussi comme règles de conflits, est régi, en plus des traités internationaux et des dispositions éparses susmentionnées, par la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC; RS 211.435.1).

En particulier, la situation du droit de la procédure civile internationale est des plus confuses, car les législations fédérales et cantonales sont à ce point imbriquées que, selon les circonstances de telle ou telle espèce, il n'est pas facile de les départir. C'est le cas, par exemple, en matière de compétence internationale. En matière de droit des personnes, de la famille et des successions, c'est surtout la LRDC et subsidiairement le code civil suisse (CC) qui règlent le problème, alors qu'en matière de droit des obligations et de droit commercial, la réglementation repose pour une part, sur des lois fédérales spéciales et, pour une autre, sur les codes de procédure civile des cantons. Il en va de même en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution en Suisse des décisions étrangères. Lorsqu'il s'agit de l'exécution forcée portant sur le paiement d'une somme d'argent ou la prestation de sûretés, c'est la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1) qui fixe les conditions d'exécution. Lorsque la décision civile étrangère porte sur d'autres obligations, l'exécution est régie par les lois cantonales de procédure civile.

111.1 La loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civils des citoyens établis ou en séjour

Dès son origine, la LRDC n'a été que subsidiairement une loi de droit international privé et de procédure civile internationale. Elle a en effet été promulguée à l'époque où le droit privé était en grande partie l'affaire des cantons et où surgissaient alors de nombreux conflits entre les lois cantonales (cf. FF 1904 IV 6 ss; E. Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, vol. I à IV, Bâle 1886, 1888, 1889 et 1893). A la fin du siècle dernier, ces conflits sont apparus tellement choquants que le rapporteur de langue allemande à la journée suisse des juristes de 1884 a déclaré que les incertitudes et malentendus qui règnent en ce domaine laissent entrevoir un avenir inquiétant pour un très grand nombre de nos concitoyens (cf. RDS 1884, p. 684).

La LRDC consistait à l'origine, dans une loi d'application des articles 46, 1^{er}

alinéa, et 47 cst. (RS 101), destinée à régler les conflits de droit privé entre les cantons. Sur les 40 articles qu'elle comptait alors, 30 régissaient les conflits de lois intercantonaux, 4 les rapports de droit civil des Suisses établis à l'étranger et un seul les rapports de droit civil des étrangers en Suisse (art. 32 LRDC). Quant aux rapports de droit civil des étrangers à l'étranger, ils ne sont absolument pas abordés par la LRDC.

En outre, cette loi se limite à certains aspects du droit des personnes, de la famille ou des successions. Dans le domaine du droit des personnes, il n'y a d'ailleurs que certaines questions qui sont réglées en matière de capacité civile; le droit de la famille ne comportait même initialement aucune disposition sur le droit du mariage. Celles-ci n'ont été introduites qu'à l'occasion de la codification du droit privé suisse, le 10 décembre 1907; il s'agit des articles 7a à 7i LRDC qui sont en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1912. En revanche, ni les droits réels, ni le droit des obligations sur le plan du droit international privé n'ont été codifiés. Quant aux questions générales du droit international privé, telles la qualification, la question préalable, le renvoi ou l'ordre public, aucune d'elles n'a été réglée. La LRDC ne contient pas non plus de dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires ou des actes publics étrangers. Enfin, dans les domaines qu'elle régit, la LRDC règle tout à la fois le droit applicable et la compétence.

Dès lors qu'elle constitue une réglementation des conflits de lois et de juridictions intercantonaux, la LRDC pouvait se passer de prévoir une réglementation uniforme de la reconnaissance et de l'exécution des décisions judiciaires, assurées qu'elles étaient déjà par l'article 61 cst. et par la LP. Pour le droit des personnes, on pouvait se contenter de dispositions complémentaires, dès lors que l'unité sur le plan fédéral était essentiellement assurée par la loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile¹⁾. Il en va de même en ce qui concerne le droit matrimonial en raison de la loi fédérale du 24 décembre 1874 concernant l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage²⁾. Quant aux droits réels et au droit des obligations, le code fédéral du 14 juin 1881 des obligations règle la matière de façon uniforme.

Le 1^{er} janvier 1912, lorsque le CC est entré en vigueur, la LRDC a perdu sa fonction première. Depuis lors, elle s'applique par analogie aux conflits de lois et de juridictions internationaux (art. 32 LRDC; art. 59; 1^{er} al., et art. 60, 1^{er} al., Tit. fin.). Cette transposition de son rôle, du plan intercantonal au plan international a révélé les nombreuses lacunes de la LRDC. Au moment où le droit privé suisse fut codifié, nombreux furent ceux qui soulignèrent la nécessité de réglementer également le DIP. Mais la volonté politique de le faire ne s'affirmait pas assez, du moment que des divergences régnaient alors entre les spécialistes du droit international privé (cf. RSJ 1927, p. 235). On se contenta alors d'apporter quelques adaptations et quelques compléments à l'article 59 du titre final; on biffa notamment les articles 3 et 5 relatifs au domicile, on

¹⁾ L'article 10, 2^e et 3^e alinéas, sont encore en vigueur. Toutefois cette loi ne figure plus dans le Recueil systématique du droit fédéral (cf. BG über das IPR; Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf; Etudes suisses de droit international – ESDI – vol. 13, Zurich 1979, p. 88).

²⁾ N'est plus en vigueur.

introduisit une règle concernant les personnes sans nationalité ni domicile (art. 7a LRDC), une autre sur la sécurité des transactions (art. 7b LRDC), ainsi qu'une réglementation du droit matrimonial international (art. 7c à 7i LRDC).

Il s'agit là des réformes les plus importantes de la LRDC rendues nécessaires par suite de la codification du droit privé suisse. Depuis, la LRDC a encore connu deux révisions, à l'occasion des lois fédérales du 30 juin 1972 et du 25 juin 1976 portant modification du CC¹⁾ (droit de l'adoption et de la filiation) qui introduisirent les articles 8a à 8e, modifièrent l'article 28 et supprimèrent l'article 8 LRDC. Vu les nombreuses lacunes de la LRDC, la jurisprudence a pris une importance considérable. Il en va, en droit international privé comme en droit interne: le juge doit combler les lacunes de la loi, comme s'il avait à faire acte de législateur (cf. art. 1^{er}, 2^e al., CC). Le Tribunal fédéral s'est acquitté de cette tâche de façon remarquable en matière de droit des obligations en particulier. C'est ainsi que tant la jurisprudence fédérale que la doctrine ont modelé en cette matière le droit international privé (ATF 78 II 74, 91 II 44, 102 II 146).

Mais en matière de droit de famille aussi, la jurisprudence a réalisé une œuvre remarquable en s'adaptant aux mutations profondes de la société et des conceptions de la vie sociale en général. A cet égard, il est particulièrement intéressant d'évoquer la jurisprudence fédérale en matière de paternité dite «alimentaire» (ATF 82 II 570 et 102 II 128), d'action en désaveu (cf. ASDI, 1972, p. 399 ss) ou de divorce et de remariage d'époux dont l'un est suisse et l'autre étranger (ATF 95 II 65, 97 I 389, 102 Ib 1).

111.2 Dispositions de DIP contenues dans d'autres lois suisses

A part la LRDC, le législateur a plusieurs fois introduit des règles de droit international privé dans des lois spéciales, surtout en matière de droit des obligations. Les unes traitent de la loi applicable, les autres de la compétence. Une seule, l'article 85 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR)²⁾ règle les deux questions à la fois: le premier alinéa la compétence et le 2^e alinéa, la loi applicable. Parmi les dispositions qui ne règlent que le droit applicable, on peut citer, dans le code des obligations (CO)³⁾ les articles relatifs au contrat d'agence (art. 418b, 2^e al.), au cautionnement (art. 501, 4^e al.), au droit de change (art. 1086 à 1095), au droit des chèques (art. 1138 à 1142 et 1143, 1^{er} al., ch. 21), ainsi que l'article 50, 2^e alinéa, de l'ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre du commerce (ORC)⁴⁾ sur le transfert du siège d'une personne morale.

Le CC, le CO et diverses lois fédérales contiennent également des règles sur la compétence internationale de façon expresse (art. 226f CO) ou prévoient une application analogique de la compétence interne aux cas internationaux (ex.: art. 343, 1^{er} al., 642, 3^e al., 761, 782, 3^e al. et 837, 3^e al., CO). Pour ce qui est

¹⁾ FF 1971 I 1222; RO 1972 2873; FF 1974 II 1; RO 1977 I 260 264

²⁾ RS 741.01

³⁾ RS 220

⁴⁾ RS 221.441

des lois fédérales spéciales, elles concernent surtout la propriété intellectuelle (art. 20, 2^e al., LDA¹⁾; art. 30 LMF²⁾; art. 14, 3^e al. LDM³⁾; art. 75 LBI⁴⁾), la responsabilité en matière de concurrence déloyale (art. 5 et 11 LCD)⁵⁾ et les entraves à la concurrence (art. 7 de la LF sur les cartels et organisations analogues)⁶⁾.

Il faut encore mentionner l'article 40 de la loi fédérale du 4 octobre 1963⁷⁾ sur les installations de transport par conduites de carburants liquides ou gazeux, l'article 4 de la loi fédérale du 20 décembre 1957⁸⁾ sur les chemins de fer, les articles 67 et 84, 3^e alinéa, de la loi fédérale du 21 décembre 1948⁹⁾ sur la navigation aérienne, l'article 12 du règlement de transport aérien du 3 octobre 1952¹⁰⁾ combiné avec l'article 28 de la convention du 12 octobre 1929¹¹⁾ pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international et le protocole du 28 septembre 1955¹²⁾ portant modification de ladite convention, l'article 61 de la loi fédérale du 7 octobre 1959¹³⁾ sur le registre des aéronefs et l'article 14 de la loi fédérale du 23 septembre 1953¹⁴⁾ sur la navigation maritime sous pavillon suisse.

Pour les actions relatives à l'exécution forcée, la LP prévoit la compétence des autorités du lieu de la poursuite, de la faillite ou du séquestre (art. 83, 2^e al., 86, 2^e al., 148, 1^{er} al., 250, 1^{er} al., 273, 2^e al., et 279, 2^e al., LP). Les cantons peuvent néanmoins prévoir, dans leurs codes de procédure civile, des dispositions particulières en matière de compétence pour l'action en validation de séquestre au sens de l'article 278, 1^{er} alinéa, LP (art. 23, 1^{er} al., ch. 1, LP). Sinon, c'est le for ordinaire qui joue (cf. K. Amonn, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, Bern 1980, p. 387).

Les règles de compétence de la LP sont en principe également valables dans les affaires où l'une des parties à la procédure d'exécution forcée ou de séquestre est étrangère.

Il ne faut pas oublier enfin, les diverses dispositions de droit international privé contenues dans l'ordonnance fédérale du 1^{er} juin 1953¹⁵⁾ sur l'état civil, notamment ses articles 71, 1^{er} alinéa, 73c, 1^{er} alinéa, 87, 1^{er} alinéa, 89 et 95, 1^{er} alinéa, 137 et 168 qui règlent la compétence internationale des autorités cantonales de l'état civil.

111.3 Conventions internationales

Les dispositions conventionnelles du droit international privé suisse ont pris une importance toujours plus grande depuis quelques années. Dans les rapports transfrontières de la Suisse en matière de droit privé et de procédure civile, on doit aujourd'hui tenir compte d'environ 300 traités bilatéraux et multilatéraux (cf. Table des matières du RO/RS 1981 p. 279 à 297; rapport final, p. 5 ss). Ces traités ne règlent pas seulement la compétence, le droit

1) RS 231.1

2) RS 232.11

3) RS 232.12

4) RS 232.14

5) RS 241

6) RS 251

7) RS 746.1

8) RS 742.101

9) RS 748.0

10) RS 748.411

11) RS 0.748.410 (ancien RS 13 656)

12) RS 0.748.410.1 (RO 1963 664)

13) RS 748.217.1

14) RS 747.30

15) RS 211.112.1

applicable ou la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires et des actes publics étrangers, mais affectent de plus en plus le droit matériel lui-même, la procédure, ainsi que les communications entre autorités sur le plan international.

Il y a lieu de faire une distinction entre les traités bilatéraux et les conventions multilatérales. Ces conventions bilatérales règlent rarement les problèmes de compétence ou de droit applicable. Elles régissent en premier lieu les questions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, ainsi que l'entraide judiciaire internationale.

Parmi les conventions multilatérales relatives au droit international privé, celles qui ont été conclues dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé revêtent une importance toute particulière.

Mises à part celles de La Haye, de nombreuses autres conventions multilatérales visant à l'unification du droit ont été ratifiées au cours de ces dernières années. A côté de celles qui émanent de la Société des Nations ou de l'Institut pour l'unification du droit privé (Unidroit), il existe encore bien d'autres conventions élaborées par d'autres organismes internationaux. Il s'agit notamment du Conseil de l'Europe, de la Commission internationale de l'état civil (CIEC), de l'ONU et de ses organismes spécialisés, comme la commission économique de l'ONU pour l'Europe (ONU/CEE) ou la Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI). Il convient de citer également les traités conclus dans le cadre d'organisations spécialisées, telle l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), l'Office central pour les chemins de fer internationaux (CTI), l'Association internationale des transporteurs routiers, le Comité international des transports maritimes, l'Organisation consultative pour la navigation internationale, l'Organisation internationale des transporteurs aériens (IATA) et l'Organisation internationale de l'aviation civile.

Il convient enfin de signaler que la Suisse a conclu de très nombreux accords pour faciliter l'entraide civile, en particulier avec les Etats voisins (RS 0.274); on mentionnera à cet égard les conventions de légalisations et celles relatives à la correspondance directe entre les autorités judiciaires ou administratives (cf. P. Volken, Konventionskonflikte im Internationalen Privatrecht, Zurich, 1977, p. 89 ss).

112 Lacunes de la situation juridique actuelle

En matière de relations de droit privé et de procédure civile, on doit constater que la participation à des traités internationaux est assez bonne. Mais ces traités ne simplifient toutefois que de façon limitée l'application du DIP suisse. La plupart des traités internationaux ne régissent en effet chacun qu'un domaine étroitement limité. Il s'ensuit la nécessité de créer un cadre adéquat dans lequel s'inscrit pareil système conventionnel qui soit accessible même au non spécialiste. Le projet que nous vous soumettons constitue pareil cadre. Il doit permettre d'intégrer dans un ensemble harmonieux aussi bien les conventions internationales existantes que les futures.

112.1 Nécessité d'améliorer la situation juridique actuelle

C'est l'interpénétration toujours plus grande de la Suisse dans le concert international qui rend particulièrement insatisfaisante la situation juridique actuelle. Qu'on en juge plutôt.

En 1980, les exportations suisses de marchandises et de services ont représenté quelque 62,58 milliards de francs, ce qui signifie que le tiers des revenus de notre commerce provient de l'étranger. Pour la même année, les importations de marchandises et de services se sont élevées à 68,59 milliards de francs (cf. Annuaire statistique suisse, 1981, Berne 1981, p. 346). On relèvera notamment que les rapports commerciaux entre la Suisse et les Etats du Marché Commun se sont développés de manière significative (exportation de biens vers la CEE en 1980, environ 25 milliards de francs; importations de biens de la CEE, environ 40,7 milliards; cf. Ann. stat. s. 1981, p. 190/191).

Une partie importante de notre produit extérieur provient du tourisme. Ainsi, en 1980, quelque 16,8 millions d'étrangers sont venus en Suisse totalisant plus de 75 millions de nuitées, para-hôtellerie comprise (cf. Ann. stat. s. 1981, p. 230 s.). Pour citer simplement un exemple en matière de transport, l'aéroport de Zurich a signalé pour 1981, un mouvement de 120 602 avions, charters compris, ce qui représente 8 millions de passagers en trafic international.

Dans le domaine du travail, il y avait en Suisse, à la fin août 1980, environ 706 000 étrangers (cf. Annuaire statistique suisse [Ann. stat. s.] 1981, p. 84) qui exerçaient une activité professionnelle, sur 2 352 000 travailleurs (renseignements de l'Office fédéral de la statistique).

Selon les indications du registre fédéral du commerce, il y avait, en février 1982, 645 succursales de sociétés étrangères enregistrées en Suisse.

Les investissements directs d'étrangers en Suisse se sont montés en 1980 à environ 15 milliards de francs et ceux des Suisses à l'étranger à environ 58 milliards (cf. SBG, Die Schweiz in Zahlen, éd. 1981).

En 1980, 4486 patentes de propriétaires de patentes domiciliés à l'étranger ont été enregistrées en Suisse (cf. Ann. stat. s. 1981, p. 545).

Au courant de l'année 1981, ce sont à peu près 250 procédures arbitrales où des étrangers étaient parties, qui se sont déroulées en Suisse.

Mais ce n'est pas seulement en matière commerciale que jouent les relations entre la Suisse et l'étranger. Il y avait en effet, à la fin de décembre 1981, une population étrangère en Suisse dépassant 909 000 personnes. Quant aux Suisses établis à l'étranger, à la fin de l'année 1980, leur nombre était d'environ 354 000 personnes immatriculées auprès des représentations suisses (cf. Ann. stat. s. 1981, p. 79).

Ainsi 2022 mariages d'étrangers ont été conclus en Suisse en 1980. Pour la même période, 3696 Suisses ont épousé des étrangères et 2393 Suissesses ont épousé des étrangers (cf. Ann. stat. s. 1981, p. 39).

En 1980, on compte 11 993 naissances d'étrangers en Suisse (cf. Ann. stat. s. 1981, p. 53). En 1978, on a dénombré en Suisse 1026 adoptions où l'adopté

était étranger. Enfin, en 1980, 3589 étrangers sont décédés à leur dernier domicile en Suisse.

Tous les exemples chiffrés que nous venons d'énumérer montrent à quel point la Suisse, petit pays, est imbriquée dans les relations à caractère international. Les relations transfrontières de la Suisse revêtent une importance toute différente que celles existant pour des Etats couvrant un grand marché intérieur. C'est une des raisons pour lesquelles il se justifie de codifier le DIP, ce qui permettrait de rendre nos relations avec l'étranger bien plus simples.

12 Préparation et développement de la codification

121 Tentatives successives de la codification du DIP

Les tentatives en vue de codifier le DIP suisse remontent au 19^e siècle. Dans les années 1862 à 1887 (FF 1876 IV 62, 1887 VI 630), le Conseil fédéral a présenté plusieurs projets de lois dans lesquels, essentiellement, les conflits intercantonaux tenaient la première place. Ces projets ont abouti enfin à la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC).

Une autre impulsion fut donnée à l'occasion de la création du CC. Eugen Huber estimait qu'il fallait régler le DIP dans le sens du CC, en connexité avec le droit matériel (cf. avant-projet de 1900). Les projets de Huber prévoyaient le principe de la nationalité pour les étrangers en Suisse, assorti d'une exception pour ceux d'entre eux qui y étaient assimilés et pour lesquels prévalait le droit de leur domicile suisse. Etaient considérés comme assimilés, les étrangers qui étaient domiciliés en Suisse depuis leur naissance ou qui y avaient un domicile pendant une période ininterrompue de 10 ans au moins. Ces projets se heurtèrent à une violente opposition dans les milieux intéressés si bien qu'ils furent mis entre parenthèses lors des délibérations de la commission d'experts.

Les discussions pour une réglementation légale du DIP ont repris lors de l'élaboration des dispositions d'introduction et des dispositions transitoires du CC. Elles ont abouti à un chapitre de 33 articles dans le Titre final du CC relatif à l'application du droit suisse et étranger (FF 1905 II 50). Mais ce projet n'eut pas plus de succès que le précédent. Le principe de la nationalité constituait la pierre d'achoppement sur laquelle échoua le projet. On a préféré en rester à la situation législative d'alors et se borner à apporter dans la LRDC les aménagements indispensables.

En dépit de ces judicieuses dispositions, la doctrine suisse s'est constamment interrogée sur le problème de la codification du DIP (cf. F. Meili, Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts, Zurich 1901, p. 112 ss; Rapports présentés à la journée suisse des juristes en 1925, RDS 1925, p. 220a ss, 271a ss et 337a ss; H. Fritzsche, Das Problem der Gesetzgebung über das Internationale Privatrecht der Schweiz, RDS 1927, p. 232; A.F. Schnitzer, Bedarf das schweizerische internationale Privatrecht eines neuen Gesetzes? ASDI 1955, p. 55 ss; du même auteur, dans «Ius et Lex», Festgabe zum 70.

Geburtstag von Max Gutzwiller, Bâle 1959, p. 429 ss; W. Schönenberger/P. Jäggi, Zürcher Kommentar ZGB, Teilband V 1a, Allg. Einleitung, n° 94).

122 Coup d'envoi du présent projet

Comme en 1884 pour la LRDC, il revient à la Société suisse des juristes d'avoir été à l'origine du projet de codification. Cette société a engagé la discussion lors de son assemblée annuelle de 1971, à Engelberg, sur le problème de la codification du droit international privé suisse. Les rapporteurs furent les professeurs F. Vischer et G. Brogginì. Le professeur F. Vischer s'est demandé si le moment d'une codification était venu et s'est interrogé sur la pratique d'alors des tribunaux suisses, en matière de DIP. Le professeur G. Brogginì, lui, aborda la question sous l'angle de l'histoire du droit et de la codification.

Les deux rapporteurs sont parvenus à des conclusions voisines. Ils demandaient qu'une révision complète soit entreprise dans les domaines que la LRDC réglait déjà (droit des personnes, droit de la famille, y compris le droit successoral). Ils exigeaient en outre, une réglementation sensiblement plus simple de la procédure civile internationale, en particulier une unification des règles de reconnaissance et d'exécution des jugements (cf. F. Vischer, RDS 1971, 2^e fasc., p. 68 ss).

Ils désiraient voir en outre une réglementation spécifique de la preuve et de l'application du droit étranger. Les tribunaux suisses auraient donc dû appliquer d'office le droit étranger et le Tribunal fédéral aurait eu à veiller à sa juste application.

En revanche, les rapporteurs se sont prononcés avec davantage de nuance sur le droit international des obligations et la partie générale du DIP. Les discussions d'Engelberg ont davantage porté sur la question de savoir comment codifier que sur celle de savoir s'il fallait codifier¹⁾. On a pu en tirer la conclusion que la doctrine et la jurisprudence actuelles manifestaient la volonté de renouveler le DIP suisse.

La codification démarra à la suite d'une motion (von Arx)-Egli du 1^{er} décembre 1971/7 juillet 1972. Le Conseil fédéral était invité à présenter un rapport et un projet relatif à une révision de la LRDC. Les motionnaires considéraient que le moment était venu de supprimer l'état lacunaire du droit résultant de la LRDC et de prendre les mesures nécessaires en vue de sa révision. On attendait de la révision de la LRDC non seulement qu'elle clarifie et complète les matières qui y sont actuellement réglées, mais encore qu'elle prévoie des dispositions sur le droit des personnes morales, le droit des étrangers à l'étranger, les droits réels, le droit international des obligations, ainsi qu'une partie générale du DIP; c'est donc une codification complète et relativement nouvelle eu égard à la situation actuelle que le Conseil fédéral devait préparer. Il convint d'ailleurs dans sa réponse à la motion, que la situation créée par la LRDC était insatisfaisante à plus d'un égard.

¹⁾ RDS 1971, op. cit., p. 391 à 439

Compte tenu du fait de la diversité des avis des spécialistes du droit international et des discussions qui se sont déroulées durant la Journée suisse des juristes de 1971, le Conseil fédéral a décidé de soumettre l'ensemble du problème à un examen approfondi et de charger des spécialistes de l'examiner. Aussi proposa-t-il dans cette mesure de transformer la motion en postulat; le Conseil National accepta cette proposition par décision du 27 septembre 1972 (cf. Motions et postulats des conseils législatifs 1972 p. 25; BO 1972 N IV-V p. 1556 s.).

123 Mandat et organisation de la codification

Donnant suite au postulat (von Arx)-Egli, considérant les délibérations de la Journée suisse des juristes de 1971 et se référant aux entretiens entre la *Société suisse de droit international* (SSDI) du 3 juin 1972, à Berne, le DFJP invita la SSDI à lui présenter un avant-projet de la loi suisse de DIP.

La SSDI au sein de laquelle figurent les plus éminents spécialistes du DIP suisse appartenant aux milieux scientifiques, économiques et judiciaires, créa un groupe de travail formé de membres de la société, répartis en six sous-commissions. Par décision du 18 juin 1973, le Conseil fédéral a créé une commission d'experts chargée de fournir au DFJP un avant-projet de loi accompagnée d'un rapport (FF 1973 I 1620).

La commission était formée de la façon suivante:

Direction générale

Président: M. Frank Vischer, professeur, Bâle,
 Vice-président: M. Walter Baechler, docteur en droit, Berne; dès 1979,
 M. Paul Volken, docteur en droit, Berne,
 Secrétariat: M. Paul Volken; depuis 1979, M. Werner Nussbaum, docteur en droit, Berne.

Première sous-commission (partie générale du DIP):

M. Gerardo Broggin, professeur, Sarno, (président),
 M. François Knoepfler, professeur, Neuchâtel,
 M. Andreas Bucher, docteur en droit, Genève.

Deuxième sous-commission (droit du mariage, droit de la filiation, droits réels):

M. Pierre Lalive, professeur, Genève, (président),
 M^{me} Danielle Angel, docteur en droit, Berne,
 M. Andreas Bucher, docteur en droit, Genève,
 M. Bernard Dutoit, professeur, Lausanne,
 M. Peter Max Gutzwiller, docteur en droit, avocat, Zurich,
 M^{me} Raymonde Pauli, avocate, Berne.

Troisième sous-commission (droit des personnes, régimes matrimoniaux, droit successoral):

M. Alfred E. von Overbeck, professeur, Fribourg (président),
 M. Félix Bänziger, docteur en droit, Saint-Gall,

M. Pierre-Henri Lescaze, avocat, Berne,
 M. Martin Schön, docteur en droit, avocat, Stansstad,
 M. Carsten Schulze, docteur en droit, avocat, Bâle,
 M. Jacques Thiémard, avocat, Fribourg.

Quatrième sous-commission (droit des contrats, partie générale du droit des obligations):

M. Max Keller, professeur, Zurich (président),
 M. Hugo von der Crone, docteur en droit, avocat, Zurich,
 M. Wolfgang Wendrich, licencié en droit, Berne,
 M. Arnold Schlaepfer, docteur en droit, avocat, Genève,
 M. Robert P. Umbricht, docteur en droit, avocat, Zurich.

Cinquième sous-commission (droit délictuel, droit des sociétés):

M. Anton Heini, professeur, Zurich (président),
 M. Henri Guisan, docteur en droit, Pully,
 M^{me} Verena Trutmann, docteur en droit, Bâle,
 M. Arthur Hunziker, docteur en droit, Zurich.

Sixième sous-commission (procédure civile):

M. Pierre Cavin, juge fédéral, Lausanne (président),
 M. Bernar Deschenaux, avocat, Berne,
 M. Jörg Gentinetta, docteur en droit, avocat, Zurich,
 M. Rudolph von Graffenried, docteur en droit, avocat, Berne,
 M. Theophil von Mandach, docteur en droit, avocat, Berne,
 M. Bernard Nicolier, avocat, Zurich.

La commission d'experts commença ses travaux en automne 1973. Dans une première phase (d'octobre 1973 à janvier 1975), chaque sous-commission élaborait un avant-projet dans les domaines qui lui avaient été attribués. En même temps, les présidents de sous-commissions se rencontraient régulièrement pour assurer la coordination des travaux. Au début de 1975, chaque sous-commission présenta des avant-projets partiels accompagnés de rapports.

La deuxième phase (de mars 1975 à mars 1976) débuta par une réunion d'une semaine au cours de laquelle les présidents des sous-commissions examinèrent les projets partiels. Sur cette base, elle élaborait un premier avant-projet complet du 2 mai 1975 qui fut distribué à tous les membres de la commission pour avis. Les prises de positions qui s'ensuivirent et tout particulièrement la deuxième réunion d'une semaine des présidents des sous-commissions (juillet 1975), révélèrent la nécessité de refondre plusieurs parties de l'avant-projet.

Les nouvelles propositions des présidents de sous-commissions furent une nouvelle fois mises en discussion au cours d'une troisième phase (de mars 1976 à mars 1977). Sur la base de la deuxième lecture, le président et le secrétaire élaborèrent un nouvel avant-projet interne. Après un dernier examen qui se déroula le 24 février 1978 à l'intérieur de la commission, la commission d'experts put soumettre au DFJP un projet de loi avec un rapport explicatif, le 30 juin 1978.

124 Résultats de la procédure de consultation

124.1 En général

L'avant-projet relatif à une nouvelle loi de droit international privé fut soumis à la procédure de consultation en octobre 1978. Elle recueillit plus de 70 réponses, certaines très détaillées. En outre le projet suscita de nombreuses publications et réunions, tant en Suisse qu'à l'étranger.

La consultation a suscité un vaste éventail d'opinions et de propositions au sujet de la nécessité de codifier le DIP, qui vont de l'acceptation sans réserve à une grande circonspection et même au refus pur et simple de l'entreprise.

L'âge respectable de la LRDC ainsi que les lacunes du droit actuel ont été relevés dans la majorité des réponses. Cette situation devient toujours plus insatisfaisante à mesure que l'imbrication de la Suisse sur le plan international se développe.

C'est avant tout parce que la codification du DIP offrait une plus grande sécurité juridique au justiciable et une vision plus claire au praticien – donc une certaine simplification – que la codification a été bien accueillie. Mais on a soulevé aussi le risque inhérent à pareille codification de restreindre le pouvoir d'appréciation du juge en matière de droit international privé et de supprimer la flexibilité d'interprétation nécessaire qui sied à chaque cas particulier.

L'Université de Lausanne et le Conseil d'Etat du canton de Vaud mettent en doute aussi bien l'opportunité que la nécessité d'une codification du DIP suisse. D'après eux, c'est avant tout la tâche de la jurisprudence de développer le DIP, sur la base d'une loi cadre et des traités internationaux. Ils se demandent en outre si une loi fédérale en la matière ne va pas perdre de sa signification dès lors que le nombre des traités internationaux va s'accroître.

Si d'aucuns saluent une codification exhaustive, d'autres se prononcent soit en faveur d'une réglementation cadre (ZH), soit en faveur d'une codification partielle. Par ailleurs, on relève que certains domaines du projet s'accroissent mal d'une loi de DIP. On pense surtout au droit de la faillite et de l'entraide internationale. D'autres étaient d'accord de mettre momentanément entre parenthèses le droit des obligations et le droit des sociétés. Ces domaines devraient éventuellement faire l'objet d'une codification ultérieure.

On a reproché aussi à la commission d'experts de n'avoir rien prévu pour la réglementation internationale dans des domaines importants – ex: propriété intellectuelle – et demandé de compléter l'avant-projet sur ces questions.

Quant au Vorort, il s'est prononcé pour une réglementation du DIP des plus complètes. Non seulement le Vorort, mais l'Association suisse des banquiers et le Tribunal supérieur du canton de Lucerne se sont félicités de voir que l'avant-projet de loi traitait aussi bien du droit international privé que de la procédure civile internationale, car il existe entre ces deux domaines des liens étroits.

124.2 En particulier

124.21 Constitutionnalité

Dans plusieurs réponses à la procédure de consultation, des doutes ont été émis à propos de la constitutionnalité, sur toutes les parties du projet. Ces doutes concernent surtout les domaines de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution, ainsi que de l'arbitrage international. Nous reviendrons plus tard sur ces questions.

Les critiques (en particulier, VD, Université de Lausanne, PRD, Fédération suisse des avocats) font valoir que la réglementation proposée dans ces domaines constitue une ingérence dans la compétence législative des cantons. Pour éviter que le projet ne soit anti-constitutionnel, une révision des articles 59 et 64 cst. s'imposerait.

Mais d'autres ne mettent pas en doute la légitimité de la Confédération de légiférer dans les domaines incriminés (ex.: Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel).

124.22 Systématique

La majorité des réponses à la consultation s'est montrée en principe favorable à la systématique choisie dans le projet. L'Université de Lausanne et le Canton de Vaud se sont prononcés en sens contraire.

On peut signaler que la majorité a salué l'introduction de dispositions générales. Cependant on a attiré quelquefois l'attention sur la difficulté de réaliser pareille entreprise dans une loi de DIP. La «Regionalkonferenz der Regierungen der Nordwestschweiz» propose de renoncer en tout cas à l'introduction de telles dispositions si elles doivent revêtir simplement un caractère déclaratoire. Se pose en outre la question de savoir s'il ne conviendrait pas de faire précéder chacun des domaines abordés des dispositions de principe y afférentes pour obtenir une meilleure vue d'ensemble de la matière et faciliter l'application de la loi. D'autres avis se sont prononcés en revanche pour l'élimination des principes généraux des domaines particuliers afin d'éviter les redites. Il y avait donc lieu, dans cette optique, de créer des dispositions communes (ex.: ZH).

Et puis, de divers côtés, on a même réclamé l'introduction de dispositions supplémentaires dans la partie générale. L'Université de Bâle déplore par exemple l'absence de règle sur la question préalable. L'Ecole des Hautes Etudes de Saint-Gall et l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales de Genève suggèrent de compléter les principes généraux sur le droit applicable par une règle concernant la qualification. En outre, l'Institut de Genève estime nécessaire de prévoir une disposition sur les étrangers en Suisse qui se bornerait à codifier le droit coutumier et conventionnel suisse. Enfin, le projet devrait prendre résolument en considération les droits de l'homme.

124.23 Compétence

En matière de compétence internationale un consensus général s'est dessiné en faveur du principe du domicile. Pour l'Alliance des sociétés féminines suisses,

cette tendance répond à la mobilité toujours plus grande de la société. La Confédération des syndicats chrétiens de la Suisse reconnaît au projet le mérite de prendre en considération la nécessité de protéger les étrangers en Suisse en retenant le principe du domicile. La Conférence des autorités cantonales de tutelle salue également l'introduction du principe du domicile parce qu'il rend l'application du droit plus aisée.

D'autres opinions se sont opposées au principe du domicile. Ainsi la Conférence des Autorités cantonales de surveillance de l'état civil, les Gouvernements des cantons d'Uri et de Unterwald-le-Bas. Pour eux, un changement du principe de la nationalité pour celui du domicile risque de causer des problèmes en matière de droit de nom, de mariage ou de filiation. Ils préféreraient s'en tenir, en principe, à la compétence des autorités nationales, tout en prévoyant certaines réserves en faveur de la compétence des autorités du domicile.

Le Conseil d'Etat du canton d'Unterwald-le-Haut reproche à la commission d'experts de maintenir le principe du domicile pour des raisons doctrinaires et de ne pas tenir compte suffisamment des conséquences objectives de ce choix. Quant au Conseil d'Etat du canton des Grisons, il se demande s'il est opportun de faire reculer aussi loin le principe de la nationalité au profit de celui du domicile.

L'Association suisse des officiers de l'état civil craint de voir augmenter les difficultés en substituant le principe du domicile à celui de la nationalité, dès lors que la Suisse sera de loin la seule à le faire de façon aussi étendue. Pour cette association, il y aurait lieu notamment d'examiner s'il est nécessaire d'introduire le principe du domicile en matière de droit des personnes et de la famille. La pratique montrera que cette modification sera la source de difficultés continues dans ces domaines. La Conférence des autorités cantonales de surveillance de l'état civil partage cet avis. Elle doute en tout cas que l'abandon du principe national en matière de droit des enfants soit juste.

Quelques avis ont été émis au sujet du rapport existant entre le domicile et la résidence habituelle.

Le Conseil d'Etat du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures est sceptique à propos de la hiérarchie existant entre la compétence du domicile et celle de la résidence habituelle. Le Conseil d'Etat du canton de Zurich souligne que le rapport entre domicile et résidence habituelle n'est pas clair et que les deux concepts sont difficiles à distinguer l'un de l'autre. C'est également l'avis du Conseil d'Etat du canton de Genève. La «Regionalkonferenz der Regierungen der Nordwestschweiz» salue la réglementation de la compétence internationale, mais se prononce en faveur de la suppression de l'alternative entre le domicile et la résidence habituelle.

A plusieurs reprises, c'est la question de la constitutionnalité de la réglementation de la compétence qui a été posée. Le Conseil d'Etat du canton de Vaud et l'Université de Lausanne estiment que le principe du domicile consacré dans le projet déroge à la constitution fédérale, dans la mesure où l'article 59 est, n'a en aucune façon créé de compétence fédérale en matière internationale. Il serait dès lors inacceptable de régler la compétence internationale en dépit de la

souveraineté cantonale. Le PRD prétend que la constitution fédérale est violée par les quelques dispositions sur la compétence.

Le droit international privé appartient aux «autres matières du droit civil» dans lesquelles la Confédération a le droit de légiférer (art. 64, 2^e al., cst.); de l'avis de la Fédération suisse des avocats, la Confédération a donc la légitimation pour promulguer des règles de compétence nécessaires à l'application du DIP. En revanche, la réglementation de la prorogation de for n'était pas nécessaire et les dispositions du projet s'y rapportant étaient donc anticonstitutionnelles.

D'autres problèmes de compétence ont encore été soulevés.

Ainsi, l'Association des notaires bernois trouve un avantage à étendre la réglementation de la compétence, mais l'Association suisse des banquiers estime qu'elle se fait au détriment de la sécurité du droit.

Quant au Vorort, il met en doute l'opportunité de créer un for de nécessité parce qu'il craint pour la réputation, qu'en raison de leur surcharge, les tribunaux suisses vont avoir à l'étranger.

Pour l'Association des avocats lucernois, l'accroissement du nombre des fors dans certains domaines (ex. : droit du divorce) peut être la source de conflits de compétences internationales.

L'Université de Genève fait remarquer que, sur le plan de la procédure civile, le projet ne règle pas suffisamment les problèmes de compétence, notamment en matière de connexité entre plusieurs actions ou d'intervention. Pour sa part, l'Université de Bâle craint que le maintien du *forum arresti* et des divergences qui s'ensuivent d'avec la Convention du Marché Commun de 1968 sur la compétence et l'exequatur, ne crée des difficultés dans la pratique, compte tenu également de la garantie du juge du domicile consacrée par l'article 59 cst.

L'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales de Genève regrette que le projet n'ait pas prévu une disposition sur l'immunité des nombreuses organisations internationales (et de leurs agents), attendu que nombre d'entre elles ont leur siège en Suisse. On devrait en particulier introduire une disposition adéquate dans la deuxième section de la première partie.

124.24 Renvoi

La suppression du principe du *renvoi* ne répond pas à un véritable besoin pour l'Université de Genève. Le projet en donne lui-même la preuve en prévoyant le renvoi à certains endroits. On ne devrait pas prévoir une disposition formulée de façon aussi absolue (il s'agissait alors de l'art. 13) sur la portée des règles de conflits de lois.

L'Université de Bâle aussi souligne qu'il ne faudrait pas, à l'occasion de la codification du DIP, exclure dès l'abord le renvoi aux règles du DIP étranger. Quant à l'Ecole de Hautes Etudes de Saint-Gall, elle rappelle que l'Italie et le Brésil notamment interdisent une référence aux règles de conflits étrangères et elle souscrit, bien qu'en émettant quelques réserves tenant à la sécurité du droit, à l'interdiction du renvoi que le projet envisage.

L'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales de Genève ajoute qu'en écartant le renvoi, on ne tient pas compte des règles que le droit matériel suisse connaît déjà en la matière. La rigidité avec laquelle le renvoi est exclu contredit l'esprit du projet qui vise à favoriser l'harmonie des décisions. L'aversion contre le renvoi repose plutôt sur des constructions intellectuelles que sur la réalité.

D'autres spécialistes ne voient pas non plus d'un très bon œil l'exclusion du renvoi. Dans les milieux du barreau, on estime même qu'en acceptant le renvoi, non seulement on raccourcit la durée des procès, mais qu'on en diminue les frais.

124.25 Clause d'exception

Les avis concernant cette clause dite «échappatoire» ont suscité des réactions divergentes. Alors que les Universités de Bâle et de Genève, l'Ecole des Hautes Etudes de Saint-Gall et l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales et quelques gouvernements cantonaux se sont félicités de cette clause, le Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel, le PRD, l'Association suisse des banquiers et quelques spécialistes ont émis des réserves à son sujet. Le Conseil d'Etat du canton de Schaffhouse craint des difficultés pour les juges et les administrations lorsqu'il s'agira d'appliquer cette clause.

L'Université de Lausanne se demande si cette disposition n'est pas en contradiction avec les principes mêmes de la codification. Le PSS craint que l'introduction de la clause échappatoire ne relativise l'ensemble de la loi et le Parti libéral suisse redoute que la clause ne détruise en définitive la sécurité juridique. Pour l'Association suisse des banquiers, cela se manifeste surtout en matière d'élection de droit. L'Union centrale des associations patronales suisses voit dans la clause échappatoire le danger que l'économie d'exportation ne freine encore davantage la conclusion de contrats avec l'étranger.

124.26 Etablissement d'office du droit étranger par le juge

Il est difficile de faire la distinction entre ceux qui sont pour ou contre *l'application d'office du droit étranger*. Seul parmi les cantons, le Valais se prononce expressément en faveur de la règle imposant au juge d'établir d'office le contenu du droit étranger. On peut d'ailleurs se demander si, en acceptant globalement le projet, on n'accepte pas du même coup la disposition qui régit cette question. Quelques gouvernements cantonaux manifestent des réticences ou soulèvent des questions techniques, comme la «Regionalkonferenz der Regierungen der Nordwestschweiz». Quant au Conseil d'Etat du canton du Tessin, il accepterait l'établissement d'office du droit étranger pour autant que le Tribunal fédéral exerce son contrôle.

Les milieux scientifiques accueillent favorablement la réglementation proposée. Toutefois, l'Institut Universitaire de Hautes Etudes de Genève signale certains dangers qu'il y a pour le Tribunal fédéral d'examiner s'il y a eu application correcte du droit étranger. L'Université de Bâle aussi, tout en admettant le

principe de l'officialité, émet des réserves précises au sujet de l'application d'office du droit étranger telle qu'elle est proposée dans le projet. Le Conseil d'Etat du canton de Vaud et l'Université de Lausanne estiment que la réglementation est inadmissible. Les avis négatifs émanent également du PRD, de l'UDC, de l'Association suisse des banquiers, du Vorort, du Luzerner Anwaltsverband et du CSC.

A cet égard le Tribunal fédéral, compte tenu de l'élargissement de son pouvoir de cognition, redoute une surcharge importante qui irait à l'encontre des efforts actuellement faits pour alléger sa tâche. Il invoque notamment sa tâche en matière constitutionnelle qui consiste avant tout à assurer l'application uniforme du droit fédéral, et non pas celle du droit étranger. La Commission d'experts pour la réorganisation de la procédure civile fédérale s'est exprimée dans un sens similaire sur cette question.

L'argument principal que l'on retrouve pour contester le principe d'officialité consiste à dire que l'on demande trop des juges laïcs et des fonctionnaires non-juristes. On craint de leur demander de s'occuper de domaines qui leur sont en général étrangers et qu'ils auraient du mal à maîtriser. C'est surtout aux juges de première instance et aux autorités administratives que l'on pense. Ces autorités ont en effet souvent à s'occuper de rapports présentant un caractère d'extranéité dans lesquels la réglementation proposée se révélera compliquée. Il leur faudrait constamment demander des renseignements juridiques et des consultations, ce qui aurait pour conséquence d'allonger la durée des procès et d'augmenter les frais de procédure.

Les opposants estiment pour la plupart que le juge devrait simplement avoir la possibilité d'appliquer le droit étranger pour autant qu'il en ait une connaissance sûre et certaine ou que les parties lui apportent la preuve du droit étranger.

124.27 Ordre public

En matière d'ordre public, les réactions à la réglementation du projet sont plutôt négatives. L'Université de Lausanne et le Conseil d'Etat du canton de Vaud rejettent la solution proposée. L'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales de Genève et l'Ecole des Hautes Etudes de Saint-Gall émettent des réserves à propos du respect de l'ordre public étranger. L'Institut de Genève voit dans la règle proposée par le projet sur l'ordre public étranger, un mélange de la doctrine française de l'ordre public «international» et la conception anglaise de «public policy». Une loi suisse de DIP n'a pas à régler l'ordre public international, mais bien l'ordre public suisse.

Pour le PSS une disposition sur l'ordre public étranger est difficilement réalisable. L'Action nationale demande que les deux dispositions sur l'ordre public soient précisées. Le «Landesring der Unabhängigen» se demande si une application uniforme du droit ne va pas souffrir du fait que l'on accorde une telle importance au respect de l'ordre public étranger; il y aurait lieu de repenser une nouvelle fois la solution proposée. Le «Landesring» craint en outre qu'en n'excluant pas carrément la prise en considération d'un droit

public étranger, on permette à une puissance étrangère d'exercer une certaine pression dans les affaires intérieures de la Suisse. Le juge suisse ne devrait pas appliquer le droit public étranger. Cet avis est partagé notamment par l'Association suisse des banquiers; pour le Parti libéral suisse, la prise en considération de l'ordre public étranger conduit à l'insécurité juridique. En revanche, pour l'Union centrale des associations patronales suisses, la formulation retenue pour l'ordre public est trop faible.

124.28 Autonomie des parties

Le rattachement de principe à l'autonomie des parties a donné lieu à peu de contestations. Ce sont les milieux économiques surtout qui ont souligné l'importance qu'elle revêt en matière de droit international privé.

L'Alliance des sociétés féminines suisses émet quelques réserves en matière de régime matrimonial estimant que le choix entre quatre droits différents va trop loin. L'élection de droit qui peut être faite simplement par écrit et en tout temps risque de rendre les rapports obscurs. Cela est d'autant plus regrettable qu'une grande partie des personnes confrontées au DIP n'ont aucune formation juridique et qu'elles ont davantage besoin d'une protection directe assurée par des règles légales que de liberté dans le choix d'une loi applicable.

124.29 Définition du domicile et de la nationalité

Plusieurs gouvernements cantonaux et partis politiques ainsi que diverses associations accueillent favorablement la réglementation proposée pour les *concepts de domicile et de nationalité*. En revanche, le Conseil d'Etat du canton de Zurich émet certaines réserves par suite du manque d'harmonie entre le droit interne et le droit international en la matière. Pour le Conseil d'Etat du canton du Tessin, les définitions différentes du concept de domicile entre le CC et le projet de loi du DIP seront la source de confusions, ce qui nuira à la sécurité du droit.

Les Universités de Bâle et de Lausanne, l'Institut Universitaires de Hautes Etudes Internationales et la Fédération suisse des avocats regrettent qu'à l'avenir on ait à travailler avec deux notions différentes du domicile. Cela constitue un pas en arrière fait au détriment de la sécurité du droit. C'est également l'avis du Parti libéral suisse.

L'Association suisse des banquiers estime que l'article sur la nationalité n'est pas clair et le Vorort le trouve formulé de façon trop succincte.

124.30 Les Suisses de l'étranger

Certaines réponses relèvent que l'octroi par la loi d'un for d'origine pour les *Suisses de l'étranger* consiste à leur accorder un avantage que rien ne justifie. L'Université de Genève estime qu'une réglementation spéciale les concernant n'est pas nécessaire et que la disposition proposée s'inspire d'un réflexe

nationaliste. Le Parti libéral suisse est aussi d'avis que la compétence spéciale octroyée pour les Suisses de l'étranger ne se justifie pas.

L'Association suisse des officiers de l'état civil propose que, dans un premier temps, les Suisses de l'étranger s'adressent au tribunal compétent de leur dernier domicile suisse et, si ce for ne peut pas être déterminé, qu'ils s'adressent alors à celui de leur lieu d'origine. Mais elle écarte un for alternatif (dernier domicile ou lieu d'origine) pour les Suisses de l'étranger, le for du lieu d'origine n'étant conçu que comme for de nécessité. Le Conseil d'Etat du canton de Zurich, la «Regionalkonferenz», la Fédération suisse des avocats, les Universités de Genève et de Lausanne proposent de supprimer l'alternative entre for du domicile et for d'origine. La «Regionalkonferenz» met de plus en doute de façon toute générale la compétence d'origine.

Le Conseil d'Etat du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures redoute en revanche qu'une discrimination ne frappe les Suisses de l'étranger et il espère que le sort de ces Suisses sera mieux pris en considération lors de l'application de la règle spéciale proposée. Le Service des Suisses de l'étranger du DFAE et le «Landesring der Unabhängigen» considèrent, eux, que la réglementation proposée pour les Suisses de l'étranger est adéquate et défendable, opinion partagée par le PSS et «Pro Familia».

124.31 Reconnaissance et exécution des décisions étrangères

Pour l'Université de Lausanne, le Conseil d'Etat du canton de Vaud, l'Union démocratique du centre et le Parti radical démocratique suisse, la réglementation proposée *pour la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères* empiète sur le domaine réservé des cantons et est donc anticonstitutionnelle. Le Conseil d'Etat du canton de Genève adopte une position semblable en proposant de distinguer surtout la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Il considère qu'en matière d'exécution, la souveraineté des cantons ne doit pas être remise en cause. La Fédération suisse des avocats propose, elle, de supprimer la disposition du projet relative à l'exécution des jugements étrangers parce qu'elle est contraire à la constitution.

L'Association suisse des banquiers relève que la réglementation proposée n'empêche pas qu'un juge soit amené à reconnaître et à exécuter une décision étrangère incompatible avec notre sentiment du droit et de l'équité, parce que le juge ne pourrait plus empêcher qu'il en soit ainsi (violation de l'ordre public mise à part). Le Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel se demande si en la matière, le projet ne se montre pas trop libéral pour une part et trop sévère pour une autre, en risquant de forcer le juge suisse, à l'avenir, à reconnaître des décisions étrangères dans une mesure qui dépasserait nos prévisions actuelles.

Le Conseil d'Etat du canton de Zurich et l'Obergericht du canton de Lucerne estiment que la réglementation proposée en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements manque à la fois de clarté et de précision. La «Regionalkonferenz» et le canton de Thurgovie craignent que ladite réglementation n'allonge la procédure et n'entraîne des frais en raison des recherches sur la procédure étrangère auxquelles devront se livrer les autorités suisses.

Tout en approuvant en principe la réglementation de la reconnaissance et de l'exécution, le Conseil d'Etat du canton d'Unterwald-le-Haut fait certaines réserves. L'Université de Genève estime qu'en la matière (en droit de la famille notamment) le projet fait preuve d'un grand libéralisme. Cela est sensible en particulier pour les jugements rendus dans l'Etat national des parties alors que les parties n'ont souvent qu'un faible lien avec cet Etat.

Pour l'Université de Bâle, il est juste d'abandonner l'exigence de la réciprocité en la matière parce qu'elle est réglée de manière fort différente par les cantons.

Quant au Conseil d'Etat du canton du Tessin, il salue la réglementation proposée qui permettra d'obtenir une réglementation uniforme en la matière pour toute la Suisse. Le PSS trouve la réglementation à la fois libérale et flexible sans que la sécurité du droit ait à en souffrir.

Une grande partie des associations interrogées acceptent également la réglementation proposée.

124.32 Remarques diverses

Le Vorort, l'Association suisse des banquiers et la Fédération suisse des avocats, considérant que l'entraide judiciaire relève du droit public, estiment que la loi de DIP ne devrait pas régler ce domaine.

On a reproché ici et là au projet d'être difficilement compréhensible pour les non spécialistes. De toute façon, une concision du projet serait nécessaire. L'Université de Genève et la Direction de recherches de Genève pensent que les nombreux renvois à la reconnaissance et à l'exécution rendent l'utilisation de la loi moins aisée.

Le Conseil d'Etat du canton de Schwyz signale une *lacune*. Ainsi, avec l'entrée en vigueur de la loi du DIP et l'abrogation de la LRDC qui s'ensuivra, il n'y aurait plus de règles de conflits intercantionales. Le projet devrait donc prévoir des dispositions à ce sujet.

Des avis autorisés proviennent de milieux qui observent ce qui se passe au-delà des frontières nationales et souhaitent que les codificateurs du DIP suisse ne négligent pas les projets existant à l'étranger. On fait allusion en particulier aux travaux législatifs accomplis au sein de la Communauté économique européenne et du Conseil de l'Europe. L'Université de Genève préférerait la création d'un réseau de conventions internationales à une législation nationale en la matière.

124.33 Evaluation générale

En général les réponses ont été, dans leur grande majorité, favorables à la codification du DIP et ont jugé que le projet constituait un bon fondement à cet égard. Il faut relever que les avis positifs proviennent des cantons confrontés souvent aux problèmes de droit international privé. Mais on a souvent souhaité plus de concision et de simplicité dans le projet.

125 Mise au point du projet sur la base de la procédure de consultation

L'Office fédéral de la justice a publié les résultats de la procédure de consultation en mai 1980. Le Conseil fédéral en a pris connaissance lors de sa séance du 25 juin 1980 et a chargé le DFJP de mettre au point le projet des experts en tenant compte des réponses recueillies et de lui soumettre un message.

La Commission d'experts a alors mis une dernière main à son projet au cours de deux lectures. A l'issue de ses travaux, elle a remis au Conseil fédéral le présent message.

13 Structure et contenu du projet

131 Aperçu

Le présent projet se distingue des lois ou projets de DIP des autres pays européens, dans la mesure où il ne se limite pas simplement aux règles de conflits de lois, mais où il aborde aussi la compétence internationale ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes publics étrangers. Les dispositions relatives à la compétence, le droit applicable, la reconnaissance et l'exécution ne font pas l'objet d'un chapitre spécial. Le projet est structuré davantage selon les domaines; c'est à l'intérieur de chacun des domaines abordés que les trois questions fondamentales, compétence, droit applicable, reconnaissance et exécution, sont réglées.

L'adoption dans le projet de règles de compétence s'impose déjà du fait que l'application du DIP suisse dépend toujours – compte tenu du renvoi au premier ou au deuxième degré d'un DIP étranger – du fait qu'une autorité suisse est compétente. Par autorité on entend aussi bien les autorités judiciaires qu'administratives.

La question du droit applicable est naturellement liée à celle de la compétence. Il en va de même pour la reconnaissance et l'exécution de décisions ou d'actes publics étrangers, qui découlent dans une large mesure du droit qui a été appliqué. On relèvera à cet égard qu'il ne s'agit pas seulement de la reconnaissance et de l'exécution de jugements étrangers, mais également de la reconnaissance d'actes publics établis à l'étranger, tels que mariages, reconnaissances d'enfants ou adoptions.

D'un point de vue suisse en tout cas, il faut reconnaître que le projet n'innove pas tout à fait quand il introduit des règles de procédure. La LRDC le fait déjà dans les domaines qu'elle traite où, à côté des règles de conflit de lois, elle régit aussi la compétence (ex: art. 2, 1^{er} al., 7g, 1^{er} al., 8a, 8d, 23 et 28 LRDC). Il y a même l'une ou l'autre règle sur la reconnaissance des jugements étrangers (art. 7f, 1^{er} al., et 7g, 3^e al., LRDC).

132 Loi cadre ou détaillée?

Les lois classiques de DIP pouvaient se contenter d'un petit nombre de principes. Elles se caractérisaient par des notions systématiques englobant un

vaste domaine, tel le statut personnel, les effets du mariage, les droits réels sur les choses. Tous ces domaines n'étaient régis chacun que par un seul rattachement.

On citera comme exemple classique de ce genre de règle, l'ancien article 8 LRDC, aujourd'hui abrogé (FF 1974 II 108).

C'est après la guerre que la doctrine a dénoncé ce type de disposition très simple qui ne tient pas compte suffisamment de la réalité. On lui reprochait surtout de vouloir englober un domaine qui semblait ne former qu'une même chose et conduire de ce fait à des résultats inadéquats. En particulier, on a mis l'accent sur la multitude de questions et de critères de rattachement à retenir et dont on ne tient pas compte (cf. F. Vischer, *Die Kritik an der herkömmlichen Methode des IPR*, Festschrift Germann, Berne 1969, p. 304 ss). La jurisprudence elle-même a été amenée à plus d'une reprise, à la limite de ce que permet l'interprétation, à créer des différenciations là où une loi comportant des règles claires aurait suffi. La jurisprudence fédérale concernant les articles 7h et 8 LRDC est un exemple du genre.

Pour que la codification amène une plus grande sécurité du droit, il est nécessaire que sa diversité tienne mieux compte de la réalité. Les nouvelles dispositions ont apporté des réponses satisfaisantes à des questions particulières typiques. Il y a lieu de créer une règle de conflit adéquate dans les situations juridiques typiques pour lesquelles un principe général ne suffit pas. Cela conduit à analyser à fond chaque cas particulier et à approfondir les analyses de droit comparé.

Le Conseil fédéral a décidé que la réglementation devrait être détaillée afin de prendre en compte au maximum les besoins exprimés par la pratique du DIP. Il a dû veiller à ce que ces règles de conflits détaillées ne viennent pas détruire les rapports internes qui existent entre des matières particulières.

Le projet propose un compromis entre la «rule-selection» et la «jurisdiction-selection» pour maintenir des rattachements appropriés.

133 La partie générale du DIP

Il est malaisé de régler la partie générale d'un code de DIP. Car on a en grande partie affaire à des questions de méthodologie qui sont appelées à être développées par la doctrine et la jurisprudence. C'est pourquoi le Conseil fédéral a réglé ces questions avec une grande circonspection. Le projet se borne d'ailleurs à l'essentiel lorsqu'il doit créer une règle sur le droit applicable. Parmi les questions générales du DIP, on peut citer celles sur le caractère obligatoire du renvoi, le renvoi lui-même, ses limites (clause échappatoire) et son contenu matériel, l'application du droit public étranger, l'ordre public, y compris celui d'un Etat étranger, l'application d'office du droit étranger et son contrôle par le Tribunal fédéral (cf. rapport final, p. 22 s.).

134 Structure et contenu

Le projet comprend douze chapitres. Le premier d'entre eux comprend toutes les dispositions générales applicables aux 11 autres. Le deuxième chapitre règle

le droit des personnes, le troisième le droit du mariage, le quatrième la filiation, le cinquième la tutelle, le sixième le droit successoral, le septième les droits réels, le huitième le droit des obligations, le neuvième le droit des sociétés. En plus des domaines du droit civil et commercial, le projet traite encore de deux domaines particuliers: la faillite et le concordat (chap. 10) et l'arbitrage international (chap. 11). Quant au douzième, il contient les dispositions finales et transitoires.

Au cours de ces dernières années, plusieurs faillites suisses avaient des ramifications internationales et il est devenu indispensable de prévoir une nouvelle réglementation du droit de la faillite internationale (DFI; ATF 102 III 71; W. Nussbaum, *Das internationale Konkursrecht der Schweiz de lege lata et ferenda*, Zurich 1980). Pareille réglementation suisse de la faillite internationale est conçue avant tout en faveur du créancier suisse du failli. Le principe aujourd'hui encore dominant de la stricte territorialité de la faillite est apparu peu à peu comme inéquitable sous cette forme (ATF 102 II 71 et 100 Ia 18). Les lignes directrices d'une nouvelle réglementation de cette matière sont doubles.

D'une part, il s'agit d'arriver à assurer au créancier du failli en quelque sorte un traitement égal lorsque la faillite a des ramifications internationales; d'autre part d'éviter de faire bon marché des intérêts dignes de protection d'un créancier suisse du failli en appliquant de manière trop rigide le principe de l'universalité de la faillite. Le but poursuivi par le droit de la faillite internationale dans le présent projet, est de permettre qu'une distribution se fasse selon le droit suisse pour les biens sis en Suisse d'un failli contre lequel une faillite a été prononcée à l'étranger. Deux principes doivent être respectés: le premier concerne le respect des intérêts des créanciers privilégiés en vertu de l'article 219 LP, le second est d'empêcher que les créanciers se livrent à un genre de spéculation au séquestre de biens du failli sis en Suisse, dès qu'ils apprennent qu'une procédure est en cours contre lui à l'étranger, procédure qui pourrait en principe avoir des répercussions en Suisse aussi. Ni la LP, ni aucune loi fédérale n'a réglé ce problème jusqu'ici et il n'est pas prévu qu'il en soit différemment à l'avenir¹⁾.

En raison des rapports très étroits existant entre la faillite internationale et le concordat international, il était nécessaire de régler en même temps celui-ci.

Il était également urgent de régler sur le plan fédéral la question de l'*arbitrage international*. La France, la Grande-Bretagne, la Suède et l'Autriche ont déjà adapté leurs législations dans ce domaine aux nécessités modernes de l'arbitrage commercial international (ex: British Arbitration Act). L'attrait exercé par ces Etats pour la procédure internationale d'arbitrage en a été accru. Du fait que l'arbitrage international a pris de plus en plus d'importance et que les entreprises multinationales sont toujours davantage parties à des litiges, ceux-ci ne sont portés qu'exceptionnellement à la connaissance des juges ordinaires (cf. P. Schlosser, *Entwicklungstendenzen in Recht und Praxis der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Karlsruhe und Heidelberg, 1976; Th.

¹⁾ Ainsi la Commission fédérale d'experts chargée de la revision de la LP n'a rien entrepris dans ce domaine (cf. Avant-projet et rapport explicatif).

Ruede/R. Hadenfelt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zurich 1980; K.H. Böckstiegel, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, vol. 1, Cologne 1979, Préface). Il en découle pour notre pays un intérêt primordial à sauvegarder sa réputation de pays d'arbitrage. Jusqu'ici, en effet, la Suisse a été choisie comme lieu privilégié pour les arbitrages internationaux parce que les parties avaient manifestement besoin de porter leur différend dans un pays neutre dont le bon fonctionnement de l'administration judiciaire et la qualification de ses juristes étaient bien connus (cf. E. Bucher, Allgemeine Einführung in die Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, vol. 1, Cologne 1979, p. 2 s.). Les arbitrages internationaux portent en général sur des intérêts économiques de très grande importance qui peuvent, pour une part, concerner l'économie nationale.

Le concordat intercantonal du 27 mars 1969 sur l'arbitrage (RS 279), auquel 19 cantons ont adhéré (Berne, Uri, Schwyz, Unterwald-le-Haut et le-Bas, Fribourg, Soleure, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Schaffhouse, Appenzell Rhodes-Extérieures, Saint-Gall, Grisons, Tessin, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Jura) a pris dans une certaine mesure en considération l'évolution de l'arbitrage et a simplifié la procédure dans certains domaines (cf. F.E. Klein, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit und die schweizerische Rechtsordnung, in Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, vol. 1, Cologne 1979, p. 33 ss).

Mais le Concordat ne dit rien au sujet de questions importantes de l'arbitrage commercial international comme celles du droit applicable à la validité de la convention d'arbitrage. L'importance de ce domaine a poussé le Conseil fédéral à fixer certains principes dans le corps du présent projet de DIP.

14 Constitutionnalité

La question de la constitutionnalité a été soulevée à plus d'une reprise dans les réponses à la procédure de consultation, que ce soit d'une manière générale ou pour des dispositions ou des domaines particuliers du projet. Le Conseil fédéral a porté une attention toute particulière à ce problème lorsqu'il a procédé à l'évaluation des réponses à ladite procédure de consultation et il a chargé l'Office fédéral de la justice d'élucider la question dans un avis de droit (JAAC 45 n° 49).

On ne peut pas donner une réponse générale à la question, mais il convient de faire des distinctions. Mis à part le reproche tout général du canton de Vaud et de l'Université de Lausanne qui contestent d'une manière évidemment exagérée la constitutionnalité du projet, il faut bien reconnaître qu'on peut mettre en doute sa constitutionnalité lorsqu'il traite de la compétence, de la preuve du droit étranger, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers et de l'arbitrage.

141 En général

Le législateur fédéral peut en principe fonder sa compétence sur le fait qu'il est déjà habilité à assurer les relations avec la communauté internationale. La doctrine dominante et la jurisprudence estiment que l'article 8 cst. constitue la base conférant la compétence à la Confédération de régler le droit international et le DIP en particulier par la conclusion de traités internationaux. Dès lors que la Suisse, comme tout autre Etat, est tenue de créer un droit international et de dire à quelles conditions le droit suisse s'applique, la Confédération doit avoir la compétence de créer ses propres règles de conflit par la voie de sa législation interne, parce que les relations de la Suisse avec la communauté internationale ne peuvent pas être assurées simplement par des traités internationaux. Il n'y a rien de nouveau dans cette manière de voir, preuve en soit qu'au siècle dernier déjà, le Conseil fédéral s'était exprimé en ce sens dans son message du 28 mai 1887 relatif à la LRDC (FF 1887 II 630 ss).

Par la suite cette conception s'est traduite dans la récente législation fédérale. Citons comme exemple la loi fédérale du 19 mars 1976 sur la coopération au développement et à l'aide humanitaire internationale (RS 974.0) qui est fondée sur la compétence générale de la Confédération de garantir les relations de la Suisse avec la communauté internationale (art. 8, 85, ch. 5 et 6 et 102, ch. 8 et 9, cst.; FF 1973 I 863 ss); d'autres exemples sont donnés par le message sur la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (FF 1976 II 474) et celui sur la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger (FF 1981 III 610 ss).

La Confédération n'a cependant pas à régler chaque détail. Bien plus, elle doit s'en tenir aux limites que la constitution fixe, sur le plan interne, à sa compétence; le législateur fédéral ne peut édicter des règles, qu'il ne serait pas habilité en soi à édicter faute de compétence législative particulière, que lorsque des *raisons impérieuses* existent pour le faire.

Seul l'article 64, 1^{er} et 2^e alinéas, cst., entre en ligne de compte comme base particulière autorisant la Confédération à promulguer une loi de DIP. Cet article dispose que la Confédération est compétente pour légiférer en matière de droit privé et de poursuite pour dettes et la faillite. En revanche, le 3^e alinéa de l'article 64 cst. réserve en principe la compétence cantonale pour ce qui concerne l'organisation judiciaire et la procédure. Toutefois, lorsque cela est nécessaire pour la mise en œuvre effective du droit privé, le législateur fédéral peut édicter des règles de procédure ou d'organisation judiciaire. Cette répartition des compétences autorise la Confédération à considérer sans autre que les règles de conflit participent du droit privé et qu'elles peuvent régir le droit de faillite internationale ainsi que l'arbitrage international. En ce qui concerne les autres dispositions du projet, la compétence législative fédérale n'est donnée en vertu de l'article 64, 1^{er} et 2^e alinéas, cst., que si cela est nécessaire pour la mise en œuvre effective du droit privé.

Les raisons impérieuses qui sont prises en considération pour fonder la compétence fédérale de garantir les relations avec la communauté internationale ne se recouvrent pas avec la «nécessité» telle qu'elle est fondée sur

l'article 64, 1^{er} et 2^e alinéa, cst. Pareilles raisons peuvent également exister lorsqu'on ne peut pas établir la «nécessité».

D'un point de vue méthodique, on procède à peu près de la façon suivante: on examine tout d'abord la «nécessité» des dispositions en cause. Si on aboutit à une conclusion positive, on fait reposer les dispositions concernées sur l'article 64, 1^{er} et 2^e alinéas, cst., et il n'y a pas de problème. Dans le cas contraire, le législateur fédéral doit faire valoir ces raisons impérieuses. Sont constitutionnelles les dispositions qui répondent à des raisons impérieuses parce qu'elles reposent tout simplement sur le principe selon lequel la Confédération est compétente pour assurer les relations avec l'étranger (art. 8 cst.), sans qu'il soit encore besoin de se référer à l'article 64, 1^{er} et 2^e alinéas, cst. Les prescriptions qui, le cas échéant, s'en écarteraient seraient anticonstitutionnelles.

De là découle qu'il faut, d'un point de vue constitutionnel, respecter une concordance optimale entre la compétence tirée de la sauvegarde des relations extérieures et du partage des compétences à l'intérieur de la Confédération. Cela implique qu'en assurant les relations extérieures de la Suisse la Confédération devrait respecter, dans la plus large mesure possible, le partage des compétences existant sur le plan interne. Elle ne doit par conséquent pas empiéter à la légère sur le domaine réservé à la compétence des cantons, mais elle doit, pour le faire, s'appuyer sur des motifs impérieux.

Il faudra examiner par la suite si et dans quelle mesure le projet peut s'appuyer sur une compétence législative particulière reconnue à la Confédération. Ce n'est qu'à défaut de pareille compétence pour édicter de telles dispositions, qu'il faudra préalablement se poser la question de l'existence des raisons impérieuses.

142 Délais

L'avant-projet régissait la question des délais pour les personnes domiciliées à l'étranger dans son article 187, dans le cadre du chapitre sur l'entraide judiciaire, la caution en garantie des frais de procès et l'assistance judiciaire gratuite. Cette disposition prévoyait un délai général de 30 jours pour la procédure et les voies de recours.

L'article 187 a fait l'objet de critiques à l'occasion de la procédure de consultation et éveillé en particulier des réserves en ce qui concerne la constitutionnalité. Mais ces réserves ne sont pas fondées. Les dispositions sur les délais sont, à l'image des règles sur la reconnaissance et l'exécution des décisions ne portant ni sur un paiement ni sur la prestation de sûretés pécuniaires, des règles de procédure. En vertu de l'article 64, 1^{er} et 2^e alinéas, cst., la Confédération n'est habilitée à légiférer en la matière que si cela est nécessaire pour la mise en œuvre du droit privé fédéral.

En vertu du droit cantonal de procédure civile, un délai est tenu pour respecté lorsque les actes utiles ont été remis le dernier jour du délai à un office de poste suisse. En particulier pour les Suisses de l'étranger, mais également pour toute autre personne qui doit entreprendre en Suisse des démarches de procédure

depuis l'étranger, cela équivaut à raccourcir sensiblement les délais, ce qui entraîne une atteinte non négligeable à leurs moyens de défense.

Dans son avis de droit paru dans JAAC 45, n° 49, l'Office fédéral de la justice soutient qu'en matière de procédure civile internationale, la juste application du droit suisse peut avoir son importance lorsque le droit suisse s'applique à un état de fait à l'étranger. Le droit suisse est toujours déterminant pour le respect de délais d'une procédure se déroulant en Suisse. Une solution fédérale est nécessaire si l'on veut régler dans une certaine mesure la question des délais et éviter que des personnes à l'étranger tenues d'observer un délai en Suisse ne souffrent d'inégalités de traitement choquantes. Lorsqu'il y a pareille nécessité à poser des règles fédérales en la matière, elles se fondent sur l'article 64 cst. et sont du même coup constitutionnelles.

Mais même si l'on devait dénier la nécessité d'édicter une réglementation fédérale sur les délais en matière internationale, cela ne signifierait pas encore que la Confédération, en fin de compte, n'a aucune compétence législative en ce domaine. Il faudrait effectivement se demander si le législateur fédéral ne pourrait pas fonder une réglementation uniforme des délais sur la compétence générale que la Confédération a d'assurer les bonnes relations entre la Suisse et les Etats étrangers (art. 8 cst.).

Il faut que des *raisons impérieuses* justifient un empiétement dans le domaine législatif cantonal. De pareilles raisons existent lorsque l'on peut faire valoir des intérêts vitaux ou à tout le moins impératifs, justifiant de façon générale, l'urgence d'une réglementation fédérale. On verrait par exemple des raisons impérieuses dans le fait qu'une personne se trouvant à l'étranger, tenue de respecter un délai, ne puisse le faire que moyennant un dépôt fait auprès d'un office de poste suisse. La partie se trouvant à l'étranger, considérant le désavantage qui en résulte ainsi pour elle, peut se sentir contrainte de rechercher à l'étranger la solution de son litige. Mais alors se cache le danger que le jugement étranger ne puisse pas, le moment venu, être reconnu et exécuté en Suisse, ce qui entraîne à défavoriser encore davantage la personne se trouvant à l'étranger, en particulier le Suisse de l'étranger. L'égalité de traitement entre les personnes se trouvant à l'étranger et celles qui se trouvent en Suisse démontre l'urgence qu'il y a à prévoir une réglementation fédérale dans ce domaine.

143 For

On a souvent relevé dans les réponses à la procédure de consultation que la compétence relevait de l'organisation judiciaire et que par conséquent elle demeurerait, comme par le passé, l'affaire des cantons (art. 64 cst.). L'avis de droit de l'OFJ que nous avons mentionné plus haut s'est arrêté longuement sur cette question. La conclusion en est que la Confédération est habilitée à régler la compétence internationale dès lors qu'elle peut édicter des règles de for en matière de droit interne et elle peut le faire lorsqu'elle est amenée à créer des chefs de compétence pour la mise en œuvre du droit privé fédéral. On peut constater que le législateur fédéral a déjà créé diverses règles de compé-

tence en matière de droit privé fédéral (ex.: art. 279, 295, 329 CC; art. 226f, 343, 761, 764 CO; art. 83, 86, 187 LP; art. 75 LBI; art. 7, 12, 14 LCart.; art. 84, 85 LCR; art. 20 LDA; art. 5 LCD; art. 30 LMF; art. 14 LDMD).

Toutes ces dispositions qui remplissent en définitive une fonction interne du droit suisse sont appliquées par analogie dans les affaires relevant du droit international parce qu'il manque précisément aujourd'hui des dispositions expresses de DIP en la matière. Cet état de chose suffit à démontrer la nécessité qu'il y a d'édicter des règles de compétence internationale dans ce domaine.

L'Office fédéral de la justice critique en revanche ceux des articles projetés qui créent des fors alternatifs (ex: domicile ou résidence habituelle; domicile du demandeur ou du défendeur; domicile ou lieu de situation). L'Office doute de la nécessité qu'il y a à donner, au choix, plusieurs fors différents en Suisse pour une même affaire (ex.: art. 2, 44 et 58 de l'avant-projet). Cette critique a été prise en compte lors de la mise au point du projet. Ainsi, le projet de loi que nous vous soumettons n'octroie de for à la résidence habituelle, au lieu de situation des biens, au lieu du délit ou au lieu où le résultat s'est produit que lorsqu'il n'y a pas de for ordinaire (domicile du défendeur). A la place des fors alternatifs, on n'a retenu que des fors subsidiaires. C'est pourquoi les dispositions du projet relatives aux fors sont constitutionnelles.

144 Reconnaissance et exécution des jugements étrangers

Le projet est conforme à la constitution en matière de reconnaissance et d'exécution, tant des jugements rendus à l'étranger que des actes publics qui y ont été dressés. Pour ces derniers il ne s'agit en somme que d'une question de technique législative lorsqu'il s'agit de les reconnaître: cette reconnaissance doit-elle intervenir par la voie des règles de conflits ou être traitée comme un cas particulier de reconnaissance. Mais la compétence législative de la Confédération pour reconnaître ou exécuter des jugements civils étrangers n'est pas inconnue. Ainsi la Confédération est compétente en vertu de l'article 64, 1^{er} alinéa, cst., pour légiférer en matière de poursuite pour dettes et de faillite, ce qu'elle a fait en promulguant la LP. Cette loi se limite à l'exécution forcée d'obligations pécuniaires et à la fourniture de sûretés. Du moment que la Confédération a la compétence de régler la poursuite pour dettes et la faillite, cette compétence ne se limite pas au droit d'édicter des règles de conflits pour limiter son champ d'application, mais elle s'étend également à la faculté de décider quand elle veut permettre que des jugements civils étrangers soient exécutés selon la LP. (Elle peut donc dire si, en Suisse, ce sont les jugements suisses seulement ou aussi les jugements étrangers qui peuvent être exécutés en vertu de la LP). Les conditions d'exequatur sont actuellement l'affaire des lois cantonales de procédure civile. Cela provient simplement du fait que la Confédération s'est bornée à légiférer sur la procédure d'exécution proprement dite, mais qu'elle s'est abstenue, bien qu'elle en aurait eu la compétence constitutionnelle, de prévoir des conditions de l'exécution.

La reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères qui ne portent, ni sur le paiement d'une dette d'argent, ni sur la prestation de sûretés pécuniaires, ne

découlent donc pas directement de la compétence constitutionnelle de l'article 64, 1^{er} alinéa, cst.; là, ce sont les lois cantonales de procédure civile qui s'appliquent. La Confédération n'aurait compétence pour légiférer en la matière que si cela était nécessaire pour la mise en pratique du droit privé fédéral (cf. K. Eichenberger, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereich des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, ZSR 1969 II 480 s.). Pour savoir si pareille nécessité existe, il y a lieu de tenir compte en particulier du fait que le jugement étranger pourrait également être rendu en vertu du droit suisse. Cela revient à dire qu'en pareils cas, on ne pourrait garantir l'application uniforme du droit privé suisse, que si un jugement de même nature pouvait être reconnu et exécuté en Suisse.

L'avis de droit de l'Office fédéral de la justice soutient cette opinion (cf. JAAC 45 précité).

145 Constatation du droit étranger

Le projet contient également une disposition concernant la *constatation du droit étranger par les autorités suisses*. Lorsque la question est réglée aujourd'hui, ce n'est que dans le cadre des procédures civiles cantonales (cf. F. Vischer, Das Problem der Kodifikation des schweizerischen IPR, RDS 1971, fasc. 2, p. 104 ss et références). Or c'est une question intimement liée aux règles de conflits de lois.

La doctrine suisse a plusieurs fois répété que dans les cas où une règle de conflit du droit suisse renvoie à l'application d'un droit étranger, l'autorité saisie est tenue, en vertu d'une règle non écrite du droit fédéral, de constater et d'appliquer d'office le droit désigné. Ce principe découle de l'article 2, 2^e alinéa, LRDC; on a déduit ce principe, avant même l'unification du droit privé suisse, pour le droit cantonal et il a été étendu, en se fondant sur la même doctrine à l'article 32 LRDC, en ce qui concerne la constatation du droit étranger (cf. W. Bosshard, Die Aufgabe des Richters bei der Anwendung ausländischen Rechts, Zurich 1929, p. 55, 58 ss; W. Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, Zurich 1961, p. 344 ss).

La règle *iura novit curia* applicable également en ce qui concerne le droit étranger découle de la conception selon laquelle le droit étranger n'est pas un simple fait, mais doit être tenu pour un droit. C'est pourquoi non seulement ce principe ne constitue pas une règle de procédure civile, mais il est une disposition de DIP éminemment matérielle, raison pour laquelle l'article 64, 3^e alinéa, cst., n'a pas prise en l'occurrence.

146 Arbitrage

Le projet règle enfin l'*arbitrage* international. Jusqu'ici, une réglementation fédérale de l'arbitrage faisait défaut. Il y a lieu de se référer de nouveau à l'article 64 cst. pour juger de la constitutionnalité d'une réglementation par le droit fédéral de l'arbitrage international. Cet article donne à la Confédération

le droit de légiférer en matière de droit privé mais dispose qu'en principe il appartient aux cantons de légiférer dans les matières procédurales.

Pour répondre à la question de la constitutionnalité, il est indispensable de savoir si l'arbitrage participe du droit privé ou de la procédure. La doctrine n'est pas unanime sur ce point. Un groupe qualifie la clause arbitrale de *contrat de procédure* (cf. M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich 1979, p. 595 s.; du même auteur, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, RDS 1961, vol. 2, p. 9 ss; J. Voyame, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 1961, fasc. 2, p. 146 ss). Cette opinion était partagée par le Tribunal fédéral depuis 1915 (ATF 41 II 537) et jusqu'à récemment (ATF 101 II 168), en se fondant sur le fait que les effets du compromis arbitral participaient du domaine de la procédure. Le compromis arbitral ne modifie dès lors en rien la situation juridique des parties sur le plan matériel, mais se borne simplement à substituer à la compétence des tribunaux civils celle d'un tribunal arbitral. Les tribunaux arbitraux exercent par conséquent des fonctions officielles à la place des tribunaux ordinaires et constituent dès lors une partie de l'organisation judiciaire publique. A cela s'ajoute le fait que les sentences arbitrales ne peuvent pas être modifiées par la volonté des parties comme s'il s'agissait d'un contrat, mais ces sentences doivent faire l'objet d'un véritable recours. Enfin, les tribunaux arbitraux sont soumis à la surveillance disciplinaire de l'Etat.

D'autres auteurs voient dans le compromis arbitral un *contrat de droit privé* (cf. F.E. Klein, Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, Bâle 1955, p. 71 ss et 181 ss; Th.-R. Bertheau, Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Zurich 1965, p. 3 ss; W. Wenger, Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren im schweizerischen Recht, Bâle 1968, p. 180 ss et du même auteur, Die Rechtsmittel gegen schiedsrichterliche Entscheidungen gemäss Konkordatsrecht und gemäss zürcherischem Recht, Schriftenreihe des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, vol. 1, Cologne 1979, p. 53 ss). Ce point de vue se fonde sur l'idée que le compromis arbitral implique la promesse, en ne portant pas le litige devant les tribunaux ordinaires, de ne pas le rendre public. Si contrairement à cette promesse, le litige était néanmoins porté devant un tribunal ordinaire, le défendeur pourrait soulever l'exception de la clause compromissaire (*exceptio pacti de non petendo*). Ce faisant, le défendeur fait valoir un droit privé, comme il le ferait pour toute autre exception qui découlerait du contrat. Le tribunal arbitral exerce d'ailleurs ses fonctions en vertu d'une autorité qui lui est confiée, non pas par l'autorité étatique, comme pour un tribunal ordinaire, mais par la volonté des parties. L'effet juridique attaché à la sentence arbitrale découle de la volonté des parties qui ont recouru à l'arbitrage et non pas de la souveraineté de l'Etat, comme pour les jugements.

Entre ces deux théories, il en existe une *médiane* qui tire certains éléments de l'une et de l'autre, à savoir que l'arbitrage comprend aussi bien des éléments de droit privé que de droit procédural (cf. G. Sauser-Hall, L'arbitrage en droit international privé, Rapport et projet de résolution, Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 44, Bâle 1952, p. 522 ss; E. Bucher, Schriftenreihe des

Deutschen Instituts für Schiedsgerichtswesen, Cologne 1979, p. 6 ss; H.P. Walker, *Die freie Gestaltung des Verfahrens vor einem internationalen Schiedsgericht durch die Parteien*, Zurich 1968, p. 8 ss).

La théorie du contrat correspond à la théorie de la procédure civile par rapport à certains éléments constitutifs de la clause compromissoire. Ainsi les deux théories admettent que des principes de droit privé jouent à propos de la création du compromis arbitral, mais attribuent un caractère procédural au contenu et aux effets de la clause arbitrale. La divergence d'avec les deux premières théories provient d'une évaluation essentiellement différente des éléments qui composent la clause compromissoire. Pour les partisans de la théorie du contrat, le caractère incontesté de droit privé attaché à la conclusion de la clause suffit à lui conférer le caractère de contrat de droit privé. Pour les partisans de la théorie procédurale au contraire, c'est le contenu et les effets procéduraux de la clause qui sont déterminants et qui font dès lors, de la clause compromissoire un élément du droit de procédure.

Le Conseil fédéral estime que cette controverse théorique n'apporte pas grand chose à la question de la constitutionnalité d'une réglementation internationale de l'arbitrage dans la loi de DIP. Les raisons en sont les suivantes:

Le législateur n'est pas tenu de suivre une théorie dominante pour pouvoir régler cette matière sur la base de la compétence qui lui est conférée par l'article 64 cst. Il est libre de choisir la théorie qui lui semble bonne. S'il reconnaît à l'arbitrage le caractère d'une institution de droit privé, sa compétence constitutionnelle pour le régir lui est reconnue *ipso facto*. Mais même s'il devait se prononcer pour la théorie procédurale, la compétence législative de la Confédération en la matière ne serait pas niée pour autant. La Confédération pourrait en effet régler l'arbitrage international au moins dans la mesure où cela serait nécessaire pour mettre en œuvre le droit privé fédéral (art. 64 cst.) ou si une telle réglementation s'imposait au titre du maintien de relations de la Suisse avec l'étranger (art. 8 cst.). Il y a des raisons valables évidentes militant en faveur d'une législation fédérale en la matière. La multiplicité exagérée de lois sur l'arbitrage rend souvent la situation des intéressés fort désagréable et pleine de surprises. Cet état de fait contribue à discréditer l'arbitrage commercial en Suisse. Si la situation se maintient telle quelle, il sera de moins en moins possible à nos ressortissants qui traitent des affaires commerciales internationales de prévoir dans leurs contrats le règlement arbitral de leurs différends sur le sol neutre de notre pays. Seule une réglementation minimale sur le plan fédéral est en mesure d'empêcher que la Suisse perde complètement sa réputation traditionnelle en matière d'arbitrage.

La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral ne se prononce pas absolument contre la théorie du contrat de droit privé. Dans son arrêt ATF 41 II 539 ss, le Tribunal fédéral constatait que l'arbitrage ne faisait l'objet d'aucune disposition dans le CO alors que son caractère particulier aurait dû y faire l'objet d'une réglementation plus spécifique. Il est aussi vrai que le CO ne contient pas de réserve expresse en faveur d'une réglementation de cette matière par le droit cantonal. Mais on peut déduire que le Tribunal fédéral range le compromis arbitral dans le droit cantonal du fait que depuis toujours, s'il ne lui a pas reconnu une nature procédurale, il lui a néanmoins reconnu des liens étroits

avec la procédure civile, raison pour laquelle les cantons l'auraient introduit dans leurs codes de procédure civile. Mais les dispositions cantonales qui auraient été promulguées auraient, selon le Tribunal fédéral, de toute façon cédé le pas devant une réglementation fédérale uniforme du compromis arbitral et le CO les aurait expressément abrogées. En réalité, les règles cantonales relatives à l'arbitrage ont toujours été reconnues comme valables par le Tribunal fédéral.

L'argument selon lequel le CO ne contient pas de disposition abrogatoire n'a qu'une portée secondaire en ce qui concerne la qualification de la clause compromissoire. On rappellera tout d'abord qu'il existe nombre de contrats atypiques (ex: contrats innommés) qui n'ont pas été réglés par le CO et qui pourtant, font partie du droit privé fédéral. Par ailleurs, la subrogation d'une disposition de droit cantonal par une disposition de droit fédéral ne nécessite pas à tout coup une abrogation expresse de la première par une disposition fédérale. La force dérogatoire du droit fédéral découle déjà de l'article 2 des dispositions transitoires de la constitution.

On peut conclure de ce qui précède que si la Confédération n'a pas réglé jusqu'ici l'arbitrage, ce n'est pas tellement parce qu'elle n'en avait pas la compétence législative que par manque de volonté politique. Lors de la promulgation du CO, elle n'a pas jugé utile de substituer une réglementation fédérale à la réglementation cantonale. Si la Confédération peut en principe régir l'arbitrage, elle a donc sans autre la compétence d'édicter, tout au moins en matière d'arbitrage international, des dispositions en ce domaine.

2 Partie spéciale

21 Dispositions communes

211 Aperçu

Le premier chapitre comprend cinq sections, régissant le domaine d'application matériel, et des dispositions générales applicables à l'ensemble du projet: compétence internationale, droit applicable, reconnaissance et exécution des décisions étrangères. Enfin, on y trouvera les définitions les plus importantes des points de rattachement retenus: domicile, résidence habituelle et nationalité.

212 Domaine d'application

L'article premier constitue ce que l'on appelle un article programme et sert à dire tout de suite quels sont les domaines réglés par le projet. On y voit d'emblée que le projet ne s'attache pas seulement à régler le droit applicable mais qu'il traite de certaines questions de procédure civile: c'est l'objet des lettres a à e du 1^{er} alinéa. Les questions juridiques traitées concernent ainsi la détermination de la compétence internationale des autorités suisses, celle du droit applicable, les conditions posées pour la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères et des actes publics étrangers, et également le droit de la faillite et de l'arbitrage international.

Le 1^{er} alinéa précise seulement que le projet ne les régit que sur le plan international. Pour le DIP, cela va de soi que les définitions données ne concernent que les cas présentant un caractère d'extranéité, mais le 1^{er} alinéa ne dit rien de la manière ni de l'intensité de ce caractère. Cela est du ressort des dispositions particulières des différents domaines abordés.

Le 2^e alinéa réserve les traités internationaux conclus par la Suisse. Il était important et en même temps difficile de prévoir que le projet devait tenir compte dans une mesure appropriée du droit conventionnel et même intégrer les traités internationaux significatifs pour le DIP. On doit distinguer trois sortes de traités :

- *Premièrement* le groupe des traités récemment conclus dont les effets se déploient «erga omnes». Ces traités renoncent à la conception traditionnelle de la réciprocité et sont en principe applicables dans les limites de leur champ d'application matériel, que la cause ait des liens avec un Etat contractant ou non contractant. Pareils traités ne souffrent pas l'existence de dispositions de DIP interne. On citera comme exemples la convention de La Haye du 15 juin 1955 (RS 0.221.211.4) sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ou celle du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.01). Il n'y a donc pas lieu de prévoir dans le DIP suisse une disposition en ce domaine, mais de renvoyer simplement aux dispositions topiques du traité en cause. Ces traités sont d'ailleurs nommément réservés dans le domaine qu'ils traitent.
- *Deuxièmement* le groupe de traités qui sont fondés sur le principe de la réciprocité. A côté des anciens traités relatifs aux normes de conflit, ce sont des traités qui ont un contenu procédural, comme la convention de La Haye du 24 octobre 1956 (RS 0.211.221.431) sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants et celle du 15 avril 1958 (RS 0.211.221.432) concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants. Ces traités internationaux ne remplacent le DIP interne que dans les relations avec les autres Etats contractants; les dispositions du droit interne demeurent comme par le passé applicables dans les rapports avec les Etats non contractants. Mais il n'y a pas lieu de mentionner expressément ces traités dans le projet pour les matières y relatives. La simple réserve, comme elle est prévue à l'article 1^{er}, 1^{er} alinéa, suffit.
- *Un troisième* groupe de traités vise à l'unification du droit privé, comme par exemple en matière de transports internationaux ou de vente de marchandises. Pour ces traités non plus il n'est pas possible de prévoir une réserve adéquate dans le corps du projet. D'un côté une telle réserve serait nécessaire dans la mesure où ils sont fondés sur le principe de la réciprocité et d'un autre, le DIP interne reste applicable, sauf lorsque le traité en comble des lacunes. C'est pourquoi l'article premier, 2^e alinéa, concerne aussi ce genre de traités internationaux.

Le 2^e alinéa vaut en outre pour tous les traités qui d'une manière ou d'une autre revêtent une importance particulière dans les rapports internationaux de droit privé, comme c'est le cas pour la convention de New York du 28 septembre

1954 (RS 0.142.40) relative au statut des apatrides ou la convention du 16 décembre 1960 (RS 0.276.191.632) entre la Confédération suisse et la République d'Autriche relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires. Le 2^e alinéa ne mentionne pas le droit international public coutumier lequel est bien entendu réservé (ex: immunité des Etats; relations diplomatiques et consulaires). Ce droit régit en effet les privilèges et les immunités lorsqu'ils ne sont pas déjà expressément réglés dans des dispositions de traités internationaux. L'article 1^{er}, 2^e alinéa, ne concerne pas en revanche les conventions internationales qui n'ont pas de portée en DIP.

213 Compétence

213.1 En général

La deuxième section des dispositions communes contient les règles de compétence qui revêtent de l'importance pour plusieurs domaines du projet, voire pour l'ensemble de celui-ci. On peut y distinguer d'ailleurs celles qui ont un caractère général et celles qui ont un caractère subsidiaire.

L'article 2 confirme le principe selon lequel la compétence appartient aux autorités suisses du domicile du défendeur, et suit en cela la garantie constitutionnelle contenue à l'article 59 cst. Dans les causes qui présentent un rapport international, ce principe est appelé à souffrir quelques exceptions, notamment en ce qui concerne les Suisses de l'étranger pour lesquels un for subsidiaire au lieu d'origine doit être prévu, et pour les personnes qui n'ont pas de domicile en Suisse, mais aussi pour les contrats exécutoires en Suisse, ou pour les délits commis en Suisse. En matière de droits réels, il se justifie de tenir compte du lieu de situation des biens. En matière de droit des obligations, le projet a tenu largement compte de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (désignée ci-après: Conv. CEE). On permet d'ouvrir la voie à une éventuelle adhésion de la Suisse à ce traité. Il ne faut pas oublier que la réglementation libérale de la Conv. CEE a été rendue possible parce qu'elle concernait des Etats qui se connaissaient bien et pouvaient donc discerner clairement les conséquences qu'impliquerait pareille convention. Toutefois, la réglementation du DIP suisse s'adresse à tous les Etats, raison pour laquelle le projet prévoit ici et là, des solutions divergeant de la Conv. CEE, par exemple en ce qui concerne le *forum arresti* (art. 4). La tendance générale du projet s'inscrit cependant dans la ligne de la Conv. CEE.

213.2 Le principe du juge naturel

L'article 2 confirme le principe reconnu aussi bien en Suisse qu'à l'étranger, selon lequel le défendeur doit être recherché devant le juge de son domicile. C'est un principe que l'on rencontrera tout au long des chapitres du projet, mais avec les atténuations propres à chacun des domaines traités. Mais cet article n'a qu'une valeur subsidiaire par rapport aux fors du domicile contenus dans la partie spéciale. L'objectif de l'article 2 consiste à combler des lacunes

qui pourraient exister et à garantir le for du juge naturel pour tous les cas que l'on ne peut pas encore prévoir actuellement.

Le for du juge naturel ne joue pas seulement pour les personnes physiques, mais également pour les personnes morales et les sociétés. C'est pourquoi le 2^e alinéa met sur le même pied domicile et siège.

Ainsi, lorsqu'une disposition ne mentionne que le domicile, alors que l'état de fait peut concerner aussi bien les personnes physiques que les personnes morales ou les sociétés, le siège de la société tient lieu de domicile.

213.3 For de nécessité

Le projet vise à créer la compétence internationale des autorités suisses de manière exhaustive. Dès lors, il n'y a pas de compétence internationale en Suisse si le projet n'en a point prévue. On connaît les raisons à cela. Il y a des affaires qui présentent des liens si faibles avec la Suisse qu'il ne se justifie pas de mettre en route toute l'organisation judiciaire pour les régler. Mais l'article 3 apporte une exception à ce principe. Les autorités suisses doivent se déclarer compétentes même dans des affaires où les liens avec notre pays sont très minces, lorsqu'il est impossible d'agir ou d'introduire un recours à l'étranger. Il appartient au demandeur ou au recourant de faire la preuve de cette impossibilité. Lorsque cette preuve a été rapportée, la compétence revient à l'autorité du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant. S'il y a plusieurs fors concurrents en Suisse, c'est la première autorité saisie qui est compétente.

Evidemment, l'impossibilité d'agir et de poursuivre la procédure à l'étranger, ne peut être examinée qu'à la lumière des circonstances concrètes et à celle des éventuelles conséquences qui en résulteraient pour le justiciable dans le cas particulier; il appartiendra en dernier ressort au juge d'admettre ou non sa compétence.

213.4 Validation de séquestre

La compétence pour les actions en validation de séquestre n'est pas réglée par le droit fédéral. L'article 272 LP se borne à autoriser l'autorité compétente à procéder au séquestre. Aujourd'hui, la majorité des lois cantonales de procédure civile a réglé la question et donné compétence au juge du lieu où les biens sont séquestrés (cf. M. Guldener, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zurich 1979, p. 89 ss). En prévoyant à son article 4 une compétence directe pour l'action en validation de séquestre, le projet remplace les réglementations cantonales existantes. Mais le *forum arresti* est appelé à perdre à l'avenir beaucoup de son importance. Ses effets sont déjà limités en raison des traités internationaux existants. Par ailleurs, la réglementation proposée dans le projet pour la faillite internationale va diminuer aussi la portée des séquestres d'étrangers dans les cas où une faillite internationale sera reconnue en Suisse. En outre, le fait que le chapitre 10 du projet régisse, en matière de faillite internationale, une administration particulière des biens sis en Suisse, d'un

débiteur dont la faillite a été prononcée à l'étranger, est de nature à empêcher quelques créanciers de la faillite d'obtenir des avantages injustifiés par rapport aux autres créanciers, en obtenant le séquestre des biens en Suisse. Si la Suisse adhère à la Conv. CEE, elle devra renoncer au *forum arresti* dans ses relations avec les Etats du Marché Commun, comme ceux-ci l'ont d'ailleurs fait en renonçant entre eux aux chefs de compétence exorbitants de leurs lois internes.

Il y a une nécessité évidente pour créer une disposition de droit fédéral sur la compétence en matière d'action en validation de séquestre dans le domaine international. On ne saurait en effet demander au créancier étranger séquestrant de consulter les lois cantonales de procédures civiles applicables à un cas donné pour savoir s'il peut introduire une action et si oui, à quelles conditions. La situation juridique actuelle subit ainsi une modification dès lors qu'en matière internationale, c'est le droit fédéral qui désigne le for suisse du séquestre pour l'introduction d'une action en validation du séquestre. Mais l'article 4 ne constitue qu'une règle de for subsidiaire puisque ce for n'est donné qu'en l'absence d'un autre for ordinaire en Suisse.

213.5 Election de for

L'article 5 pose les conditions formelles et matérielles de validité d'une clause d'élection de for.

D'un point de vue formel, l'élection de for constitue un contrat *sui generis* (cf. M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich 1979, p. 93 ss). La simple forme écrite suffit et il n'est pas nécessaire qu'il y ait un échange de volonté documenté dans un contrat contresigné par les parties. Il suffit que l'échange de correspondance ait lieu par des moyens de communication rapide (à la différence de l'art. 13 CO); l'article 5 prend en considération les usages du commerce international, raison pour laquelle il mentionne expressément les télégrammes et télex.

Du point de vue matériel, l'article 5 dispose que l'élection de for doit concerner un litige, de nature patrimoniale, né ou à naître, litige fondé sur un rapport de droit clairement déterminé. On veut ainsi s'assurer que les parties savent déjà ou qu'elles ont du moins conscience de la nature du rapport juridique pour lequel elles s'engagent à proroger un for. Par ailleurs, on doit éviter qu'une partie ne renonce à son juge naturel pour un nombre indéterminé d'affaires de toutes sortes.

La grande difficulté qu'il y avait à élaborer cet article 5 résidait dans la définition des rapports juridiques pour lesquels les parties pouvaient choisir un for. L'examen minutieux des diverses possibilités envisagées (cf. rapport final, p. 47) a montré que la limitation au domaine patrimonial était la plus adéquate. En tout cas, cela laissait aux parties sous une forme très claire, un choix relativement large de différends – qu'ils pourraient soumettre à un for prorogé –. Les termes «en matière patrimoniale» ne concernent pas seulement, selon l'article 5, les actions du droit des obligations découlant d'un contrat, d'un enrichissement illégitime ou d'un acte illicite, mais aussi les prétentions pécuniaires du droit de famille, des successions ou des droits réels.

Dans l'élection de for, les parties doivent désigner précisément une autorité, par exemple en déterminant un lieu donné sans qu'il soit encore nécessaire de mentionner le tribunal localement compétent. Mais on ne saurait se contenter de désigner tout généralement la Suisse. En principe, l'élection de for doit être faite en faveur d'un tribunal suisse ou d'un tribunal étranger. Cependant, de par son champ spatial d'application, les conditions de validité posées à l'article 5 pour une élection de for faite en faveur des autorités suisses, doit répondre aux conceptions suisses. En revanche, les conditions auxquelles une autorité étrangère accepte sa compétence prorogée, sont posées par la *lex fori* de l'Etat étranger en cause. Mais les effets de l'article 5 se déploient quand même, dans une certaine mesure, sur l'élection de for en faveur d'une autorité étrangère, puisque le tribunal suisse qui serait normalement compétent peut décliner cette compétence en se fondant sur ledit article 5.

L'élection de for crée pour les parties un chef de compétence non seulement impératif en principe, mais exclusif. L'article 5 n'interdit pas en soi de convenir de fors alternatifs; ce sera rare toutefois en pratique. Ce qui l'est moins, c'est de prévoir subsidiairement le for du juge naturel du défendeur, à côté du for choisi. Pareils arrangements devront alors être expressément prévus.

Les élections de for existent souvent avant même qu'un litige survienne. On les rencontre la plupart du temps sous forme d'une clause dans un contrat-type, dans des conditions générales, dans les statuts d'une personne morale, ou dans un contrat de société. Dans ce genre de clause, c'est la volonté concordante des parties qui tient la première place et pas tellement la validité formelle au sens de l'article 5, 1^{er} alinéa.

On peut attendre des commerçants, qui sont versés dans les affaires, qu'ils connaissent l'existence de ce genre de clause dans les contrats-type qu'ils concluent, sans qu'il soit nécessaire de leur accorder une protection particulière. Il en va autrement des consommateurs, qui d'un point de vue aussi bien social qu'économique, sont réputés «partie la plus faible». Mais il y a aussi des parties qui, même si elles sont économiquement plus fortes ou ont des connaissances commerciales, sont distraites de façon inadmissible à la compétence de leur juge naturel par des manigances peu sérieuses. Le 2^e alinéa de l'article 5 est l'expression de cette idée et correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. G. Kaufmann-Kohler, La clause d'élection de for dans les contrats internationaux, Bâle 1980, p. 10 ss).

213.6 Effet obligatoire de l'élection de for pour le juge civil

L'article 5, 3^e alinéa, énumère les conditions auxquelles le juge désigné par l'élection de for doit accepter sa compétence. On ne pouvait décider de la force obligatoire de l'élection de for pour les parties qu'en décidant en même temps que le tribunal élu était aussi lié par elle. Cela ne fait pas beaucoup de difficultés lorsque les parties désignent un tribunal proche de la cause. Dans le commerce international toutefois, on ressent le besoin de recourir à un juge neutre. Les parties peuvent ainsi convenir d'un for suisse pour un litige qui ne présente avec l'ordre juridique suisse aucun lien, ou que des liens ténus. Il est

vrai qu'en principe, les tribunaux suisses sont là pour juger des litiges suisses et non pas étrangers. La surcharge toujours plus grande des tribunaux suisses explique bien sûr cette retenue vis-à-vis des litiges étrangers (FF 1980 III 775). C'est pourquoi l'article 5, 3^e alinéa, cherche un compromis, en posant les conditions minimum nécessaires pour que le tribunal suisse désigné accepte sa compétence. Ainsi, il ne peut décliner sa compétence si l'une des parties a son domicile ou sa résidence habituelle ou un établissement en Suisse (art. 19), ou si le droit suisse est applicable, soit par suite d'une élection de droit, soit en vertu d'un rattachement objectif. Il va de soi en effet que si le droit suisse s'applique, un tribunal suisse est le mieux placé pour le faire; l'acceptation de sa compétence dans ce cas est donc justifiée.

213.7 Acceptation tacite

Le principe voulant que dès le moment où le défendeur s'est soumis à la compétence du juge sans faire de réserve, cette compétence est fondée, est communément admis (cf. M. Guldener, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, p. 75). Il est plus malaisé de délimiter la portée de cette acceptation.

L'acceptation tacite peut avoir de l'importance tant pour fonder la compétence générale que pour déterminer la compétence locale. Dans le premier cas, on a affaire à une action pour laquelle n'existerait en soi pas de for en Suisse. Dans le second, il y aurait bien une compétence générale en Suisse mais pas de compétence locale en faveur du tribunal suisse appelé à statuer. *L'article 6* envisage les deux hypothèses.

Le fait pour le défendeur de procéder au fond devant le tribunal sans faire de réserve fonde la compétence de ce tribunal, au sens de la loi. Si l'action a été introduite devant un tribunal en soi incompétent et si, intentionnellement, le défendeur ne soulève pas l'exception d'incompétence, on a affaire à une élection de for tacite. Il y a deux limitations à apporter à cela. La première consiste à empêcher de créer ainsi un plus grand nombre de fors prorogés que ceux admis en cas de prorogation expresse, raison pour laquelle l'article 5, 3^e alinéa, est réservé. Par ailleurs, on peut se demander – comme en matière d'élection de for – si et dans quelle mesure les parties ne peuvent pas choisir certains fors. On peut envisager plusieurs solutions à ce problème (cf. rapport final, p. 50 ss). Le projet exclut la soumission volontaire dans les cas où les parties n'ont pas le choix du for pour des raisons d'ordre public (ATF 80 II 6). Du moment que l'article 16 réserve expressément l'ordre public, il n'y a pas lieu de le mentionner expressément ici.

213.8 Convention d'arbitrage

En concluant une convention d'arbitrage, les parties s'obligent à régler leurs litiges en dehors de la compétence ordinaire des tribunaux. De la convention d'arbitrage découle pour les parties l'obligation de se soumettre à la procédure arbitrale et pour le juge civil, celle de tenir compte, à certaines conditions, de

pareille convention. *L'article 7* en énumère trois. La première est l'existence d'une convention valable, qui n'a pas été révoquée. Cette révocation peut être expresse ou découler d'actes concluants, comme par exemple, l'attitude du défendeur qui se soumettrait sans faire de réserve à la compétence du juge civil ordinaire devant lequel le demandeur aurait porté son action (let. a). La convention doit aussi porter sur un différend arbitral, c'est-à-dire un différend dans lequel les parties peuvent exercer un choix; l'article 170 décrit les différends qui sont arbitrables. En outre, la convention d'arbitrage ne doit pas être caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée (let. b). Cette dernière condition découle directement de la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (art. II, ch. 3) (RS 0.277.12).

Enfin, le tribunal ordinaire n'est pas tenu de décliner sa compétence lorsque la partie demanderesse est menacée d'un déni de justice, ce qui pourrait se produire lorsque le tribunal arbitral ne peut être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur (let. c). Cela se produit en général dans les cas où le défendeur réussit à empêcher le déroulement de la procédure arbitrale et où, en même temps, le demandeur ne peut agir par les voies judiciaires ordinaires devant le tribunal civil parce que celui-ci devrait décliner sa compétence, une fois rapportée la preuve qu'une convention d'arbitrage valable a été conclue.

213.9 Demande reconventionnelle

Le présent projet prévoit qu'en principe la compétence d'un tribunal se détermine pour chaque demande en particulier. *L'article 8* prévoit cependant une exception à ce principe pour la demande reconventionnelle qui présente un lien matériel avec la demande principale. Il existe une telle connexité lorsque la demande principale et la demande reconventionnelle sont fondées sur le même rapport juridique (ex. : contrat de vente), de telle sorte que le jugement de l'une commande de trancher également le sort de l'autre. C'est le cas par exemple d'une prétention qui se fonde sur un contrat dont la validité est mise en cause (ATF 93 I 549). Il y a un lien matériel au sens de l'article 8 lorsque l'action principale et la demande reconventionnelle, bien que reposant sur des données différentes, sont intimement liées sur le plan juridique (ATF 80 I 200). Il y a en outre connexité lorsqu'un lien existe entre la demande reconventionnelle et une exception soulevée dans la procédure principale, par exemple lorsque la compensation est invoquée (cf. M. Guldener, *Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz*, p. 76, n. 240; Sträuli/Messmer, *Zürcher ZPO*, Zurich 1976 ad § 15, n. 2 ss). La demande principale et la demande reconventionnelle ne doivent pas nécessairement être de même nature, si bien que peuvent être connexes une demande principale relative à des droits réels et une demande reconventionnelle fondée sur un droit personnel, une action fondée sur le droit des obligations et une reconvention sur le droit de famille. Une action portant obligation de faire, peut selon les circonstances, s'opposer à une action en confirmation ou en constatation. Le for de l'action reconventionnelle peut aussi concourir avec d'autres fors désignés par le projet, et il

reste fondé même si l'action concernée devait en soit être portée devant le juge du domicile, de l'exécution ou devant le for élu ou devant un tribunal arbitral.

213.10 Litispendance

L'article 9 ne désigne pas un for mais s'attache à coordonner entre eux des fors concurrents. Plusieurs articles du projet instituent des fors alternatifs ou subsidiaires pour le même litige. De là la possibilité de porter la même action devant les tribunaux de différents Etats. Pour les litiges à caractère international s'ajoute l'existence de fors désignés par le droit étranger à côté de ceux que le droit suisse prévoit. Lorsque pour une même cause, les mêmes parties introduisent des actions dans différents Etats, on risque évidemment d'avoir des jugements contradictoires, ce dont la sécurité du droit ne saurait se satisfaire.

Sur le plan interne suisse, le principe appliqué consiste à ne pas permettre une deuxième fois l'introduction d'une demande concernant une action déjà pendante (cf. M. Guldener, *Zivilprozessrecht*, Zurich 1979, p. 230 ss). Sur le plan international, hormis les traités existants, la question n'est pas réglée de façon uniforme. Dans certains Etats (Autriche, Allemagne - RFA -), l'exception de litispendance est prise en considération, que la demande ait été introduite dans le pays ou à l'étranger; dans d'autres (France, Italie), on ne tient pas du tout compte de l'action pendante à l'étranger (cf. E. Riezler, *Internationales Zivilprozessrecht*, Berlin/Tübingen 1949, p. 453 ss). En Suisse, la litispendance créée à l'étranger est normalement respectée si l'Etat étranger concerné accorde la réciprocité et si l'on peut s'attendre à ce que le jugement qui y sera rendu pourra être reconnu et exécuté en Suisse (cf. M. Guldener, *IZPR*, p. 174 ss).

L'article 9 reprend la solution dégagée en Suisse par la jurisprudence. En vertu de son 1^{er} alinéa, le fait qu'une action est déjà pendante à l'étranger ne supprime pas *ipso facto* la compétence suisse mais la suspend quand certaines conditions sont réunies. Pour déterminer quand une action a été introduite en Suisse, la date du premier acte introductif d'instance est décisive, telle la citation en conciliation. Si des cantons ne connaissent pas la procédure de conciliation, le dépôt de la demande devrait marquer le moment de l'introduction d'instance au sens de cette disposition.

Cette réglementation est importante vu la diversité qui existe en Suisse dans les codes de procédure civile cantonaux (cf. M. Guldener, *Zivilprozessrecht*, Zurich 1979, p. 230 ss, Ch. II). Ces différences ont donné lieu à de constantes difficultés en pratique (ATF 74 II 68, 90 II 213, 91 II 321 et 97 II 1). Dans son arrêt ATF 74 II 69, le Tribunal fédéral n'a pas jugé cette situation préoccupante au point de rendre nécessaire une réglementation unique pour toute la Suisse. Mais en matière internationale, on ne saurait se ranger à cette opinion. Nombre de cas extrêmement choquants, qui ne sont toutefois pas toujours portés à la connaissance de l'instance suprême, inciterent le Conseil fédéral à uniformiser le moment déterminant qui, en matière de procédure civile internationale, doit créer la litispendance. Dans l'intérêt de la sécurité du droit, il y a lieu de fixer ce moment le plus tôt possible.

Le 3^e alinéa demande au tribunal suisse de se dessaisir dès qu'une décision susceptible d'être reconnue en Suisse lui est présentée. Si un jugement étranger remplit les conditions légales mises à sa reconnaissance et s'il ne heurte pas l'ordre public suisse, il est susceptible d'être reconnu (cf. rapport final, p. 53 ss).

213.11 Mesures provisoires

Il appartient à la Confédération de déterminer dans quelle mesure les cantons doivent garantir le respect des droits fondés sur le droit fédéral matériel, y compris pour des mesures provisionnelles. Pour leur part, les droits cantonaux doivent promulguer des procédures adéquates (cf. M. Guldener, Zivilprozessrecht, p. 574 ss).

L'article 10 se borne à donner une compétence suisse. Quant à savoir quelles autorités peuvent le faire, cela dépend de la sorte de mesure ou de la localisation du droit ou de la prétention à protéger. Cette compétence pour ordonner des mesures provisoires (ex.: saisie conservatoire) est également donnée dans les affaires où une autorité suisse ne serait pas compétente pour connaître de la demande principale.

213.12 Actes d'entraide judiciaire

L'article 11 régit les actes d'entraide judiciaire que la Suisse accomplit. En matière d'entraide judiciaire internationale, en matière civile, c'est la convention de La Haye du 1^{er} mars 1954 (RS 0.274.12) relative à la procédure civile qui constitue la réglementation centrale.

Cette convention régit notamment la communication d'actes judiciaires et extrajudiciaires, la transmission et l'exécution de commissions rogatoires, la garantie pour les frais de procès (*cautio iudicatum solvi*) et l'assistance judiciaire gratuite. Elle a fait l'objet de révisions successives et été remplacée par trois nouvelles conventions, à savoir la convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, celle du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, et celle du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice; la Suisse n'a pas encore ratifié ces trois conventions.

En l'absence de traité international, l'entraide judiciaire internationale en matière civile est principalement réglée par les codes de procédure civile cantonaux qui font en général dépendre l'entraide internationale de la garantie de réciprocité accordée par l'Etat étranger requérant et du pouvoir d'appréciation du juge saisi (cf. M. Guldener, Zivilprozessrecht, Zurich 1979, p. 634, n. 14).

Le présent projet ne dit pas si, ni à quelles conditions, l'entraide doit être assurée. Cela ressort de la compétence cantonale lorsqu'il n'y a pas de traité international. Ce que le projet règle, c'est le droit applicable aux actes

d'entraide judiciaire et quelques formes d'entraide. L'article 11 correspond pour l'essentiel à la pratique actuelle. Il donne des lignes directrices sans créer de nouvelles obligations.

L'autorité suisse requise peut ainsi faire application de formes de procédures inconnues du droit suisse. Elle ne peut toutefois le faire que si cela est nécessaire pour faire reconnaître une prétention à l'étranger qui, selon le droit suisse, est digne de protection et pour autant que cela n'aille pas à l'encontre des intérêts de la partie intéressée. Cela vaut aussi lorsqu'il s'agit de dresser des documents ou de recevoir une déclaration sous serment. Lorsque ce droit ne peut être réalisé à l'étranger que moyennant l'intervention de l'autorité suisse, il y a lieu de le considérer, du point de vue suisse, comme digne de protection. Il appartiendra à l'autorité suisse de décider de cas en cas.

213.13 Délais

La solution idéale dans les relations internationales aurait consisté à prévoir une réglementation uniforme pour le point de départ, la durée et les modalités à suivre pour respecter les délais. Dans cette optique, l'article 187 de l'avant-projet fixait le point de départ de l'expiration du délai. La procédure de consultation a néanmoins montré que cela fut ressenti comme une trop grande ingérence dans les compétences des cantons. Le Conseil fédéral a dès lors renoncé à prévoir une disposition de ce genre. Mais conscient de ne pas rendre plus difficile la situation des parties à l'étranger tenues de respecter un délai en Suisse, le Conseil fédéral a décidé d'octroyer aux personnes à l'étranger une possibilité supplémentaire leur permettant de respecter un délai (cf. ch. 142 ci-dessus).

Pour les parties à l'étranger, la difficulté réside en particulier dans le fait que dans les procédures civiles cantonales, mais dans celles de la Confédération également, les délais prévus le sont à la mesure des conditions locales. Ils sont calculés en fonction de communications, qui souvent peuvent être faites en quelques heures. Dans les relations internationales en revanche, les communications prennent généralement des jours quand ce n'est pas des semaines, surtout s'il s'agit de suivre la voie diplomatique ou consulaire et lorsque des traductions certifiées conformes doivent être produites. Pour les personnes domiciliées à l'étranger, les délais se trouvent réduits à un point tel que cela frise l'indécence. Il ne faut enfin pas oublier qu'en matière de délais judiciaires, la partie domiciliée à l'étranger bénéficie toujours de suffisamment de temps pour faire valoir ses droits.

L'article 12 du projet prévoit que les délais sont respectés lorsque les actes sont parvenus à une représentation diplomatique ou consulaire suisse au plus tard le dernier jour du délai. Cela permet de tempérer le désavantage évoqué plus haut frappant la partie se trouvant à l'étranger. Cette partie est libre de recourir aux services postaux étrangers pour l'acheminement des actes de son domicile au siège de la représentation suisse. Le moment déterminant est celui auquel l'envoi parvient à la représentation suisse concernée. Bien entendu, la réception et la transmission des actes en Suisse se fait en conformité avec les prescrip-

tions internes du Département fédéral des affaires étrangères en la matière. Le 2^e alinéa consacre enfin expressément le principe voulant que les délais judiciaires soient fixés de manière à ce que les parties domiciliées à l'étranger disposent de suffisamment de temps pour sauvegarder leurs droits.

Cette réglementation répond au besoin d'égalité de traitement entre les personnes domiciliées à l'étranger et celles domiciliées en Suisse. D'autre part, la solution retenue a l'avantage, tout en constituant une légère atteinte à la compétence législative cantonale, de faire un progrès important sur une question qui revêt de l'importance en pratique. A cela s'ajoute le fait que cette réglementation s'appuie étroitement sur la réglementation prévue dans la loi fédérale sur la procédure administrative (RS 172.021) (art. 21) et sur quelques projets de révision en cours (OJ, LP).

214 Droit applicable

214.1 En général

La section 3 des dispositions communes contient les principes régissant le droit applicable. Le point de départ consiste à définir la portée de la norme de conflit. Le projet dit à quelles dispositions d'un droit étranger il renvoie.

La doctrine est divisée sur la question de savoir dans quelle mesure une loi de DIP peut édicter des règles de conflits bilatérales, c'est-à-dire que par le jeu de critères de rattachement généraux et abstraits, une cause est soumise entièrement à un ordre juridique donné. On a émis parfois l'idée que le législateur national devait se borner à définir le domaine d'application de ses propres lois. Le présent projet se borne en tout cas à régir l'application du droit par les autorités suisses. Les règles de conflits retenues sont limitées aux cas dans lesquels la Suisse a un intérêt légitime à ce qu'une réglementation existe. Dans cette mesure on peut dire que le projet contient des normes de conflit bilatérales.

Le projet s'efforce de créer des règles de conflits qui renvoient à un droit avec lequel la cause présente le rapport le plus étroit. A de nombreux endroits, dans des domaines bien précis, ce principe est mis en évidence. Pour les questions de statut personnel, cela est réalisé par l'ordre de préséance établi entre le principe du domicile et celui de la nationalité, puis la désignation de la personne et du moment déterminant. En matière patrimoniale, le principe des rapports les plus étroits est rendu possible par la place laissée à l'autonomie des parties qui ne joue pas seulement dans le droit des contrats, mais également dans le droit des régimes matrimoniaux, le droit successoral, les droits réels et le droit délictuel. Il y a cependant des limites à la détermination du droit le plus proche. Malgré tous les efforts sérieux entrepris, il ne sera jamais possible de prévoir dans une loi toutes les facettes de la réalité.

La clause d'exception (*art. 14*) et la réserve d'ordre public (*art. 16*) peuvent faire exceptionnellement obstacle au rattachement ordinaire. Du point de vue fonctionnel, ces deux dispositions sont essentiellement différentes. La première devrait permettre au juge de trouver la solution la plus adéquate dans une cause donnée, la seconde empêcher que par l'application d'un droit étranger

désigné par la règle de conflit, on n'aboutisse à des résultats qui heurteraient manifestement le sentiment du droit en Suisse.

214.2 Portée du renvoi

L'article 13 régit trois questions de droit :

Le 1^{er} alinéa désigne ce qui fait partie du droit étranger désigné comme applicable, le 2^e alinéa traite du renvoi au premier et au second degré et le 3^e alinéa porte sur le problème du caractère public de la disposition étrangère applicable.

En premier lieu, le projet retient comme applicable le droit qui présente les liens les plus étroits avec la cause. Le 1^{er} alinéa part du principe selon lequel les règles de conflit du projet ne renvoient qu'aux dispositions du droit étranger matériel et non pas à ses propres règles de conflit; le renvoi est en principe unilatéral et non bilatéral. Il n'y a d'exception à ce principe que lorsque le projet réserve exclusivement la règle de conflit étrangère (art. 35).

La doctrine de DIP n'est pas non plus sûre quant à la portée du renvoi au premier ou au deuxième degré (cf. L. Raape/F. Sturm, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Munich 1977, p. 163 ss). La loi autrichienne de DIP permet de prendre en considération ces deux renvois (cf. § 5, 1^{er} et 2^e al.; A. Ducheck, *Verhandlungen des 7. österreichischen Juristentages 1979*, vol. II, 4^e partie, Vienne 1979, p. 18 ss). Les arguments pour ou contre la prise en considération du renvoi s'équilibraient. Le présent projet adopte une position pragmatique en la matière. Il examine la nécessité du renvoi pour chaque domaine qu'il traite et propose une solution adaptée là où le respect du renvoi s'impose. En général, un tel besoin ne s'impose pas. Pareil besoin ne s'impose notamment pas lorsque les parties peuvent choisir elles-mêmes le droit applicable ou lorsque dans l'intérêt même de la sécurité des transactions, il convient de prévoir des rattachements fixes (droit patrimonial, droit des obligations). Mais il en va autrement en matière de statut personnel, notamment lorsque le droit désigné renvoie au droit suisse et qu'il n'entend pas s'appliquer (2^e al., let. b). On devrait aussi tenir compte du renvoi lorsqu'il y va de la reconnaissance et de l'exécution d'actes publics étrangers et de la garantie de la validité formelle ou matérielle d'un acte juridique (même s'il fallait tenir compte des règles de conflits de l'Etat désigné par le présent projet). Cette façon de faire paraît mieux tenir compte de la sécurité du droit que ne le ferait une exclusion ou une acceptation générale du renvoi, ce qui d'ailleurs empêcherait la libre appréciation du juge.

Le renvoi à un ordre juridique déterminé porte sur toutes ses règles de droit matériel, indépendamment de leur caractère public ou privé. Mais il est souvent bien difficile de déterminer le caractère d'une disposition, chaque ordre juridique accordant des critères différents au droit privé et au droit public. La jurisprudence du Tribunal fédéral ne permet pas de répondre aux besoins pratiques de la vie juridique dès lors que la Haute Cour est d'avis qu'une disposition du droit public étranger ne saurait être prise en considération que dans la mesure où, même de façon médiate, elle sert des intérêts privés

(ATF 80 II 53; 83 II 312; 95 II 109). Il ressort en principe du but et de la nature du droit public de servir en premier lieu les intérêts publics et non pas privés; cependant, il est difficile de fixer une limite entre intérêts publics et privés.

L'article 13, 3^e alinéa, s'inscrit dans la ligne de la doctrine la plus récente (cf. R. Gubler-Schaub, *Der Schutz des schwächeren Vertragspartners*, Bâle 1981, p. 1 à 24; R. Heiz, *Das fremde öffentliche Recht*, Zürcher Studien zum internationalen Recht, vol. 29, Zurich 1959; P. Lalive, *Sur l'application du droit public étranger*, ASDI 1971, p. 103 ss; F. Vischer/A. von Planta, *Internationales Privatrecht*, Bâle et Francfort sur le Main 1982, p. 17). On peut en outre se référer à une résolution de l'Institut de Droit International (cf. ASDI 1975, vol. 56, p. 158 à 278, 375 à 410 et 550 à 553) disposant ce qui suit:

Le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de conflits de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public.

214.3 Clause d'exception

Comme on l'a vu, le présent projet s'emploie à renvoyer à l'ordre juridique qui présente les liens les plus étroits avec la cause.

La réalité juridique montre cependant que des situations se produisent que le législateur ne peut pas prévoir et elles peuvent empêcher un rattachement dans une situation donnée. Une loi de DIP destinée à durer se doit de laisser un certain champ libre au juge pour lui permettre de créer le droit. Le juge doit pouvoir dans des cas exceptionnels rompre le mécanisme rigide du renvoi pour éviter des solutions impropres, voire arbitraires dans certains cas. Pour cela il faut que de l'ensemble des circonstances on puisse constater que la cause n'a qu'un lien très lâche avec le droit désigné et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit (*art. 14*). Le Tribunal fédéral a dégagé cette exception au rattachement normal surtout en matière de contrat (ATF 94 II 355, 78 II 190 et 76 II 45). La doctrine suisse s'est appuyée sur cette jurisprudence pour admettre l'existence de pareille exception dans d'autres domaines que celui des contrats, par exemple dans la LRDC, lorsqu'il s'est agi d'éviter qu'un rattachement de principe à une loi ne conduise à produire un résultat inconciliable tant avec le sens et le but de la disposition en cause qu'avec les intérêts des parties. On peut citer comme exemple l'arrêt du tribunal supérieur de Zurich du 4 septembre 1969 (cf. RSJ 1969, p. 374 ss). Le Tribunal fédéral également s'est écarté de l'application de principe de la loi désignée par l'article 8 LRDC – abrogé depuis – dans deux causes concernant la contestation de la filiation légitime (cf. arrêts non publiés du 12 novembre 1970, cause Colla – ASDI 1972, p. 399 ss – et du 17 décembre 1977, cause Womack – ASDI 1978, p. 359 –). L'article 8e, 3^e alinéa, LRDC introduit par la loi fédérale du 25 juin 1976 concernant la modification du code civil (filiation) contient une clause d'exception expresse.

Les raisons qui justifient l'application de la clause d'exception tiennent au fait que les parties peuvent légitimement s'attendre à la soumission à un ordre

juridique présentant des liens plus étroits avec la cause ou à ce que l'on évite d'arriver à un résultat qui irait à l'encontre du but recherché.

La clause d'exception doit permettre, qu'en plus d'arriver à un rattachement objectif pour une cause donnée, la création du droit se perfectionne. La question de savoir si l'on doit donner en DIP la préférence à la réglementation générale bien établie assurant la sécurité du droit ou à la solution juridique qui s'impose dans chaque particulier est de toute façon controversée. Le présent projet veut exclure une solution générale dans la mesure où elle ne permet pas d'obtenir une solution satisfaisante dans un cas d'application donné. Les règles de conflit du projet ne doivent pas seulement revêtir une signification *prima facie* (cf. rapport final, p. 29), mais avoir en principe, une valeur obligatoire; on ne saurait s'en écarter que dans des cas extrêmes. On doit donc s'attendre à ce que la clause d'exception se concrétise par voie jurisprudentielle lorsque le juge est appelé à faire œuvre de législateur. La clause d'exception ne constitue pas une délégation générale au pouvoir d'appréciation du juge, mais permet à celui-ci, dans chaque cas particulier porté à sa connaissance, de créer des règles particulières lorsqu'il se justifie de s'écarter de la règle de rattachement ordinaire. Le juge doit procéder de la même manière que pour l'application de l'article 1^{er}, 2^e alinéa, CC.

La clause d'exception n'est pas applicable en cas d'élection de droit (2^e al.). La raison de cette disposition réside essentiellement dans le fait que les parties ne sauraient être exposées au risque de voir leur différend soumis à un ordre juridique autre que celui qu'elles ont choisi librement dans le cadre de l'autonomie des parties. On peut en outre considérer que les parties ont porté généralement leur choix sur un ordre juridique présentant des liens suffisamment étroits avec la cause.

214.4 Constatation du droit étranger

La capacité de fonctionner du DIP dépend essentiellement de la mesure dans laquelle l'autorité compétente est tenue d'établir d'office le contenu du droit étranger. Actuellement cette question est régie par les codes de procédure civile cantonaux. Dans la majorité d'entre eux il appartient aux parties d'apporter la preuve du droit étranger (cf. art. 57 ZPO Zurich; art. 159 ZPO Schwyz; art. 171 ZPO Schaffhouse; art. 70 CPC Neuchâtel; art. 35 CPC Tessin; M. Guldener, *Zivilprozessrecht*, Zurich 1979, p. 157 et références n. 11; ATF 91 II 125; F. Vischer, *RDS* 1971, fasc. 2, p. 104 ss).

L'article 15 oblige le juge à établir d'office le contenu du droit étranger. Le principe *iura novit curia* joue ainsi également pour l'application du droit étranger. Le présent projet suit en cela une tendance constatée dans d'autres Etats et où l'on a acquis une certaine expérience en ce domaine (cf. *Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht*, Kolloquium zum 40-jährigen Bestehen des Hamburger Max-Planck-Instituts, Länderberichte, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, vol. 10, Berlin/Tübingen 1968). La loi autrichienne de DIP de 1978 prévoit également l'application d'office du droit étranger (cf. § 3 et 4; A. Ducheck/F. Schwind, *IPR*, Vienne 1979, p. 12 ss).

Cette tâche n'est pas dévolue au juge suisse sans qu'il puisse bénéficier d'une certaine aide. On peut citer dans ce contexte la Convention européenne du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger que la Suisse a ratifiée en 1970 (RS 0,434.2). En outre, l'Institut suisse de droit comparé a commencé à fonctionner en 1982. Sa tâche consiste notamment à donner des renseignements et des avis de droit aux tribunaux, aux organes administratifs, aux avocats et à d'autres intéressés sur le droit étranger (cf. art. 3, 1^{er} al., let. c, de la LF du 6 octobre 1978 [RS 425.1] sur l'Institut suisse de droit comparé). Et comme par le passé, le juge pourra demander aux parties de collaborer avec lui; mais il ne pourra plus s'en remettre au bon vouloir des parties d'établir ou non le droit étranger et, dans les cas où elles ne le font pas, se référer au droit suisse.

Du moment que l'application du droit étranger découle d'une injonction de la règle suisse de conflit, le juge doit établir lui-même cette preuve, au besoin avec la collaboration des parties. Mais aucune sanction immédiate ne viendrait frapper la partie qui ne répondrait pas à l'appel du juge en vue de sa coopération. Cependant, le juge pourrait, selon les circonstances, mettre à la charge de cette partie les frais que cette attitude aurait entraînés.

Le droit suisse s'applique s'il n'est pas possible d'établir le contenu du droit étranger. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit suisse s'applique en tant que tel et non en tant que son contenu s'appliquerait en lieu de place du droit étranger dont le contenu n'a pu être établi (ATF 92 II 111).

L'article 15 demande une révision de la loi fédérale du 16 décembre 1943 (RS 173.110) d'organisation judiciaire. Il s'agit d'obliger le Tribunal fédéral à examiner à fond, non seulement la juste application des règles de conflits du droit suisse, mais aussi à contrôler que l'instance inférieure a correctement appliqué le droit étranger désigné par la règle de conflit (art. 182). Selon le droit actuel, les parties peuvent recourir en réforme, lorsque le droit étranger n'a pas été appliqué et, qu'en son lieu et place le droit suisse a été appliqué en tant que *lex fori*. Il est équitable de permettre un tel recours aussi en cas de fausse application du droit étranger.

214.5 Ordre public

214.51 En général

C'est un principe universellement admis que le renvoi n'a pas à être pris en considération lorsque l'application du droit étranger dans un cas particulier conduirait à un résultat manifestement contraire à l'ordre public interne. Le Tribunal fédéral a toujours admis cette réserve dite négative de l'ordre public. Ce n'est donc pas le contenu lui-même du droit étranger qui est visé au premier chef, mais ses effets. Mais il ne faut pas pour autant laisser de côté l'effet positif de l'ordre public. On a, en droit suisse, des dispositions qui entendent être appliquées exclusivement en raison de leur but; elles font obstacle du même coup à l'application d'un droit étranger désigné par la règle de conflit. Il s'agit surtout de dispositions qui revêtent un caractère socio-juridique ou qui

visent des objectifs ayant un aspect social ou économique spécial. Ce genre de règles déterminent elles-mêmes leur champ d'application et sont des règles de conflits qui doivent toujours et nécessairement être respectées (cf. F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII, Berlin 1849, p. 32 ss). Le Tribunal fédéral a reconnu la primauté de ce genre de dispositions (ATF 68 I 73, 75 II 1; I. Schwander, *Lois d'application immédiate, Sonderanknüpfung IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, SSIR, Zurich 1975, p. 45 ss). On peut citer comme exemples les empêchements de droit public à la conclusion du mariage ou l'arrêt fédéral du 23 mars 1961 (RS 211.412.41) sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger.

214.52 Réserve de l'ordre public

L'article 16 exclut l'application d'une disposition du droit étranger si elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public suisse. Cette réserve négative de l'ordre public découle du fait que le renvoi à un droit étranger ne se préoccupe pas d'emblée des effets de droit matériel que l'application de ce droit implique. La réserve permet donc au juge de ne pas appliquer exceptionnellement un droit étranger qui aurait pour résultat de heurter de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit en Suisse.

La réserve de l'ordre public consiste donc dans une réserve générale et une clause d'exception. En tant que réserve générale, elle doit être envisagée de façon large. On ne saurait donc en définir précisément le contenu; toute définition ne pourrait qu'avoir une valeur approximative. A titre de clause d'exception elle doit donner lieu à une interprétation stricte et mesurée, ce qu'expriment les mots «manifestement incompatible». En tant que clause générale, elle constitue en outre une base aux règles spéciales qui ne sont pas tout à fait définies. L'analyse de situations typiques peut en considération des intérêts en cause conduire à concrétiser *modo legislatoris* l'ordre public. Dans ce sens, la réserve de l'ordre public sert à développer les règles de conflits de lois.

L'article 16 confère un poids particulier au résultat auquel conduit, dans un cas donné, l'application d'une disposition du droit étranger (ATF 103 Ib 69). On devrait ainsi empêcher un examen abstrait de la disposition légale étrangère et exclure l'application d'un droit étranger lorsque le résultat qui en découlerait ne correspondrait ni au droit ni aux mœurs en Suisse et heurterait dès lors les valeurs fondamentales de l'ordre public suisse.

La réserve de l'ordre public est également tributaire des conditions de temps et de lieu et des conditions des rapports internes. Pour le reste, ce sont les principes dégagés par la jurisprudence et la doctrine qui jouent (ATF 103 Ib 69, 103 Ia 199, 102 Ia 308 574; L. Raape/F. Sturm, IPR, Munich 1977, p. 194 ss; F. Vischer/A. v. Planta, IPR, p. 20 ss).

La réserve de l'ordre public négatif et la clause d'exception de l'article 14 règlent des situations différentes. La réserve de l'ordre public exclut l'application d'une disposition étrangère dont le résultat heurterait l'ordre public suisse

dans un cas particulier. En revanche, l'article 14 permet de ne pas tenir compte d'un droit normalement applicable au sens du projet, au profit d'un autre qui, au regard de l'ensemble des circonstances, présenterait des liens manifestement plus étroits avec la cause. On constate que la clause d'exception de l'article 14 met la règle de conflit au premier plan, alors que la réserve de l'ordre public de l'article 16 se fonde avant tout sur des considérations de droit matériel.

Si une disposition d'un droit étranger ne peut pas s'appliquer en raison de l'article 16, il s'agit de savoir quel droit il faut appliquer à sa place. Contrairement au paragraphe 6 de la loi autrichienne de DIP, le projet de loi suisse ne prévoit pas de règle expresse en la matière. Il serait justifié de chercher à savoir si dans le droit désigné n'existerait pas une autre disposition qui apporterait une solution. Si tel n'est pas le cas, la loi suisse en tant que loi du for devrait s'appliquer.

214.53 Application impérative du droit suisse

Le droit suisse comme tout ordre juridique comprend des dispositions qui revêtent une signification fondamentale pour l'Etat et la communauté juridique et qui entendent s'imposer dans chaque cas par priorité. La question de savoir quel droit s'applique devient superflue et le respect de règles de droit étranger est exclu dès lors que des dispositions du droit interne entendent s'appliquer de façon exclusive en considération du but particulier qu'elles poursuivent. En matière de droit civil, il va de soi que toutes les dispositions revêtant une signification particulière ne sont pas réservées. Aux termes de l'article 17 seules «les dispositions du droit suisse, dont, en raison de leur but particulier, l'application s'impose» pour le respect de l'ordre public, sont réservées. En principe, il découle des dispositions concernées qu'elles revendiquent leur application exclusive. Il en va ainsi par exemple de l'arrêté fédéral du 23 mars 1961 (RS 211.412.41) sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger; en raison du but poursuivi, cet arrêté s'applique même si le contrat portant sur l'immeuble n'est pas soumis au droit suisse. Dans le même sens, les règles de droit public destinées à la protection des travailleurs lient l'entreprise qui a son siège en Suisse, peu importe que le rapport de travail soit régi par un contrat du droit suisse ou du droit étranger.

Dans les deux exemples, il s'agit de règles dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique sociale et économique du pays (cf. Ph. Francescakis, Rev. crit. 1966, p. 1 ss). F.C. von Savigny les désignait comme les dispositions fondées sur le bien-être de la collectivité (*publica utilitas*), qu'elles revêtent un caractère de politique, de police ou d'économie publique (cf. System des heutigen römischen Rechts, vol. VIII, p. 33 ss).

214.54 Ordre public d'un Etat tiers

La réserve de l'ordre public contenue à l'article 15 concerne les rapports existant entre le droit interne et le droit étranger que désigne la règle de conflit. Mais il y a des situations dans lesquelles un Etat tiers revendique dans

certains rapports juridiques l'application exclusive d'une de ses dispositions. Qu'on pense en matière de contrat, aux interdictions d'importation ou d'exportation, aux prescriptions monétaires ou à des règles cartellaires. La question qui se pose est celle de savoir si et à quelles conditions des règles d'un Etat tiers qui ne seraient en principe pas applicables en vertu du présent projet, peuvent néanmoins être prises en considération. C'est là un des problèmes les plus ardu du DIP moderne. L'article 18 accorde un certain effet à une règle de ce genre à trois conditions:

- lorsqu'en raison de son but particulier dans le cas d'espèce, elle revendique impérativement son application et que la situation visée présente avec elle un lien suffisamment étroit;
- lorsqu'il existe un intérêt prépondérant à ce qu'elle soit appliquée ou prise en considération, par rapport à sa non-application;
- lorsque son intérêt à être appliquée ou prise en considération en Suisse apparaît digne de protection compte tenu du but qu'elle poursuit.

Mais il faut également tenir compte des conséquences qu'entraînerait son application. Le juge suisse aura ainsi toujours le moyen d'empêcher qu'une disposition étrangère ne vienne s'immiscer si, du point de vue suisse, elle ne se justifie pas.

L'application ou la prise en considération de semblables dispositions d'Etats tiers ne pourrait en fin de compte découler que d'une injonction de la *lex fori* (cf. F. Mänhardt, Die Kodifikation des österreichischen internationalen Privatrechts, Schriften zum internationalen Recht, vol. 10, Berlin 1978, p. 41). Les termes employés par l'article 18 « il peut être donné effet » devraient permettre au juge de rendre un jugement approprié au cas particulier. Le juge devrait notamment donner effet à une disposition étrangère en Suisse lorsqu'après avoir évalué toutes les circonstances de la cause, il arrive à la conclusion que par l'application du droit suisse il arriverait au même résultat. Le respect de dispositions impératives du droit étranger peut souvent aussi favoriser les parties parce que, selon le cas, cela permettra d'obtenir la reconnaissance et l'exécution du jugement dans l'Etat concerné (cf. I. Schwander, Lois d'application immédiate, ASDI p. 10 ss; A. Heini, Ausländische Staatsinteressen und internationales Privatrecht, RDS 1981, 1^{re} partie, p. 65).

215 Domicile et nationalité

215.1 En général

La section 4 des dispositions communes (art. 19 à 22) s'emploie à définir de façon plus précise les notions importantes pour l'ensemble du projet, à savoir celles de domicile, de résidence habituelle et d'établissement et celles de nationalité, d'apatridie et de réfugié.

En matière de droit de famille la question fondamentale consiste à savoir s'il faut donner la préférence à la nationalité ou au domicile. La ligne générale de la LRDC suit le principe du domicile (cf. art. 2, 12 et 22 LRDC), se distinguant par là des codifications importantes de la fin du siècle dernier (cf. F. Vischer/A. von Planta, IPR, p. 5). Mais la LRDC a quand même prévu des exceptions

essentielles en faveur du principe de la nationalité, comme à l'article 8 aujourd'hui abrogé relatif au statut familial des personnes, et aux articles 7c et 7h sur le mariage et le divorce. Dans le droit de l'Europe continentale, la tendance en faveur du principe domiciliaire se raffermi, bien que le principe national domine toujours, contrairement au droit anglo-saxon. On peut constater très nettement cette tendance dans les récentes conventions de La Haye qui suivent le principe du domicile dans des domaines importants du droit de la famille, en se distançant ainsi de la position largement suivie encore au début du siècle. Même constatation dans la LRDC où les modifications intervenues en matière d'adoption et de filiation ont substitué le principe du domicile à celui de la nationalité pour le statut des personnes (art. 8a à 8e).

Le projet qui vous est soumis donne la primauté au principe du domicile. Le domicile, la résidence habituelle et l'établissement constituent ses points de rattachement essentiels. Les règles de conflit du projet peuvent conduire à des solutions diamétralement opposées selon le sens que l'on donne à ces notions. On ne saurait résoudre tous les cas par un rattachement au domicile et il convient d'examiner pour chaque disposition si, et dans quelle mesure, il faut accorder de l'importance à celui de la nationalité. Dans les cas les plus importants, si l'on a retenu le rattachement au domicile (ou à l'établissement) d'une personne c'est en considération du fait que le rapport le plus étroit existe avant tout avec le lieu dans lequel une personne a le centre de ses activités.

C'est dans le domaine de la reconnaissance des décisions et des relations familiales (droit du mariage, filiation) qu'il y a lieu d'apporter des exceptions au principe du domicile. Dans ces domaines, le projet emploie le système dit de la cascade: à défaut de domicile commun des parties intéressées, on se réfère tout d'abord à leur nationalité commune en tant qu'élément présentant le lien le plus étroit.

En ce qui concerne la nationalité, c'est plutôt le rattachement que la notion de nationalité qu'il s'agit de régler. De plus, une réglementation concernant la pluralité de nationalités, les apatrides et les réfugiés est indispensable.

Les articles 19 à 22 définissent les notions essentielles du présent projet. D'autres définitions seront précisées dans des chapitres déterminés, comme dans les articles 117 (contrats conclus par les consommateurs), 146 (sociétés) ou 170 (arbitrabilité).

215.2 Domicile

Au sens de la présente loi, une personne a son domicile dans l'Etat dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir (*art. 19, 1^{er} al., let. a*). Le domicile, au sens de cette disposition, correspond aux termes employés par le code civil pour définir le domicile. Contrairement à ce qu'on pourrait en attendre, le DIP ne place pas au premier plan des moments purement subjectifs ou des états d'âme. La doctrine et la jurisprudence ont souvent souligné que la question de savoir où une personne avait son domicile ne concernait pas seulement cette personne elle-même, mais de nombreuses autres personnes et autorités. C'est pourquoi, ce qui devrait être déterminant, c'est le lieu dans lequel une

personne réside de sorte qu'en raison de toutes les circonstances objectives elle apparaisse pour l'extérieur y avoir son domicile (ATF 97 II 3; E. Bucher, *Berner Kommentar*, n.1 ad Art. 23 ZBG; J.-M. Grossen, *Das Recht der Einzelperson*, Schweizerisches Privatrecht, vol. II, Bâle 1967, p. 350¹⁾).

Cette manière objective d'examiner le domicile ne change rien au fait que la création de celui-ci dépende à la fois d'un élément objectif et subjectif, à savoir de la résidence dans un lieu donné et de l'intention d'y demeurer. Pour savoir si l'exigence de la résidence habituelle dans un lieu donné est réalisée, on doit partir de l'idée, qu'en raison de toutes les circonstances, la personne concernée entend faire du lieu où elle réside, le centre de ses intérêts (ATF 97 II 1).

On considère généralement comme centre des intérêts l'endroit où l'on peut localiser le mieux les relations et les intérêts familiaux d'une personne, ce qui n'exclut pas la prise en considération de ses intérêts professionnels et financiers. Quand une personne n'a pas de relations avec sa famille ou sa parenté ou n'en a que de très lâches, ses intérêts professionnels devraient l'emporter. Par exemple, le travailleur étranger célibataire, dégagé des liens familiaux qui le rattachent à son pays d'origine et qui crée le centre de ses intérêts dans le lieu où il a son activité professionnelle (cf. ZR 32 N. 188; 62 N. 93).

Pour savoir si une personne a un domicile, il faut évaluer ses intérêts dans chaque cas particulier pour savoir avec quel Etat existent les liens les plus étroits, considération prise de l'ensemble de ses relations personnelles qui l'intègrent le plus étroitement à cet Etat. A ce propos, il faut bien considérer qu'un domicile ne peut exister que dans un seul Etat et que pour le DIP un double domicile n'entre pas en considération (art. 19, 2^e al.). Ce qui est déterminant, ce sont les circonstances objectives et la nature du rapport juridique en cause, à savoir le fait de considérer chaque fois la fonction attachée au domicile (cf. E. Bucher, *Berner Kommentar*, n. 21 ss, avant art. 23 CC). Ainsi par exemple, le DIP pourrait admettre l'existence d'un domicile suisse alors que du point de vue de la police des étrangers un tel domicile n'existerait pas. Inversement, le fait qu'un domicile fiscal existe en Suisse ne signifie pas encore que le DIP en admette un. En soi, le statut conféré à une personne du point de vue de la police des étrangers ou du point de vue fiscal ne signifie pas encore que cette personne ait ou n'ait pas de domicile au sens du DIP, mais constitue tout au plus un indice.

L'avant-projet prévoyait qu'une personne avait son domicile dans l'Etat dans lequel se trouvait le centre de ses intérêts (cf. art. 19, 1^{er} al.). Cette définition du domicile se distinguait ainsi du texte de l'article 23 CC. Il ressort de la procédure de consultation qu'on a critiqué à plusieurs reprises, dans les cantons, les partis politiques et les Universités, lors de la procédure de consultation, le fait que le CC et le projet de DIP donnent des définitions différentes du domicile, ce qui est de nature à causer des confusions et à causer une insécurité juridique. Comme la notion du domicile prévue dans l'avant-projet de DIP constituait une codification de la récente jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'article 23 CC, on examina dans la procédure de mise au

¹⁾ Cet ouvrage a paru en français dans un tirage à part des Editions universitaires, Fribourg 1974, sous le titre «Les personnes physiques».

point si ledit article 23 ne devait pas être rédactionnellement adapté. Le Conseil fédéral a renoncé à cette solution, avant tout pour la raison que l'article 23 CC, qui est fortement enraciné dans le sentiment juridique de la population et qui fait l'objet d'une jurisprudence solide, ne devrait pas être modifié sans nécessité. De plus, la jurisprudence actuelle permet de définir le domicile d'une manière souple, répondant aux besoins du DIP.

Mais certaines différences entre le CC et le projet de DIP subsisteront néanmoins. L'article 19 ne connaît pas de domiciles légaux dérivés ou fictifs (2^e al.). Le domicile devra au contraire être spécialement déterminé pour chaque personne et aussi pour les étudiants et pour les personnes qui séjournent temporairement dans un home ou une institution. Par conséquent le domicile des époux sera donc déterminé séparément pour le mari et la femme, sans tenir compte du fait que la femme soit autorisée ou non, en raison des effets du mariage, à se créer ou non un domicile séparé. En cela, le projet est en harmonie avec les propositions faites dans le projet de loi fédérale concernant la révision du CC (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions; FF 1979 II 1179 ss). Dès lors, le projet ne se fonde pas sur le domicile commun au sens traditionnel du terme. Lorsque le projet fait dépendre la compétence ou le droit applicable d'un élément commun à un groupe de personnes, il renvoie toujours au for ou au droit de l'Etat dans lequel ces personnes prises séparément ont leur domicile. Il en va de même pour les enfants mineurs, mais pour des raisons qu'il convient encore d'expliquer on retient en lieu et place du domicile, la résidence habituelle (art. 19, 2^e al.).

Le projet applique le principe du domicile dans tous les cas où il représente le lien profond entre l'ordre juridique déterminant et le rapport de droit considéré. C'est le cas en particulier en matière de droit de famille ou des successions parce qu'il s'agit là de questions juridiques qui concernent en premier lieu des rapports éminemment personnels des personnes considérées et qu'il faut arriver à des solutions garantissant une certaine stabilité des relations en cause.

On peut se demander s'il ne conviendrait pas, dans certaines questions de statut personnel, de qualifier le domicile d'une manière spécifique. Mais il faudrait pour cela retenir une certaine durée propre à qualifier un domicile, ce qui n'irait pas sans créer un certain arbitraire lié au choix de pareils délais. D'autre part, le domicile ne peut être en lui-même que le reflet d'une certaine assimilation qui ne saurait pas non plus être accélérée ni renforcée, par l'écoulement de délais.

Les rapports entre la notion du domicile du présent projet et celle qui découle de dispositions y relatives dans les traités internationaux découlent de l'article 1^{er}, 2^e alinéa, qui dispose que les dispositions divergentes des traités sont réservées. Cela vaut également pour les cas dans lesquels le projet renvoie expressément à un traité international déterminé, car il s'agit d'interpréter de façon uniforme les traités formateurs de droit dans l'optique d'arriver à des solutions convergentes en droit international. On admet généralement que les notions employées dans les conventions internationales ne doivent pas nécessairement être qualifiées selon la *lex fori*, mais être déterminées de façon autonome en considération du but et de l'intention poursuivies par le traité en question. C'est pourquoi il ne faut pas interpréter les notions de domicile ou de

résidence habituelle qu'emploie une convention internationale de la même façon que celles employées par le présent projet.

215.3 Résidence habituelle

Le projet se sert, en plus de la notion de domicile, de celle de résidence habituelle. Selon l'article 19, 1^{er} alinéa, lettre b, une personne a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée. Comme pour le domicile, la résidence habituelle se concentre autour d'un point dont la délimitation se définit en considération de toutes les circonstances de l'espèce. Les critères décisifs devront chaque fois être déterminés en considération des circonstances objectives et en fonction de la question juridique à trancher. On peut dire d'une façon générale, que l'aspect objectif rendant la résidence habituelle reconnaissable pour les tiers revêt une importance plus grande que pour le domicile alors que l'élément subjectif reste en retrait. La résidence implique la présence physique dans un lieu donné. Si en outre, l'écoulement d'une certaine durée donne l'impression aux tiers que la personne réside normalement ou tout au moins la plupart du temps dans ce lieu, on admet qu'il y a résidence habituelle. La notion de résidence habituelle a été introduite en Suisse par le biais de différentes conventions de La Haye (ex.: convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (RS 0.211.231.01)). Il convient de souligner que la résidence dont il est question à l'article 24 CC ne correspond pas à celle définie par l'article 19 du projet. Les conventions de La Haye les plus récentes font de la résidence habituelle le principal point de rattachement afin de pallier la difficulté résultant des conceptions différentes de la notion de domicile dans les Etats, notamment celle du droit anglais.

La résidence habituelle est généralement créée dans un but bien déterminé. On peut imaginer que l'on se crée une résidence habituelle dans le lieu où l'on exerce ses activités professionnelles ou commerciales, dans celui où l'on vient se reposer, dans celui dans lequel on acquiert sa formation ou un perfectionnement de ses connaissances; on acquiert également sa résidence habituelle dans le lieu de travail à l'étranger ou dans le lieu où une personne vient passer sa retraite. La durée d'une résidence habituelle peut être interrompue ou fixée d'emblée pour une période donnée. Une personne peut aussi avoir une résidence habituelle dans plusieurs endroits et avoir également un domicile et une résidence habituelle. Mais domicile et résidence habituelle correspondront en général à un même endroit, mais sans que cela soit nécessaire non plus. Ainsi le travailleur saisonnier en Suisse y aura une résidence habituelle alors que le centre de ses intérêts et donc son domicile se trouve dans son Etat national d'origine où vit sa famille, où se trouve son foyer et où il rentre toujours (cf. ZR 62 N. 93; Riv. dir. int. priv. et proc. 1975, p. 339). Le résident à l'année, lui aussi, aura en règle générale une résidence habituelle en Suisse; dès l'instant où il peut y faire venir sa famille, on peut admettre qu'il y a son domicile. Normalement, les étrangers établis en Suisse y auront leur domicile et non pas seulement leur résidence habituelle.

Dans le projet, la résidence habituelle remplit des fonctions différentes selon les domaines abordés. En droit des obligations, elle est employée pour des raisons tenant au respect de la confiance (sécurité des transactions); pour le droit du mariage et le droit de la famille, elle sert avant tout à rendre efficaces les mesures prises par les autorités; en droit de filiation et en matière de protection des mineurs elle est surtout employée à la place du domicile; en procédure civile enfin elle permet de faciliter l'accès aux tribunaux suisses.

En matière de filiation et de protection des mineurs justement, on a vu que la résidence habituelle remplaçait en partie la notion de domicile. Pour constituer un domicile il faut la manifestation d'une volonté, ce qui vaut également pour la conception objective du domicile. Cela vaut également pour la protection des interdits. Pour exprimer cette volonté, l'exercice des droits civils au sens de l'article 12 CC n'est pas nécessaire, mais bien la capacité de discernement (cf. E. Bucher, op. cit., p. 124 ss; p. 234 ss). On ne peut pas toujours établir si un enfant mineur possède le discernement nécessaire à fonder son propre domicile. C'est pour tenter de résoudre ce problème que le présent projet emploie la notion de résidence habituelle là où une disposition se réfère à la personne et au centre des intérêts d'un enfant (art. 19, 2^e al.).

La question est particulièrement délicate en matière d'enlèvements d'enfants. Où se trouve dans ces cas la résidence habituelle d'un enfant qui a été emmené dans un autre Etat par l'un de ses parents en violation du droit de garde exercé jusqu'ici par l'autre? Dans un arrêt non publié du 25 avril 1975 dans la cause Brunner, le Tribunal fédéral n'a pas pris une position définitive. On peut cependant déduire des considérants du jugement que le centre des intérêts d'un enfant se situe avant tout dans le lieu désigné par celui des parents qui exerce la garde sur lui. Le présent projet considère que la résidence habituelle d'un enfant en considération de son intérêt primordial, se trouve là où il a ses liens familiaux les plus étroits et les plus stables, là où existe son environnement.

215.4 Etablissement

La notion d'établissement a surtout de l'importance en matière de droit des obligations et de droit commercial. Il peut dès lors s'agir aussi bien de l'établissement (établissement professionnel) d'une personne physique que de l'établissement d'une société (succursale). Il existe une différence fondamentale entre ces deux notions. L'article 19 traite de l'établissement des personnes physiques (1^{er} al., let. c) et de l'établissement des sociétés (3^e al.).

L'établissement d'une personne physique se trouve dans l'Etat dans lequel se trouve le centre de ses activités professionnelles, par quoi il faut comprendre toute activité déployée par une personne en vue d'acquérir un revenu. Toutefois, il n'est pas indispensable qu'il s'agisse d'une entreprise exploitée en la forme commerciale.

Le centre des activités commerciales d'une personne se trouve au lieu d'où cette personne réalise ses affaires. Ce lieu peut, mais ne doit pas nécessairement, correspondre avec le lieu de son domicile. Les activités déployées en dehors du domicile doivent avoir un rattachement spécifique. Valent comme

établissements commerciaux par exemple, un cabinet, un atelier, une fabrique, un bureau ou des locaux de vente. Le terme même d'établissement implique un lieu dans lequel une personne a le centre de gravité de son activité professionnelle et que ce lieu présente un certain caractère durable.

Pour une société par contre, l'établissement se trouve dans l'Etat dans lequel elle a son siège ou une succursale. L'article 146 définit le terme de société.

Le siège d'une société est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société. A défaut de désignation, le siège d'une société se trouve dans le lieu où elle est administrée en fait.

La notion de succursale n'est pas définie expressément en DIP non plus; elle est présumée l'être par le législateur (cf. P. Gauch, *Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht*, Zurich 1974, p. 102 ss). Du point de vue suisse, la succursale est un établissement commercial localement séparé de l'établissement principal et qui tout en faisant juridiquement partie de l'ensemble de l'entreprise a sa propre organisation. Son activité indépendante s'exerce en vue de réaliser les buts commerciaux de l'établissement principal. La succursale n'accomplit pas seulement des affaires auxiliaires, comme la préparation des contrats, la représentation ou la mise à exécution d'affaires conclues, mais peut tout comme l'établissement principal, traiter elle-même des affaires de façon autonome. Ainsi, ne sont pas des succursales des dépôts de distribution, ni des offices de paiement, ni non plus des filiales qui, même si elles dépendent étroitement de la société-mère, sont des sociétés commerciales juridiquement autonomes. Souvent la succursale dispose d'un capital propre et tient même sa propre comptabilité (cf. P. Gauch, *op. cit.* p. 101 ss; F. v. Steiger, *Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz*, Zurich 1970, p. 319 ss).

215.5 Nationalité

Bien que le présent projet soit fondé sur le principe du domicile, il n'a pas pu abandonner absolument le principe de la nationalité, en particulier en matière de droit des personnes, de la famille et des successions.

Le fait que des dispositions prévoient un rattachement au droit national présuppose nécessairement la détermination de la nationalité d'une personne. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes pour une fois pour dire que cette question préalable doit être rattachée de façon autonome à savoir qu'elle doit être réglée par le droit de l'Etat dont la nationalité est en cause (ATF 86 I 165).

C'est le principe auquel l'article 20 du projet se réfère expressément. Il s'agit ici d'un problème de rattachement bien plus que d'une définition d'un concept comme à l'article 19. La notion de nationalité et ce qu'elle recouvre en fait sont généralement présumés connus. Il s'agit de l'appartenance sociologique, juridique d'une personne à la population d'un Etat.

Seul le droit de l'Etat dont la nationalité est en cause est à même de dire si l'acquisition ou la perte de la nationalité dépend de l'existence d'un rapport familial. L'effet sur le statut personnel qui découle d'un droit national donné peut déterminer la création, la modification ou l'annulation d'un statut person-

nel et entraîner des effets quant à la nationalité de la personne concernée; mais c'est uniquement l'ordre juridique de l'Etat dont la nationalité est en cause qui peut dire si vraiment ces conséquences se produiront. Par exemple, si des étrangers font en Suisse une adoption dont les conditions et les effets répondent au droit suisse (art. 8b LRDC) et que l'adoption confère la nationalité suisse à l'adopté (art. 276a CC et 7 LN), c'est néanmoins le droit national qui décide si l'adoption ainsi réalisée en Suisse confère à l'adopté la nationalité de cet Etat. Pareillement, c'est au droit suisse de dire si l'adoption réalisée à l'étranger entraîne l'acquisition ou la perte de la nationalité suisse. En effet, chaque Etat peut poser lui-même de façon autonome les conditions auxquelles il soumet la collation de nationalité. On ne peut obliger un Etat à reconnaître l'acquisition ou la perte de sa propre nationalité par l'effet de la loi d'un autre Etat (cf. P. Müller/L. Wildhaber, *Praxis des Völkerrechts*, Berne 1982, p. 361 ss).

En principe on doit éviter de reconnaître la nationalité conférée par un autre Etat lorsque cela heurterait l'ordre public suisse au sens de l'article 16 du projet. Ce serait par exemple le cas si un Etat conférerait sa propre nationalité sans le consentement de l'intéressé simplement dans le but de l'exproprier plus facilement (cf. W. Niederer, *Einführung in die allgemeinen Lehren*, Zurich 1951, p. 155 s.). Il devrait être plus compliqué d'empêcher de reconnaître la déchéance de nationalité car on risque de créer ainsi une nationalité boiteuse. On ne pourrait pas davantage contraindre une personne à se réclamer de la nationalité d'un Etat qui ne la reconnaîtrait pas comme telle pour des raisons d'ordre public.

215.6 Pluralité de nationalités

Sur le plan du droit international public on n'a jamais déployé autant d'efforts pour empêcher la double nationalité que durant ces dernières années et cependant jamais le nombre de doubles nationaux n'a cessé d'augmenter autant qu'aujourd'hui sur le plan interne étatique. Actuellement, le tout récent alinéa 2 de l'article 4 de la constitution disposant que la loi pourvoit à l'égalité entre les hommes et les femmes dans les domaines de la famille va encore faire augmenter le nombre de doubles nationaux.

En DIP, priorité est donnée, en cas de pluralité de nationalités, à la nationalité de la *lex fori*. Ainsi un double national suisse et étranger sera toujours considéré par les autorités suisses comme exclusivement suisse. Lorsqu'une personne possède la double nationalité de deux pays étrangers la pratique accorde la préférence soit à celle qui a été acquise en dernier lieu, soit à celle de l'Etat où la personne concernée est domiciliée (cf. W. Niederer, *op. cit.* p. 158; F. Vischer/A. von Planta, *op. cit.*, p. 31).

La tendance actuelle de la doctrine est de retenir comme nationalité déterminante d'une personne possédant plusieurs nationalités, celle qui est la plus effective, savoir celle à laquelle cette personne est liée le plus étroitement (cf. L. Raape/F. Sturm, *op. cit.*, p. 133 ss). Cette opinion a rencontré un certain écho dans la jurisprudence (ATF 89 I 303).

Pour évaluer la portée de la nationalité effective ou prépondérante pour des Suisses, on ne doit pas s'en tenir à des principes fixes mais prendre en considération les besoins concrets de chaque situation particulière (cf. Message du 2 juillet 1965 concernant l'art. 45^{bis} cst.; FF 1965 II 401 ss). Il en découle que le problème posé par la pluralité de nationalités se pose de manière différente selon qu'il s'agit de compétence, de désignation de la loi applicable ou de la reconnaissance et de l'exécution de jugements ou d'actes publics étrangers.

L'article 21, 1^{er} alinéa, envisage la pluralité de nationalités dans l'optique de la compétence du for d'origine suisse. Les dispositions du projet sur les chefs de compétence ne renvoient au droit national que dans les hypothèses où il s'agit d'accorder aux Suisses de l'étranger la protection d'un for particulier. Il s'agira, de cas en cas, de dire quand, pour un Suisse de l'étranger double national, la nationalité suisse compte pour sa nationalité effective. Mais en appliquant strictement le principe de la nationalité effective à ces Suisses de l'étranger, on aboutirait à ne leur garantir aucun for suisse et l'on supprimerait pour eux une protection qu'on a voulu leur assurer par ailleurs. C'est la raison pour laquelle on doit donner la priorité à la nationalité suisse en matière de for d'origine.

Pour la loi applicable, c'est différent, comme cela ressort du 2^e alinéa disposant que pour la personne possédant plusieurs nationalités, seule est retenue la nationalité de l'Etat avec lequel cette personne a, compte tenu de toutes les circonstances, les relations les plus étroites. Ceci vaut en principe pour les Suisses de l'étranger également. La protection qu'il s'agit de leur assurer en leur garantissant un for au lieu d'origine, ne signifie pas qu'il faille pour autant s'écarter du principe des relations les plus étroites en matière de droit applicable.

La jurisprudence ne pourrait rendre de décision équitable sur ce point qu'en examinant à fond les données de fait et les problèmes juridiques du cas.

Ce principe de la nationalité effective ou prépondérante joue aussi pour les dispositions qui renvoient à un droit national commun à plusieurs personnes. A cet égard, on ne saurait retenir un droit national commun que si chaque personne concernée (chaque époux, parent/enfant) a ses relations les plus étroites avec ce droit (cf. art. 15 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux que la Suisse n'a pas encore ratifiée). Une nationalité commune qui ne serait créée que *iure matrimonii* ou *iure soli* ne saurait suffire.

Afin de favoriser la validité d'un acte, ce principe ne souffre d'exception que dans les domaines où le projet se réfère expressément à une application alternative ou distributive de tous ou de certains droits étrangers d'une personne ayant plusieurs nationalités (ex: art. 50, 2^e al., élection de droit en matière de régimes matrimoniaux; art. 88, 2^e al., élection du droit applicable à la succession; art. 92 sur la capacité de disposer).

L'article 21, 3^e alinéa, concerne le rattachement distributif ou alternatif à l'un des droits nationaux d'un «plurinational». En matière de droit des personnes, de la famille et des successions, les règles du projet reconnaissent les décisions

étrangères qui ont été prononcées par des autorités d'un Etat que lui-même tient pour compétentes. Le principe de base en cette matière consiste dans la *favor recognitionis* raison pour laquelle chaque nationalité en cas de pluralité peut entrer en ligne de compte.

A persister à suivre le principe de la nationalité effective ou prépondérante, on risque non seulement de créer des difficultés, mais encore de contredire même la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 89 I 303); cela d'autant plus que le problème se pose à propos de la reconnaissance d'un statut juridique ou personnel acquis à l'étranger. La non-reconnaissance peut conduire à augmenter le nombre de rapports juridiques boiteux.

215.7 Apatrides et réfugiés

Les notions d'apatrides et de réfugiés sont données par les alinéas 1 et 2 de l'article 22. Le 1^{er} alinéa renvoie pour les apatrides à l'article 1^{er} de la convention de New York du 28 septembre 1954 (RS 0.142.40) relative au statut des apatrides. Cette notion est encore étendue aux situations des personnes dont les relations avec leur Etat national sont rompues d'une façon telle que leur situation équivaut en fait à celle d'un apatride. On englobe donc non seulement les apatrides de droit mais aussi les apatrides de fait. Comme la Suisse a ratifié la convention de New York susmentionnée, on est en droit de se demander si un renvoi était bien nécessaire ici en plus du renvoi général de l'article 1^{er}, 2^e alinéa, du projet. La raison en est que le projet va plus loin que la définition conventionnelle et que des raisons de technique législative justifiaient un renvoi exprès à ladite convention.

Le 2^e alinéa renvoie, pour les réfugiés, à la loi fédérale du 5 octobre 1979 (RS 142.31) sur l'asile, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1981. Ainsi, sont des réfugiés les étrangers qui, dans leur pays d'origine ou le pays de leur dernière résidence, sont exposés à de sérieux préjudices ou craignent à juste titre de l'être en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social déterminé ou de leurs opinions politiques. A moins que des circonstances particulières ne s'y opposent, les conjoints des réfugiés et leurs enfants mineurs sont également reconnus comme réfugiés (art. 3 de la loi sur l'asile).

Dans la mesure où la convention de Genève du 28 juillet 1951 (RS 0.142.30) relative au statut des réfugiés et le protocole de New York du 31 janvier 1967 (RS 0.142.301) y afférent dépassent le cadre de l'article 3 de la loi sur l'asile (cf. FF 1977 III 113 ss), ce sont ces deux textes qui s'appliquent en vertu du renvoi de l'article 1^{er} du projet. Inversement, le législateur serait habilité à élargir la notion de réfugié sans tenir compte des dispositions conventionnelles.

Le 3^e alinéa dispose que pour les apatrides et les réfugiés le rattachement au droit du domicile est substitué au rattachement au droit national. Bien sûr ces personnes auront à souffrir certaines restrictions, comme par exemple en matière d'élection de droit où elles n'auront plus le choix entre plusieurs droits. Mais cet inconvénient est largement compensé par l'avantage de l'égalité de

traitement avec les ressortissants suisses, ce qui rend la réglementation fort supportable.

216 Condition juridique des Suisses de l'étranger

Dans le cadre du domicile et de la nationalité, il faut dire encore un mot sur la situation juridique des Suisses de l'étranger.

216.1 Réglementation actuelle

Le Conseil fédéral se doit de vouer une attention particulière aux Suisses de l'étranger dans le cadre d'une loi de DIP. Une certaine réglementation préférentielle pour les Suisses de l'étranger se justifie tout au moins tant qu'un Etat étranger ne revendique pas sa propre compétence ou l'application de ses lois de façon justifiée. C'est en général à l'égard de l'Etat de domicile que pareils intérêts existent. La LRDC a prévu dans ses articles 28 à 31 une réglementation spéciale pour les Suisses de l'étranger, pour tout ce qui concerne le droit des personnes, de la famille et le droit successoral.

L'article 28 LRDC traite de la compétence et de la loi applicable. Si des Suisses domiciliés à l'étranger sont régis par le droit étranger, ils sont soumis à la juridiction et au droit de l'Etat de leur domicile, sauf pour les immeubles situés en Suisse qui ressortent de la compétence de l'autorité suisse du lieu de leur situation, le droit suisse étant alors applicable (1^{er} al.). Mais si d'après la législation étrangère ces Suisses ne sont pas régis par le droit de leur domicile étranger, c'est le droit suisse qui s'applique et les autorités suisses d'origine qui sont compétentes (2^e al.). L'article 31 LRDC contient une réglementation similaire en matière de régime matrimonial.

L'interprétation de l'article 28 LRDC n'est pas uniforme. Les uns y voient un renvoi limité au droit matériel (ATF 74 II 8, 78 II 200, 81 II 17 319, 86 II 323, 87 II 132), les autres un renvoi général (cf. rapport final, p. 36).

216.2 La réglementation du projet

Le projet n'a pas tenu compte de la réglementation de la LRDC. Il propose une solution différenciée en vertu des différents aspects à considérer pour assurer une protection aux Suisses de l'étranger. Le point de départ consiste à considérer que les Suisses de l'étranger ont des conditions de vie propres justifiant de leur accorder une protection particulière en DIP. On peut dégager les caractères suivants de la réglementation :

Pour répondre aux préoccupations des Suisses de l'étranger dans différents domaines, il s'agit de prendre en considération une compétence élargie des autorités d'origine de ces personnes. En général une telle compétence est donnée lorsqu'en raison de toutes les circonstances de l'espèce il serait impossible à ce Suisse d'intenter action devant les autorités de son domicile ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'il en soit ainsi. Cette réglementation est

encore renforcée par l'article 21 relatif à la pluralité de nationalités. En effet, lorsqu'une personne possède en sus de la nationalité suisse une autre nationalité étrangère, seule la nationalité suisse est prise en considération pour déterminer la compétence des autorités d'origine, et non pas la nationalité effective. Ce qui a pour conséquence, pour un Suisse double national, qu'il a accès aux tribunaux suisses, sans qu'on ait à examiner avec quel ordre juridique cette personne ou l'état de fait à la base de son action, a les relations les plus étroites.

L'application du droit suisse doit également permettre à un Suisse de l'étranger d'obtenir la réalisation d'une prétention qui, selon le sentiment suisse, apparaît comme légitime. Par exemple, lorsque la succession d'un Suisse décédé à son dernier domicile étranger est soumise à la compétence du lieu d'origine du de cujus en vertu de l'article 85 du projet, ladite succession est régie par le droit suisse (art. 89, 2^e al.). Mais l'application du droit suisse ne va pas nécessairement de pair avec la compétence des autorités suisses, ce qui ne correspond pas à un besoin pour les Suisses de l'étranger.

Le droit étranger ne concerne pas les immeubles situés en Suisse (art. 28, ch. 1, LRDC). A leur égard, c'est la loi et la compétence des autorités du lieu de situation qui sont prises en considération. Cette solution revêt une importance particulière en matière successorale, du moment que le droit suisse sur les réserves héréditaires s'applique à la succession de biens immobiliers sis en Suisse d'un Suisse décédé à l'étranger. Cette idée a été introduite dans le projet sous une forme similaire. D'une part, un Suisse de l'étranger peut voir soumis tout ou partie de sa succession au droit suisse en vertu de l'article 85 combiné avec l'article 89, 2^e alinéa. D'autre part, un Suisse de l'étranger double national domicilié en Suisse, ne peut pas faire une «*professio iuris*» en faveur de son autre droit national (art. 88, 2^e al.), car seul le droit suisse est applicable dans ce cas.

Mais d'autres dispositions du projet prennent en considération les intérêts des Suisses de l'étranger. Par exemple: une personne qui n'est pas domiciliée dans son Etat national peut demander que son nom soit régi par son droit national (art. 35, 2^e al.). En outre, un Suisse non domicilié en Suisse, peut demander un changement de nom à l'autorité de son canton de domicile (art. 36, 2^e al.).

Le Conseil fédéral estime que la réglementation proposée tient mieux compte des besoins de nos concitoyens de l'étranger que ce n'est actuellement le cas sous l'empire des articles 28 et suivants LRDC.

217 Reconnaissance et exécution des décisions étrangères

217.1 En général

La section 5 des dispositions communes fixe les conditions générales posées à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires étrangères. Dans cette optique, les actes de la juridiction gracieuse sont placés sur le même pied. La décision étrangère qui doit être reconnue et exécutée en Suisse peut être présentée aussi bien devant un tribunal, une autorité administrative, voire une autorité législative. Pratiquement, ces dispositions s'appliqueront surtout aux

jugements étrangers portant sur la fourniture d'une prestation. Cependant elles valent tout autant pour les jugements en confirmation ou en constatation d'un droit qui, par leur nature, ne nécessitent qu'une reconnaissance et non une mise à exécution proprement dite.

Le projet se fonde sur la *favor negotii vel acti* et donc sur la *favor recognitionis* en ce qui concerne la reconnaissance des actes publics établis à l'étranger, notamment des actes relatifs au statut personnel. Le Conseil fédéral estime qu'un tel acte établi à l'étranger conformément au droit étranger a constaté une situation de fait social qui ne devrait pas, sans nécessité, être remise en cause en Suisse. Un mariage conclu valablement à l'étranger doit pouvoir être reconnu parce que sa non-reconnaissance ne créerait qu'insécurité et que les effets sociologiques qu'il a causés ne peuvent sans autre être détruits.

L'article 23 dispose qu'une décision étrangère est reconnue en Suisse si la compétence internationale de l'Etat du jugement au sens de l'article 24 était donnée et s'il n'existe pas de motifs de refus au sens de l'article 25.

217.2 Compétence de l'autorité étrangère

L'article 24 énumère les conditions que doit remplir une autorité judiciaire ou administrative étrangère pour que la décision qu'elle a rendue, soit reconnue et exécutée en Suisse. Il ne faut pas confondre les chefs de compétence de l'article 24 avec ceux qui sont énumérés aux articles 2 à 12 du projet, même s'il s'agit dans les deux cas de compétence internationale. Dans la section 2 des dispositions communes, on a affaire à des hypothèses dans lesquelles une autorité suisse est compétente pour connaître d'une affaire qui est portée devant elle (compétence directe); dans la section 5 en revanche, sont énumérées les hypothèses et les conditions dans lesquelles, en Suisse, la compétence d'une autorité étrangère est reconnue (compétence indirecte).

Il y a une certaine action réciproque entre la compétence directe et la compétence indirecte. Dans la plupart des cas, là où le projet confère une compétence directe aux autorités suisses, il prévoit les mêmes conditions pour fonder une compétence indirecte étrangère. Il y a cependant un domaine dans lequel, soit pour des raisons tenant à la protection des Suisses de l'étranger, soit aux intérêts des parties domiciliées en Suisse, la Suisse doit accepter sa compétence pour régler un cas sans reconnaître dans la même mesure une compétence étrangère. Ainsi, le projet prévoit le for du lieu d'exécution du contrat (art. 110) ou celui de l'acte ou du résultat d'un délit (art. 126), mais il n'admet la compétence indirecte d'un tribunal étranger en pareilles hypothèses que si la partie défenderesse n'était pas domiciliée en Suisse au moment de l'introduction de l'action (art. 145, 2^e al., let. a et f). Ainsi est prise en considération la garantie constitutionnelle du juge naturel (art. 59 cst.).

Le fait qu'il n'y ait pas de correspondance absolue entre compétence directe et compétence indirecte a profondément influencé la réglementation de cette dernière. S'il y avait eu une correspondance parfaite, une formule générale abstraite aurait suffi alors qu'à ce défaut une réglementation détaillée et diffé-

renciée est devenue indispensable. Dans le premier cas, on aurait pu faire l'économie de règles; mais le second a l'avantage d'arriver à une plus grande précision et à la sécurité du droit.

Dans certains chapitres, les compétences directes et indirectes sont réglées de la même manière (ex.: art. 37, nom; art. 48, effets du mariage; art. 63, divorce; art. 68, rapport de filiation; art. 145, obligations). L'article 24 remplit une fonction subsidiaire complémentaire et constitue le pendant aux articles 2 à 12 relatifs aux chefs de compétence qui y sont donnés. Ainsi, la lettre a reconnaît la compétence de l'Etat dans lequel le défendeur est domicilié lors de l'introduction de l'action. En outre, l'article 24 prévoit trois fors qui peuvent revêtir de l'importance dans tous les domaines de la partie spéciale, à savoir l'élection de for, l'acceptation tacite et la demande reconventionnelle (let. b, c et d).

217.3 Motifs de refus

L'article 25 énumère de manière exhaustive les raisons qui permettent de refuser la reconnaissance en Suisse d'une décision étrangère. Le 1^{er} alinéa mentionne comme motif de refus, qui doit être pris d'office en considération, la contrariété manifeste avec l'ordre public suisse. L'ordre public matériel suisse est violé lorsque la reconnaissance du jugement étranger conduirait à un résultat qui heurterait de façon intolérable le sentiment du droit suisse. Ce n'est donc pas la décision étrangère en tant que telle, mais le résultat qui découlerait de sa reconnaissance et de son exécution en Suisse qui doit faire l'objet d'un examen. Ce résultat ne doit pas conduire à une solution diamétralement opposée à l'ordre juridique suisse. La contradiction éventuelle à l'ordre public doit être manifeste et intolérable compte tenu du sentiment du droit et des mœurs (ATF 102 Ia 308 574).

La réserve de l'ordre public est une clause d'exception qui à ce titre doit être interprétée de manière restrictive. Il en va tout spécialement ainsi s'agissant de la reconnaissance et de l'exécution de jugements étrangers. Il s'agit, en ce domaine, de rapports juridiques qui ont force de chose jugée ou qui sont définitivement acquis à l'étranger. En refusant de les reconnaître en Suisse on créerait des rapports juridiques boiteux. C'est pourquoi on ne peut invoquer la réserve de l'ordre public suisse que si la contradiction avec le sentiment suisse du droit et des mœurs est sérieuse. Dans ce domaine, la doctrine emploie, à juste titre, les termes d'«ordre public atténué de la reconnaissance».

D'autres motifs de refus sont énumérés à l'article 25, 2^e alinéa. Mais à l'inverse de l'ordre public retenu au 1^{er} alinéa, ici la partie intéressée à la non-reconnaissance doit apporter la preuve de l'existence de ces motifs. Il s'agit surtout de motifs de refus tenant aux garanties de l'ordre public procédural, comme la citation régulière, un déroulement équitable de la procédure, le droit d'être entendu, l'absence d'une procédure identique déjà pendante en Suisse, ou le fait qu'un jugement y a déjà été rendu dans la même affaire. Il est juste que les parties intéressées soient appelées à coopérer à l'établissement de ces preuves lorsqu'elles soulèvent pareilles exceptions, étant donné qu'elles sont les premières intéressées à faire toute la lumière sur ces aspects de la procédure. Outre

ces motifs de refus que les parties doivent invoquer, le projet retient encore la violation de l'ordre public procédural. Dans cette mesure, on peut dire que le projet s'écarte de la jurisprudence fédérale dominante (ATF 105 Ib 47). Pour arrêter la solution du projet, on a été sensible au fait qu'un examen *ex officio* de ces questions par le juge de la reconnaissance était très difficilement réalisable.

Si la partie qui s'oppose à la reconnaissance établit que la procédure suivie à l'étranger a méconnu les principes fondamentaux respectés par l'ordre juridique suisse, elle doit au moins le rendre vraisemblable; le cas échéant, le juge peut lui demander de faire la preuve de ses allégations. Constitueraient des cas classiques d'infraction aux principes fondamentaux de la procédure civile, le refus du droit d'être entendu au sens de l'article 4 cst., le fait de ne pas retenir des moyens de preuve essentiels ou de ne pas accorder à une partie un délai suffisant, nécessaire pour assurer sa défense; entrent également dans ce cadre, les manœuvres entreprises par une partie pour empêcher l'autre d'intenter un recours. Ce genre de vices de procédure se rencontrent surtout dans la procédure par défaut (ATF 102 Ia 308).

L'autorité de reconnaissance devra cependant se borner à l'examen des conditions posées par les articles 23 et 24, mais ne pourra pas procéder à une revision au fond de la décision étrangère (art. 25, 3^e al.).

La citation irrégulière dans la procédure étrangère ne peut plus être invoquée par la partie qui a procédé au fond sans faire de réserve. On considère qu'en pareil cas, la partie a eu la possibilité de faire valoir ses moyens en dépit des vices de la procédure. La partie demanderesse à l'exécution peut déjà faire obstacle d'avance à cette exception en produisant en même temps que sa demande en exécution, le certificat prouvant que les parties ont été régulièrement citées. Mais le demandeur est alors obligé de fournir un document officiel de cet ordre en cas de jugement par défaut (art. 27, 1^{er} al., let. c).

En ce qui concerne la litispendance et la force de chose jugée, il y a lieu de se référer au rapport entre les articles 9 et 25, 2^e alinéa, lettre c. L'article 9 traite de l'influence exercée par la litispendance créée à l'étranger sur la compétence directe des autorités suisses, alors que l'article 25, 2^e alinéa, lettre c, traite de la litispendance créée en Suisse et de la *res iudicata* et de ses conséquences en matière de reconnaissance et d'exécution d'une décision étrangère.

217.4 Procédure de reconnaissance et d'exécution

La déclaration d'exécution n'est délivrée que si la partie intéressée le demande (art. 26). Est intéressée, en général, la partie qui a obtenu gain de cause dans la procédure étrangère et qui veut faire valoir ses droits en Suisse. Mais il peut aussi y avoir des cas où c'est la partie qui a succombé qui peut avoir intérêt à la reconnaissance. En procédure gracieuse, il s'agira en règle générale, de la partie qui peut faire valoir des droits découlant pour elle-même ou pour des tiers de l'acte public étranger. Pour l'interprétation de la notion de partie intéressée on peut s'inspirer par voie d'analogie de l'article 6 PA (RS 172.021) (cf. P. Saladin, Das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes, Berne, 1979, p. 85 ss).

L'article 27, 1^{er} alinéa, demande à la partie qui invoque la reconnaissance et l'exécution d'en faire par écrit la demande formelle à l'autorité compétente du canton où la décision étrangère doit produire ses effets. S'agissant d'une décision nécessitant une inscription dans un registre, ce canton sera celui dans lequel est tenu le registre, s'agissant d'un jugement portant sur une prestation, le canton dans lequel l'exécution doit s'opérer. Mais c'est le droit cantonal qui devra dire quelle autorité cantonale a la compétence locale et matérielle.

Les lettres a à c énumèrent les documents qui devront être joints à la requête. L'expédition complète de la décision au sens de la lettre a comprend aussi bien le dispositif que les considérants du jugement. Dans les cas où le droit procédural étranger ne prévoirait pas que le jugement doit contenir les motifs, il faudrait renoncer à en demander ultérieurement la production. Si une partie qui veut obtenir la reconnaissance en Suisse, est libre de faire établir les motifs du jugement étranger, le juge suisse de la reconnaissance peut exiger la production d'un jugement motivé. L'authentification du jugement doit émaner de l'autorité qui a rendu le jugement; il en va de même pour l'attestation de force de chose jugée (let. b) et de citation régulière en cas de jugement par défaut (let. c).

Le 2^e alinéa permet à la partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution d'être entendue dans la procédure et d'y faire valoir ses moyens. Mais ces moyens de preuve ne peuvent porter que sur des faits qui pourraient empêcher la reconnaissance et l'exécution au sens du présent projet. Lorsque la décision étrangère est invoquée à titre préjudiciel, l'autorité saisie de l'action principale peut statuer elle-même sur la reconnaissance (3^e al.).

L'article 28 prévoit que les conditions de reconnaissance et d'exécution s'appliquent aux transactions judiciaires étrangères si, dans l'Etat où elles ont été passées, elles sont assimilées aux décisions judiciaires (cf. M. Guldener, *Zivilprozessrecht*, 1979, p. 397 ss, let. b). En revanche, l'article 28 ne traite pas des transactions passées en dehors du tribunal.

Quant à l'article 29, il étend le champ d'application des dispositions de cette section par analogie à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision ou d'un acte de la juridiction gracieuse. Toutefois, le projet ne traite pas de la reconnaissance de mesures provisoires (sauf p. ex.: art. 94); quant à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères, elle est exclusivement régie en Suisse, par la convention de New York du 10 juin 1958 (RS 0.277.12) en la matière.

L'article 30, enfin, prévoit que les décisions ou actes publics étrangers concernant l'état civil d'une personne sont transcrits dans les registres de l'état civil adéquats en vertu d'une décision de l'autorité cantonale de surveillance (1^{er} al.). Cette autorité permettra l'inscription dès que les conditions prévues dans le projet sont réalisées (2^e al.). Le 3^e alinéa garantit aux personnes concernées par une inscription au sens de l'article 6 PA (RS 172.021), le droit d'être entendues lorsqu'il est établi que les droits élémentaires de la procédure ne leur ont pas été garantis dans l'Etat étranger où la décision a été rendue (ATF 107 Ia 198).

22 Personnes physiques

221 Principe

Après avoir posé le principe général selon lequel c'est le domicile qui constitue en matière de droit des personnes le rattachement principal (art. 31, 1^{er} al.), le chapitre 2 comprend des dispositions sur la jouissance et l'exercice des droits civils, sur le nom et les changements de nom et sur la déclaration d'absence. Quant aux personnes morales, elles font l'objet du chapitre 9.

L'article 31, 1^{er} alinéa, confirme donc le principe du rattachement au domicile, contenu à l'article 2 LRDC, pour autant que le projet ne prévoit pas de dispositions spéciales contraires en matière de compétence et de droit applicable au droit des personnes. Ce principe n'a donné lieu à aucune contestation lors de la procédure de consultation.

Pour les atteintes aux intérêts personnels, le 2^e alinéa renvoie aux règles prévues pour les actes illicites (art. 129 à 138). L'article 135 constitue au surplus une règle spécifique pour régler les atteintes à la personnalité par les mass media. Les principes de rattachement généralement fixés en matière d'actes illicites valent également lorsqu'il s'agit d'atteinte à la personnalité.

222 Jouissance des droits civils

L'article 32, 1^{er} alinéa, reprend textuellement l'article 11 CC. Le principe voulant que toute personne jouisse des droits civils est tellement évident en droit suisse que l'on pourrait se demander s'il est bien nécessaire de le dire expressément. Mais on peut donner des raisons à cela. Un ordre juridique qui ne reconnaîtrait pas la jouissance des droits civils à une personne serait perçu en Suisse comme contraire à l'ordre public. Il faut prévoir cependant que si l'on veut qu'un principe fondamental soit toujours respecté on le mentionne aussi expressément. Il serait malhonnête de rattacher par exemple la jouissance des droits civils au domicile de la personne, mais d'invoquer à chaque fois l'ordre public lorsque le droit du domicile refuserait la jouissance des droits civils à une personne donnée. Le 1^{er} alinéa démontre une philosophie générale qui se retrouve dans tout le projet.

Il faut distinguer du principe que toute personne doit avoir la jouissance des droits civils, la question du début et de la fin de la personnalité. Les conditions posées au début ou à la fin de la personnalité sont différentes selon les législations internes (ex.: droits du *nasciturus*; le moment où la vie commence, se termine; les présomptions de vie, etc.). La question de savoir si une personne a ou n'a pas la jouissance de droits civils est toujours une question préalable. L'article 32, 2^e alinéa, rattache dès lors la jouissance des droits civils au droit qui régit le rapport juridique qui la présuppose (*Wirkungsstatut*).

223 Exercice des droits civils

La LRDC soumet l'exercice des droits civils à la loi nationale (cf. art. 34 LRDC en rapport avec art. 10 LF du 22 juin 1881 sur la capacité civile; ATF

106 Ib 196). La tendance moderne du DIP met l'accent sur le rattachement de la personne avec l'endroit où elle vit et non plus avec son Etat national avec lequel ses relations sont souvent moins étroites, sinon fortuites. Le projet soumis à consultation prévoyait le rattachement à la résidence habituelle de la personne en cause, mais il s'est heurté à des critiques; on y a surtout invoqué les risques d'abus dont ce rattachement pourrait être la source. Etant donné que l'on peut aisément changer sa résidence habituelle il aurait été possible à une personne n'ayant pas l'exercice des droits civils de se rendre à l'étranger, d'y créer une résidence habituelle et d'y acquérir par ce biais l'exercice des droits civils. De retour en Suisse, elle aurait pu se prévaloir de l'exercice des droits civils acquis à l'étranger. C'est pour éviter des abus de ce genre que l'article 33, 1^{er} alinéa, a retenu le domicile comme point de rattachement en lieu et place de la résidence habituelle; le domicile présente en effet un caractère de plus grande stabilité.

Quant au 2^e alinéa, il accorde une certaine permanence à l'exercice des droits civils. On ne devrait pas retirer l'indépendance juridique à une personne qui l'a déjà acquise. Le 2^e alinéa concerne en fait les personnes qui sont devenues majeures à leur domicile étranger parce qu'elles ont acquis un âge déterminé ou qu'elles se sont mariées. Un changement de domicile ne devrait donc rien modifier à la capacité civile une fois acquise.

224 Sécurité des transactions

L'article 34 développe l'article 7b LRDC. Bien qu'en matière de capacité civile on ait substitué au rattachement à la nationalité, le rattachement au domicile, une disposition de ce genre n'est pas superflue; elle est destinée à assurer la sécurité des transactions non seulement à l'égard des étrangers, mais généralement vis-à-vis de toutes les personnes domiciliées à l'étranger qui concluent des contrats dans un autre Etat.

Il faut se rappeler qu'à l'heure actuelle il y a encore 90 Etats dans lesquels l'âge de la majorité est plus élevé qu'en Suisse, mais qu'en même temps il y en a toujours davantage qui l'ont abaissé à 18 ans. On voit bien que cela compliquerait énormément tous les rapports juridiques internes si l'on devait, pour chaque personne, se demander où se trouve son domicile et quel est le contenu du droit qui y est en vigueur. L'article 34 se distingue de la LRDC dans la mesure où il ne constitue pas une simple règle unilatérale, dès lors qu'il assure la sécurité des transactions passées en Suisse, mais aussi celle des transactions passées à l'étranger. L'article 34 contient en outre un principe juridique général; celui qui se rend à l'étranger doit admettre que les règles qui y sont en vigueur jouent aussi un rôle en sa défaveur. Ainsi, en vertu de l'article 34, serait également valable en Suisse un contrat conclu dans un Etat étranger par un mineur suisse avec un contractant domicilié dans cet Etat où l'âge de la majorité serait plus bas. Cela paraît équitable du moment que la Suisse ne tient pas non plus compte d'un âge plus élevé prévu par un droit étranger.

Il ne s'agit pas simplement d'assurer la sécurité des transactions sur le plan du droit interne, mais de préserver la jeunesse suisse de se trouver liée dans les

pays limitrophes qui connaissent des âges de majorité moins élevés. Ce serait contraire à l'esprit du projet – lequel cherche à réaliser un juste équilibre entre les intérêts contradictoires en présence – que d'ériger unilatéralement en principe la protection des tiers. Si l'on ne tient pas compte de la minorité de l'étranger en Suisse, on doit aussi admettre une attitude semblable dans les rapports juridiques avec l'étranger.

L'article 34 ne concerne que les actes juridiques conclus entre personnes présentes dans lesquels il y a lieu de protéger purement et simplement la confiance. Si le contrat est conclu par écrit, le co-contractant peut connaître facilement le domicile étranger du mineur. L'effet de chaque déclaration doit faire l'objet d'un examen particulier. Plus problématiques sont les contrats conclus par téléphone à travers les frontières. Le co-contractant ne sait pas toujours où son partenaire est domicilié quand il reçoit de lui un appel téléphonique. Il appartient à la jurisprudence de tirer cette question au clair.

L'article 34 suppose la bonne foi de l'autre partie et vise de façon toute générale à servir la sécurité des transactions. Celui qui n'a pas la capacité civile en vertu de sa propre loi, doit prouver la mauvaise foi de l'autre partie, solution qui découle déjà de l'article 3 CC.

La LRDC prévoit déjà que cette réglementation exceptionnelle ne s'applique pas aux actes juridiques relevant du droit de famille, du droit successoral ou de droits réels immobiliers (art. 34, 2^e al.). Dans ces matières, qui revêtent généralement une importance particulière, il n'y a pas de place comme dans les autres contrats, pour une simplification globale des rapports juridiques. Pour les actes juridiques portant sur des immeubles, on comprend aussi bien les actes juridiques portant sur des obligations contractuelles que sur les actes d'exécution réels.

225 Nom

225.1 En général

La question du nom est l'une des plus complexes et des moins claires du DIP. En tout cas, peu de décisions judiciaires concernant le problème ont été rendues. La situation, en Suisse, s'est encore profondément modifiée depuis l'abrogation de l'article 8 LRDC. En pratique, le problème concerne en premier lieu les autorités de registre. Il semble bien que celles-ci continuent, dans l'optique de l'ancien article 8 LRDC, d'appliquer le principe de territorialité pour les étrangers en Suisse et celui de la nationalité pour les Suisses de l'étranger. Entretemps la pratique s'est tournée vers le principe du domicile (JAAC 45 IV, n° 69/70; ATF 106 II 103).

Du point de vue de la règle de conflit on peut se demander si le nom doit être rattaché de façon autonome ou dépendante. On a un rattachement dépendant dans le cas où le droit de l'Etat qui régit un rapport juridique dont résulte le nom d'une personne, régit également la collation du nom. Il ne serait pas toujours facile pour l'autorité du registre de déterminer sur la base du présent projet, quel droit est applicable à un rapport de famille dont découle la collation du nom. Dans plusieurs cas, le projet retient en matière de droit de

famille, des rattachements par cascade; dans d'autres cas, il laisse un certain pouvoir d'appréciation au juge ou il s'en remet à la volonté des parties. Le projet s'efforce de retenir une solution simple et facile à mettre en œuvre. Il rattache la question du nom de façon autonome et régit le droit du nom indépendamment du rapport de causalité. On vise par là à obtenir un rattachement concordant pour le rapport familial de base et sa conséquence sur le nom. Le rattachement principal suit le principe du domicile mais des dérogations en faveur du droit national sont prévues.

Le projet règle le droit du nom de façon détaillée; outre la question du droit applicable au nom, il prévoit des articles sur le changement de nom, y compris dans les cas où ce changement a eu lieu à l'étranger (reconnaissance et inscription dans le registre de l'état civil).

Les propositions de la commission d'experts relatives au droit du nom ont suscité de très vives critiques lors de la procédure de consultation, notamment de la part des autorités de l'état civil. On y a surtout souligné l'importance qu'il fallait accorder au droit national en matière d'état civil et spécialement pour le nom, domaine dans lequel le droit national devait être pris davantage en considération. Ces critiques ont suscité un nouvel examen et diverses modifications à la réglementation du projet. Nous y reviendrons lors de l'examen des différents articles.

225.2 Droit applicable au nom

A l'instar du projet qui vous est proposé, l'avant-projet prévoyait le rattachement au domicile, mais il prévoyait un choix uniquement pour les Suisses de l'étranger en faveur de leur droit d'origine. Ce sont surtout les autorités de l'état civil qui ont émis des doutes sur cette réglementation. Ils invoquaient l'article 8 LRDC qui, fondé sur le principe de la nationalité, avait conservé une certaine valeur en tant que droit coutumier. En outre, la Suisse est entourée d'Etats qui suivent le principe national et il y aurait de grandes difficultés de passer au principe du domicile.

Mais trois raisons conduisent le projet à maintenir le principe du domicile malgré toutes ces objections.

La première réside dans le fait que la solution proposée correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a constaté dans deux arrêts récents (ATF 106 II 103 et 236) que l'abrogation pure et simple de l'article 8 LRDC avait créé une lacune qu'il s'agit de combler en se fondant sur l'article 2 LRDC (principe du domicile). Deuxièmement, le principe du domicile qui conduit tout le projet ne saurait être compromis par la soumission du droit du nom au principe de la nationalité. Une pareille rupture détruirait la symétrie inhérente au projet. Enfin, on obtient une certaine harmonie entre droit du domicile et droit national en employant la formule selon laquelle le nom d'une personne domiciliée à l'étranger est régi par le droit que désigne le droit de l'Etat dans lequel cette personne est domiciliée.

Lorsqu'on prend en considération les règles de conflits du droit étranger, cela signifie que l'on doit examiner de toute façon si dans un cas particulier le nom

des Suisses de l'étranger est régi par le droit matériel de l'Etat de domicile ou par le droit suisse. Dès lors que le nom des Suisses domiciliés à l'étranger est régi par le droit de leur domicile, leur nom acquis en vertu de principes étrangers au droit suisse du nom devront le cas échéant être inscrits dans les registres suisses.

L'article 35, 2^e alinéa, permet à toute personne de demander que son nom soit régi par son droit national. Cette règle tient compte d'une autre objection faite par les autorités de l'état civil.

225.3 Changement de nom

L'article 36 sur le changement de nom part de l'idée que ce sont les autorités suisses du domicile du requérant qui sont compétentes (1^{er} al.). Les Suisses qui ne sont pas domiciliés en Suisse peuvent demander un changement de nom à l'autorité de leur canton d'origine (2^e al.). La possibilité de changer de nom en Suisse devrait revêtir une importance particulière pour les Suisses de l'étranger notamment lorsque d'après le droit de leur domicile étranger, c'est le droit national qui régit la question du nom ou lorsqu'une option antérieure doit être retirée. Les conditions et les effets d'un changement de nom sont régis par le droit suisse (3^e al.). Selon l'article 30 CC, un changement de nom est admis s'il existe de justes motifs. Pareils motifs existeraient notamment si le nom d'une personne devait être régi par les dispositions d'un Etat avec lequel elle n'a aucun lien étroit; ainsi, il y a lieu de prendre en considération l'élément d'extranéité pour juger de l'existence de justes motifs. Cet élément devrait jouer un rôle tout particulier lorsqu'une personne revient de l'étranger en Suisse et qu'elle voudrait adapter son nom au droit suisse.

Un changement de nom intervenu à l'étranger est reconnu en Suisse s'il est valable dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national du requérant (*art. 37*). Il n'est pas nécessaire que ce changement soit intervenu à l'issue d'une procédure gracieuse ou d'un procès ordinaire. Il suffit que le changement ait acquis force de chose jugée et qu'il soit reconnu comme valable dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national. D'après l'article 37, le changement de nom qu'un Suisse de l'étranger a obtenu dans son Etat de domicile est reconnu en Suisse, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un changement qui y a été obtenu frauduleusement.

L'article 37 ne demande pas que le changement de nom intervienne à l'étranger, moyennant une autorisation du juge ou de l'autorité, comme c'est le cas en Suisse. Dans certains pays (USA, Angleterre) il est vrai qu'un changement de nom peut être obtenu sans décision officielle. Pareils changements de nom peuvent être reconnus en Suisse s'ils ont été acquis à l'étranger au moins avec la coopération d'une autorité étatique (ex.: déclaration devant une autorité officielle).

Les noms étrangers posent souvent le problème de l'inscription quant à leur forme scripturale ou à leur composition inhabituelle. Une écriture autre que latine, les titres de noblesse, les inflexions du nom selon le sexe ou l'état civil ne sauraient être respectés lors de l'inscription dans les registres suisses de l'état

civil (ATF 106 II 103). De telles particularités doivent être traitées de façon identique: il en va de la tenue uniforme des registres suisses. C'est pourquoi l'article 38 dispose que l'inscription du nom dans les registres a lieu conformément aux principes suisses sur la tenue des registres. Cette réglementation est conforme à la pratique actuelle des autorités suisses de l'état civil et à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 106 II 103).

226 Déclarations d'absence et de décès

Les tribunaux suisses du dernier domicile connu d'une personne disparue sont compétents pour prononcer la déclaration d'absence. Il se justifie de prévoir le rattachement au dernier domicile déjà du fait que l'on ignore le lieu actuel dans lequel la personne concernée réside ou est domiciliée. En outre il y a un parallélisme avec le droit de succession fondé lui aussi sur la compétence au dernier domicile.

Même en l'absence de dernier domicile de la personne en Suisse, les tribunaux suisses sont compétents pour prononcer l'absence lorsqu'un intérêt suisse digne de protection le justifie. Le cas le plus important devrait se produire lorsqu'une personne possédant des biens en Suisse a disparu et qu'on ne peut obtenir ni dans l'Etat de son dernier domicile, ni dans son Etat national, de déclaration d'absence ou de décès susceptible d'être reconnue. Les expériences faites dans le passé ont démontré la nécessité de pareille déclaration d'absence limitée aux avoirs suisses (cf. message du 4 mai 1962 concernant un projet d'arrêt fédéral sur les avoirs en Suisse d'étrangers ou d'apatrides persécutés pour des raisons raciales, religieuses ou politiques; FF 1962 I 969).

Les conditions et les effets des déclarations d'absence et de décès prononcées en Suisse sont régies par le droit suisse lorsque d'après l'article 39, 1^{er} et 2^e alinéas, les tribunaux suisses sont compétents. Il y a donc concordance entre compétence et droit applicable. Une déclaration d'absence ou de décès prononcée à l'étranger est reconnue en Suisse lorsqu'elle émane de l'Etat du domicile ou de l'Etat national de la personne disparue (*art. 40*).

23 Droit du mariage

231 En général

Les articles 7c à 7i et 19 à 21 LRDC règlent déjà de façon détaillée le droit du mariage. Le présent projet se devait surtout de compléter et de renouveler la réglementation actuelle. Pour cela, il ne devait pas seulement se limiter à combler quelques lacunes ou à adapter la loi à la jurisprudence la plus récente. En droit de mariage tout particulièrement la jurisprudence a adopté ces dernières années une position qui touche aux fondements du système actuel. On citera les arrêts *Cardo* (ATF 94 II 65), *Dal Bosco* (ATF 97 I 389) ou *Paiano* (ATF 102 Ib 1). En outre, on prépare actuellement la révision du droit matériel du mariage (cf. message concernant la révision du code civil suisse – Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions; FF 1979 II 1179). Dans les Etats voisins également on a assisté ces dernières années à des

refontes de parties essentielles du droit matériel et des règles de conflits en matière de mariage; c'est par exemple le cas de la France, de l'Italie, de la République fédérale d'Allemagne, de l'Autriche et de l'Espagne.

Sur le plan international, d'importants travaux ont été entrepris, notamment au sein de la CIEC (convention du 10 septembre 1964 tendant à faciliter la célébration des mariages à l'étranger; convention du 8 septembre 1967 sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal¹⁾), de la Conférence de La Haye de droit international privé (convention du 1^{er} juin 1970 [RS 0.211.212.3] sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps; convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires [RS 0.211.213.01]; deux conventions du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages et sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux²⁾). Le projet devait tenir compte de toutes ces réglementations nouvelles.

Le droit international du mariage en Suisse, notamment en ce qui concerne la conclusion et la dissolution du lien conjugal suivait jusqu'ici le principe de la conformité avec le droit national des personnes concernées. Des fiancés étrangers ne peuvent ainsi se marier en Suisse que si chacun d'eux remplit les conditions du mariage posées par leurs droits nationaux (art. 7c LRDC). De même pour le divorce, un époux étranger n'a le droit d'introduire son action que s'il prouve que la cause de divorce invoquée est également admise par sa loi nationale et que la juridiction suisse est reconnue dans son Etat national (art. 7h, 1^{er} al., LRDC).

Une stricte application de ce principe aurait conduit à ce que le droit le plus sévère aurait décidé si des doubles nationaux ou des ressortissants de différents Etats pouvaient conclure un mariage ou divorcer (cf. A. Bucher, Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht, Bâle 1975, p. 139 s.; Pi-Song Tsai, Ehescheidung, Anerkennung ausländischer Ehescheidungen und Wiederverheiratung im internationalen Privatrecht, Zurich 1975, p. 58 s.).

La problématique est surtout actuelle en matière de divorce où il n'est jamais possible de sauvegarder une conformité complète avec le droit national étranger. On a tout d'abord fait une exception pour les Suisses de l'étranger. Lorsque le demandeur en divorce était Suisse, le divorce d'un «mariage mixte» entre un Suisse et un étranger était considéré comme un divorce suisse (c'est le principe dit de Ferrari), et cela même si le dernier domicile commun des époux était à l'étranger. Il n'y avait dès lors plus lieu, en pareils cas, de tenir compte de la reconnaissabilité du jugement suisse dans l'Etat national de l'époux défendeur (ATF 27I 181, 33 II 12, 40 I 418). L'application cumulative des conditions de l'article 7h LRDC a joué longtemps contre les doubles nationaux et les époux étrangers de nationalités différentes (ATF 59 II 114); depuis l'arrêt Cardo (ATF 94 II 65), il convient d'admettre que le but poursuivi par l'article 7h LRDC a été également abandonné pour les divorces de ces époux étrangers doubles nationaux. Cet arrêt a limité sur deux points la

¹⁾ Ces deux conventions n'ont pas été signées par la Suisse.

²⁾ Ces deux dernières conventions n'ont pas été signées par la Suisse.

prise en considération de l'Etat national. D'une part, le demandeur étranger ne doit rapporter la double preuve requise à l'article 7h LRDC que par rapport à son propre droit national, sans égard à celui de son conjoint. D'autre part, lorsque l'époux défendeur a deux ou plusieurs nationalités étrangères, il suffit que les preuves exigées soient faites à l'égard de l'un de ses droits nationaux, à savoir celui qui se rapproche le plus des conceptions du droit suisse (ATF 94 II 73).

Il faut aussi faire de sérieuses restrictions au principe en vertu duquel le droit national étranger doit être pris en considération en matière de conclusion du mariage. Il en va particulièrement ainsi lorsque des étrangers ressortissants d'un Etat hostile au divorce veulent se remarier après que le précédent mariage (le plus souvent, il s'agit d'un «mariage mixte») a été dissous dans un Etat favorable au divorce. En appliquant le principe national de manière conséquente, ces personnes se trouveraient dans la situation boiteuse où leur mariage vaudrait comme dissous dans l'Etat où le divorce a été prononcé, mais toujours valable dans leur Etat national. Si cette personne veut conclure un second mariage sous l'empire d'un ordre juridique qui soumet toutes les conditions du mariage au droit national sans exception – comme c'est le cas en vertu de l'article 7c, 1^{er} alinéa, LRDC –, elle se heurtera à l'empêchement dérivant de son droit national. En dépit des violentes critiques de la doctrine, ce principe a été défendu fermement en Suisse, durant des années.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a conduit à des conséquences tellement choquantes que diverses autorités cantonales de l'état civil ont commencé à ne plus en tenir compte (cf. E. Götz, RDT 1969, 180).

A la suite de ces nombreuses critiques, le Tribunal fédéral amorça un timide assouplissement de sa position. Une première fois dans l'arrêt Dal Bosco (ATF 97 I 389). Cet arrêt admet qu'un remariage intervenu dans un Etat tiers est reconnu en Suisse même s'il n'est pas reconnu dans l'Etat national du conjoint concerné, dès lors que l'Etat tiers n'est pas partie à la convention de La Haye du 12 juin 1902 sur le mariage. Avec la dénonciation de ladite convention de La Haye, avec effet au 1^{er} juin 1974, c'est un nouveau pas qui a été franchi dans l'assouplissement du principe de la nationalité. L'abandon définitif du leitmotif de la LRDC en matière de droit du mariage est intervenu dans l'arrêt Paiano (ATF 102 Ib 1), dans lequel le Tribunal fédéral a déclaré: «... il convient de confirmer la prééminence reconnue par l'arrêt Dal Bosco à l'effet du jugement de divorce ayant force de chose jugée en Suisse, qui dissout le mariage de façon indivisible pour les deux parties, sur le renvoi de l'article 7c LRDC au droit national» (consid. 4a, p. 7).

Après la remise en question du principe de la prise en considération du droit national, il fallait trouver pour le droit du mariage une nouvelle orientation. Le Conseil fédéral estime l'avoir trouvée à plusieurs égards.

- Dans le droit international du mariage et de la famille, les tribunaux assurent de plus en plus une fonction de «service public». Il y a encore quelques décennies, les personnes aisées avaient recours aux possibilités offertes par le DIP, alors qu'aujourd'hui ce sont plutôt les classes sociales faibles qui sont appelées à y recourir. Elles n'ont en général pas les

moyens d'introduire un procès dans un pays lointain. Le fait d'être ainsi empêché de procéder devant les tribunaux de leur ancien milieu social, s'apparente souvent à un déni de justice effectif. C'est pourquoi le présent projet se doit de ne pas poser des conditions trop sévères en matière de droit du mariage et de la famille pour créer une compétence suisse. Pour les étrangers cela conduit essentiellement à s'en tenir à leur résidence habituelle, pour les Suisses de l'étranger à ouvrir un for subsidiaire au lieu d'origine.

- En matière de droit applicable, il y a lieu de se demander quelles sont les relations les plus étroites, sur le plan social notamment l'assimilation ou l'intégration d'un rapport de droit déterminé dans un ordre juridique déterminé. Il s'agit rarement de l'assimilation d'une seule personne. Souvent, il y a lieu de considérer des relations de groupe comme celles existant entre époux ou parents et enfants. En pareilles hypothèses, il convient de se fonder sur les relations les plus étroites de chacune des personnes concernées ou sur celles du groupe, lui-même comme entité propre. On voit là l'explication de la tendance prononcée en droit de famille pour les rattachements en cascade. En outre, il a fallu chaque fois veiller à l'égalité de traitement et se demander si telle ou telle question relevait du statut juridique des personnes ou avait un caractère patrimonial.
- En droit du mariage et de la famille, si les rattachements au domicile et à la nationalité s'imposent, se pose du même coup la question de la prééminence entre ces deux rattachements. Le projet s'efforce de dégager des critères objectifs pour résoudre ce problème. Mais quand cela ne va pas, alors la tendance va dans le sens d'une certaine autonomie des parties, comme en matière de régimes matrimoniaux et de succession (art. 50 et 93, 2^e al.). Le Conseil fédéral est bien conscient que c'est une prime donnée au droit le plus favorable. Mais il est préférable de permettre aux parties de déterminer, dans des cas de ce genre, les liens les plus étroits existants, que d'imposer formellement un rattachement qui les embarrasse.

232 Célébration du mariage

232.1 Remarque préliminaire

Le projet renonce à régler les fiançailles. On voit qu'en droit matériel, les fiançailles perdent de l'importance, et en DIP, il se pose très rarement des questions en pratique. On a constaté que pour avoir une réglementation adéquate, il faudrait faire une distinction entre les conditions et les effets des fiançailles et que parmi les effets d'autres distinctions devraient encore être établies. Tout cela aurait nécessité un ensemble de règles qui ne répond pas à l'importance pratique des fiançailles.

Pour le droit du mariage, la réglementation actuelle (art. 7c à 7e LRDC) s'est révélée insuffisante. Les considérations suivantes ont été retenues lors de l'élaboration de la nouvelle réglementation: lorsque l'un des fiancés est suisse ou lorsqu'il a son domicile en Suisse, il faut faciliter dans la mesure du possible le mariage en Suisse. Par ailleurs, on s'est efforcé d'assurer le plus d'efficacité possible à l'étranger aux mariages conclus dans notre pays. Pour atteindre ces

objectifs, le projet renonce à un strict rattachement au droit du domicile ou de la nationalité de l'un ou des deux fiancés. En partant du droit suisse, le projet laisse une certaine place au droit étranger lorsque cela paraît indiqué pour que le mariage déploie des effets sur le plan international.

Mais le projet renonce à prévoir des règles sur l'action en nullité du mariage. Les intérêts en jeu consécutifs à la nullité d'un mariage correspondent dans une large mesure à ceux résultant du divorce, ce qui conduit à appliquer en ce domaine les règles du divorce. On peut faire une analyse semblable s'agissant de l'action en nullité du mariage introduite par un tiers. En pareil cas, la question est de savoir si le mariage a été valablement conclu. C'est la raison pour laquelle en principe, il faut partir de l'application du droit qui régissait les conditions mises à la conclusion du mariage. Il faut prévoir toutefois des dérogations notamment en ce qui concerne la correction ultérieure d'un défaut par suite de changement de domicile ou de nationalité; les circonstances du cas particulier seront déterminantes.

232.2 Compétence

Lorsque l'un des fiancés est domicilié en Suisse, ou est suisse, il peut demander aux autorités suisses de l'état civil de célébrer son mariage (*art. 41, 1^{er} al.*), dès lors que les conditions matérielles posées par l'article 42 sont remplies. Dans cette hypothèse, les liens avec la Suisse semblent suffisamment étroits pour fonder, en principe, une compétence des autorités suisses de l'état civil. Il suffit donc qu'un seul des fiancés soit suisse sans qu'il soit encore nécessaire de se fonder sur sa nationalité effective.

L'autorité doit examiner dans quelle mesure elle devra célébrer le mariage de deux étrangers qui ne sont pas domiciliés en Suisse (*art. 41, 2^e al.*). L'autorité ne pourra autoriser ce mariage que s'il est prouvé que le mariage sera reconnu dans l'Etat du domicile ou l'Etat national des fiancés. L'autorité de l'état civil sera amenée à comparer les intérêts qu'ont des fiancés à se marier en Suisse alors que le mariage suisse ne serait sans doute pas reconnu partout à l'étranger. Elle devrait en particulier savoir si la conclusion du mariage en Suisse ne vise qu'à tourner un empêchement mis au mariage dans l'Etat du domicile ou l'Etat national et elle renoncera à célébrer le mariage si ces empêchements peuvent être reconnus comme fondés en Suisse. La nature dispositive de cette règle permet de poser certaines limites à l'accès facilité aux autorités suisses de l'état civil. L'autorisation de se marier en Suisse ne pourrait cependant pas être refusée parce que le mariage conclu en Suisse ne serait pas reconnu dans l'Etat du domicile ou l'Etat national de l'un des fiancés pour la seule raison qu'un divorce prononcé ou reconnu en Suisse n'y est pas reconnu (*art. 41, 3^e al.*). Cette disposition reflète la jurisprudence fédérale des affaires Dal Bosco (ATF 97 I 389), Ventura (ATF 99 II 4) et Paiano (ATF 102 Ib 1). Elle correspond en outre à la tendance sur le plan international, telle qu'elle figure dans l'article 11 de la convention de La Haye du 1^{er} juin 1970 (RS 0.211.212.3) sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps ou dans la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

232.3 Droit applicable

Les conditions matérielles du mariage célébré en Suisse sont régies par le droit suisse (*art. 42, 1^{er} al.*). Un examen approfondi des points de rattachement a démontré qu'aussi bien la réglementation actuelle qui renvoie au droit national de chacun des fiancés (*art. 7c LRDC*) qu'un rattachement distributif ne donnaient satisfaction. On a aussi envisagé la possibilité d'une élection de droit, mais on y a renoncé en estimant que dans la majorité des cas, les fiancés ne sont pas aptes à prendre eux-mêmes une décision sur ce point. L'examen de ce genre de question doit demeurer du ressort de l'autorité. On peut exceptionnellement renoncer à l'application du droit suisse et permettre la célébration d'un mariage en Suisse si les conditions de fond du droit suisse ne sont pas réalisées, mais qu'en revanche, il soit satisfait aux conditions du droit national de l'un des fiancés (*art. 42, 2^e al.*). Les conditions posées par le droit suisse pour la conclusion d'un mariage, peuvent en effet être plus sévères que celles d'un droit étranger, notamment en ce qui concerne l'âge nubile ou la consanguinité. En pareils cas, il convient d'appliquer – sous réserve bien entendu, de l'ordre public –, en lieu et place du droit suisse, le droit national étranger de l'un des fiancés. Ainsi, lorsque les fiancés sont de nationalités différentes, il suffit que les conditions posées à la conclusion du mariage soient satisfaites pour l'un des droits nationaux. Si l'un des fiancés a plusieurs nationalités, la preuve se fera par rapport à la nationalité effective (*art. 21, 2^e al.*).

L'idée de l'actuel article 7c LRDC a été reprise ici, dès lors que l'on prend en considération à titre subsidiaire le droit national. L'article 42 tient compte de la conception générale de la *favor matrimonii*, sans pour autant remettre en cause le principe à la base du projet, du rattachement primaire au droit du domicile.

232.4 Forme

L'article 42, 3^e alinéa, reprend la règle de l'actuel article 7c, 2^e alinéa, LRDC. Le Conseil fédéral ne voit aucune raison d'abandonner le principe bien ancré dans la tradition juridique suisse de la prééminence du mariage civil. Seule une célébration civile peut aujourd'hui constituer un mariage valable en Suisse. Naturellement les fiancés peuvent toujours convenir de faire suivre le mariage civil d'un mariage religieux. Cette réglementation solidement ancrée dans le CC ne saurait être mise en cause dans des cas présentant un élément international.

Selon l'article 5, lettre f, de la convention de Vienne du 24 avril 1963 (RS 0.191.02) sur les relations consulaires, les fonctions consulaires consistent notamment à agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et à exercer des fonctions similaires ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas. En droit suisse, l'exercice de fonctions en matière d'état civil est considéré comme un acte officiel qui relève de la souveraineté territoriale. Dans le cadre de sa

compétence souveraine, la Confédération a réservé, sans exception, l'exercice de ces fonctions – par exemple la célébration des mariages – aux seuls officiers de l'état civil suisse.

Le Conseil fédéral ne voit pas non plus aujourd'hui de raison de permettre la conclusion de mariages diplomatiques ou consulaires en Suisse. Pareille forme de mariage ne présente aucun intérêt en Suisse où sont garantis la conclusion et le respect du mariage. La question reste ouverte de la valeur à accorder à un mariage conclu effectivement en Suisse devant un officier du culte ou un consul, mariage qui serait valable au demeurant en vertu du droit de l'Etat du domicile ou de l'Etat national des fiancés. Une décision ne peut dès lors être prise que cas par cas.

Le fait que la Suisse connaît seulement le mariage civil, alors que différents Etats ne considèrent comme valable que le mariage religieux, ne constitue pas une raison suffisante pour faire dépendre l'autorisation de conclure un mariage civil de la célébration ultérieure d'un mariage religieux. L'officier de l'état civil peut tout au plus rendre les fiancés attentifs à la possibilité que leur mariage ne soit pas reconnu à l'étranger. Le Conseil fédéral se réserve d'introduire une disposition dans ce sens dans l'ordonnance sur l'état civil (OEC). Mais la façon d'organiser la célébration du mariage et la forme de celui-ci ne ressortent pas du présent projet mais bien de l'OEC.

232.5 Mariage célébré à l'étranger

Il convient de se montrer libéral en matière de reconnaissance de mariages célébrés à l'étranger. En effet, remettre en cause après coup la validité d'un mariage constitue une mesure lourde de conséquences et qui n'est, la plupart du temps, pas comprise par les époux concernés. En particulier, ce n'est pas la bonne méthode de supprimer les mariages dits «boiteux». D'après l'article 43 il suffit que le mariage célébré à l'étranger soit considéré comme valable dans l'Etat de la célébration et dans l'Etat du domicile de l'un des époux ou dans l'Etat dont l'un des époux a la nationalité.

233 Effets généraux du mariage

233.1 En général

La section relative aux effets personnels du mariage ne les traite pas tous. On y a réglé surtout les effets personnels entre les époux ainsi que les effets juridiques du mariage à l'égard des tiers. Ne tombent pas sous le coup de ce chapitre les régimes matrimoniaux (art. 49 ss), les rapports entre parents et enfants (art. 64 ss) et le droit successoral entre époux (art. 84 ss). Ces questions, ainsi que le nom des conjoints (art. 36), le domicile conjugal (art. 19) et la nationalité (art. 20) sont traités ailleurs.

233.2 Compétence

Les articles 44 et 45 régissent la compétence des tribunaux suisses pour connaître des actions ou pour prendre des mesures en matière de droits et d'obligations des époux. Le projet fait une distinction entre la compétence ordinaire et la compétence subsidiaire.

L'article 44 fonde la compétence ordinaire des autorités suisses dès que l'un des époux a son domicile en Suisse ou, à défaut de domicile, dès qu'il y a sa résidence habituelle; peu importe que ce soit l'époux demandeur ou défendeur.

Jusqu'à présent, la doctrine et la jurisprudence se demandaient s'il fallait appliquer par analogie, en matière de mesures protectrices de l'union conjugale, la réglementation prévue pour le divorce et considérer, comme le prévoit l'article 7h LRDC combiné avec l'article 144 CC, que le juge du domicile de l'époux demandeur était exclusivement compétent. Dans son arrêt Garcia (ATF 100 II 65), le Tribunal fédéral a donné une réponse négative à cette question et le projet se conforme à cette jurisprudence. Plusieurs raisons s'opposent à ce qu'on prévoie la compétence exclusive du juge du domicile du demandeur. D'une part il s'agit là d'un principe propre à la Suisse, qui ne s'harmonise pas avec la réglementation prévue à cet effet dans d'autres ordres juridiques et qui se heurte à une incompréhension toujours plus grande à l'étranger. D'autre part, l'introduction de l'action au for du défendeur permet d'assurer plus facilement la protection des droits de celui-ci. Enfin, dans ce genre d'action, la situation personnelle des intéressés joue un grand rôle et le juge du domicile du défendeur est en général le mieux placé pour apprécier toutes les circonstances. Toutefois, malgré les avantages indéniables qu'offre le for du défendeur, on n'a pas pu renoncer entièrement au for du demandeur, car dans le domaine des effets personnels du mariage on doit précisément souvent prendre des décisions très rapides dans l'intérêt même de l'époux abandonné ou ayant besoin d'aide.

L'article 10 prévoit déjà une compétence générale des autorités judiciaires et administratives suisses pour ordonner des mesures provisoires, si bien qu'on peut renoncer ici à l'introduction d'une disposition spéciale en matière de mariage.

L'article 44 vaut aussi bien pour les actions alimentaires entre époux qui ne sont pas séparés judiciairement qu'entre époux divorcés. Tandis que les deux conventions de La Haye du 2 octobre 1973 (RS 0.211.213.01) sur la loi applicable et sur la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.02) ont uniformisé en la matière les questions de conflits de lois et d'exequatur, le droit national continue à avoir seul qualité pour régler la compétence internationale. Il est souhaitable à cet égard d'admettre aussi bien le for du demandeur que le for du défendeur, du moment que la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière alimentaire rendues à ces deux fors sont assurées par la convention-exécution de La Haye.

Le Conseil fédéral s'est penché sur la question de savoir s'il fallait prévoir un for ordinaire en Suisse dans les hypothèses où les deux époux étaient suisses. S'il a en fin de compte accordé la prééminence au for du domicile ou de la

résidence habituelle, c'est qu'il a considéré notamment que la cause présentait avec ce for un lien matériel étroit.

En revanche, il faut prévoir un for d'origine pour ces Suisses dans les cas où ils ne bénéficient pas, à l'étranger, des garanties nécessaires pour saisir un juge ordinaire, soit parce que l'ordre juridique étranger ne connaît pas de protection juridique de cette sorte, soit parce qu'on ne pourrait raisonnablement exiger qu'un Suisse de l'étranger ouvre action devant un tribunal étranger (*art. 45*).

Cet article permet aux deux époux et aux mêmes conditions, alors même que seul l'un d'entre eux serait suisse, de saisir le juge suisse du lieu d'origine. Cette réglementation se justifie déjà par l'égalité de traitement et de chances dans le procès.

233.3 Droit applicable

On peut, en principe, grouper les droits et devoirs conjugaux en deux domaines bien distincts. L'un concerne avant tout les effets externes du mariage (représentation de l'union conjugale, influence du mariage sur l'exercice des droits civils des époux, sur leur capacité civile et leur capacité d'ester en justice, droit d'exercer une activité professionnelle), l'autre a plutôt trait aux rapports des époux entre eux, à l'intérieur même de la communauté conjugale. Alors qu'il semble indiqué de soumettre les effets externes du mariage à la loi du domicile en tant que loi régissant le milieu social dans lequel vivent les époux, on peut se demander si, dans le second domaine, souvent très fortement marqué par les us et coutumes de l'Etat national, il n'y a pas lieu de tenir compte dans une certaine mesure de la loi nationale. Cette question a fait l'objet d'études approfondies. Mais on a finalement renoncé à prévoir l'application de la loi de l'Etat national pour les raisons suivantes :

Il ne se justifierait de prendre en considération cette loi que si l'on avait affaire à une communauté nationale encore intacte et repliée sur elle-même. Mais l'expérience démontre que les mariages entre époux de nationalités différentes n'offrent pratiquement jamais l'exemple de telles cellules «nationales». Et même si les époux ont la même nationalité, le fait que le juge ait à intervenir prouve précisément que la communauté n'est plus intacte. Un autre argument militant en faveur de la loi du domicile est le fait que les mesures protectrices de l'union conjugale doivent en principe être adoptées très rapidement, de sorte qu'il reste peu de place pour des recherches compliquées sur le droit applicable.

L'article 46, 1^{er} alinéa, ne prévoit pas un rattachement au domicile commun mais au droit de l'Etat dans lequel les époux sont tous deux domiciliés. Cette formule est étroitement inspirée de la conception du domicile à la base du projet. Ainsi, il faudra examiner pour chacun des époux où se trouve son domicile, le domicile dérivé n'étant pas reconnu. Il suffit que les époux aient leur domicile dans le même Etat pour qu'on applique le droit au domicile commun; mais il n'est pas nécessaire qu'ils vivent sous le même toit.

Pour le cas où les époux ne seraient pas domiciliés dans le même Etat, il

s'agissait de trouver une solution qui soit, d'une part, assez souple pour tenir compte des intérêts souvent contradictoires des intéressés et qui, d'autre part, satisfasse le besoin de disposer en pratique d'une règle facile et rapide à manier. Vu l'influence considérable qu'exerce le milieu social sur les effets personnels du mariage et le caractère nettement territorial des mesures protectrices de l'union conjugale, c'est le rattachement à la loi du domicile qui s'impose, ici aussi. L'article 46, 2^e alinéa, précise que par la loi du domicile il faut entendre celle avec laquelle la cause présente les relations les plus étroites. Il appartiendra au juge de définir ces relations les plus étroites, en considération de toutes les circonstances et de la fonction attribuée aux mesures protectrices de l'union conjugale.

Le projet renonce à régler spécialement tel ou tel effet du mariage à côté du principe général de l'article 46. Certes, il existe de nombreux effets généraux du mariage, mais ils sont déjà réglés ailleurs dans le projet, tel le nom, le domicile, la nationalité, le régime matrimonial ou le droit successoral légal. Il n'y a pas non plus de règle au sujet de l'intercession ou de l'exécution forcée, car elles ne sont pas nécessaires dans ces cas où la loi du domicile est la mieux appropriée à les régir. On aurait pu aussi élucider enfin la question toujours controversée de savoir si l'exercice des droits civils et la capacité de contracter des époux relevaient du domaine général de l'exercice des droits civils ou de celui des effets personnels du mariage. Mais l'avantage pratique d'un pareil rattachement particulier aurait été minime. En effet, le projet soumet déjà l'exercice des droits civils au principe du domicile, si bien que la différence entre exercice des droits civils et effets généraux du mariage n'est pas très grande à cet égard. D'autre part, on constate aussi bien en Suisse qu'à l'étranger une tendance générale pour supprimer les restrictions mises par le droit matrimonial à l'exercice des droits civils.

Il s'imposait toutefois de prévoir un rattachement spécial en matière d'obligations alimentaires entre époux. Cette question est aujourd'hui réglée par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 (RS 0.211.213.01) sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Cette convention n'est pas fondée sur le principe de la réciprocité et est applicable *erga omnes* et revêt le caractère d'une loi uniforme (cf. son art. 3; P. Volken, Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht, p. 150). Ses dispositions ne sont donc pas seulement applicables dans les relations entre Etats contractants, mais à toute action alimentaire qui devra être jugée en Suisse, que les personnes concernées soient ou non ressortissantes d'un Etat contractant et que le droit désigné comme applicable soit celui d'un Etat contractant ou non. Etant donné que le champ d'application personnel est si vaste, la convention ne laisse plus place à une règle de conflit interne relative aux obligations alimentaires. C'est la raison pour laquelle l'article 47 la réserve expressément.

233.4 Décisions étrangères

D'après l'article 48, les décisions ou mesures étrangères relatives aux droits et aux obligations des époux sont reconnues en Suisse, lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des époux.

L'article 48 reconnaît la compétence des autorités de l'Etat dans lequel l'un des époux a son domicile ou sa résidence habituelle. Dans cette mesure, la Suisse reconnaît la compétence des Etats étrangers à des conditions semblables à celles auxquelles la Suisse revendique la sienne, en vertu de l'article 44. Lorsqu'il y a une résidence habituelle à l'étranger et un domicile en Suisse, celui-ci prévaut. S'agissant de question de statut personnel, la prise en considération du droit national s'impose en premier lieu. Mais comme en matière d'effets du mariage on a de plus en plus affaire à des questions de nature patrimoniale, le renvoi à l'Etat national ne se justifie pas. Le Conseil fédéral est d'avis que les conditions de reconnaissance sont suffisamment larges et qu'elles sont de nature à éliminer le risque de rapports juridiques boiteux, en évitant au maximum les refus de reconnaissance.

234 Régimes matrimoniaux

234.1 Remarques préliminaires

Le droit des régimes matrimoniaux englobe toutes les règles auxquelles est soumis le patrimoine des époux affecté au mariage. Par sa nature, le régime matrimonial concerne tous les besoins économiques du mariage, qu'il s'agisse de biens pécuniaires de nature réelle ou contractuelle.

Dans le domaine des régimes matrimoniaux, comme d'ailleurs dans celui des effets personnels du mariage, il y a un certain conflit d'intérêts entre les rapports internes et externes. Sur le plan interne, il y a un besoin impérieux de stabilité et d'unité juridique. Pour répondre à ce besoin on devrait, dans la mesure du possible, soumettre l'ensemble du patrimoine des époux à un seul ordre juridique, c'est-à-dire le soumettre à un statut global qui ne tiendrait compte ni de la qualité mobilière ou immobilière des biens, ni du fait qu'un bien déterminé existait déjà à l'époque du mariage ou qu'il n'a été acquis qu'ultérieurement. Il faudrait en outre que l'ordre juridique applicable soit valable pour toute la durée du mariage (principe de l'immutabilité), même lorsque les époux changent de domicile ou de nationalité au cours du mariage (cf. P. Lalive, *Le régime matrimonial des étrangers en Suisse*, Mémoires de la Faculté de droit de l'Université de Genève, 1963, p. 80 ss). Il est vrai qu'on ne pourrait pousser l'application du principe de l'immutabilité au point de décevoir les époux qui pourraient s'attendre légitimement à voir s'appliquer un droit déterminé.

Sur le plan externe, à savoir dans les rapports que les époux entretiennent avec les tiers, il faut avoir une grande sécurité juridique des transactions. De là découle le fait que l'appartenance d'un bien déterminé à un ensemble de biens matrimoniaux ne doit pas entraîner la soumission de ce bien à un autre statut que le statut ordinaire régissant le patrimoine lui-même ou la cause; il faudrait également veiller à ce que les rapports matrimoniaux concernant les biens puissent aussi être régis par le droit du nouvel environnement (principe de la mutabilité).

La LRDC s'est efforcée de trouver une solution à ce conflit d'intérêt en faisant une distinction entre régime interne et régime externe. Sur le plan interne, elle

applique le principe de l'immutabilité et sur le plan externe celui de la mutabilité. En particulier, son article 19, 1^{er} alinéa, soumet le régime matrimonial interne d'époux étrangers domiciliés en Suisse, à la loi de leur premier domicile conjugal, pour toute la durée du mariage. Pour les Suisses de l'étranger, et pour autant que le droit de leur Etat de domicile ne leur est pas applicable, leurs rapports pécuniaires sont soumis à la loi du canton d'origine (art. 31, 1^{er} et 2^e al., LRDC). Sur le plan externe, les rapports pécuniaires des époux, qu'ils soient des étrangers ou des Suisses domiciliés à l'étranger, sont régis par le droit de leur domicile actuel (art. 19, 2^e al., et 31, 3^e al., LRDC). Cette solution permet de maintenir une certaine stabilité dans les rapports internes et de garantir la sécurité des transactions dans les rapports avec les tiers. Mais cela ne va pas sans de nombreux défauts.

La limite entre rapports internes et rapports externes est déjà difficile à tracer car on ne peut pas dire qu'un bien déterminé relève seulement du régime matrimonial interne et qu'un autre ne relève que du régime matrimonial externe. Pour résoudre ce problème, il faudra se demander chaque fois qui sont les intéressés: on considérera comme externe une question concernant aussi des tiers, par exemple le créancier d'un des époux, tandis que les questions ne mettant en cause que les époux relèvent des rapports internes. Suivant les personnes concernées, il se peut qu'on doive, dans un même litige, considérer un bien à la fois sous l'angle des rapports internes et sous celui des rapports externes. Du point de vue du droit international privé, il faudra donc appliquer dans une même affaire aussi bien la loi du régime matrimonial interne (loi du premier domicile conjugal) que celle du régime matrimonial externe (loi du nouveau domicile). C'est là une tâche qui est difficilement réalisable en pratique et souvent même impossible. La distinction faite entre rapports internes et rapports externes a pour conséquence sur le plan des règles de conflits qu'on appliquera un autre droit aux premiers qu'aux seconds. Par exemple, la question de la propriété sera régie sur le plan interne par le droit du premier domicile conjugal alors que sur le plan externe ce sera le droit du domicile actuel qui sera applicable.

La réglementation actuelle de la LRDC présente des lacunes. Un exemple: l'article 19, 2^e alinéa, LRDC régit la position de la femme en cas de faillite du mari, mais est muet dans le cas inverse; faut-il prévoir une application par analogie ou *a contrario*? Mais surtout, l'article 19 LRDC ne régit pas les cas fréquents où les époux ont eu plusieurs domiciles différents à l'étranger avant de venir en Suisse. Est-ce le droit du premier domicile qui s'applique comme le pense Schnitzer (RSJ 1968, p. 297) ou celui qui a régi en dernier lieu les époux à l'étranger et que ceux-ci ont amené effectivement avec eux (cf. W. Stauffer, ZbJV 1970, p. 105 s.)?

Il existe en outre des cas dans lesquels on ne peut, en fait, continuer à respecter le dualisme existant entre le régime interne et le régime externe. Ainsi, de l'avis unanime de la doctrine et de la pratique, le régime matrimonial interne prend fin lorsqu'une séparation légale ou judiciaire est ordonnée ou prononcée (ATF 34 I 734). Il en va de même lors de la liquidation du régime matrimonial après le divorce. L'application du régime matrimonial externe se heurte aussi à certains obstacles, car l'article 21 LRDC dispose que les droits acquis par des

tiers au domicile conjugal précédent doivent être respectés. Enfin, la LRDC prévoit aussi certaines entorses au principe de la séparation stricte entre le régime matrimonial interne et le régime externe, en statuant à son article 20 que les époux peuvent, moyennant une déclaration faite en ce sens, adopter également pour leurs rapports entre eux le droit du nouveau domicile.

La LRDC ne prévoit rien au sujet du contrat de mariage alors qu'il est admis en pratique. Grâce au contrat de mariage, les époux peuvent non seulement concilier le statut juridique interne et externe de leur régime, mais peuvent encore convenir, à certaines conditions, d'un régime différent (cf. P. Lalive, op. cit., p. 102; F. Vischer/A. von Planta, IPR, p. 110).

En raison des insuffisances du système actuel, il a fallu repenser de fond en comble le droit des régimes matrimoniaux. Cela supposait l'observation de certaines conditions fondamentales. Ainsi, il s'agissait de trouver un équilibre entre le besoin de stabilité ressenti dans les rapports internes et la nécessité de garantir la sécurité des transactions dans les relations externes. En outre, il fallait s'efforcer d'assurer une meilleure coordination entre la loi applicable aux régimes matrimoniaux et celle qui est applicable en matière successorale. En admettant l'élection de droit, le contrat de mariage, et en tenant compte davantage du droit régissant le milieu social où vivent les époux, le projet pense tenir la solution adéquate. On devrait effectivement parvenir à une application de la même loi pour le régime matrimonial et pour la succession grâce à l'élection de droit dans le premier domaine et à la *professio iuris* dans le second. On s'est aussi efforcé d'assurer une certaine coordination entre les rattachements objectifs, puisque le dernier domicile conjugal coïncide en général avec le dernier domicile de l'époux prédécédé. Il n'a naturellement pas été possible d'adopter de telles règles sans s'entourer de certaines garanties, en ce qui concerne en particulier, le conflit mobile (art. 53) et la protection des créanciers (art. 55), mais on a en tout cas tenu compte, en les élaborant, des tendances les plus récentes en la matière. La nouvelle réglementation présente surtout de nombreux points communs avec la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

234.2 Compétence

C'est généralement lors d'un divorce ou de la liquidation d'une succession qu'il y a lieu d'intenter action ou de prendre une mesure relative au régime matrimonial. Mais le litige ne porte que rarement sur cette seule matière et présente en général toujours aussi certains éléments relevant des effets généraux du mariage. L'article 49 tient compte de ce fait.

D'après l'article 49, lettre a, la compétence des tribunaux ou autorités administratives suisses pour liquider le régime matrimonial au décès d'un des conjoints se détermine selon les dispositions du droit successoral (art. 84 et 87); selon la lettre b, le juge du divorce ou de la séparation de corps (art. 57 et 58) est aussi compétent pour connaître des questions relatives au régime matrimonial. Dans les deux hypothèses, il s'agit de garantir un for lié avec la cause.

En vertu de l'article 49, lettre a, combiné avec les articles 84 et suivants, les

autorités suisses seront toujours compétentes pour liquider le régime matrimonial par suite du décès d'un époux, dans la mesure où leur compétence pour prononcer l'ouverture de la succession est donnée. Ce sera le cas en particulier, lorsque l'époux prédécédé avait son dernier domicile en Suisse (art. 84). Subsidiairement, dans l'hypothèse où aucune autorité étrangère ne se préoccupe de la succession et de la dissolution du régime matrimonial qui y est liée, les autorités suisses d'origine sont compétentes (art. 85), voire celles du lieu de situation de la part des biens sis en Suisse (art. 86). De plus, les autorités du lieu de situation de ces biens peuvent prendre toutes mesures conservatoires utiles (art. 87).

De même, il découle du renvoi prévu à l'article 49, lettre b, et de ceux retenus aux articles 57 et 58 que les tribunaux suisses sont toujours compétents pour juger des effets patrimoniaux lorsqu'ils sont compétents pour connaître d'un divorce ou d'une séparation de corps. Cette solution correspond à celle de l'article 61 disposant que les tribunaux suisses compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps le sont toujours pour se prononcer sur les effets accessoires. En vertu de l'article 49, lettre b, combiné avec les articles 57 et suivants, les tribunaux suisses sont compétents pour connaître des actions relatives au régime matrimonial lorsque l'un des époux, qu'il soit demandeur ou défendeur, est domicilié en Suisse. Dans le cas de l'époux demandeur, il faut en outre que certaines conditions soient réunies, à savoir que celui-ci soit suisse ou qu'il vive en Suisse depuis une année au moins (art. 57, let. b). Comme pour les effets personnels du mariage ou pour le droit des successions, le renvoi aux chefs de compétence en matière de divorce implique également le for subsidiaire au lieu d'origine (art. 58) et celui prévu pour les mesures provisoires (art. 60).

L'article 49, lettres a et b, correspond à l'article 194 du projet concernant la révision du code civil suisse (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions; FF 1979 II 1179). En outre, la révision du CC prévoit la compétence judiciaire au domicile du défendeur. On a également prévu ce for à l'article 2 du projet de loi de DIP. Mais de surcroît, pour les litiges concernant principalement une question de droit des régimes matrimoniaux, l'article 49, lettre c, renvoie aux règles de compétence prévues pour les effets du mariage (art. 44 et 45). On est certain, vu l'étroite connexité qu'il y a entre les deux domaines, que le juge saisi d'une action relative au régime matrimonial pourra intervenir dans un litige sur les effets du mariage et inversement.

A propos des immeubles, on s'est demandé s'il y avait lieu de prévoir une réserve en faveur d'une éventuelle compétence exclusive au lieu de situation. Mais cette réserve n'a pas été introduite pour diverses raisons. Cette réserve aurait surtout été utile en cas de liquidation du régime matrimonial par suite du décès de l'un des conjoints. Mais dans ce cas, l'article 49, lettre a, prévoit déjà un renvoi aux autorités successorales compétentes (art. 84, 3^e al.). Il n'aurait pas non plus été justifié de l'étendre au droit des effets du mariage ou à celui du divorce parce que le juge compétent en ces domaines n'aurait bénéficié que d'une compétence limitée pour régler la situation financière des époux.

234.3 Droit applicable

234.31 Election de droit

A la différence de la LRDC, le projet soumet en premier lieu les régimes matrimoniaux au droit choisi par les parties (*art. 50 et 51*). Ce n'est qu'à défaut d'un tel choix qu'il y a place pour un rattachement objectif (*art. 52 et 53*). Ce système qui consiste à forcer le juge à se poser au préalable la question de l'existence du choix, avant de recourir aux rattachements objectifs, n'a pas été remis en cause lors de la consultation.

Sur le plan international, l'idée de permettre aux parties de choisir le droit applicable à leur régime matrimonial n'est pas nouvelle. Dans plusieurs Etats européens et extra-européens (France, Grande-Bretagne, Luxembourg, USA), les époux peuvent procéder à une telle élection de droit. On peut tout d'abord invoquer en faveur du principe, l'argument qu'en matière patrimoniale il convient de laisser aux parties une liberté aussi grande que possible. Il s'y ajoute des considérations propres au droit de la famille, notamment le principe de l'équilibre entre le principe du domicile et celui de la nationalité. Grâce à l'élection de droit, les parties peuvent décider elles-mêmes quel est le droit avec lequel elles ont les relations les plus étroites. Certes, il n'est pas exclu que les époux choisissent parfois le droit qui leur est le plus favorable. Toutefois, le système adopté par le projet permet de supporter un tel risque. En effet, d'une part, le choix ne peut se faire qu'entre un nombre limité de droits et, d'autre part, il n'y a rien à objecter au choix du droit le plus favorable dans la mesure où ce sont seulement les époux eux-mêmes qui sont concernés. Bien entendu, il convient de protéger les intérêts des tiers (*art. 55*). Un des avantages de l'élection de droit réside dans la continuité du rattachement, puisque le droit choisi par les époux ne change pas avec chaque changement de domicile, mais seulement lorsque les époux choisissent un nouveau droit. De plus, en introduisant l'élection de droit en matière de régimes matrimoniaux et en maintenant la *professio iuris* en matière de successions, on obtient une étroite coordination entre ces deux domaines.

Les époux ne peuvent pas choisir n'importe quelle loi. Selon l'article 50, 2^e alinéa, ils ne peuvent choisir que la loi de l'Etat dans lequel ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après le mariage, ou la loi d'un Etat dont l'un a la nationalité. A la différence de l'article 21, 2^e alinéa, il ne s'agit pas en l'occurrence de la nationalité effective. Pour le domicile en revanche, il suffit que les époux aient leur domicile dans le même Etat, sans qu'il soit nécessaire qu'ils vivent sous le même toit. Mais le projet ne se contente pas du domicile ou de la résidence habituelle d'un seul des époux (solution contraire: *art. 3, ch. 2*, de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux). Par contre, dans les hypothèses où les époux ont plusieurs nationalités, tout le monde s'accorde pour admettre un choix en faveur du droit de chacun des Etats nationaux en cause. Sous cet angle, on peut estimer que l'article 50, 2^e alinéa, constitue une exception à l'article 21, 2^e alinéa (pluralité de nationalités).

C'est le domicile ou la nationalité au moment du choix qui est déterminant pour l'élection de droit. Les époux ne peuvent pas choisir le droit d'un

domicile antérieur ou d'un domicile futur. Les fiancés font exception. Ils ont la possibilité de soumettre le contrat de mariage qu'ils ont conclu avant le mariage au droit de leur futur domicile conjugal à condition, bien entendu, qu'ils fondent effectivement par la suite un tel domicile. Il en va de même en matière de nationalité. Ainsi, lorsque la femme a acquis la nationalité de son mari tout en conservant sa nationalité originaire, les époux peuvent donc choisir le droit national de l'épouse. Cette règle permet aux Suissesses qui se marient dans un milieu culturel différent d'avoir des garanties relatives à leur régime matrimonial. Cependant, il ne faut pas voir dans cette réglementation, qui correspond d'ailleurs à celle de la convention de La Haye précitée (art. 3, ch. 1), une disposition unilatéralement en faveur de la femme, puisqu'elle vaut aussi pour les hommes. Par ailleurs, elle ne concerne pas uniquement les Suisses. Enfin, elle n'est pas conçue pour forcer une partie, elle demande bien au contraire que les deux époux se mettent d'accord. Dès lors que le moment de l'élection de droit est déterminant pour la désignation des rattachements, le droit national qu'une femme possédait et qu'elle a perdu lors de son mariage ne peut constituer un terme du choix. Ce ne serait pas le cas si l'élection de droit a lieu avant le mariage.

On s'est demandé s'il fallait, en plus des termes du choix prévu aux 1^{er} et 2^e alinéas, prévoir encore le choix en faveur du droit de la situation des immeubles. L'avant-projet le proposait (art. 50, 3^e al.; rapport final, p. 123), mais le Conseil fédéral y a renoncé en se fondant sur diverses objections qui ont été faites à ce sujet lors de la procédure de consultation. Le choix en faveur de la *lex rei sitae* aurait eu pour effet que les immeubles auraient été régis par un droit et les autres biens par un autre, ce qui aurait encore compliqué la liquidation du régime matrimonial. En pratique, 90 pour cent des liquidations de régimes matrimoniaux s'effectuent à la suite d'un divorce ou d'une succession. Au demeurant, ce sont les mêmes arguments qui ont conduit à ne pas retenir une règle de ce genre en matière de compétence (art. 49) qui ont été retenus ici.

L'élection de droit en matière de régimes matrimoniaux porte sur l'ensemble du régime, quant à la matière et quant au temps. Matériellement, le choix comprend tous les biens appartenant aux époux, c'est-à-dire aussi bien ceux qu'ils possédaient au moment de l'élection de droit que ceux qu'ils ont acquis postérieurement. Il vaut pour les biens mobiliers comme pour les biens immobiliers. Dans le temps, l'élection de droit n'est soumise à aucune limitation quant à l'époque à laquelle elle doit se faire. Ce choix peut intervenir en tout temps, même avant le mariage (art. 51, 2^e al.). Les avantages d'une telle solution sont évidents. En effet, les époux peuvent attendre, pour faire un tel choix, que la question se pose concrètement. Ainsi, ils peuvent faire leur choix lors d'un transfert de domicile, d'une modification de leur situation financière, lors de la liquidation du régime matrimonial après le divorce, ou au moment de l'établissement d'une disposition de dernière volonté. Le droit choisi reste applicable tant que les époux n'ont pas modifié ou révoqué leur choix (art. 51, 3^e al.). A moins que les époux ne concluent une convention contraire, le choix du droit applicable rétroagit au jour du mariage (art. 51, 2^e al.). Bien entendu, les faits ou actes qui ont pris naissance dans le passé ne peuvent plus être remis

en question. Dès l'instant où le choix a été fait et qu'il est maintenu pour l'avenir, le droit choisi est censé s'être appliqué depuis le début.

Pour ce qui est de la forme et de la validité de l'élection de droit (art. 51, 1^{er} al.), le droit des régimes matrimoniaux se fonde sur les principes retenus en matière de contrat (art. 113). Ainsi, l'élection de droit requiert un échange de déclarations de volonté concordant et sa validité est régie par le droit choisi. Il y a une différence en ce qui concerne la forme. Alors qu'en matière de contrat on ne prévoit aucune forme particulière, en matière de contrat de mariage il faut que l'élection de droit résulte d'un écrit exprès ou lorsqu'un contrat de mariage a été conclu, qu'il résulte indubitablement des dispositions du contrat ou des circonstances. Ce caractère indubitable se rapporte à la volonté des parties. A cet égard, il serait suffisant par exemple que le contrat de mariage se réfère de manière indubitable à des dispositions de droit matériel d'une loi entrant en ligne de compte pour l'élection de droit (cf. également art. 11 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux).

234.32 Rattachement objectif

On peut légitimement s'attendre à ce qu'à l'avenir, les époux choisiront le droit applicable à leur régime matrimonial, mais cela n'empêche pas que d'autres n'aient pas conscience du problème et, que dans de nombreux autres cas, une élection de droit ne sera pas possible. Dans ce dernier cas, on pense notamment aux époux qui, d'après leur droit national, n'ont pas cette possibilité. Ce sont surtout les critères de rattachement (art. 52) et la règle sur le conflit mobile (art. 53) qui présentent de l'intérêt en matière de rattachement objectif. Dans les deux cas, il faut insister sur le fait que ce rattachement est subsidiaire, c'est-à-dire qu'il ne joue que dans les hypothèses où les époux ne font pas d'élection de droit ni ne concluent de contrat de mariage.

L'article 52 prévoit une cascade à trois degrés, conduisant du domicile commun des époux à la loi du for, en passant par la loi nationale commune. L'article 52 désigne tout d'abord le droit de l'Etat dans lequel les deux époux ont leur domicile. C'est toujours du domicile actuel qu'il s'agit et du domicile dans un même Etat, mais pas nécessairement dans un même endroit ou sous le même toit (art. 19). En optant pour un rattachement au domicile, on a voulu que les rapports patrimoniaux soient soumis au droit du milieu social où vivent les époux lorsque le régime matrimonial ne peut être localisé en vertu d'un choix. C'est toujours le droit matériel du domicile qui est applicable. Un renvoi éventuel n'est donc pas pris en considération. Le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés reste applicable tant qu'ils ne créent pas ensemble un nouveau domicile dans un autre Etat. Le régime matrimonial n'est pas affecté par le changement de domicile d'un seul conjoint. Il en va de même lorsque l'autre époux quitte à son tour le lieu où se trouvait le domicile conjugal et se crée un domicile dans un troisième pays. En s'en tenant à l'application du droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés ou dans lequel ils ont été domiciliés en même temps en dernier lieu, on veut que

les rapports patrimoniaux soient soumis le plus longtemps au droit sous l'empire duquel les époux ont effectivement vécu ensemble.

Si les époux n'ont jamais été domiciliés en même temps dans le même pays, c'est leur droit national commun qui s'applique (art. 52, 2^e al.). Il doit s'agir cependant d'une nationalité que les deux époux possédaient en commun avant le mariage. Si l'un d'eux avait à l'époque plusieurs nationalités on devra tenir compte de sa nationalité effective (art. 21, 2^e al.). Une nationalité acquise uniquement en vertu du mariage (*iure matrimonii*) n'est pas déterminante et précisément pour les raisons suivantes: lorsque des époux n'ont jamais eu de domicile commun dans le même pays durant le mariage, on ne voit pas comment non plus une nationalité commune due au simple fait de leur mariage pourrait constituer une communauté dans leurs rapports patrimoniaux. En règle générale, là où la conclusion du mariage entraîne des effets sur la nationalité, c'est la plupart du temps l'épouse qui acquiert la nationalité de son mari. Le fait de prévoir un rattachement à pareille communauté serait au fond une prime donnée au droit du mari, ce qui ne s'accorde pas avec le principe de l'égalité entre homme et femme.

Si une communauté suffisante entre époux fait défaut tant par rapport au domicile qu'à la nationalité, il y a lieu de se reporter à la *lex fori* (art. 52, 3^e al.). En effet, s'il n'existe plus aucun autre point de rattachement, la loi du for demeure, en fait, l'un des seuls points de rattachement présentant un lien étroit. Cette solution s'impose d'autant plus que les époux peuvent en tout temps choisir un droit autre s'ils l'estiment comme ayant un rapport plus étroit.

Un mariage sans domicile conjugal commun demeurera sans doute exceptionnel à l'avenir. Lorsqu'il n'y a pas eu élection de droit, les rapports pécuniaires entre les époux seront en général régis par le droit du domicile commun. L'article 53, 1^{er} alinéa, envisage par là le domicile actuel, c'est-à-dire qu'à chaque changement de domicile opéré en commun par les deux époux, le droit applicable à leur régime matrimonial changera (principe de mutabilité). On obtient ainsi l'assurance que le statut juridique du régime matrimonial est ancré de par la loi dans son milieu juridique actuel et qu'il répond ainsi au besoin de la sécurité des transactions. On peut en outre admettre que ce domicile sera en définitive le dernier domicile du conjoint qui décèdera le premier, d'où une correspondance avec le statut successoral.

Deux limites sont posées à la mutabilité automatique découlant de la loi. Les époux peuvent tout d'abord s'opposer à son entrée en vigueur en exprimant une volonté différente, en faisant une élection de droit aux conditions des articles 50 et 51; ou bien ils peuvent convenir par écrit que le changement de domicile ne modifiera pas le droit antérieurement applicable (art. 53, 2^e al.).

Mais ils peuvent encore empêcher la mutabilité en concluant un contrat de mariage. Il arrive souvent que les époux concluent pareil contrat au début du mariage ou à un moment où leur situation financière subit des changements importants. La situation juridique fixée dans un contrat de mariage est faite généralement pour durer. Même si le contrat de mariage ne contient pas d'élection de droit expresse, on peut admettre que les époux ont voulu soumettre leur régime matrimonial au même droit que celui qui a présidé à la

conclusion du contrat. C'est dans cette optique que l'article 53, 2^e alinéa, dispose que lorsqu'il y a un contrat de mariage, le droit applicable au moment de sa conclusion n'est pas affecté par un changement ultérieur de domicile. Ce droit continue en même temps à s'appliquer tant que les époux ne se sont pas prononcés pour l'application d'un autre droit, soit en faisant une élection de droit expresse, soit en concluant un nouveau contrat de mariage.

Le principe de la mutabilité est lié au problème de la rétroactivité. Faut-il que le droit applicable au domicile actuel régie le régime matrimonial à partir du moment où le transfert de domicile a eu lieu, ou est-il censé le régir depuis la conclusion du mariage, c'est-à-dire s'applique-t-il rétroactivement? La première solution est celle de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (art. 7, 2^e al., et art. 8). Le résultat d'un tel système consiste à découper le régime matrimonial dans le temps en autant de parts qu'il y a eu de transferts de domiciles, ce qui conduit à compliquer à l'extrême les opérations de liquidation du régime. La seconde solution lie le principe de la mutabilité à celui de la rétroactivité. En vertu de ce système, il faut considérer le droit applicable au domicile actuel comme n'ayant jamais cessé de s'appliquer. Les relations juridiques nouées auparavant doivent bien entendu être maintenues. Le projet s'est prononcé pour la seconde solution qu'il n'a pas adoptée sans y apporter des exceptions. En effet, les époux peuvent convenir entre eux, par écrit, ou en être convenus auparavant par une élection de droit ou un contrat de mariage que la rétroactivité est exclue en ce qui les concerne. L'accord portant sur l'exclusion de la rétroactivité ou sur le maintien du droit précédemment applicable devrait intervenir au plus tard au moment du changement de domicile.

234.4 Contrat de mariage

La LRDC ne régit pas expressément le contrat de mariage, mais il est en tout cas admis en pratique lorsque les rapports patrimoniaux entre époux sont régis par le droit suisse. Le projet réserve au contrat de mariage une plus grande place mais se limite à désigner le droit applicable à sa forme. Du point de vue matériel, on admet unanimement que le contrat est régi par le droit applicable au régime matrimonial, principe si évident qu'on a pu renoncer à le mentionner expressément dans le projet. Du point de vue formel, le contrat peut satisfaire, soit aux conditions du droit applicable au fond (*lex causae*), soit à celles du droit applicable au lieu où le contrat a été conclu (*lex loci actus*). Ce rattachement alternatif répond au principe généralement admis en matière de forme, de la *favor validitatis*. L'article 54 forme à cet égard le pendant de l'article 121 relatif à la forme des contrats du droit des obligations. Mais à la différence de cet article, l'article 54 régit la forme de contrats de mariage conclus entre des époux présents. En réalité, la conclusion de contrats de mariage entre époux absents ne devrait pas se produire, mais le projet n'exclut pas que pareils contrats soient conclus.

234.5 Rapports juridiques avec des tiers

Un des problèmes les plus épineux du droit des régimes matrimoniaux est celui de la sécurité des transactions. Pour autant que le droit applicable au régime matrimonial déroge au droit du milieu social dans lequel vivent les époux, on peut en effet se poser la question suivante: dans quelle mesure peut-on opposer au tiers qui conclut un acte juridique avec un époux les limitations résultant du régime matrimonial? Si l'on veut respecter sans exception ces limitations, les droits des tiers s'en trouveront affectés. En revanche, en mettant trop l'accent sur la validité du rapport juridique, on porte atteinte aux intérêts de l'époux non concerné.

L'article 55 du projet s'efforce de parvenir à un certain équilibre entre ces intérêts opposés. La solution s'inspire dans une certaine mesure des expériences faites avec la LRDC. Cette loi a résolu le problème de la protection des créanciers en prévoyant chaque fois un rattachement au droit qui s'appliquait lors de la conclusion d'un acte juridique (art. 20, 21, LRDC; cf. F. Bänziger, Der Schutz des Dritten im internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht der Schweiz, Zurich 1977, p. 133 ss). De même, l'article 55 prévoit un rattachement à la loi du domicile qu'avait l'époux se trouvant dans un rapport juridique avec un tiers au moment où ce rapport a pris naissance.

Il y a des différences essentielles entre l'article 55 du projet et l'article 20 LRDC. La LRDC soumet en effet l'ensemble des rapports juridiques avec les tiers au droit du nouveau domicile alors que l'article 55 limite l'application de ce droit au rapport juridique né entre un époux et ce tiers. De plus, la LRDC se rapporte toujours au domicile conjugal comme domicile du mari alors que l'article 55 lui, prévoit que chaque époux peut avoir un domicile propre. Au sens de l'article 55, le droit du domicile peut différer du droit du domicile commun prévu aux articles 50 ou 52.

Le 2^e alinéa de l'article 55 est en quelque sorte le pendant de l'article 34 relatif à la sécurité des transactions. Les articles 19 et 20 LRDC ne considèrent que la protection du tiers alors que 2^e alinéa concerne également l'époux contractant et de façon indirecte, son conjoint. C'est le cas lorsque au moment où le rapport juridique a pris naissance, le tiers connaissait ou devait connaître le droit applicable au régime matrimonial.

234.6 Décisions étrangères

L'article 56 établit une distinction entre les cas où la décision concerne exclusivement le régime matrimonial (1^{er} al.) et ceux dans lesquels la décision relative au régime matrimonial a été rendue en rapport avec une question successorale ou un divorce (2^e al.). Pour cette dernière catégorie de décisions, l'article 56, 2^e alinéa, se réfère aux règles concernant les décisions étrangères rendues en matière de divorce ou en matière de succession. Cette référence permet d'avoir l'assurance qu'on ne reconnaîtra pas seulement la partie de la décision se rapportant au régime matrimonial, mais aussi la décision principale se rapportant au divorce ou à la succession.

Là où le régime matrimonial lui-même fait l'objet d'une décision indépendante, le 1^{er} alinéa énumère les compétences qu'il reconnaît. Ainsi, une décision étrangère est reconnue lorsqu'elle a été rendue ou reconnue dans l'Etat du domicile de l'époux défendeur ou lorsqu'elle a été rendue ou reconnue dans l'Etat de l'époux demandeur, à condition toutefois que l'époux défendeur ne soit pas domicilié en Suisse (let. a et b). Une décision étrangère est en outre reconnue lorsqu'elle a été rendue ou reconnue dans l'Etat dont le droit s'applique au régime matrimonial ou, lorsqu'elle concerne des immeubles, dans l'Etat où sont situés ces immeubles (let. c et d).

235 Divorce et séparation de corps

235.1 Remarques préliminaires

Les articles 57 à 63 régissent en premier lieu le divorce mais s'appliquent aussi à la séparation de corps. Ils apportent d'importantes modifications au droit actuel. Ainsi, les autorités du domicile auront une compétence nettement élargie par rapport à celle que leur attribue l'article 7h LRDC. En revanche, la compétence des autorités d'origine pour connaître des actions en divorce des Suisses domiciliés à l'étranger (art. 7g LRDC) ne sera plus, comme jusqu'à présent, admise sans restriction. Le projet s'est surtout inspiré de la convention de La Haye du 1^{er} juin 1970 (RS 0.211.213.01) sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps. Cette convention n'est applicable qu'entre les Etats parties et n'impose en tant que «convention simple», aucune limite aux Etats contractants pour régler la compétence. Pour obtenir que les jugements de divorce rendus en Suisse soient reconnus le plus largement possible, il ne faut pas s'écarter trop des chefs de compétence indirecte prévus dans cette convention.

Pour le droit applicable, le projet prévoit – comme dans tous les autres cas concernant les rapports de groupe – un rattachement en cascade. L'article 59, 3^e alinéa, tempère toutefois ce principe par une réserve en faveur du droit suisse. En matière de reconnaissance, on accorde un peu moins d'importance à la *favor recognitionis* qu'en matière de mariage. Dans l'intérêt du défendeur, il y a surtout lieu de faire une restriction si aucun des époux ou si l'époux demandeur seul, avait la nationalité de l'Etat dans lequel la décision étrangère a été rendue alors qu'il n'y a aucun autre lien avec cet Etat (art. 63, 2^e.al.).

235.2 Compétence

Dans le domaine du divorce, comme dans tous les autres domaines du droit de la famille, il convient de distinguer entre la compétence ordinaire du juge du domicile (art. 57) et la compétence subsidiaire au for d'origine [art. 58].

Le projet abandonne dans une certaine mesure le principe de la compétence exclusive du domicile du demandeur (art. 7h LRDC; art. 144 CC). Est compétent en premier lieu le juge suisse du domicile du défendeur (art. 57, let. a). En règle générale, il s'agit là du for le plus adéquat pour faire valoir ses droits: c'est le juge du tribunal du lieu où vit le défendeur qui est le mieux placé pour réunir les éléments concernant ses rapports personnels et pour faire

exécuter la décision prise. L'article 57, lettre b, prévoit dans l'intérêt des époux, de faciliter l'accès aux tribunaux suisses en matière matrimoniale, en créant un for au domicile de l'époux demandeur. Cependant, ce for n'est pas accessible sans autre pour les raisons suivantes: à la différence des autres domaines du droit du mariage, la nécessité se fait moins sentir d'obtenir dans les meilleurs délais un jugement de divorce au domicile de l'époux demandeur. Il est justifié de prévenir le danger d'un déplacement frauduleux du domicile du demandeur au moyen d'une réserve adéquate. Ainsi, l'article 57, lettre b, n'accorde de for au domicile de l'époux demandeur que si celui-ci vit en Suisse depuis un an au moins ou s'il est suisse.

La compétence au for du domicile est donnée sans qu'il y ait à tenir compte de ce délai dans le cas où l'époux défendeur s'est soumis à la compétence du juge suisse sans faire de réserve. L'article 6 règle déjà cette hypothèse et l'article 57 n'a pas encore à en faire mention ici.

En vertu du droit actuellement applicable, un Suisse domicilié à l'étranger peut toujours intenter une action en divorce devant le juge de son lieu d'origine. Le Conseil fédéral estime qu'il y a lieu de tempérer la solution actuelle de l'article 7g LRDC. Le fait d'accorder sans réserve une compétence au lieu d'origine du Suisse de l'étranger ne correspond pas à l'esprit de la LRDC. L'article 7g LRDC est sujet à caution dans la mesure où il avantage un des époux, qui est également suisse, par rapport à l'autre, en lui ouvrant un for suisse sans prendre en considération les intérêts de l'autre. On ne doit s'en tenir à la réglementation de l'article 7g LRDC que dans la mesure où il s'agit de protéger des intérêts dignes de protection d'un conjoint suisse, notamment de la femme suisse mariée à un étranger. Ces intérêts sont suffisamment protégés lorsqu'un for d'origine est garanti subsidiairement. L'article 58 se borne donc à donner un tel for si l'action en divorce ne peut pas être intentée à l'étranger ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit. A la différence de la LRDC, qui n'accorde pareil for qu'à un Suisse de l'étranger, le projet l'accorde également à son conjoint étranger. Il faut rappeler enfin que dans les cas de pluralité de nationalités, seule la nationalité suisse est prise en considération.

La condition pour laquelle on estime qu'il ne serait pas raisonnable de demander à un des conjoints d'intenter son action en divorce devant le juge étranger compétent au domicile d'un des époux tient également au contenu même du droit étranger applicable en l'occurrence. Il faut considérer aussi bien les conditions que les effets du divorce. Le for suisse du lieu d'origine serait ainsi donné si les conditions posées par le droit étranger sont à ce point sévères, qu'elles empêchent absolument un Suisse de l'étranger d'obtenir un divorce, ou s'il devait attendre pendant tellement longtemps pour l'obtenir, qu'on ne peut l'exiger de lui. Il en irait de même selon l'article 58 dans l'hypothèse où, de par la réglementation attendue des effets du divorce, il ne serait absolument pas tenu compte des intérêts en jeu. Il serait d'ailleurs inutile d'invoquer ici l'ordre public puisqu'il ne saurait créer de chef de compétence en Suisse. Les fors des articles 57 et 58 valent également pour les décisions concernant les effets accessoires (*art. 61*), les actions en complément ou en modification d'un jugement de divorce ou de séparation de corps (*art. 62*) ou la conversion d'une séparation en divorce.

235.3 Droit applicable

En vertu du droit actuel, la compétence du juge suisse entraîne automatiquement l'application du droit suisse (art. 7g, 2^e al., 7h, 3^e al., LRDC). Ce système est quelque peu assoupli dans le projet. Le juge suisse sera amené à appliquer le droit étranger dans les hypothèses où les relations avec la Suisse sont ténues.

Se fondant sur le principe du rapport de droit le plus étroit, l'article 59 prévoit en premier lieu l'application du droit qui régit le milieu social dans lequel vivent les époux, c'est-à-dire leur domicile, qui correspond généralement au lieu où se sont produites les causes du divorce. L'article 59, 1^{er} alinéa, désigne le droit suisse comme applicable en tant que loi de l'Etat du domicile commun. Il est nécessaire que les relations mutuelles avec l'Etat du domicile présentent une certaine intensité qui doit être encore mieux reconnaissable que lorsqu'il y a une simple résidence habituelle. Le droit du domicile ne l'emporte que si les deux époux ont leur domicile dans le même pays, mais pas nécessairement sous le même toit. Si les époux n'ont pas de domicile commun en Suisse, c'est alors leur droit national commun qui s'applique à leur divorce ou à leur séparation (art. 59, 2^e al.). Car si le rattachement au droit du domicile l'emporte en général sur le rattachement à la loi nationale, il ne doit cependant pas s'imposer lorsque le domicile est limité à un seul des époux, comme le prévoit le 2^e alinéa. A défaut de domicile commun, le rattachement subsidiaire à la nationalité commune se justifie d'autant plus qu'il manifeste un lien assez sérieux qui s'apparente souvent à celui qui existe avec le droit du domicile. De toute façon, il faut donner la préférence à ce rattachement plutôt qu'à celui qui renverrait généralement au droit du domicile de l'époux défendeur ou à la *lex fori*. A cela s'ajoute le fait qu'en appliquant le droit national commun des époux, la reconnaissance du divorce pourra être facilitée dans leur Etat national. Si les époux vivent dans différents pays, chacun d'eux doit avoir des liens suffisamment étroits avec l'Etat dont ils ont en commun la nationalité (art. 21, 2^e al.).

Lorsque les époux n'ont ni domicile commun dans le même Etat, ni nationalité commune, un second rattachement subsidiaire renvoie au droit suisse. C'est ce qui ressort du jeu des 1^{er} et 2^e alinéas de l'article 59. Mais même si le droit national commun devait s'appliquer, il devrait céder le pas devant le droit suisse, lorsque le droit étranger ne permet pas le divorce ou le soumet à des conditions extraordinairement sévères et si l'un des époux est également suisse ou vit en Suisse depuis deux ans (art. 59, 3^e al.). Le but de cette disposition est évident. Des époux qui ont des liens assez sérieux avec la Suisse ne doivent pas pâtir d'un droit hostile au divorce, qui contredirait non seulement les convictions du droit en Suisse, mais aussi celles de la grande majorité des autres Etats. L'article 59, 3^e alinéa, se révèle être, à l'égard des étrangers, en premier lieu comme une réserve à l'application du droit national commun.

Mais cet alinéa joue essentiellement un rôle pour les Suisses de l'étranger. Comme en matière de compétence, on a voulu que la Suisse garantisse à ses ressortissants de l'étranger la protection du droit dans le domaine privé. En principe, il s'agira de cas dans lesquels il est impossible pour ces Suisses

d'intenter action en divorce à l'étranger ou dans lesquels on ne peut raisonnablement exiger qu'il en soit ainsi. Si une compétence suisse est donnée dans ce cas, il ne s'ensuit pas immédiatement que les règles de conflit du projet ne peuvent pas jouer et que l'application du droit étranger doit céder le pas à celle du droit suisse. En principe, en matière de droit applicable, les étrangers et les Suisses doivent être mis sur un pied d'égalité et ce n'est que dans des circonstances particulières à un cas d'espèce qu'il y a lieu de réserver des règles spéciales pour les Suisses de l'étranger.

235.4 Mesures provisoires

En droit suisse, le juge suisse est compétent pour ordonner des mesures provisoires au sens de l'article 145 CC, dès que l'action en divorce est pendante. Le projet transpose cette règle du droit de fond dans le domaine de la compétence internationale en précisant que le juge n'est pas compétent pour ordonner pareilles mesures lorsqu'il n'est manifestement pas compétent pour prononcer le divorce ou que son incompétence a été constatée par une décision ayant force de chose jugée. Cela reflète, pour l'essentiel, la jurisprudence fédérale actuelle (ATF 83 II 495 et arrêts cités). Lorsqu'en vertu de l'article 60, 1^{er} alinéa, le juge suisse a qualité pour prendre des mesures provisoires, il applique le droit suisse (2^e al.). Il faut toutefois apporter certaines réserves en ce qui concerne les obligations alimentaires, les effets de la filiation et la protection des mineurs. En ce qui concerne les pensions alimentaires, c'est la convention de La Haye, du 2 octobre 1973 (RS 0.211.213.01) sur la loi applicable aux obligations alimentaires qui s'applique, en matière d'effets de la filiation, ce sont les articles 79 à 84 du présent projet et pour la protection des mineurs, la convention de La Haye du 5 octobre 1961 (RS 0.211.231.01) concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs. Cette dernière convention s'applique en soi également aux cas de divorce en donnant compétence aux autorités de l'Etat dans lequel le mineur a sa résidence habituelle ou des biens pour prendre des mesures provisoires qui s'imposent (art. 9). En ratifiant cette convention la Suisse a fait une réserve au sens de son article 15, réserve qui devra être retirée lors de l'entrée en vigueur de la loi qui vous est proposée.

235.5 Effets accessoires

L'article 61 règle à la fois la compétence des tribunaux suisses et la loi applicable aux effets accessoires du divorce et de la séparation de corps.

Le juge du divorce ou de la séparation de corps, doit généralement être aussi compétent pour régler les nouvelles relations entre époux divorcés ou séparés et dans une certaine mesure entre eux et leurs enfants (art. 61, 1^{er} al.). Il s'agit en particulier de la réglementation de l'entretien ou d'éventuels dommages et intérêts ainsi que de la liquidation du régime matrimonial (cf. rapport final, p. 138 pour le détail). Le droit applicable aux effets accessoires est, en principe, le même que celui qui régit le divorce et la séparation de corps, ce qui permet de

soumettre à un seul et même ordre juridique, les effets accessoires qui en découlent, comme l'entretien, les dommages et intérêts éventuels et l'attribution des enfants. En ce qui concerne l'entretien, l'article 8 de la convention de La Haye, du 2 octobre 1973 (RS 0.211.213.01) sur la loi applicable aux obligations alimentaires consacre déjà cette solution.

En revanche, certains problèmes qui sont réglés à l'occasion d'un divorce relèvent néanmoins d'un statut particulier. Il en va ainsi du nom de l'épouse divorcée; le projet a résolument opté pour une réglementation autonome et exhaustive du problème du nom (art. 35 ss) et il ne se justifie pas de faire ici une réglementation différenciée. Pareillement, le régime matrimonial dont la liquidation deviendra nécessaire par suite d'un divorce ou d'une séparation de corps, ne peut être régi que par les règles de conflit qui lui sont propres d'autant plus que dans le droit matériel, il n'y a pas un rapport prépondérant qui lie le droit du divorce aux règles sur la liquidation du régime matrimonial.

235.6 Complément ou modification d'une décision

En vertu de l'article 62, 1^{er} alinéa, les tribunaux suisses sont compétents pour connaître des actions en complément ou en modification d'une décision de divorce ou de séparation de corps s'ils ont prononcé le divorce ou la séparation de corps (*perpetuatio fori*) ou s'ils sont compétents en vertu des articles 57 et 58. Dans ce dernier cas, cela vaut pour un divorce ou une séparation prononcée à l'étranger dont une des parties demande en Suisse le complément ou la modification. Le tribunal suisse est compétent en pareil cas, aux mêmes conditions qui fondent sa compétence pour prononcer le divorce ou la séparation mêmes.

Complément ou modification du jugement de divorce concernent toujours les effets accessoires et le juge suisse compétent pour en connaître appliquera le droit auquel renvoie l'article 61, 2^e alinéa, c'est-à-dire que le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps régit en principe les effets accessoires. Toutefois, pour le nom, le régime matrimonial, l'obligation alimentaire des époux et les effets de la filiation, les dispositions de la loi en la matière sont réservées (art. 62, 2^e al.).

235.7 Décisions étrangères

La Suisse a ratifié la convention de La Haye du 1^{er} juin 1970 (RS 0.211.212.3) sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps. Bien que cette convention ne s'applique qu'entre les Etats qui en font partie, l'article 63 s'efforce de trouver une solution qui soit en harmonie avec elle.

Le concept de divorce de l'article 63 est plus vaste que celui du droit suisse, puisque le divorce n'a pas besoin d'avoir été prononcé à l'étranger à la suite d'une procédure qui s'est déroulée devant des tribunaux civils; il suffit qu'il ait été prononcé à la suite de n'importe quelle procédure qui, dans l'Etat du jugement, a un caractère officiel. Qu'on pense aux divorces prononcés devant

une autorité administrative ou un tribunal religieux. Il faut cependant qu'une procédure se soit déroulée ou qu'un organe officiel ait prêté son concours; une simple déclaration unilatérale comme certaines formes usuelles de répudiation du droit musulman, ne suffit pas, sauf dans les cas où pareille déclaration est intervenue à l'étranger entre des ressortissants du pays en question et que la question de la validité du divorce ne se pose qu'à titre préalable.

En vertu de l'article 63, 1^{er} alinéa, une décision étrangère de divorce ou de séparation de corps est reconnue en Suisse si elle a été rendue dans l'Etat où l'un des époux a son domicile ou sa résidence habituelle ou dont il a la nationalité ou, si la décision a été rendue dans un Etat tiers, si elle est reconnue dans un de ces Etats.

Le 2^e alinéa prévoit toutefois une exception à la règle générale. Il s'agit du cas où la décision émane d'un Etat dont aucun des époux ou seul l'époux demandeur a la nationalité: en pareil cas, la décision étrangère ne pourrait pas être reconnue en Suisse lorsqu'au moment de l'introduction de la demande, aucun des époux n'était domicilié ou n'avait sa résidence habituelle dans l'Etat où la décision a été rendue, ou que l'époux défendeur avait son domicile en Suisse. Un jugement rendu dans l'Etat national de l'époux demandeur ne doit pas être reconnu, parce que cet époux n'avait pas d'autre lien avec cet Etat, du moment qu'il n'y avait ni domicile ni résidence habituelle. Le besoin de protection disparaît cependant lorsque l'époux défendeur s'est soumis sans réserve à la compétence du tribunal étranger ou lorsqu'il est lui-même d'accord avec la reconnaissance du divorce en Suisse.

24 Filiation

241 En général

241.1 La réforme du droit de filiation

Le droit de fond et le droit international privé de la filiation subissent de profondes modifications, tant sur le plan national qu'international. La Suisse a révisé son droit de l'adoption en 1972 (RO 1972 2819), puis l'établissement et les effets de la filiation en 1976 (RO 1977 237). Dans une étape ultérieure, ce sont les dispositions sur la protection des mineurs et la tutelle qui seront révisées. On peut constater de semblables réformes dans presque toute l'Europe, en particulier dans les Etats du Benelux, en République fédérale d'Allemagne, en Espagne, en France, en Grande-Bretagne, en Italie, en Autriche, en Scandinavie et aussi dans la plupart des Etats d'Europe de l'Est (cf. rapport final, p. 141). Ces réformes procédaient non pas seulement à de simples modifications mineures, mais aussi à des changements d'ordre social de caractère fondamental. Il s'agissait surtout d'améliorer la situation de l'enfant illégitime, d'intégrer l'enfant dans sa famille adoptive, de promouvoir l'égalité des parents en matière d'éducation et d'améliorer la protection des mineurs par les organes étatiques. Toutes ces réformes sont ressenties comme une nécessité sur le plan international. On peut citer parmi les nombreux instruments la résolution 1787 du Conseil économique et social des Nations Unies, du 18 mai

1973 concernant l'égalité juridique et la non-discrimination des enfants nés hors mariage, la convention européenne du 24 avril 1967 (RS 0.211.221.310) en matière d'adoption des enfants ou la convention européenne du 15 octobre 1975 (RS 0.211.221.131) sur le statut juridique des enfants nés hors mariage.

La nouvelle orientation du droit matériel a des incidences sur le droit international privé. Quelques Etats ont modifié leur droit matériel sans adapter leur DIP. Il ne faut pas en tout cas prendre pour exemple la loi allemande de 1970 sur la filiation illégitime.

D'autres Etats, comme la France, le Portugal et l'Espagne, se sont contentés de procéder à certaines adaptations temporaires ou se réclamaient des principes traditionnels (cf. rapport final, p. 142). En Suisse, les nouvelles lois sur le droit de la filiation s'accompagnaient, tant en 1972 (art. 8a à 8c LRDC) qu'en 1976 (art. 8d et 8e LRDC), de nouvelles règles de conflit de lois et de juridictions qui ont abandonné le principe du rattachement au droit national au profit du rattachement au domicile. Ce sont les travaux préparatoires du présent projet qui ont indiqué la voie à suivre. La réglementation retenue aux articles 8a à 8e LRDC constitue à cet égard une anticipation des résultats de la codification proposée ici. Cependant, les adaptations de la LRDC paraissent au plus pressé alors que la réglementation du projet se veut complète.

Le droit international de la filiation règle surtout trois problèmes: les questions d'état, les effets de la filiation et la protection des mineurs. Tandis que les questions d'état relèvent encore et toujours du droit international privé national, les effets de la filiation et la protection des mineurs sont réglés en grande partie par des conventions internationales. Il y a lieu en particulier de mentionner la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (v. ch. ci-après 245.1 et 252) et la convention de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption. Dans ces domaines le droit international privé national ne joue plus qu'un rôle complémentaire.

241.2 Systématique

La revision du droit matériel de la filiation a provoqué un certain nivellement des actes juridiques créant le statut des personnes. L'ancien droit connaissait différents degrés entre les formes d'établissement de la filiation (filiation légitime ou illégitime, légitimation, paternité avec suite d'état-civil, reconnaissance volontaire) alors que le droit nouveau les met toutes sur le même pied. Toutes – y compris l'adoption – créent un lien de parenté plein et entier tant vis-à-vis du père que de la mère.

On s'est demandé si le projet de loi de DIP devait maintenir une réglementation faisant une distinction entre les formes d'établissement du statut juridique, c'est-à-dire l'établissement de la filiation en général (naissance, jugement), et l'établissement par reconnaissance, légitimation ou adoption ou s'il ne convenait pas de chercher une solution qui permette de régler de manière uniforme

toutes les questions d'état. Le projet s'est prononcé pour la première solution, ce qui lui a permis de régir clairement, dans des sections brèves, les différentes formes de l'établissement de la filiation et de prévoir des solutions différenciées pour les différents actes publics relatifs au statut des personnes.

La question revêt surtout de l'importance pour la reconnaissance et pour la légitimation. Le droit revisé de la filiation met sur le même pied la reconnaissance volontaire et la filiation résultant de la loi ou d'un jugement (art. 252 CC). Mais le CC a pu se passer de régir la légitimation. En effet, vu la nouvelle teneur du CC, comme chaque enfant a des liens de parenté aussi bien avec son père qu'avec sa mère, le fait d'un mariage subséquent des deux ne modifie pas fondamentalement le statut de l'enfant.

Le présent projet règle la reconnaissance dans une section particulière et conserve la légitimation, bien que le CC l'ait abandonnée (art. 69 à 72). Les règles de conflit de loi valent à cet égard comme transition entre le droit suisse et le droit étranger. Un examen comparatif des lois a révélé que des différences parfois importantes existaient en matière de droit de filiation, tant par rapport au contenu qu'à la systématique. De nombreux Etats connaissent encore la légitimation. C'est pourquoi l'on doit veiller à ce que les dispositions du DIP suisse ne soient pas trop fermement calquées sur les concepts et la systématique du propre droit matériel.

241.3 Effets de la filiation et protection des mineurs

En pratique, il n'est pas toujours facile de distinguer entre les effets de la filiation et la protection des mineurs. En outre, c'est presque exclusivement la convention de La Haye du 5 octobre 1961 (RS 0.211.231.01) concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs qui régit ces questions actuellement. A ces questions s'ajoute donc encore celle de la délimitation entre les règles de conflit relevant du droit national et celles qui relèvent de cette convention internationale. Pour faire face à ces difficultés, on propose parfois d'intégrer, voire même de fondre les règles relatives aux effets de la filiation dans le chapitre sur la protection des mineurs. On invoque pour cela le fait que la Convention vaut pour toutes les mesures qui visent à protéger la personne ou les biens du mineur. Il ne resterait donc plus rien à régler pour les effets de la filiation en dehors des domaines nécessitant une réglementation spéciale (nom, nationalité, aliments) ou comprises dans les mesures protectrices des mineurs.

On ne doit pas renoncer à régler dans des chapitres séparés la protection des mineurs et les effets de la filiation pour la seule raison que ces deux domaines empiètent quelque peu l'un sur l'autre. Le danger d'empiètement résulte de la nature même des choses: en ce qui concerne les mesures en faveur de la personne ou des biens d'un mineur, les dispositions relatives aux effets de la filiation et celles qui sont relatives à la tutelle tendent au même but, tout en l'envisageant dans une optique différente. Le droit applicable aux effets de la filiation traite de la protection de la personne et des biens d'un mineur sous l'angle des relations entre parents et enfant et en tant qu'elles se fondent sur un

lien de filiation. En revanche, les règles sur la protection des mineurs ne sont applicables que si une menace survient, nécessitant l'intervention d'une autorité. Une mesure relative à la protection des mineurs ne peut être ordonnée que si les relations entre parents et enfant sont mises en danger ou déficientes. Ainsi, la question de savoir, par exemple, si le père ou la mère a le droit d'avoir des relations personnelles avec ses enfants se détermine d'après la loi applicable aux effets de la filiation. Toutefois, c'est l'autorité chargée d'assurer la protection des mineurs qui doit, le cas échéant, établir les conditions dans lesquelles ces relations peuvent s'exercer. En amalgamant les deux réglementations, on aboutirait à désigner le droit applicable aux effets de la filiation par le biais de la convention de La Haye sur la protection des mineurs. Cette convention est une loi uniforme improprement dite. Les rattachements qu'elle prévoit, découlant de la compétence des autorités, sont relativement complexes et il n'est pas simple non plus de délimiter son champ d'application tant personnel que spatial et matériel (v. P. Volken, *Konventionskonflikt im IPR*, p. 105 ss). Le Conseil fédéral a été sensible à ces arguments et ils l'ont conduit à régir les mesures protectrices en faveur des mineurs dans le cadre des effets de la filiation, mais il leur a consacré pour le reste un chapitre spécial.

242 Filiation par naissance

L'établissement de la filiation est divisé en trois sections. La première se rapporte à la filiation par naissance (art. 64 à 68), la deuxième par reconnaissance et légitimation (art. 69 à 72) et la troisième par adoption (art. 74 à 76). Dans la première section, entrent en ligne de compte, notamment la filiation par naissance et par jugement puis l'action en constatation ou en contestation de paternité. (Pour la contestation de l'adoption, cf. ch. 244.3 ci-après).

242.1 Compétence

Comme pour le droit du mariage, le projet prévoit en matière de filiation, outre la compétence ordinaire des tribunaux suisses du domicile, la compétence subsidiaire du for d'origine.

Pour désigner la compétence du juge suisse pour connaître des actions en constatation ou en contestation de la filiation, l'article 64 retient la résidence habituelle de l'enfant ou le domicile de l'un des deux parents en Suisse.

L'avant-projet prévoyait le domicile de l'enfant, non pas sa résidence habituelle. La conception objective du domicile sur laquelle se fonde le présent projet n'empêche pas de voir dans la création d'un domicile, non seulement le fait, mais la volonté de résider, volonté qu'un mineur sans capacité de discernement n'est pas à même de se former.

Lorsque l'article 64 se fonde sur la résidence habituelle de l'enfant, il permet à l'enfant ou aux autorités agissant en son nom, de s'adresser aux tribunaux sans avoir à choisir entre trop de possibilités. L'action peut donc être introduite

aussi bien au for de la résidence habituelle de l'enfant, que du domicile de la mère ou du père, réglementation similaire à celle déjà prévue à l'article 8*d*, 1^{er} alinéa, LRDC. D'un point de vue pratique déjà, il est bon qu'un procès relatif au statut puisse être intenté au for de l'enfant – qui correspondra généralement avec celui de la mère –. Mais on doit aussi laisser la possibilité à l'enfant d'ouvrir action au domicile de son père défendeur, comme il n'est pas possible d'empêcher ce dernier de contester sa paternité à son propre for.

L'article 65 prévoit en outre, dans l'intérêt des Suisses de l'étranger, un for subsidiaire au lieu d'origine. C'est tout particulièrement en matière de filiation qu'il y a lieu de protéger nos compatriotes de l'étranger et notamment lorsqu'ils ne peuvent pas intenter d'action devant le juge ordinaire, que le droit étranger ignore une pareille protection juridique ou parce qu'on ne saurait exiger d'eux qu'ils ouvrent action devant un tribunal étranger. En pareil cas, la question d'état peut être introduite auprès du juge du lieu d'origine, l'article 65 donnant cette faculté aussi bien à l'enfant lui-même qu'à ses parents. Chacun d'eux peut agir devant le juge d'origine aux mêmes conditions, et même si un seul d'entre eux est suisse. Dans cette mesure aussi, l'égalité de traitement est garantie aux trois personnes concernées.

A la différence de l'article 8*d*, 3^e alinéa, LRDC cependant, le projet ne fait pas dépendre la compétence suisse du domicile, de la résidence habituelle ou du lieu d'origine de sa reconnaissance à l'étranger. On laisse le demandeur estimer lui-même l'intérêt qu'il y a à ce qu'un jugement suisse déploie ou non ses effets à l'étranger.

242.2 Droit applicable

Sous l'influence du droit de fond, les règles de conflit relatives aux questions d'état se modifient elles aussi. Alors que l'ancien droit centrait le rattachement sur le vrai père ou sur le père présumé (cf. ancien art. 8 LRDC), on axe aujourd'hui le problème sur la personne de l'enfant et l'on se réfère au droit qui lui est applicable. La doctrine n'est toutefois pas unanime en ce qui concerne le droit qu'il y a lieu d'appliquer (en lieu et place d'un aperçu, on renvoie à P. Lalive, *Les conflits de lois en matière de filiation*, Paris 1973, p. 176 ss; F. Vischer, *RDS* 1971, II p. 86 ss).

Le projet n'entre qu'accessoirement dans la controverse du droit applicable au droit de filiation. En cette matière, comme en droit du mariage, il part de l'égalité de traitement fondamentale dont doivent bénéficier les parties concernées. Il s'applique à déterminer quel droit présente les liens les plus étroits avec toutes les personnes concernées, ou du moins avec la majorité d'entre elles. Le domicile est l'expression même de cette relation la plus étroite. A cet égard le projet diffère fondamentalement de la LRDC qui s'appuyait exclusivement sur la nationalité du père (ancien art. 8 LRDC). Le passage du principe de la nationalité à celui du domicile s'est fait d'autant plus aisément que les carences qui découlaient du rattachement d'alors ont été mises en évidence de façon frappante par la jurisprudence relative à l'ancien article 8 LRDC (cf. F. Knoepfler, *Action en désaveu contra legem?*, *RSJ* 1973, p. 52). On a tiré les

premiers enseignements de cette jurisprudence en adaptant la LRDC en 1972 et 1976 (art. 8a à 8e LRDC) au droit matériel révisé. Le présent projet confirme les solutions retenues et continue à s'y tenir.

L'article 66 désigne le droit applicable à l'établissement de la filiation. Il convient de préciser ce renvoi.

Le rapport de filiation peut découler soit de la loi (naissance, présomption de paternité), soit d'un acte public (reconnaissance, décision d'une autorité). La reconnaissance et la légitimation ainsi que l'adoption font l'objet de deux sections spécifiques. L'article 66 concerne donc le fait de la naissance, créant un rapport de filiation découlant, soit d'une présomption légale, soit d'un jugement. L'article 66 désigne le droit applicable aussi bien à l'action destinée à contester la présomption légale qu'à contrer une reconnaissance volontaire.

C'est le droit de la résidence habituelle de l'enfant qui s'applique en premier lieu, en vertu de l'article 66, 1^{er} alinéa. Toutefois, si aucun des parents n'a son domicile dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, mais s'ils possèdent la même nationalité que lui, c'est le droit de cette nationalité commune qui s'applique (2^e al.).

L'article 66 retient une solution différente de celle de l'avant-projet (art. 68) et de la LRDC (art. 8e). Dans son article 68, 1^{er} alinéa, l'avant-projet partait du domicile des parents ou de celui auprès duquel vit l'enfant; ce n'est que si l'enfant ne vivait pas avec ses parents que sa résidence habituelle était retenue. Le droit national n'entraîne en ligne de compte dans l'avant-projet, que si des liens manifestement plus étroits existaient entre la cause et l'Etat national (art. 68, 2^e al.). On a critiqué cette solution dans la procédure de consultation, en estimant que le rattachement au domicile était trop compliqué et que l'on prenait trop peu en considération le droit national. Le Conseil fédéral a tenu compte de ces critiques en simplifiant, du point de vue rédactionnel, le principe du domicile et en renforçant celui de la nationalité. En ne retenant que le rattachement à la résidence habituelle de l'enfant, l'article 66, 1^{er} alinéa, du projet n'apporte pas de modification de fond à l'avant-projet (cf. rapport final, p. 149). La résidence habituelle de l'enfant correspondra généralement avec celle de ses parents ou au moins avec celle de sa mère. On maintient de la sorte le lien avec le milieu juridico-social dans lequel vivent l'enfant et les parents. Par la même occasion, l'article 66, 1^{er} alinéa, donne une solution équitable dans les cas, certes peu fréquents, mais coûteux pour les autorités d'assistance lorsque l'enfant ne vit même pas avec sa mère. Qu'on pense à l'enfant de saisonniers qui reste en Suisse ou à l'enfant de parents non mariés placé en vue d'une adoption. Le rattachement à la résidence habituelle de l'enfant permet une coordination avec les mesures de protection des mineurs.

On a critiqué dans la procédure de consultation le fait d'introduire une nouvelle règle en matière de statut juridique des enfants, juste après avoir promulgué l'article 8e LRDC. Mais il n'y a pas de différences si importantes entre l'article 66 du projet et l'article 8e LRDC comme voudraient le laisser croire ces critiques. On constate deux différences: l'article 66 prévoit également un rattachement au droit du domicile de la mère et de l'enfant dans le cas où le père présumé vivant à l'étranger a la même nationalité que les deux premiers.

Cette différence résulte du fait que le présent projet pouvait se référer de façon plus stricte, plus conséquente et plus systématique, en matière de droit international privé de la famille, au droit applicable dans le milieu social des personnes concernées, qu'on ne pouvait le faire à l'occasion de la révision partielle de la LRDC. A défaut de domicile commun aux trois intéressés ou d'une nationalité qui leur soit commune, le projet ne renvoie pas simplement à la loi suisse du for (art. 8e, 1^{er} al., ch. 3, LRDC), mais s'en tient au rattachement au droit sous l'empire duquel les rapports filiaux sont appelés à se nouer au premier chef. Les expériences qu'on a pu faire avec l'article 8e LRDC prouvent que cette modification se justifiait tout à fait (ATF 107 II 209).

Mais il y a lieu de faire une exception au rattachement à la résidence habituelle: c'est lorsqu'aucun des parents n'a de domicile là où l'enfant a sa résidence habituelle et que les parents et l'enfant ont une nationalité commune. En pareil cas, il y a lieu d'appliquer le droit national commun.

Cette application du droit national commun répond à deux aspects du problème. D'une part, elle répond à l'ensemble des intérêts envisagés à de nombreux égards, qu'on se place du côté de l'enfant ou des parents. C'est les parents qui, en général, impriment les relations effectives et juridiques qu'un enfant a. Inversement l'enfant a un grand intérêt à ce que sa situation soit garantie par le droit régissant ses parents ou qu'elle soit à tout le moins reconnue par ce droit.

Par ailleurs, le projet ne veut pas renoncer absolument au principe national. On s'est rendu compte qu'il ne fallait pas tellement rechercher les insuffisances de l'ancien article 8 LRDC dans les désavantages découlant du principe national mais également dans la rigidité sans nuance de ce rattachement.

L'article 66 concerne donc aussi bien les relations de filiation découlant de la loi, que celles découlant de la constatation judiciaire de la paternité, la contestation de celle-ci ou la reconnaissance d'un enfant. Plusieurs années peuvent s'écouler entre le moment de la naissance et celui de l'ouverture d'une action en constatation ou en contestation de la paternité. On a même vu récemment dans la jurisprudence suisse le cas où une paternité a été contestée 20 ans après la naissance (cf. RSJ 1969, p. 374 ss). Dans cet intervalle, le domicile peut changer plusieurs fois et, selon le cas, la nationalité aussi. La question se pose dès lors de savoir à quel moment les rattachements désignés à l'article 66 se déterminent. Si le rattachement se fait *ex tunc*, on devrait, même après 20 ans, rattacher au domicile ou à la nationalité déterminante au moment de la naissance. En revanche, si le rattachement se fait *ex nunc*, ce seraient les circonstances existantes à la date de l'introduction de l'action qui devraient être déterminantes. En vertu de l'article 68, 1^{er} alinéa, pour déterminer le droit applicable à l'établissement de la filiation, sa constatation ou sa contestation, on se fonde sur la date de la naissance, alors que s'il s'agit d'une contestation ou d'une constatation judiciaire, le 2^e alinéa fixe la date de l'action comme moment déterminant si un intérêt prépondérant de l'enfant le justifie.

L'article 68, 3^e alinéa, de l'avant-projet consacrait encore, lorsque la mère était suisse, le principe *mater semper certa*. Des critiques se sont élevées à ce propos lors de la procédure de consultation. On a dit que la Suisse ne pouvait pas

imposer unilatéralement cette règle à l'étranger. Entretemps, la Cour européenne des droits de l'homme, à Strasbourg, a érigé ce principe en droit fondamental, en décidant que l'établissement des liens de filiation entre la mère et son enfant n'avaient pas besoin de découler d'une condition quelconque de la loi (cf. Décision du 27 avril 1979, Marckx). On avait le choix entre deux rédactions nouvelles: soit élargir l'article 252 CC au domaine international, soit limiter le principe aux seules mères suisses qui accouchent en Suisse. Mais aucune des deux formules n'était satisfaisante. La limitation à la Suisse n'était pas nécessaire vu que le principe est déjà contenu dans l'article 66, 1^{er} alinéa. En étendant la règle interne, le principe aurait été érigé en règle d'ordre public positif du droit suisse, mais il n'y avait aucune garantie de voir ce principe suivi à l'étranger, notamment dans les Etats extra-européens. Ainsi le danger de rapports juridiques boiteux subsisterait.

242.3 Décisions étrangères

En matière de reconnaissance des décisions étrangères, le projet s'inspire, comme cela a été souligné à plusieurs reprises à propos du droit du mariage, du principe de la *favor recognitionis*. En vertu de l'article 68, les décisions étrangères relatives à l'établissement ou à la contestation de la filiation sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, dans celui du domicile de la mère ou du père ou dans l'Etat national de l'enfant ou de l'un des parents. En reconnaissant les jugements rendus dans l'Etat de domicile ou de la résidence habituelle, le projet reconnaît la compétence des Etats étrangers aux mêmes conditions qu'il la revendique pour les autorités suisses en vertu de l'article 64. En plus de cela, il reconnaît les décisions rendues dans l'Etat national d'une des personnes concernées. Cet élargissement à l'Etat national doit promouvoir l'harmonie des décisions. Mais si les articles 64 et 65 ne se réfèrent que subsidiairement au principe de la nationalité, c'est qu'il ne faut pas oublier qu'en matière de statut personnel, les Etats voisins du nôtre s'en tiennent, parfois fermement, à la compétence législative et juridictionnelle de l'Etat national. En refusant de reconnaître les décisions rendues selon ce critère, on ne ferait qu'encourager la création de rapports juridiques boiteux. Si une décision étrangère ne correspond pas à l'ordre juridique suisse, on servira mieux les intérêts des personnes concernées, et ceux de la cause, en prévoyant la possibilité d'un jugement suisse de modification qu'en refusant de reconnaître la décision.

243 Reconnaissance et légitimation

La reconnaissance et la légitimation sont des institutions juridiques qui servent à créer un lien de filiation par déclaration unilatérale d'une des parties. Depuis que le code civil suisse a abandonné la paternité alimentaire au profit de la paternité avec suites d'état civil (art. 252, 2^e al., CC), la reconnaissance a acquis une importance pratique toujours plus grande. En revanche, la légitimation a perdu en droit interne la place qui était la sienne, car depuis l'abandon de la distinction entre la filiation légitime et la filiation illégitime, le mariage

des parents n'influe en principe plus sur le statut de l'enfant. Malgré cela (la disparition de la légitimation en droit matériel), le projet de DIP aborde la légitimation, mais uniquement sous l'angle de la reconnaissance. La plupart des ordres juridiques connaissent encore aujourd'hui cette institution. Les autorités suisses peuvent en tout temps avoir à statuer, par le biais d'une reconnaissance, sur une déclaration de légitimation intervenue à l'étranger (art. 72).

En vertu de l'article 69, 1^{er} alinéa, la déclaration de reconnaissance peut être faite en Suisse lorsque, soit le lieu de la naissance, soit la résidence habituelle de l'enfant, soit le lieu d'origine de l'un des parents se trouve en Suisse. Si plusieurs de ces endroits se trouvent en Suisse, l'auteur de la reconnaissance peut choisir l'un d'entre eux. Il serait trompeur de parler de compétence internationale lorsqu'il s'agit d'un acte de reconnaissance volontaire, car on n'a pas affaire, en l'espèce, à la compétence d'un juge pour rendre une décision, mais simplement à la compétence d'une autorité pour recevoir une déclaration d'une partie.

Sous l'empire de l'ancien droit suisse (ancien art. 305 CC), on pouvait aussi s'opposer à la reconnaissance alors qu'elle était biologiquement conforme, en alléguant qu'elle serait préjudiciable à l'enfant. On plaçait du même coup l'intérêt de l'enfant au-dessus de la réalité de la filiation. En outre, on rendait la reconnaissance plus compliquée encore, davantage du fait que sa contestation éventuelle devait être faite dans l'Etat national de l'auteur de la reconnaissance (ancien art. 8 LRDC; P.-M. Gutzwiller, *Internationale Vaterschaftsanerkennung, Einspruchsrecht von Mutter und Kind*, BJM 1971, p. 97). La reconnaissance constitue la forme la plus importante du nouveau droit suisse de la filiation, parce qu'elle en est la forme la plus simple; est déterminante la clarté de la filiation (art. 260b CC). Vu la grande libéralité laissée en DIP en matière de compétence pour l'introduction d'une action en contestation, les raisons qui militaient auparavant en faveur d'une retenue n'ont plus de raison d'être.

Comme en matière de compétence, le projet tend à favoriser en ce qui concerne la validité matérielle de la reconnaissance d'enfant, l'acceptation aussi grande que possible de ces déclarations. Ainsi, pareille reconnaissance conforme au droit de la résidence habituelle de l'enfant, du domicile de l'un des parents ou de l'Etat national de l'un des parents, est valable quant au fond (art. 70). La date de la reconnaissance est déterminante en ce qui concerne le droit du domicile, de la résidence habituelle ou le droit national. A cet égard, la reconnaissance reçue dans une ambassade étrangère serait valable si elle correspond à l'un des droits désignés par l'article 70, 1^{er} alinéa. L'observation de la forme d'une déclaration de reconnaissance doit répondre aux conditions du droit suisse lorsqu'elle est faite en Suisse (art. 260, 3^e al., CC).

Lorsque la reconnaissance est intervenue à l'étranger, qu'elle résulte d'une déclaration unilatérale ou d'une décision refusant la contestation (art. 71), elle sera reconnue en Suisse lorsqu'elle est valable en vertu du droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, ou de l'Etat du domicile de la mère ou du père. L'article 72 applique la même règle par analogie à la reconnaissance d'une légitimation intervenue à l'étranger et l'article 71 au jugement étranger relatif à la contestation d'une reconnaissance.

244 Adoption

244.1 Remarques préliminaires

Le projet s'inspire très étroitement des articles 8a à 8c LRDC introduits à l'occasion de la révision du CC en 1972. Dans l'ensemble, les nouvelles dispositions ont fait leurs preuves et il n'y a pas de raison de les modifier une nouvelle fois. En revanche, il se justifie de compléter la réglementation actuelle sur plusieurs points laissés en suspens alors. Il s'agit de la contestation de l'adoption et de la contestation d'adoption étrangères. La Suisse a ratifié la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption (RS 0.211.221.315) qui est applicable avec la Grande-Bretagne et l'Autriche. Cette convention ne concerne que l'adoption de mineurs âgés de moins de 18 ans. En outre, les parents adoptifs ainsi que l'enfant, doivent être des ressortissants d'Etats contractants et avoir leur résidence habituelle dans un de ces Etats. En dépit de l'entrée en vigueur de cette convention, il reste encore un vaste champ d'application pour le DIP suisse.

244.2 Compétence

Comme en matière de droit de famille et de filiation, le projet prévoit également en matière d'adoption un for ordinaire du domicile (*art. 73*) et un for subsidiaire au lieu d'origine (*art. 74*).

L'article 73 reprend, à quelques modifications rédactionnelles près – calquées sur les autres fors du droit de famille – la réglementation actuelle de l'article 8a LRDC. Ce sont les autorités suisses du domicile de l'adoptant ou des époux adoptants qui sont compétentes. On ne dit rien du cas des époux n'ayant pas de domicile commun. L'article 73 règle en premier lieu la compétence internationale. Celle-ci est aussi donnée si les parents habitent dans deux lieux différents en Suisse. En revanche, si les époux ont deux domiciles étrangers différents, on voit mal comment les conditions du droit suisse peuvent être remplies pour créer une adoption conjointe. L'article 74 réserve un for subsidiaire au lieu d'origine de citoyens suisses.

Pour l'essentiel, l'article 74 correspond à la compétence régie dans l'article 8a, 2^e alinéa, LRDC en précisant toutefois trois points: dans le cas d'adoption conjointe il suffit que l'un des époux adoptants soit suisse pour fonder la compétence de l'autorité suisse du lieu d'origine. Cette modification facilitera grandement l'accès à la juridiction suisse et elle découle des principes à la base de tout le droit de la famille selon lesquels tous les intéressés doivent être placés sur un pied d'égalité et bénéficier des mêmes chances dans un procès. Deuxième point précisé, celui de la quasi impossibilité d'adopter à l'étranger. Troisièmement, la dernière phrase de l'article 8a, 2^e alinéa, LRDC, est tombée; elle n'autorisait à saisir l'autorité suisse du lieu d'origine que si l'adoption suisse devait être reconnue à l'étranger. Les expériences faites avec la LRDC ont montré qu'il fallait éviter de faire dépendre la compétence suisse de la reconnaissance à l'étranger de la décision suisse.

244.3 Droit applicable

Selon l'article 75, 1^{er} alinéa, les conditions de l'adoption prononcée en Suisse sont régies par le droit suisse. A la différence de l'article 8b LRDC, l'article ne mentionne pas expressément les effets de l'adoption. Selon la conception suisse, l'adoption plénière crée un véritable lien de filiation. Les effets de l'adoption sont donc soumis aux mêmes dispositions que les effets de la filiation. Il s'agit, en plus des articles 77ss, des articles relatifs au nom (art. 35) et à la nationalité (art. 20). Le projet ne règle pas non plus expressément les effets des adoptions étrangères. Lorsqu'il s'agit de surcroît d'une adoption plénière, on peut faire les mêmes considérations que pour les adoptions suisses. En revanche, on ne pourra guère régler le cas des adoptions simples étrangères sans tenir compte du droit en vertu duquel elles ont été prononcées et des effets que ce droit confère à ce genre d'adoptions. Cela revêt surtout de l'importance sur le plan de la reconnaissance et de l'inscription dans les registres suisses de l'état civil. Pareille inscription donne à l'adoption son apparence pour l'extérieur et il faut donc que l'adoption étrangère et l'adoption suisse aient une valeur sensiblement égale.

L'article 75, 2^e alinéa, contient une réserve en faveur du droit du domicile ou du droit national. Il correspond pour l'essentiel à l'article 8c LRDC, mais a en outre un certain effet bilatéral du fait qu'il réserve aussi le droit du domicile.

Quant à l'action en annulation de l'adoption, elle sera toujours régie par le droit suisse. Cela va de soi lorsqu'il s'agit d'une adoption prononcée en Suisse puisqu'elle l'aura été en vertu du droit suisse (art. 75); pour les adoptions prononcées à l'étranger, le juge saisi devra procéder à un examen comparatif du droit étranger et du droit suisse (art. 75, 3^e al.) pour voir si le motif d'annulation invoqué sur la base du droit étranger en question correspond à un motif du droit suisse (cf. art. 269 à 269b CC).

244.4 Adoptions et actes analogues étrangers

Conformément au principe de la *favor recognitionis*, le projet reconnaît très largement les adoptions étrangères ou les actes analogues qui peuvent y être assimilés. L'article 76 dispose qu'une adoption étrangère est reconnue en Suisse lorsqu'elle a été prononcée dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants. Cependant, il ne s'agit pas non plus de reconnaître n'importe quelle forme d'adoption étrangère, mais seulement celles qui, de par leur nature et leurs effets, correspondent à celle du droit suisse. En fait, seules des adoptions ou actes analogues étrangers assimilables à l'adoption plénière pourront être reconnus.

En revanche, on veut éviter que, par le biais de la reconnaissance, des adoptions étrangères ou des actes y assimilables ayant valeur d'adoption simple – correspondant à celle que la Suisse connaissait avant la révision du CC de 1972 – ne déploient en Suisse plus d'effets que ceux conférés par le droit étranger. La reconnaissance ne porte pas d'appréciation de l'adoption étrangère, ni n'a d'effets correcteurs; elle se limite à perpétuer une situation préexistante à l'étranger.

C'est pourquoi les effets d'une adoption étrangère ne sauraient être plus étendus en Suisse qu'à l'étranger: pareilles adoptions et actes analogues ne sont reconnus en Suisse qu'avec les effets qui leur sont attachés dans l'Etat où ils ont été constitués (art. 76, 2^e al.).

245 Effets de la filiation

Les articles 77 ss ne concernent que le domaine central des effets juridiques de la filiation. Nombre d'effets importants de la filiation ont en effet été réglés ailleurs, ainsi le nom (art. 35), la nationalité (art. 20); les obligations alimentaires et la protection des mineurs sont en outre régies par des conventions internationales. Pour ces deux domaines, le projet renverra donc à la réglementation conventionnelle.

La question de la vocation successorale ressort du statut successoral, non pas des effets de la filiation. La condition réside simplement dans le fait que les définitions employées pour le statut découlant de la filiation ou du droit successoral sont équivalentes pour les différentes sortes ou formes de rapports de filiation. Le problème surgit en particulier dans les cas dans lesquels l'adoption, la reconnaissance ou la légitimation produit tous les effets attachés à la filiation (y compris donc la capacité de succéder), alors que le statut successoral lui ne reconnaît pas cette qualité d'héritier (cf. F. Vischer, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht*, Bâle 1953, p. 21 ss).

Un autre problème ardu réside dans les limites à poser entre les effets de la filiation et les mesures protectrices à l'égard des mineurs. Le présent chapitre aborde les effets de la filiation en tant uniquement qu'ils manifestent la relation parents-enfants découlant du lien de filiation. Mais s'il s'agit de savoir dans quel cas une autorité doit intervenir lorsque les relations entre parents et enfants sont troublées et quel droit s'applique aux mesures à prendre, les règles adéquates font l'objet du chapitre 5 (art. 83).

245.1 Compétence

En ce qui concerne la compétence, force est de constater que les règles relatives à la protection des mineurs et celles relatives aux effets de la filiation sont étroitement imbriquées. On remarquera que dès l'instant où les relations entre parents et enfant donnent lieu à des actions en justice, c'est qu'il y a un sérieux trouble dans ces relations, qu'il y a même danger qui menace l'enfant en faveur duquel des mesures devront être prises. Souvent, il sera délicat de déterminer quand il faut considérer un problème sous l'angle des effets de la filiation et quand il faudra le faire sous l'angle de la protection des mineurs; on peut excepter les affaires dans lesquelles parents et enfants agissent ensemble contre des tiers ou celles qui sont réglées spécialement en raison de leur importance pratique. Compte tenu de ces considérations, la réglementation de la compétence dans la présente section s'appuie largement sur les principes dégagés en matière de protection des mineurs et est axée sur les questions d'entretien qui demeurent les plus importantes en l'occurrence.

Il n'y a pas de règles conventionnelles de compétence internationale pour les actions introduites par des enfants contre leurs parents qui découlent de conventions multilatérales. Les conventions de La Haye de 1956, 1958 et 1973 concernent soit le droit applicable, soit la reconnaissance et l'exécution. La compétence judiciaire en la matière demeure du ressort des règles de conflit nationales. La Suisse a également ratifié la convention de New York du 20 juin 1956 (RS 0.274.15) sur le recouvrement des aliments à l'étranger, qui facilite l'entraide internationale mais ne régit ni la compétence internationale, ni le droit applicable, ni l'exequatur.

L'article 77 détermine tout d'abord le for de l'action alimentaire et prévoit une réglementation subsidiaire concernant des actions relatives à des liens entre parents et enfants qui ne sont pas déjà réglés ailleurs. Pareilles actions peuvent être portées, au choix du demandeur, soit à la résidence habituelle de l'enfant, soit au domicile, ou à défaut de domicile, à la résidence habituelle du parent défendeur (1^{er} al.). Le 2^e alinéa réserve les dispositions spéciales sur le nom, la protection des mineurs et les successions.

L'article 78 prévoit, comme dans les autres domaines du droit de la famille, une compétence au lieu d'origine pour les Suisses de l'étranger désirant intenter une action portant sur les effets de la filiation et en particulier sur les aliments. Il ne s'agit plus ici d'une compétence subsidiaire comme dans les autres articles concernant le statut personnel, mais bien d'un chef de compétence ordinaire. Ce for provient de compétences indirectes reconnues en vertu des conventions - exécution de La Haye de 1958 (RS 0.211.221.432) et de 1973 (RS 0.211.213.02).

Quant à l'article 79, il prévoit que les tribunaux compétents en vertu des articles 77 et 78 le sont également pour connaître des demandes en remboursements d'avances que les autorités auraient faites aux créanciers d'aliments d'une part (let. a), et des demandes de la mère pour son entretien et ses frais de couche (let. b). On remarquera que l'institution de cette règle de compétence internationale correspond non seulement à la solution déjà adoptée par les nouveaux articles 289 et 295 CC, mais qu'elle reprend en outre, en en faisant des chefs de compétence directs, les fors reconnus par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires (art. 1^{er} et 18).

245.2 Droit applicable

Il y a lieu de délimiter clairement ce qui ressort des effets de la filiation des questions relatives à la protection des mineurs pour savoir quel droit il faut appliquer. La convention de La Haye sur la protection des mineurs (RS 0.211.231.01) s'applique surtout quand il s'agit de les protéger, mais elle ne concerne pas tout le domaine des relations personnelles et financières entre parents et enfant. Plus précisément, la convention ne s'applique pas aux questions de la majorité, de l'exercice des droits civils, du nom, de l'entretien ou de la vocation successorale. Toutes ces questions font l'objet de dispositions spécifiques. Mais elle ne concerne pas non plus de façon toute générale toutes

les relations entre parents et enfant qui se nouent sans qu'il y ait lieu à intervention d'une autorité. Entrent dans ces relations, l'autorité parentale et les pouvoirs qui en découlent sur la personne et les biens de l'enfant. La convention de La Haye ne saurait intervenir qu'en cas de trouble ou de mise en danger justifiant l'intervention des autorités compétentes. La sécurité du droit recommande elle aussi l'existence d'une distinction claire entre le statut de la protection du mineur et celui des effets de la filiation. Dans le cadre de la convention de La Haye, les autorités compétentes appliquent chaque fois leur droit interne. Mais comme la convention désigne chaque fois différentes autorités compétentes à titre alternatif ou subsidiaire, on ne peut jamais dire à l'avance et avec certitude quel droit va s'appliquer. S'agissant de l'intervention officielle dans une relation entre parents et enfant existante une telle solution pourrait sembler justifiée; elle ne le serait pas en revanche en ce qui concerne l'existence même et la portée de cette relation en tant que telle.

Dans l'article 80 le projet s'en tient au même rattachement que celui retenu à l'article 66. C'est d'abord le droit de la résidence habituelle de l'enfant qui s'applique. Mais si aucun des parents n'est domicilié dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, c'est le droit national commun qui s'applique. L'article 80 comprend tous les rapports de filiation, que ceux-ci découlent de la loi, d'une action en constatation, d'une reconnaissance, d'une légitimation ou d'une adoption.

Comme pour la compétence, les effets de la filiation sur le nom, la protection des mineurs et les successions sont régis par le droit applicable en ces matières (art. 80, 3^e al.). La Suisse a ratifié la convention de La Haye du 2 octobre 1973 (RS 0.211.213.01) sur la loi applicable aux obligations alimentaires qui soumet les créances alimentaires entre parents et enfant au droit de la résidence habituelle du créancier d'aliments.

Le droit à l'entretien était depuis longtemps régi en grande partie par des conventions internationales. Il s'agissait surtout de la convention de La Haye du 24 octobre 1956 (RS 0.211.221.431) sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants et de celle du 15 avril 1958 (RS 0.211.221.432) concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants.

En 1973, la Conférence de La Haye a apporté des nouvelles et des améliorations à ces deux conventions (cf. A. von Overbeck, Les nouvelles conventions de La Haye sur les obligations alimentaires, ASDI 1973, p. 135 ss). La nouvelle convention sur la loi applicable ne joue plus seulement entre Etats contractants. En vertu de son article 3, elle n'est pas fondée sur la réciprocité puisque même si la loi désignée est celle d'un Etat non contractant, cette loi s'applique. De par ce large champ d'application, aussi bien personnel que spatial, cette convention revêt le caractère d'une loi uniforme applicable *erga omnes* (cf. P. Volken, Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht, p. 150). Il s'ensuit que les autorités suisses devront à l'avenir appliquer cette convention à toute action alimentaire à caractère international dont elles seront saisies. Il faut encore mentionner le fait que cette convention ne s'applique pas seulement aux prétentions des enfants, comme dans la convention de 1956, mais également à celles existant entre époux séparés ou divorcés ainsi que pour le

remboursement des prestations que les institutions publiques ont avancées aux créanciers d'aliments.

Ce vaste champ d'application personnel et spatial ne laisse plus de place pour les règles de conflits nationales, raison pour laquelle il se justifie d'intégrer la convention dans le corps de la loi (*art. 81, 1^{er} al.*). Le 2^e alinéa étend l'application par analogie de cette convention aux prestations auxquelles la mère célibataire a droit pour son entretien et les dépenses occasionnées par la naissance, parce qu'il n'est pas certain que cette convention régit aussi ces questions. Il faut encore considérer en matière d'entretien la convention de La Haye du 2 octobre 1973 (RS 0.211.213.02) concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires que la Suisse a également ratifiée. Par sa nature, cette convention-exécution repose sur le principe de la réciprocité. Mais elle a un champ d'application matériel plus vaste. Tout d'abord elle ne joue plus seulement lorsqu'il y a un jugement définitif, mais également lorsqu'il y a une décision provisionnelle exécutoire (*art. 4*) et une transaction (*art. 21*). Par ailleurs, elle n'est pas limitée aux obligations alimentaires envers les enfants, mais aussi envers les adultes (époux séparés ou divorcés) ainsi qu'aux remboursements des avances faites par des institutions publiques (*art. 18*).

Comme on l'a vu, la Suisse a également ratifié la convention de New York du 20 juin 1956 (RS 0.274.15) sur le recouvrement des aliments à l'étranger. Cette convention se fonde sur la constatation que le recouvrement d'aliments dans les relations internationales bute très souvent sur des obstacles purement de fait; elle essaie donc de surmonter ces obstacles en créant des Autorités expéditrices et des Institutions intermédiaires qui aident les créanciers d'aliments (cf. rapport final, p. 163; P. Volken, Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht, p. 153 ss).

245.3 Décisions étrangères

Les décisions étrangères seront reconnues en Suisse lorsqu'elles auront été rendues dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant ou dans celui de la résidence habituelle ou du domicile du parent défendeur [*art. 82, 1^{er} al.*]. L'objet principal de l'article 82 est constitué par la reconnaissance de décisions étrangères en matière d'aliments. Cependant, nombre de traités bilatéraux et la convention-exécution de La Haye susmentionnée jouent ici un rôle important.

Les décisions étrangères relatives au nom, à la protection des mineurs et aux successions sont reconnues en vertu des dispositions spéciales prévues dans ces domaines (*art. 82, 2^e al.*).

25 Tutelle et autres mesures protectrices

251 Remarques préliminaires

La majeure partie des cas dont la pratique suisse a à connaître en matière de tutelle internationale, tombe sous le coup de la convention de La Haye du

5 octobre 1961 (RS 0.211.231.01) concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs. Etant donné le vaste champ d'application de cette convention, tant sur le plan personnel que spatial, il ne reste plus beaucoup de place pour des règles de DIP internes. C'est la raison pour laquelle le projet renonce à sa propre réglementation et prévoit que les rares cas non couverts par la convention de La Haye sont régis par elle analogiquement (art. 83). Les règles conventionnelles s'appliquent dès lors aux majeurs et aux mineurs, que ces personnes aient ou non leur résidence habituelle dans un Etat partie à la convention (2^e al.).

252 Protection des mineurs

En matière de protection des mineurs, l'article 83, 1^{er} alinéa, dispose que la compétence des autorités suisses, la loi applicable et la reconnaissance des décisions étrangères, sont régies par les dispositions de la convention de La Haye.

L'article premier de la convention dispose que les autorités de l'Etat où le mineur a sa résidence habituelle sont en principe compétentes pour prendre des mesures (compétence ordinaire). On remarquera que la résidence habituelle dont il est question ici n'est pas celle de l'article 19 du présent projet, mais qu'il s'agit de la résidence habituelle dans le sens des conventions de La Haye.

La compétence donnée de la résidence habituelle concourt avec celle de la nationalité: en effet, l'article 4 de la convention autorise les autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant, à revendiquer leur compétence si l'intérêt du mineur l'exige, mais elles doivent alors en aviser les autorités de l'Etat de sa résidence habituelle (droit d'évocation). Pour des raisons d'efficacité, les autorités de ce dernier Etat peuvent, en vertu des articles 8 et 9, prendre des mesures sans en référer aux autorités de l'Etat d'origine lorsqu'il s'agit d'éviter un danger menaçant le mineur (compétence exceptionnelle) ou en cas d'urgence (compétence d'urgence). En ce qui concerne la sauvegarde des biens, l'article 6 prévoit une compétence au lieu de leur situation.

Le droit applicable est désigné par la convention en fonction de la compétence des autorités, c'est-à-dire que l'autorité compétente en vertu de l'article premier applique sa loi interne et prend les mesures que cette loi prévoit. Il dépendra de la raison fondant la compétence, que le droit suisse s'applique en tant que droit de la résidence habituelle (art. 2, 8 et 9), droit national (art. 4) ou *lex situs* (art. 6).

Le droit applicable régit les mesures à prendre dans leur ensemble. Il détermine les conditions de leur application, il fixe les raisons de leur modification ou de leur cessation et il règle tous les effets que ces mesures déploient sur le plan interne et externe (art. 2, 2^e al., et art. 4, 2^e al.).

Sur le plan matériel, la convention demande à s'appliquer à tous les stades et à toutes les formes que revêt la protection de la personne et des biens du mineur. Ce qui est déterminant chaque fois c'est qu'une mesure protectrice doit être prise en vertu de sa souveraineté par une autorité administrative ou judiciaire, peu importe qu'il s'agisse de décisions relevant du droit privé classique (tutelle,

curatelle) ou de mesure de droit public d'assistance ou de protection (cf. J. Kropholler, *Das Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger*, Bielefeld 1977, p. 31 ss; G.A.L. Droz, *La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 5 octobre 1961*, *Clunet* 1973, p. 614; K. Siehr, *Das Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961 in der bisherigen Praxis*, *Der Amtsvormund* 1973, p. 262). En envisageant les mesures officielles sous l'angle purement fonctionnel de celles-ci, la convention sur la protection des mineurs apporte une des plus importantes nouveautés en ce domaine dès lors que la convention évite ainsi les problèmes nombreux et délicats de la délimitation et de la qualification desdites mesures et qu'elle rend surtout possibles des mesures protectrices de la personne et des biens du mineurs efficaces.

L'article 7 de la convention dispose que les mesures prises par les autorités compétentes en vertu de ses dispositions sont reconnues dans tous les Etats contractants. La reconnaissance se limite toutefois aux mesures qui ne comportent pas des actes d'exécution (ex.: transfert de l'autorité parentale), mesures dont les conditions de reconnaissance et d'exécution doivent être celles du droit interne de l'Etat requis, savoir qu'une procédure régulière s'est déroulée devant une autorité compétente (FF 1966 I 364/365; K. Siehr, *Der Amtsvormund* 1973, p. 276/277). Les décisions susceptibles d'être reconnues sont notamment celles qui ont été rendues par les autorités de l'Etat de la résidence habituelle au sens des articles 1^{er}, 5 et 9, par celles de l'Etat national au sens de l'article 4 ou, dans les cas où il s'agit de protéger les biens, par celles de l'Etat de leur situation au sens de l'article 6, 2^e alinéa. Il faut remarquer que la compétence nationale ne peut être reconnue qu'entre les Etats contractants (art. 13, 2^e al.). En outre, la compétence exceptionnelle prévue en cas de danger (art. 8) ou celle prévue en cas de dissolution ou de relâchement du lien conjugal (art. 15) ne sont pas non plus reconnues pour prendre des mesures (cf. J. Kropholler, *op. cit.*, p. 104; K. Siehr, *op. cit.*, p. 278).

Lorsque les mesures prises en vertu de la convention comportent des actes d'exécution (ex.: remise de l'enfant à son Etat d'origine; délivrance de valeurs premières), la reconnaissance et l'exécution sont réglées non pas par les règles de la convention, mais par le droit interne, le cas échéant par une convention d'exécution liant l'Etat requis (art. 7, 2^e phrase).

En vertu de la convention, la protection des mineurs est du ressort des autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur, lesquelles appliquent leur propre droit (art. 1^{er} combiné avec l'art. 2). L'article 3 apporte une exception à cette règle de principe à propos des rapports dits *ex lege*. En vertu de cet article, toute mesure protectrice doit respecter les rapports d'autorité qui résultent de plein droit du droit de l'Etat dont le mineur a la nationalité, rapports d'autorité que tous les Etats contractants doivent reconnaître même si cet Etat est celui de la résidence habituelle du mineur en question. On peut citer à titre d'exemple l'article 298, 1^{er} alinéa, CC disposant que la mère a, de par la loi, l'autorité parentale sur son enfant né hors mariage, alors que sous l'empire de l'ancien droit, la mère ne pouvait avoir la «puissance paternelle» que si elle lui était conférée par l'autorité tutélaire (ancien art. 324, 3^e al., CC). L'article 3 a créé de nombreuses incertitudes aussi bien dans la doctrine que

dans la pratique (cf. K. Siehr, op. cit., p. 253; A.-J. Ahrens, Zur Eingriffszuständigkeit im Rahmen des Artikels 3 des Haager Minderjährigenschutzübereinkommens, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1976, p. 305). Du point de vue dogmatique, il est difficile de classer cet article 3. Mais on peut voir avec un certain optimisme que ces difficultés sont moins grandes en pratique qu'en doctrine (cf. W. Baechler, Fragen des internationalen Minderjährigenschutzes aus schweizerischer Sicht, RSI 1975, p. 9 ss; H. Henkel, Die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen gemäss Art. 207 rev. ZBG, Zurich 1977, p. 276).

Sur le plan personnel et spatial, la convention est applicable à tous les mineurs qui ont leur résidence habituelle dans l'un des Etats contractants (art. 13, 1^{er} al.). La Suisse n'a pas fait usage de la réserve de l'article 13, 3^e alinéa; elle a admis par conséquent que la convention s'applique à tous les mineurs indépendamment de leur nationalité, qu'ils soient ou non ressortissants d'un Etat contractant. Cette conception extensive de la convention en fait presque une loi uniforme applicable *erga omnes* qui, dans le cadre de son domaine d'application matériel revêt le caractère de règles de conflits internes. Mais il reste encore certaines lacunes. Ainsi, les ressortissants d'un Etat contractant qui ne résident pas dans l'un d'entre eux ne sont pas touchés par la convention. De même, les personnes qui sont considérées comme mineures par le seul droit de leur résidence ou par leur droit national seulement. En vertu de l'article 12, la convention entend effectivement s'appliquer aux personnes qui sont considérées comme mineures tant par leur droit national que par celui de leur résidence habituelle. Or plusieurs Etats européens ont abaissé l'âge de la majorité à 18 ans. Les ressortissants de ces Etats, alors même qu'ils résident en Suisse, ne sont pas touchés par la Convention.

253 Protection des majeurs

A la différence des mineurs, la protection des adultes est toujours régie par la LRDC. Pour les étrangers domiciliés en Suisse, c'est le principe du domicile qui joue (art. 10 LRDC), pour les Suisses de l'étranger, la question est controversée de savoir si c'est également le principe du domicile (art. 28 LRDC) ou celui de la nationalité (art. 29 et 30 LRDC) qui est déterminant. J. Isenschmid (Die Vormundschaft über Ausländer in der Schweiz und über Schweizer im Ausland, Berne 1934, p. 32) et A. Heini (Zum kollisionsrechtlichen Problem der Vormundschaft über Auslandschweizer, RSJ 1959, p. 301 ss) se sont prononcés pour une application nuancée du principe du domicile. Le Tribunal fédéral (ATF 87 II 132) et l'Office fédéral de la justice (JAAC 1966/67, n° 54) se sont eux prononcés pour le principe de la nationalité.

A l'époque où la LRDC a été élaborée, le centre de la question résidait dans l'interaction entre les mesures tutélaires de protection des biens et d'assistance aux indigents (FF 1862 III 490/491). Aujourd'hui, l'accent est mis en matière de protection des majeurs sur les soins à apporter à la personne (cf. Y. Lequette, Recherches familiales et protection étatique des incapables, Paris 1976, p. 2) qui vont de pair, de plus en plus, avec une assistance financière, si

bien que cette assistance aux adultes a passé du domaine des mesures tutélaires classiques à celui de l'assistance publique et de l'aide sociale.

D'une part, les mesures tutélaires en faveur des adultes sont moins fréquentes et d'autre part, la problématique qu'elles posent est la même qu'en matière de protection des mineurs. Aussi, le Conseil fédéral a-t-il préféré une application par analogie de la convention de La Haye plutôt que d'édicter des règles de conflits autonomes en matière de protection des majeurs (art. 83, 2^e al.). L'extension de la convention concerne aussi bien la compétence des autorités que la loi applicable et la reconnaissance des décisions, extension qui se justifie d'autant plus qu'elle s'inscrit dans la ligne de la LRDC, qui combine heureusement le principe du domicile avec celui de la nationalité.

26 Droit successoral

261 Aperçu

261.1 En général

Des règles de la LRDC, celles sur le droit successoral ont le mieux fait leurs preuves, en particulier les principes du rattachement au domicile, de l'unité de la succession, de la division en trois statuts: statut successoral, statut de l'ouverture de la succession et statut de la forme testamentaire, ainsi que l'admission de la *professio iuris*. A la différence d'autres domaines du projet, le chapitre sur le droit successoral ne cherche pas une conception nouvelle, mais tend à renouveler et à perfectionner les solutions actuelles, à combler certaines lacunes et à introduire certaines précisions. Est par exemple renouvelée et améliorée la réglementation de la compétence et de la loi applicable. Une grande attention a été vouée au testament et au pacte successoral; même le testament co-respectif est pris en considération (art. 93). Sous l'empire de la LRDC, la délimitation entre dévolution et ouverture de la succession présentait des difficultés. Le projet s'efforce d'établir à ce propos des critères plus précis (art. 90). La disposition sur la reconnaissance de décisions ou de mesures étrangères est nouvelle. Dans la reconnaissance sont inclus les titres étrangers concernant la succession et les droits découlant des successions ouvertes à l'étranger. Les propositions faites en matière de droit successoral ont d'une manière générale été favorablement accueillies dans la procédure de consultation.

261.2 Principe de l'unité de la succession

Le principe de l'unité de la succession a été maintenu. Il n'est pas méconnu de ce fait que la scission, qui établit la compétence de la loi et du for du domicile pour les biens mobiliers et la compétence de la loi et du for du lieu de situation pour les biens immobiliers présente certains avantages. La scission aboutit toutefois à une pluralité de procédures successorales pour la même succession, et à l'application de différents ordres juridiques, peut-être divergents, à la dévolution successorale. Le principe de l'unité de la succession en revanche

permet une prise en compte unique de l'ensemble de la succession. Ce point de vue est décisif. Seule l'unité de la succession permet la liquidation globale du passif successoral, l'appréciation unique des réserves et la désignation uniforme des parts successorales. On ne saurait toutefois méconnaître que l'unité de la succession trouve ses limites là où l'Etat où sont situés les biens n'applique pas le même principe. Dans cette perspective, certaines limitations ont été posées à la compétence suisse pour l'ouverture de successions immobilières (art. 84, 2^e al.). Inversement, la Suisse se reconnaît une certaine compétence lorsque les biens sis sur son territoire ne sont pas compris dans la procédure ordinaire d'ouverture de la succession étrangère (art. 86).

261.3 Statut successoral et statut d'ouverture de la succession

Avant de procéder à la délimitation du statut d'ouverture de la succession et du statut successoral, il y a un problème de terminologie à résoudre. Tandis que le CC emploie le terme «ouverture de la succession» dans un sens matériel (art. 537 CC), il a dans la LRDC, comme aussi dans le présent projet, un sens procédural. Par ouverture au sens du présent projet, il faut comprendre l'ensemble des mesures de procédure qui doivent être prises du moment du décès du *de cuius* jusqu'à la transmission finale de la succession aux héritiers; elles appartiennent pour l'essentiel à la procédure de la juridiction gracieuse.

Si la succession est soumise à la loi du lieu du dernier domicile du *de cuius* et si la procédure successorale est conduite en ce lieu, statut successoral et statut de l'ouverture de la succession coïncident. Des difficultés de délimitation surviennent lorsque l'autorité successorale doit appliquer un droit étranger (*professio iuris*; art. 88, 2^e al.; compétence des autorités du *situs*, art 86, 1^{er} al., concurremment avec l'art. 89, 1^{er} al.). Théoriquement, le problème peut être résolu de différentes manières. Une première possibilité consiste à limiter la *professio iuris* à quelques questions de fond étroitement circonscrites. Une telle solution mettrait toutefois en question la signification et la valeur de la *professio iuris*. Une autre possibilité consiste à classer, en les énumérant, les institutions juridiques appartenant respectivement au statut d'ouverture de la succession et au statut successoral. Une telle énumération ne pourrait toutefois être exhaustive et, selon les lois en présence, elle conduirait très souvent, soit à des chevauchements, soit à des lacunes.

La difficulté propre à la délimitation réside en ce que pour une seule et même question juridique certains aspects se rattachent au droit matériel et d'autres au droit de procédure. Ainsi, la question de savoir si un *de cuius* est autorisé à prévoir l'exécution testamentaire, dépend du statut successoral, tandis que la mise en œuvre de cette exécution dépend du statut d'ouverture. L'interférence entre droit matériel et droit de procédure montre que la question ne peut être résolue que fonctionnellement.

262 Compétence

262.1 Principe

Selon l'article 84, les autorités du dernier domicile du *de cuius* sont compétentes pour prendre les mesures nécessaires au règlement de la succession et connaître des litiges successoraux (1^{er} al.). Des exceptions sont prévues pour les immeubles sis dans un autre Etat, en tant que cet Etat prévoit à ce propos, sa compétence exclusive (2^e al.). D'autres exceptions concernent la compétence subsidiaire du for d'origine (art. 85) et du for du lieu de situation (art. 86). La compétence du for du domicile est déjà celle que prévoit l'article 23 LRDC. Comparativement, elle correspond à un principe consacré dans la plupart des Etats. Ce principe se justifie aussi matériellement, car en règle générale, le domicile du *de cuius* coïncide avec le centre de ses intérêts patrimoniaux et le lieu où se trouve la majeure partie de son patrimoine. Les autorités de ce lieu peuvent facilement et rapidement s'informer sur les points essentiels pour leurs décisions et mesures.

A la différence des dispositions du droit de famille et du droit des obligations, l'article 84 n'emploie que le concept du domicile, à l'exclusion de celui de la résidence habituelle. Cette distinction est voulue. La dévolution du patrimoine doit avoir lieu sous la direction d'une autorité se trouvant *ratione loci* dans un certain rapport avec la succession, et l'intensité du rapport devrait correspondre à l'intensité posée pour l'application du droit. C'est pourquoi le rapport donné par la résidence habituelle paraît trop faible pour les exigences du droit successoral.

L'article 84 se rapporte non seulement à la procédure successorale, mais aussi aux litiges successoraux. Il appartient au statut successoral de déterminer de quelles actions successorales les intéressés disposent. L'article 84, 1^{er} alinéa, désigne simplement le lieu où la procédure doit être engagée. Différentes autorités peuvent être matériellement compétentes en matière de procédure successorale d'une part et de litiges successoraux d'autre part. L'ouverture de la succession peut, par exemple, se faire par une autorité administrative, tandis que les actions successorales doivent être portées devant l'autorité judiciaire.

La compétence du dernier domicile du *de cuius* n'est pas exclusive. Pour les Suisses de l'étranger qui ont fait une *professio iuris* en faveur de la loi suisse, l'autorité du lieu d'origine peut aussi être compétente en qualité d'autorité de l'Etat dont le *de cuius* a choisi le droit (art. 85, 2^e al.). En outre, selon l'article 94, 1^{er} alinéa, lettre a, la Suisse reconnaît en principe la décision d'un Etat dont le *de cuius* a choisi la loi.

Si la succession comprend des immeubles étrangers, il faut pour des motifs d'efficacité, prendre égard à l'Etat de situation. La doctrine postule qu'à ce propos il ne faudrait prendre en considération que la désignation de la loi applicable (cf. W. Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren, Zurich 1956, p. 130; Soergel-Kegle, Kommentar zum EGBGB, 10^e éd. N 89 précédant l'art. 24 et N 11 à l'art. 28). Le Conseil fédéral préfère régler cette question sur le plan de la compétence. L'application de la *lex rei sitae* par le juge du domicile n'assure pas toujours la reconnaissance de la décision par l'Etat de situation. Dans de nombreux cas, il est difficile de dire à l'avance s'il faut

s'attendre à une telle reconnaissance. Il est plus facile de répondre à la question de savoir si l'Etat de la situation prétend à une compétence exclusive. Si oui, la compétence des autorités du domicile est limitée, à l'article 84, 2^e alinéa. Elle ne s'étend pas aux immeubles pour lesquels l'Etat de la situation prétend à la compétence exclusive. Cette limitation s'applique aussi bien à la juridiction gracieuse qu'à la juridiction contentieuse.

Quelques droits connaissent des réglementations visant à corriger après coup, dans le sens de leur propre loi, la répartition des biens successoraux étrangers opérée à l'étranger (droit de prélèvement). Le présent projet a renoncé à pareille solution.

Dans la mesure où une scission entre en ligne de compte, ses conséquences doivent être admises. Le lieu de situation d'un immeuble est un élément de rattachement soutenable, même si la loi du *situs* prévoit une autre répartition successorale que la loi du domicile.

262.2 Compétence du lieu d'origine

Pour les Suisses de l'étranger également, la procédure successorale se déroule normalement au dernier domicile. Mais les autorités du lieu d'origine doivent pouvoir être saisies à titre subsidiaire.

D'après l'article 85, 1^{er} alinéa, le for du lieu d'origine est ouvert dans la mesure où l'autorité étrangère normalement compétente pour régler la succession, s'en désintéresse totalement ou partiellement. La disposition entend empêcher que le rattachement à l'étranger soit, pour nos compatriotes à l'étranger, fictif ou ait pour conséquence un conflit négatif de compétence. On pense notamment au cas où les autorités étrangères n'ouvrent la succession que pour les biens situés dans leur propre pays, sans prendre en considération les biens se trouvant en Suisse ou dans un pays tiers. Est aussi visé le cas, toujours plus fréquent dans la pratique, où les autorités étrangères seraient certes compétentes, mais en fait restent inactives. Pour ces cas, le 1^{er} alinéa répond à un certain «état de nécessité» et remplit une fonction protectrice.

A l'article 85, 2^e alinéa, la compétence du for d'origine est liée à la *professio iuris*. La *professio iuris* confère au disposant la possibilité de soumettre sa succession à sa loi nationale au moyen d'une élection de droit. Pour les Suisses de l'étranger, cette faculté n'est donnée que dans la mesure où la loi de l'autorité successorale étrangère admet la *professio*.

Il faut constater qu'en pratique les Suisses de l'étranger éprouvent un vif besoin de soumettre leur succession en tout ou en partie à la loi suisse. Pour qu'une telle *professio iuris* soit réalisable, le 2^e alinéa ouvre une compétence successorale correspondante. Selon son contenu, la *professio iuris* englobe la totalité de la succession ou seulement une partie de celle-ci, par exemple les biens sis en Suisse. Cela permet ainsi de réaliser une solution analogue à celle de l'article 28, chiffre 1^{er}, LRDC pour les immeubles sis en Suisse. Naturellement l'article 85, 2^e alinéa, n'entre en ligne de compte que si l'Etat étranger du domicile ou du lieu de situation ne prétend pas pour lui à une compétence exclusive.

262.3 Compétence du lieu de situation

Bien que la solution successorale proposée dans le présent projet repose normalement sur les principes de la compétence du domicile et de l'unité de la succession, il n'est pas possible de faire complètement abstraction du *forum rei sitae*. En tant que l'autorité étrangère en soi compétente ne s'occupe pas de la portion suisse de la succession d'un étranger domicilié à l'étranger à son décès, l'article 86 déclare compétentes pour ces biens-là les autorités suisses du lieu de situation. Ainsi le projet tient compte de ce que de nombreux Etats connaissent la scission. La compétence des autorités suisses du lieu de situation est destinée à empêcher qu'une succession ou une partie de succession reste non liquidée en Suisse, lorsque l'autorité étrangère n'agit pas. L'article 86 se limite aux biens en Suisse. L'autorité compétente est celle du lieu de situation, et, s'il y a des biens en différents lieux, l'autorité du lieu la première saisie (2^e al.). Les immeubles sont avant tout visés; mais la règle vaut également pour les biens mobiliers lorsqu'un Etat les rattache aussi au *forum rei sitae*. La disposition ne concerne que les successions d'étrangers; les citoyens suisses sont soumis à l'article 85. L'application de l'article 86 suppose que l'autorité étrangère compétente reste inactive. Le droit suisse détermine quelle est cette autorité compétente. Il ne s'agit en tout cas pas seulement de l'autorité du domicile, mais de toute autorité dont les actes juridiques peuvent être reconnus selon l'article 94.

262.4 Mesures conservatoires

En règle générale, des mesures de sûreté officielles tendant à la conservation des biens successoraux sont nécessaires pour protéger les héritiers et les créanciers de la succession. Les autorités du lieu de situation sont les plus qualifiées à ce propos. L'article 87 fonde une compétence suisse nécessaire et fait obligation aux autorités concernées de prendre d'office les mesures utiles dès qu'elles ont connaissance d'un cas de succession. Comme dans de tels cas, ni le dernier domicile, ni généralement le lieu de décès, au sens de l'article 551, 3^e alinéa, CC, ne se trouvent en Suisse, il n'est pas aisé de désigner une autorité centrale pour assurer les mesures conservatoires. Une éventuelle accumulation de compétences internes objectivement limitées devrait pouvoir être évitée par une coordination entre les différentes autorités suisses.

Les mesures conservatoires portent en principe sur tous les biens patrimoniaux sis en Suisse, soit les biens mobiliers comme aussi les biens immobiliers et les créances. Les créances posent la question de leur localisation. Une créance peut être considérée comme localisée en Suisse si un for est donné pour son exécution (domicile du débiteur; lieu d'exécution). Une réglementation analogue est proposée dans les projets de loi de DIP de la République fédérale d'Allemagne (cf. Reform des deutschen internationalen Privatrechts, Tübingen, 1980, p. 119/120/134 s./151).

L'article 87 ne se rapporte qu'à des mesures servant à sauvegarder et conserver les valeurs patrimoniales. En revanche, les mesures propres à assurer la dévolution de l'hérédité (art. 551, 1^{er} al., CC) sont de la compétence de l'autorité de l'ouverture de la succession. L'autorité détermine selon son propre pouvoir

d'appréciation la nature des mesures conservatoires à prendre, en s'inspirant du but de sa compétence et des exigences du cas particulier. Entrent en considération la garde officielle ou la mise sous scellés des locaux. Les mesures à prendre selon l'article 87 sont régies par le droit suisse.

263 Droit applicable

263.1 Remarque préliminaire

Le projet reprend les principes déjà en vigueur selon la LRDC, en particulier le point de rattachement du dernier domicile du *de cuius*. La *professio iuris* et le principe de l'unité de la succession sont aussi maintenus. Contrairement à la LRDC, le projet prévoit toutefois des solutions différenciées qui portent certaines brèches à l'un ou l'autre principe. La nouvelle réglementation détermine le droit applicable en fonction de la compétence suisse de l'ouverture. Elle ne définit pas le statut successoral d'une manière générale et abstraite, mais seulement dans la mesure où les autorités suisses de l'ouverture sont compétentes pour le déroulement de la succession. Le projet distingue entre les cas où le *de cuius* avait son domicile en Suisse (art. 88) et ceux où le dernier domicile se trouvait à l'étranger (art. 89).

263.2 Rattachement objectif

Si le *de cuius* avait son dernier domicile en Suisse, sa succession est soumise au droit suisse, à titre de droit du dernier domicile (art. 88, 1^{er} al.). Pour les ressortissants suisses, cette solution est évidente; pour les ressortissants étrangers, elle correspond à la solution déjà prévue à l'article 22 LRDC. Le droit suisse s'applique à l'ensemble des biens successoraux, peu importe qu'ils se trouvent en Suisse ou à l'étranger et qu'il s'agisse de biens mobiliers ou immobiliers. Font exception les immeubles pour lesquels l'Etat de situation revendique une compétence exclusive et l'application de son propre droit. Le cas ne demande pas à être expressément cité à l'article 88, 1^{er} alinéa, car la Suisse ne prévoit pas de for pour de telles espèces (art. 84, 2^e al.). Par ailleurs, il n'est pas très vraisemblable que l'Etat étranger se veuille exclusivement compétent mais applique cependant le droit du dernier domicile. Naturellement, l'article 88, 1^{er} alinéa, n'y ferait pas obstacle.

Si le *de cuius* avait son dernier domicile à l'étranger, la Suisse ne s'occupe qu'exceptionnellement du déroulement de la succession (art. 85, 86). Aussi bien les dispositions sur le droit applicable ne sont prévues ici que pour des situations exceptionnelles (art. 89). Précisément dans ces cas, le rapport entre le droit applicable et la compétence suisse est particulièrement étroit.

Lors de successions de Suisses de l'étranger, la compétence des autorités suisses peut être donnée lorsque le *de cuius* a soumis, par disposition de dernière volonté, sa succession ou une partie de celle-ci au droit suisse (art. 85, 2^e al.). D'autre part, la compétence peut être donnée du fait que l'autorité étrangère du dernier domicile du Suisse de l'étranger n'entreprend pas ou ne mène pas à chef, pour des motifs de droit ou de fait, le règlement de la succession (art. 85,

1^{er} al.). Dans ce cas, on a affaire à un rattachement à déterminer objectivement. Il y a différentes possibilités, par exemple le maintien du principe du domicile. La conséquence en serait que souvent un droit serait désigné, qui lui-même ne voudrait pas s'appliquer. L'application du droit de l'Etat dans lequel les biens sont situés ne satisfait pas non plus. Les biens délaissés par l'autorité successorale étrangère peuvent se trouver dans des Etats différents, de sorte que le principe du *situs* entraînerait une inutile multiplication de scissions. Le projet prévoit l'application du droit suisse. Cette solution tient suffisamment compte des cas visés à l'article 89, 2^e alinéa, et se justifie à maints points de vue. En cas d'inactivité de fait d'une autorité étrangère, l'application du droit suisse est adéquate car il s'agit d'éviter un déni de justice à l'égard de compatriotes. Dans les autres cas, l'application du droit suisse favorise l'harmonisation internationale des décisions, en particulier vis-à-vis des Etats du domicile, dont les autorités restent inactives, parce qu'elles s'en tiennent au principe du droit national ou du droit du *situs*.

Pour ouvrir la succession d'étrangers domiciliés à l'étranger en dernier lieu, les autorités suisses ne sont compétentes que dans la mesure où il existe des biens successoraux en Suisse délaissés par les autorités étrangères (art. 86, 1^{er} al.). Pour désigner le droit applicable à ces biens successoraux, on peut hésiter entre le droit suisse, le droit matériel du dernier domicile du *de cuius* ou le droit désigné par la règle de conflit de ce dernier domicile. A l'article 89, 1^{er} alinéa, le Conseil fédéral propose la dernière solution. Par là, le principe de l'unité de la succession n'est, il est vrai, pas garanti dans tous les cas. Toutefois, l'harmonie internationale des solutions s'en trouve renforcée. Le rattachement au droit suisse correspondrait certes au principe du *situs*, mais aurait pour conséquence un accroissement de la scission. L'application du droit matériel du domicile du *de cuius* n'améliorerait pas non plus le rattachement de manière décisive; dans les deux cas, il faudrait appliquer un droit qui souvent n'entend pas du tout l'être.

263.3 «Professio iuris»

Comme déjà vu, sous l'empire de l'article 22, 2^e alinéa, LRDC, le disposant doit aussi, selon le présent projet, avoir la possibilité de désigner lui-même le droit applicable à sa succession.

L'idée de la *professio iuris* n'est pas récente. Elle remonte au 14^e siècle. Dans la LRDC, elle n'a trouvé place que dans la procédure parlementaire en élimination des divergences, de 1891 (cf. rapport final, p. 182), comme compromis entre le principe du domicile et le principe du lieu d'origine. En faveur de l'admission de la *professio iuris* militent – comme en matière de régimes matrimoniaux – tous arguments susceptibles d'être invoqués en faveur d'une certaine liberté de disposition des parties en matière patrimoniale. A cela s'ajoutent les aspects spécifiques au droit successoral, en particulier la possibilité d'éliminer les conflits entre le principe du domicile et celui de la nationalité. Par la *professio iuris* le disposant peut décider à quel droit il veut soumettre sa succession. Certes, on ne saurait exclure que le disposant désigne, non pas

toujours le droit qui lui est le plus proche, mais bien celui qui favorisera le mieux ses desseins.

La *professio iuris* permet en outre une coordination souhaitable entre statut du régime matrimonial et statut successoral. Par élection de droit pour le régime matrimonial et *professio iuris* pour le droit successoral, il est possible d'assurer qu'au décès, la répartition des biens matrimoniaux et des biens successoraux se fasse selon le même droit. Cette possibilité de coordination correspond incontestablement à un besoin de la pratique.

Le projet admet la *professio iuris* dans deux cas: d'une part, pour des disposants étrangers ayant leur dernier domicile en Suisse (art. 88, 2^e al.) et d'autre part, pour les disposants suisses ayant leur dernier domicile à l'étranger (art. 85, 2^e al., concurremment avec l'art. 89, 2^e al.). La LRDC ne prévoit que le premier cas (cf. W. Stauffer, Praxis zum NAG, Zurich, p. 73).

D'après l'article 88, 2^e alinéa, le disposant étranger peut soumettre sa succession au droit d'un Etat dont il était ressortissant au moment de la *professio*. Et d'après l'article 85, 2^e alinéa, concurremment avec l'article 89, 1^{er} alinéa, le Suisse de l'étranger a la possibilité de soumettre toute sa succession ou du moins la partie sise en Suisse, au droit suisse.

Les problèmes de nationalités multiples et de changement de nationalité méritent une attention spéciale. A la différence de la LRDC (art. 22, 2^e al.) le projet ne se place plus au moment de la rédaction de la disposition. Il est exigé qu'au moment de son décès le disposant soit encore ressortissant de l'Etat dont il a fait élection de droit. Si des changements de nationalité sont intervenus entre la rédaction du testament et le décès, la *professio iuris* n'en est pas affectée, à une exception toutefois: des citoyens suisses domiciliés en Suisse sont considérés comme uniquement suisses, pour des motifs d'égalité de traitement. Pour le reste, les disposants qui possèdent plusieurs nationalités ont le choix entre celles-ci. Cela peut certes avoir pour conséquence qu'un autre droit que celui avec lequel les relations sont les plus proches soit choisi. Toutefois, on compromettrait le principe de la sécurité du droit, particulièrement important en droit successoral, s'il fallait rechercher, lors du décès, si le droit choisi était bien celui de la nationalité effective du *de cuius*. Le même principe vaut pour les Suisses de l'étranger. La *professio iuris* indique toujours le droit matériel de l'Etat désigné; le renvoi est exclu. En ce qui concerne la forme de la *professio iuris*, le projet s'en tient à la solution de l'actuel article 22, 2^e alinéa, LRDC. La *professio* doit être contenue dans une disposition de dernière volonté. Du point de vue formel, il y a ainsi unité avec la *professio iuris* des Suisses de l'étranger de l'article 85, 2^e alinéa.

L'avant-projet prévoyait à l'article 91, 3^e alinéa, que le droit choisi devait résulter indiscutablement d'une disposition pour cause de mort. Une clause formelle n'était donc pas nécessaire et la *professio iuris* pouvait être déduite des circonstances. Cette solution a été critiquée dans la procédure de consultation. Le présent projet renonce à une réglementation analogue à celle de l'article 91, 3^e alinéa, de l'avant-projet. Il doit laisser à la jurisprudence le soin de développer les critères de la forme de la *professio iuris*. A l'époque, la commission d'experts du droit international privé avait encore dû s'occuper de

la *professio iuris* intercantonale (cf. rapport final p. 186). Entre-temps, le problème s'est trouvé résolu, car, dans le cadre de la révision du CC (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successoraux; FF 1979 II 1179), le Conseil fédéral a proposé d'abroger l'article 472 CC. Le Conseil des Etats a déjà approuvé ce projet et aucune objection n'a été émise par le Conseil national.

263.4 Réserve héréditaire et protection des créanciers

L'avant-projet contenait des propositions pour les deux questions (art. 91, 2^e al.; art. 94; cf. rapport final, p. 184, 190). D'après l'article 91, 2^e alinéa, de l'avant-projet, le conjoint survivant et les descendants, même régis par le droit étranger, auraient toujours pu se réclamer de la réserve selon le droit suisse si leur expectative légitime n'était pas respectée. Cette disposition se heurta aux critiques dans la procédure de consultation. Avant tout l'«expectative légitime» fut qualifiée de peu claire. La disposition n'a pas été reprise dans le projet, car aucune des variantes proposées en faveur des réservataires n'emportait la conviction.

D'après l'article 94 de l'avant-projet, la responsabilité du patrimoine successoral et des héritiers pour les dettes était soumise au statut successoral. Une plus large responsabilité du patrimoine successoral que celle que le droit du dernier domicile du *de cuius* accordait à un créancier était réservée. Cette disposition a été rejetée dans la procédure de consultation du fait qu'elle manquait de clarté et qu'elle accordait un privilège injustifié aux créanciers. Cette critique a paru fondée d'où la suppression de la disposition dans le projet.

263.5 Domaine du droit successoral et ouverture de la succession

Comme la LRDC, le présent projet distingue aussi entre le droit successoral et le droit d'ouverture de la succession. Tandis que le droit successoral peut être déterminé par la *professio iuris*, l'ouverture de la succession est toujours régie par le droit du siège de l'autorité compétente pour l'ouvrir. Dans les cas suivants, cela conduit à un morcellement des droits applicables:

- si l'autorité suisse du dernier domicile du *de cuius* doit ouvrir en Suisse une succession soumise à un autre droit par une *professio iuris* (art. 84, 1^{er} al., concurremment avec l'art. 88, 2^e al.);
- si l'autorité suisse du *situs* doit appliquer à la succession le droit matériel de l'Etat étranger du domicile (art. 86, 1^{er} al., concurremment avec l'art. 89, 1^{er} al.).

Le morcellement entre droit de l'ouverture de la succession et droit successoral a déjà provoqué des difficultés sous l'empire de la LRDC (cf. F. Vischer/A. von Planta, IPR, p. 144). Le Conseil fédéral considère donc comme indispensable d'énoncer à l'article 90 les critères nécessaires à leur délimitation.

Par ouverture au sens du projet, il faut entendre toutes les mesures formelles qui visent à la sauvegarde de la succession et de la dévolution de même qu'à la

liquidation de la succession. S'y rattachent tout le déroulement formel de la succession y compris l'exécution testamentaire ou, en un mot, tout ce que le CC entend par «dévolution» (cf. P. Anliker, *Die erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Ausland und der Ausländer in der Schweiz*, Aarau 1933, p. 226; F. Vischer/A. von Planta, *IPR*, p. 144; P. Tuor/B. Schnyder, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zurich 1979, p. 430 s.).

La doctrine diverge d'opinion sur la délimitation matérielle entre droit successoral et droit d'ouverture de la succession. Une première tendance entend laisser une large place au droit d'ouverture et n'admettre la *professio iuris* que pour quelques domaines étroitement délimités, tels que les déterminations des héritiers légaux et leurs quote parts, l'ampleur de la liberté de tester ou le cercle des héritiers réservataires (cf. P. Anliker, *op. cit.*, p. 231; W. Stauffer, *Das internationale Privatrecht der Schweiz auf Grund des Bundesgesetzes betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter*, Aarau 1925, p. 109; A. Necker, *La mission de l'exécuteur testamentaire dans les successions internationales*, Genève 1971, p. 77 s.).

L'autre tendance met l'accent sur le droit successoral. Celui-ci doit englober tous les problèmes matériels qui peuvent se poser à l'occasion d'une succession; au droit d'ouverture ne doivent être laissées que des questions de procédure (cf. A. Necker, *op. cit.* p. 18).

La différence entre ces deux conceptions apparaît en particulier lors des questions concernant l'administration de la succession et l'exécuteur testamentaire, ou la position des héritiers avant le partage. Tandis que la conception extensive veut soumettre ces questions au droit matériel, la conception restrictive les place sous l'empire du droit d'ouverture.

Une délimitation incontestable entre droit d'ouverture et droit successoral ne paraît guère possible. D'après la conception extensive, les institutions juridiques suivantes devraient être soumises au droit successoral: la désignation des héritiers légaux et de leurs quote-parts, le droit de succession de la corporation publique, la réserve héréditaire, l'exhérédation, les modes de disposer pour cause de mort, les charges et les conditions, les legs, la position du légataire, la substitution vulgaire, la substitution fidéi-commissaire, le pacte de renonciation, les conditions et les effets de l'action en nullité et de l'action en réduction, la capacité successorale et l'indignité, le point de survie, la répudiation et l'ordre des ayants droit pour demander la liquidation officielle, la pétition d'hérédité, la prétention d'entretien des héritiers et des personnes qui à l'époque du décès faisaient ménage commun avec le *de cuius*, la formation des lots, les rapports, les pactes entre héritiers, la responsabilité et l'obligation de garantie des héritiers entre eux, l'ampleur de la responsabilité des héritiers envers les tiers.

Contrairement à la conception restrictive, la conception extensive suppose que la possibilité de répudier après inventaire, et le délai y relatif, et la possibilité de liquidation officielle et en outre la position des héritiers avant le partage, leur position après le partage et les droits et devoirs de l'exécuteur testamentaire envers la succession, sont aussi soumis au droit successoral.

Seraient en revanche l'apanage du droit d'ouverture, l'ouverture de la succession, l'ouverture des testaments, l'établissement du certificat d'hérédité, les

formes de la répudiation, de la reconnaissance d'un inventaire et de la liquidation officielle, l'administration de la succession et la position de l'exécuteur testamentaire.

Les actions successorales, la répudiation ou la formation des lots se trouvent dans le domaine frontière entre droit d'ouverture et droit successoral. Pour les actions, seule leur cause, pour la répudiation, seules sa possibilité, ses effets et son délai, et pour la formation des lots, seul le principe de la fixation des quotes-parts, se rattachent au domaine du droit successoral. En revanche, la procédure à laquelle sont soumises l'action, la répudiation et la formation des lots, est régie par le droit d'ouverture.

Procéder dans un droit à une énumération des institutions qui appartiennent à la procédure successorale ne se justifie guère. Selon l'article 90, 1^{er} alinéa, il revient au droit successoral de décider si une institution de droit successoral déterminée est donnée et quelles mesures sont admissibles dans le cadre de la procédure successorale. En revanche, l'exécution de telles mesures, soit le côté technique, est du domaine du droit d'ouverture de la succession.

264 Dispositions pour cause de mort

L'article 91 renvoie pour la validité formelle des testaments à la convention du 5 octobre 1961 (RS 0.211.312.I) sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires. Cette convention règle exhaustivement la forme des dispositions pour cause de mort. Il s'agit d'une convention ayant caractère de loi-uniforme, soit un traité applicable *erga omnes*, ne laissant pas place à la règle de conflits de lois nationales (cf. A.E. von Overbeck, L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme de testaments, Fribourg 1961, p. 71 s.; P. Volken, op. cit., p. 240). D'après l'article 1^{er} de la convention, une disposition testamentaire est valable à la forme si celle-ci répond soit à la *lex loci actus*, soit au droit national ou au droit du domicile ou de la résidence habituelle du testateur ou bien au moment où il a disposé ou bien au moment du décès; pour les immeubles, la forme usitée au lieu de situation est aussi admissible. Rappelons que la Suisse a fait usage de la réserve de l'article 10 de la convention; un citoyen suisse qui ne possède pas une autre nationalité, ni au moment de disposer, ni lors de son décès, et qui ne se trouve pas dans des circonstances extraordinaires, ne pourra pas faire un testament oral (art. 506 CC).

Selon l'article 4, la convention est certes applicable aux testaments conjonctifs, mais pas aux pactes successoraux. Du point de vue suisse, il n'est pas douteux que la convention peut être étendue aux pactes successoraux et dispositions pour cause de mort analogues (art. 91, 2^e al.).

L'article 92 désigne le droit d'après lequel une personne a la capacité de disposer de sa succession pour cause de mort. Selon l'article 7, 4^e alinéa, LRDC, le droit du lieu où le testateur avait son domicile au moment de tester, est déterminant. Ce rattachement est maintenu. Toutefois, l'éventail des droits applicables est quelque peu élargi, car, en ce qui concerne la capacité de tester également, une certaine *favor testamenti* se justifie, même limitée par rapport à

ce qu'elle est en matière de forme des testaments. En même temps, la capacité de tester doit être adaptée aux principes régissant la capacité civile en général. Pour en tenir compte, l'article 92 se fonde alternativement sur le droit du domicile ou sur le droit de la résidence habituelle; en outre, il suffit également que le disposant ait la capacité de tester selon l'un de ses droits nationaux. Est toujours déterminante la date de la disposition.

264.1 Pactes successoraux et testaments co-respectifs

Même si les pactes successoraux sont moins nombreux que les dispositions de dernière volonté, il se justifie néanmoins de les traiter de manière plus détaillée qu'à l'article 25 LRDC. A la différence de la LRDC, le projet ne contient pas de disposition particulière sur les pactes successoraux entre fiancés. En faisant une élection de droit en matière de régimes matrimoniaux et une *professio iuris* en droit successoral, il sera possible de soumettre le contrat de mariage et le pacte successoral au même droit.

L'article 93, 1^{er} alinéa, soumet le pacte successoral au droit du domicile du *de cuius* au moment de la conclusion. Ce rattachement correspond au statut successoral qui s'appliquerait si le cas de succession survenait au moment de la conclusion du pacte. Pour des raisons de sécurité du droit et dans l'intérêt du maintien des dispositions prises par le pacte, tout changement de domicile ultérieur reste sans effets sur l'application du droit. Le droit applicable au pacte successoral régit ce pacte dans son ensemble; il détermine donc son admissibilité et sa force obligatoire et ses effets successoraux.

Selon l'article 93, 2^e alinéa, la *professio iuris* en faveur d'un des droits nationaux du *de cuius* est aussi possible en matière de pacte successoral, par analogie de motifs avec le testament. Il ne s'agit d'ailleurs d'une *professio iuris stricto sensu* qu'en cas de pacte successoral unilatéral. En cas de pacte successoral bilatéral, l'on devrait correctement parler d'une convention d'élection de droit. Eu égard à la clarté et à la forme du choix, les mêmes principes que pour le testament s'appliquent. Naturellement, la *professio iuris* doit être incluse dans le pacte successoral lui-même ou en résulter de façon non équivoque. Une *professio iuris* testamentaire ne pourrait pas en même temps s'étendre au pacte successoral.

L'article 93, 1^{er} alinéa, ne règle que le pacte successoral unilatéral, dans lequel seule une partie est disposante et où il est indifférent qu'une contre-prestation soit prévue du vivant du disposant. Si le pacte successoral contient des dispositions pour cause de mort réciproques, il doit selon le 3^e alinéa, correspondre au droit du domicile de chacun des disposants ou correspondre à leur droit national commun, s'ils ont choisi son application. Le 3^e alinéa étend la solution du 1^{er} alinéa aux dispositions prises sous condition que les dispositions *mortis causa* prévues par une autre personne soient valables. Il s'agit du testament co-respectif, pour lequel il est indifférent que la disposition émane d'un seul document ou de documents séparés. Le droit suisse ne connaît pas le testament co-respectif, mais on ne voit pas pourquoi ce genre de testament ne devrait pas sortir d'effets en Suisse lorsque le droit étranger applicable le

permet. En tout cas, on ne peut dire à priori que de tels testaments sont contraires à l'ordre public suisse (cf. A.E. von Overbeck, op. cit., p. 98 s.; P. Piotet, Droit successoral, p. 174 s.).

265 Décisions étrangères

L'article 94 comprend aussi bien les dispositions de la juridiction contentieuse que les mesures de la juridiction gracieuse. Appartiennent aux premières, les jugements rendus sur la base d'actions successorales, en partage, en nullité, en réduction, ou autres. Parmi les mesures non contentieuses, il faut citer par exemple, l'ordonnance de prise d'inventaire, d'administration d'office, ou l'envoi en possession provisoire de la succession. Sont aussi mesures gracieuses, l'ouverture du testament, la nomination d'un administrateur de la succession ou l'ordonnance de liquidation officielle. Sont enfin reconnus, les titres concernant la succession (p. ex. certificat d'hérédité ou légitimation de l'exécuteur testamentaire), de même que les droits résultant d'une succession étrangère (droit de propriété, de possession, de jouissance, de créances). L'article 94 représente un notable progrès par rapport à la situation actuelle, précisément pour la reconnaissance de titres et de droits concernant une succession ouverte à l'étranger.

Il est bien connu que la Suisse appartient au groupe des pays où l'administration des successions est inorganisée (cf. A. Necker, op. cit., p. 57). Savoir si et à quelles conditions des mesures, titres et droits juridiques concernant une succession étrangère peuvent être reconnus en Suisse, n'est actuellement réglé ni dans le droit fédéral ni dans le droit des cantons. Comment un administrateur successoral ou un exécuteur testamentaire étranger doit se légitimer pour pouvoir disposer en Suisse des valeurs patrimoniales du *de cuius*, n'a pas été élucidé jusqu'à aujourd'hui. Il a été proposé dans la doctrine d'instaurer pour de telles questions une procédure unifiée en droit fédéral. Malgré différentes propositions de solutions, le Conseil fédéral y a renoncé, car une telle réglementation est en principe l'affaire d'une loi sur la juridiction gracieuse. L'article 93 permet au moins d'atteindre une certaine unification. D'autres progrès pourraient être acquis si la Suisse ratifiait la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions (cf. ASDI 1972, p. 61, 431).

D'après l'article 94, 1^{er} alinéa, les jugements, mesures, titres et droits étrangers portant sur le droit successoral sont reconnus en Suisse s'ils émanent de l'Etat du dernier domicile du *de cuius*, de l'Etat dont il a fait élection de droit ou, dans le cas d'immeuble, de l'Etat de situation, ou s'ils sont reconnus dans un de ces Etats. La reconnaissance de la compétence du dernier domicile du *de cuius* se comprend d'elle-même. Cette reconnaissance correspond en droit successoral au principe du juge naturel. Une solution analogue vaut pour l'Etat de situation en matière d'immeubles, car cet Etat possède la maîtrise de fait sur les immeubles sis dans le domaine de sa compétence territoriale.

Plusieurs motifs militent en faveur de la reconnaissance de la compétence de l'Etat de la *professio iuris*. Vu qu'en matière de *professio iuris* il s'agit d'un Etat

d'origine dont le *de cuius* possède la nationalité, la reconnaissance de sa compétence contribue à réduire les conflits entre le principe du domicile et le principe de l'Etat de la nationalité. Cela permet en même temps de respecter le principe de l'unité de succession et, par là, d'éviter un fâcheux morcellement entre droit de l'ouverture et droit successoral. Les autorités de l'Etat national sont les mieux à même d'appliquer le droit national choisi.

Comme déjà dit, le projet n'entend maintenir ses principes fondamentaux (rattachement au domicile, *professio iuris*, unité de la succession) que dans la mesure où ils sont aussi réalisables dans la pratique. La limite est par exemple donnée lorsque l'Etat du *situs* prétend pour les immeubles à une compétence exclusive fondée sur sa souveraineté territoriale. L'article 94, 2^e alinéa, tient compte d'une telle circonstance. Il reconnaît la puissance de fait de l'Etat du *situs* et se prononce en même temps sur le cas de jugements étrangers contraires à notre conception. L'article 94, 3^e alinéa, étend ce principe aux mesures conservatoires.

27 Droits réels

271 Aperçu

Le droit international privé suisse actuel ne connaît pas de règles de conflits en matière de droits réels. Ce domaine est aussi moins approfondi scientifiquement que d'autres domaines du DIP (cf. A. Meier-Hayoz, *Berner Kommentar*, vol. IV, 1^{re} div., 1^{re} partie, Berne 1981, p. 285; H. Stoll, *Internationales Sachenrecht*, *Staudingers Kommentar zum BGB*, nach Art. 12 I EGBGB, 10^e/11^e éd., Berlin 1976; F. Fischer/A. von Planta, *IPR*, p. 155 s.; rapport final, p. 195).

Les principes traditionnels reposent dans une large mesure sur la *lex rei sitae*, mais ils ne se révèlent pas comme immuables sous tous les aspects. Le projet prévoit plusieurs dérogations au strict principe de la *lex rei sitae*, ainsi pour la *res in transitu*, pour la réserve de propriété et, avant tout, par l'introduction d'une autonomie des parties limitée. Le projet se limite à la réglementation des questions essentielles. Les papiers-valeurs en général ne sont pas traités, à l'exception de leur mise en gage et de celle des titres représentatifs de marchandise. Les règles de conflit applicables au droit de change (art. 1086 s. CO) et au chèque (art. 1138 CO) reposent sur des accords internationaux et ne peuvent donc pas être modifiées unilatéralement. En ce qui concerne également les droits réels sur les moyens de transports (avions, bateaux), qui en règle générale sont soumis à la loi du lieu où ils sont enregistrés ou du port d'attache (art. 107), le projet renvoie à la législation spéciale.

La notion de droits réels au sens de ce chapitre englobe aussi la possession, et en cas d'obligations réelles, leurs effets de droit réel, mais pas le transfert du risque en cas de vente ou le droit applicable à celle-ci. Ce chapitre traite enfin des droits réels de la propriété intellectuelle.

Les règles de conflit du présent chapitre sont en principe fondées sur la notion de territorialité; cette notion est en règle générale liée au principe du «traitement national», c'est-à-dire à l'égalité de traitement des étrangers et des

nationaux, en vertu des traités y relatifs. En outre, les traités accordent à l'étranger certains droits minimums, en particulier en matière de droit d'auteur (cf. convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (RS 0.231.14), et convention universelle de Genève du 6 septembre 1952 (RS 0.231.0) sur le droit d'auteur).

Dans la procédure de consultation, les dispositions sur les droits réels furent partout accueillies positivement.

272 Compétence

Les tribunaux du lieu de situation des immeubles sis en Suisse sont exclusivement compétents pour connaître des actions réelles immobilières (*art. 95*). Il n'est pas admis de prorogation de for. Naturellement, cette exclusion ne concerne que les actions portant sur les droits réels, non pas celles qui concernent le contrat de base, qui appartient au droit des obligations (ATF 102 II 143).

Les actions réelles mobilières doivent être portées devant le for suisse du domicile ou subsidiairement du lieu de la résidence habituelle du défendeur (*art. 96, 1^{er} al.*). Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence habituelle en Suisse, les tribunaux suisses du lieu de la situation des biens sont alors compétents (*art. 96, 2^e al.*). Pour les actions réelles mobilières la compétence exclusive du *situs* n'est pas justifiée. A la différence des immeubles, il n'y a pas pour les meubles de lien étroit avec le lieu de situation.

Les actions relatives à des droits de propriété intellectuelle doivent être portées en premier lieu devant le for du domicile ou du siège du défendeur (*art. 97; art. 2, 2^e al.*). Si le défendeur n'a pas de domicile en Suisse, les tribunaux compétents, conformément au principe de la territorialité, sont ceux de l'Etat dans lequel la protection est demandée. A la *lex rei sitae* dans les droits réels en général correspond dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, le droit de l'Etat protecteur (cf. U. Drobniç, *Originärer Erwerb und Übertragung von Immaterialgüterrechten im Kollisionsrecht*, *RabelsZ.* 1976, p. 195). La doctrine moderne est aussi partisane de ce rattachement. L'article 16, chiffre 4, de la convention de la CEE du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale constitue une exception.

273 Droit applicable

273.1 Immeubles

Le projet soumet les droits réels immobiliers au droit de l'Etat dans lequel se trouve l'immeuble (*art. 98*). Ce droit régit aussi bien la création que le transfert et les effets des droits réels immobiliers. L'organisation et la conception du registre foncier ne laissent pas place à l'application d'un droit étranger. Certains problèmes de délimitation se posent à propos de l'exercice de la propriété foncière. Des servitudes foncières peuvent sortir des effets au-delà de la

frontière étatique; selon l'opinion générale, elles sont cependant soumises au droit de l'immeuble grevé. D'autres questions se posent en matière de droit de voisinage international. L'importance pratique et l'urgence de la protection de l'environnement s'accroissent précisément dans les régions frontalières. Sur ces importantes questions, le projet se prononce au chapitre du droit délictuel. Quant aux lois qui limitent l'acquisition de la propriété pour certaines catégories de personnes (AF du 23 mars 1961/21 mars 1973 instituant le régime de l'autorisation pour l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger; [RS 211.412.41]), des règles spéciales de conflit ne s'imposent pas. Ces lois circonscrivent elles-mêmes leur domaine d'application et sont réservées à l'article 17 du projet.

Un problème particulier se pose en cas de reprise globale d'un patrimoine, y compris ses droits réels immobiliers (régime matrimonial, succession, droit de société). En principe, le statut patrimonial prime le statut réel. Ce principe trouve toutefois ses limites lorsqu'un statut réel étranger prétend à la compétence exclusive et ne reconnaît pas la création de droits réels sur la base d'un autre ordre juridique prévoyant la reprise globale d'un patrimoine. Dans de tels cas, le statut réel a en principe la priorité sur le statut du patrimoine. Au besoin, l'opération réelle prévue par le statut patrimonial devra être réalisée dans le statut réel en étant répétée conformément aux dispositions de ce dernier. Ceci suppose, cas échéant, une transposition dans les catégories équivalentes de la *lex rei sitae* (cf. H. Lewald, *Das deutsche internationale Privatrecht*, Leipzig 1931, p. 178 s.; F. Vischer, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im IPR*, Bâle 1953, p. 130 s.).

273.2 Biens mobiliers

L'acquisition et la perte de droits réels mobiliers sont soumises au droit de l'Etat dans lequel se trouve le bien au moment des faits sur lesquels se fonde l'acquisition ou la perte (*art. 99, 1^{er} al.*). Ce principe souffre certaines exceptions, en particulier à l'article 100 pour les biens qui se trouvent en transit, à l'article 102 pour la réserve de propriété sur des biens à exporter et à l'article 103 en raison de la possibilité d'une élection de droit limitée pour les parties.

Le contenu et l'exercice de droits réels mobiliers sont toujours soumis au droit de l'Etat dans lequel ils se trouvent (*art. 99, 2^e al.*). Le DIP part de l'idée qu'un droit réel valablement acquis doit être reconnu dans le nouvel Etat de situation lors d'un changement de statut subséquent. Le contenu et l'exercice de tels droits doivent toutefois être régis par l'ordre juridique réel du nouveau lieu de situation. Il y a lieu de distinguer entre conditions de la création et condition de la durée. Si la nouvelle *lex rei sitae* ne connaît pas de droit réel de la même sorte et de même contenu que ceux conférés lors de la création du droit réel dans l'ordre juridique précédent, il faut procéder à une transposition dans les catégories de la nouvelle *lex rei sitae* considérées comme équivalentes eu égard à leur but (cf. F. Vischer, *Die rechtsvergleichende Tatbestände im IPR*, Bâle 1953, p. 71; P. Lalive, *The Transfer of Chattles in the Conflict of Laws*, Oxford 1955, p. 156).

273.3 Biens en transit

L'acquisition ou la perte par contrat de droits réels sur des biens qui se trouvent en transit sont soumises au droit de l'Etat où ils doivent parvenir selon les dispositions convenues (*art. 100*). Cette règle ne s'applique que si, au moment de l'événement dont découle la conséquence juridique alléguée, le bien est déjà en route. A ce moment, le lieu de situation effectif est souvent difficilement constatable. Que l'on pense aux biens en haute mer ou dans les airs. Des dispositions réelles sur de telles marchandises ne sont pas rares.

Dans la doctrine, il est proposé comme point de rattachement pour les biens en transit, tantôt l'Etat d'expédition, tantôt l'Etat de destination. La convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels prévoit à son article 6 le rattachement à la loi de l'Etat d'expédition. Au contraire, l'article 100 du projet donne la préférence au rattachement à l'Etat de destination; ce rattachement figure également au premier plan en droit international privé étranger, car en règle générale, les rapports spatiaux avec l'Etat d'expédition sont déjà rompus (cf. § 31 de la loi autrichienne de DIP; A. Duchek/F. Schwind, IPR, p. 76 s.; A. von Sprecher, *Der internationale Kauf*, Zurich 1966, p. 100).

L'article 100 vise aussi la création de droits de garantie sur les biens. Toutefois, les tiers peuvent acquérir des droits sur la chose pendant le transit. Souvent le transport est interrompu pour des actes d'exécution forcée. Le tiers reste en droit de faire valoir les droits de garantie légaux possibles selon l'actuel lieu de situation, également lorsque les biens sont en cours de transport. Précisément pour les biens qui se trouvent en transit au moment déterminant pour l'acquisition ou la perte de droits réels, le choix d'un droit applicable prévu à l'article 103 devrait être d'une grande utilité.

273.4 Biens transportés en Suisse

L'article 101 se prononce sur le problème de l'état de fait «étendu». Si d'après le droit du précédent Etat de situation, l'état de fait nécessaire à la constitution d'un droit réel ne s'est réalisé que partiellement, les éléments déjà intervenus dans l'Etat précédent du *situs* sont réputés s'être accomplis en Suisse d'après la nouvelle *lex rei sitae*. Que l'on pense à la prescription acquisitive, lorsque la durée de prescription dans le précédent Etat du *situs* n'est pas encore achevée. Le 1^{er} alinéa est formulé comme norme de conflit unilatérale. Cette solution se fonde sur l'idée qu'il ne saurait revenir au DIP suisse d'édicter à la *lex rei sitae* étrangère des prescriptions qui, au reste, ne se laisseraient pas exécuter au lieu de situation. Il se pose en outre la question de savoir si une réglementation est nécessaire pour résoudre le conflit entre principe de la tradition et principe conventionnel à propos du transfert de la propriété, ce qui n'est pas réalisable par une règle de conflit bilatérale. Si, par exemple, un bien quitte la Suisse pour la France (principe consensuel), le droit français doit déterminer si une nouvelle déclaration de volonté réciproque est nécessaire ou si la propriété passe immédiatement à l'acquéreur en franchissant la frontière franco-suisse.

Dans plusieurs Etats, la constitution d'une sûreté mobilière sur un bien mobilier est possible par simple accord (cf. § 455 BGB; H. Stumpf, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung im Ausland, Heidelberg 1980, p. 23 s.). En Suisse au contraire, la réserve de propriété est subordonnée à l'inscription au registre du domicile de l'acheteur (art. 715 CC) et le transfert de la possession est condition de la constitution de gage (art. 884 CC; cf. S. Ottrubay, Die Eintragung des Eigentumsvorbehalts, Fribourg 1980, p. 41 s.). A l'article 101, 2^e alinéa, le principe d'après lequel l'existence d'un droit réel est régie par la nouvelle *lex rei sitae* subit une certaine atténuation, notamment en cas de réserve de propriété. Lorsqu'une sûreté mobilière constituée à l'étranger ne peut comme telle être reconnue en Suisse (p. ex. faute d'inscription au registre; ATF 106 II 197), elle garde sa validité pendant encore trois mois après l'arrivée du bien en Suisse (cf. par analogie l'art. 3, 3^e al., de l'ordonnance du 19 déc. 1910 concernant l'inscription des pactes de réserve de propriété; [RS 211.413.1]). Pendant ce laps de temps, les parties peuvent prendre en Suisse les mesures nécessaires au maintien en Suisse de la sûreté mobilière. L'article 101, 2^e alinéa, entend faire bon accueil au titulaire d'une sûreté mobilière. La même réglementation s'applique aux biens qui ne se trouvent que provisoirement en Suisse.

273.5 Réserve de propriété

Lorsque sur un bien destiné à l'exportation une réserve de propriété a été constituée en Suisse, l'article 102 soumet sa validité au droit de l'Etat de destination. En Suisse, le pacte de réserve de propriété doit obligatoirement, selon l'article 715 CC, être inscrit au registre des réserves de propriété du domicile de l'acheteur suisse. Cette situation juridique n'est pas satisfaisante pour l'exportateur suisse qui livre à crédit à un acheteur domicilié à l'étranger. Le Conseil fédéral est d'avis qu'il faut tenir compte des besoins justifiés de l'économie suisse de l'exportation. Deux voies sont en principe ouvertes pour résoudre ce problème.

Une première possibilité consiste à soumettre la validité de la réserve de propriété au droit de l'Etat de destination alors que la marchandise se trouve encore en Suisse. Il en résulte que, par exemple, pour une livraison en République fédérale d'Allemagne, où le pacte de réserve de propriété sans formes spéciales est possible (cf. M. Thamm, Der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht, Heidelberg 1977), une réserve de propriété peut être valablement constituée en Suisse. Si au contraire, selon le droit de l'Etat de destination, l'inscription dans un registre est requise à peine de nullité, cette solution n'arrange pas l'exportateur suisse. Il devrait notamment veiller à ce qu'une inscription soit faite au registre du domicile ou du siège de l'acheteur. Mais tant que le bien se trouve encore en Suisse, l'exportateur n'est pas garanti, car d'une part les conditions de fait pour constituer une réserve de propriété en Suisse ne sont pas données, et d'autre part la réserve de propriété dans l'Etat de destination ne peut y sortir ses effets qu'une fois le bien sur son territoire souverain.

La seconde solution consiste – en modification de l'article 715 CC – à admettre

une inscription provisoire au domicile suisse du vendeur pour la constitution d'une réserve de propriété. Cette inscription au registre en Suisse ne serait efficace que pour le temps pendant lequel le bien se trouve en Suisse. Cette solution protégerait l'exportateur suisse livrant un bien à l'étranger, soit que le bien doive être livré dans un Etat qui prévoit l'inscription de la réserve de propriété dans un registre, soit dans un Etat dans lequel une simple convention suffit.

Le projet a choisi la première solution, car la seconde est grevée de différentes incertitudes qui pourraient être pesantes dans la pratique.

Lorsque le domicile de l'acheteur se trouve encore en Suisse au moment de l'exportation, la réserve de propriété au sens de l'article 715 CC doit être inscrite au registre suisse des réserves de propriété. Il appartient au droit de l'Etat de destination de décider si cette réserve de propriété, ainsi constituée en Suisse, est aussi valable sur son territoire souverain.

273.6 Election de droit

L'application de la *lex rei sitae* se justifie en premier lieu pour des motifs de sécurité des transactions et d'efficacité. Elle permet aussi de réaliser le principe de la publicité des droits réels.

On ne saurait toutefois méconnaître, qu'à propos de certaines questions de droits réels, la *lex rei sitae* passe à l'arrière-plan. Cela vaut en particulier pour les contrats à distance, notamment si la constitution ou la perte d'un droit réel se produit à un moment où le bien transite par la Suisse. Ainsi en va-t-il en outre du principe de la publicité, qui ne joue notamment pas un rôle de premier plan lorsqu'il s'agit simplement de rapports juridiques entre aliénateur et acquéreur. Il subit de plus des limitations là où – par exemple dans les ordres juridiques de la famille du droit romain – le principe consensuel est déterminant et non pas le principe de la tradition, ou lorsque l'acquisition par constitut possessoire est possible.

Se fondant sur ces considérations, l'article 103, 1^{er} alinéa, accorde aux parties une élection de droit limitée, en vue d'assouplir le rattachement à la *lex rei sitae* souvent ressenti comme trop rigide. La question de savoir si l'autonomie des parties est compatible avec les conceptions fondamentales des droits réels en matière internationale appelle une réponse positive pour les raisons suivantes:

- En matière de droits réels, ce principe de la publicité applicable aux conflits de lois est déjà relativisé en ce qui concerne les droits matériels (cf. A. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, vol. IV, 1^{re} section, 1^{re} partie, Berne 1981, p. 50 s., p. 62). Sur la base des seules circonstances reconnaissables pour le tiers, il n'est pas toujours possible de constater quel est le vrai titulaire du droit réel. Précisément pour la question du transfert de propriété, le principe de la publication n'est pas respecté dans tous les Etats (principe consensuel).
- Le lieu de situation des meubles est souvent difficile à trouver, du moins tant que le bien ne fait pas l'objet d'un séquestre judiciaire. D'autre part, les intérêts des tiers aux relations commerciales dans l'Etat du *situs*, que la *lex rei sitae* entend protéger, doivent néanmoins s'effacer en règle générale

devant les droits acquis à l'étranger sans que ceux-ci doivent faire l'objet de mesures de publicité dans ce nouvel Etat du *situs*.

- L'autonomie des parties en matière de droit réel peut en outre favoriser l'harmonie entre statut du contrat et statut réel. Cela vaut surtout pour les systèmes juridiques avec transfert causal de la propriété. Il existe en ce sens un besoin de tenir compte de l'interpénétration entre droit du contrat et droits réels, aussi en DIP.

En doctrine, différents auteurs sont partisans d'une autonomie des parties limitée (cf. p. ex. Meier-Hayoz, op. cit., p. 289 s.; K. Sovilla, Eigentumsübergang an beweglichen körperlichen Gegenständen bei internationalen Käufen, Fribourg 1954, p. 32 à 43; cf. aussi rapport final, p. 203). En droit positif, l'autonomie des parties en matière de droits réels n'est pas inconnue non plus: elle est par exemple prévue avec effet entre les parties dans la convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (art. 2, ch. 4; art. 3, 1^{er} al., et art. 4, 1^{er} al.), et dans la loi tchèque de DIP du 4 décembre 1963 (art. 12); ou encore à l'article 10, 3^e alinéa, du Titre introductif du code civil espagnol. Sur le droit suédois, cf. H. Eek (The Swedish Conflict of Laws, La Haye 1965, p. 270; sur quelques décisions allemandes, cf. Meyer-Ladewig, Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1963, p. 261 à 263).

D'après l'article 103 les parties peuvent soumettre l'acquisition et la perte de droits réels mobiliers au droit de l'Etat d'expédition ou de destination ou au droit qui régit l'acte juridique de base. La soumission au droit de l'Etat d'expédition ou de destination est particulièrement importante pour la *res in transitu*. Le choix permet également aux parties d'atténuer les difficultés qui se présentent, lors du transfert d'un bien d'un Etat appliquant le principe de la *traditio* à un Etat appliquant le principe consensuel. La soumission au statut du contrat permet d'harmoniser les notions de droit contractuel et de droits réels. Il ne devrait pas y avoir besoin d'autres points de rattachement. Par l'autonomie des parties dans le droit des contrats, un choix efficace est aussi donné dont peuvent ainsi bénéficier les droits réels. L'autonomie des parties autorisée par la Suisse peut toutefois ne pas être reconnue dans certaines circonstances par la *lex rei sitae* étrangère. Les parties au contrat doivent être au fait de ce risque. Il peut être déduit du fait qu'avec l'élection de droit en matière de droits réels mobiliers une prorogation de for peut valablement être souscrite, pour le droit réel mobilier, en faveur de la Suisse.

Selon l'article 103, 2^e alinéa, l'élection de droit ne peut pas être opposée aux tiers. Elle est limitée au rapport entre les personnes directement concernées par l'opération de droits réels, soit en particulier aux parties au transfert de propriété (aliénateur et acquéreur), ou au propriétaire et à la personne à laquelle il impartit un droit réel restreint. Un autre droit que la *lex rei sitae* ne peut pas être opposé aux tiers, ceux-ci peuvent toujours se réclamer d'une position plus favorable selon la *lex rei sitae*. Les sûretés légales fondées sur la *lex rei sitae* ont, cas échéant, également le pas sur le choix d'une partie.

273.7 Propriété intellectuelle

L'article 104 soumet la création, les effets et l'extinction des droits de la propriété intellectuelle au droit de l'Etat dans lequel leur protection est invoquée. Pour ce rattachement les mêmes considérations valent, par analogie, que pour la compétence (art. 97). Le droit de l'Etat pour le domaine duquel la protection d'un droit de propriété intellectuelle est invoquée peut le mieux régler celle-ci (cf. E. Ulmer, *RabelsZ* 1976, p. 308; A. Duchek/F. Schwind, *IPR*, p. 82). Des dispositions dérogatoires des conventions internationales ratifiées par la Suisse dans le domaine de la propriété intellectuelle prennent naturellement les présentes dispositions.

273.8 Mise en gage de créances, de papiers-valeurs et d'autres droits

L'article 105 contient une disposition spéciale sur la mise en gage de créances, de papiers-valeurs et d'autres droits. La question étant réglée dans les droits réels, le chapitre sur le droit des obligations ne contient pas de réglementation à ce propos. Il se pose notamment la question de savoir si la même réglementation que pour la cession doit valoir pour la mise en gage, c'est-à-dire si la mise en gage doit aussi être rattachée au droit régissant la créance. La question doit être résolue négativement, car lors de la mise en gage de plusieurs créances cette solution conduirait à l'application de différents droits, ce qui ne correspondrait pas aux besoins de la pratique. Aussi bien le projet prévoit-il pour la mise en gage de créances un rattachement autonome.

En principe, il est loisible aux parties de désigner elles-mêmes le droit applicable. Comme à l'article 103, il se pose à nouveau le problème de la protection des tiers qui font valoir leur propre droit sur la créance gagée. De même qu'à l'article 103, 2^e alinéa, l'élection de droit n'est pas non plus opposable aux tiers en cas de créance gagée. En l'absence d'élection de droit, le Conseil fédéral se prononce pour un rattachement en faveur du droit de la résidence habituelle du créancier gagiste; il est d'avis que déjà pour des raisons économiques, il se justifie de considérer le créancier gagiste comme personne décisive et que les parties au contrat de gage sont dans un rapport plus étroit avec le droit de la résidence habituelle du créancier gagiste qu'avec le droit de la créance. En cas de mise en gage de plusieurs créances envers différents débiteurs, cette solution permet de soumettre toute l'opération de gage, y compris le contrat y relatif, à un seul et même droit.

Le débiteur de la créance gagée a besoin d'une protection particulière. Il n'est pas tenu de supporter que lui soit opposé un autre ordre juridique que celui auquel est soumis le droit gagé. Cela signifie que le créancier gagiste doit prendre en considération le droit auquel est soumise la créance gagée, s'il veut être certain qu'en définitive le gage soit réalisable; en effet, le débiteur pourrait en se réclamant du droit de la créance refuser le paiement au créancier gagiste. La protection du débiteur n'exige pas nécessairement que tout le nantissement soit soumis au droit applicable à la créance gagée. Le risque qui résulte de la réserve en faveur du débiteur est déjà pris en compte dans la pratique actuelle et peut continuer d'être laissé au créancier gagiste.

L'article 105 assimile à la mise en gage de créances la mise en gage de papiers-valeurs. Là encore on ne se réfère pas à l'ordre juridique qui détermine le contenu du droit incorporé, mais au droit choisi ou à défaut d'un choix au droit de la résidence habituelle du créancier gagiste. Cette solution est préférée au rattachement au droit de l'Etat de situation du papier-valeur. Certes, les papiers-valeurs en général sont traités comme choses mobilières; il se justifie toutefois dans le cas de mise en gage d'assimiler le papier-valeur à une créance non incorporée dans un papier-valeur, et ce en premier lieu dans l'intérêt des parties. Elles doivent avoir la possibilité de régler uniformément d'après un seul droit la mise en gage de différents papiers-valeurs ne se trouvant pas dans le même Etat. Le Conseil fédéral est conscient qu'avec cette règle la réalisation des droits découlant de la mise en gage peut trouver ses limites dans le droit de l'Etat dans lequel est sis le papier-valeur.

Comme en cas de mise en gage de créances, le débiteur n'est pas non plus tenu lors de la mise en gage d'un droit incorporé dans un papier-valeur de se laisser opposer l'application d'un autre droit que celui auquel le contenu du droit incorporé est soumis. Si par exemple une part de société incorporée dans un titre est gagée, la société n'est tenue de reconnaître la modification provoquée par la mise en gage dans la personne des ayants droit que dans la mesure où l'exige l'ordre juridique auquel est soumis le droit incorporé. En d'autres termes, elle n'a pas à se laisser opposer un autre droit que la *lex societatis*.

Une solution divergente s'impose pour la mise en gage d'autres droits (droits d'auteurs, brevets, parts héréditaires, titres fonciers). Ici doit s'appliquer le droit auquel le droit gagé est soumis, droit qui est aussi déterminant envers l'obligé. La mise en gage simultanée de plusieurs de ces droits est certes rare. En revanche, la réalisation de ces droits joue un rôle beaucoup plus important qu'en cas de créances mises en gage. C'est pourquoi la mise en gage de tels droits est soumis au droit auquel est soumis le droit gagé.

273.9 Titres représentatifs de marchandises

L'article 196 prévoit une réglementation spéciale pour les titres représentatifs de marchandises, pour lesquels se posent plusieurs questions de conflits de lois: quel droit décide si le papier représente la marchandise et si pour le rattachement l'on doit se fonder sur le papier ou sur la marchandise? Quel droit règle le conflit si des droits réels sont invoqués par différentes personnes, soit directement sur la marchandise, soit au moyen d'un titre représentatif?

Le droit désigné dans le titre lui-même décide en premier lieu si ce titre représente la marchandise. Dans l'intérêt de la sécurité du droit, une élection de droit n'est valable que si le droit choisi est indiqué dans le papier lui-même. A défaut d'une telle désignation de droit, la question est soumise au droit de l'Etat dans lequel l'émetteur a son établissement (art. 106, 1^{er} al.). Si le titre représente la marchandise, les droits réels tant sur le titre que sur la marchandise sont soumis au droit applicable au titre considéré comme chose mobilière. Les articles 99 et suivants sont donc applicables au titre représentatif de marchandises en tant que papier-valeur. La loi applicable au titre représentatif

de marchandises considéré comme chose mobilière régit aussi le destin réel de la marchandise et indépendamment de son lieu de situation (art. 106, 2^e al.).

Si plusieurs personnes font valoir des droits réels et sur la marchandise directement et en vertu d'un titre représentatif, le droit applicable à la marchandise même décide de la priorité (art. 106, 3^e al.). En cas de conflit, le droit du lieu de situation de la marchandise prime donc le droit du lieu de situation du titre. Si la marchandise se trouve en Suisse, l'article 925, 2^e alinéa, CC, est applicable. Cette solution s'impose déjà du fait que le droit du lieu de situation de la marchandise dispose de meilleures possibilités de réalisation.

273.10 Les moyens de transport

Pour les droits réels sur les navires, les aéronefs ou d'autres moyens de transport, sont réservées les dispositions de la loi fédérale du 23 septembre 1953 (RS 747.30) sur la navigation maritime sous pavillon suisse, la loi fédérale du 28 septembre 1923 (RS 747.11) sur le registre des bateaux, la loi fédérale du 21 décembre 1948 (RS 748) sur la navigation aérienne et la loi fédérale du 7 octobre 1969 (RS 748.217.1) sur le registre des aéronefs (*art. 107*).

274 Décisions étrangères

Les décisions étrangères en matière de droits réels immobiliers sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat de situation ou qu'elles y sont reconnues (*art. 108*). Pour les actions réelles concernant des immeubles sis en Suisse, les tribunaux suisses sont exclusivement compétents (*art. 95*).

Les jugements étrangers en matière de droits mobiliers sont reconnus, selon l'article 108, 2^e alinéa, lorsqu'ils ont été rendus dans l'Etat du domicile du défendeur ou qu'ils émanent de l'Etat où se trouve le for prorogé. Sont en outre reconnus les jugements rendus au lieu de situation, si le défendeur y avait sa résidence habituelle. Une décision étrangère portant sur une chose mobilière se trouvant en Suisse ne peut toutefois être reconnue que si elle n'est pas en contradiction avec les règles du droit réel suisse, car ces règles, qui limitent les catégories de droits réels, participent de l'ordre public suisse (cf. A. Meier-Hayoz, *op. cit.*, p. 57 s.).

Les décisions rendues en matière de droits de la propriété intellectuelle sont reconnues en Suisse si elles émanent de l'Etat protégeant le droit. La réserve relative au domicile du défendeur en Suisse tient compte de l'article 59 cst.

28 Droit des obligations

281 Aperçu

En droit international des contrats et en droit international délictuel l'on peut constater une nouvelle tendance générale. Comme le développement des trente dernières années l'a montré, les rattachements traditionnels, conçus de manière

très générale, ne suffisent plus pour tenir compte des différents intérêts et besoins de la vie juridique internationale. De nos jours, les rapports juridiques internationaux ont besoin de règles détaillées aussi en DIP. Cette tendance se manifeste par exemple dans la convention de la CEE du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ainsi que dans les conventions de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière et du 3 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits. Elle a notamment incité à faire reviser, lors de la prochaine session de la Conférence de La Haye, la convention du 15 juin 1955 (RS 0.221.221.4) sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels:

Le DIP national non plus ne peut se tenir plus longtemps à l'écart de ces développements. Les récents lois et projets de DIP tiennent compte de ces changements (cf. §§, 35 à 49 de la loi autrichienne de DIP de 1978; A. Duchek/F. Schwind, IPR, p. 83; art. 27 à 34 du projet allemand de révision de l'EGBGB). Le présent projet lui aussi s'efforce de satisfaire aux exigences d'une loi de DIP moderne en droit des obligations. Il repose sur les idées fondamentales suivantes:

En droit international des contrats on peut se référer à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui par sa richesse et son originalité est largement reconnue au-delà des frontières de la Suisse. Cette jurisprudence permet d'établir des règles abstraites, qui ont en partie déjà fait leurs preuves dans la pratique. Une attention particulière a été accordée à la protection de la partie la plus faible; aussi bien ce problème devient de plus en plus actuel (cf. message concernant la loi sur le crédit à la consommation; FF 1978 II 481; M. Keller, Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts im IPR, vol. II, Zurich 1977, p. 26).

Pour les actes illicites une réglementation différenciée est nécessaire. Le projet distingue entre les différentes situations délictuelles en cherchant pour chacune son rattachement adéquat. Lorsqu'un délit est en rapport avec une relation juridique préexistante, celle-ci doit être déterminante pour le rattachement délictuel.

Dans le cadre de la procédure de consultation, certaines réponses ont salué les propositions en matière de droit international des obligations. D'autres avis ont, par contre, mis en question la nécessité d'une réglementation ou ont reproché leur perfectionnisme aux dispositions proposées. D'autres réponses encore proposaient de régler le droit international dans une étape ultérieure.

Avec la commission d'experts du DIP, le Conseil fédéral estime que le reproche de perfectionnisme n'est pas pertinent. Les problèmes complexes du droit international des obligations exigent des règles différenciées. Les prescriptions détaillées qui en résultent doivent être admises dans l'intérêt de la sécurité et de la prévisibilité du droit. Il reste encore au juge une marge suffisante pour prendre des décisions appropriées aux cas particuliers. Le présent projet a l'avantage de ne pas établir un système de rattachements fermés mais de donner au juge la possibilité de préciser les différentes règles (art. 14, 114). On ne peut pas non plus souscrire à la proposition de repousser la

législation sur le droit international des obligations à une date ultérieure. Le travail législatif en serait simplement doublé sans compter que le droit international des obligations devrait attendre pour un temps imprévisible sur ces bases légales nécessaires. Cet état de fait a déjà duré depuis des décennies. Même si le Tribunal fédéral est parvenu dans une jurisprudence avisée à fixer les lignes directrices pour les questions importantes, cela ne décharge pas le législateur de son devoir de créer les bases légales nécessaires dans un domaine important pour l'économie suisse, bases qui permettent au justiciable de développer ses activités dans un cadre juridique sûr.

Pour le for en matière de contrats, le projet s'inspire des principes suivants; si le débiteur a son domicile ou son siège en Suisse, il faut pour des prétentions patrimoniales tenir compte de l'article 59 cst. Selon cet article, le débiteur solvable qui a son domicile en Suisse doit en principe être recherché pour des réclamations personnelles au for de son domicile. Des exceptions à cette garantie constitutionnelle ne sont admissibles que si les intérêts internationaux en jeu le justifient. Le projet prend en outre en considération la convention de la CEE de 1968, concernant la compétence judiciaire, pour ne pas préjuger une éventuelle adhésion ultérieure de la Suisse à cette convention. Dans ce contexte il convient de rappeler la possibilité de la *prorogatio fori* (art. 5).

282 Contrats

282.1 Compétence

282.11 Principe

D'après l'article 109, 1^{er} alinéa, les actions sont en premier lieu portées devant le juge suisse du domicile du défendeur. A défaut de domicile en Suisse, l'action peut être introduite devant le juge suisse de sa résidence habituelle.

Pour les prétentions découlant du droit des obligations invoquées contre un établissement en Suisse, l'action peut aussi être portée devant le juge du lieu de cet établissement (2^e al.). Pour les sociétés, il faut entendre par établissement leur succursale (art. 109, 2^e al.); leur établissement principal est localisé par le siège qui est visé par l'article 109, 1^{er} alinéa. La compétence spéciale de l'établissement est aussi connue en droit interne (art. 952 CO; art. 69 s. ORC).

282.12 Fors particuliers

Le for général de l'article 109 suppose que le débiteur possède en Suisse son domicile, son siège, sa résidence habituelle ou un établissement. Si cette condition fait défaut, il se justifie d'admettre pour les actions découlant du contrat le for du lieu d'exécution en Suisse (art. 110). Le projet se réfère à ce propos à plusieurs codes de procédure cantonale qui admettent le for du lieu d'exécution lorsque le débiteur n'a pas de domicile ou de siège en Suisse (cf. Fribourg, art. 30 CPC; Soleure, art. 15 CPC; Bâle-Campagne, art. 17 CPC; Appenzell Rh.-Int., art. 22 CPC; Saint-Gall, art. 84 CPC; Argovie, art. 12d CPC; Thurgovie, art. 7 CPC). La convention de la CEE de 1968 sur la compé-

tence judiciaire prévoit également ce for à l'article 5, chiffre 1. Compte tenu de l'article 59 c.st., il ne peut avoir en DIP suisse qu'un caractère subsidiaire.

L'article 111 prévoit un for particulier pour connaître des actions fondées sur les contrats conclus par des consommateurs. La notion de contrat conclu par des consommateurs est définie à l'article 117 du projet. Cette disposition déterminant la loi applicable tient compte du besoin de protection particulier du consommateur. Une protection effective de la partie la plus faible au contrat n'est toutefois réalisable que si l'on prévoit aussi le for nécessaire (cf. *RabelsZ* 1976, p. 669 s.; A. C. Imhoff-Scheier, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, ESDI 22, Genève 1981, p. 31 s.).

Selon l'article 111 le consommateur a le choix entre le for suisse de son domicile ou de sa résidence habituelle, ou celui du domicile du fournisseur, ou, à défaut d'un tel domicile, celui de sa résidence habituelle.

D'après cette réglementation, un assez large éventail de compétences est à la disposition du consommateur en tant que demandeur d'une part, tandis qu'une action du fournisseur contre le consommateur est limitée à la compétence générale (art. 109). En outre, selon l'article 111, 2^e alinéa, le consommateur ne peut pas renoncer à l'avance aux fors à sa disposition. Il est ainsi possible de prévenir les clauses de prorogation de for contenues dans des contrats sur formules, qui visent à priver l'acheteur à tempérament ou l'emprunteur dans le petit crédit de la possibilité d'actionner à son domicile ou à sa résidence habituelle. Le projet de loi sur le crédit à la consommation tend à une réglementation semblable (cf. art. 226^r et 318^v [nouveaux] CO; FF 1978 II 551 et 589).

L'article 112 distingue entre les actions générales relatives à un contrat de travail (1^{er} al.) et celles à disposition du seul travailleur (2^e al.).

Travailleur et employeur peuvent porter une action découlant du contrat de travail devant le juge, soit du domicile ou du siège du défendeur, soit du lieu où le travailleur accomplit son travail. Ce lieu de travail coïncide généralement avec le lieu où se trouve l'entreprise de l'employeur. Un travail provisoire à un autre endroit ne justifie pas d'exception. Pour les employés supérieurs, le centre de gravité du contrat de travail se trouve en règle générale au siège de la société (cf. F. Vischer/A. von Planta, *IPR*, p. 180). Le travailleur a en outre la possibilité d'intenter l'action relative au contrat de travail à son domicile ou, de nouveau à choix, là où il réside habituellement. Comme pour le contrat conclu par des consommateurs, le projet tend aussi pour le contrat de travail à une certaine harmonie entre la compétence et le droit applicable (art. 118). La compétence en matière de contrat de travail se fonde sur les réglementations correspondantes du droit interne (art. 343, 1^{er} al., CO).

282.2 Droit applicable

282.21 Remarque préliminaire

Pour les règles de conflits en matière de contrats, il faut distinguer entre le rattachement subjectif et le rattachement objectif. Le rattachement subjectif signifie que les parties peuvent sous certaines conditions choisir elles-mêmes le

droit applicable à leur contrat. Le rattachement objectif s'emploie à la localisation du contrat à défaut d'une telle élection de droit.

Qu'il y ait rattachement objectif ou subjectif, dans les deux cas, il s'agit avant tout de constater de manière sûre le droit applicable et de renforcer la sécurité du droit. Pour le rattachement objectif, le projet suit en premier lieu le principe bien connu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon lequel le contrat doit être soumis au droit de l'Etat avec lequel il a le lien le plus étroit (cf. M. Keller, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im internationalen Privatrecht*, vol. II, Zurich 1977, p. 27 ss). En concrétisant ce principe, le projet s'inspire toujours de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il convient de mentionner en premier lieu le rattachement au droit du débiteur de la prestation caractéristique. En même temps, le projet tient compte de la protection de la partie la plus faible au contrat. Cette idée de protection part de considérations tirées des contrats-type; l'expérience montre que dans ces contrats une partie se trouve toujours dans une position plus faible; la partie dite la plus faible peut prétendre à ce que soit prise en considération le droit de son milieu environnant. En règle générale, une partie attend protection du droit de l'Etat dans lequel elle a le centre personnel de ses intérêts.

Lors de la définition de l'étendue du statut contractuel, le projet s'est efforcé d'assurer un domaine d'application aussi large que possible au droit désigné par le rattachement subjectif ou objectif. Autant que possible des rattachements spéciaux pour des questions partielles ont été évités. Ils ne sont prévus que si un besoin spécial s'en fait sentir. Tel est par exemple le cas pour la signification à donner au silence sur une offre, pour la forme des contrats, pour les modalités d'exécution et de vérification ou pour la représentation.

Les lois de police et de sûreté d'Etats tiers jouent un rôle particulier dans le droit des contrats. L'on peut citer les empêchements d'exécution, qui souvent reposent sur des normes de droit public d'un Etat et ont pour fondement un but économique ou idéologique. L'on renvoie en particulier à l'article 18 et aux explications y relatives. Sur la base de cette disposition, l'application ou du moins la prise en considération de telles normes est possible dans d'étroites limites.



282.22 L'élection de droit

En doctrine et jurisprudence suisse et étrangère, il est reconnu que dans le domaine du droit des contrats les parties peuvent choisir elles-mêmes le droit applicable. La base de l'autonomie des parties dans le droit des contrats résulte de la règle de conflit de la *lex fori* (ATF 79 II 295). L'autonomie des parties prévue en matière de conflit de lois permet aux intéressés de désigner le droit auquel le contrat doit être soumis dans son ensemble. Elle diffère de l'autonomie des parties matérielle, en ce qu'elle conduit aussi à l'application des règles impératives du droit choisi et n'a pas seulement un caractère supplétif. L'article 113, 1^{er} alinéa, sanctionne ce principe internationalement reconnu. Il entend impartir aux parties à un contrat la plus grande liberté possible lors du choix du droit applicable. En accord avec la jurisprudence du Tribunal fédéral,

le projet a renoncé à exiger un rapport spatial entre le contrat et le droit choisi (ATF 91 II 44).

Le projet fait aussi abstraction du critère de «l'intérêt raisonnable» (ATF 102 II 143). Il part de l'idée que les parties ne font guère leur choix sans un intérêt raisonnable. La réserve de l'intérêt raisonnable pourrait de plus nuire à la sécurité du droit; ainsi elle va à l'encontre d'un des premiers buts que l'autonomie des parties doit servir. En effet, à cause de l'imprécision du critère il serait à craindre que les parties ne puissent motiver suffisamment leur choix du droit applicable. Il faut partir de l'idée que l'élection de droit convenue entre les partenaires est l'expression de leur intérêt commun. Celles-ci sont le mieux en mesure d'apprécier leurs besoins spécifiques. Si d'aventure une élection de droit était faite arbitrairement et par simple jeu, l'article 2 CC permettrait de la récuser.

Une limitation de l'élection de droit s'impose à l'égard d'une partie qui a un besoin particulier de protection. Comme en matière de rattachement objectif, en matière de rattachement subjectif également la partie à protéger doit être assurée de l'application du droit auquel elle se fie de bonne foi et avec l'application duquel elle devait et pouvait compter, compte tenu de toutes les circonstances. Dans ce sens l'élection de droit est expressément exclue à l'article 117, 3^e alinéa. Contrairement à l'avant-projet de la commission d'experts (cf. rapport final, p. 29, 215 s.), le projet ne prévoit pas de réserve générale en faveur de la partie la plus faible; d'une part, l'abus de l'élection de droit peut être écarté par les dispositions générales de protection (art. 2 CC) et d'autre part, dans les contrats où par expérience une partie est plus faible, la possibilité d'élection de droit est soit exclue (art. 117, 3^e al.) soit du moins limitée (art. 118, 3^e al.). Il appartient au législateur de déterminer à quelles exigences doit satisfaire une élection de droit pour qu'elle soit valable. L'article 113, 2^e alinéa, exige ou que l'élection de droit soit expresse ou qu'elle résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par circonstances autorisant à conclure à une élection de droit, il faut entendre en particulier les relations juridiques existant entre les parties, ainsi que les éléments qui s'y rapportent. L'accord tacite doit aussi être admis si la volonté d'accord est clairement reconnaissable; mais la volonté hypothétique d'une partie ne doit pas tenir lieu d'accord tacite. Outre ces exigences fondamentales visant à la clarté de la déclaration, l'article 113, 3^e alinéa, soumet la validité et la réalisation de l'élection de droit au droit choisi. Cette solution est matériellement justifiée.

Selon l'article 113, 3^e alinéa, l'élection de droit peut se faire avant, pendant ou après la conclusion du contrat. L'élection peut être faite au cours d'un procès, le dernier moment étant indiqué par la loi de procédure civile cantonale. Le projet renonce donc à fixer ce point. Entre les différents codes cantonaux de procédure comme aussi entre les différents types de procédures, il existe des différences essentielles. Une définition précise du dernier moment, qui vaudrait pour toutes procédures, n'est pas possible. Le projet prévoit qu'une élection de droit postérieure à la conclusion du contrat rétroagit au moment de la conclusion. Une autre solution serait peu praticable dans la plupart des cas, car elle signifierait que différents droits s'appliqueraient au contrat au cours du

temps. Il n'y a naturellement lieu à effet rétroactif que si les parties n'en disposent pas autrement. Dès que des tiers ont acquis du contrat des droits ou ont l'expectative d'acquérir des droits, leur situation juridique ne peut pas être modifiée par une élection de droit postérieure. Si donc un tiers a acquis, par exemple sous l'ordre juridique précédant l'élection de droit, une action directe, la soumission ultérieure du contrat à un droit qui ignore une telle action ne peut pas compromettre la position juridique de ce tiers (cf. W. Stauffer, Bundesgericht und Parteiautonomie auf dem Gebiet des internationalen Schuldrechts, Festschrift für H. Lewald, Bâle 1953, p. 393 s.; F. Vischer, Internationales Vertragsrecht, Berne 1962, p. 82 s.).

Les effets qu'entraîne le silence sur une proposition d'élection de droit sont souvent controversés dans la pratique. Ce silence ne peut pas être apprécié selon le droit dont le choix est en question; en effet, en vertu de son simple silence, une partie ne doit pas déjà être soumise au droit unilatéralement désigné par la partie adverse. Le silence est un comportement de fait qui doit s'apprécier selon les usages du milieu environnant. C'est pourquoi la signification du silence doit s'apprécier selon le droit du milieu ambiant (cf. art. 120; en outre, art. 3, 4^e al., concurremment avec l'art. 9 de la convention de la CEE de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles).

En règle générale, les parties ne s'attendent pas à ce que les questions sur lesquelles elles se sont entendues soient régies par un autre droit que celui qu'elles ont choisi. Que ce droit décide de même sur la question de savoir si l'accord sur l'élection a effectivement été formé correspond aussi aux récentes solutions conventionnelles (cf. art. 2, 3^e al., de la convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels; RS 0.221.211.4). Contre ce rattachement la doctrine a parfois affirmé que laisser le droit choisi décider de la validité du choix revient à un cercle vicieux. On peut relever contre cette objection que ce n'est pas le droit choisi qui doit décider de l'élection de droit, mais le droit que les parties elles-mêmes voulaient choisir ou qu'elles ont donné l'impression de choisir (cf. F. Vischer, Internationales Vertragsrecht, p. 66 s.; M. Julliot de la Morandière, Conférence de La Haye, Doc. 7^e session, 1951, Rapport explicatif, p. 25).

282.23 Le rattachement objectif

Lorsque les parties n'ont pas fait d'élection de droit, le contrat est soumis au droit avec lequel il se trouve dans le rapport le plus étroit compte tenu de toutes les circonstances (art. 114, 1^{er} al.). Ce principe constitue une clause générale, qui doit encore être concrétisée par des critères plus affinés. L'article 114 mentionne ces critères. Il faut toutefois revenir à la clause générale lorsque aucun de ces critères ne convient. Il lui revient donc dans le système du rattachement objectif de déterminer les lignes générales du rattachement, mais aussi de servir de correctif quand les règles précises ne permettent pas de régler un cas à satisfaction.

L'article 114, 1^{er} alinéa, énonce le principe déterminant pour la concrétisation de la clause générale. Il précise qu'il y a le rapport le plus étroit avec l'Etat où la partie appelée à effectuer la prestation caractéristique a sa résidence habi-

tuelle ou, si le contrat a été conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle, à son établissement. Le principe de la prestation caractéristique permet de soumettre tout le contrat à un seul ordre juridique. Le développement de ce principe qui a été reconnu dans de nombreux pays, est l'un des principaux apports de la Suisse au DIP (cf. art. 4 de la convention de la CEE de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles; § 36 de la loi autrichienne de DIP; art. 27 § 1 de la loi polonaise de DIP de 1965; §§ 24 s. de la loi hongroise de DIP de 1979).

D'après le projet, qui se réfère à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la prestation qui n'est pas exécutée en l'espèce est retenue comme critère susceptible de désigner l'obligation caractéristique du contrat (cf. A. F. Schnitzer, *Les contrats internationaux en Droit international privé suisse*, Rec. des Cours 1968 I, p. 571 s.; F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, Berne 1962, p. 108 s.). Ce principe conduit à retenir le droit de l'aliénateur pour les contrats d'aliénation, celui du cédant, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit, celui de la personne qui exerce une activité pour les contrats de prestation de services, par exemple, celui du mandataire pour le mandat. Le critère n'est pas satisfaisant lorsqu'on se trouve face à deux prestations de même nature. On se référera alors, en premier lieu, au droit de la partie qui assume la plus grande responsabilité ou qui supporte le plus grand risque. C'est ainsi que la prestation du dépositaire sera déterminante pour les contrats de dépôt, celle du garant pour les contrats de garantie, celle du bailleur de fonds pour les contrats de prêt (art. 114, 2^e al.).

L'énumération de ces différents types de contrats n'est pas exhaustive. Différents contrats et types de contrats ne sont pas mentionnés, par exemple les contrats mixtes. Pour ces derniers, il faut examiner quels sont leurs éléments prédominants parmi les groupes de contrats figurant sur la liste. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est, par exemple, l'élément du mandat et non pas l'élément de la vente qui est déterminant dans le contrat de représentation exclusive (ATF 100 II 450; M. Keller, *op. cit.*, p. 155 s.). Les contrats portant sur un risque ne sont pas non plus mentionnés (contrat d'assurance, rentes viagères, entretien viager, jeu et pari). Au sens strict, ce n'est pas la prise du risque qui dans les contrats aléatoires, y compris le contrat d'assurance, représente la prestation contractuelle. Doit être considéré comme tel l'apport de la prestation financière; celle-ci n'est toutefois due qu'en cas de sinistre. Il n'empêche qu'en règle générale la prestation de l'assureur ou de tout autre débiteur de rentes représente la prestation caractéristique au sens de l'article 114 (ATF 71 II 287).

Le rapport entre le principe général de rattachement du lien le plus étroit et la résidence habituelle ou l'établissement de celui qui assume la prestation caractéristique n'est pas toujours déterminant. Il peut arriver qu'entre un état de fait et un ordre juridique donné il existe une relation encore plus étroite qu'avec l'ordre juridique de l'Etat dans lequel l'auteur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou son établissement. En pareils cas, la présomption de l'article 114, 1^{er} alinéa, peut être renversée par la preuve des liens encore plus étroits. Quelques-unes de ces exceptions sont énumérées concrètement aux articles 115 à 119.

282.24 Contrats d'aliénation

L'article 115, 1^{er} alinéa, renvoie à la convention de La Haye de 1955 (RS 0.221.211.4) pour les contrats de vente d'objets mobiliers corporels. Cette convention portant loi-uniforme, est applicable *erga omnes*. Son champ d'application matériel ne laisse aucune place pour des règles de conflit nationales. Les dispositions de la convention sont aussi applicables lorsque le droit désigné n'est pas celui d'un Etat-membre.

Le 2^e alinéa réserve un rattachement spécial aux contrats toujours plus importants que sont les contrats conclus par les consommateurs (cf. A. C. Imhoff-Scheier, Protection du consommateur et contrats internationaux, ESDI, vol. 22, Genève 1981).

L'article 116 prévoit un rattachement spécial pour les contrats internationaux relatifs aux immeubles. En raison de leur particularité, notamment de leur lien territorial étroit avec un ordre juridique, ces contrats sont en principe bien localisés; le lien existe avec le droit de l'Etat dans lequel se trouve l'immeuble (*lex rei sitae*).

En matière de contrats d'aliénation, cela vaut en particulier à l'égard de la réglementation de droits réels, qui est soumise à la *lex rei sitae*, et compte tenu du lien entre ces contrats et le caractère de droit public du registre foncier. En matière de baux à loyers d'immeubles et de baux à ferme, ce rattachement se justifie avant tout eu égard aux prescriptions protectrices de droit public applicables en ce domaine (art. 223 s. CO, concurremment avec l'AF du 30 juin 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif; RS 221.213.1).

Quant à l'élection de droit en matière de contrats réels immobiliers, le Conseil fédéral est d'avis, comme le Tribunal fédéral (ATF 102 II 143), que l'autonomie des parties ne doit pas être exclue au moins en ce qui concerne l'engagement de droit obligationnel dans les rapports entre les parties. En revanche, les opérations réelles nécessaires à l'exécution du contrat sont soumises au rattachement des droits réels.

D'aucuns veulent limiter voire complètement exclure l'élection de droit en ce domaine; ils craignent que la forme de transaction prévue dans le droit choisi ne suffise peut-être pas pour réaliser les opérations exigées par la *lex rei sitae*. Or, voir les choses ainsi va trop loin. Si vraiment la forme du droit choisi ne suffisait pas pour réaliser l'opération réelle envisagée, cette forme pourrait toujours être répétée conformément aux exigences de la *lex rei sitae*. L'article 116, 1^{er} alinéa, admet expressément, en ce sens, l'élection de droit.

En ce qui concerne la forme des contrats réels immobiliers, le rattachement au droit de l'Etat du *situs* s'impose. Le droit de l'Etat dans lequel se trouve l'immeuble a un meilleur titre à s'appliquer que le droit du lieu de conclusion (ATF 102 II 143). En dérogation à l'article 121, l'article 116, 2^e alinéa, prescrit ainsi pour la forme des contrats réels immobiliers l'observance exclusive de la *lex rei sitae*. Une exception est tout au plus possible lorsque la *lex rei sitae* admet un autre droit pour les questions de forme. De telles exceptions ne sont pas possibles pour les immeubles suisses. Cela signifie que du point de vue

suisse, les dispositions de forme de contrats relatifs aux immeubles suisses doivent être considérées comme d'ordre public positif.

282.25 Contrats conclus par des consommateurs

L'article 117 prévoit pour les contrats conclus par des consommateurs une autre exception au rattachement à la prestation caractéristique du contrat. Cette exception vise à protéger la partie la plus faible.

Il est reconnu aujourd'hui par la doctrine et la pratique que le problème de la protection de la partie la plus faible au contrat se pose aussi en matière de rattachement de contrats internationaux (cf. B. von Hoffmann, *Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen*, *RabelsZ* 1974 p. 396 s.; A. C. Imhoff-Scheier, op. cit. p. 4 s.; O. Lando, *Private International Law, Contracts in International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, ch. 24, Tubingen/La Haye 1976; F. Vischer, *The Antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts*, *Rec. des Cours*, vol. II, 1974; § 41 de la loi autrichienne de DIP; A. Duchek/F. Schwind, *IPR*, p. 90 s.).

Les contrats entre commerçants entre eux (*Commercial Contracts*), d'une part, et les contrats entre commerçants et consommateurs d'autre part, présentent une différence essentielle qui apparaît aussi en DIP. Dans le premier groupe de contrats les parties sont en général de même force économique et sont dans des positions équivalentes pour négocier. L'équilibre des forces économiques offre une certaine garantie que les droits et devoirs contractuels réciproques restent dans une relation équilibrée et que lors de la conclusion d'un contrat une partie n'obtienne pas au détriment de l'autre des avantages disproportionnés. Entre de telles parties le libre jeu des forces pourvoit à un compromis équitable; on peut donner sans plus cours à la liberté contractuelle. Dans le second groupe de contrats une partie, le consommateur, est en règle générale déjà dominée par l'autre partie au moment de la négociation. Très souvent, la marge de négociation est d'emblée inexistante. La partie la plus faible, si elle veut aboutir, doit accepter tels quels prix et conditions du contractant le plus fort. De nombreuses législations internes ont pris dans les domaines les plus divers des dispositions en faveur de la partie au contrat la plus faible, dans le dessein de limiter encore davantage la liberté contractuelle aux fins d'assurer un certain équilibre entre les intérêts des parties (cf. A. C. Imhoff-Scheier, op. cit. p. 4 s.). Si une telle législation protectrice veut rester efficace, elle doit notamment prendre garde que dans les relations transfrontalières il ne soit pas, en plus d'une position contractuelle plus forte, tiré parti de divergences entre les différents règlements nationaux.

Le besoin de protection de la partie la plus faible se pose dans le cadre d'un contrat conclu par les consommateurs aussi bien pour le rattachement subjectif que pour le rattachement objectif. Pour le rattachement subjectif une solution radicale est proposée à l'article 117: l'élection de droit est exclue (3^e al.). Pour le rattachement objectif, il y a lieu de se demander si l'on ne devrait pas simplement se fonder sur le droit matériel le plus favorable à la partie à

protéger. D'une manière générale un tel rattachement se heurterait au fait qu'il est souvent difficile de constater quel est l'ordre juridique le plus favorable à une partie. Il en résulterait une insécurité juridique considérable et la position de l'autre partie serait fortement entamée. En outre, il faut songer qu'en matière de contrats conclus par les consommateurs l'offre s'adresse par nature à un nombre illimité de personnes, ce qui implique une certaine égalité de traitement. Pour cette raison le projet soumet la protection de la partie la plus faible au droit auquel la partie à protéger se fie normalement et peut se fier de bonne foi. Le domaine d'application des normes de protection étatiques, qui souvent même sont d'ordre public, devrait se recouvrir avec le droit du milieu environnant évoqué à l'article 117. Lorsque tel n'est pas le cas, les principes de l'article 18 sont réservés.

Se fondant sur l'idée de protection en faveur de la partie la plus faible, l'article 117 soumet le contrat conclu par des consommateurs au droit de l'Etat dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle en tant que l'une ou l'autre des conditions suivantes est réalisée:

- La partie co-contractante doit avoir pris la commande dans l'Etat de résidence du consommateur. Par partie co-contractante il faut entendre l'auteur de la prestation caractéristique. Il s'agit en d'autres termes du fournisseur, dont parle l'article 111, 1^{er} alinéa.
- La conclusion du contrat dans l'Etat de résidence doit avoir été précédée d'une proposition explicite ou d'une publicité et le consommateur doit avoir accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion du contrat. Par proposition explicite, il faut entendre une offre au sens du droit suisse. La notion de publicité comprend la réclame pour une marchandise ou une prestation de services propres à éveiller en principe, auprès d'un cercle non déterminé de consommateurs capables, l'intention de contracter. La proposition et la publicité doivent être causales dans le comportement du consommateur.
- Le consommateur doit avoir été incité par sa partie co-contractante à se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer commande. L'invitation du consommateur à se rendre à l'étranger doit avoir été la raison déterminante de son voyage.

Le projet ne définit pas la notion de consommateur. En revanche, le contrat conclu par des consommateurs est défini comme un contrat portant sur une prestation destinée à l'usage personnel ou familial du consommateur. Par consommateur il faut entendre une personne physique; seule en effet une personne physique peut faire un usage personnel ou familial d'une prestation.

Il peut être dérogé, aux conditions de l'article 14, au rattachement de l'article 117 si l'idée fondamentale inhérente au principe de protection n'est plus réalisée. C'est par exemple le cas lorsque le consommateur se rend lui-même dans l'Etat où le vendeur a un établissement et y conclut un contrat avec lui en connaissance des dispositions applicables dans cet Etat. En pareil cas, on peut selon les circonstances admettre une renonciation à prendre en compte le droit du milieu environnant du consommateur (cf. § 41 de la loi autrichienne de DIP; en outre, A. Duchek/F. Schwind, IPR, p. 90).

En dérogation à l'article 121 la forme du contrat conclu par les consommateurs est soumise au même droit que le contrat lui-même (art. 117, 2^e al.).

282.26 Contrats de travail

Les contrats dits de protection comprennent aussi le contrat de travail. Dans ce contrat, il faut faire de sorte qu'en principe tous les travailleurs d'un même employeur soient soumis à un ordre unique, ce qui s'impose déjà en raison du précepte de l'égalité de traitement. Dans le cadre d'un travail collectif salarié, les travailleurs doivent juridiquement tous être traités de la même façon (cf. F. Vischer, *The Antagonism between legal security and the search for Justice in the Field of Contracts*, Rec. des Cours., 1974, vol. II, p. 61 s.). Les dispositions de l'article sur les contrats conclus par des consommateurs concernant la protection de la partie la plus faible au contrat sont aussi applicables en l'occurrence.

C'est le travailleur qui est en principe la partie à protéger. Lors de la formation du contrat de travail il lui revient en règle générale le rôle passif, de sorte que l'employeur a la possibilité de soumettre ses propres propositions sur le rapport de travail.

Pour créer un équilibre des forces dans les négociations entre employeur et travailleur de nombreux ordres juridiques nationaux prévoient pour la protection du travailleur des dispositions impératives, non susceptibles d'être modifiées par convention entre les parties (cf. art. 361 et 362 CO). Faute de dispositions impératives, il en résulterait pour le travailleur le danger que son contrat de travail soit soumis à une loi défavorable.

Les dispositions impératives sont normalement applicables lorsque le lieu de du travail se trouve dans le domaine de validité de l'ordre juridique concerné. Pour tenir compte de ce fait, le projet soumet en conséquence le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel l'employeur fait habituellement exécuter le travail (art. 118, 1^{er} al.). Lorsque le travailleur exécute habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est soumis pour des raisons pratiques au droit du lieu d'établissement de l'employeur. A défaut d'un établissement, le droit du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur est applicable (2^e al.).

Comme le droit du contrat de travail contient de multiples dispositions impératives, le projet ne permet aux parties qu'une élection de droit limitée (art. 118, 3^e al.). Elles peuvent soumettre le contrat au droit de la résidence habituelle du travailleur ou au droit du lieu d'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur. Bien que le contrat de travail doive être rangé parmi les contrats dits de protection, il n'y a pas lieu d'exclure toute autonomie des parties. Une telle exclusion ne correspondrait pas aux besoins des relations juridiques internationales. Le travailleur aussi peut être intéressé à l'application d'un droit déterminé, dérogeant au rattachement objectif (travailleurs employés à des travaux de montage à l'étranger). Le droit applicable ne peut toutefois être librement choisi que si une protection minimale du travailleur n'exige pas impérativement le rattachement objectif. Cette limitation de

l'élection de droit peut se faire par l'article 14 ou l'article 17 du présent projet. Sur la base de l'article 18, d'éventuelles dispositions protectrices de droit public, applicables dans l'Etat du lieu de travail, peuvent être invoquées si, par une élection de droit valable, le contrat de travail est soumis à un autre droit que celui qui serait applicable selon le rattachement objectif.

282.27 Contrats en matière de propriété intellectuelle

Dans la procédure de consultation on a critiqué le fait que l'avant-projet ne mentionnait pas expressément le droit applicable en matière de propriété intellectuelle, en particulier aux contrats de licence. Le Conseil fédéral tient cette objection pour fondée et propose d'insérer une disposition correspondante. Les contrats en matière de propriété intellectuelle, avant tout les contrats de licence, ont une importance économique mondiale. Cela est aussi vrai à l'égard des pays du tiers monde, car le transfert de technologie se fait principalement par contrats de licence. La Suisse occupe dans le cadre du transfert international de technologie une position importante. Elle est avec les Etats-Unis, le seul pays dans le monde qui ait un bilan de transfert actif.

Sur le rattachement des contrats de licence, la doctrine diverge d'opinions. Dans son arrêt (ATF 101 II 293) le Tribunal fédéral a soumis, en l'absence d'élection de droit par une des parties, le contrat de licence sur l'emploi d'une marque au droit du siège du donneur de licence. Au contraire, la loi autrichienne de DIP entend par exemple soumettre les contrats en matière de propriété intellectuelle au droit de l'Etat dans le domaine duquel le droit de propriété intellectuelle a été transféré ou au droit de l'Etat pour lequel l'usage de ce droit a été conféré au preneur de licence (§ 43, 1^{er} al.).

Si l'on part de l'idée que la prestation qui ne consiste pas en espèces est la prestation caractéristique, il y a lieu d'approuver le Tribunal fédéral lorsque la prestation principale du licencié consiste dans le paiement d'un droit de licence. Si toutefois l'obligation du licencié, notamment dans le cas d'une licence exclusive, est renforcée en ce sens qu'il lui incombe un devoir d'exécution, la prestation du licencié peut devenir la prestation typique, ce qui conduit alors à l'application du droit de son siège. On ne doit pas méconnaître qu'il existe souvent des dispositions impératives dans le droit du licencié, auxquelles celui-ci doit se soumettre. Tel est en particulier le cas si le licencié travaille dans un pays en voie de développement (cf. E. Ulmer, *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht*, Cologne 1975; P.H. Neuhaus, *Freiheit und Gleichheit im internationalen Immaterialgüterrecht*, dans *RabelsZ* 1976, p. 191; J. Schapira, *Les contrats internationaux de transfert technologique*, Clunet 1978, p. 5).

L'article 119 soumet les contrats portant sur la propriété intellectuelle au droit convenu par les parties (3^e al.), ou à défaut au droit de l'Etat pour lequel le droit de propriété intellectuelle est transféré ou accordé (Etat de protection). Ce rattachement peut ne pas convenir si par exemple deux titulaires de droits d'auteur s'accordent réciproquement des droits de propriété intellectuelle. Scinder de tels contrats et rattacher différemment les droits réciproquement accordés pourrait donner lieu à des difficultés. Dans une telle situation l'on

devra prendre en considération le droit de l'Etat avec lequel existent les plus forts liens compte tenu de toutes les circonstances.

Si lors de l'octroi réciproque de droits d'utilisation le lieu de conclusion du contrat se trouve dans un des deux pays de protection, on accorde une certaine importance à ce facteur à défaut d'autres facteurs de rattachement.

Les contrats dans lesquels l'acquéreur ou l'utilisateur d'un droit de propriété intellectuelle se voit conférer des droits dans plusieurs Etats sont soumis selon le 2^e alinéa au droit de l'Etat où l'acquéreur ou l'utilisateur a son établissement. A défaut d'un tel établissement, le droit de son domicile ou de sa résidence habituelle est applicable.

L'article 119, 4^e alinéa, renvoie pour les contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle liés à l'activité contractuelle du travailleur au droit applicable au contrat de travail. Cette solution s'impose en raison du rapport matériel avec le contrat de travail et permet d'éviter d'éventuelles contradictions entre différents statuts. Elle ne s'applique au demeurant qu'entre les rapports entre travailleur et employeur (cf. aussi § 43 de la loi autrichienne de DIP).

282.3 Dispositions communes; Silence; forme; modalités d'exécution et de vérification

Il est admis que la plus grande partie des rapports juridiques doit être réglée par le statut du contrat déterminé sur la base des articles 113 à 119. Le droit applicable au contrat doit s'étendre à la naissance, aux effets et à l'extinction du contrat. Seuls les points mentionnés aux articles 120 à 123 doivent faire l'objet d'un rattachement particulier.

On doit le plus possible éviter un «dépèçage du contrat»; celui-ci représente en principe une unité qui ne doit pas être détruite par la référence à plusieurs ordres juridiques différents. La récente jurisprudence du Tribunal fédéral dans ce domaine se caractérise précisément par le fait qu'elle entend éviter la coupure du contrat admise autrefois (ATF 78 II 74). Le projet ne tranche pas la question de savoir s'il est possible de prévoir une élection de droit limitée à certains éléments du contrat. Sur ce point, le projet diffère de la convention de la CEE de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui, à l'article 3, 1^{er} alinéa, admet expressément le choix limité. En général, on laissera le soin aux parties, qui ont la meilleure vue d'ensemble de leurs intérêts, de dire si elles veulent soumettre certains éléments du contrat à un rattachement spécial.

L'article 120 vise le cas d'une partie qui ne réagit pas à une proposition de conclure un contrat, c'est-à-dire qui reste totalement inactive. L'expression «silence» doit être comprise comme *pars pro toto* pour l'inactivité. Les effets juridiques de ce comportement doivent être régis par le droit du milieu environnant de la personne qui garde le silence. Par droit du milieu environnant, il faut entendre le droit de sa résidence habituelle. Cette réglementation particulière se justifie eu égard aux nombreuses offres internationales de marchandises et de prestations de services diverses adressées à des ménages privés. Sans la protection de l'article 120, les destinataires qui ne réagissent pas

seraient souvent livrés sans défense à un ordre juridique étranger inconnu d'eux.

L'article 121 règle la question du droit applicable à la forme du contrat. Il est de tradition en droit international des contrats que la forme du contrat fasse l'objet d'un rattachement particulier. Le principe de la *favor negotii* a depuis longtemps conduit à favoriser le plus possible la validité formelle des contrats, ce qui se fait par un rattachement alternatif au droit du statut du contrat ou au droit du lieu de conclusion. Le projet a repris ce rattachement, du moins en ce qui concerne la forme du contrat conclu entre présents (1^{er} al.). Le rattachement alternatif au droit du lieu de conclusion se justifie si l'on considère que les parties doivent pouvoir s'orienter rapidement et de manière sûre sur les prescriptions de forme. Ce rattachement n'est cependant pas satisfaisant si le contrat a été conclu entre absents, c'est-à-dire entre personnes se trouvant dans des Etats différents au moment de la conclusion du contrat. Admettre un lieu de conclusion commun fictif pourrait ne pas donner satisfaction. Il correspond au contraire au principe de la *favor negotii* de juger de la forme selon le droit d'un des Etats dans lequel réside une des parties contractantes au moment de la conclusion du contrat.

Dans certains cas, il revient précisément à la forme du contrat de protéger spécialement une partie (cf. F. Vischer, *Antagonism*, op. cit., p. 49 s.). Le projet tient compte de pareils besoins de protection, en ce qu'il n'admet pas le rattachement alternatif pour la forme de certains types de contrats (3^e al.).

D'après l'article 122, les mesures d'exécution sont régies par le droit de l'Etat dans lequel elles sont effectivement prises; elles ne sont donc pas nécessairement soumises au droit du lieu d'exécution du contrat, mais bien à celui de leur propre lieu d'exécution. La notion de mesures d'exécution n'englobe pas tout ce que le débiteur doit faire pour répondre à ses obligations contractuelles. Elle n'opère donc pas un rattachement spécial pour tout ce qui est *in solutione* mais n'entend soumettre au droit du lieu en cause que les questions qui sont étroitement liées aux relations et institutions locales. Il y va non pas de la divergence entre contenu de l'obligation et exécution de l'obligation mais uniquement des détails de l'exécution: monnaie, mesures, poids et autres modalités, qui par nature dépendent des coutumes commerciales et des usages du pays (cf. G. Broggin, *Le modalità d'esecuzione dei contratti in diritto internazionale privato*, Fribourg 1951, p. 131).

Ce qui a été dit des mesures d'exécution s'applique *mutatis mutandis* aux mesures de vérification et à l'avis de défaut, qui doivent être soumis au droit du lieu effectif de la vérification ou de l'avis de défaut, soit au droit du lieu où ces mesures sont effectivement prises (cf. rapport final, p. 228; ATF 101 II 83).

282.4 Représentation

L'article 123 ne règle que la représentation volontaire. La représentation légale est traitée dans les dispositions sur l'autorité parentale, le droit de tutelle et le droit successoral. Le pouvoir de représentation des organes d'une société est régi par le droit des sociétés.

L'article 123 distingue entre rapport interne et rapport externe. Le rapport interne entre représenté et représentant est soumis au droit du contrat (1^{er} al.). Dès lors, si un rapport de mandat lie représenté et représentant, ce rapport régit aussi leurs droits et obligations l'un envers l'autre. Il est plus délicat de résoudre selon quel droit déterminer si les actes du représentant à l'égard de tiers produisent des effets directs dans les rapports entre le tiers et le représenté et cas échéant lesquels. Cela pose en particulier la question de savoir si le représenté est immédiatement légitimé et engagé par les actes de représentation. Le Tribunal fédéral a admis jusqu'ici une coupure. Il soumet au droit du domicile du représenté la question de savoir si une procuration a été valablement accordée; il soumet en revanche les effets de la procuration au droit du lieu où ils se sont produits, c'est-à-dire au droit du lieu où le représentant a fait usage de la procuration (ATF 88 II 195, 95 II 442). Selon la philosophie du projet, il n'est pas indiqué de scinder l'existence, l'étendue et les effets de la procuration (cf. F. Vischer, Internationales Vertragsrecht, Berne 1962, p. 233; art. 11 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation).

Pour l'aspect externe de la représentation, le rattachement au droit qui régit le contrat d'exécution conclu entre le représentant et le tiers est théoriquement applicable. Mais cette solution ne préserverait pas suffisamment les intérêts du représenté, qui souvent ne peut savoir à l'avance à quel droit est soumis le contrat d'exécution. C'est pourquoi le projet prévoit le droit de l'Etat où le représentant a son établissement. S'il n'en a pas ou s'il n'est pas reconnaissable pour les tiers, le droit de l'Etat où le représentant a en l'espèce ses activités prépondérantes est applicable à titre subsidiaire. Si par exemple le représentant professionnel se rend dans l'Etat où le tiers a son établissement ou sa résidence habituelle, le droit de l'Etat où le représentant a son établissement sera applicable, en tant que ce dernier est reconnaissable aux tiers.

Au cas où le représentant est lié au représenté par un contrat de travail et ne possède pas d'établissement commercial propre, il y a lieu de prévoir le rattachement au siège du représenté (art. 123, 3^e al.). Il doit toutefois être reconnaissable au tiers que le centre de gravité professionnel du représentant se trouve au siège du représenté.

Les conséquences juridiques qu'entraînent envers le tiers les actes faits par un *falsus procurator* sont soumises au droit applicable aux activités du représentant autorisé (art. 123, 4^e al.). La Conférence de La Haye a mis sur pied lors de sa 13^e session la convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. Cette convention s'est essentiellement inspirée des travaux préparatoires du présent projet et lui est par conséquent en grande partie conforme (cf. RabelsZ 1979, p. 80, 176; Rev. crit. 1977, p. 639).

283 Enrichissement illégitime

283.1 Compétence

Comme pour les contrats, le projet part également ici du principe du juge naturel selon l'article 59 de la constitution. Les tribunaux suisses du domicile

ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle ou de l'établissement du défendeur sont donc compétents pour connaître des actions en enrichissement illégitime (art. 124).

283.2 Droit applicable

Les solutions du projet sur l'enrichissement illégitime sont en bonne partie tracées par la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 78 II 385, 93 II 373). Le Tribunal fédéral a écarté un rattachement schématique à un point de rattachement déterminé à priori et a dans chaque cas pris en considération les effets de l'enrichissement illégitime. Le projet suit cette manière de procéder. Il distingue entre l'enrichissement illégitime résultant d'un rapport juridique existant ou admis par erreur entre l'appauvri et l'enrichi et l'enrichissement illégitime sans un tel rapport de droit.

L'enrichissement illégitime résulte d'un transfert de biens sans motif de l'appauvri à l'enrichi, effectué dans l'idée d'une obligation juridique qui s'est par la suite révélée non valable. Selon K. Zweigert (*Bereicherungsansprüche im IPR*, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1947, p. 247 ss), le statut qui régit le destin de la prestation allant de l'appauvri à l'enrichi doit aussi régler le si et le comment du remboursement de l'enrichi à l'appauvri. Suivant cette manière de voir, l'article 125, 1^{er} alinéa, déclare en conséquence que les créances fondées sur l'enrichissement illégitime sont soumises au droit qui régit le rapport juridique entre appauvri et enrichi, en vertu duquel l'enrichissement s'est produit. Ce droit est aussi applicable lorsque le rapport de droit en question était seulement supposé.

S'il n'y a pas de rapport juridique entre appauvri et enrichi, soit qu'un contrat entre eux fut radicalement nul *ex tunc*, soit pour d'autres motifs, l'enrichissement illégitime, selon le 2^e alinéa, est régi par le droit de l'Etat dans lequel l'enrichissement s'est produit. Un tel enrichissement s'est par exemple produit s'il y a eu transfert sur un faux compte bancaire et que le bénéficiaire par erreur ait été avisé de la bonification (cf. rapport final, p. 232).

284 Actes illicites

284.1 Compétence

284.11 Principe

Compte tenu de l'article 59 cst., le projet prend pour base, en matière d'actes illicites, le for du domicile du défendeur et subsidiairement de sa résidence habituelle ou du lieu de son établissement (art. 126).

Lorsque le défendeur n'a ni domicile ou siège ni résidence habituelle ou établissement en Suisse, il peut être actionné soit au lieu où l'acte illicite a été commis soit au lieu où le résultat s'est produit (art. 116, 2^e al.). Le projet suit ainsi la solution déjà adoptée dans certaines lois spéciales relatives à des prétentions découlant d'actions délictuelles (cf. art. 85, 1^{er} al., LCR). La compétence du for de l'acte ou du résultat a son importance parce que c'est là

que la preuve peut être rapportée le plus facilement et que la poursuite pénale est souvent menée (cf. art. 3 CP).

284.12 Fors spéciaux

Quelques lois fédérales spéciales prévoient des fors particuliers pour des dommages et des cas de responsabilité bien déterminés. En général, ces lois spéciales se bornent à prévoir à ce propos un for cantonal unique. Plusieurs de ces fors concernent des cas ayant des implications internationales, voire même sont spécialement prévus à cet effet. Le for général de l'article 126 n'étant pas valable pour ces cas, une réserve expresse s'imposait donc, à l'article 127. Sont visées les actions pour atteinte à la personnalité (domicile du défendeur ou du demandeur), en contrefaçon d'une marque de fabrique ou de commerce ou en fausse indication de provenance (art. 30 LMF; RS 232.11), en violation d'un brevet d'invention (art. 75 LBI; RS 232.14), en dommage résultant d'une entrave illicite à la concurrence (art. 7 LCart; RS 251) et en cas de dommage survenu par suite de l'exploitation d'une installation atomique ou lors du transfert de matières radioactives (art. 26 LUA; RS 732.0).

L'article 128 prévoit une compétence spéciale pour l'action directe du lésé contre l'assureur. Cette action directe est importante en ce qui concerne notamment les prétentions découlant d'accidents de la circulation. L'article 113 prévoit à ce propos la compétence soit de l'établissement principal ou secondaire de l'assureur soit du lieu de l'acte ou du résultat, et assure ainsi la coordination entre action délictuelle et action directe (cf. aussi art. 84 LCR).

284.2 Droit applicable

284.21 Remarques préliminaires

Ces dernières années, le droit international des actes illicites a subi de profondes modifications. Il y a quelques années encore, le principe d'après lequel les actes illicites sont régis par la loi du lieu de commission de l'acte était, selon l'opinion soutenue alors, universellement appliqué. Des divergences existaient seulement au sujet de la définition même des actes illicites ou du traitement des délits à distance. Entre-temps, «l'unité de la doctrine» s'est trouvée fortement ébranlée.

Aujourd'hui, deux critiques différentes sont formulées à l'encontre du principe de la *lex loci delicti*. D'une part, on a fait valoir que ce principe est trop mécanique et soumettait sans distinction tous les actes illicites au droit du lieu de leur commission, sans examiner si le résultat atteint se justifie toujours dans le cas particulier. Or en matière d'actes illicites, il serait souhaitable de rechercher des solutions tenant compte davantage du résultat et se fondant dans une plus large mesure sur le droit matériel («result selecting approach»). D'autres critiques sont dirigées contre l'universalité du principe de la *lex loci delicti*. Elles ne voient dans le droit du lieu de commission de l'acte illicite qu'un droit applicable parmi d'autres et considèrent que le droit d'autonomie des parties, le droit désigné par un rapport préexistant (rapport accessoire) ou la *lex fori* ont une vocation égale à régir les actes illicites. En outre, elles

prévoient des dispositions concrètes pour certaines catégories d'actes illicites (cf. V. Trutmann, *Das internationale Privatrecht der Deliktobligationen*, Bâle 1973, p. 17, 56 ss; P. Volken, *Konventionskonflikte*, p. 180 ss; F. Vischer, *Die Kritik an der herkömmlichen Methode des IPR*, Festschrift Germann, Bâle 1969, p. 27 ss; rapport final, p. 223).

Cette orientation nouvelle de la doctrine se retrouve également dans la jurisprudence suisse et étrangère. A cet égard, mention soit faite pour les Etats-Unis des décisions dans la cause *Babcock v. Jackson* (12 N.Y. 2d 472 (1963) ou *Neumeier v. Kuehner* (31 N.Y. 2d 121/1972) et pour la Grande-Bretagne de la décision dans la cause *Boys v. Chaplin* (1968 1.All. E.R. 183) et pour la Suisse, de l'ATF 99 II 315.

Un regard sur les lois étrangères les plus récentes en matière de droit international privé et sur les traités internationaux montre que, là aussi, le droit du lieu de commission de l'acte illicite perd son caractère exclusif. Certes, il sert toujours de point de départ, mais il est assorti de quantités d'exceptions, ces exceptions présentant souvent plus d'importance que la règle. Que l'on songe, par exemple, à l'article 4 de la convention de La Haye de 1973 (ASDI, 1968, p. 342), à l'article 4 de la convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits (ASDI, 1972, p. 444), au § 17 de la loi de la République démocratique allemande de 1975 sur le droit international privé (Gesetzbl. 1975, I, p. 748), aux articles 27 à 31 du projet italien de 1968 sur le droit international privé (*Prospettive del diritto internazionale privato*, Milan 1968, p. 266), aux articles 27 à 30 du projet yougoslave de 1974 sur le droit international privé (*Jahrbuch für Ostrecht*, 1975, 2^e fasc., p. 189), au § 48 de la loi autrichienne de 1978 sur le droit international privé (cf. A. Duchek/F. Schwind, *op. cit.*, p. 101 ss), à l'article 31, § 2, de la loi polonaise de 1965 sur le droit international privé (*Jahrbuch für Ostrecht*, 1965, 2^e fasc., p. 213), à l'article 45, 2^e alinéa, de la loi portugaise de 1966 sur le droit international privé (*RabelsZ* 1968, p. 513) ou à l'article 31 du projet québécois de 1975 sur le droit international privé (cf. M. Absell, *Der Quebecer Entwurf einer Kodifikation des IPR*, Frankfurt am Main 1978, p. 284).

Les raisons de cette nouvelle manière d'envisager le droit international des actes illicites ne s'expliquent qu'en partie par les insuffisances de la règle du *locus delicti*. Les modifications du droit matériel des actes illicites jouent un rôle tout aussi important à cet égard, une technicité toujours plus poussée amenant ce droit à assumer progressivement des tâches pour lesquelles il n'était originairement pas conçu. Un droit voulant sanctionner les comportements répréhensibles s'est ainsi transformé en un droit répartissant les risques en cas d'actes licites en soi, mais dangereux. La modification des objectifs et de la raison d'être du droit matériel des actes illicites doit aussi se traduire, dans une même mesure, par une nouvelle orientation des règles de conflits. Une analyse de la situation juridique réelle a démontré que le rattachement au droit du lieu du délit ne se justifie que si ce rattachement peut également être regroupé avec d'autres facteurs, tels la résidence habituelle de l'auteur et du lésé, ou si, en raison d'un cas particulier, il devient prévisible, ou enfin lorsqu'il pourrait être qualifié, en tant, par exemple, que lieu du marché dans les cas de concurrence déloyale (ATF 51 II 327).

284.22 La norme générale subsidiaire

L'article 129 prévoit, pour les délits qui, en raison de leur nature, ne répondent pas aux critères énumérés aux articles 130 à 135, un rattachement général présentant par rapport aux cas spéciaux un caractère en partie subsidiaire et en partie complémentaire. Se fondant sur le principe *locus delicti*, il en définit le champ d'application et établit ses limites. Les tempéraments apportés au principe du rattachement à la *lex loci* s'expliquent par des raisons dues à la personne, à la matière ou qui reposent sur la volonté des parties. L'article 129 place les exceptions se rapportant à la personne (*lex communis*) au début; suivent les exceptions se rapportant à la matière (*rattachement accessoire*) et enfin les exceptions fondées sur la volonté des parties (*élection de droit*).

L'article 129 énumère les trois exceptions précitées dans un ordre dicté par leur importance pratique et la fréquence de leur application. A raison de la matière, cette énumération aurait néanmoins logiquement dû se faire dans l'ordre inverse, à savoir en mentionnant en premier lieu une éventuelle élection de droit entre les parties à l'acte illicite, puis le rattachement accessoire et ensuite seulement la *lex communis*. Si aucune des trois exceptions ne se trouve réalisée, on applique comme par le passé le droit du délit.

284.221 Election de droit

L'article 129, 4^e alinéa, accorde aux personnes immédiatement parties à un acte illicite une possibilité très restreinte de faire élection de droit. A l'inverse de certains courants doctrinaux (cf. L. Raape, IPR 1961, p. 579), le présent projet ne met pas au premier plan la possibilité d'élire le droit en tant que tel, mais la question de savoir quelles doivent être l'étendue et l'importance de l'élection de droit.

La fonction du droit délictuel, qui consiste pour l'essentiel à accorder au lésé une compensation de droit civil pour le dommage subi, plaide en faveur d'une élection de droit sans restriction. Le lésé est libre d'invoquer ou non le dommage subi et cela même si le comportement délictueux porte atteinte à des principes du droit public. Etant donné qu'en droit matériel déjà le lésé peut décider librement s'il veut faire valoir sa prétention, il devrait également, le cas échéant, pouvoir élire le droit qui y serait applicable (cf. J. Kropholler, *RabelsZ* 1969, p. 640). Néanmoins, le projet se contente d'une élection de droit limitée afin d'écartier le danger d'abus. Dans le droit délictuel international, on a affaire de plus en plus à des parties qui ne bénéficient pas d'une capacité de négocier égale. Adopter une réglementation trop libérale reviendrait à exposer la partie la plus faible au danger d'être exploitée. Une élection de droit abusive ne constitue pas un problème spécifique au seul droit délictuel. Mais dans tous les cas où le projet admet l'élection de droit, il en fixe toujours aussi les limites (art. 50, 2^e al., 88, 2^e al., 103 et 117, 3^e al.). Le droit délictuel a adopté le même système. Il y a d'autant moins lieu de s'inquiéter des restrictions imposées que le droit délictuel connaît, grâce au rattachement accessoire ou au rattachement pour les cas spéciaux, un système de rattachement différencié.

284.222 Le rattachement accessoire

L'article 129, 3^e alinéa, soumet les prétentions fondées sur un acte illicite qui viole un rapport juridique préexistant entre les parties au droit applicable à ce rapport.

Ce rattachement se justifie par le lien interne existant entre l'acte illicite et le rapport préexistant. Dans ce sens, le rattachement accessoire peut être considéré comme étant le critère de rattachement le plus fort à raison de la matière. Aussi est-il réservé expressément dans les cas particuliers où il pourrait entrer en ligne de compte (art. 131, 2^e al., 132, 3^e al.). Tout d'abord, le rattachement accessoire doit être préféré à la règle *locus delicti*, à laquelle on n'a aujourd'hui souvent plus recours qu'en tant que critère subsidiaire de rattachement, dont l'application ne s'impose qu'à défaut d'un autre rattachement plus approprié. Le principe du rattachement accessoire doit aussi l'emporter sur la *lex communis*, dont l'application se justifie avant tout par le désir de situer un fait donné dans un certain contexte social. En revanche, le rattachement accessoire consiste à intégrer l'acte illicite dans un système juridique et à l'insérer dans un cadre fixe préexistant entre les parties.

Le rattachement accessoire n'est pas seulement équitable au regard des règles de conflit; il répond aussi, à cet égard, aux exigences de la bonne foi. En particulier, lorsque le dommage infligé est lié en même temps à la violation de droits et d'obligations qui ont pris naissance avant la survenance de celui-ci, les parties doivent s'attendre que le droit régissant ce rapport particulier sera appliqué. Le lésé peut l'espérer et il est raisonnable d'imposer cette solution à l'auteur du dommage. Au surplus, le rattachement accessoire se justifie pour des raisons de sécurité, puisqu'il ouvre, en matière de droit délictuel, beaucoup de possibilités de rattachement qui se sont en partie révélées concluantes dans la pratique. Il empêche aussi que certains éléments du rapport de droit ne soient détachés du statut principal pour être soumis à un autre droit. Ainsi, on évite des questions délicates de qualification et le problème des différents rattachements disparaît, lors de prétentions concurrentes.

Les actes illicites dans le cadre de relations contractuelles représentent un cas typique; on rencontre souvent des prétentions concurrentes, c'est-à-dire fondées sur un contrat et un acte illicite, surtout en matière de droit des transports, du travail, du mandat et de la vente. Mais de telles prétentions existent aussi dans le domaine du droit de la famille, des droits réels ou du droit des sociétés (cf. rapport final, p. 240).

Pour qu'un rattachement accessoire soit réalisé, il ne suffit pas qu'il existe une relation quelconque avec un rapport préexistant. Il faut encore qu'il y ait un rapport et une connexité internes très étroits. Ainsi, lorsque deux hommes d'affaires font une excursion à l'occasion d'une séance de travail, les prétentions découlant d'une blessure infligée par négligence pendant l'excursion n'ont strictement rien à voir avec le statut régissant le contrat de coopération conclu entre eux. Tout autre serait la situation si une vente était conclue pendant la séance de travail ou si un contrat de coopération était violé par l'acceptation d'importations parallèles (cf. A. Heini, Festschrift Mann, Munich 1977, p. 198).

284.223 «Lex communis»

Selon l'article 129, 1^{er} alinéa, lorsque l'auteur et le lésé ont leur résidence habituelle dans le même Etat, les prétentions fondées sur un acte illicite doivent être régies par le droit de cet Etat. Ce rattachement au droit de la résidence habituelle commune dans le sens d'un statut personnel commun se justifie pour plusieurs raisons. En premier lieu, on se réfère au droit du milieu social commun à l'auteur et au lésé; ensuite, on prend en considération les intérêts des parties. Les justiciables qui ne résident à l'étranger qu'à titre temporaire ne connaissent, d'une manière générale, pas le droit étranger et ne règlent pas non plus leur comportement d'après ce droit. Sous réserve de quelques cas particuliers qui tiennent compte de règles locales impératives, les parties préféreraient le droit commun du lieu de leur résidence habituelle commune, d'autant plus qu'un procès en dommages-intérêts se déroulera, en règle générale, également dans l'Etat où elles ont leur résidence commune (art. 85, 2^e al., LCR).

Le droit de la résidence commune peut susciter quelques objections lorsque les parties ne se rencontrent que par hasard ou que des tiers participent à l'acte illicite. Néanmoins, malgré ces cas fortuits, les avantages du droit de la résidence habituelle commune en tant que droit du milieu social commun demeurent évidents. La partie qui ne réside à l'étranger qu'à titre temporaire considérera que l'application du droit étranger est une mesure d'extrême rigueur pour lui. L'application de la *lex communis* atténue cette rigueur même dans le cas où la rencontre avec un compatriote a un caractère plutôt fortuit. Lorsque l'acte illicite vise aussi des tiers, ceux-ci peuvent faire valoir leurs prétentions séparément en se fondant sur le droit du lieu du délit (cf. J. Kropholler, op. cit., p. 622).

284.224 Le droit du lieu du délit

La *lex loci delicti* est appelée à régir les actes illicites qui ne tombent pas sous le coup d'une des règles spéciales prévues à l'article 129 (art. 129, 2^e al.). Comme il a été mentionné ci-dessus, le principe général d'après lequel les prétentions fondées sur un acte illicite sont soumises au droit du lieu du délit a perdu beaucoup de son importance dans la doctrine et les lois et traités plus récents. L'article 129, 2^e alinéa, suit la tendance mentionnée au commencement, d'après laquelle la règle *locus delicti* sert certes souvent de point de départ, mais se trouve régulièrement assortie de critères supplémentaires ou limitée par des exceptions. Le projet part du principe du droit du lieu du délit, mais ne l'applique que lorsque la commission de l'acte illicite et le résultat se sont produits au lieu du délit.

L'application de la règle du *locus delicti* suscite surtout des difficultés lorsque la commission de l'acte et le résultat se produisent dans des lieux différents. Le Tribunal fédéral a laissé jusqu'à présent à la victime le choix entre le droit du lieu de commission et le droit du lieu du résultat (ubiquité; ATF 87 II 113, 92 II 257). Ce rattachement repose pour l'essentiel sur une analogie inexacte avec le droit pénal (art. 7, 1^{er} al., CP) et sur la présomption, pas toujours juste, que

les intérêts de la victime doivent être protégés en toute circonstance. Ce point de vue a, à juste titre, été critiqué en doctrine (cf. V. Trutmann, op. cit., p. 6; F. Vischer/A. v. Planta, IPR, p. 201). Selon l'article 129, 2^e alinéa, si le lieu de commission de l'acte et le lieu où le résultat s'est produit ne sont pas les mêmes, c'est le droit de ce dernier lieu qui est applicable, à moins que l'auteur ne prouve qu'il ne pouvait estimer légitimement que le résultat se produirait à cet endroit. S'il parvient à fournir cette preuve, c'est – bien que le 2^e alinéa ne le mentionne pas expressément – le droit du lieu de commission de l'acte illicite qui est applicable.

284.3 Cas spéciaux

284.31 Accidents de la circulation routière

S'agissant de cette catégorie d'actes illicites, l'article 130 renvoie à la convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière. Bien que sur certains points la convention laisse à désirer, elle peut être considérée, dans l'ensemble, comme bien conçue et acceptable du point de vue suisse. Le Conseil fédéral préfère donc renoncer à présenter sa propre solution et s'en référer aux dispositions de la convention, dans l'idée de ratifier celle-ci avant l'entrée en vigueur de la loi sur le droit international privé. Dans ce sens, il vous soumettra un message. La ratification de la convention s'impose d'autant plus que la plupart des Etats voisins de la Suisse y sont déjà parties. L'adhésion de la Suisse permettrait une unification internationale des règles de conflit se rapportant à ce domaine si important.

Ratione personae et *ratione loci*, le champ d'application de la convention s'étend, indépendamment de toute condition de réciprocité, à tous les accidents de la circulation et cela même si le droit applicable n'est pas celui d'un Etat contractant (art. 11). Ce vaste champ d'application donne à la convention le caractère d'une loi uniforme, valable *erga omnes*, en sus de laquelle il n'y a pas de place pour les règles autonomes internes de conflit (cf. P. Volken, Konventionskonflikte, p. 187 ss).

La convention distingue entre un rattachement général et un rattachement spécial. En vertu du rattachement général (art. 3), la responsabilité extra-contractuelle découlant d'un accident de la circulation est soumise au droit de l'Etat où l'accident est survenu (*lex loci delicti commissi*). Une exception est admise, aux conditions prévues aux articles 4 à 6, en faveur de l'Etat dans lequel le véhicule est immatriculé (*lex stabuli*). Toutefois, l'exception en faveur de la *lex stabuli* dépend, d'une part, du nombre de véhicules impliqués dans l'accident et, d'autre part, de l'intensité du rapport existant entre les personnes impliquées dans l'accident et les véhicules (cf. art. 4, let. a à c).

284.32 Produits défectueux

Il existe également, comme pour les accidents de la circulation, une convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits (cf. P. Cavin, ASDI, 1972, p. 45 ss, 444). De par son champ

d'application *ratione personae* et *ratione loci*, elle a le caractère d'une loi uniforme, applicable *erga omnes* (art. 11). La convention a adopté une réglementation assez compliquée. Son groupement de rattachements est peu clair et son effet amoindri par diverses restrictions. D'une manière générale, une importance démesurée est accordée au droit du siège de l'auteur du dommage (cf. rapport final, p. 243). Une certaine réserve s'impose donc à l'égard de cette convention, sa ratification par la Suisse pouvant tout au plus être envisagée si nos partenaires commerciaux les plus importants font de même.

Les inconvénients de la convention de La Haye ont incité le Conseil fédéral à présenter son propre projet sur la responsabilité du fait d'un produit. Selon l'article 131, le lésé a la possibilité de choisir parmi les ordres juridiques qui sont prévisibles et donc calculables pour l'auteur du dommage. Il peut, à son choix, faire valoir ses prétentions en se fondant soit sur le droit de l'Etat dans lequel l'auteur a son établissement ou, à défaut d'établissement, sa résidence habituelle, ou encore d'après le droit de l'Etat dans lequel le produit défectueux a été acquis.

Dans la mesure où l'article 131, 1^{er} alinéa, conduit à l'application du droit étranger, le juge suisse pourrait se voir tenu de permettre à des règles étrangères en matière de dommages-intérêts, règles dépassant de loin les dommages effectivement subis (*punitive damages*) de sortir leurs effets en Suisse; le droit suisse ne connaît pas de telles règles et il n'est pas non plus souhaitable que le défendeur puisse être exposé à des prétentions de ce genre. Le 2^e alinéa contient une réserve sur ce point et s'inspire, pour l'essentiel, de la même idée que l'article 133, 2^e alinéa. Ce choix permet de protéger dans une certaine mesure le consommateur sans, pour autant, porter atteinte d'une manière excessive à l'égalité entre les parties, ainsi que le prévoit le principe de la bonne foi en matière de règles de conflit. L'élection de droit ne doit pas avoir pour effet d'obliger le producteur contre lequel une action est intentée à payer des dommages-intérêts qui sont dus en vertu d'un droit dont il ne pouvait pas prévoir l'application. L'élection de droit du lésé est donc limitée en ce sens que le droit de l'Etat dans lequel le produit dommageable a été acquis ne peut être invoqué que si le producteur n'est pas en mesure de prouver que le produit a été mis dans le commerce dans l'Etat en cause sans son consentement (cf. A. Heini, Festschrift Mann, p. 201 ss).

Dans son préambule, l'article 131 ne mentionne expressément pas le sujet de la responsabilité. La disposition précitée vise tous les cas de responsabilité encourue pour les dommages causés par des produits défectueux. Peuvent être responsables non seulement les fabricants de marchandises industrielles ou artisanales, mais aussi les producteurs de matières premières ou agraires de même que les distributeurs et les réparateurs. L'article 131 peut aussi être invoqué par des personnes morales et des sociétés; dans cette hypothèse, il y a lieu d'entendre par résidence habituelle au sens du 1^{er} alinéa, le siège actuel de l'établissement en cause.

Dans la procédure de consultation, des objections ont été formulées à l'encontre de l'article 131. En particulier, on a fait valoir que l'article 131 pourrait ouvrir la porte à un afflux de prétentions exagérées, fondées sur le droit étranger et ayant trait à la réparation de produits défectueux. Mais cette

critique n'est pas fondée. Tout d'abord, l'article 131 ne change rien au fait que quantités d'ordres juridiques étrangers ont adopté des dispositions spéciales dans le domaine de la responsabilité du fait des produits. Déjà aujourd'hui, on peut faire valoir des prétentions fondées sur ces dispositions devant les tribunaux suisses, et cela – vu le principe de l'ubiquité – pratiquement sans limitation d'aucune sorte. En revanche, l'article 131 s'efforce de canaliser ces prétentions, de les rendre prévisibles et plus facilement assurables.

284.33 Concurrence déloyale

Dans le domaine de la concurrence déloyale, ce n'est pas la tentative d'obtenir un certain résultat qui est illicite, mais bien plutôt la manière dont on s'efforce d'y parvenir. Les lois sur la concurrence déloyale veulent assurer une double protection. D'une part, elles tendent à protéger le concurrent loyal contre les autres concurrents, et s'il est victime d'actes de concurrence déloyale, à lui donner la possibilité de présenter une demande en dommages-intérêts fondée sur le droit privé (protection horizontale). D'autre part, elles tentent, dans l'intérêt du public, d'assurer un certain comportement sur le marché (protection verticale; cf. M. Kummer, *Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb*, Berne 1960, p. 113).

Si on se contentait de se laisser guider par des considérations de droit privé, on pourrait, en matière de conflits de loi, concevoir différentes dérogations à la loi du marché. Ainsi, dans le cas de concurrence étrangère entre nationaux d'un même pays, on appliquerait le droit interne de ce pays (cf. D. Müller-Gindullis, *Das IPR in der Rechtsprechung des BGH*, 1971, p. 70). Mais il faut prendre en considération le fait qu'il appartient en premier lieu à l'Etat du marché d'en régler le comportement. Les règles de conduite établies par cet Etat doivent être respectées par tous les concurrents qui y exercent une activité. La loi du marché de l'Etat étranger doit être observée, même dans les rapports internes entre deux concurrents nationaux, au risque sinon de porter atteinte à l'un des objectifs fondamentaux du droit de la concurrence, à savoir l'égalité des chances. Certes, il est théoriquement concevable de soumettre les règles internes de conduite et les atteintes à la concurrence à des ordres juridiques différents. Néanmoins, les lois sur la concurrence déloyale s'inspirent, en règle générale, d'un concept homogène d'économie politique. Un rattachement séparé des *local datas* et des sanctions en matière de concurrence déloyale provoquerait une fissure artificielle de la protection des intéressés et il ne faut donc pas y recourir.

Le caractère particulier du droit de la concurrence fait que des actes de concurrence déloyale qui portent atteinte à un marché dans son ensemble, c'est-à-dire à une majorité potentielle de concurrents (concurrence déloyale envers le marché ou le public) doivent être soumis au droit du pays dans lequel l'acte de concurrence déloyale sort ses effets (*art. 132, 1^{er} al.*). Cette réglementation tient compte des avis les plus récents de la doctrine et de la jurisprudence (cf. V. Trutmann, *op. cit.*, p. 180 ss).

Exceptionnellement, c'est le droit de l'Etat dans lequel les deux parties ont leur siège qui s'applique. Ce serait, par exemple, le cas si l'acte de concurrence déloyale était accompli dans un autre Etat, mais se dirigeait contre un concurrent de l'Etat du siège et n'avait pas de rapport avec l'Etat du marché et son public.

Il existe aussi des actes de concurrence déloyale qui sont dirigés uniquement contre un concurrent déterminé, en tant que personnalité économique individuelle ou contre son entreprise, sans que d'autres concurrents en soient également affectés (actes dits de concurrence envers l'entreprise ou de concurrence non publique; p. ex. dénigrement, corruption, espionnage industriel ou incitation à rompre le contrat; cf. NJW, 1964, p. 969). Dans de tels cas, l'article 132, 2^e alinéa, prévoit l'application du droit de l'Etat dans lequel se trouve le siège de l'établissement lésé. Les dispositions de droit administratif public relevant du droit d'un Etat tiers (fermeture des magasins, soldes, réglementation des prix marqués) peuvent trouver effet par le biais de l'article 18 du projet.

284.34 Entraves à la concurrence

Comme pour le droit sur la concurrence déloyale, la législation sur les cartels veut assurer un certain ordre économique dans la mesure où elle règle le comportement sur le marché. On retrouve ainsi le même effort pour assurer une protection horizontale et verticale, l'accent étant plutôt mis ici sur la protection verticale.

Une réglementation légale qui s'efforce de prévoir des rattachements différenciés pour les principaux actes illicites doit également régler les états de fait relevant du droit cartellaire ou les exclure expressément. Ne pas les mentionner signifierait qu'ils tombent sous le coup de la clause générale subsidiaire (art. 129) et sont donc soumis à un rattachement se rapportant en partie aux personnes. Or un tel rattachement ne saurait appréhender les prétentions fondées sur les actes délictueux en matière cartellaire. Le droit des cartels réprouve certains états de fait ou comportements, non pas tellement parce qu'ils sont illicites en soi, mais bien davantage en raison de leur influence sur un certain marché. Les actes illicites doivent dès lors faire l'objet d'un rattachement qui tienne compte du domaine ou du marché visés (cf. R. Bär, *Kartellrecht und internationale Privatrecht*, Berne 1965, p. 359 ss). A cette fin, l'article 133, 1^{er} alinéa, retient la règle générale du *locus delicti* en prenant pour critère le principe de l'effet: le droit de l'Etat sur le marché duquel l'entrave à la concurrence porte un dommage direct au lésé est applicable. Il convient d'accorder une importance particulière au terme «direct». Le poids économique des entraves à la concurrence doit se trouver sur le marché en cause. Le dommage ne doit pas seulement être considéré comme un effet accessoire d'un comportement visant d'autres marchés (où ce comportement est peut-être légal). On veut ainsi exclure la prise en considération du droit d'un Etat qui n'entre que fortuitement en ligne de compte.

L'article 133, 2^e alinéa, s'inspire de dispositions telles que l'article 12 de la loi d'introduction au code civil allemand. Selon l'article 133, 2^e alinéa, on ne doit

faire droit à des prétentions relatives à des entraves à la concurrence et fondées sur le droit étranger que dans la mesure où elles devraient être accueillies dans le droit suisse et si ces entraves avaient produit un dommage en Suisse. De cette manière, on veut empêcher en particulier que le juge suisse ne soit confronté à les lois cartellaires étrangères qui, ci et là, prévoient des prétentions permettant de fixer les dommages-intérêts à un montant plusieurs fois supérieur à ce qu'il est en réalité (p. ex. *les treble damages*).

284.35 Immissions

L'immission est une notion du droit de voisinage; en général, elle est traitée dans les droits réels (art. 679 et 684 CC). Le développement technique dans les activités économiques a pour effet que les nuisances dépassent aujourd'hui l'environnement immédiat pour traverser les frontières. Que l'on songe, par exemple, aux émissions de fumée et de gaz dégagées par des fabriques proches d'une frontière, au bruit intense du trafic dans les aéroports, à la pollution des eaux, à la température trop élevée de l'eau ou de l'air ou encore aux rayons radioactifs.

En vertu de l'article 134, les prétentions résultant d'immissions dommageables de ce genre qui proviennent d'un immeuble et sont en particulier liées à l'exploitation d'une entreprise ou d'installations industrielles sont régies, au choix du lésé, par la *lex rei sitae* – identique, en règle générale au droit du lieu où l'activité est exercée – ou par le droit du lieu où le résultat s'est produit. L'élection de droit par le lésé aura une certaine influence positive sur la formation du droit de l'environnement. Les immissions qui ne proviennent pas d'un immeuble tombent sous le coup de l'article 129.

284.36 Atteinte à la personnalité

L'article 135 veut prévoir, sur le plan du droit international privé, une large protection de l'individu contre les multiples atteintes publiques à sa personnalité. De telles atteintes à la personnalité sont causées de plus en plus souvent par les mass médias, qui étendent leur champ d'activité au-delà des frontières d'un Etat. Quant aux règles de conflit, les problèmes soulevés sont semblables à ceux que posent la responsabilité du fait d'un produit ou la concurrence déloyale (cf. V. Trutmann, op. cit., p. 185 ss). Le souci d'assurer à l'individu une protection aussi complète que possible doit nécessairement mener à la prise en considération de toutes les atteintes publiques imaginables à la personnalité. L'octroi au lésé d'un droit d'élection tend au même but et s'inspire des mêmes considérations politico-juridiques. Le lésé peut fonder ses prétentions sur le droit de l'Etat dans lequel il a sa résidence habituelle, sur le droit de l'Etat dans lequel l'auteur de l'atteinte a son établissement ou sa résidence habituelle, ou sur le droit de l'Etat dans lequel l'atteinte a produit ses effets. Pour les imprimés, c'est le droit du lieu où ils ont paru; pour les transmissions audio-visuelles, le droit du lieu de l'émission. Ici encore, le droit international doit exercer une certaine influence positive sur la formation du droit matériel.

Selon l'expression «tout autre moyen d'information publique», il faut entendre toute action publique, qu'elle se soit manifestée par la parole, le son ou l'image. Que l'on songe, par exemple, à un discours tenu en public ou à l'usage abusif d'un nom ou d'une image. Les violations qui n'ont pas un caractère public tombent sous le coup de l'article 129 et celles qui portent atteinte à la réputation économique sont régies par l'article 132.

284.4 Règles spéciales

L'article 136 prévoit que si plusieurs responsables (potentiels) ont pris part à un acte illicite, le droit applicable sera déterminé séparément pour chacun d'eux. L'article 4, lettre a, de la convention de La Haye du 4 mai 1971 prévoit expressément que le droit applicable doit être désigné séparément pour chacun des lésés lorsqu'il y en a eu plusieurs. Le projet ne reprend pas cette règle dans l'idée qu'elle va de soi. En revanche, il propose, à son article 136, de régler le cas où plusieurs auteurs ont participé à l'acte illicite. Une telle réglementation est justifiée, car les critères déterminants pour fixer le rattachement ont un poids différent pour chaque personne participante. Ces critères entraînent par conséquent l'application de droits différents. Dans le cas d'un délit commis par un auteur principal, un instigateur et des complices, c'est l'auteur principal qui porte la responsabilité; néanmoins, lorsqu'il y a plusieurs auteurs, une telle solution n'est pas praticable. On ne peut pas centraliser l'application du droit dans le seul but de soumettre le recours en cause à un droit uniforme.

L'article 137 décrit l'action dite directe qu'a le lésé contre l'assureur du responsable potentiel. En raison de l'ampleur et de la permanence des risques dérivant de la technique moderne, la responsabilité ne saurait guère se concevoir sans qu'elle ne soit couverte par une assurance adéquate. Le droit qu'a le lésé de faire valoir directement sa prétention contre l'assureur devient donc le corollaire nécessaire de l'action en responsabilité. Selon l'article 137, le lésé est légitimé à exercer l'action directe lorsque la *lex loci delicti* ou le statut du contrat d'assurance le permettent. Ce rattachement alternatif répond au souci de protection dont s'inspire l'action directe.

L'article 138 détermine le domaine d'application du statut de l'acte illicite. Selon les tendances les plus récentes du droit international en matière d'actes illicites, la *lex delicti* doit recevoir une application aussi large que possible (cf. rapport final, p. 249). L'article 138 suit cette tendance.

D'après le 1^{er} alinéa, le droit applicable à l'acte illicite détermine notamment les conditions et l'étendue de la responsabilité, la capacité délictuelle, ainsi que la personne du responsable. Cette énumération n'est pas exhaustive. S'agissant d'une obligation délictuelle, le droit applicable à l'acte illicite régit en outre certaines questions relevant des dispositions générales du CO et qui ne sont pas l'objet d'un rattachement spécial (cf. ci-dessous ch. 285).

Le 2^e alinéa prévoit – ce qui va d'ailleurs de soi – que pour déterminer la responsabilité les règles locales de sécurité et de comportement («local rules of conduct») doivent être prises en considération. Du reste, les traités internationaux les plus récents en matière d'actes illicites contiennent actuellement une telle disposition (cf. P. Cavin, ASDI, 28/1972, p. 56).

285 Dispositions communes aux rapports juridiques découlant du droit des obligations

Les questions concernant la pluralité de dettes, le droit de recours et la subrogation, la cession, ainsi que la prescription et l'extinction des créances ne se posent pas en rapport avec la cause ayant engendré l'obligation. C'est la raison pour laquelle elles font l'objet d'une section spéciale. Le nantissement d'autres droits est traité dans le chapitre sur les droits réels (art. 105).

285.1 Pluralité de dettes

Les *articles 139 et 140* règlent le cas où un créancier peut exiger la prestation qui lui est due de plusieurs débiteurs, que ceux-ci se soient engagés envers lui pour des causes juridiques différentes ou pour les mêmes motifs. Il peut y avoir plusieurs débiteurs même s'ils ne sont pas tenus à la même prestation, par exemple lorsqu'il a été convenu qu'en s'acquittant de sa propre dette un débiteur peut éteindre la dette d'un autre.

L'article 139 règle le problème d'une pluralité de dettes dans les rapports externes, c'est-à-dire dans les rapports entre le débiteur et le créancier. L'article 140 règle les rapports internes, c'est-à-dire les rapports des créanciers entre eux. L'article 140 établit donc les conditions dans lesquelles un débiteur peut – directement ou en se substituant au créancier (subrogation) – exercer un droit de recours contre un co-débiteur. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a pas assez distingué entre les rapports internes et externes.

Dans les rapports externes, lorsque le créancier peut faire valoir sa créance envers plusieurs débiteurs, les conséquences juridiques qui en découlent se déterminent selon le droit qui régit les rapports entre le créancier et le débiteur recherché (art. 139). Ce droit déterminera, par exemple, s'il y a solidarité, responsabilité partielle ou subsidiarité de la responsabilité et l'ordre dans lequel les différents débiteurs doivent être recherchés. On ne méconnaît pas les contradictions qui pourraient surgir entre les différentes lois qui chaque fois régissent la dette; ces contradictions doivent être évitées par voie d'adaptation des législations.

285.2 Droit de recours et subrogation

La jurisprudence et la doctrine sont partagées quant au droit qu'il convient d'appliquer au droit de recours. Deux solutions ont été envisagées: d'une part, on peut se référer au droit régissant la relation juridique sur lequel se fonde le recours (soumission au statut régissant le rapport de base). Ce rattachement a en particulier été proposé par le Tribunal fédéral, mais a été critiqué par la doctrine (ATF 85 II 267, 88 II 430, 98 II 231; cf. M. Keller, *Die Subrogation als Regress im IPR*, RSJ, 1975, p. 305). D'autre part, on peut choisir l'application du droit de la créance, c'est-à-dire du droit en vertu duquel un droit de recours doit être exercé. Etant donné qu'aucune de ces deux solutions n'est satisfaisante à elle seule, le projet fait dépendre l'admissibilité du recours de condi-

tions cumulatives. Un débiteur n'a un droit de recours contre un co-débiteur que dans la mesure où les droits régissant les deux dettes l'admettent (*art. 140, 1^{er} al.*). Cette condition cumulative de deux statuts repose sur l'idée qu'un co-débiteur ne doit pas être exposé à un recours dont il n'avait pas à tenir compte en vertu du droit qui régissait son obligation à l'égard du créancier (cf. H. Lewald, *Das deutsche internationale Privatrecht*, Leipzig 1931, p. 276; F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, p. 242 ss). On court ainsi le risque que le statut en vertu duquel un débiteur fait un paiement à un créancier prévoit la possibilité du recours, mais que ce recours ne puisse avoir aucun effet en pratique, parce que le droit régissant l'obligation du débiteur envers le créancier n'accorde pas à celui-ci un tel droit. Toutefois, ce n'est qu'en prévoyant l'application cumulative des deux droits qu'on peut empêcher que la situation juridique du débiteur saisi d'un recours ne soit rendue plus défavorable par l'application d'un droit qu'il ne connaît peut-être pas.

Contrairement à l'admissibilité, l'exercice du recours contre un co-débiteur est en principe régi par le droit applicable à la dette de ce co-débiteur envers le créancier (*art. 140, 2^e al.*). Il s'agit ici de protéger le débiteur qui est entraîné dans la procédure de recours, c'est-à-dire de questions relatives à l'existence d'un recours indépendant ou d'une subrogation, de la question des modalités d'un recours indépendant ou d'une subrogation, à savoir la cession de créance ou la prescription de cette créance.

S'agissant de la subrogation, une exception à l'article 140, 2^e alinéa, s'impose notamment pour les questions qui concernent exclusivement la relation juridique entre l'ancien créancier et le débiteur payant (p. ex., la question de la responsabilité de l'ancien créancier envers le nouveau subrogé du fait de la subrogation, également la question de la collision entre la créance provenant du recours et la créance restante de l'ancien créancier). C'est pourquoi l'article 140, 2^e alinéa, prévoit que les questions qui concernent exclusivement les rapports entre le créancier et le débiteur recourant sont régies par le droit applicable à la dette de ce créancier.

Enfin, le recours d'une institution chargée d'une tâche publique doit faire l'objet d'une réglementation spéciale.

Compte tenu du lien étroit existant entre l'institution et la nature particulière du recours qu'elle exerce en raison des buts qu'elle poursuit, la question de savoir si elle peut en exercer un, est régie par le droit auquel elle est soumise (*art. 140, 3^e al.*; rapport final, p. 253), et non pas par le droit qui régit l'obligation. L'admissibilité et l'exercice du recours sont bien entendu régis, dans ce cas-là, par les 1^{er} et 2^e alinéas (*Praxis*, 982 n° 138).

285.3 Cession

L'article 141 règle le transfert de créances par contrat et l'article 142 la cession légale. Ces deux modes de cession, en raison de leur caractère juridique distinct, doivent être soumis à des réglementations différentes.

La cession contractuelle est en premier lieu régie par le droit choisi par les parties (*art. 141, 1^{er} al.*). Toutefois, le choix fait sans l'approbation du débiteur

ne lui est pas opposable, s'il ne sort d'effets qu'entre le cédant et le cessionnaire. En outre, le débiteur peut soulever toutes les exceptions que lui permet d'invoquer le droit applicable à la créance cédée (1^{er} al., 2^e phrase).

Mais même les parties au contrat de cession ne peuvent tout à fait librement choisir le droit applicable, certaines restrictions étant prévues en vue de protéger la partie contractante la plus faible. Ainsi, ce n'est que dans la mesure où l'élection de droit est admise pour le contrat de travail lui-même qu'elle est aussi valable pour la cession d'une créance de travail d'un travailleur. L'élection de droit est exclue pour la cession d'une prestation sociale, par exemple pour les prétentions dirigées contre une institution de prévoyance du personnel (art. 140, 2^e al.).

Lorsque les parties n'ont pas fait élection de droit, la cession est soumise à la loi applicable à la créance cédée, conformément à la jurisprudence (ATF 74 II 87 et 87 II 392). Cette solution se justifie en particulier par le souci de protéger le débiteur.

La forme du transfert de créances est exclusivement régie par le droit applicable au contrat de cession et par là aussi à la cession (3^e al.). Cette solution est également justifiée par le besoin de protection du débiteur. Les formes exigées pour la cession ont pour but principal de protéger le *debitor cessus* et de faire en sorte que la personne du créancier soit connue du débiteur cédé.

Les questions concernant exclusivement les relations entre l'ancien et le nouveau créancier, c'est-à-dire les relations entre les parties au contrat de cession, sont régies par le droit applicable au rapport juridique à la base de la cession (4^e al.); que l'on songe, par exemple, aux questions relatives à la garantie de la validité et du bien-fondé de la créance ou du rapport juridique à la base de la créance. Néanmoins, le point de savoir si la cession est de nature abstraite ou causale est soumis au statut régissant la cession, c'est-à-dire au droit applicable à la créance cédée.

S'agissant de la *cession légale*, le rattachement au droit applicable à la créance cédée ne satisfait pas lorsque le transfert de créance tire son origine d'un rapport de droit existant entre l'ancien et le nouveau créancier. Dans ce cas, la cession légale remplace l'exécution d'une prétention contractuelle cédée; elle vise à sauvegarder les intérêts du cessionnaire qui ne seraient pas suffisamment protégés s'il était au bénéfice d'une prétention purement contractuelle contre le cédant. La cession légale de créance repose ici entièrement sur le rapport interne existant entre l'ancien et le nouveau créancier et doit, en conséquence, être appréciée selon la loi du rapport de droit originaire (p. ex. mandat) entre l'ancien et le nouveau créancier. A titre d'exemple typique d'une telle confrontation d'intérêts, on peut citer l'article 401, 1^{er} alinéa, CO (cf. rapport final, p. 255). Si la cession légale ne tire pas son origine d'un rapport de droit entre l'ancien et le nouveau créancier (art. 110 CO), c'est le droit régissant la créance cédée qui est applicable (art. 142, 1^{er} al.).

Même lorsqu'il y a un rapport de droit entre l'ancien et le nouveau créancier (p. ex. mandat) et que la cession légale est régie par ce droit (art. 142, 1^{er} al.), il faut tenir compte, jusqu'à un certain point, des intérêts du débiteur. Le débiteur ne connaît, en règle générale, ni le rapport juridique existant entre les

créanciers ni la loi à laquelle il est soumis. Il connaît le droit régissant la créance; sont donc réservées les dispositions de ce droit destinées à protéger le débiteur (art. 142, 2^e al.). On entend spécialement par là les dispositions qui visent à ce que la situation juridique du débiteur de bonne foi ne soit pas compromise du fait d'un changement de créancier, les dispositions sur la légitimation du nouveau créancier, sur la possibilité d'un dépôt en cas de conflit de prétendants, la prise en considération d'exceptions et de la compensation du défendeur.

285.4 Monnaie

La monnaie est une question qui revêt une importance extrême, mais soulève aussi de grandes difficultés sur le plan des conflits de lois. L'article 142 ne mentionne que les principes généralement reconnus, tout en permettant aussi d'envisager des solutions différenciées, adaptées aux cas d'espèce.

Trois aspects de la question sont cependant réglés, à savoir le droit définissant la monnaie (1^{er} al.), le droit qui règle la portée qu'a une monnaie sur l'étendue de l'obligation (2^e al.) et le droit déterminant la monnaie du paiement (3^e al.).

C'est le droit du pays d'émission qui détermine ce qu'il faut entendre par monnaie. Le contenu d'une monnaie est déterminé par les règles de droit public de l'Etat concerné (1^{er} al.).

En revanche, la portée qu'une monnaie a sur l'étendue de l'obligation est déterminée par le droit applicable à la dette (2^e al.). Le droit régissant la dette devra d'abord déterminer quelle est la monnaie dont envisageaient de se servir les parties; donc, s'il n'était question que de francs, s'il s'agissait de francs suisses, français ou belges. Le même droit dira si une clause de valeur (clause-or, indexation) est admissible. De même, la signification et l'effet de la clause de la valeur effective doivent être soumis au statut de la dette. Ici, il s'agit moins de mettre à disposition du créancier une somme libellée dans une certaine monnaie que de lui garantir la valeur d'une certaine monnaie considérée comme particulièrement stable. Le défendeur ne doit pas pouvoir s'acquitter de sa dette dans une monnaie qui risque par la suite d'être dévaluée. Enfin, le statut de la dette détermine aussi les conséquences éventuelles d'une chute de la monnaie sur la prestation en espèce, en particulier si, en vertu de la *clausula rebus sic stantibus*, il est possible de rétablir un rapport équilibré entre prestation et contre-prestation.

Le pays de la monnaie peut aussi exercer une influence sur la dette en vertu de ses prescriptions de droit public; il peut, par exemple, prendre des mesures monétaires qui influent sur la situation juridique du créancier ou du débiteur. Le droit du lieu de paiement peut aussi exercer une influence sur la dette, par exemple en interdisant la clause de la valeur effective. Du point de vue du débiteur, il s'agit ici d'interventions d'Etats tiers; les principes contenus à l'article 18 déterminent l'application et l'observation de ces interventions.

La question de la monnaie dans laquelle la dette doit être payée est réglée par le droit du lieu où le paiement doit être effectué (3^e al.). La réglementation de la monnaie du paiement n'est pas un cas d'application des modalités d'exé-

cution prévues à l'article 122, mais un problème spécifique à la monnaie. C'est pourquoi ce n'est pas le droit du lieu de l'exécution effective (art. 122) qui est déterminant, mais le droit du lieu où le paiement doit être effectué en vertu du contrat ou de la loi. Le débiteur ne doit pas avoir la possibilité de se procurer un avantage d'ordre monétaire en effectuant son paiement à un endroit autre que celui qui est prévu par le contrat ou par la loi. Le droit de l'Etat dans lequel il convient d'effectuer le paiement détermine en particulier dans quelle monnaie ce paiement doit être fait. Il règle toutes les questions relatives à la manière d'acquitter la dette, mais non pas l'étendue de celle-ci (cf. M. Gutzwiller, *Der Geltungsbereich der Währungsvorschriften*, 1940; F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, p. 214 ss; F.A. Mann, *Das Recht des Geldes*, Frankfurt a. Main/Berlin 1960, 2^e éd., 1953).

285.5 Prescription et extinction de créances

Selon l'article 141, 1^{er} alinéa, le droit applicable à la créance en régit l'extinction et la prescription (ATF 81 II 175, 77 II 189, 63 II 383). Contrairement à ce que prévoit le droit anglo-saxon, la prescription est qualifiée comme une disposition de droit matériel et, par conséquent, soumise au droit régissant la créance qui vient à expiration. Cela n'empêche toutefois pas le juge suisse, en présence d'un renvoi au droit anglais, de tenir compte des règles de prescription anglaises, bien que d'après ce dernier droit la prescription soit considérée comme une institution relevant du droit de procédure (cf. F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, p. 255 ss).

D'après la doctrine dominante, la compensation est soumise au droit applicable à la créance à laquelle la compensation est opposée (art. 144, 2^e al.). Il n'y a pas lieu, comme on le propose parfois, de prévoir une cumulation des statuts des deux créances. Il est conforme à la fonction de la compensation de soumettre celle-ci au statut de la créance, dont le débiteur, tout d'abord refuse l'exécution, et ensuite, en déclare la compensation. Le statut de la compensation ainsi déterminé indiquera quelle doit être la qualité de la créance opposée pour que la compensation soit valable. En revanche, la question de savoir si les conditions de la compensation sont réalisées est déterminée par le droit applicable à la compensation (cf. F. Vischer, *Internationales Vertragsrecht*, p. 252 ss).

Les contrats sur la novation, la remise de dette et la compensation sont régis par le droit applicable aux contrats en général. Il s'agit de relations contractuelles indépendantes. La réunion de la qualité de créancier et de débiteur en une seule personne est soumise au droit qui est à l'origine des rapports de droit, par exemple le droit du régime matrimonial, de la succession, de la société ou du contrat (art. 144, 3^e al.).

286 Décisions étrangères

Vu l'article 59 cst., une décision étrangère relative à une créance du droit des obligations ne peut être reconnue et exécutée en Suisse lorsque le débiteur avait

son for naturel, c'est-à-dire son domicile en Suisse au moment de l'introduction de l'action. Des exceptions à ce principe sont possibles lorsque le défendeur renonce expressément (élection de for, art. 5) ou par acte concluant (acceptation tacite, art. 6) à son for naturel, ou lorsqu'il existe un lien très étroit avec un autre for.

L'article 145 s'en tient tout d'abord au principe du for du domicile. Ainsi, les décisions étrangères relatives à une créance du droit des obligations seront reconnues en Suisse lorsque la décision a été rendue dans l'Etat du domicile du défendeur (art. 145, 1^{er} al., let. a). Il en va de même lorsque la décision a été rendue dans l'Etat de la résidence habituelle du défendeur, pour autant que les créances se rapportent à une activité exercée dans cet Etat (art. 145, 1^{er} al., let. b). Lorsque la décision porte sur une prétention relevant d'un établissement, elle sera reconnue si elle a été rendue par un tribunal au siège de l'établissement (art. 145, 2^e al., let. d).

S'agissant de décisions portant sur un contrat, un acte illicite ou un enrichissement illégitime, on reconnaîtra aussi – à l'instar des fors reconnus en droit interne suisse – outre le for du juge naturel, aussi d'autres compétences étrangères comme celle du lieu de l'exécution, du lieu de l'exploitation ou du travail, ou encore le lieu de l'acte ou du résultat. Ces compétences ne sont toutefois reconnues en Suisse que sous réserve de l'article 59 cst., c'est-à-dire qu'elles n'y sont reconnues que lorsque le défendeur, au moment de l'introduction de l'action, n'avait pas son domicile en Suisse (art. 145, 2^e al., let. a, c, e et f).

Des exceptions à l'article 59 cst. ne sont prévues que pour les prétentions du travailleur découlant d'un contrat de travail (2^e al., let. c) et pour les prétentions du consommateur relatives à un contrat conclu par lui (2^e al., let. b). Cela signifie que lorsque le travailleur ou le consommateur intentent, par exemple, action à leur *forum actoris* à l'étranger, les jugements rendus à ce for doivent être reconnus en Suisse. On tient ainsi compte du besoin tout particulier de protection qu'ont ces deux groupes de demandeurs.

29 Droit des sociétés

291 Aperçu

Le droit international privé des personnes morales et des sociétés constitue un sujet difficile et controversé. Même sur la question principale, à savoir le statut de la société, il n'existe aucune unanimité dans les lois des différents pays et dans la doctrine. A ce jour, le Tribunal fédéral ne s'est encore jamais prononcé clairement sur ce point, bien qu'il existe certains indices permettant de croire qu'il donne la préférence à la théorie de l'incorporation (cf. M. Keller, Rechtsprechung IPR, vol. II, p. 450). Mais les avis divergent aussi sur le pouvoir de représentation des organes, la responsabilité etc. En outre, il existe de par le monde quelques droits de sociétés extrêmement libéraux (Le Panama, Les Bermudes, Les Antilles néerlandaises, Le Liechtenstein, Le Delaware), ce qui suscite des problèmes d'un genre spécial. C'est précisément dans les cas où une société est soumise au droit étranger, mais où ses véritables propriétaires ou du moins les personnes agissant pour son compte exercent leur activité en

Suisse ou depuis la Suisse, que le créancier suisse doit pouvoir bénéficier d'une protection adéquate. Enfin, il convient de relever que le droit matériel des sociétés a tendance à se développer toujours plus. De nombreux Etats européens sont en train de modifier fondamentalement leur droit de société; ces droits se transforment d'ailleurs toujours plus en droit des entreprises. Par ce processus, on s'efforce d'appréhender tous les multiples intérêts liés à la société.

292 Notions

Les articles du chapitre neuvième s'appliquent à toutes les sociétés, personnes morales, autres associations de personnes et patrimoines organisés. Cette énumération vise tant les formes de société classiques dotées de la personnalité morale (SA, sociétés coopératives, sociétés à responsabilité limitée) que les sociétés n'ayant que dans une moindre mesure une situation comparable à celle des personnes morales (sociétés en nom collectif ou en commandite). Sont également visées par cette disposition, les associations et les fondations, mais aussi les types de personnes morales du droit étranger comme les «Anstalten» du droit privé et certaines formes de trust.

Pour éviter des problèmes de qualification, la notion de société est décrite au début du chapitre; elle est définie d'une manière très large; on veut ainsi tenir compte du fait qu'il existe à l'étranger des formations juridiques qui sont inconnues de notre droit, mais tombent néanmoins sous le coup des articles 146 ss. Le projet n'entend pas à priori faire dépendre le rattachement de la nature de l'institution juridique en cause, car il appartient précisément au droit applicable de la déterminer. Il s'agit en général de toutes les combinaisons sociales qui ont une organisation sociale ou qui sont au moins organisées comme un tout. Pour simplifier le projet emploie, pour toutes ces formes juridiques, le terme de «société».

Il faut trancher de cas en cas la question de savoir si la société simple tombe sous le coup de l'article 146, 1^{er} alinéa. Pour répondre, il faut établir si les parties contractantes ont donné à la société simple une organisation suffisamment solide. La société simple poursuit des buts multiples. Il peut s'agir d'un lien relativement lâche visant à atteindre à court terme un certain objectif ou au contraire d'une organisation suffisamment stable poursuivant la concentration finale (cf. A. Siegwart, Zürcher Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 530-551 CO, n° 2). S'agissant de la société simple, il convient donc de procéder à une certaine différenciation. Si la société simple dispose d'une organisation solide, elle doit être régie de la même manière que les sociétés visées à l'article 146, 1^{er} alinéa. En revanche, si elle ne dispose pas d'une organisation de ce genre, c'est l'élément contractuel qui l'emporte; en pareil cas, la société simple est régie par les règles applicables aux contrats.

Pour déterminer le droit applicable le siège de la société n'est pas d'une grande importance, car le projet se fonde sur la théorie de l'incorporation. En revanche, s'agissant de la compétence, une précision s'impose. Pour des raisons touchant à la matière et dans le désir de faciliter l'obtention de preuves, le

projet prévoit que, lors de différends relevant du droit des sociétés, c'est en principe le juge suisse du lieu où la société a son siège qui est compétent. Par siège, il faut entendre en premier lieu l'endroit désigné dans les statuts ou dans le contrat de société. A défaut de statut social ou de contrat de société écrit ou si ceux-ci ne désignent pas de siège à la société, le siège d'une société se trouve dans le lieu où elle est administrée en fait (art. 146, 3^e al.). Il a semblé judicieux de commencer par définir le siège de la société, car il s'agit d'une notion assez compliquée et surtout aussi pour ne pas consacrer trop de dispositions aux chapitres concernant la compétence et la reconnaissance.

293 Compétence

En vertu de l'article 147, 1^{er} alinéa, c'est en premier lieu le juge du siège de la société qui est compétent pour connaître de différends relevant du droit des sociétés. La compétence du juge suisse est donnée pour connaître de toutes les questions qui touchent à l'existence de la société, notamment celles qui concernent sa création ou sa dissolution, son organisation et les rapports internes. Elle se justifie aussi en raison des règles concernant le droit applicable (art. 149 ss), qui soumettent ces questions au droit de l'Etat de l'incorporation (coordination entre *ius et forum*).

Toutes les actions fondées sur la responsabilité personnelle d'un sociétaire pour les dettes sociales et les actions en responsabilité intentées aux personnes responsables dans leurs activités de fondateurs, administrateurs, exploitants, contrôleurs ou liquidateurs doivent être portées soit devant le juge désigné à l'article 147, 1^{er} alinéa, ou devant le juge suisse du domicile, ou, à défaut de domicile, devant le juge de la résidence habituelle (art. 147, 2^e al.). Ainsi, les défendeurs qui auraient leur domicile à l'étranger pourraient être cités devant le juge suisse, lorsque le siège de la société se trouve en Suisse. Le chef de compétence subsidiaire du 2^e alinéa correspond d'ailleurs au chef de compétence ordinaire en matière d'actions du droit des obligations (art. 109, 1^{er} al.). Quant à la question préalable consistant à savoir s'il existe pareille responsabilité personnelle, elle est régie par le droit désigné à l'article 149.

Lorsqu'une société étrangère émet en Suisse des titres de participation ou des emprunts publics, la compétence du juge suisse du lieu d'émission s'ajoute à celle du juge du domicile ou de la résidence habituelle (du siège) de la personne (physique ou morale) responsable de l'émission (art. 147, 3^e al.). L'intérêt qu'a le lésé à obtenir rapidement satisfaction sur le plan juridique ne serait pas sauvegardé par l'institution ici d'une compétence exclusive au siège de la société. Ce système a, dans une certaine mesure, son pendant en matière de droit applicable (art. 151). Pour les emprunts publics, cette compétence s'impose aussi en raison des dispositions suisses sur la protection des créanciers dans les emprunts par obligations (cf. ordonnance du 9 décembre 1949 sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations; RS 221.522.I). C'est pourquoi l'élection de for est exclue.

A son article 154, le projet contient une règle sur la responsabilité pour le cas où une société n'est soumise au droit étranger qu'en tant qu'elle a satisfait aux

dispositions de ce droit relatives à l'enregistrement ou à la publicité, mais qu'elle exerce par ailleurs son activité en Suisse ou depuis la Suisse. Dans ces cas, les personnes qui dirigent la société, qui agissent en son nom ou en déterminent directement ou indirectement l'activité, doivent répondre de ses dettes en vertu du droit suisse. Cette disposition ne peut sortir ses effets que si une compétence est donnée en Suisse pour intenter action contre une société étrangère. C'est la raison pour laquelle l'article 148 dispose que la compétence pour connaître de pareilles actions appartient, soit au juge suisse du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur, soit au juge suisse du lieu où la société est effectivement dirigée.

294 Droit applicable

294.1 Remarques préliminaires

La jurisprudence et la doctrine de différents Etats font une distinction entre la reconnaissance proprement dite des personnes morales étrangères et le droit qui leur est applicable. Cette distinction se retrouve aussi dans les traités de commerce plus anciens. Elle s'explique en premier lieu par des motifs historiques. Aucune différence n'était faite entre l'existence de la société d'après le droit la régissant et l'autorisation accordée à celle-ci d'exercer son activité. Cette dernière question relève toutefois du droit des étrangers et ne concerne pas la reconnaissance de la société étrangère. Selon le droit civil, une société étrangère est reconnue lorsqu'elle existe d'après le droit qui lui est applicable (cf. J.-F. Perrin, *La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets*, Genève 1969).

Le rattachement prévu dans ce projet ne vise pas les dispositions légales et conventionnelles se rattachant surtout au droit public et qui, en vue d'un but précis, donnent une définition spéciale de la société ou en déterminent le caractère suisse ou étranger (nationalité). Que l'on songe, par exemple, à l'article 3, lettre c, de l'arrêté fédéral du 21 mars 1973 (RS 211.412.41) sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, d'après lequel une personne morale de droit suisse est réputée étrangère, lorsque des étrangers y participent financièrement dans une mesure prépondérante (ATF 104 Ib 12).

Inversément, l'article 6 de l'accord du 2 mai 1968 (RS 0.975.232.7) entre la Confédération suisse et la République de l'Equateur relatif à la protection et à l'encouragement des investissements désigne aussi comme suisses des associations de personnes dans lesquelles des ressortissants suisses ont, directement ou indirectement, un intérêt prépondérant.

Le rattachement de la société doit répondre aux questions suivantes: selon quels critères le statut de la société se détermine-t-il? Quel est le champ d'application du statut de la société? Quelles questions doivent faire l'objet d'un rattachement spécial? S'agissant du statut de la société, le projet attache une grande importance à la prévisibilité et à la sécurité du droit. C'est la raison pour laquelle il se fonde sur la théorie de l'incorporation. Quant au champ d'application de ce principe, le projet s'efforce de tenir compte aussi dans le domaine des règles de conflit de l'unité de la société. C'est pourquoi il garantit

au statut de la société une application aussi large que possible (cf. F. Vischer/A. von Planta, IPR, p. 65 ss). Le projet renonce volontairement à différencier entre le droit applicable dans les rapports internes de la société et celui qui est applicable dans les rapports de la société avec les tiers (cf. rapport final, p. 267). Des exceptions à l'application du droit gouvernant la société ne sont admises qu'en tant que les intérêts des personnes entrant en relation avec la société ou les objectifs socio-politiques d'un Etat les rendent impératives. Outre la conception d'un droit international privé de la personne juridique, le projet s'efforce de réexaminer et de condenser les dispositions éparpillées dans le CO ainsi que dans l'ordonnance sur le registre du commerce et se rapportant au transfert du siège de sociétés étrangères et à leurs succursales en Suisse (art. 155 à 157).

294.2 Principe déterminant le statut de la société

Pour déterminer ce statut, deux solutions entrent actuellement en ligne de compte: la théorie de l'incorporation et la théorie du siège. D'après la théorie de l'incorporation, la société est régie en principe par le droit en vertu duquel elle s'est constituée et, le cas échéant, s'est inscrite dans un registre. En revanche, la théorie du siège désigne comme applicable le droit de l'Etat où la société exerce ses activités essentielles; l'accent est mis ainsi sur le lieu où la société est principalement administrée.

Le Tribunal fédéral n'a, jusqu'à présent, encore jamais dû se prononcer nettement pour l'une ou l'autre de ces théories, parce qu'il n'a encore jamais non plus eu à juger de cas dans lesquels il y avait une vraie divergence entre «incorporation» et siège effectif. Dans certaines de ses décisions plus récentes, le Tribunal fédéral semble se fonder plutôt sur la théorie de l'incorporation (ATF 94 I 80, 95 II 448); néanmoins, il en existe toujours d'autres dans lesquelles le Tribunal fédéral ne s'est volontairement rallié ni à une théorie de rattachement ni à l'autre (ATF 99 II 160). Les arrêts du Tribunal fédéral (ATF 102 Ia 410 et 105 III 110) parlent expressément de «siège social», mais il faut manifestement entendre par là le siège statutaire. Sur le plan international aussi, et en particulier dans le domaine des traités internationaux, la théorie de l'incorporation gagne toujours plus de terrain (cf. rapport final, p. 268). Quant à la doctrine suisse dominante, elle lui accorde également la préférence (cf. W. Niederer, *Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht*, 1951, p. 107 ss; W. von Steiger, *Zürcher Kommentar*, art. 772 à 827, Introduction, n° 95 ss; F. Vischer/A. von Planta, IPR, p. 60).

La théorie de l'incorporation ou de la fondation de la société garantit le plus sûrement la sécurité du droit parce qu'elle assure l'existence de la personnalité juridique. Elle sert ainsi les intérêts des créanciers, car elle leur permet d'être certains que la société une fois créée, continue à exister juridiquement en dehors de l'Etat où elle est incorporée. Il s'agit de la solution la plus libérale parce qu'elle se contente du respect des prescriptions strictes du statut de la fondation. La théorie du siège, en revanche, multiplie les cas de sociétés nulles ou sans existence juridique parce que, d'après cette théorie, la société doit en principe satisfaire à toutes les prescriptions impératives de l'Etat du siège,

parmi lesquelles figurent aussi celles qui ont trait à sa fondation. Dans une certaine mesure, la théorie du siège ne constitue donc qu'une variante de la théorie de l'incorporation. La théorie du siège veut empêcher qu'une société ne fasse d'un Etat le centre de ses activités, sans avoir préalablement rempli les conditions requises pour sa fondation par le droit de cet Etat. En fin de compte, elle requiert une cumulation des points de rattachement, ce qui augmente le risque de sociétés nulles. Néanmoins, pour les créanciers il est plus favorable qu'il existe une personne morale valablement constituée et qui ait la légitimation passive. La théorie de l'incorporation répond d'ailleurs aussi mieux aux efforts faits sur le plan international, efforts qui ont notamment abouti aux directives de la CEE et qui visent à empêcher résolument les cas de nullité en matière de droit des sociétés (cf. 1^{re} Directive pour l'harmonisation du droit des sociétés, du 9 mars 1968, Feuille d'avis du Marché commun, n° L 65 du 14 mars 1968, p. 8).

Pour le présent projet, on a pris en considération aussi bien la théorie du siège que celle de l'incorporation. Etant donné que, tout compte fait, les avantages de la théorie de l'incorporation l'emportent, le projet prévoit en premier lieu l'application du droit de l'Etat selon lequel la société est organisée si elle répond aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit (art. 149, 1^{er} al.). Dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, il suffit qu'elle se soit organisée selon le droit de cet Etat. Si aucune de ces deux conditions n'est remplie, la société est régie par le droit de l'Etat dans lequel elle est dirigée en fait (art. 149, 2^e al.), à savoir, en règle générale, là où elle a le centre de son exploitation.

Ce n'est que si la société n'est pas organisée de manière reconnaissable pour les tiers que le droit de l'Etat où la société est dirigée en fait vient à s'appliquer. Il faut signaler encore que les corporations de droit public sont régies par le droit de l'Etat qui les a créées. Quant aux personnes juridiques internationales proprement dites (p. ex.: La Banque pour les règlements internationaux), leur statut repose sur un traité international.

294.3 Domaine d'application du statut de la société

Le projet veut donner au statut de la société un domaine d'application aussi large que possible et n'admet les exceptions que si les tiers y ont un intérêt prépondérant (*art. 150*). L'article 150 délimite le domaine d'application du statut de la société en tenant compte de ces impératifs. Le domaine d'application du statut de la société englobe la nature juridique de la société, sa constitution et sa dissolution, sa capacité juridique et d'exercice, son nom ou sa raison sociale. C'est cependant l'article 152 qui règle la question de la protection du nom et de la raison sociale des sociétés étrangères en Suisse. En revanche, le statut de la société régit nécessairement l'organisation de celle-ci, sous réserve des limitations pouvant découler des dispositions du droit d'entreprise d'Etats tiers, par exemple les prescriptions ayant trait au droit de participation des travailleurs. Le statut de la société régit en outre les rapports internes, notamment les rapports entre la société et ses membres (ATF 80 II 53). Il gouverne encore la responsabilité pour violation des prescriptions du

droit des sociétés, par quoi il faut entendre notamment la responsabilité à l'égard de tiers des personnes qui assument la responsabilité pour les actes de fondation, d'administration, d'exploitation ou de liquidation; il en va de même de la responsabilité pour les dettes de la société, et, en particulier, de la question de savoir si les sociétaires ont une responsabilité personnelle envers les créanciers ou si le patrimoine de la société garantit seul les dettes. Enfin, le statut de la société règle aussi le pouvoir de représentation des personnes qui, en vertu de l'organisation interne de la société, agissent pour le compte de celle-ci. Demeure toutefois réservé l'article 153 sur la restriction des pouvoirs de représentation.

294.4 Rattachements spéciaux

294.41 Souscription de titres de participation et d'emprunts

C'est en premier lieu le statut de la société qui régit la responsabilité pour l'émission de titres de participation et d'emprunts par voie de prospectus, circulaires et autres émissions analogues. Le droit de l'Etat d'émission peut aussi être invoqué, ceci dans l'intérêt des personnes qui, au cours de l'émission officielle, ont souscrit des titres de participation ou des emprunts (*art. 151*). Ce rattachement alternatif se justifie déjà en raison de la nature des règles de protection et de publicité de l'Etat d'émission, règles qui revêtent souvent un caractère d'ordre public.

294.42 Protection du nom et de la raison sociale

Alors que le statut de la société régit la formation du nom et de la raison sociale, leur protection nécessite un rattachement spécial. Quant aux succursales en Suisse de sociétés étrangères, elles font l'objet d'une disposition particulière (*art. 155*).

Selon la pratique constante du Tribunal fédéral, les violations commises en Suisse contre le nom ou la raison sociale d'une société étrangère établie en Suisse sont jugées d'après le droit suisse. Ce rattachement se justifie tant en raison de la compétence du statut délictuel que par le principe de la territorialité des droits relatifs à la propriété intellectuelle. En outre, en matière de protection de la raison sociale et du nom, il faut de plus tenir compte des conventions internationales et en particulier de la convention de Paris, du 12 mars 1883 (*RS 0.232.01*) pour la protection de la propriété industrielle. Cette dernière convention consacre, à ses articles 1^{er}, 1^{er} alinéa et 8, le principe de la protection internationale du nom commercial. Cela ne signifie cependant pas, selon la jurisprudence prédominante, qu'une société ressortissante d'un Etat de l'«Union» bénéficie en Suisse d'une protection de sa raison sociale identique à celle d'une raison sociale inscrite dans le registre du commerce (*ATF 79 II 305*). La protection spécifique suisse (*art. 956 CO*) n'est octroyée aux raisons sociales que si la société est elle-même inscrite dans le registre suisse du commerce. C'est la règle que consacre l'*article 152*, 1^{er} alinéa.

A défaut d'inscription au registre du commerce, la protection du nom de la raison sociale est régie par les dispositions sur la concurrence déloyale

(art. 132) et sur les atteintes à la personnalité (art. 135). Dans la plupart des cas, ces dispositions conduiront à l'application du droit suisse, c'est-à-dire de la loi fédérale du 30 septembre 1943 (RS 241) sur la concurrence déloyale et des règles générales sur le droit du nom (art. 29 CC). Dans le domaine de la protection des raisons sociales, il n'y a concurrence déloyale que s'il existe un danger de confusion. Cela suppose que la firme étrangère soit connue en Suisse, soit en raison de ses activités, soit de sa notoriété (ATF 80 II 171, 83 II 312, 90 II 315). Selon les règles générales sur le nom figurant au CC, la protection n'est assurée qu'en cas d'usurpation du nom et cela présuppose que la société ait déployé en Suisse une activité intense pour avoir le droit d'user du nom. Aussi l'article 152, 2^e alinéa, stipule-t-il qu'à défaut d'inscription au registre suisse du commerce, la protection du nom et de la raison sociale est régie par le droit applicable à la concurrence déloyale ou aux atteintes à la personnalité.

294.43 Pouvoir de représentation

Le pouvoir de représentation d'un organe ou d'un représentant est déterminé par le statut de la société (art. 153; ATF 95 II 442). Par analogie avec les règles applicables en matière d'exercice de la capacité civile des personnes physiques, ce principe demande néanmoins à être limité dans l'intérêt des rapports juridiques: pour les actes juridiques passés avec un tiers, une société ne peut pas se réclamer de sa propre loi pour restreindre le pouvoir de représentation si de telles sociétés ne sont pas soumises à semblables restrictions selon le droit de la résidence habituelle ou de l'établissement du tiers. Grâce à cette réglementation, le tiers n'a pas à se préoccuper de savoir si la conclusion formelle du contrat a eu lieu à l'étranger ou non. Ce qui est déterminant, c'est le fait que la société avec laquelle traite le tiers ne puisse se prévaloir des restrictions au pouvoir de représentation résultant de son propre droit lorsque de telles restrictions sont inconnues des sociétés du même type établies dans l'Etat de la résidence habituelle ou de l'établissement dudit tiers. Que l'on songe, par exemple, à la théorie anglo-saxonne dite de *l'ultra vires* (cf. rapport final, p. 274).

L'article 153, comme l'article 33 pour la capacité civile des personnes physiques, vise tant les situations purement internes qu'internationales; en effet, la protection qu'elle accorde ne s'impose pas seulement dans les rapports juridiques purement internes. C'est avant tout la doctrine qui préconise l'adoption de ce rattachement spécial (cf. G. Meier, Grundstatut und Sonderanknüpfung im IPR des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts, Bâle 1977, p. 27 ss; F. Vischer/A. von Planta, IPR, p. 65). Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a, pour cette question, prévu aucune restriction à l'application du statut de la société.

294.44 Responsabilité pour les dettes d'une société étrangère

Le principe d'incorporation peut conduire à des situations extrêmes. La règle de rattachement contenue à l'article 149 n'exige pas une relation particulière

entre l'Etat d'incorporation et la société autre que l'accomplissement des formalités de publicité et d'enregistrement; on a donc assumé le risque que le statut de la société et le centre de ses activités puissent ne pas être au même endroit, ce qui, dans les relations commerciales, accrédite l'idée que la société est soumise au droit suisse. Cela peut avoir des effets fâcheux pour les tiers, en particulier lorsque les personnes qui déterminent vraiment l'activité de la société agissent en son nom en Suisse, alors que selon le droit étranger applicable à ladite société l'assise de sa responsabilité est en réalité minime ou même inexistante. Différentes expériences faites ces dernières années ont poussé le Conseil fédéral à prévoir une règle de conflit spéciale en matière de responsabilité (art. 154). Ne plus reconnaître de capacité juridique à une telle société étrangère nuirait avant tout aux intérêts du créancier suisse. Le résultat de la fausse impression produite doit plutôt être de soumettre la responsabilité au droit suisse.

Cette règle, qui peut paraître à première vue inhabituelle, doit servir avant tout à empêcher qu'en se réclamant du principe d'incorporation, une société étrangère ne soit créée *pro forma*, restreignant ou même privant ainsi les créanciers d'une assise de responsabilité. Il semble équitable que celui qui dirige, par exemple, une société liechtensteinoise, puisse être recherché pour les dettes qu'elle a créées, lorsque le seul lien de la société avec le droit liechtensteinois consiste dans l'accomplissement des formalités d'enregistrement ou de publicité liechtensteinoises, tandis que ses activités sont déployées en Suisse ou dirigées à partir de la Suisse, ce qui éveille l'impression que la société est suisse.

295 Succursale

Le droit suisse comprend toutes une série de dispositions sur l'inscription de la succursale d'une société étrangère (art. 935, 2^e al., et 952, 2^e al., CO; art. 75, 1^{er} et 3^e al., ORC). La codification du droit international des sociétés permet une mise à jour systématique de ces dispositions et une clarification de certaines solutions, en particulier de celles qui concernent la raison sociale ou le pouvoir de représentation.

L'article 155 veut unifier les règles concernant les succursales en Suisse de sociétés étrangères. Le 1^{er} alinéa prévoit d'abord qu'une société qui a son siège à l'étranger peut avoir une succursale en Suisse. En soumettant les succursales au droit suisse, on oblige implicitement les sociétés étrangères à les faire inscrire sur le registre du commerce suisse.

Le 2^e alinéa règle le pouvoir de représentation de ces succursales. Dans l'intérêt du commerce local, le droit suisse s'applique alors à titre exclusif, remplaçant ainsi la réglementation découlant du statut de la société. En outre, l'une au moins des personnes autorisées à représenter ces succursales doit être domiciliée en Suisse et inscrite au registre du commerce. D'après l'article 935, 2^e alinéa, CO, il est pour le moins douteux que le fondé de pouvoir domicilié en Suisse doive et puisse même être inscrit en tant que tel au registre du commerce. Le public suisse devrait pourtant savoir qui est responsable de la

succursale d'une société étrangère. Si un seul représentant est inscrit, il lui faut une procuration individuelle.

Le 3^e alinéa donne au Conseil fédéral la possibilité d'édicter des prescriptions particulières relatives à l'inscription dans l'ordonnance sur le registre du commerce.

296 Transfert de siège

Les *articles 156 et 157* règlent les questions relatives à la modification du statut de la société ensuite d'un transfert de son siège; l'article 156 concerne le transfert du siège de la société de l'étranger en Suisse et l'article 157 le transfert du siège de Suisse à l'étranger.

Selon la théorie de l'incorporation, une modification du statut de la société rend nécessaire sa réincorporation. Dans le domaine international, la question de savoir si une société peut changer de statut sans procéder à une liquidation et à une nouvelle fondation est controversée. Un changement du statut de la société sans liquidation de celle-ci ne devrait toutefois être possible que si tant l'ancien que le nouveau statut le permettent (ATF 91 II 126; cf. P. Lalive, ASDI, 1966, p. 196 ss). Le droit actuellement en vigueur ne règle que le transfert des sociétés suisses à l'étranger (art. 50 et 51 ORC) et étrangères en Suisse (art. 14, Tit. fin., CO). Le projet aussi ne règle que le transfert de l'étranger en Suisse et de la Suisse à l'étranger; le transfert d'un Etat étranger à un autre Etat étranger ne peut être réglé que par une convention internationale. L'article 156 pose comme conditions, pour le transfert du siège de l'étranger en Suisse, que l'ancien statut de la société permette le transfert en Suisse et que l'adaptation à l'une des formes d'organisation du droit suisse soit possible. Dès que le changement de statut est effectif, la société étrangère est soumise au droit suisse et doit se mouler dans une des formes de société limitativement énumérées par ce droit.

En vertu du 2^e alinéa, le Conseil fédéral peut prévoir une exception à l'obligation de remplir toutes les conditions prescrites par le droit étranger lorsque des intérêts suisses importants sont en jeu. Que l'on pense au cas d'un transfert en Suisse opéré aux fins d'échapper à une nationalisation à l'étranger. La société est soumise au droit suisse dès le moment où les conditions énumérées à l'article 156 sont remplies.

Les sociétés tenues de s'inscrire sur le registre suisse du commerce ne sont régies par le droit suisse qu'après avoir fourni la preuve que leur centre d'affaires a été transféré en Suisse et qu'elles se sont adaptées au droit suisse. On veut ainsi empêcher que la Suisse ne soit choisie en tant seulement qu'Etat de l'incorporation sans pour autant qu'il y ait d'autres liens suffisants avec notre pays. L'article 156 déroge à l'article 14 du Titre final du CO dans la mesure où il ne prévoit plus une inscription provisoire rendant nécessaire après coup la dissolution de la société lorsqu'elle ne s'adapte pas, dans les délais impartis, au droit suisse. L'inscription ne peut avoir lieu qu'une fois l'adaptation effectuée.

S'il s'agit de sociétés qui, en Suisse, ne sont pas tenues de s'inscrire au registre

du commerce, il faut que leur volonté d'être soumises au droit suisse apparaisse clairement, qu'il y ait un lien suffisant avec la Suisse et que l'adaptation au droit suisse se soit faite (4^e al.).

L'article 156, 5^e alinéa, pose des exigences supplémentaires pour les sociétés de capitaux: avant de pouvoir s'inscrire, une telle société est tenue de prouver, en produisant un rapport de révision délivré par un office reconnu à cet effet par le Conseil fédéral, que son capital est couvert conformément au droit suisse. La couverture peut consister, par exemple, en réserves visibles ou être garantie par paiement auprès d'une banque de dépôts cantonale. Cette disposition tient compte du fait qu'il existe aussi à l'étranger des sociétés de capitaux sans capital fixe.

L'article 157 pose les conditions suivantes au transfert du siège social de la Suisse à l'étranger: la société doit prouver que les conditions posées par le droit suisse – en particulier, celles qui ont trait à la protection des droits acquis de la société – sont remplies, que la société continue à exister d'après le droit étranger et qu'elle a lancé un appel aux créanciers pour les informer de la modification de son statut social, appel lancé dans les formes prescrites par le CO. Ces trois conditions valent pour tous les types de sociétés, donc aussi pour celles qui ne sont pas inscrites sur le registre du commerce.

Un problème particulier est celui du contrôle effectif de l'état du règlement des dettes avant le départ de la société à l'étranger. S'agissant de sociétés non inscrites sur le registre du commerce, un contrôle efficace est à peine possible et n'est par conséquent pas requis. En revanche, l'article 157, 2^e alinéa, dispose que tant que la société n'a pas encore réglé ou garanti toutes ses dettes, elle peut être poursuivie à son siège en Suisse. Il en va autrement des sociétés inscrites sur le registre du commerce, pour lesquelles un contrôle des dettes est possible. Reprenant la solution actuelle (art. 51, 2^e al., ORC), la radiation de la société n'est permise que si les requérants déclarent que les dettes ont été réglées ou garanties, ou que les créanciers ont consenti à la radiation (3^e al.).

Le 4^e alinéa réserve les dispositions relatives aux mesures conservatoires en cas de conflits internationaux au sens de l'article 16 de la loi fédérale du 30 septembre 1955 (RS 531.01) sur la préparation de la défense nationale économique. Cette référence tient compte là d'un désir exprimé lors de la procédure de consultation.

297 Décisions étrangères

En vertu de l'article 158, les décisions étrangères relatives à une prétention du droit des sociétés sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du siège de la société. Lorsque la décision a été rendue dans un Etat tiers, elle doit avoir été reconnue dans l'Etat du siège de la société (1^{er} al., let. a).

Lorsque la décision étrangère porte sur des dommages et intérêts provenant de la publication de titres de participation ou d'emprunts, elle sera reconnue en Suisse si elle a été rendue dans l'Etat dans lequel se trouve le lieu d'émission (1^{er} al., let. b).

Si l'action porte sur une prétention dirigée contre un sociétaire ou une personne responsable en vertu du droit des sociétés, la décision sera reconnue si elle a été rendue par un tribunal de l'Etat dans lequel le défendeur avait son domicile au moment où l'action a été introduite (1^{er} al., let. c).

Les décisions étrangères ne peuvent, en tout état de cause, pas être reconnues lorsque le responsable était domicilié en Suisse.

210 Faillite et concordat

210.1 Aperçu

Le principe de la territorialité régit toujours, en Suisse comme dans de nombreux autres Etats, le droit international de la faillite (cf. L. Dallèves, *Faillites internationales et droit suisse*; le dogme de la territorialité remis en question, *Sem. jud.* 1978, p. 337; H. Hanisch, *Aktuelle Probleme des internationalen Insolvenzrechts*, ASDI, 1980, p. 109 ss; A. Hirsch, *Aspects internationaux du droit suisse de la faillite*, Mémoires n° 27, Genève 1969, p. 70 ss; K. H. Nadelmann, *Codification of conflicts rules for bankruptcy*, ASDI 1974, p. 57 ss; W. Nussbaum, *Das internationale Konkursrecht der Schweiz, de lege lata et ferenda*, Zurich 1980, p. 24 ss).

C'est-à-dire qu'un prononcé de faillite à l'étranger ne sort en principe aucun effet en Suisse. Seules des conventions internationales peuvent déroger à la règle; or, en la matière, la Suisse n'a conclu que quelques traités qui, de plus, sont aujourd'hui dépassés. Il y a lieu de mentionner la convention du 15 juin 1869 entre la Suisse et la France sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile¹⁾ (art. 6 à 9), la convention des 12 décembre 1825/13 mai 1826 entre divers cantons de la Confédération suisse et le Royaume de Wurtemberg concernant la faillite et l'égalité de traitement des ressortissants des Etats contractants en matière de faillite²⁾, ainsi que la convention des 11 mai/27 juin 1834 entre divers cantons de la Confédération et le Royaume de Bavière sur l'égalité de traitement des ressortissants des deux Etats contractants en matière de faillite³⁾ (cf. Avis de droit du 14 juin 1972 de la Division fédérale de justice, *Bulletin des préposés aux poursuites et faillites*, 1974, p. 4 ss; ATF 104 III 68; L. David, *RSJ*, 1973, p. 84). Certains des traités multilatéraux conclus par la Suisse contiennent des dispositions particulières sur le séquestre, ainsi l'article 56 § 2, 3 de la convention internationale du 7 février 1970 concernant le transport des marchandises par chemin de fer, CIM⁴⁾, l'article 52 § 2, 3 de la convention internationale du 7 février 1970 concernant le transport des voyageurs et des bagages par chemin de fer, CIV⁵⁾, ainsi que la convention du 29 mai 1933 pour l'unification de certaines règles relatives à la saisie conservatoire des aéronefs⁶⁾:

Selon l'article 50, 1^{er} alinéa, LP⁷⁾, le débiteur domicilié à l'étranger qui possède un établissement en Suisse peut y être poursuivi pour les dettes de celui-ci. La

¹⁾ RS 0.276.193.491

²⁾ OS, vol. II, 1838, p. 136

³⁾ OS, vol. II, 1838, p. 328

⁴⁾ RS 0.742.403.3

⁵⁾ RS 0.742.403.1

⁶⁾ RS 0.748.671

⁷⁾ RS 281.1

faillite peut également être ouverte à ce lieu lorsque l'établissement a pris des engagements pour son propre compte (ATF 40 III 123, 57 III 113; cf. Bulletin des préposés aux poursuites et faillites, 1977, p. 123). Lorsque le débiteur domicilié à l'étranger ne possède pas d'établissement en Suisse, mais y a des biens, ces biens sont en principe soustraits à la masse en faillite (ATF 37 II 587, 40 III 365; cf. A. Hirsch, Mémoires n° 27, p. 75 ss). Cette situation est d'autant moins satisfaisante que les créanciers, sachant qu'il existe des actifs en Suisse, demandent souvent la mise sous séquestre de ces biens et acquièrent ainsi un avantage sur les autres créanciers, ce qui suscite régulièrement des difficultés d'administration de la faillite étrangère et porte de surcroît une atteinte très sensible au principe de l'égalité de traitement des créanciers (ATF 102 III 71; cf. W. Nussbaum, op. cit., p. 104 ss).

De plus en plus, jurisprudence et doctrine remettent en cause le principe de la territorialité de la faillite (ATF 95 III 83, 100 Ia 18 et 102 III 71; cf. L. Dallèves, Bulletin des préposés aux poursuites et faillites, 1973, p. 161; H. Hanisch, ASDI, 1980, p. 109 ss; A. Hirsch, op. cit., p. 70 ss; K.H. Nadelmann, ASDI, 1974, p. 57 ss). La nécessité d'abandonner ce principe est unanimement admise. Néanmoins, de fortes divergences d'opinion existent sur le point de savoir si et jusqu'à quel point une réglementation est requise en la matière. Vu cet état de droit et de fait, il semble indiqué de faire un pas en direction de l'élimination du principe de la territorialité. Ce pas s'impose d'autant plus qu'en ce domaine le principe de la stricte territorialité est toujours moins compatible avec l'internationalisation croissante de nos relations commerciales.

210.2 Principes fondamentaux du projet

La réglementation proposée aux articles 159 à 168 repose pour l'essentiel sur les principes de la reconnaissance de la décision de faillite étrangère, sur la réalisation des biens sis en Suisse et leur attribution à l'administration de la faillite étrangère. Naturellement, cette attribution ne peut se faire que sous certaines réserves. D'une part, il s'agit de garantir le désintéressement des créanciers gagistes et de certains groupes de créanciers privilégiés et d'autre part de s'assurer que le plan de collocation dressé à l'étranger correspond à peu près aux conceptions suisses sur le traitement des créanciers dans une faillite. Dans les rapports internationaux, le concordat revêt une importance particulière, car on y a assez souvent affaire à des sociétés d'une certaine importance et par conséquent aussi à une forte dispersion de masses de biens dans des pays différents.

Le projet s'en tient au principe de la territorialité, mais propose de l'assouplir sur des points importants. Ainsi, la faillite même et le déroulement de la procédure de liquidation de la faillite continuent en principe à être soumis au droit suisse, mais la reconnaissance de la décision de faillite étrangère permet de créer les bases d'une coopération interétatique. Cette solution répond aux impulsions et propositions de la jurisprudence et de la doctrine suisses plus récentes. Néanmoins, il ne semble, à l'heure actuelle, pas encore opportun d'adopter entièrement le principe de l'universalité de la faillite. Cela suppose-

rait une certaine équivalence entre les privilèges nationaux en matière de faillite et les sûretés admises par les différents droits nationaux. Or il s'en faut encore de beaucoup qu'aucune de ces deux conditions ne soit actuellement remplie (cf. H. Hanisch, *Auslandsvermögen des Schuldners im Inlandsinsolvenzverfahren und vice versa, Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977*, Cologne 1977, p. 149 ss et *Parallelinsolvenzen und Kooperation im internationalen Insolvenzfall*, Festschrift für F.W. Bosch, 1976, p. 381 ss).

La réglementation proposée n'a pas pour ambition d'introduire en Suisse des changements révolutionnaires, mais surtout de garder le contact avec l'évolution internationale en matière de faillite. Beaucoup de nos partenaires commerciaux se sont déjà distancés du strict principe de la territorialité. Outre l'Autriche (§ 67 KO) et le Liechtenstein (art. 5 KO), il y a en particulier lieu de mentionner la Belgique, le Luxembourg et les Etats anglo-saxons (cf. K.H. Nadelmann, *ASDI*, 1974, p. 57 ss). En s'en tenant au strict principe de la territorialité, la Suisse doit se garder de se trouver subitement confrontée à des mesures de rétorsion étrangères. Enfin, la réglementation du projet devrait aussi contribuer à atténuer certaines attaques financières et de politique économique auxquelles la Suisse est exposée aujourd'hui. En outre, elle aurait cet avantage de faire perdre au for du séquestre – qui ne laisse pas d'être controversé – une partie de son aspect antipathique (cf. B. Kleiner, *Schweizerisches Arrestrecht und internationaler Handel*, *RSJ*, 1979, p. 217 ss).

210.3 Reconnaissance de décisions étrangères de faillite

Selon l'article 159, 1^{er} alinéa, une décision de faillite étrangère est reconnue et déclarée exécutoire en Suisse aux mêmes conditions qu'un jugement étranger. Ainsi, la décision de faillite étrangère doit avoir été prononcée par l'autorité compétente du domicile du failli, être passée en force de chose jugée ou être définitive et aucun motif de refus ne doit pouvoir lui être opposé; en outre, la réciprocité doit être garantie (art. 159, 1^{er} al., let. a à c). La question de savoir si un débiteur peut être poursuivi par voie de faillite se détermine d'après le droit de l'Etat dans lequel la faillite a été ouverte.

Contrairement aux dispositions sur la reconnaissance contenues dans les autres chapitres du projet, l'article 159 ne mentionne pas seulement les chefs de compétence reconnus, mais énumère toutes les conditions de la reconnaissance. On a pris en considération ceux qui, dans la procédure de consultation, désiraient une réglementation exhaustive tenant compte de la nouveauté et de la spécificité de la matière, et non pas une simple référence aux articles 23 ss. L'article 159 a donc la prééminence sur les règles générales en matière de reconnaissance prévues aux articles 23 ss; on peut tout au plus accorder à celles-ci une importance subsidiaire dans le droit de la faillite internationale. Les autorités du domicile ou du siège du débiteur failli sont compétentes pour ouvrir la faillite. On peut se demander s'il faut aussi reconnaître une faillite ouverte dans un Etat tiers contre un établissement se trouvant sur son territoire. S'inspirant de l'article 150, 1^{er} alinéa, LP, l'avant-projet tendait à répondre à cette question par l'affirmative. Le projet a abandonné cette solution.

Le cas de faillite d'établissement visé à l'article 50 LP prévoit, dans une hypothèse tout à fait particulière, une solution spéciale en faveur du créancier suisse. Mais on ne peut pas internationaliser cette institution juridique. D'une part, la reconnaissance de la faillite d'un établissement situé à l'étranger ne saurait entrer en ligne de compte lorsque le débiteur failli a son domicile ou son siège en Suisse. Mais même dans les cas où le débiteur failli est domicilié dans un Etat étranger A, mais qu'une faillite est ouverte dans un Etat étranger B contre un établissement dont il y est propriétaire, la Suisse devra s'en tenir à la conception prévalant dans l'Etat du domicile ou du siège. Toute autre solution conduirait à des rapports juridiques inacceptables et boiteux. Ainsi, on devrait par exemple considérer, à certains points de vue, une société étrangère comme étant dissoute et à d'autres égards comme existant toujours.

La décision de faillite étrangère doit non seulement avoir été prononcée par une autorité compétente, mais encore être exécutoire dans l'Etat même où la décision a été rendue (let. a). La reconnaissance provisoire de décisions de faillite encore non exécutoires n'entre pas en ligne de compte. On pourrait tout au plus ordonner des mesures conservatoires, conformément à l'article 161. La reconnaissance est exclue s'il y a un motif de refus au sens de l'article 25 (let. b). La décision de faillite étrangère ne doit donc pas violer l'ordre public suisse, et il ne doit pas exister de motif de refus fondé sur le droit de procédure (citation, droit d'être entendu, décision suisse contradictoire).

Enfin, l'article 159 exige que l'Etat où la décision de faillite a été rendue accorde la réciprocité (let. c). Lors de la procédure de consultation, la réciprocité avait été désignée, à différentes reprises, comme étant une condition indispensable de la reconnaissance. Dans le domaine du droit international de la faillite, des prestations préalables unilatérales ne peuvent conduire, en fin de compte, qu'à des inégalités encore plus grandes. Une certaine coopération internationale est absolument nécessaire. L'exigence de la réciprocité peut contribuer à renforcer le désir mutuel de coopération. C'est pourquoi le Conseil fédéral a décidé d'adopter la réserve en question. Le juge suisse saisi d'une demande de reconnaissance doit examiner d'office si la réciprocité est garantie. Il peut, en outre, requérir la collaboration de la partie demanderesse (art. 15). La preuve que l'Etat où la décision de faillite a été rendue accorde la réciprocité peut être fournie tant par une loi que sur la base d'une certaine pratique judiciaire.

Est habilité à présenter une requête en reconnaissance de la faillite étrangère tant l'administrateur de la faillite dans l'Etat d'ouverture de celle-ci, qu'un créancier légitimé à agir en vertu du droit de cet Etat. L'admission des créanciers au nombre des requérants se justifie par le fait que souvent l'administration de la faillite ne dispose pas d'informations sûres quant aux biens du débiteur failli sis à l'étranger ou parce qu'elle ne peut ou ne veut s'en occuper.

La solution prévue à l'article 159, 1^{er} alinéa, est restreinte par la réserve en faveur de l'article 50, 1^{er} alinéa, LP. En vertu de l'article 50, 1^{er} alinéa, LP, le débiteur domicilié à l'étranger qui possède un établissement en Suisse peut y être poursuivi pour les dettes de celui-ci. Dans cette procédure, seules les dettes contractées par la succursale peuvent être invoquées (ATF 40 III 123, 57 III 113). La poursuite spéciale envisagée par l'article 50, 1^{er} alinéa, LP, se fonde,

en règle générale, sur le principe de la territorialité. Pour les raisons mentionnées, une internationalisation du principe ne semble pas possible. La réserve de l'article 50, 1^{er} alinéa, LP, doit aussi être limitée dans le temps, car une telle procédure n'a de sens que jusqu'au moment où l'état de collocation est définitif. A partir de cet instant, tous les biens du débiteur failli, et, si aucune poursuite spéciale n'est requise, aussi ceux qui appartiennent à la succursale doivent être mis à la disposition de l'administration de la faillite étrangère ou du créancier de celle-ci.

210.4 Procédure

La requête en reconnaissance de la décision de faillite étrangère doit être portée devant le tribunal suisse du lieu de situation des biens (*art. 160*). C'est le droit cantonal qui détermine la personne compétente en raison de la matière. Selon l'opinion dominante, les créances du débiteur failli sont réputées sises au domicile ou au siège du débiteur failli. Si le débiteur failli possède des biens dans plusieurs lieux de compétence, le tribunal saisi le premier est compétent. Ce tribunal peut répondre, pour tout le territoire suisse, à la question de la reconnaissance. Il doit rassembler tous les biens sis en Suisse et pouvoir compter, dans l'accomplissement de cette tâche, sur l'entraide judiciaire des autorités d'autres cantons suisses. Il est difficile de déterminer l'autorité compétente lorsque le requérant, tout en sachant que le débiteur failli possède des biens en Suisse, ignore leur lieu de situation. Dans de tels cas, il est concevable que le tribunal premier saisi se dessaisisse de la procédure en faveur des autorités du lieu dans le domaine de compétence desquelles se trouvent réellement des biens.

L'article 161 détermine les conditions dans lesquelles des mesures conservatoires peuvent être prises. Il s'agit, pour l'essentiel, des mesures prévues aux articles 162 à 165 LP. De telles mesures peuvent être ordonnées, à la demande de la partie instante, dès le dépôt de la requête en reconnaissance de la décision de faillite étrangère. Les parties habilitées à présenter une telle demande sont les mêmes que celles qui peuvent demander la reconnaissance de la décision de faillite étrangère. S'il ne peut être fait droit à la demande, ces mesures doivent être levées, c'est-à-dire que l'état existant avant l'adoption des mesures ordonnées doit être rétabli.

L'article 162 dispose que la reconnaissance de la décision étrangère doit être publiée. Le juge des faillites appelé à se prononcer sur la reconnaissance doit veiller à ce que la publication ait lieu. Il doit communiquer la décision à l'office des poursuites et faillites, au conservateur du registre foncier et au reposé au registre du commerce du lieu de situation des biens ainsi que, le cas échéant, à l'office fédéral de la propriété intellectuelle. Une telle déclaration doit aussi être faite lors de la révocation, de la clôture ou de la suspension de la procédure.

210.5 Effets juridiques

En ce qui concerne les biens du failli sis en Suisse, la reconnaissance de la décision de faillite étrangère a les effets de la faillite tels que les prévoit le droit suisse (*art. 163, 1^{er} al.*). Une fois que la décision a été rendue, l'office des faillites dresse un inventaire des actifs suisses, procède à un appel aux créanciers et dresse l'état de collocation (*art. 221 à 234, 247 LP*). Dans le droit international de la procédure, les délais posent des problèmes particuliers. Peut notamment présenter un certain intérêt, la question de savoir à partir de quel moment un délai commence à courir, lorsque l'événement l'ayant déclenché s'est produit à l'étranger à un moment où la décision de faillite étrangère n'avait pas encore été reconnue en Suisse. Mû par le souci de trouver une solution praticable tant pour le créancier que pour le débiteur failli, le projet prévoit que les délais du droit suisse commencent à courir dès la publication de la décision de reconnaissance. Cela vaut aussi en ce qui concerne le délai pour intenter l'action révocatoire dite paulienne.

La procédure des articles 159 ss constitue, au fond, une sorte de procédure d'entraide judiciaire à l'égard d'une procédure principale étrangère. C'est pourquoi elle doit être aussi simple et rationnelle que possible. On a renoncé à prévoir une assemblée des créanciers et une commission de surveillance des créanciers (*art. 160, 3^e al.*). Les droits et obligations qu'ont, en droit suisse, l'assemblée des créanciers ou la commission de surveillance des créanciers sont assumés par les institutions équivalentes dans la procédure étrangère principale.

L'article 164 indique qu'une éventuelle action révocatoire paulienne est régie, dans la mini-faillite suisse, par les articles 285 à 292 LP. A vrai dire, cette conséquence résulte déjà de l'article 163, 1^{er} alinéa. L'article 164 élargit toutefois le cercle de ceux qui sont légitimés à agir. Peuvent intenter l'action révocatoire non seulement les créanciers participant à la procédure suisse, mais aussi l'administration de la faillite étrangère et les créanciers légitimés à agir d'après le droit de l'Etat d'ouverture de la faillite.

L'article 165 définit les conditions et la mesure dans laquelle un créancier peut prendre part à la mini-faillite suisse. D'après le 1^{er} alinéa, seuls les créanciers gagistes désignés par l'article 219 LP, et les créances privilégiées selon l'article 219, 4^e alinéa, LP, sont inclus dans la procédure suisse. Peuvent participer les créanciers qui ont leur domicile ou leur siège en Suisse. Cette limitation du nombre des participants atténue le principe d'après lequel le créancier doit pouvoir participer à une procédure de faillite indépendamment de sa nationalité ou de son domicile. Cette restriction peut sembler dure aux créanciers non-gagistes et non privilégiés; ce n'est toutefois que grâce à cette condition que l'on peut parvenir à internationaliser tant soit peu la faillite. En effet, si l'on admettait toutes les classes de créanciers, on aboutirait à une série de faillites parallèles, ce qui n'aurait guère pour effet de renforcer la coopération internationale. Etant donné que seuls les créanciers domiciliés en Suisse ou y ayant leur siège sont inscrits à l'état de collocation, il est aussi normal que ces créanciers seuls puissent intenter l'action en contestation de l'état de collocation (2^e al.).

Un problème important est celui de savoir dans quelle mesure il y a lieu

d'imputer le montant qu'un créancier a obtenu dans une faillite étrangère. Sur ce point, la pratique et la théorie ont proposé différentes solutions. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le créancier prenant part à la procédure suisse doit au moins accepter qu'on impute sur sa créance le montant qu'il a obtenu dans la procédure d'exécution forcée étrangère (ATF 30 I 438, 42 III 472). Le projet fait un pas de plus et prévoit à son article 165, 3^e alinéa, que le montant obtenu à l'étranger doit être imputé sur le dividende. En adoptant cette solution, le projet se trouve en harmonie avec la doctrine dominante (cf. H. Hanisch, ASDI, 1980, p. 124).

L'article 166 règle la distribution du solde obtenu dans une mini-faillite suisse. La distribution suppose en premier lieu que les créanciers gagistes et les créanciers privilégiés aient été entièrement désintéressés. Une fois que cette condition est remplie, le solde est délivré à l'administration de la faillite étrangère ou à ses créanciers légitimés d'après le droit de l'Etat d'ouverture de la faillite.

L'article 166 prévoit toutefois que ce solde ne peut être remis qu'après reconnaissance de l'état de collocation étranger. Le tribunal compétent pour la reconnaissance de la décision de faillite étrangère l'est aussi pour la reconnaissance de l'état de collocation étranger. Il examine notamment si les créanciers domiciliés en Suisse et qui ont pris part à la faillite principale ou avaient du moins l'intention de le faire ont été équitablement traités selon les conceptions du droit suisse, c'est-à-dire si la prise en considération ou le refus d'admission de leurs créances correspond à peu près au traitement accordé à cet effet par le droit suisse. Les créanciers concernés ayant pris part à la procédure de faillite étrangère doivent être entendus dans le cadre de la procédure de reconnaissance suisse de l'état de collocation étranger.

Lorsque l'état de collocation étranger ne peut pas être reconnu, le solde issu de la mini-faillite suisse doit être réparti entre les créanciers non privilégiés, conformément à l'article 219, 4^e alinéa, LP (art. 167). Ainsi, l'état de collocation peut, par exemple, être écarté pour des motifs tenant à l'ordre public suisse. Une décision sur la non-reconnaissance n'entre pas en force de chose jugée et on ne lui accorde pas l'effet de *res iudicata*. Lorsque l'état de collocation étranger est «amélioré» au sens du droit suisse ensuite d'un recours ou d'une action ou, indépendamment d'une de ces deux voies, par l'autorité elle-même, le juge suisse de la reconnaissance peut revenir sur sa décision de refus et approuver le nouvel état de collocation présenté après les améliorations faites.

210.6 Concordats étrangers

L'article 168 assimile en principe la reconnaissance en Suisse d'un concordat homologué par une juridiction étrangère à la reconnaissance d'une décision de faillite étrangère. Cet article vise toutes les formes de concordat, quelle que soit leur désignation. Il faut surtout que le concordat poursuive un but admis par le droit suisse et qu'il ait été homologué par une autorité compétente. Les articles 159 à 163 s'appliquent par analogie au concordat.

En matière de concordat, la reconnaissance interétatique revêt précisément une

importance primordiale. Si un concordat étranger n'était pas reconnu en Suisse, un créancier pourrait y faire valoir une prétention en recouvrement de la partie non couverte de sa créance, et cela bien qu'il ait auparavant, à l'étranger, approuvé le concordat. A la limite, il pourrait même arriver qu'un créancier se fasse désintéresser tant dans la procédure concordataire étrangère que suisse (cf. W. Nussbaum, op. cit. p. 97). Selon les circonstances, le juge suisse d'exequatur devra non seulement reconnaître le concordat, mais aussi donner effet en Suisse aux mesures étrangères prises en vertu de celui-ci. Il peut le faire soit en accordant à l'administrateur étranger les pouvoirs requis ou en nommant en outre un co-administrateur suisse. Cette question devra être résolue d'après la nature du cas particulier. L'adoption d'une disposition légale sur ce point n'est pas nécessaire et il serait du reste difficile de l'imposer en pratique. Un créancier qui n'a pas eu l'occasion de faire valoir ses prétentions dans la procédure de concordat étrangère, est protégé par les dispositions générales sur la reconnaissance contenues dans ce chapitre, et en particulier par le choix qui lui est accordé d'être entendu (art. 168, 3^e al.).

2101 Arbitrage international

2101.1 Remarque préliminaire

2101.11 La signification de l'arbitrage

L'arbitrage international dit «privé» ou «commercial» n'a cessé de prendre de l'importance à notre époque. Un des phénomènes caractéristiques de notre époque est précisément le développement de ce mode de solution des litiges dans les relations du commerce international.

L'engouement pour l'arbitrage international ne se manifeste pas seulement dans le monde occidental, mais dans toutes les parties du monde, et dans les régimes économiques les plus divers. Ce développement s'est traduit notamment par la multiplication des clauses arbitrales dans les contrats internationaux par l'élaboration de conventions internationales récentes facilitant la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. On citera les instruments internationaux bien connus comme le protocole de Genève du 24 septembre 1923 (RS 0.277.11) relatif aux clauses d'arbitrage et la convention de Genève du 26 septembre 1927 (RS 0.277.111) pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, et enfin la convention de New York du 10 juin 1958 (RS 0.277.12) pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la convention européenne sur l'arbitrage commercial international, faite à Genève le 21 avril 1961, l'arrangement de Paris du 17 décembre 1962 relatif à l'application de la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats ainsi que le protocole du Conseil de l'Europe du 10 août 1969 sur la reconnaissance des sentences arbitrales.

Par ailleurs, de nombreux organismes privés ou para-étatiques ont mis sur pied des règlements uniformes d'arbitrage. On citera ceux émanant de l'«International Law Association», de la Chambre de commerce internationale, de l'«American Arbitration Association», du COMECON, de la Commission de

l'ONU pour le commerce européen, du Conseil de l'Europe et de la CNUDCI (cf. J. Gentinetta, *Die lex fori internationaler Handelsschiedsgerichte*, Berne 1973, p. 35 ss; Th. Rüede/R. Hadenfeldt, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, Zurich 1980, p. 497 ss).

Notre pays est intéressé au premier chef à ces développements et au succès de l'arbitrage international ainsi qu'à sa codification, et pas seulement parce qu'il dépend largement de son commerce extérieur. L'arbitrage, aussi bien inter-étatique que «privé», correspond à une vieille tradition suisse et notre pays est fidèle à sa vocation en accueillant depuis fort longtemps sur son sol des arbitrages de tout genre, dont l'objet n'a souvent aucune ou peu de relations avec la Suisse ou ses habitants. Pareille réputation doit être préservée. Cette politique d'accueil, qui contribue indiscutablement au renom de notre pays, implique que les arbitrages internationaux qui fixent leur «siège» chez nous y trouvent non seulement la tranquillité et les facilités matérielles nécessaires, mais aussi un certain cadre juridique conforme aux besoins actuels de l'arbitrage international.

2101.12 Nécessité d'une réglementation

Dans la procédure de consultation on a émis des doutes sur la constitutionnalité des dispositions relatives à l'arbitrage international. On a longuement expliqué (cf. ch. 146) que ces critiques n'étaient pas justifiées, le législateur agissant en l'occurrence dans le domaine de sa compétence (cf. JAAC 45.49, p. 298 ss).

A part les conventions internationales actuelles, le droit suisse de l'arbitrage international s'appuie aujourd'hui sur les lois cantonales de procédure civile et notamment sur le concordat intercantonal du 27 mars 1969 (RS 279) sur l'arbitrage.

Les lois cantonales, de même que le concordat, concernent surtout l'arbitrage interne et ne répondent souvent pas aux besoins de l'arbitrage international moderne. Des questions fondamentales restent sans réponse, comme celle de savoir quel droit détermine la validité d'une clause arbitrale. A cela s'ajoute qu'il existe des disparités nombreuses. Celui qui recourt à l'arbitrage international se heurte souvent à de très grandes difficultés propres à nuire à la réputation traditionnelle que la Suisse se doit de conserver en ce domaine. Il est vrai que le concordat et la nouvelle procédure civile zuricoise (art. 238 ss) ont réalisé certains progrès mais qui, sur le plan de l'arbitrage international, ne donnent pas entièrement satisfaction. Ces textes n'assurent qu'imparfaitement la coordination avec les réglementations d'arbitrage des institutions arbitrales importantes. Entre autres, les parties peuvent faire de l'obstruction grâce aux possibilités de recours offertes au point que c'est l'arbitrage lui-même qui est en cause.

On a volontiers objecté à la codification interne de l'arbitrage international le fait que les nombreux textes conventionnels existant la rendraient superflue. On pourrait se demander en effet, si l'existence de plusieurs conventions internationales en matière d'arbitrage ne rend pas une législation interne superflue,

comme source de double emploi, ou même inopportune comme susceptible d'entraver l'adoption de futurs accords internationaux. Un examen plus approfondi permet d'écarter cette objection. Les conventions en vigueur sont limitées à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales sur le plan international et laissent d'ailleurs subsister, même sur ces questions, divers problèmes d'interprétation. Il est vrai aussi que nombre de questions délicates de l'arbitrage international n'ont pas encore trouvé de solution unanime dans les conventions internationales, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence. Il est donc indispensable d'arriver à un minimum grâce à une ligne de conduite de la loi. En outre, il ne semble pas qu'il faille s'attendre dans un avenir prévisible, à l'adoption de nouvelles conventions internationales en matière d'arbitrage, raison qui ne justifie donc pas une abstention du législateur national en ce domaine.

Un autre argument contre la codification de cette matière est tiré de la nature même de l'arbitrage international qui repose sur le principe universellement admis de la liberté individuelle. Ce sont les milieux du commerce international qui au fond, ont pris l'initiative de l'arbitrage international, lequel a connu un développement dû pour une large part aux usages du commerce international. Les principes qui ont ainsi été dégagés seraient reconnus dans le monde entier et se trouveraient même concrétisés dans les plus récentes conventions internationales. Il serait dès lors préférable de laisser à la pratique du commerce international le soin de continuer à développer cette matière.

Deux raisons, indépendantes l'une de l'autre, conduisent à écarter pareil argument: d'une part et par principe, aucun législateur ne saurait abandonner sans contrôle la formulation de solutions juridiques à la pratique, sans faillir ainsi à son rôle de défenseur de l'intérêt général; d'autre part les milieux du commerce international ont eux-mêmes à l'évidence, besoin de sécurité du droit, ce qui implique un cadre juridique assez bien défini, que les solutions a posteriori de la jurisprudence ne peuvent suffire à procurer. D'autres Etats, qui jouent un rôle important dans le domaine de l'arbitrage international (France, Grande-Bretagne, Suède, Autriche) ont, ces dernières années, modifié leur législation en matière d'arbitrage international en les rendant conformes aux besoins actuels. De ce fait, ces Etats se sont rendus plus attractifs comme place d'arbitrage international. La Suisse doit, elle aussi, veiller à ne pas perdre le contact avec cette évolution internationale.

2101.13 Principes de la réglementation

Il s'agit en premier lieu, d'assurer et de consolider dans les dispositions sur l'arbitrage international les principes fondamentaux que la pratique récente des tribunaux et des traités a développés. A ce sujet, la préoccupation essentielle consiste à fixer la limite entre l'autonomie des parties, une des particularités de l'arbitrage international, et les exigences légales minimales, peu nombreuses mais indispensables. Simultanément, on essaie d'assurer la coopération nécessaire entre le tribunal arbitral et le tribunal civil dans toutes les phases de la procédure, depuis la constitution du tribunal arbitral jusqu'au dépôt de la

sentence. L'influence de la juridiction étatique demeure ainsi limitée à l'indispensable.

A cette fin, le projet s'efforce de répondre au besoin de solutions simples et claires et de tenir compte du fait que les relations entre un arbitrage international et la Suisse, lieu du siège, peuvent être d'une nature et d'une intensité qui varient suivant les circonstances. Le projet doit avant tout concilier deux principes contradictoires de l'arbitrage international mais qui méritent tout deux la même considération, à savoir d'une part, le principe de l'autonomie des parties la plus grande et d'autre part, la garantie et la sécurité du droit. Et c'est précisément pour cela que le législateur doit intervenir en matière d'arbitrage international, afin d'apporter un peu de clarté dans les multiples controverses qui règnent en cette matière. Les quelques règles décisives que contient le projet sont de nature à faciliter l'accès à l'arbitrage international en Suisse.

2101.2 Les dispositions du projet

2101.21 Champ d'application

Les dispositions sur l'arbitrage international ne sont applicables qu'aux tribunaux arbitraux saisis d'un arbitrage «international». Des procédures purement cantonales ou intercantionales ne tombent pas sous le coup de ces dispositions. S'agissant de définir ce qu'il faut entendre par caractère international d'un tribunal arbitral, le projet donne l'avantage à un critère précis et partant, plus aisément utilisable. C'est le domicile ou le siège des parties à la procédure d'arbitrage qui est chaque fois déterminant.

Un tribunal arbitral suisse est international au sens de l'article 169, 1^{er} alinéa, lorsqu'au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, une des parties avait son domicile ou sa résidence habituelle à l'étranger. Lorsque les deux parties sont établies en Suisse, l'arbitrage auquel elles ont recouru n'est pas régi par l'article 169 et même lorsque le litige concerne une cause présentant un caractère international, comme par exemple un contrat qui doit être exécuté à l'étranger ou une affaire à laquelle s'applique le droit étranger. Cette restriction peut sembler stricte, mais elle assure la clarté et la sécurité du droit. Le fait de préciser encore le moment déterminant pour l'existence du siège du domicile ou de la résidence habituelle, sert aussi ce besoin de clarté.

Il va de soi que les articles 169 et suivants ne s'appliquent que si le tribunal arbitral a son siège en Suisse. Le DIP suisse ne peut bien entendu régler que des procédures d'arbitrage qui se déroulent en Suisse, au siège du tribunal arbitral. L'article 169, 2^e alinéa, traite justement de la désignation du siège de l'arbitrage.

2101.22 Arbitrabilité

L'article 170 détermine l'objet d'un arbitrage *ratione materiae*. L'arbitrabilité *ratione personae*, c'est-à-dire la capacité des parties de conclure une convention d'arbitrage n'est pas réglée expressément dans ce chapitre. Elle est régie par les règles générales du droit applicable en matière d'exercice des droits civils, à

savoir pour les personnes physiques l'article 33, pour les personnes morales les articles 149 et 150, lettre c, du projet.

La question de l'arbitrabilité d'une cause, savoir le droit applicable à cette question est l'un des problèmes les plus ardues de l'arbitrage international. On peut l'envisager à deux égards: sous celui de la condition fondant la compétence matérielle du tribunal arbitral (ex.: art. 170 du projet; art. 5 du concordat; art. IV, 2^e al., de la convention européenne de Genève de 1961 sur l'arbitrage commercial international), ou sous celui de la convention fondant la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères (ex.: art. 1, let. b, de la convention de Genève de 1927; art. V, 2^e al., de la convention de New York de 1958).

Au fond, le problème de l'arbitrabilité peut se résoudre de différentes manières. Il faut faire appel en premier lieu à la solution reposant sur une règle de conflit et à celle découlant d'une «règle de droit international privé matériel». La première solution est celle des trois conventions évoquées ci-dessus, la seconde, celle du concordat. Dans les deux cas, il s'agit, d'une part, de réduire à un minimum les causes de recours contestant l'arbitrabilité du litige et, d'autre part, de limiter les possibilités de soulever des exceptions contre l'exécution de la sentence arbitrale. Pour satisfaire le premier postulat, un contrôle libéral de l'arbitrabilité doit être prévu; pour le second postulat, en revanche, un contrôle strict s'impose. Les conventions internationales en vigueur aujourd'hui sont le reflet de cette antinomie. La convention de Genève de 1927 qui aborde la question sous l'angle de la reconnaissance, se prononce pour un contrôle strict de l'arbitrabilité. Cette convention n'admet l'exécution de sentences arbitrales étrangères que si, d'après la loi du pays où elle est invoquée, l'objet de la sentence est susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage (art. 1^{er}, 2^e al., let. b). On retrouve une disposition semblable dans l'article V, 2^e alinéa, de la convention de New York de 1958. En revanche, la convention européenne de 1961, qui traite du problème dans le cadre de la procédure arbitrale, prévoit une solution libérale dans la mesure où elle donne au juge le pouvoir, mais non l'obligation, de ne pas reconnaître une convention d'arbitrage si selon sa propre loi, le litige n'est pas susceptible d'arbitrage (art. VI, 2^e al., *in fine*).

Une réglementation fondée sur les conflits de lois (droit applicable, droit du siège de l'une ou des deux parties, *lex fori*) ne donne pas davantage de solution convaincante. En particulier, elle ne paraît pas pouvoir se limiter à un rattachement au droit choisi par les parties et, à défaut d'un tel choix, elle doit comporter un rattachement objectif. Chacun des droits objectivement applicables devrait, en soi, permettre d'apporter la clarté nécessaire à la procédure de jugement. Mais pour arriver à une certaine probabilité que la sentence sera reconnue, on devrait avoir un rattachement cumulatif du droit du siège des parties et de celui du tribunal arbitral, en tant qu'il constitue inévitablement le rattachement naturellement le plus étroit avec l'ordre juridique en question. Mais compte tenu du fait qu'on ne saurait prévoir avec certitude le lieu où la sentence devra être exécutée, on risque que la sentence, par le biais d'un rattachement strictement cumulatif se heurte, au stade de l'exécution, à l'exception de non-arbitrabilité. Toutefois, cette présomption n'est pas assez forte pour prendre en considération une limitation telle que celle découlant de

ce rattachement cumulatif. C'est pourquoi le projet prévoit une réglementation matérielle. Cette réglementation n'exclut sans doute pas que des sentences arbitrales rendues en Suisse ne seront pas exécutoires dans tous les pays. Comme en ce qui concerne les jugements civils, les parties seront seules juges du risque qu'elles encourent du fait d'une éventuelle non-reconnaissance de la sentence arbitrale.

La réglementation matérielle pose des difficultés particulières quant à la définition précise des causes susceptibles de faire l'objet d'un arbitrage. Selon l'article 5 du concordat, tout droit qui relève de la libre disposition des parties est objet d'arbitrage, «à moins que la cause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi».

En employant les termes «libre disposition des parties», «disposition impérative de la loi» et «compétence exclusive», l'article 5 emploie trois notions juridiques imprécises et crée une incertitude qui dépasse ce que l'on peut supporter en matière d'arbitrage commercial international. Il faut en outre relever que les dispositions qui dans les rapports internes paraissent impératives, ne doivent pas nécessairement l'être sur le plan international. Un bon exemple à cet égard se trouve à l'article 15 de la loi fédérale du 20 décembre 1961 (RS 251) sur les cartels et organisations analogues, qui admet l'arbitrabilité interne à certaines conditions mais ne les fait pas jouer en ce qui concerne l'arbitrage international (3^e al.).

Selon l'article 170, 1^{er} alinéa, toute cause qui est de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. En utilisant cette formule, l'article s'inspire de la réglementation de l'élection de for (art. 5 du projet). Pour des motifs qui ont été exposés sous chiffre 213.5 ci-dessus, le critère de la prétention de nature patrimoniale est préférable aux critères qui désignent exclusivement ou obligatoirement la compétence d'un tribunal civil ordinaire ou qui réservent les affaires concernant le droit de la famille ou les droits réels. Cette similitude avec la réglementation sur l'élection de for est aussi réaliste, car on ne voit pas pour quelles raisons, les parties seraient autorisées à choisir un tribunal civil, voire à l'étranger, pour faire trancher leur différend et ne le seraient pas lorsqu'il s'agit d'un tribunal arbitral.

2101.23 Etats parties à une procédure arbitrale

Le commerce international révèle une forte augmentation de relations contractuelles entre des instances étatiques et des personnes privées ressortissantes d'un Etat tiers. Pareils contrats contiennent régulièrement une clause arbitrale et des procédures arbitrales entre particuliers et Etats étrangers ne sont pas rares. La difficulté particulière de ce genre d'arbitrage réside dans le fait que l'une des parties peut se réclamer de sa souveraineté législative. Pour la sécurité du droit, comme à titre préventif, l'article 170, 2^e alinéa, prévoit expressément, pour cette catégorie de procédures arbitrales que l'Etat partie ne peut invoquer sa propre loi pour contester l'arbitrabilité d'un litige visé par la convention d'arbitrage. La Suisse a d'ailleurs déjà défendu ce principe dans l'affaire Losinger devant la CPJI (CPJI, Série AB, 66-70, 1936/37, p. 15). Plusieurs tribunaux internationaux d'arbitrage ont confirmé depuis lors ce principe, qui

a été repris par ailleurs par la convention de Washington, du 18 mars 1965, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (RS 0.975.1; RO 1968 1022). Une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par l'Etat est placée sur le même pied que l'Etat lui-même (art. 170, 2^e al.).

2101.24 Convention d'arbitrage

L'article 171 distingue entre la validité formelle et la validité matérielle de la convention d'arbitrage.

Le projet pose en matière de *forme* de la clause arbitrale une règle de droit matériel, prévoyant le simple respect de la forme écrite. Il n'est pas besoin que la convention soit documentée dans un instrument signé par les deux parties. Un simple échange de lettres, de télégrammes ou de télex suffit. En mentionnant expressément les télégrammes et les télex, le projet tient compte des usages en vigueur aujourd'hui dans le monde international des affaires. Les conventions internationales définissent clairement la forme des clauses compromissoires. L'article 171, 1^{er} alinéa, se fonde sur la définition donnée par la convention de New York de 1958 mais en y ajoutant le télex.

Alors qu'une règle matérielle s'impose pour la forme de la clause compromissoire, une règle de conflit semble plus adéquate s'agissant de la validité *matérielle*. A cet égard, le projet prévoit une solution qui ne tient pas seulement compte du besoin de prévisibilité, mais limite aussi au minimum les possibilités d'exception et de recours. Il s'inspire pour cela de l'article V, 1^{er} alinéa, de la convention de New York de 1958 et de l'article VI, 2^e alinéa, de la convention européenne de 1961 en prévoyant un rattachement alternatif (art. 171, 2^e al.). Ainsi, une convention d'arbitrage est valable quant au fond si elle est conforme, soit au droit choisi par les parties, soit au droit régissant l'objet du litige, soit encore au droit suisse. Le renvoi au droit suisse implique toutes les règles du CO sur la conclusion et la validité des contrats. Suivant en cela le principe de la *favor validitatis*, le projet admet qu'une clause arbitrale puisse faire l'objet d'une convention particulière ou au moins qu'elle choisisse un droit différent de celui régissant le rapport juridique de base. De plus, il est possible de considérer comme valable une clause compromissoire qui ne serait pas valable en vertu du droit applicable au contrat principal, du moment que les conditions du droit choisi ou du droit suisse seraient remplies. Cette solution peut bien entendu aboutir à ce qu'une sentence arbitrale rendue en Suisse ne soit pas toujours reconnue à l'étranger (art. V, 1^{er} al., convention de New York de 1958); pareilles conséquences ne paraissent toutefois pas être insurmontables. Par ailleurs, cette réglementation a l'avantage de limiter les recours auprès des tribunaux étatiques utilisés souvent dans des buts purement dilatoires; cela semble souhaitable, notamment dans le cas de procédures arbitrales n'ayant que des liens ténus avec la Suisse. *L'article 171, 3^e alinéa*, exclut la possibilité de soulever l'exception de l'invalidité de la clause compromissoire, motif pris de la non validité du contrat principal ou du fait qu'un litige ne serait pas encore né.

Le projet ne mentionne pas expressément les clauses arbitrales contenues dans les statuts d'associations ou de sociétés. L'article 168 leur est applicable par analogie, ainsi qu'aux éventuelles conventions d'arbitrage contenues dans les conditions générales des contrats. Elles sont toutefois soumises à la réserve générale selon laquelle la clause arbitrale ne doit pas priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure le for ordinaire.

2101.25 Droit applicable par le tribunal arbitral

L'article 171, 2^e alinéa, mentionne entre autre, le droit applicable à l'arbitrage. Cela soulève la question de l'application des règles de DIP par les tribunaux arbitraux internationaux. Ces tribunaux siégeant en Suisse doivent-ils appliquer le DIP suisse? Le DIP suisse ne lie-t-il que le juge étatique et moins l'arbitre international? Est-ce que celui-ci est libre de choisir le système de DIP jugé approprié en l'espèce? L'article VII de la convention européenne de 1961 prévoit une solution dans ce sens; il en est de même à l'article 38 du règlement d'arbitrage de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe ou encore de l'article 27 du récent règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La tendance récente de la pratique arbitrale est en faveur du caractère non obligatoire du système de DIP du siège de l'arbitrage, c'est-à-dire en faveur de la liberté de l'arbitre international à cet égard, sous réserve, le cas échéant, d'une intervention de l'ordre public du pays du siège (cf. P. Lalive, *Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse*, Mémoires N° 53, Genève 1977, p. 59 ss). Estimant que ces questions n'ont pas encore reçu de réponse suffisamment claire, le Conseil fédéral a préféré les laisser encore ouvertes.

En revanche, les sentences en équité sont mentionnées expressément à *l'article 175*. Pareilles sentences sont possibles lorsque les parties ont autorisé le tribunal à statuer en équité. Cette disposition poursuit deux objectifs. D'une part, retenir pour les sentences rendues au cours d'une procédure arbitrale internationale se déroulant en Suisse, le principe de la sentence en équité et, d'autre part, préciser qu'il appartient aux parties d'en autoriser expressément le tribunal arbitral. Le projet se trouve ainsi en harmonie avec les derniers développements du droit conventionnel: ainsi l'article VII, 2^e alinéa, de la convention européenne de 1961, l'article 19, 3^e alinéa, de la réglementation de la Chambre de commerce internationale sur la conciliation et l'arbitrage et l'article 33, 2^e alinéa, du projet de règlement de l'arbitrage de la CNUDCI.

2101.26 Questions de procédure

L'article 172 précise le moment à partir duquel l'instance arbitrale est pendante. Il faut distinguer deux hypothèses. Si les arbitres sont déjà désignés, la litispendance est créée dès que l'une des parties saisit le tribunal arbitral. Mais lorsque les arbitres ne sont pas encore désignés, l'instance arbitrale est pendante dès que l'une des parties institue la procédure de constitution du tribunal

arbitral. Les fonctions les plus importantes attachées à la création de la litispendance arbitrale résident dans le fait qu'elle interrompt les délais de prescription (art. 135, ch. 2, CO) et surtout qu'elle permet de jauger si les délais de l'action ont été respectés. Par exemple, le délai pour ouvrir une action en validation de séquestre est respecté au sens de la jurisprudence fédérale, lorsque dans ce délai le créancier a procédé aux démarches nécessaires pour la constitution du tribunal arbitral (ATF 101 III 62).

L'article 173 traite de la procédure arbitrale et y consacre le principe de l'autonomie des parties que l'on reconnaît universellement aujourd'hui (ex.: art. IV de la convention européenne de 1961). Cette autonomie ne saurait toutefois être absolue, raison pour laquelle au titre de la sécurité du droit, le 1^{er} alinéa réserve expressément les dispositions sur les moyens de recours. En vertu du 2^e alinéa, le droit du canton dans lequel le tribunal arbitral a son siège est subsidiairement applicable.

Le tribunal arbitral, en tant que tribunal privé créé par les parties, ne dispose pas du pouvoir de coercition du juge civil. Il ne peut être efficace que dans la mesure où les parties se soumettent librement à ses injonctions. Dès qu'une mesure de coercition s'impose, il doit avoir la possibilité de compter sur le concours du juge civil. Le besoin de recourir au juge civil peut survenir dans n'importe quelle phase de la procédure d'arbitrage, depuis celle de la constitution du tribunal arbitral, en passant par l'administration des preuves et les mesures visant à la garantie des preuves (mesures provisionnelles, saisie, production d'actes, audition des témoins, etc.) jusqu'à la déclaration de force de chose jugée et à la mise à exécution de la sentence. L'article 174 traite expressément de la nomination de l'arbitre et le 2^e alinéa concerne les autres cas où le juge civil est appelé à coopérer.

L'article 176 concerne la contestation de la compétence du tribunal arbitral. Cet article reprend la réglementation déjà contenue dans les codes de procédure civile cantonaux (cf. Th. Ruede/Th. Hadenfeldt, op. cit., p. 226 ss) et confirme la pratique dominante en matière d'arbitrage commercial international (cf. P. Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1975, p. 483 ss).

Celui qui entend contester la compétence doit le faire avant toute défense sur le fond. Le tribunal doit statuer sur le bien fondé de cette exception dans une décision incidente. Mais si l'exception est trop liée aux faits de la cause pour être jugée séparément, elle sera jugée avec la sentence sur le fond, parce qu'il ne semble pas possible d'obtenir une sentence particulière à propos de la compétence.

2101.27 Moyens de recours

Les moyens de recours contre les sentences arbitrales font l'objet des articles 177 et 178. L'article 177 distingue entre le recours contre la décision sur la compétence (1^{er} al.) et celui contre la sentence rendue sur le fond (2^e al.). La décision sur la compétence peut faire l'objet d'un recours ordinaire alors que la sentence au fond ne peut qu'être attaquée en nullité. Seuls le déni de justice flagrant et l'arbitraire peuvent être invoqués. Le concept d'arbitraire est repris

de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il correspond au concept courant de l'abus du pouvoir d'appréciation ou de compétence que l'on rencontre dans différents ordres juridiques étrangers. La jurisprudence suisse devra interpréter ce concept dans un sens compatible aux besoins de l'arbitrage international.

Jadis, la possibilité offerte de recourir auprès d'instances cantonales a donné lieu à de nombreux abus, ce qui a contribué à discréditer l'arbitrage en Suisse. Le projet tente de parer à l'abus des recours en obligeant les cantons à désigner une autorité cantonale unique compétente pour connaître aussi bien des recours contre la décision sur la compétence que des recours sur la sentence au fond. Tout autre recours contre la décision de ladite instance est exclu, y compris le recours devant le tribunal cantonal de cassation (art. 177, 3^e al.).

En vertu de l'*article 178* les parties à l'arbitrage qui ne résident pas en Suisse, peuvent renoncer à recourir en Suisse. Cette renonciation doit être faite devant le tribunal arbitral et présuppose donc que celui-ci soit déjà constitué. Le but de cette disposition est d'assurer la plus grande efficacité possible à l'obligation de régler les différends par arbitrage. En même temps, on évite que les tribunaux suisses ne soient chargés de statuer sur des recours dilatoires concernant des litiges qui n'ont aucun lien réel avec notre pays. Du point de vue suisse, elle ne semble pas poser de problème du moment qu'il n'y a dans ces affaires guère de relations internes véritables avec la Suisse.

La renonciation aux moyens de recours ne signifie pas qu'on abandonne de prime abord toute possibilité de recours. Au moment de l'exécution au plus tard, les objections de déni de justice et d'arbitraire pourront être soulevées dans l'Etat chargé de l'exécution (art. V de la convention de New York du 10 juin 1958). Tout au plus y aurait-il un risque de ne pas avoir de moyen de recours dans les cas rares où, contre toute attente, l'exécution serait quand même demandée en Suisse. L'*article 178*, 2^e alinéa, concerne ce genre de situation. En renvoyant à la convention de New York, cette disposition permet l'application des exceptions prévues à l'*article V* de la convention, lors de la procédure d'exequatur.

2101.28 Dépôt de la sentence

Les codes de procédure civils cantonaux régissent actuellement de façon fort différente le dépôt ou l'enregistrement des sentences arbitrales et les émoluments perçus à cette occasion varient également de manière appréciable selon les cantons. Cela crée une insécurité qui a des effets négatifs pour le déroulement de l'arbitrage international en Suisse. L'*article 179* essaie d'améliorer cette situation. D'une part, il déclare le dépôt facultatif et, d'autre part, il permet au tribunal arbitral d'établir un certificat ayant même valeur probatoire qu'un dépôt judiciaire. En outre, une partie peut demander au tribunal civil du siège de l'arbitrage de revêtir la sentence de la force de loi.

2101.29 Sentences arbitrales étrangères

L'*article 180* renvoie, pour la reconnaissance et l'exécution en Suisse des sentences arbitrales étrangères à la convention de New York du 10 juin 1958

(RS 0.277.12). En déposant son instrument de ratification, la Suisse a fait usage de la réserve prévue à l'article I, paragraphe 3, de la convention, réserve selon laquelle la reconnaissance et l'exécution ne sont admises que pour les seules sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un autre Etat contractant. En vertu de l'article 180, la réglementation de la convention de New York deviendra une règle de reconnaissance et d'exécution générale pour les sentences arbitrales étrangères; le Conseil fédéral, dès lors, proposera dans un message particulier de retirer cette réserve devenue sans objet.

2102 Dispositions finales

Les trois sections du chapitre 12 règlent la modification et l'abrogation de dispositions actuelles, le droit transitoire et la question du référendum et de l'entrée en vigueur de la loi.

2102.1 Abrogation et modification de dispositions actuelles

L'abrogation concerne la LRDC, certaines dispositions du CO et de la LCR. Les modifications concernent la loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (OJ) (RS 173.110).

2102.11 Abrogation de dispositions actuelles

L'article 181 énumère les dispositions du droit fédéral qui seront abrogées dès l'entrée en vigueur de la loi. Mise à part la LRDC, il s'agit surtout de l'abrogation des articles 418b, 2^e alinéa, 935, 2^e alinéa, et 952, 2^e alinéa, CO; l'article 14, Tit. fin. (CO) et l'article 85 LCR.

L'article 418b, 2^e alinéa, CO, régit le droit applicable entre l'agent et le mandant lorsque le champ d'activité de l'agent se trouve en Suisse. Les articles 113 et 114 du projet relatif au droit applicable aux contrats englobent aussi le contrat d'agence. L'article 418b, 2^e alinéa, CO devient caduc de ce fait.

L'article 935, 2^e alinéa, CO sur la condition et l'inscription de succursales suisses de maisons dont le siège principal est à l'étranger et l'article 952, 2^e alinéa, CO sur la raison de commerce de ces succursales relèvent du DIP et font matériellement partie du présent projet; son article 155 régit les succursales en Suisse de sociétés étrangères et rend ainsi les deux articles précités du CO superflus.

L'article 14, des dispositions finales et transitoires du CO concerne l'établissement en Suisse de sociétés étrangères, matière régie par l'article 156 du projet. Enfin, l'article 85 LCR régit la compétence et la loi applicable aux accidents survenus à l'étranger. Cet article peut être abrogé dès lors que l'article 130 du projet renvoie à la convention de La Haye de 1971 pour les prétentions résultant d'accidents de la circulation routière.

2102.12 Modification de l'OJ

A son article 15, le projet règle la constatation du droit étranger par les tribunaux ou les autorités administratives suisses, question qui n'avait jusqu'ici

été réglée – quand elle l'avait été – que par les codes de procédure civile cantonaux. En vertu de l'article 15, les autorités sont tenues d'examiner si la cause revêt un caractère de droit international privé et dans l'affirmative, d'établir d'office le contenu du droit étranger. Le principe *iura novit curia* joue dès lors aussi s'agissant de l'application du droit étranger (cf. A.K. Schnyder, *Die Anwendung des zuständigen fremden Sachrechts im internationalen Privatrecht*, ESDI, vol. 23, Zürich 1981).

La question de l'application du droit étranger est étroitement liée à celle des conflits de lois. Lorsqu'une règle de conflit du droit suisse renvoie à un droit étranger, ce droit doit s'appliquer en tant que droit et il n'a pas simplement valeur de fait (cf. A.K. Schnyder, op. cit., p. 23 ss). L'article 2, 2^e alinéa, LRDC, a déjà posé le principe de l'application d'office du droit cantonal à l'époque où le droit privé suisse n'avait pas encore été unifié par le CC. L'opinion a été émise en doctrine que le même principe jouait en vertu de l'article 32 LRDC s'agissant d'établir le droit étranger (cf. G. Broggin, RDS 1971, fasc. 3, p. 312; F. Vischer, RDS 1971, fasc. 1, p. 104).

On ne peut adopter la règle de l'obligation pour le juge d'appliquer d'office le droit étranger que si l'on prévoit aussi que le Tribunal fédéral doit contrôler la manière dont les tribunaux inférieurs s'acquittent de cette tâche. Le contrôle ne doit pas seulement porter sur l'application de la règle de conflit de loi suisse. Il s'agit encore d'examiner si, parmi plusieurs droits étrangers, c'est bien le droit désigné par la règle de conflit qui a été déclaré applicable et que les dispositions concernées de ce droit étranger ont été correctement appliquées. Le Tribunal fédéral n'a pas examiné jusqu'ici ces deux questions (ATF 92 II 111). C'est pourquoi l'article 182, chiffre 1, prévoit une modification et un complément à l'OJ. La solution proposée est celle que la doctrine suisse réclame depuis de nombreuses années (cf. G. Broggin, *Die Maxime iura novit curia und das ausländische Recht*, AcP 1956, p. 469; RDS 1971 II p. 256 ss, et 312 ss; J. Gentinetta, *Das schweizerische Bundesgericht und die Überprüfung der Anwendung ausländischen Rechts*, Fribourg 1964; B. Vouilloz, *Le rôle du juge civil à l'égard du droit étranger*, Fribourg 1964; F. Vischer, RDS 1971, fasc. 1, p. 102 ss).

Si le Tribunal fédéral a pu, à l'origine, se réclamer de l'attitude semblable des tribunaux suprêmes d'autres pays, cet argument a beaucoup perdu de son poids depuis que plusieurs Etats voisins ont modifié leur pratique. Ainsi les Cours suprêmes de Belgique, d'Italie et d'Autriche ont admis dans une large mesure un examen de l'application du droit étranger par le juge national (cf. rapport final, p. 307). La Grèce (art. 577 CPC), l'URSS (art. 306 et 307 CPC) et la Yougoslavie (art. 342 combiné avec l'art. 345 de la loi sur la procédure) ont même régi la question par voie législative. Seul le droit anglo-saxon s'en tient fermement au non-examen du droit étranger. En revanche, on assiste dans les pays de tradition romaine, d'Amérique latine et de Scandinavie, à la promulgation de règles sur l'application d'office du droit étranger et sur le contrôle par les Cours suprêmes de la juste application de ce droit (cf. A.K. Schnyder, op. cit., p. 40 ss; *Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht*, Materialien zum ausländischen und internationalen

Privatrecht, vol. 10, Berlin/Tübingen 1968; L. Raape/F. Sturm, IPR, tome 1, Munich 1977, p. 312 ss).

On a objecté au pouvoir du Tribunal fédéral de contrôler l'application du droit étranger le fait que le Tribunal fédéral doit avant tout veiller à l'application uniforme du droit suisse, non pas à celle du droit étranger, ce qui ne serait pas compatible avec sa fonction. Cette objection n'est pas convaincante. Il faut tout d'abord constater que le contrôle de l'application correcte du droit étranger découle du pouvoir de cognition du Tribunal fédéral relatif aux règles suisses de DIP. En outre, on ne voit guère pourquoi le contrôle de l'application du droit étranger soulèverait de plus grandes difficultés en Suisse qu'à l'étranger, d'autant plus que notre pays est en train de créer l'infrastructure nécessaire pour lui permettre d'intensifier ses recherches dans le domaine du droit étranger. La Suisse a en effet ratifié la convention européenne du 7 juin 1968 (RS 0.434.2) dans le domaine de l'information sur le droit étranger et elle a créé l'Institut suisse de droit comparé (RS 425.1), en fonction depuis 1982.

Une procédure de revision de l'OJ est en cours. Cette revision s'efforce de décharger le Tribunal fédéral d'une partie de son pouvoir de cognition. L'un des postulats réside par exemple dans l'intention de ne plus conférer au Tribunal fédéral un rôle de troisième instance de recours, mais d'en faire une véritable cour de cassation (un peu comme aux Etats-Unis le «Supreme Court»). Le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral serait du même coup fortement limité. Au cas où cette modification fondamentale devrait être réalisée, on ne saurait exclure qu'à ce moment-là, l'article 43a OJ tombe. Mais si pareille modification n'aboutissait pas, on voit mal quels arguments pourraient en fait être formulés contre l'article 43a OJ proposé. On ne saurait en tout cas pas accorder trop de poids à la charge supplémentaire qui en résulterait pour le Tribunal fédéral en plus de ses autres tâches qui n'ont cessé de croître ces dernières années; celles-ci concernent en particulier le droit public.

En matière d'arbitrage international se pose un problème particulier. Le projet en fait un domaine du droit fédéral. Pour empêcher qu'en matière d'arbitrage international restent ouvertes toutes les voies de recours ordinaires du droit fédéral, le projet a prévu d'insérer diverses restrictions à l'article 49, 2^e alinéa, OJ.

2102.2 Dispositions transitoires

L'article 183 pose le principe de la non-rétroactivité de la loi à tous les faits ou actes juridiques qui ont pris naissance avant son entrée en vigueur. Pour les faits et actes juridiques «durables», on distingue deux phases: dans la première, qui précède l'entrée en vigueur de la loi, ces faits et actes sont régis par l'ancien droit; dans la seconde, dès l'entrée en vigueur, leurs effets sont régis par le nouveau droit.

Les articles 184 à 186 contiennent des règles transitoires en matière de compétence internationale, de droit applicable et de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères. On essaye, ainsi de garantir une continuité et une certaine

sécurité du droit (en matière de compétence notamment). En outre, les affaires qui n'ont pas été réglées au moment de l'entrée en vigueur de la loi, sont régies par elle (droit applicable, exequatur).

L'article 187 enfin, reprend la formule consacrée en matière de référendum et d'entrée en vigueur.

3 Effets sur le plan financier et du personnel

Le projet n'aura pas d'effets directs sur les finances ou sur les effectifs du personnel dans la Confédération ou les cantons. Toutefois l'article 15 exige des tribunaux et des autorités administratives d'établir d'office le contenu du droit étranger. De plus, dans l'article 182, proposant un nouvel article 43a OJ, il est prévu que le Tribunal fédéral devra examiner si le droit étranger désigné par la règle de DIP suisse a été correctement appliqué. Il pourrait en résulter un accroissement des tâches dévolues aux tribunaux; mais il ne faut pas non plus en exagérer l'importance. D'une part, nos tribunaux traitent déjà actuellement d'office de nombreuses affaires régies par le droit étranger, en particulier en matière de droit de famille et des registres. D'autre part, la Suisse s'est dotée récemment d'une infrastructure apte à établir le droit étranger. Il faut rappeler ici la ratification de la convention européenne du 7 juin 1968 (RS 0.434.2) dans le domaine de l'information sur le droit étranger et la création de l'Institut suisse de droit comparé (RS 425.1) de Lausanne-Dorigny. Et puis, le projet va simplifier grandement la tâche de nos tribunaux, dans la mesure où il va leur donner rapidement une solution à des problèmes qui nécessitent actuellement de longues et pénibles recherches pour dégager eux-mêmes des principes généraux.

4 Grandes lignes de la politique gouvernementale

La présentation en est faite dans le rapport intermédiaire du 5 octobre 1981 sur les Grandes lignes de la politique gouvernementale durant la législature 1979-1983 (deuxième partie, ch. 212.2; FF 1981 III 635).

5 Constitutionnalité

On a soulevé la question de la constitutionnalité dans la procédure de consultation à propos de différentes parties du projet de loi de DIP. Le Conseil fédéral a consacré une attention toute particulière à cette question et l'a fait examiner à fond (cf. ci-dessus nos 141 à 146; JAAC, fasc. 45 (1981) n° 49). La constitutionnalité du projet découle aussi bien des articles 8, 85, chiffres 5 et 6 et 102, chiffres 8 et 9, *est.*, concernant la compétence de la Confédération dans les relations internationales, que de l'article 64 *cst.* concernant sa compétence de légiférer en matière de droit privé.

51 Compétence en matière de relations internationales

Le DIP a pour objet les relations juridiques transfrontières entre particuliers: il constitue dès lors une partie des relations extérieures de la Suisse, non pas

simplement celles qui relèvent du droit international public, mais surtout celles qui concernent les individus. Il est admis que la Confédération est compétente pour conduire les relations avec l'étranger (art. 8 à 11, 85, ch. 5 et 6, 102, ch. 8 et 9, cst.).

En vertu de l'article 8 cst., la Confédération aurait la compétence de régler tout le DIP en concluant des traités internationaux. Mais on ne saurait exiger, en matière de DIP comme dans d'autres domaines, que les relations internationales avec la communauté des Etats soient exclusivement régies par la voie des conventions internationales. La Suisse est donc amenée comme tout autre Etat, à se doter d'une loi de DIP pour déterminer quand le droit suisse doit régir un rapport juridique privé présentant un caractère international et quand c'est le droit étranger qui doit le faire. C'est pourquoi la Confédération doit être compétente pour régler tout le DIP interne.

Cela n'est pas nouveau. Le Conseil fédéral avait déjà exprimé cette opinion dans son message du 28 mai 1887 sur la LRDC (FF 1887 II 630). Elle a été récemment confirmée à deux reprises dans le message du 19 mars 1973 à l'appui d'un projet de loi sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationale (FF 1973 I 863 ss) et dans celui du 8 mars 1976 à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale (FF 1976 II 474).

52 Compétence de légiférer en matière de droit privé

Outre la compétence d'assurer les relations internationales de la Suisse, l'article 64 cst. donne compétence à la Confédération de légiférer en matière de droit international privé. Il ne s'agit pas simplement de la compétence générale de la Confédération de légiférer «sur les autres matières du droit civil» (art. 64, 2^e al., cst.), mais bien des compétences particulières énumérées à l'article 64, 1^{er} alinéa, cst., relatives à la capacité civile, au commerce, aux transactions mobilières, à la propriété intellectuelle (droit d'auteur, droit des brevets, etc.) et à la poursuite pour dettes et la faillite. La Confédération peut promulguer une législation matérielle dans tous ces domaines. Il est communément admis que dans le cadre de cette compétence, la Confédération est habilitée à déterminer le champ d'application personnel et spatial de la loi et de dire quand elle s'applique et quand un droit étranger s'applique.

Le projet contient d'ailleurs à côté de ses propres règles de conflit, certaines règles matérielles, comme en matière de définition, d'application du droit étranger, d'arbitrage et de faillite; il contient à côté des règles sur le droit applicable, des dispositions sur la compétence et pose les conditions pour la reconnaissance et l'exécution en Suisse des décisions étrangères. Le message a eu l'occasion d'exposer en détail la constitutionnalité de ces dispositions (cf. nos 141 à 146 ci-dessus). On se bornera ici à renvoyer à ces explications qui montrent à satisfaction que, selon la jurisprudence actuelle, ces domaines également sont couverts par l'article 64 cst.

**Loi fédérale
sur le droit international privé
(loi de DIP)**

Projet

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu la compétence de la Confédération en matière de relations extérieures;
vu l'article 64 de la constitution;

vu le message du Conseil fédéral du 10 novembre 1982¹⁾,

arrête:

Chapitre premier: Dispositions communes

Section 1: Domaine d'application

Article premier

¹ La présente loi régit, en matière internationale:

- a. La compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses;
- b. Le droit applicable;
- c. La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères;
- d. La faillite et le concordat;
- e. L'arbitrage.

² Les traités internationaux sont réservés.

Section 2: Compétence

Art. 2

I. En général

¹ En l'absence de disposition spéciale de la présente loi, les autorités judiciaires ou administratives suisses du domicile du défendeur sont compétentes.

² Pour les sociétés, le siège vaut domicile.

Art. 3

II. For de
nécessité

Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes.

¹⁾ FF 1983 I 255

Art. 4III. Validation
de séquestre

Lorsque la présente loi ne prévoit aucun autre for, l'action en validation de séquestre peut être introduite au for suisse du séquestre.

Art. 5IV. Election de
for

¹ En matière patrimoniale, les parties peuvent convenir par écrit, télégramme ou télex, du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. Sauf convention contraire, l'élection de for est exclusive.

² L'élection de for est sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse.

³ Le tribunal élu ne peut décliner sa compétence si une partie est domiciliée, a sa résidence habituelle ou un établissement en Suisse ou si, en vertu de la présente loi, le droit suisse est applicable au litige.

Art. 6V. Acceptation
tacite

En matière patrimoniale, le tribunal devant lequel le défendeur procède au fond sans faire de réserve est compétent si ce tribunal ne peut pas décliner sa compétence en vertu de l'article 5, 3^e alinéa.

Art. 7VI. Convention
d'arbitrage

Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que:

- a. Le défendeur ait procédé au fond sans faire de réserve;
- b. Le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, ou
- c. Le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage.

Art. 8VII. Demande
reconvention-
nelle

Le tribunal saisi de la demande principale connaît aussi de la demande reconventionnelle s'il y a connexité entre les deux demandes.

Art. 9

VIII. Litispendance

¹ Lorsqu'une action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger, le tribunal suisse suspend la cause s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse.

² Pour déterminer quand une action a été introduite en Suisse, la date du premier acte introductif d'instance est décisive. La citation en conciliation suffit.

³ Le tribunal suisse se dessaisit dès qu'une décision étrangère pouvant être reconnue en Suisse lui est présentée.

Art. 10

IX. Mesures provisoires

Les autorités judiciaires ou administratives suisses peuvent ordonner des mesures provisoires, même si elles ne sont pas compétentes pour connaître au fond.

Art. 11

X. Actes d'entraide judiciaire

¹ Les actes d'entraide judiciaire sont accomplis en Suisse en vertu des formes de procédure du canton dans lequel ils sont exécutés.

² A la demande des autorités requérantes, des formes de procédure étrangères peuvent aussi être appliquées ou prises en considération, si cela est nécessaire pour faire reconnaître une prétention à l'étranger et à moins que d'importants motifs tenant à l'intéressé ne s'y opposent.

³ Les autorités judiciaires ou administratives suisses sont habilitées à dresser des documents en vertu des formes du droit étranger ou à recevoir la déclaration sous serment d'un requérant, si une forme du droit suisse non reconnue à l'étranger empêchait d'y admettre une prétention juridique digne de protection.

Art. 12

XI. Délais

¹ Dans les relations avec l'étranger, les délais sont réputés respectés lorsque les mémoires sont parvenus le dernier jour du délai à une représentation diplomatique ou consulaire suisse.

² Les délais judiciaires doivent être fixés de manière telle que les personnes domiciliées à l'étranger disposent de suffisamment de temps pour sauvegarder leurs droits.

Section 3: Droit applicable

Art. 13

I. Portée du renvoi

¹ La désignation d'un droit étranger par la présente loi comprend toutes les dispositions qui d'après ce droit sont applicables à la cause.

² Le renvoi au premier ou au deuxième degré n'est pris en considération que:

- a. Si la présente loi le prévoit ou
- b. Si, en matière d'état civil, la loi étrangère renvoie au droit suisse.

³ Le caractère de droit public attribué à une disposition étrangère ne fait pas obstacle, en soi, à son application.

Art. 14

II. Clause d'exception

¹ Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.

² Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit.

Art. 15

III. Constatation du droit étranger

¹ Le contenu du droit étranger est établi d'office. A cet effet, la collaboration des parties peut être requise.

² Le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi d'office.

Art. 16

IV. Réserve de l'ordre public

L'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public suisse.

Art. 17

V. Application impérative du droit suisse

Sont réservées les dispositions du droit suisse dont, en raison de leur but particulier, l'application s'impose quel que soit le droit désigné par la présente loi.

Art. 18

VI. Dispositions impératives du droit étranger

¹ Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition d'un droit

autre que celui désigné par la présente loi qui entend impérativement être appliquée, si la situation visée présente un lien suffisamment étroit avec ce droit.

² Pour décider si effet doit être donné à une telle disposition, on tiendra compte des conséquences qui en découleraient et de son but.

Section 4: Domicile et nationalité

Art. 19

I. Domicile,
résidence
habituelle et
établissement

¹ Au sens de la présente loi, une personne physique:

- a. A son domicile dans l'Etat dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir;
- b. A sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée;
- c. A son établissement dans l'Etat dans lequel se trouve le centre de ses activités professionnelles ou commerciales.

² Lorsque la présente loi fait référence au domicile pour une personne n'ayant pas l'exercice des droits civils, la résidence habituelle de cette personne vaut domicile. Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles. Les dispositions du code civil relatives au domicile et à la résidence ne sont pas applicables.

³ L'établissement d'une société se trouve dans l'Etat dans lequel elle a son siège ou une succursale.

Art. 20

II. Nationalité

Le droit de l'Etat dont la nationalité est en cause détermine si une personne est ressortissante de cet Etat.

Art. 21

III. Pluralité de
nationalités

¹ Lorsqu'une personne possède une nationalité étrangère en sus de la nationalité suisse, seule la nationalité suisse est retenue pour déterminer la compétence du for d'origine.

² Lorsqu'une personne a plusieurs nationalités, celle de l'Etat avec lequel elle a les relations les plus étroites est seule retenue pour déterminer le droit applicable. Sont réservées les dispositions contraires de la présente loi.

³ Si la reconnaissance d'une décision étrangère en Suisse dépend de la nationalité d'une personne, la prise en considération d'une de ces nationalités suffit.

Art. 22

IV. Apatrides et réfugiés

¹ Une personne est réputée apatride lorsqu'elle est reconnue comme telle en vertu de la convention de New York du 28 septembre 1954¹⁾ relative au statut des apatrides ou lorsque les relations de cette personne avec son Etat national sont rompues d'une façon telle que sa situation équivaut en fait à celle d'un apatride.

² Elle est réputée réfugiée lorsqu'elle est reconnue comme telle en vertu de l'article 3 de la loi du 5 octobre 1979²⁾ sur l'asile.

³ Lorsque la présente loi s'applique aux apatrides et aux réfugiés, le rattachement au droit du domicile est substitué au rattachement au droit national.

Section 5:**Reconnaissance et exécution des décisions étrangères****Art. 23**

1. Reconnaissance

1. Principe

Une décision étrangère est reconnue en Suisse:

- a. Si la compétence de l'Etat dans lequel la décision a été rendue était fondée;
- b. Si la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive, et
- c. S'il n'y a pas de motif de refus au sens de l'article 25.

Art. 24

2. Compétence de l'autorité étrangère

La compétence de l'autorité étrangère est fondée:

- a. Si elle résulte d'une disposition de la présente loi ou, à défaut d'une telle disposition, si le défendeur était domicilié dans l'Etat dans lequel la décision a été rendue;
- b. Si, en matière patrimoniale, les parties se sont soumises conventionnellement à la compétence de l'autorité qui a rendu la décision, à moins que cette convention ne soit sans effet au sens de la présente loi;
- c. Si, en matière patrimoniale, le défendeur a procédé au fond sans faire de réserve, ou
- d. Si, en cas de demande reconventionnelle, l'autorité qui a rendu la décision aurait été compétente pour connaître de cette demande à titre principal et qu'il y a connexité entre les deux demandes.

¹⁾ RS 0.142.40²⁾ RS 142.31

Art. 25

3. Motifs de refus

¹ La reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée en Suisse si elle est manifestement contraire à l'ordre public suisse.

² Une partie peut s'opposer à la reconnaissance si elle établit:

- a. Qu'elle n'a été citée régulièrement, ni selon le droit de son domicile, ni selon le droit de sa résidence habituelle, à moins qu'elle ait procédé au fond sans faire de réserve;
- b. Que la décision a été rendue en violation de principes essentiels de la procédure et notamment que ladite partie n'a pas eu la possibilité de faire valoir ses moyens;
- c. Qu'une action entre les mêmes parties et sur le même objet a déjà été introduite en Suisse ou y a déjà été jugée, ou qu'elle a précédemment été jugée dans un Etat tiers, la décision réunissant les conditions de sa reconnaissance.

³ La décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Art. 26

II. Déclaration d'exécution

Une décision reconnue en vertu des articles 23 à 25 est déclarée exécutoire à la requête de l'intéressé.

Art. 27

III. Procédure

¹ La requête en reconnaissance ou en exécution, adressée à l'autorité compétente du canton où la décision étrangère est invoquée, est accompagnée:

- a. D'une expédition complète et authentique de la décision;
- b. D'une attestation constatant que la décision n'est plus susceptible de recours ordinaire ou qu'elle est définitive et
- c. En cas de jugement par défaut, d'un document officiel établissant que le défaillant a été cité régulièrement et qu'il a eu la possibilité de faire valoir ses moyens.

² La partie qui s'oppose à la reconnaissance et à l'exécution est entendue dans la procédure; elle peut y faire valoir ses moyens.

³ Lorsqu'une décision étrangère est invoquée à titre préalable, l'autorité saisie peut elle-même statuer sur la reconnaissance.

Art. 28

IV. Transaction judiciaire

Les articles 23 à 27 s'appliquent à la transaction judiciaire qui, dans l'Etat où elle a été passée, est assimilée à une décision judiciaire.

Art. 29V. Jurisdiction
gracieuse

Les articles 23 à 27 s'appliquent par analogie à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision ou d'un acte de la juridiction gracieuse.

Art. 30

VI. Transcription à l'état civil

¹ Une décision ou un acte étranger concernant l'état civil est transcrit dans les registres de l'état civil, en vertu d'une décision de l'autorité cantonale de surveillance en matière d'état civil.

² L'inscription est autorisée lorsque les conditions des articles 23 à 25 sont réalisées.

³ S'il n'est pas établi que, dans l'Etat étranger où la décision a été rendue, les droits des parties ont été suffisamment respectés au cours de la procédure, les personnes concernées par l'inscription sont entendues.

Chapitre 2: Personnes physiques**Art. 31**

I. Principe

¹ En l'absence de dispositions spéciales de la présente loi, les autorités judiciaires ou administratives suisses du domicile sont compétentes en matière de droit des personnes; elles appliquent le droit du domicile.

² Toutefois, les atteintes aux intérêts personnels sont régies par les dispositions de la présente loi sur les actes illicites.

Art. 32

II. Jouissance des droits civils

¹ Toute personne jouit des droits civils.

² Le droit applicable au rapport juridique qui présuppose la jouissance des droits civils en détermine le début et la fin.

Art. 33III. Exercice des droits civils
1. Principe

¹ La capacité civile est régie par le droit du domicile.

² Un changement de domicile n'affecte pas la capacité civile une fois acquise.

Art. 34

2. Sécurité des transactions

¹ La partie à un acte juridique, incapable selon le droit de l'Etat de son domicile, ne peut pas invoquer cette incapacité si elle était capable selon le droit de l'Etat où l'acte a été accompli, à

moins que l'autre partie ait connu ou dû connaître cette incapacité.

² Cette règle ne s'applique pas aux actes juridiques relevant du droit de la famille, du droit successoral ou des droits réels immobiliers.

Art. 35

IV. Nom
1. Droit applicable

¹ Le nom d'une personne domiciliée en Suisse est régi par le droit suisse, celui d'une personne domiciliée à l'étranger par le droit que désigne la règle de conflit de l'Etat dans lequel cette personne est domiciliée.

² Toutefois, une personne peut demander que son nom soit régi par son droit national.

Art. 36

2. Changement de nom

¹ Les autorités suisses du domicile du requérant sont compétentes pour connaître d'une demande en changement de nom.

² Un Suisse sans domicile en Suisse peut demander un changement de nom à l'autorité de son canton d'origine.

³ Les conditions et les effets d'un changement de nom sont régis par le droit suisse.

Art. 37

3. Changement de nom intervenu à l'étranger

Un changement de nom intervenu à l'étranger est reconnu en Suisse s'il est valable dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national du requérant.

Art. 38

4. Inscription dans les registres

L'inscription du nom dans les registres a lieu conformément aux principes suisses sur la tenue des registres.

Art. 39

V. Déclaration d'absence
1. Compétence et droit applicable

¹ Les tribunaux suisses du dernier domicile connu d'une personne disparue sont compétents pour prononcer la déclaration d'absence.

² Les tribunaux suisses sont en outre compétents pour prononcer la déclaration d'absence en Suisse si un intérêt légitime le justifie.

³ Les conditions et les effets de la déclaration d'absence sont régis par le droit suisse.

Art. 40

2. Déclaration
d'absence et de
décès intervenue
à l'étranger

Une déclaration d'absence ou de décès prononcée à l'étranger est reconnue en Suisse, lorsqu'elle émane de l'Etat du domicile ou de l'Etat national de la personne disparue.

Chapitre 3: Droit du mariage**Section 1: Célébration du mariage****Art. 41**

I. Compétence

¹ Les autorités suisses sont compétentes pour célébrer le mariage si l'un des fiancés est domicilié en Suisse ou a la nationalité suisse.

² Deux étrangers non domiciliés en Suisse peuvent aussi être autorisés à s'y marier lorsque le mariage sera reconnu dans l'Etat du domicile ou l'Etat national des fiancés.

³ L'autorisation ne peut pas être refusée pour le motif qu'un divorce prononcé ou reconnu en Suisse n'est pas reconnu à l'étranger.

Art. 42

II. Droit
applicable

¹ Les conditions de fond du mariage célébré en Suisse sont régies par le droit suisse.

² Si les conditions du droit suisse ne sont pas réunies, le mariage entre étrangers peut être célébré s'il satisfait aux conditions prévues par le droit national de l'un des fiancés.

³ La forme du mariage célébré en Suisse est régie par le droit suisse.

Art. 43

III. Mariage
célébré à
l'étranger

Un mariage célébré à l'étranger est reconnu en Suisse s'il est considéré comme valable dans l'Etat de la célébration et dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'un des époux.

Section 2: Effets généraux du mariage**Art. 44**

I. Compétence
I. Principe

Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle de l'un des époux sont compétents pour connaître des actions ou ordonner des mesures relatives aux effets du mariage.

Droit international privé

Art. 45

2. For d'origine Lorsque les époux n'ont ni domicile ni résidence habituelle en Suisse et que l'un d'eux est suisse, les tribunaux du lieu d'origine sont compétents pour connaître des actions ou ordonner des mesures relatives aux effets du mariage, si l'action ne peut être intentée ou la requête déposée devant l'autorité du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des époux, ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit.

Art. 46

- II. Droit applicable
1. Principe

¹ Les effets du mariage sont régis par le droit de l'Etat dans lequel les époux sont domiciliés.

² Lorsque les époux ne sont pas domiciliés dans le même Etat, les effets du mariage sont régis par le droit de l'Etat du domicile avec lequel la cause présente le lien le plus étroit.

Art. 47

2. Aliments

L'obligation alimentaire entre époux est régie par la convention de La Haye du 2 octobre 1973^D sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

Art. 48

- III. Décisions ou mesures étrangères

Les décisions ou mesures étrangères relatives aux effets du mariage sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des époux.

Section 3: Régimes matrimoniaux**Art. 49**

1. Compétence

Sont compétents pour connaître des actions ou ordonner des mesures relatives aux régimes matrimoniaux:

- a. Lors de la dissolution du régime au décès d'un des époux, les autorités judiciaires ou administratives suisses compétentes pour liquider la succession;
- b. Lors de la dissolution du régime matrimonial consécutive à la dissolution judiciaire du lien conjugal ou à la séparation de corps, les tribunaux suisses compétents à cet effet;
- c. Dans les autres cas, les autorités judiciaires ou administratives suisses compétentes pour statuer sur les effets du mariage.

^D RS 0.211.213.01

Art. 50

II. Election de droit
1. En général

- ¹ Le régime matrimonial est régi par le droit choisi par les époux.
² Les époux peuvent choisir le droit de l'Etat dans lequel ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après le mariage, ou le droit d'un Etat dont l'un d'eux a la nationalité.

Art. 51

2. Modalités

- ¹ L'élection de droit doit faire l'objet d'une convention écrite ou résulter indubitablement des dispositions du contrat de mariage; elle est régie en outre par le droit choisi.
² L'élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Sauf convention contraire, si elle est postérieure à la conclusion du contrat de mariage, elle rétroagit au jour du mariage.
³ Ce droit reste applicable tant que les époux n'ont pas modifié ou révoqué ce choix.

Art. 52

III. A défaut d'élection de droit
1. Principe

- ¹ A défaut d'élection de droit, le régime matrimonial est régi par le droit de l'Etat dans lequel les deux époux sont domiciliés ou par celui du dernier Etat dans lequel ils ont été domiciliés en même temps.
² Si les époux n'ont jamais été domiciliés en même temps dans le même Etat, leur droit national commun est applicable.
³ Les époux qui n'ont jamais été domiciliés dans le même Etat et n'ont pas de nationalité commune sont soumis au régime suisse de la séparation de biens.

Art. 53

2. Mutabilité et rétroactivité lors de changement de domicile

- ¹ En cas de transfert du domicile des époux d'un Etat dans un autre, le droit de l'Etat du nouveau domicile est applicable et rétroagit au jour de la conclusion du mariage. Les époux peuvent convenir par écrit d'exclure la rétroactivité.
² Le changement de domicile n'a pas d'effet sur le droit applicable lorsque les époux sont convenus par écrit de maintenir le droit antérieur ou lorsqu'ils sont liés par un contrat de mariage.

Art. 54

IV. Forme du contrat de mariage

Le contrat de mariage est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions du droit applicable au fond ou du droit du lieu de l'acte.

Art. 55

V. Rapports
juridiques avec
les tiers

¹ Les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont régis par le droit de l'Etat dans lequel cet époux était domicilié au moment où ce rapport a pris naissance.

² Toutefois, ces effets sont régis par le droit applicable au régime matrimonial si le tiers connaissait ou devait connaître ce droit au moment où le rapport juridique a pris naissance.

Art. 56

VI. Décisions
étrangères

¹ Les décisions étrangères relatives au régime matrimonial sont reconnues en Suisse:

- a. Lorsqu'elles ont été rendues ou reconnues dans l'Etat du domicile de l'époux défendeur;
- b. Lorsqu'elles ont été rendues ou reconnues dans l'Etat du domicile de l'époux demandeur et que l'époux défendeur n'était pas domicilié en Suisse;
- c. Lorsqu'elles ont été rendues ou reconnues dans l'Etat dont, en vertu de la présente loi, le droit s'applique au régime matrimonial, ou
- d. Lorsque, dans la mesure où elles concernent des immeubles, elles ont été rendues ou reconnues dans l'Etat dans lequel ces immeubles sont situés.

² La reconnaissance de décisions relatives au régime matrimonial prises dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale ou consécutives au décès, à une déclaration de nullité du mariage, à un divorce ou à une séparation de corps, est régie par les dispositions de la présente loi relatives aux effets généraux du mariage, au divorce ou aux successions.

Section 4: Divorce et séparation de corps**Art. 57**

I. Compétence
1. Principe

Sont compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps:

- a. Les tribunaux suisses du domicile de l'époux défendeur;
- b. Les tribunaux suisses du domicile de l'époux demandeur, si celui-ci réside en Suisse depuis une année ou est suisse.

Art. 58

2. For d'origine

Lorsque les époux ne sont pas domiciliés en Suisse et que l'un d'eux est suisse, les tribunaux du lieu d'origine sont compétents

pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps, si l'action ne peut être intentée au domicile de l'un des époux ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit.

Art. 59

II. Droit applicable

¹ Le divorce et la séparation de corps sont régis par le droit suisse.

² Toutefois, lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse, leur droit national commun est applicable.

³ Lorsque le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse.

Art. 60

III. Mesures provisoires

¹ Le tribunal suisse saisi d'une action en divorce ou en séparation de corps est compétent pour ordonner des mesures provisoires, sauf si son incompétence pour statuer au fond est manifeste ou a été constatée par une décision ayant force de chose jugée.

² Les mesures provisoires sont régies par le droit suisse.

³ Sont réservées les dispositions de la présente loi sur l'obligation alimentaire des époux, les effets de la filiation et la protection des mineurs.

Art. 61

IV. Effets accessoires

¹ Les tribunaux suisses compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps le sont également pour se prononcer sur les effets accessoires.

² Le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps régit les effets accessoires du divorce et de la séparation de corps. Sont réservées les dispositions de la présente loi sur le nom et le régime matrimonial.

Art. 62

V. Complément ou modification d'une décision

¹ Les tribunaux suisses sont compétents pour connaître d'une action en complément ou en modification d'un jugement de divorce ou de séparation de corps s'ils ont prononcé ce jugement ou s'ils sont compétents en vertu des articles 57 ou 58. Est

réservé en outre l'article 83 en ce qui concerne la protection des mineurs.

² Les dispositions de la présente loi sur le nom, le régime matrimonial, l'obligation alimentaire des époux et les effets de la filiation s'appliquent en cas de complément ou de modification d'une décision de divorce ou de séparation de corps.

Art. 63

VI. Décisions étrangères

¹ Les décisions étrangères de divorce ou de séparation de corps sont reconnues en Suisse, lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle, ou dans l'Etat national de l'un des époux, ou si elles sont reconnues dans un de ces Etats.

² Toutefois, la décision rendue dans un Etat dont aucun des époux ou seul l'époux demandeur a la nationalité, est reconnue en Suisse:

- a. Lorsque, au moment de l'introduction de la demande, au moins un des époux était domicilié ou avait sa résidence habituelle dans cet Etat;
- b. Lorsque l'époux défendeur n'était pas domicilié en Suisse;
- c. Lorsque l'époux défendeur s'est soumis sans faire de réserve à la compétence du tribunal étranger, ou
- d. Lorsque l'époux défendeur a expressément consenti à la reconnaissance de la décision en Suisse.

Chapitre 4: Filiation

Section 1: Filiation par naissance

Art. 64

1. Compétence
1. Principe

Les tribunaux suisses de la résidence habituelle de l'enfant ou ceux du domicile de l'un des parents sont compétents pour connaître d'une action relative à la constatation ou à la contestation de la filiation.

Art. 65

2. For d'origine

Lorsque les parents ne sont pas domiciliés en Suisse et que l'enfant n'y a pas de résidence habituelle, les tribunaux du lieu d'origine suisse de l'un des parents sont compétents pour connaître d'une action relative à la constatation ou à la contestation de la filiation si l'action ne peut être intentée, ni au domicile de l'un des parents, ni à la résidence habituelle de l'enfant, ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit.

Art. 66

II. Droit applicable
1. Principe

¹ L'établissement, la constatation et la contestation de la filiation sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant.

² Toutefois, si aucun des parents n'est domicilié dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et si les parents et l'enfant ont la nationalité d'un même Etat, le droit de cet Etat est applicable.

Art. 67

2. Moment déterminant

¹ Pour déterminer le droit applicable à l'établissement, à la constatation ou à la contestation de la filiation, on se fondera sur la date de la naissance.

² Toutefois, en cas de constatation ou de contestation judiciaire de la filiation, on se fondera sur la date de l'action si un intérêt prépondérant de l'enfant le justifie.

Art. 68

III. Décisions étrangères

Les décisions étrangères relatives à l'établissement ou à la contestation de la filiation sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, dans l'Etat du domicile de la mère ou du père, ou dans l'Etat national de l'enfant ou de l'un des parents.

Section 2: Reconnaissance et légitimation**Art. 69**

1. Reconnaissance
1. Compétence

¹ Sont compétentes pour recevoir une reconnaissance d'enfant les autorités suisses du lieu de la naissance ou de la résidence habituelle de l'enfant, ainsi que celles du domicile ou du lieu d'origine de la mère ou du père.

² Les tribunaux compétents pour juger de la contestation de la reconnaissance sont ceux désignés par les articles 64 et 65.

Art. 70

2. Droit applicable

¹ La reconnaissance en Suisse est valable si elle est conforme au droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, du domicile de la mère ou du père ou de l'Etat national de l'un des parents. La date de la reconnaissance est déterminante.

² La forme de la reconnaissance en Suisse est régie par le droit suisse.

³ La contestation de la reconnaissance est régie par le droit suisse.

Art. 71

3. Reconnaissance intervenue à l'étranger

¹ La reconnaissance d'un enfant intervenue à l'étranger est reconnue en Suisse lorsqu'elle est valable dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, dans l'Etat du domicile de la mère ou du père ou dans l'Etat national de l'un des parents.

² Les décisions étrangères sur la contestation de la reconnaissance sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'un des Etats mentionnés au premier alinéa.

Art. 72

II. Légitimation

L'article 71 s'applique par analogie à la légitimation intervenue à l'étranger.

Section 3: Adoption

Art. 73

I. Compétence
1. Principe

¹ Sont compétentes pour prononcer l'adoption, les autorités judiciaires ou administratives suisses du domicile de l'adoptant ou des époux adoptants.

² Les tribunaux compétents pour juger de la contestation de l'adoption sont ceux désignés par les articles 64 et 65.

Art. 74

2. For d'origine

Sont compétentes pour prononcer l'adoption, les autorités judiciaires ou administratives du lieu d'origine, lorsque l'adoptant ou les époux adoptants ne sont pas domiciliés en Suisse et que l'un d'eux est suisse et lorsqu'ils ne peuvent pas adopter à leur domicile à l'étranger, ou que l'on ne saurait raisonnablement exiger qu'ils y engagent une procédure d'adoption.

Art. 75

II. Droit applicable

¹ Les conditions de l'adoption prononcée en Suisse sont régies par le droit suisse.

² Lorsqu'il apparaît qu'une adoption ne serait pas reconnue dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants, et qu'il en résulterait un grave préjudice pour l'enfant, l'autorité tient compte en outre des conditions posées

par le droit de l'Etat en question; si malgré cela, la reconnaissance ne paraît pas assurée, l'adoption ne doit pas être prononcée.

³ L'action en annulation d'une adoption prononcée en Suisse est régie par le droit suisse. Une adoption prononcée à l'étranger ne peut être annulée en Suisse que s'il existe aussi un motif d'annulation du droit suisse.

Art. 76

III. Adoptions et
actes analogues
étrangers

¹ Les adoptions prononcées à l'étranger sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été prononcées dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants.

² Les adoptions du droit étranger ou les actes analogues intervenus à l'étranger et qui ont des effets essentiellement différents du lien de filiation au sens du droit suisse, ne sont reconnus en Suisse qu'avec les effets qui leur sont attachés dans l'Etat dans lequel ils ont été prononcés.

Section 4: Effets de la filiation

Art. 77

I. Compétence
1. Principe

¹ Les tribunaux suisses de la résidence habituelle de l'enfant ou ceux du domicile, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du parent défendeur, sont compétents pour connaître d'une action relative aux relations entre parents et enfant, notamment d'une action relative à l'entretien de l'enfant.

² Sont réservées les dispositions de la présente loi sur le nom, la protection des mineurs et les successions.

Art. 78

2. For d'origine

Lorsque ni l'enfant ni le parent défendeur n'ont de domicile ou de résidence habituelle en Suisse et que l'un d'eux est suisse, les tribunaux du lieu d'origine sont compétents.

Art. 79

3. Prétention de
tiers

Les tribunaux suisses sont aussi compétents pour connaître:

- a. Des demandes en prestations alimentaires émanant des autorités qui ont fourni des avances;
- b. Des demandes de la mère en prestation d'entretien et en remboursement des dépenses occasionnées par la naissance.

Art. 80

II. Droit applicable
1. Principe

¹ Les relations entre parents et enfant sont régies par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant.

² Toutefois, si aucun des parents n'est domicilié dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et si les parents et l'enfant ont la nationalité d'un même Etat, le droit de cet Etat est applicable.

³ Sont réservées les dispositions de la présente loi sur le nom, la protection des mineurs et les successions.

Art. 81

2. Obligation alimentaire

¹ L'obligation alimentaire entre parents et enfant est régie par la convention de La Haye du 2 octobre 1973¹⁾ sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

² Dans la mesure où les droits à l'entretien de la mère et le remboursement des dépenses occasionnées par la naissance ne sont pas réglés par ladite convention, ses dispositions s'appliquent par analogie.

Art. 82

III. Décisions étrangères

¹ Les décisions étrangères relatives aux relations entre parents et enfant sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant ou dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle du parent défendeur.

² Sont réservées les dispositions de la présente loi sur le nom, la protection des mineurs et les successions.

Chapitre 5: Tutelle et autres mesures protectrices**Art. 83**

¹ En matière de protection des mineurs, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, la loi applicable et la reconnaissance des décisions ou mesures étrangères, sont régies par la convention de La Haye du 5 octobre 1961²⁾ concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs.

² La convention s'applique par analogie aux personnes qui sont majeures ou qui sont mineures au sens du seul droit suisse ou aux personnes qui n'ont pas leur résidence habituelle dans un Etat contractant.

¹⁾ RS 0.211.213.01

²⁾ RS 0.211.231.01

³ Les autorités judiciaires ou administratives suisses sont compétentes lorsque la protection d'une personne ou de ses biens l'exige.

Chapitre 6: Droit successoral

Art. 84

I. Compétence
1. Principe

¹ Sont compétentes pour prendre les mesures nécessaires au règlement de la succession et connaître des litiges successoraux, les autorités judiciaires ou administratives suisses du dernier domicile du défunt.

² Est réservée la compétence exclusive revendiquée par l'Etat du lieu de situation des immeubles.

Art. 85

2. For d'origine

¹ Sont compétentes pour régler la succession d'un Suisse domicilié à l'étranger à son décès, les autorités judiciaires ou administratives du lieu d'origine, dans la mesure où les autorités étrangères s'en désintéressent.

² Les autorités du lieu d'origine d'un Suisse domicilié à l'étranger à son décès sont toujours compétentes pour régler la part de la succession sise en Suisse si, par testament ou pacte successoral, le défunt avait soumis l'ensemble ou la part suisse de sa succession à la compétence ou au droit suisse.

Art. 86

3. For du lieu de situation

¹ Si un étranger, domicilié à l'étranger à son décès, laisse des biens en Suisse, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu de situation sont compétentes dans la mesure où les autorités étrangères se désintéressent de la part de la succession sise en Suisse.

² Est compétente l'autorité suisse saisie la première.

Art. 87

4. Mesures conservatoires

Si le défunt avait son dernier domicile à l'étranger et laisse des biens en Suisse, les autorités suisses du lieu de situation de ces biens prennent toutes mesures conservatoires utiles.

Droit international privé

Art. 88

II. Droit applicable
1. Dernier domicile en Suisse

¹ La succession d'une personne qui avait son dernier domicile en Suisse est régie par le droit suisse.

² Un étranger peut toutefois soumettre sa succession par testament ou pacte successoral au droit de l'un de ses Etats nationaux. Ce choix est caduc si, au moment de son décès, le disposant n'a plus cette nationalité ou a acquis la nationalité suisse.

Art. 89

2. Dernier domicile à l'étranger

¹ La succession d'une personne qui a eu son dernier domicile à l'étranger est régie par le droit que désignent les règles de conflit de l'Etat dans lequel le défunt était domicilié.

² Dans la mesure où les autorités judiciaires ou administratives suisses sont compétentes en vertu de l'article 85, la succession d'un défunt suisse dont le dernier domicile a été à l'étranger, est régie par le droit suisse.

Art. 90

3. Domaine du statut successoral et procédure de liquidation

¹ Le droit applicable à la succession détermine quelles mesures peuvent être ordonnées en matière d'administration successorale et à quelles conditions.

² Les modalités d'exécution sont régies par le droit de l'autorité compétente. Ce droit régit également les mesures conservatoires et la liquidation, y incluse l'exécution testamentaire.

Art. 91

4. Forme

¹ La validité des testaments est régie quant à la forme par la convention de La Haye du 5 octobre 1961¹⁾ sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires.

² Cette convention s'applique par analogie à la forme d'autres dispositions pour cause de mort.

Art. 92

5. Capacité de disposer

Une personne peut disposer pour cause de mort si, au moment de disposer, elle en a la capacité en vertu du droit de l'Etat de son domicile ou de sa résidence habituelle, ou en vertu du droit de l'un de ses Etats nationaux.

¹⁾ RS 0.211.312.1

Art. 93

6. Pactes
successoraux et
autres disposi-
tions
réciproques
pour cause de
mort

¹ Le pacte successoral est régi par le droit de l'Etat dans lequel le disposant est domicilié au moment de la conclusion du pacte.

² Si, dans le pacte, un disposant soumet toute sa succession à son droit national, celui-ci s'applique en lieu et place du droit du domicile.

³ Les dispositions réciproques pour cause de mort sont valables si elles sont conformes au droit du domicile de chacun des disposants ou à un droit national commun qu'ils ont choisi.

Art. 94

III. Décisions,
mesures et
documents
étrangers

¹ Les décisions, les mesures ou les documents relatifs à une succession, de même que les droits découlant d'une succession ouverte à l'étranger, sont reconnus en Suisse:

- a. Lorsqu'ils ont été rendus, dressés ou constatés dans l'Etat du dernier domicile du défunt ou dans l'Etat au droit duquel le défunt a soumis sa succession ou s'ils sont reconnus dans un de ces Etats, ou
- b. Lorsqu'ils se rapportent à des immeubles et ont été rendus, dressés ou constatés dans l'Etat dans lequel ces biens sont situés ou s'ils sont reconnus dans cet Etat.

² Dans le cas d'un immeuble sis dans un Etat qui revendique une compétence exclusive, seules les décisions ou mesures émanant de cet Etat sont reconnues.

³ Les mesures conservatoires prises dans l'Etat de la situation de biens du défunt sont reconnues en Suisse.

Chapitre 7: Droits réels**Art. 95**

I. Compétence
1. Immeubles

Les tribunaux du lieu de situation des immeubles en Suisse sont exclusivement compétents pour connaître des actions réelles immobilières.

Art. 96

2. Meubles

¹ Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur, sont compétents pour connaître des actions réelles mobilières.

² Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence habituelle en Suisse, les tribunaux suisses du lieu de situation des biens sont compétents.

- Art. 97**
3. Propriété intellectuelle Les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou, à défaut de domicile, ceux du lieu pour lequel la protection est demandée, sont compétents pour connaître des actions relatives à l'existence des droits de propriété intellectuelle et aux droits réels s'y rapportant.
- Art. 98**
- II. Droit applicable
1. Immeubles Les droits réels immobiliers sont régis par le droit du lieu de situation de l'immeuble.
- Art. 99**
2. Meubles
a. Principe ¹ L'acquisition et la perte de droits réels mobiliers sont régies par le droit du lieu de situation du meuble au moment des faits sur lesquels se fonde l'acquisition ou la perte.
² Le contenu et l'exercice de droits réels mobiliers sont régis par le droit du lieu de situation du meuble.
- Art. 100**
- b. Biens en transit Le droit de l'Etat de destination régit l'acquisition et la perte, par des actes juridiques, de droits réels sur des biens en transit.
- Art. 101**
- c. Biens transportés en Suisse ¹ Lorsqu'un bien meuble est transporté de l'étranger en Suisse et que l'acquisition ou la perte de droits réels n'est pas encore intervenue à l'étranger, les faits survenus à l'étranger sont réputés s'être réalisés en Suisse.
² Lorsque parvient en Suisse un bien sur lequel a été constituée à l'étranger une sûreté mobilière ne répondant pas aux conditions du droit suisse, celle-ci conserve néanmoins son effet pendant trois mois.
- Art. 102**
- d. Réserve de propriété d'un bien à transporter à l'étranger La réserve de propriété constituée sur une chose mobilière destinée à l'exportation est régie par le droit de l'Etat de destination.
- Art. 103**
- e. Election de droit ¹ Les parties peuvent soumettre l'acquisition et la perte de droits réels mobiliers au droit de l'Etat d'expédition ou de destination ou au droit qui régit l'acte juridique de base.
² L'élection de droit n'est pas opposable aux tiers.

Art. 1043. Propriété
intellectuelle

Les droits de propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour lequel la protection est demandée.

Art. 1054. Règles
spécialesa. Mise en gage
de créances, de
papiers-valeurs
et d'autres droits

¹ La mise en gage de créances, de papiers-valeurs ou d'autres droits, est régie par le droit choisi par les parties. Cette élection de droit n'est pas opposable aux tiers.

² A défaut d'élection de droit, la mise en gage des créances et des papiers-valeurs est régie par le droit de l'Etat de la résidence habituelle du créancier gagiste. La mise en gage d'autres droits est régie par le droit qui s'applique aux droits mis en gage.

³ Le débiteur ne peut se voir opposer un autre droit que celui qui régit le droit mis en gage.

Art. 106b. Titres repré-
sentatifs de
marchandises

¹ Le droit désigné dans un titre détermine si ce titre représente la marchandise. A défaut de désignation, la question est régie par le droit de l'Etat dans lequel l'émetteur a son établissement.

² Lorsque le titre représente la marchandise, les droits réels relatifs au titre et à la marchandise sont régis par le droit applicable au titre en tant que bien mobilier.

³ Lorsque plusieurs personnes font valoir des droits réels sur la marchandise, les uns directement, les autres en vertu d'un titre, le droit applicable à la marchandise même détermine lequel de ces droits prévaut.

Art. 107c. Moyens de
transport

Sont réservées les dispositions d'autres lois relatives aux droits réels sur les navires, aéronefs ou autres moyens de transport.

Art. 108III. Décisions
étrangères

¹ Les décisions étrangères en matière de droits réels immobiliers sont reconnues en Suisse, lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat dans lequel le bien est situé ou lorsqu'elles sont reconnues dans cet Etat.

² Les décisions étrangères en matière de droits réels mobiliers sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile du défendeur, ou dans celui de sa résidence habituelle si ces décisions ont été rendues dans l'Etat dans lequel sont situés les biens, ou dans l'Etat du for prorogé.

³ Les décisions étrangères en matière de propriété intellectuelle sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat pour lequel la protection a été demandée, à moins que le défendeur ne soit domicilié en Suisse.

Chapitre 8: Droit des obligations

Section 1: Contrats

Art. 109

I. Compétence
1. Principe

¹ Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des actions découlant d'un contrat.

² Les tribunaux suisses du lieu où le défendeur a son établissement sont aussi compétents pour connaître des actions relatives à une obligation découlant de l'exploitation de cet établissement.

Art. 110

2. Lieu d'exécution

Lorsque le défendeur n'a ni domicile ou résidence habituelle, ni établissement en Suisse, mais que la prestation litigieuse doit être exécutée en Suisse, l'action peut être portée devant le tribunal suisse du lieu d'exécution.

Art. 111

3. Contrats conclus par des consommateurs

¹ L'action intentée par un consommateur peut être portée, au choix de ce dernier, soit devant le tribunal suisse de son domicile ou de sa résidence habituelle, soit devant le tribunal suisse du domicile ou, à défaut de domicile, de la résidence habituelle du fournisseur.

² Le consommateur ne peut pas renoncer d'avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle.

Art. 112

4. Contrats de travail

¹ Les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou du lieu de travail sont compétents pour connaître des actions relatives au contrat de travail.

² L'action intentée par un travailleur peut, de surcroît, être portée au for de son domicile ou de sa résidence habituelle en Suisse.

Art. 113

II. Droit applicable
 1. En général
 a. Election de droit

¹ Le contrat est régi par le droit choisi par les parties.

² L'élection de droit doit être expresse ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause; elle est régie en outre par le droit choisi.

³ L'élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure à la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat sous réserve des droits des tiers.

Art. 114

b. Absence d'élection de droit

¹ A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits; ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle, son établissement.

² La prestation caractéristique est notamment:

- a. La prestation de l'aliénateur, dans les contrats d'aliénation;
- b. La prestation de la partie qui confère l'usage, dans les contrats portant sur l'usage d'une chose ou d'un droit;
- c. La prestation de service, dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service;
- d. La prestation du dépositaire, dans le contrat de dépôt;
- e. La prestation du garant ou de la caution, dans les contrats de garantie ou de cautionnement.

Art. 115

2. En particulier
 a. Vente mobilière

¹ Les ventes mobilières sont régies par la convention de La Haye du 15 juin 1955¹⁾ sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

² Est réservé l'article 117.

Art. 116

b. Immeubles

¹ Les contrats relatifs aux immeubles ou à leur usage sont régis par le droit du lieu de leur situation; l'élection de droit est admise.

² Toutefois, la forme du contrat est exclusivement régie par le droit de l'Etat dans lequel l'immeuble est situé, sous réserve de

¹⁾ RS 0.221.211.4

Droit international privé

l'admission par celui-ci d'un autre droit. Pour l'immeuble sis en Suisse, la forme est régie par le droit suisse.

Art. 117

c. Contrats
conclus par les
consommateurs

¹ Les contrats portant sur une prestation faite pour l'usage personnel ou familial du consommateur sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur:

- a. Si le co-contractant a reçu la commande dans cet Etat;
- b. Si la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou
- c. Si le consommateur a été incité par son co-contractant à se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer la commande.

² La forme est exclusivement régie par le droit applicable en vertu de cette disposition aux contrats conclus par des consommateurs.

³ L'élection d'un droit est exclue.

Art. 118

d. Contrats de
travail

¹ Le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

² Si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement ou, à défaut d'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur.

³ Les parties peuvent soumettre le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle.

Art. 119

e. Propriété
intellectuelle

¹ Les contrats portant sur la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour lequel le droit de propriété intellectuelle est transféré ou un droit d'utilisation a été concédé.

² Si l'acquéreur ou l'utilisateur doit exercer ses droits dans plusieurs Etats, le droit de l'Etat de son établissement ou, à défaut d'établissement, de son domicile ou de sa résidence habituelle, est applicable.

³ L'élection de droit est admise.

⁴ Les contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle liés à l'activité d'un travailleur sont régis par le droit applicable au contrat de travail.

Art. 120

3. Dispositions communes
a. Silence

Pour invoquer qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer au droit de l'Etat de sa résidence habituelle.

Art. 121

b. Forme

¹ Le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions du droit applicable au contrat ou du droit du lieu de conclusion.

² La forme d'un contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans des Etats différents est valable si elle satisfait aux conditions du droit de l'un de ces Etats.

³ La forme du contrat est exclusivement régie par le droit qui lui est applicable lorsque, pour protéger une partie, ce droit prescrit impérativement le respect d'une forme déterminée.

Art. 122

c. Mesures d'exécution ou de vérification

Les mesures d'exécution ou de vérification sont régies par le droit de l'Etat dans lequel elles sont effectivement prises.

Art. 123

d. Représentation

¹ Dans la représentation contractuelle, les rapports entre représenté et représentant sont régis par le droit applicable à leur contrat.

² Les conditions auxquelles les actes du représentant lient représenté et tiers contractant sont régies par le droit de l'Etat de l'établissement du représentant ou, à défaut d'un tel établissement ou si son existence n'est pas reconnaissable au tiers contractant, par le droit de l'Etat dans lequel le représentant déploie son activité dans le cas d'espèce.

³ Lorsque le représentant est lié au représenté par un contrat de travail et n'a pas d'établissement commercial propre, son établissement est réputé se trouver au siège du représenté.

⁴ Le droit déterminé au 2^o alinéa régit également les rapports entre le représentant sans pouvoir et le tiers.

Section 2: Enrichissement illégitime

Art. 124

- I. Compétence Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle ou de l'établissement du défendeur sont compétents pour connaître des actions en enrichissement illégitime.

Art. 125

- II. Droit applicable
- ¹ Les prétentions fondées sur l'enrichissement illégitime sont soumises au droit qui régit le rapport juridique existant ou supposé, en vertu duquel l'enrichissement s'est produit.
- ² Faute d'un tel rapport, ces prétentions sont soumises au droit de l'Etat qui régit l'acte ayant produit l'enrichissement.

Section 3: Actes illicites

Art. 126

- I. Compétence
1. En général ¹ Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle ou de l'établissement du défendeur sont compétents pour connaître des actions relatives à un acte illicite.
- ² Lorsque le défendeur n'a ni domicile ou résidence habituelle, ni établissement en Suisse, l'action peut être portée au lieu de l'acte ou du résultat.

Art. 127

2. En particulier Les actions:
- a. Pour atteinte à la personnalité seront portées devant les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou du demandeur;
 - b. Pour contrefaçon d'une marque de fabrique ou de commerce ou pour fausse désignation de provenance, seront portées devant les tribunaux suisses du domicile du défendeur ou, s'il n'en a pas, de son domicile élu; à défaut, devant les tribunaux dans le ressort desquels se trouve l'office fédéral de la propriété intellectuelle (art. 30 LMF¹⁾);
 - c. Pour violation d'un brevet d'invention, seront portées devant les tribunaux désignés à l'article 75 de la loi fédérale du 25 juin 1954²⁾ sur les brevets d'invention;

¹⁾ RS 232.11

²⁾ RS 232.14

- d. Pour dommages résultant d'une entrave illicite à la concurrence, seront portées devant les tribunaux suisses désignés à l'article 7 de la loi fédérale du 20 décembre 1962¹⁾ sur les cartels et organisations analogues;
- e. Pour dommages survenus par suite de l'exploitation d'une installation atomique ou lors du transport de combustibles nucléaires ou de résidus radioactifs, seront portées devant les tribunaux désignés à l'article 26 de la loi fédérale du 23 décembre 1959²⁾ sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique et la protection contre les radiations.

Art. 128

3. Action directe
contre l'assureur

L'action directe contre l'assureur de la responsabilité civile peut être portée devant les tribunaux suisses, soit du lieu de l'établissement de l'assureur en Suisse, soit du lieu de l'acte ou du résultat.

Art. 129

II. Droit
applicable
1. En général

¹ Lorsque l'auteur et le lésé ont leur résidence habituelle dans le même Etat, les prétentions fondées sur un acte illicite sont régies par le droit de cet Etat.

² Lorsque l'auteur et le lésé n'ont pas de résidence habituelle dans le même Etat, ces prétentions sont régies par le droit de l'Etat dans lequel l'acte illicite a été commis. Toutefois, si le résultat s'est produit dans un autre Etat, le droit de cet Etat est applicable si l'auteur a pu prévoir que le résultat se produirait dans cet Etat.

³ Nonobstant les alinéas précédents, lorsqu'un acte illicite constitue la violation d'un rapport juridique préexistant entre auteur et lésé, les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique.

⁴ L'auteur du dommage et le lésé peuvent, après l'évènement dommageable, convenir à tout moment de l'application du droit du for.

Art. 130

2. En particulier
a. Accidents de
la circulation
routière

Les prétentions résultant d'accidents de la circulation routière sont régies par la convention de La Haye du 4 mai 1971³⁾ sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière.

¹⁾ RS 251

²⁾ RS 732

³⁾ Pas encore en vigueur pour la Suisse.

Art. 131

b. Responsabilité du fait d'un produit

¹ Les prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies au choix du lésé:

- a. Par le droit de l'Etat dans lequel l'auteur a son établissement ou, à défaut d'établissement, sa résidence habituelle, ou
- b. Par le droit de l'Etat dans lequel le produit a été acquis, sauf si l'auteur prouve que le produit a été mis dans le commerce dans cet Etat sans son consentement.

² Si des prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies par le droit étranger, on ne peut en Suisse accorder d'autres dommages et intérêts que ceux qui seraient alloués pour un tel dommage en vertu du droit suisse.

³ Est réservé l'article 129, 3^e alinéa.

Art. 132

c. Concurrence déloyale

¹ Les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat s'est produit.

² Si l'acte affecte exclusivement les intérêts d'entreprise d'un concurrent déterminé, le droit applicable sera celui du siège de l'établissement lésé.

³ Est réservé l'article 129, 3^e alinéa.

Art. 133

d. Entrave à la concurrence

¹ Les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel l'entrave produit directement ses effets sur le lésé.

² Si des prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit étranger, on ne peut, en Suisse, accorder d'autres dommages et intérêts que ceux qui seraient alloués pour une entrave à la concurrence en vertu du droit suisse.

Art. 134

e. Immissions

Les prétentions résultant des immissions dommageables provenant d'un immeuble sont régies, au choix du lésé, par le droit de l'Etat dans lequel l'immeuble est situé ou par le droit de l'Etat dans lequel le résultat s'est produit.

Art. 135

f. Atteinte à la personnalité

Les prétentions fondées sur une atteinte publique à la personnalité par la voix de la presse, de la radio, de la télévision ou de tout autre moyen public d'information publique sont régies, au choix du lésé:

- a. Par le droit de l'Etat dans lequel le lésé a sa résidence habituelle;
- b. Par le droit de l'Etat dans lequel l'auteur de l'atteinte a son établissement ou sa résidence habituelle, ou
- c. Par le droit de l'Etat dans lequel l'atteinte a produit ses effets.

Art. 1363. Règles spéciales
a. Pluralité d'auteurs

Si plusieurs personnes ont participé à un acte illicite, le droit applicable sera déterminé séparément pour chacune d'elles, quel qu'ait été leur rôle.

Art. 137

b. Action directe contre l'assureur

Le lésé peut diriger l'action directement contre l'assureur du responsable si le droit applicable à l'acte illicite ou le droit applicable au contrat d'assurance le prévoit.

Art. 138

4. Domaine du droit applicable

¹ Le droit applicable à l'acte illicite détermine notamment la capacité délictuelle, les conditions et l'étendue de la responsabilité, ainsi que la personne du responsable.

² Les règles de sécurité et de comportement du lieu de l'acte sont prises en considération.

Section 4: Dispositions communes concernant les obligations

Art. 1391. Pluralité de dettes
1. Prétentions contre plusieurs débiteurs

Lorsque le créancier peut faire valoir sa créance contre plusieurs débiteurs, les conséquences qui en découlent se déterminent en vertu du droit qui régit les rapports entre le créancier et le débiteur recherché.

Art. 140

2. Recours entre co-débiteurs

¹ Un débiteur n'a un droit de recours contre un co-débiteur, directement ou par subrogation, que dans la mesure où les droits régissant les deux dettes l'admettent.

² L'exercice du recours contre un co-débiteur est régi par le droit applicable à la dette de ce co-débiteur envers le créancier. Les questions qui concernent exclusivement les rapports entre le créancier et le débiteur recourant sont régies par le droit applicable à la dette de ce dernier.

³ Le recours d'une institution chargée d'une tâche publique est régi par le droit applicable à cette institution.

Art. 141

II. Transfert de créances
1. Cession contractuelle

¹ La cession contractuelle est régie par le droit choisi par les parties ou, à défaut de choix, par le droit applicable à la créance cédée; le choix fait par le cédant et le cessionnaire n'est pas opposable au débiteur sans son approbation.

² L'élection de droit relative à la cession d'une créance d'un travailleur n'est valable que dans la mesure où l'article 118, 3^e alinéa, relatif au contrat de travail l'admet. Pour la cession d'une prestation sociale, l'élection de droit est exclue.

³ La forme de la cession est exclusivement régie par le droit applicable au contrat de cession.

⁴ Les questions concernant exclusivement les relations entre cédant et cessionnaire sont régies par le droit applicable au rapport juridique à la base de la cession.

Art. 142

2. Cession légale

¹ La cession légale est régie par le droit qui régit le rapport originnaire entre l'ancien et le nouveau créancier et, en l'absence d'un tel rapport, par le droit qui régit la créance.

² Sont réservées les dispositions du droit régissant la créance destinées à protéger le débiteur.

Art. 143

III. Monnaie

¹ La monnaie est définie par le droit de l'Etat d'émission.

² La portée qu'une monnaie a sur l'étendue de l'obligation est déterminée par le droit applicable à la dette.

³ Le droit de l'Etat dans lequel le paiement doit être effectué détermine dans quelle monnaie ce paiement doit être fait.

Art. 144

IV. Prescription et extinction des créances

¹ Le droit applicable à la créance en régit l'extinction, y compris la prescription.

² En cas d'extinction par compensation, le droit applicable est celui de la créance à laquelle la compensation est opposée.

³ La novation, la remise de dette et le contrat de compensation, sont régis par les dispositions de la présente loi déterminant le droit applicable en matière de contrats.

Section 5: Décisions étrangères

Art. 145

¹ Les décisions étrangères relatives à une créance du droit des obligations seront reconnues en Suisse:

- a. Lorsque la décision a été rendue dans l'Etat du domicile du défendeur, ou
- b. Lorsque la décision a été rendue dans l'Etat de la résidence habituelle du défendeur, pour autant que les créances se rapportent à une activité exercée dans cet Etat.

² Elles sont en outre reconnues:

- a. Lorsque la décision porte sur une obligation contractuelle, qu'elle a été rendue dans l'Etat de l'exécution et que le défendeur n'était pas domicilié en Suisse;
- b. Lorsque la décision porte sur une prétention relative à un contrat conclu par un consommateur et qu'elle a été rendue au domicile ou à la résidence habituelle du consommateur;
- c. Lorsque la décision porte sur une prétention relevant d'un contrat de travail et qu'elle a été rendue, soit au lieu de l'exploitation, soit au lieu de travail et que le travailleur n'était pas domicilié en Suisse;
- d. Lorsque la décision porte sur une prétention relevant d'un établissement et qu'elle a été rendue au siège de l'établissement;
- e. Lorsque la décision porte sur un enrichissement illégitime, qu'elle a été rendue au lieu de l'acte ou au lieu du résultat et que le défendeur n'était pas domicilié en Suisse, ou
- f. Lorsque la décision porte sur une obligation délictuelle, qu'elle a été rendue au lieu de l'acte ou au lieu du résultat et que le défendeur n'était pas domicilié en Suisse.

Chapitre 9: Droit des sociétés

Art. 146

¹ Toutes les sociétés de personnes organisées et tous les patrimoines organisés sont réputés sociétés au sens de la présente loi.

² Les sociétés simples qui ne sont pas dotées d'une organisation sont régies par les dispositions de la présente loi applicables aux contrats.

³ Le siège d'une société est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société. A défaut de désignation, le siège d'une société se trouve dans le lieu où elle est administrée en fait.

Art. 147

II. Compétence
1. Principe

¹ Lors de différends relevant du droit des sociétés, les tribunaux suisses du siège de la société sont compétents pour connaître des actions contre la société, les sociétaires ou les personnes responsables en vertu du droit des sociétés.

² Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur, sont également compétents pour connaître des actions contre un sociétaire ou une autre personne responsable en vertu du droit des sociétés.

³ Nonobstant une élection de for, les tribunaux suisses du lieu d'émission sont en outre compétents lorsque l'action en responsabilité est fondée sur l'émission de titres de participation et d'emprunts.

Art. 148

2. Responsabilité
pour une société
étrangère

Sont compétents pour connaître des actions dirigées contre une personne responsable en vertu de l'article 154 ou contre la société étrangère pour laquelle cette personne agit:

- a. Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur, ou
- b. Les tribunaux suisses du lieu où la société est dirigée en fait.

Art. 149

III. Droit
applicable
1. Principe

¹ Les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet Etat.

² La société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'Etat dans lequel elle est dirigée en fait.

Art. 150

2. Domaine
d'application

Sous réserve des articles 151 à 156, le droit applicable à la société régit notamment:

- a. La nature juridique de la société;
- b. La constitution et la dissolution;
- c. La jouissance et l'exercice des droits civils;
- d. Le nom ou la raison sociale;
- e. L'organisation;
- f. Les rapports internes tels que les rapports entre la société et ses membres;
- g. La responsabilité pour violation des prescriptions du droit des sociétés;
- h. La responsabilité pour les dettes de la société, et
- i. Le pouvoir de représentation des personnes agissant pour la société, conformément à son organisation.

Art. 151

IV. Rattachements spéciaux
 1. Prétentions découlant de l'émission de titres de participation et d'emprunts

Les prétentions fondées sur l'émission de titres de participation et d'emprunts au moyen de prospectus, circulaires ou autres publications analogues, sont régis soit par le droit applicable à la société, soit par le droit de l'Etat d'émission.

Art. 152

2. Protection du nom et de la raison sociale

¹ La protection du nom et de la raison sociale des sociétés inscrites au registre suisse du commerce contre les atteintes portées à l'étranger est régie par le droit suisse.

² A défaut d'inscription au registre suisse du commerce, la protection du nom et de la raison sociale est régie par le droit applicable à la concurrence déloyale ou aux atteintes à la personnalité.

Art. 153

3. Restriction des pouvoirs de représentation

La société ne peut pas invoquer des restrictions du pouvoir de représentation d'un organe ou d'un représentant inconnues du droit de l'Etat de l'établissement ou de la résidence habituelle de l'autre partie; à moins que celle-ci ait connu ou dû connaître ces restrictions.

Art. 154

4. Responsabilité pour les dettes d'une société étrangère

Lorsque les activités d'une société créée en vertu du droit étranger sont exercées en Suisse ou à partir de la Suisse, la responsabilité des personnes qui agissent au nom de cette société est régie par le droit suisse.

Art. 155

V. Succursales
en Suisse de
sociétés étran-
gères

¹ Une société qui a son siège à l'étranger peut avoir une succursale en Suisse. Cette succursale est régie par le droit suisse.

² Le droit suisse régit la représentation d'une telle succursale. L'une au moins des personnes autorisées à représenter ces succursales doit être domiciliée en Suisse et être inscrite au registre du commerce.

³ Le Conseil fédéral édicte les prescriptions particulières concernant l'inscription obligatoire sur le registre du commerce.

Art. 156

VI. Transfert de
siège
1. De l'étranger
en Suisse

¹ Si le droit étranger qui la régit le permet, une société étrangère peut, sans procéder à une liquidation ni à une nouvelle fondation, se soumettre au droit suisse. Elle doit satisfaire aux conditions prescrites par le droit étranger et s'adapter à l'une des formes d'organisation du droit suisse.

² Le Conseil fédéral peut autoriser le changement du statut juridique même si les conditions prescrites par le droit étranger ne sont pas réunies, notamment si des intérêts suisses importants sont en jeu.

³ Une société tenue, en vertu du droit suisse, de se faire inscrire au registre du commerce, est régie par le droit suisse dès qu'elle a apporté la preuve que son centre d'affaires a été transféré en Suisse et qu'elle s'est adaptée au droit suisse.

⁴ Une société qui, en vertu du droit suisse, n'est pas tenue de se faire inscrire au registre du commerce, est régie par le droit suisse dès qu'apparaît clairement sa volonté d'être régie par le droit suisse, qu'elle a un lien suffisant avec la Suisse et qu'elle s'est adaptée au droit suisse.

⁵ Avant de pouvoir se faire inscrire, une société de capitaux est tenue de prouver, en produisant un rapport de révision délivré par un office reconnu à cet effet par le Conseil fédéral, que son capital est couvert conformément au droit suisse.

Art. 157

2. De Suisse à
l'étranger

¹ Une société étrangère peut, sans liquidation et sans procéder à une nouvelle fondation, se soumettre à un droit étranger, en apportant la preuve:

- a. Qu'elle a satisfait aux conditions prescrites par le droit suisse;
- b. Qu'elle continue à exister en vertu du droit étranger, et

c. Qu'elle a lancé un appel public aux créanciers, en les sommant de faire connaître leurs prétentions et en les informant du changement projeté du statut juridique.

² Des poursuites peuvent être engagées en Suisse tant que les dettes n'ont pas été réglées ou garanties.

³ Une société étrangère inscrite en Suisse au registre du commerce ne peut être radiée que si le requérant rend vraisemblable que les dettes ont été réglées ou garanties, ou que les créanciers consentent à la radiation.

⁴ Sont réservées les dispositions relatives aux mesures conservatoires en cas de conflits internationaux au sens de l'article 16 de la loi fédérale du 30 septembre 1955¹⁾ sur la préparation de la défense nationale économique.

Art. 158

VII. Décisions étrangères

¹ Les décisions étrangères relatives à une prétention du droit des sociétés sont reconnues en Suisse:

- a. Lorsqu'elles ont été rendues ou reconnues dans l'Etat du siège de la société;
- b. Lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat dans lequel l'émission de titres de participation ou d'emprunts a été faite, ou
- c. Lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur.

² Les décisions étrangères ne sont pas reconnues lorsque le responsable était domicilié en Suisse.

Chapitre 10: Faillite et concordat

Art. 159

I. Reconnaissance

¹ Une décision de faillite étrangère rendue dans l'Etat du domicile du débiteur est reconnue en Suisse à la réquisition de l'administration de la faillite ou d'un créancier:

- a. Si la décision est exécutoire dans l'Etat où elle a été rendue;
- b. S'il n'y a pas de motifs de refus au sens de l'article 25, et
- c. Si la réciprocité est accordée dans l'Etat où la décision a été rendue.

² Si le débiteur a une succursale en Suisse, la procédure de l'article 50, 1^{er} alinéa, de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite²⁾ est possible jusqu'au moment où l'état de collocation au sens de l'article 165 de la présente loi est définitif.

¹⁾ RS 531.01

²⁾ RS 281.1

Art. 160

II. Procédure
1. Compétence

¹ La requête en reconnaissance de la décision de faillite étrangère est portée devant le tribunal du lieu de situation des biens en Suisse.

² S'il y a des biens dans plusieurs lieux, le tribunal saisi le premier est compétent.

³ Les créances du débiteur failli sont réputées sises au domicile du débiteur du failli.

Art. 161

2. Mesures
conservatoires

Dès le dépôt de la requête en reconnaissance de la décision de faillite étrangère, le tribunal peut, à la demande de la partie instante, ordonner les mesures conservatoires prévues par les articles 162 à 165 de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite¹⁾.

Art. 162

3. Publication

¹ La reconnaissance de la décision de faillite étrangère est publiée.

² La reconnaissance est communiquée à l'office des poursuites et faillites, au conservateur du registre foncier, au préposé au registre du commerce du lieu de situation des biens et, le cas échéant, à l'office fédéral de la propriété intellectuelle. Il en va de même de la fin, de la suspension ou de la révocation de la procédure.

Art. 163

III. Effets
juridiques
1. En général

¹ Pour le patrimoine du débiteur sis en Suisse, la reconnaissance de la décision de faillite étrangère a, sauf dispositions contraires de la présente loi, les effets de la faillite tels que le prévoit le droit suisse.

² Les délais du droit suisse commencent à courir dès la publication de la décision de la reconnaissance.

³ Il n'y a ni assemblée de créanciers ni commission de surveillance.

Art. 164

2. Action
révocatoire

L'action révocatoire est régie par les articles 285 à 292 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite¹⁾. Elle peut également être intentée par l'administration de la faillite étrangère ou par l'un des créanciers légitimés.

¹⁾ RS 281.1

Art. 165

3. Collocation
- ¹ Seuls sont inscrits à l'état de collocation:
- Les créanciers gagistes désignés par l'article 219 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite¹⁾, et
 - Les créanciers non-gagistes des quatre premières classes selon l'article 219, 4^e alinéa, de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite¹⁾ qui ont leur domicile en Suisse.
- ² Seuls les créanciers domiciliés en Suisse peuvent intenter l'action en contestation de l'état de collocation de l'article 250 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite¹⁾.
- ³ Lorsqu'un créancier a déjà été partiellement désintéressé dans une faillite étrangère, le montant qu'il y a obtenu est imputé sur le dividende qui lui revient dans la procédure suisse.

Art. 166

4. Distribution
- a. Reconnaissance de l'état de collocation étranger
- ¹ Après distribution des derniers en vertu de l'article 165, 1^{er} alinéa, de la présente loi, un solde éventuel est délivré à la masse en faillite étrangère ou à ses créanciers légitimés.
- ² Ce solde ne peut être remis qu'après reconnaissance de l'état de collocation étranger.
- ³ Le tribunal suisse compétent pour la reconnaissance de la décision de faillite étrangère l'est aussi pour la reconnaissance de l'état de collocation étranger. Il examine notamment si les créanciers ont été admis équitablement. Les créanciers concernés sont entendus.

Art. 167

- b. Non-reconnaissance de l'état de collocation étranger
- Lorsque l'état de collocation ne peut pas être reconnu, le solde est réparti entre les créanciers de la cinquième classe désignés par l'article 219, 4^e alinéa, de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite¹⁾.

Art. 168

- IV. Concordat et procédure analogue.
Reconnaissance
- Un concordat ou une procédure analogue homologué par une juridiction étrangère est reconnu en Suisse. Les articles 159 à 163 s'appliquent par analogie. Les créanciers domiciliés en Suisse sont entendus.

¹⁾ RS 281.1

Chapitre 11: L'arbitrage international**Art. 169**

I. Champ d'application

¹ Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage dès que le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et qu'au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse.

² Les parties en cause ou l'institution d'arbitrage désignée par elles ou, à défaut, les arbitres conviennent du siège du tribunal arbitral.

Art. 170

II. Arbitrabilité

¹ Peut faire l'objet d'un arbitrage toute cause qui est de nature patrimoniale.

² L'Etat ou l'entreprise dominée ou l'organisation contrôlée par l'Etat partie à une convention d'arbitrage, ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige visé par la convention d'arbitrage.

Art. 171

III. Convention d'arbitrage

¹ La convention d'arbitrage doit être faite par écrit, par télégramme ou télex.

² Toute convention d'arbitrage est valable quant au fond, si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse.

³ La validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal serait non valable ou que la convention d'arbitrage concernerait un litige non encore né.

Art. 172

IV. Litispendance

L'instance arbitrale est pendante dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres désignés dans la convention d'arbitrage ou, à défaut d'une telle désignation dans la convention, dès que l'une des parties institue la procédure de constitution du tribunal arbitral.

Art. 173

V. Procédure

¹ Les parties conviennent de la procédure à suivre, soit directement, soit par référence au règlement d'une institution d'arbitrage ou à un droit de procédure. Sont réservés les articles 175 à 177.

² Si les parties n'ont pas réglé la procédure, il appartiendra au tribunal arbitral de la fixer; subsidiairement, le droit du canton dans lequel le tribunal arbitral a son siège est applicable par analogie.

Art. 174

VI. Concours du juge civil

¹ Lorsqu'un juge suisse est désigné comme autorité pour nommer un arbitre, il donne suite à la demande de nomination qui lui est adressée, à moins qu'un examen sommaire ne démontre qu'il n'existe entre les parties aucune convention d'arbitrage.

² Lorsque le concours du juge civil est nécessaire, il appartient au juge du canton dans lequel le tribunal a son siège de prendre les mesures qui s'imposent.

Art. 175

VII. Sentences en équité

Les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à statuer en équité.

Art. 176

VIII. Contestation de la compétence

¹ Lorsqu'une partie entend contester la compétence du tribunal arbitral, l'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond.

² Si elle est contestée, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente. S'il apparaît que l'exception d'incompétence est trop liée aux faits de la cause pour être jugée séparément, elle sera jugée avec la sentence sur le fond.

Art. 177IX. Moyens de recours
1. Principe

¹ La décision sur la compétence peut faire l'objet d'un recours porté devant le tribunal suisse du lieu où siège le tribunal arbitral.

² Toute sentence arbitrale rendue sur le fond peut faire l'objet d'un recours pour déni de justice ou pour arbitraire devant le tribunal suisse du lieu où siège le tribunal arbitral.

³ Les cantons désignent à cette fin une autorité cantonale unique; sa décision n'est susceptible d'aucun recours cantonal.

Art. 178

2. Renonciation

¹ Si les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, après la constitution du tribunal arbitral, déclarer qu'est exclu tout recours devant les tribunaux suisses contre les décisions du tribunal arbitral.

² Toutefois, si une sentence doit être exécutée en Suisse, la convention de New York du 10 juin 1958¹⁾ sur la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie.

Art. 179

X. Dépôt et
certificat de
force exécutoire

¹ Les parties peuvent déposer, à leurs frais, une expédition de la sentence auprès du tribunal suisse du lieu où siège le tribunal arbitral.

² Ce tribunal certifie, sur requête des parties, que la sentence est exécutoire.

³ Si les parties renoncent au dépôt de la sentence, le tribunal certifie, sur demande d'une partie, que la sentence a été rendue en Suisse conformément aux dispositions de la présente loi; un tel certificat vaut dépôt.

Art. 180

XI. Sentences
arbitrales
étrangères

La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la convention de New York du 10 juin 1958¹⁾ pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Chapitre 12: Dispositions finales

Section 1: Abrogation et modification de dispositions actuelles

Art. 181

I. Abrogation de
dispositions
actuelles

Sont abrogées dès l'entrée en vigueur de la présente loi:

- a. La loi fédérale du 25 juin 1891²⁾ sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour;

¹⁾ RS 0.277.12

²⁾ RS 2 727; RO 1972 2873, 1977 237

- b. Les articles 418*b*, 2^e alinéa, 935, 2^e alinéa, et 952, 2^e alinéa, du code des obligations¹⁾;
- c. L'article 14 des dispositions finales et transitoires du code des obligations¹⁾;
- d. L'article 85 de la loi fédérale sur la circulation routière²⁾.

Art. 182

II. Modification
du droit actuel

La loi fédérale d'organisation judiciaire³⁾ est modifiée comme il suit:

Art. 43, titre marginal et 1^{er} al.

Motifs de
recours
a. Droit fédéral
et traités

¹ Le recours en réforme est recevable pour violation du droit fédéral, y compris les traités internationaux conclus par la Confédération. Est réservé le recours de droit public pour violation des droits constitutionnels des citoyens.

Art. 43a (nouveau)

b. Droit étranger

¹ Le recours est aussi recevable pour violation du droit étranger applicable en vertu de la loi fédérale du⁴⁾ sur le droit international privé.

² Le recours peut porter sur la non-application ou la fausse application du droit étranger ou sur le fait que le jugement constate, à tort, que le contenu du droit étranger ne peut pas être établi.

Art. 49

b. Décisions
préjudicielles ou
incidentes quant
à la compétence

¹ Le recours en réforme est recevable contre les décisions préjudicielles ou incidentes prises séparément du fond par les juridictions visées à l'article 48, 1^{er} et 2^e alinéas, pour violation des prescriptions de droit fédéral sur la compétence à raison de la matière ou sur la compétence territoriale, soit locale, soit internationale.

² Est exclue du recours la décision cantonale rendue en vertu de l'article 177, 1^{er} alinéa, de la loi fédérale du⁴⁾ sur le droit international privé, sur la compétence d'un tribunal arbitral en matière internationale.

³ Est réservé le recours de droit public pour violation de l'article 59 de la constitution.

¹⁾ RS 220

²⁾ RS 741.01

³⁾ RS 173.110

⁴⁾ RO ...

Section 2: Dispositions transitoires

Art. 183

I. Non-rétro-
activité

¹ Les faits ou actes juridiques qui ont pris naissance et sorti leurs effets avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont régis par l'ancien droit.

² Les faits ou actes qui ont pris naissance dans le passé mais continuent de sortir des effets juridiques, sont régis par l'ancien droit pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. A partir de l'entrée en vigueur de la présente loi, ces effets sont régis par les nouvelles dispositions.

Art. 184

II. Droit
transitoire
1. Compétence

¹ Les autorités judiciaires ou administratives suisses saisies d'actions et requêtes avant l'entrée en vigueur de la présente loi le restent, même si celle-ci ne prévoit plus la compétence suisse.

² Les actions ou requêtes écartées faute de compétence par des autorités judiciaires ou administratives suisses avant l'entrée en vigueur de la présente loi peuvent à nouveau être introduites, après son entrée en vigueur, si la compétence d'une autorité suisse est dorénavant donnée selon la nouvelle loi et que la prétention litigieuse peut encore être invoquée.

Art. 185

2. Droit
applicable

La présente loi détermine le droit applicable aux actions et requêtes qui, au moment où elle entre en vigueur, sont pendantes en première instance.

Art. 186

3. Reconnaiss-
ance et
exécution

Lorsque la requête en reconnaissance ou en exécution d'une décision étrangère était pendante lors de l'entrée en vigueur de la présente loi, ses dispositions régissent les conditions de la reconnaissance et de l'exécution.

Section 3: Référendum et entrée en vigueur

Art. 187

¹ La présente loi est soumise au référendum facultatif.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.