

DROIT INTERNATIONAL PRIVE

S.BESSON

Fascicule 1

CONTRAT INTERNATIONAL

Compétence des tribunaux

Exécution des jugements

AVERTISSEMENT

Ce fascicule est un réel *work in progress*; il évolue au fil des années et au gré des besoins des étudiants. Vos suggestions et critiques me seront donc précieuses pour la rédaction de l'édition suivante.

Genève, le 2 février 2004
Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler

TABLE DES MATIERES

Introduction	5
I. Compétence	6
1. En général	6
A. Champ d'application de la CL	6
a. Quant à la matière	6
b. Dans le temps	8
c. Dans l'espace	9
B. Règles de compétence de la CL	12
C. Règles de compétence de la LDIP	14
2. Compétences impératives: baux d'immeubles	14
A. Champ d'application territorial de l'article 16 ch. 1 CL	15
B. Règles de compétence de l'article 16 ch. 1 CL	15
C. LDIP	18
3. Compétences exclusives: élection de for	18
A. Champ d'application de l'article 17 CL	21
B. Règle de compétence de l'article 17 CL	24
a. Conditions de validité: forme	24
b. Conditions de validité: fond	27
c. Effets de la clause	28
C. LDIP	29
4. Compétence générale et compétences alternatives	31
A. Champ d'application de la CL	31
B. Règles de compétence des sections 1 à 4 CL	31
a. For du domicile du défendeur	31
b. For du lieu d'exécution du contrat	32
i) "En matière contractuelle"	32
ii) "L'obligation qui sert de base à la demande"	34
iii) "Lieu où l'obligation [...] a été ou doit être exécutée"	35
iv) En matière de contrat de travail	39
C. LDIP	40
a. For du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur	40
b. For du lieu d'exécution du contrat	40
c. For de la succursale	41

5. Compétences spéciales protectrices	41
5.1 Contrat de consommation	42
A. Champ d'application des articles 13-15 CL	42
i) Parties	42
ii) Nature du contrat	43
iii) Liens territoriaux	44
B. Règles de compétence	45
i) Action contre le consommateur	45
ii) Action contre le fournisseur	45
iii) Election de for	45
C. LDIP	46
i) Action contre le fournisseur	46
ii) Action contre le consommateur	46
iii) Election de for	47
5.2 Contrats d'assurance	47
A. Règles de compétence	48
5.3 Contrat de travail	49
II. Reconnaissance et exécution	49
A. Champ d'application	49
B. Caractéristiques des décisions susceptibles d'exécution et conditions d'exécution selon la CL	52
Annexe 1	55
Annexe 2	56
Annexe 3	61
Annexe 4	63

INTRODUCTION

Un contrat est international lorsqu'il présente un ou plusieurs éléments d'extranéité. Le plus souvent, ce sont les parties qui seront domiciliées dans des Etats différents. Parfois aussi, le contrat, ou partie du contrat, devra être exécuté à l'étranger. Contrairement à la situation en droit des personnes et de la famille, la nationalité étrangère des parties ne suffit pas, à elle seule, à rendre un contrat international.

Face à un contrat international, le juge est, tout d'abord, appelé à se prononcer sur sa compétence (I. ci-dessous). S'il se déclare compétent, il appliquera ses règles de conflits de lois pour déterminer le droit applicable au contrat (II. ci-dessous). Puis, en application du droit ainsi déterminé, il rendra une décision. Cette décision devra souvent être reconnue ou exécutée à l'étranger (III. ci-dessous). Ce sont ces trois aspects du contrat international, à savoir la compétence des tribunaux, le droit applicable et l'exécution des décisions étrangères, que nous nous proposons d'examiner dans ce fascicule.

Au cours de cet examen, comme le juge saisi d'un litige issu d'un contrat international, nous nous référerons en principe à la LDIP, sauf bien sûr lorsqu'il existe une convention internationale (art. 1 al. 2 LDIP). Tel sera fréquemment le cas en matière de compétence des tribunaux et d'exécution des jugements, où la Convention de Lugano (ci-après CL) joue un rôle considérable. En matière de droit applicable, nous aurons souvent recours aux Conventions de La Haye de 1955 (ci-après LH55) et de Vienne de 1980 (ci-après CV), qui régissent certains aspects de la vente internationale.

I. COMPÉTENCE

1. EN GÉNÉRAL

Pour déterminer sa compétence en matière contractuelle, le juge suisse est donc appelé à appliquer deux types de normes: la LDIP et la CL. Lorsque la CL est applicable, elle prime sur les règles de la LDIP en vertu de la réserve contenue à l'article 1 al. 2 de cette dernière. Dans cette hypothèse, la LDIP interviendra uniquement pour définir la compétence locale en Suisse lorsque la règle de la CL en cause ne prévoit que la compétence *internationale*, c'est-à-dire qu'elle fixe l'*État* dont les tribunaux sont compétents, et non la compétence *locale*, à savoir le lieu compétent à l'intérieur de cet Etat (p. ex. art. 2 al. 1 et art. 16 CL).

Quant à la méthode, la première étape de tout raisonnement consiste à se demander si la CL est applicable (**A**). C'est seulement après avoir conclu positivement sur ce point que l'on pourra appliquer les règles de compétence (**B**). Sous réserve des cas où la CL ne définit que la compétence internationale, la LDIP n'entrera en ligne de compte que si la CL n'est pas applicable (**C**).

A. CHAMP D'APPLICATION DE LA CL

Comme pour toute convention, il faut distinguer entre le champ matériel, temporel et territorial.

a. *Quant à la matière*

Comme l'indique son intitulé, la CL concerne la compétence judiciaire "en matière civile et commerciale". L'article 1er al. 1 CL reprend cette notion sans pour autant la définir, se limitant à exclure de son champ d'application les "matières fiscales, douanières et administratives". Selon la CJCE, la notion de matière civile et commerciale doit s'interpréter de manière autonome (sans se référer aux conceptions nationales). La qualité de personne publique d'une partie n'empêche pas l'action d'être une action civile dans la mesure où la personne en question n'a pas agi "dans l'exercice de la puissance publique" (CJCE 14.10.1976 *Eurocontrol* Rec 1541, Rev. crit. 1977 722). Le critère décisif apparaît donc être celui de l'exercice de la puissance publique (CJCE 21.4.1993 *Sonntag c. Waidmann*, Rev. crit. 1994 105 + 124 V 4)

L'article 1er al. 2 exclut expressément certaines matières énumérées exhaustivement. Il s'agit tout d'abord de l'état et de la capacité des personnes, des régimes matrimoniaux, des testaments et des successions (art. 1 al. 2 lit. a). En droit de la famille, seules les pensions alimentaires entrent dans le champ d'application de la Convention (art. 5 ch. 2). La compétence, le reconnaissance et l'exécution des décisions rendues en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs sont régies par le Règlement (CE) no 1347/2000 du 29 mai 2000 (Règlement « Bruxelles II » ; publié au Journal officiel des Communauté européennes, JO L 160 30.06.2000, p.19). En ce qui concerne les questions alimentaires, il faut toutefois noter qu'en mai 2002 le Conseil de l'Union européenne a présenté à la Commission des Communautés européennes une proposition de règlement abrogeant le Règlement de Bruxelles II et modifiant le Règlement de Bruxelles I (voir http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2002/com_0222fr02.pdf) [status ? Silja to check]

La lettre b de l'article 1er al. 2 CL exclut les *faillites, concordats et autres procédures analogues*, notions autonomes qui visent les procédures fondées sur "l'état de cessation de paiement, l'insolvabilité ou l'ébranlement de crédit du débiteur impliquant une intervention de l'autorité judiciaire aboutissant à une liquidation forcée et collective des biens ou, à tout le moins, un contrôle de cette autorité" (CJCE 22.2.79 *Gourdain* Rec. 733, Rev. crit. 1979 657). Dans le but de laisser une large place au règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité (qui entrera en vigueur pour tous les Etats de l'Union le 31 mai 2002; Règlement (CE) no 1346/2000 du 29.5.2000, JOCE L 160, 30.6.2000, p. 1), la CJCE exclut toutes les procédures qui "s'insèrent étroitement dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire", ce qui comprend l'action révocatoire. Alors que la Suisse n'est pas concernée par le règlement européen, le Tribunal fédéral a néanmoins repris cette interprétation extensive (ATF 125 III 108 [111], SJ 1999, p. 243). Ce qui est déterminant c'est que l'action ait son fondement dans le droit de l'exécution forcée. En conséquence, le TF a considéré qu'un jugement, autrichien en l'occurrence, ayant pour objet une action révocatoire intentée dans le cadre d'une faillite ne relevait pas de la CL (ATF 129 III 683).

L'exclusion, classique, de la *sécurité sociale* (art. 1 al. 2 lit. c) n'appelle pas de commentaires particuliers.

En revanche, l'exclusion de *l'arbitrage* (art. 1 al. 2 lit. c) mérite une attention particulière. La CL n'a pas été conçue pour régir la reconnaissance des sentences arbitrales ni la compétence pour annuler une sentence. Elle ne vise pas non plus - a précisé la CJCE – les litiges devant le juge d'appui relatif à la désignation d'arbitres (CJCE 25.7.1991 *Marc Rich* Rec. I-3855, Rev. crit. 1993 310 note Mayer). Quant aux jugements anglais par lesquels la *High Court* atteste qu'une partie a été condamnée au paiement d'une somme d'argent par un tribunal arbitral, ils ne font qu'incorporer la sentence arbitrale, de sorte qu'ils sont également exclus du champ de la Convention (Rep. 1997 230, RSDIE 1999 624, note Knoepfler). Plus récemment, la Cour a encore considéré que la CL ne s'appliquait pas aux décisions judiciaires constatant la validité ou la nullité d'une convention d'arbitrage ou ordonnant aux parties de ne pas poursuivre une procédure d'arbitrage en raison de son invalidité (CJCE 17.11.1998 *van Uden*, Rev. crit. 1999 340 note Normand). On peut donc conclure en disant que toute procédure judiciaire liée à un arbitrage est en dehors du champ de la CL (sur l'exécution d'un jugement étranger au fond rendu nonobstant l'existence d'une convention d'arbitrage liant les parties, voir ci-dessous chap. II B).

b. Dans le temps

Selon l'article 54 al. 1 CL, "[l]es dispositions de la présente convention ne sont applicables qu'aux actions judiciaires intentées [...] postérieurement à son entrée en vigueur [...]". Concrètement, la question à se poser est celle de savoir si l'action est intentée après l'entrée en vigueur de la Convention dans l'État de l'action.

Entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1992, la CL est aujourd'hui en vigueur dans 19 Etats, à savoir tous les États de l'Union européenne et de l'AELE (Islande, Norvège, Suisse, mais non Liechtenstein), ainsi que la Pologne. Pour l'état des ratifications et les dates d'entrée en vigueur pour les différents États, on consultera le tableau dressé par l'Office fédéral de la Justice (<http://www.ofj.admin.ch/f/index.html>).

c. *Dans l'espace*

Si le champ d'application dans le temps et le champ d'application quant à la matière se déterminent de manière uniforme pour toutes les règles de compétence de la Convention, le champ d'application dans l'espace varie, lui, selon la règle de compétence dont l'application est envisagée. Il sera dès lors analysé en détail pour chaque type de compétence.

Méthode

Pour déterminer si une situation concrète tombe dans le champ de la CL, on peut procéder en posant les questions figurant dans le tableau reproduit ci-dessous. Si l'on répond par l'affirmative à toutes les questions, la CL s'applique. Bien qu'à strictement parler elle ne fasse pas partie du champ d'application, le tableau inclut la question de la priorité d'autres conventions pour des raisons pratiques. En effet, inutile de s'aventurer dans l'application des règles de compétence de la CL, si c'est pour découvrir par la suite que celle-ci est inapplicable parce qu'une autre convention prime. Autant aborder la priorité d'emblée.

Champ d'application de la CL - Compétence

dans le temps (art. 54)

L'action est-elle intentée après l'entrée en vigueur de la CL dans l'Etat de jugement?

quant à la matière (art. 1)

Le litige est-il de nature civile ou commerciale?

et

S'agit-il de matière non exclue?

dans l'espace

Le champ dans l'espace est différent selon la règle de compétence concernée (art. 4 al. 1; in fine ajouter art. 17 et 18):

Y a-t-il compétence exclusive d'un Etat contractant (art. 16)?

ou

Y a-t-il prorogation d'un tribunal d'un Etat contractant entre parties dont l'une au moins est domiciliée dans un Etat contractant (art. 17; voir aussi art. 18)?

ou

Le défendeur est-il domicilié dans un Etat contractant (art. 2, 5, 6, 7ss., 13ss.)?

[Deux tribunaux situés dans des Etats contractants sont-ils saisis (art. 21-23)?]

Question controversée: le litige doit-il avoir un lien avec plusieurs Etats contractants?

NB: Il faut encore vérifier si une autre convention ou le Règlement de Bruxelles I prime sur la CL (art. 54ter ss.).

Bien qu'en réalité ils se confondent parfois, il est néanmoins indispensable de bien distinguer, d'une part, l'examen du champ d'application dans l'espace et, d'autre part, l'application de la règle de compétence, car ils ne mènent pas au même résultat (application ou non-application de la règle envisagée contre existence ou absence de compétence sur la base de cette règle). Par exemple, dans une situation concrète présentant une élection de for, on examinera:

- le *champ temporel* de la CL;
- le *champ matériel* de la CL;
- le *champ territorial de l'article 17 CL* (domicile d'une des parties et tribunal élu dans un Etat contractant);
- la primauté d'autres conventions;
- dans la mesure où l'on se trouve *dans le champ de l'article 17*, l'application de la *règle de compétence* qui y est posée (conditions de forme et de fond imposées à la validité de l'action de for);
- *si l'élection de for* ne remplit pas ces conditions de validité et est donc *nulle*, les *autres règles de compétence de la CL*, par exemple l'article 5 ch. 1;
- le *champ territorial de l'article 5 ch. 1* (domicile du défendeur dans un Etat contractant);
- si on se trouve *dans ce champ*, l'application de la *règle de compétence de l'article 5 ch. 1* (matière contractuelle, prétention à la base de la demande, lieu d'exécution).

B. RÈGLES DE COMPÉTENCE DE LA CL

La CL instaure un système de compétence complet, fermé. En d'autres mots, dans le champ d'application de la Convention, il n'y a plus place pour des règles de compétence nationales. A ce propos, il ne faut pas se laisser induire en erreur par l'article 3 al. 1 de la Convention, qui contient un catalogue de compétences nationales bannies, parce qu'elles présentent un lien insuffisant entre le for et le litige. Si ces fors dits exorbitants sont stigmatisés en raison de leur caractère particulièrement inacceptable, ils sont loin d'être les seuls fors nationaux écartés dans le champ de la Convention. Bien au contraire, *toutes* les règles nationales de compétence y sont inapplicables.

Pour manier correctement les règles de compétence de la CL, il faut comprendre l'articulation du système conventionnel de compétence, qui s'organise en fonction d'une hiérarchie des règles de for. Les fors impératifs de l'article 16 prévalent sur toute autre compétence. Lors de l'examen d'une situation concrète, il faut donc en premier lieu envisager si une telle compétence est donnée (cf. *infra* 1). La compétence résultant de la volonté des parties (soit d'une clause d'élection de for (art. 17) ou d'une prorogation tacite (art. 18)), prévaut sur les autres compétences en aval de la hiérarchie. Il faut donc l'examiner en second lieu (cf. *infra* 2). Ce n'est que dans des matières non couvertes par des compétences impératives et en l'absence de prorogation de for que l'on passera à la compétence générale de l'article 2 (cf. *infra* 3) ou aux compétences spéciales alternatives des articles 5 et 6 (cf. *infra* 4). Quant aux compétences spéciales protectrices des articles 7ss. et 13ss., elles doivent faire l'objet d'une analyse à part dans la mesure où elles constituent un système de compétence autonome, ou autrement dit un système dans le système (cf. *infra* 5).

Le système conventionnel de compétence et les différentes catégories de for qui le composent sont exposés dans le tableau qui figure ci-dessous. La hiérarchie des règles de compétence résulte des indications figurant dans la colonne de gauche.

CL: SYSTEME DE COMPETENCE

Compétences impératives
(prévalent sur compétences générale et alternatives; pas de dérogation)

résultant de localisation objective:

- droits réels immobiliers et baux d'immeubles: lieu de situation d'immeuble
- validité, nullité, dissolution des personnes morales: siège de personne morale
- validité d'inscription sur registres publics: lieu du registre
- inscription, validité de brevets, marques, dessins et modèles: lieu du dépôt/enregistrement
- exécution des décisions: lieu d'exécution

article 16

Compétences protectrices
(prévalent sur compétences générale et alternatives; dérogation limitée)

assurances:

- action contre l'assureur: Divers fors
- action contre l'assuré: domicile du défendeur
- possibilité de déroger limitée, not. post-litige

article 8-10

article 11

article 12

contrats conclus par des consommateurs:

- réglementation semblable à celle adoptée en matière d'assurances

article 13-15

article 16

Compétences exclusives
(prévalent sur compétences générale et alternatives; dérogation admise)

résultant de volonté des parties :

- prorogation de for
- entrée en matière sans réserve sur le fond

article 17

article 18

Compétence générale

- domicile du défendeur
- exclusion des fors exorbitants

article 2-4

article 5

Compétences spéciales
(alternatives ; s'ajoutent à compétence générale)

options:

- contrats: lieu d'exécution
- actes illicites: lieu du fait dommageable
- autres fors: obligations alimentaires, exploitation d'une succursale, trusts,...

compétences dérivées:

- pluralité de défendeurs, demande en garantie/intervention, demande reconventionnelle, ...

article 6

Enfin, les règles sur la litispendance (art. 21 CL) et sur la connexité (art. 22 et 23 CL) jouent un rôle important en pratique. Leur fonctionnement est exposé à l'annexe 2 en fin de fascicule.

C. RÈGLES DE COMPÉTENCE DE LA LDIP

Le système de compétences prévu par la LDIP en matière contractuelle n'est pas très différent de celui de la CL. Sous réserve des compétences protectrices et impératives et de l'existence d'une convention d'arbitrage, un litige issu d'un contrat peut être porté devant le tribunal convenu par les parties en cas d'élection de for (art. 5 LDIP) ou de prorogation tacite (art. 6 LDIP), au for du domicile du défendeur ou de sa résidence habituelle (art. 112 LDIP), au for du lieu d'exécution de la prestation litigieuse (art. 113 LDIP, qui n'ouvre toutefois ce for qu'en l'absence de domicile ou résidence habituelle suisse du défendeur), ou au for de la demande reconventionnelle (art. 8 LDIP). L'article 9 LDIP règle la litispendance. Pour les contrats, la LDIP ne connaît pas de règle sur la connexité comparable aux articles 22 et 23 CL.

2. COMPÉTENCES IMPÉRATIVES: BAUX D'IMMEUBLES

L'article 16 CL instaure des compétences impératives en matière d'immeubles (art. 16 ch. 1), de personnes morales (art. 16 ch. 2), d'inscriptions sur des registres publics (art. 16 ch. 3), de droits de propriété intellectuelle (art. 16 ch. 4), et d'exécution des décisions (art. 16 ch. 5). Chaque fois que le critère de rattachement retenu se trouve sur le territoire d'un État contractant, les tribunaux de cet État ont une compétence impérative en raison du lien très fort entre le litige et l'Etat en cause.

L'exemple le plus frappant est celui du lieu de situation d'un immeuble. Traditionnellement, seules les actions *réelles* immobilières (p. ex. une action portant sur l'étendue d'une servitude [art. 730ss. CC] ou sur la détermination des parts de copropriété d'un immeuble [art. 646ss. CC]) étaient considérées tellement fortement ancrées au lieu de l'immeuble qu'elles ne pouvaient faire l'objet d'un procès ailleurs. C'est là toujours la position de la LDIP. La CL, en revanche, étend cette compétence impérative aux litiges résultant de baux d'immeubles, considérant qu'il y a également un lien étroit entre les baux et le régime de la propriété immobilière, d'une part, et la législation locale sur la

protection des locataires, d'autre part (CJCE 15.1.1985 *Rösler*, Rev. crit. 1986 135, note Droz).

A. CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL DE L'ARTICLE 16 CH. 1 CL

Le champ d'application dans *l'espace* est déterminé par la localisation de l'immeuble dans un État contractant et cela "sans considération de domicile". La CL s'appliquera donc à un litige relatif à un immeuble situé à St. Moritz, alors même qu'il oppose un demandeur domicilié à Vaduz et un défendeur domicilié à New York. Autrement dit, les actions contractuelles relatives à un immeuble situé en Suisse tombent dans le champ d'application de l'article 16 ch. 1 CL, quel que soit le domicile des parties, l'application de la LDIP étant ainsi écartée (sauf pour la détermination de la compétence locale).

Méthode

Si l'analyse du champ amène à conclure que l'article 16 ch. 1 CL s'applique, il faut ... l'appliquer (cf. *infra* B). En revanche, si l'examen du champ aboutit à la conclusion contraire (parce que l'immeuble n'est pas situé dans un État contractant), il faut vérifier si une autre règle de la CL est applicable, avant de se référer au droit international privé national. Lors de cette vérification, on commencera par les compétences des articles 17 et 18 (cf. *infra* 3.A).

Notons cependant qu'une partie importante de la doctrine soutient que lorsque l'immeuble est situé dans un État non contractant, l'intensité du lien avec cet État devrait inciter le juge d'un État contractant à se déclarer incompétent. C'est la théorie de *l'effet-réflexe* de l'article 16 ch. 1 CL, sorte de "politesse" qui voudrait que l'on reconnaisse aux autres ce que l'on s'arroge à soi-même.

B. RÈGLES DE COMPÉTENCE DE L'ARTICLE 16 CH. 1 CL

En prévoyant que les tribunaux de l'État de situation de l'immeuble sont "seuls compétents", l'article 16 ch. 1 crée une compétence *unique*, qui prévaut sur la compétence générale et sur les fors alternatifs. Il s'agit de plus d'une *compétence impérative*: impérative pour les parties qui ne peuvent y déroger par élection de for (art. 17 al. 3) ou prorogation tacite (art. 18); impérative aussi pour le juge, qui doit se déclarer incompétent d'office lorsqu'une action portée devant lui, l'est en violation d'une compétence de l'article 16 (art. 19) (voir p. ex. Cour de justice de Genève, RSDIE 1997 358). Le non-respect de l'impérativité

est sanctionné par la non-exécution du jugement (art. 28 al. 1).

L'article 16 ch. 1 CL ne détermine que la *compétence internationale* de l'État, non sa compétence interne (comme l'art. 2, mais contrairement à l'art. 5), de sorte que la LDIP jouera néanmoins un rôle pour déterminer la compétence locale. Pour les actions réelles immobilières, l'article 97 LDIP désigne le tribunal du lieu de situation de l'immeuble. En ce qui concerne les actions fondées sur un bail immobilier, la LDIP ne connaît pas de règle comparable à l'article 16 ch. 1 CL. En conséquence, la compétence pour les actions fondées sur un bail immobilier est régie par les articles 112 et 113 sur les contrats, ce qui peut parfois soulever des difficultés lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence interne suisse pour une action fondée sur un bail et tombant dans le champ de la CL.

Imaginons une action en paiement du loyer d'un immeuble situé à Genève intentée par un propriétaire domicilié en France contre un bailleur également domicilié en France (bail de longue durée, de sorte que l'exception de l'art. 16 ch.1 lit. b ne s'applique pas). En vertu de l'article 16 ch.1 lit. a, la Suisse est internationalement compétente. Mais quel tribunal en Suisse? Intuitivement, on aimerait répondre les tribunaux genevois. Mais sur quelle base? L'article 97 LDIP étant inapplicable, il faut recourir aux articles 112 et 113. Le for du domicile du défendeur de l'article 112 est exclu, faute de domicile en Suisse (à noter que si notre défendeur était domicilié à Zurich, c'est là qu'il faudrait agir). Le for du lieu d'exécution de la prestation litigieuse de l'article 113 n'est pas plus utile. Si c'est le droit suisse qui détermine ce lieu, s'agissant d'une dette d'argent, qui est portable, le loyer devra être payé au domicile du créancier, c'est-à-dire en France.

Résultat: il n'y a pas de compétence en Suisse! Un résultat assurément inacceptable, si l'on tient compte du fait que la CL impose la compétence internationale de la Suisse. Pour sortir de cette impasse, un arrêt genevois a recouru à l'ancien article 274b CO (SJ 1993 331), qui instaurait un for au lieu de situation de l'immeuble. En bonne théorie, ce recours à une disposition du CO, qui équivaldrait aujourd'hui à l'article 23 al. 1 de la Loi fédérale sur les fors en matière civile en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2001, est déplacé: dans les rapports internationaux, seule la LDIP est applicable; tous les fors des lois fédérales sont écartés. En pratique, toutefois, vu l'impasse, l'entorse au principe de l'application exclusive de la LDIP est acceptable. Tout au plus aurait-on pu

envisager de recourir au for de nécessité de l'article 4 LDIP pour fonder une compétence en Suisse au lieu de situation de l'immeuble.

Les notions de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, comme toutes les autres de l'article 16, sont des notions autonomes. Elles sont interprétées de manière stricte. Sont des actions réelles immobilières celles qui tendent à « déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immobilier ou l'existence d'autres droits réels sur ces biens et à assurer au titulaire de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre » (CJCE 10.1.1990 *Reichert I*, cons. 11, Rev. crit. 1991 154, note Ancel). Ainsi, ne relèvent pas de l'article 16

- l'action paulienne (action révocatoire) par laquelle un créancier conclut à l'inopposabilité d'une donation immobilière consentie par son débiteur à un tiers (*Reichert I* précité) ;
- l'action tendant à faire constater qu'une personne détient un bien immobilier en qualité de trustee (CJCE 17.5.1994, *Webb*, Rev. crit. 1995 130, note Beraudo) ;
- une demande d'indemnisation pour la jouissance d'une habitation suite à l'annulation de la vente ;
- l'action en annulation d'un contrat de vente portant sur un immeuble et en paiement de dommages-intérêts en raison de cette annulation (CJCE 5.4.2001 *Gaillard*, JDI 2002 621, note Huet).

Relèvent en revanche de l'article 16 ch. 1 p. ex. l'action tendant à l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 839 ss. CC ; ATF 129 III 738 [747]), l'action en revendication de la propriété (immobilière), les actions possessoires, ou les actions tendant à l'inscription ou à la radiation d'une servitude [Silja vérifier, dans ouvrage de droits réels, que ces ex sont justes ; au besoin modifier/compléter].

A noter encore que l'article 16 ch.1 lit. b prévoit une règle particulière pour les "locations de vacances", qui permet pour certains baux de courte durée d'agir alternativement au domicile du défendeur. En l'absence d'une telle règle, un locataire domicilié à Genève ayant loué pour 15 jours une villa en Grèce à un bailleur domicilié à Annemasse devrait porter son action devant les tribunaux grecs: une situation pour le moins peu pratique, à laquelle l'exception de la lettre b remédie fort heureusement.

C. LDIP

Comme on l'a vu, la LDIP prévoit la compétence impérative du lieu de situation de l'immeuble pour les actions réelles immobilières (art. 97 LDIP). En revanche, elle ne connaît pas de for particulier pour les contrats portant sur des immeubles. Le juge suisse saisi d'une action relative à un bail sur un immeuble situé dans un État qui n'est pas partie à la CL devra donc tout d'abord vérifier si la CL n'est pas applicable à un autre titre. Ce n'est que dans la négative qu'il se référera à la LDIP.

3. COMPÉTENCES EXCLUSIVES: ÉLECTION DE FOR

Dans le système de compétence de la CL et de la LDIP, l'élection de for crée en principe une compétence *unique*, qui prévaut sur la compétence générale du domicile du défendeur et sur la compétence alternative (selon la CL) ou subsidiaire (selon la LDIP) du lieu d'exécution de la prestation litigieuse. Autrement dit, lorsqu'elles sont convenues d'un for, les parties *doivent* agir devant ce for, sauf si elles ont prévu expressément que le tribunal élu ne faisait que s'ajouter aux fors existants sans les écarter (ainsi dans le cas de l'art. 17 ch. 4 CL), ou si elles modifient *d'entente* leur accord. En revanche, l'élection de for ne prévaut pas sur les compétences impératives et protectrices. C'est dire qu'à propos d'un litige couvert par une compétence impérative, les parties ne peuvent pas conclure d'élection de for du tout et qu'elle peuvent le faire de manière limitée seulement en matière de compétences protectrices.

L'élection de for fonde une compétence unique du tribunal élu, mais non une compétence impérative. En effet, le juge saisi en violation de la clause d'élection de for ne doit pas se déclarer d'office incompétent; c'est au défendeur de soulever l'exception.

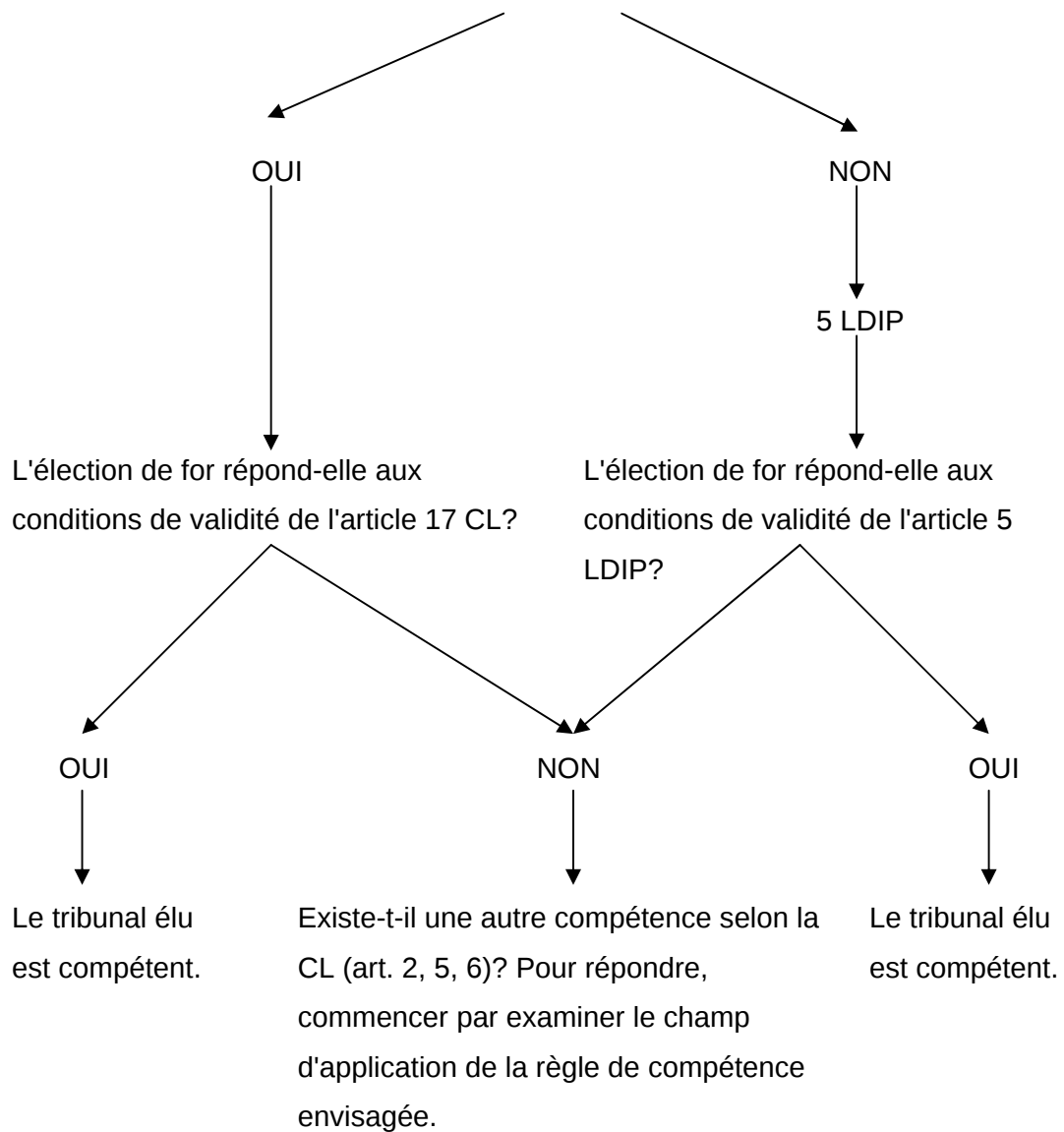
Les parties peuvent également attribuer compétence par le biais d'une *prorogation de for tacite* (art. 18 CL et 6 LDIP). On parle de prorogation tacite lorsque le défendeur actionné devant un tribunal incompétent procède au fond sans contester la compétence. L'exception d'incompétence doit en effet être soulevée avant toute détermination sur le fond du litige (CJCE 24.6.1981 *Elefanten Schuh c. Jacqmain*, Rev. crit. 1982 152 note Gaudemet-Tallon).

Méthode

Pour savoir si un for prorogé existe, il faut d'abord déterminer si c'est la CL ou la LDIP qui régit l'élection de for. Il faut ensuite analyser la validité de celle-ci à l'aune des conditions prévues par le texte applicable. A noter que, dans la mesure où il est applicable, l'article 17 CL exclut toute intervention de l'article 5 LDIP (Vischer n° 1245).

Schématiquement, le juge suisse procédera de la manière suivante:

L'élection de for tombe-t-elle dans le champ de l'article 17 CL (tribunal élu situé et au moins une partie domiciliée dans un Etc)?



Ou, avec plus de mots et moins de flèches:

- Il faut d'abord examiner le champ d'application de l'article 17 CL, qui pose des conditions particulières (cf. *infra* 2.2.1).
- L'article 5 LDIP n'entrera en ligne de compte que si l'article 17 CL n'est *pas applicable* (mais en aucun cas si la CL est applicable et que l'élection de for n'est *pas valable* en vertu de son article 17 !).
- Si l'article 17 est applicable et que la clause est nulle en vertu de cette disposition, il faut rechercher un autre chef de compétence. Pour savoir si la CL est applicable également à ce stade, on procédera à une deuxième analyse du champ d'application, cette fois selon le critère ordinaire qui exige que domicile du défendeur soit situé dans un État contractant. Il se peut donc parfaitement que la CL, applicable pour juger de la validité de la clause d'élection de for, ne le soit plus pour déterminer la compétence ordinaire en cas de nullité de la clause, faute de domicile du défendeur dans un Etat contractant.
- Si la clause d'élection de for est régie par l'article 5 LDIP et qu'elle est nulle en vertu de cette disposition, il faut alors rechercher une autre compétence, ce qui implique toujours de reprocher à l'analyse du champ d'application de la CL. En effet, ce n'est pas parce qu'elle n'était pas applicable pour l'élection de for (notamment du fait que le tribunal élu n'était pas situé dans un État contractant) que la CL ne peut pas s'appliquer s'agissant des autres règles de compétence.

A. CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 17 CL

Ratione materiae le champ d'application de l'article 17 CL ne présente pas de particularités (cf. *supra* 1.A.a). *Ratione temporis*, il suffit que la clause soit *invoquée* après l'entrée en vigueur de la CL, même si elle a été conclue avant (CJCE 13.11.1979 *Sanicentral* Rec. 1979 3423, Clunet 1980 429, note Huet).

Le champ d'application *dans l'espace* requiert en revanche un examen plus approfondi. Selon le *texte* de l'article 17 CL, deux conditions doivent être remplies:

- i) il faut que *l'une des parties* au moins (pas nécessairement le défendeur !) ait son *domicile dans un État contractant*. Pour la CJCE, il s'agit d'une des parties au contrat (d'élection de for) *initial* (CJCE 9.11.2000, *Coreck Maritime* C-387/98);
- ii) le *tribunal élu* doit être situé *sur le territoire d'un État contractant*. Une application libérale de ce critère permet de se contenter de la désignation des "tribunaux suisses" sans autre précision (ainsi le Tribunal de commerce de Zurich, ZR 1996 141, RSDIE 1997 360, note Volken; notons aussi ici qu'il n'est pas nécessaire que les parties désignent nommément les tribunaux d'un lieu ou d'un pays; il suffit qu'elles s'entendent sur des éléments objectifs permettant, une fois concrétisés selon les circonstances, de déterminer le juge compétent [CJCE *Coreck Maritime* précité]).

La nature de la CL amène à se demander si une troisième condition ne devrait pas être réalisée, à savoir l'existence d'un *lien avec plusieurs États contractants*. Il n'y a pas de jurisprudence communautaire et le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte (ATF 119 II 391[393], SJ 1994 79 [rés.]). Quant à la doctrine, elle est divisée. Sauf exceptions (*Geimer / Schütze* § 96 VII 3 c et d), elle admet généralement que l'article 17 CL présuppose l'existence d'un *litige à caractère international* (Donzallaz n° 6665 et références). Il s'ensuit qu'un litige interne ne relève pas de l'article 17 CL; on s'en serait douté et cela ne résout pas notre problème. En effet, cela signifie uniquement qu'il faut un lien entre plusieurs États, mais ne dit rien du *type de lien* requis et n'indique pas s'il doit s'agir d'un lien avec des États *contractants*. Et c'est sur ces deux points-là que les avis divergent. Pour certains (Vischer n° 1237 et références), c'est le rapport juridique – le contrat - qui doit être international; nous parlerons alors d'*internationalité concrète*. Pour d'autres (Bernasconi/Gerber, RSDIE 1993 60ss.), l'internationalité peut résulter de la seule élection de for. Il suffit alors d'élire un tribunal dans un autre État contractant à propos d'un litige purement interne pour rendre la situation internationale; nous parlerons ici d'*internationalité abstraite*.

Dans ces deux approches, il y a encore des différences en fonction du degré d'internationalité requis. On peut ainsi distinguer entre les tenants d'une *internationalité simple*, pour lesquels il suffit que soient impliqués au moins deux États (Bucher I/1 n° 66 et références), et les partisans d'une *internationalité qualifiée*, qui exigent un lien avec deux États parties à la Convention (Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 1996, nn° 463ss.). Un

lien avec deux Etats contractants est notamment donné lorsque la prorogation écarte la compétence d'un autre Etat contractant (telle qu'elle résulterait p. ex. des art. 2 ou 5 ch. 1 CL) (Droz n° 188-191).

Sur cette base, on peut distinguer plusieurs cas de figure:

- Lorsque les *parties sont domiciliées dans deux États contractants différents*, l'application de l'article 17 CL ne fait aucun doute, dans la mesure bien sûr où le tribunal élu est situé dans un État contractant, quel qu'il soit.
- Lorsqu'*une seule des parties est domiciliée dans un État contractant* la situation est plus complexe:
 - si le tribunal élu est situé dans un *autre* État contractant, l'article 17 s'applique sans hésitation (ATF 125 III 108 [112] = SJ 1999 243);
 - si le tribunal élu se situe dans le *même* État contractant que le domicile de la partie, l'article 17 s'applique (RSDIE 1997 373), sauf à retenir la théorie de l'internationalité qualifiée (OLG Munich 28.9.89, IPRax 1991 46).
- Lorsque *les deux parties sont domiciliées dans le même État contractant* la situation est encore plus complexe:
 - si le tribunal élu est situé dans un autre État contractant, et s'il n'y a pas d'éléments d'extranéité supplémentaires (p. ex. lieu d'exécution du contrat), le rapport juridique est purement interne et l'internationalité résulte uniquement de l'élection de for. Ce n'est donc que dans la mesure où l'on se satisfait de l'internationalité abstraite que l'article 17 CL s'applique;
 - si le tribunal élu est situé dans le même État contractant que le domicile des parties, l'article 17 CL ne pourrait s'appliquer que si l'on renonçait à *toute* exigence d'internationalité.

Dans le cadre de ce cours, nous retiendrons la théorie de l'*internationalité simple et concrète* de sorte que l'article 17 CL s'appliquera dans tous les cas, sauf lorsque les parties sont domiciliées dans le même État contractant et qu'elles élisent un tribunal de cet État contractant. Dans ce cas, seule

l'existence d'un autre élément d'extranéité (p. ex. le lieu d'exécution du contrat) justifierait l'application de l'article 17 CL.

A noter que si aucune des parties n'est domiciliée dans un État contractant, mais que le tribunal élu est situé dans un tel Etat, l'article 17 ch. 1 al. 2 interdit aux tribunaux des autres États contractants de connaître du litige tant que le tribunal élu n'a pas décliné sa compétence.

B. RÈGLE DE COMPÉTENCE DE L'ARTICLE 17 CL

a. *Conditions de validité: forme*

Dans le but "d'assurer que le consentement entre parties soit effectivement établi" (CJCE 14.12.1976 *Estasis Salotti* Rec. 1831, Rev. crit. 1977 579, note Metzger), l'article 17 exige le respect de conditions de forme. La Convention admet quatre formes énumérées exhaustivement. Les notions contenues à l'article 17 (notamment forme écrite, usages) sont toutes des notions autonomes.

i) La première forme admise par la Convention est celle de la "*convention écrite*" (art. 17 al. 1 lit. a). Elle est remplie dans les hypothèses suivantes:

- la clause est intégrée à un *contrat* lui-même rédigé en la forme écrite, c'est-à-dire signé par les parties;
- la clause est intégrée à un *échange* de textes ou de supports permettant la reproduction écrite;
- le contrat ou l'échange de textes fait référence à des *conditions générales* (CG) intégrant la clause d'élection de for. La référence aux CG doit être expresse, ce qui permet à une partie normalement diligente de la contrôler (CJCE *Estasis Salotti* précité); en revanche, il n'est pas nécessaire que la référence aux CG mentionne l'élection de for;

Le projet de révision de la CL prévoit que "*toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant la forme écrite*" (art. 17 al. 4 du projet; même libellé à l'art. 23 ch. 2 Règlement de Bruxelles I qui, entre Etats de l'Union européenne, remplacera la Convention de Bruxelles à partir du 1.3.2002;

Règlement (CE) No 44/2001 du 22.12.2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE L 12 16.1.2001, p. 1). Ce principe dit de l'équivalence fonctionnelle est également affirmé à l'article 6 de la Loi-modèle CNUDCI sur le commerce électronique. Par une interprétation qui s'appuie sur l'équivalence fonctionnelle, on peut d'ores et déjà, même avant l'entrée en vigueur du texte révisé, considérer que les *élections de for conclues électroniquement* (par e-mail ou sur un site web) répondent à la forme écrite, à condition de rester accessibles pour une consultation ultérieure (par exemple parce qu'elles sont sauvegardées électroniquement ou ont été imprimées sur papier).

A noter que la signature n'est pas requise.

- ii) La deuxième forme admise par la CL est celle de la "*convention verbale confirmée par écrit*" (art. 17 al. 1 lit. a). Elle appelle les précisions suivantes:
 - la convention verbale doit porter sur la clause d'élection de for elle-même (non seulement sur les CG);
 - la confirmation peut émaner de l'une quelconque des parties;
 - la confirmation ne doit pas avoir donné lieu à une objection de son destinataire.
- iii) L' article 17 al. 1 lit. b prévoit également le recours à une "forme conforme aux habitudes" des parties. Pour la retenir, il faudra notamment que:
 - les relations entre les parties aient eu une durée significative (mais qu'est-ce qui est significatif? A apprécier de cas en cas);
 - le contenu de la clause soit connu des parties lorsque celle-ci est insérée dans les conditions générales d'un *précédent* contrat.
- iv) Une clause d'élection de for peut encore être conclue dans une "forme conforme aux usages du commerce international" (art. 17 al. 1 lit c). Cette forme sera notamment réalisée dans la situation suivante:

- en l'absence de réaction à une lettre de confirmation d'un contrat conclu verbalement (l'accord verbal ne portant *pas* sur l'élection de for), *et*
- lorsque la lettre de confirmation comprend une clause d'élection de for, *et*
- si un tel comportement correspond à un usage régissant la branche du commerce international dans lequel les parties opèrent, *et*
- dans la mesure où les parties connaissent ou sont censées connaître cet usage.

A noter que l'existence d'un usage n'est pas déterminée en vertu d'une loi nationale, mais en fonction d'un comportement "généralement et régulièrement" suivi lors de la conclusion de contrats du même type par les opérateurs de la branche commerciale dans laquelle les parties exercent leur activité (CJCE 20.2.97 *MSG*, Rec. I-911, Rev. crit. 1997 563, note Gaudemet-Tallon; CJCE 16.3.1999 *Trasporti Castelletti*, Rev. crit. 1999 559, note Gaudemet-Tallon). Il n'est pas nécessaire que l'usage soit établi dans certains pays déterminés (CJCE *Trasporti Castelletti* précité): il suffit qu'il le soit dans la branche ou l'activité commerciale considérée.

Selon la jurisprudence, la connaissance effective ou présumée de l'usage est démontrée lorsque (1) les parties ont déjà traité ensemble ou avec d'autres opérateurs du même secteur, ou lorsque (2) le comportement en question constitue une pratique consolidée et est suffisamment connu du fait qu'il est généralement et régulièrement suivi. Avec cette seconde hypothèse on tourne un peu en rond. Pour être plus concret, on peut retenir que la connaissance sera admise dès qu'un plaideur prouvera une pratique constante dans la branche (CJCE *MSG* précité). La publicité qui pourrait être donnée à l'usage, par exemple par le biais de formules préimprimées d'organismes spécialisés, peut certes faciliter la preuve de l'usage, mais n'en est pas une condition (CJCE *Trasporti Castelletti* précité).

La CJCE a précisé que le droit national ne saurait imposer d'autres conditions de forme que celles résultant de l'article 17 de la Convention (CJCE 24.6.1981 *Elefanten Schuh c. Jacqmain* Rec. 167, Rev. crit. 1982 152, note Gaudemet-Tallon).

b. Conditions de validité: fond

L'article 17 stipule les conditions de fond suivantes:

- i) la clause d'élection de for doit porter sur un différend né ou à naître d'un *rapport de droit déterminé*. Les différends futurs doivent ainsi résulter du rapport de droit pour lequel la prorogation de for a été prévue (SJ 1995 179);
- ii) par l'élection de for, les parties ne sauraient déroger aux compétences impératives de l'article 16 CL (cf. *supra* 2), aux compétences protectrices des articles 12 et 15 (cf. *infra* 4), de même qu'à la disposition particulière en matière de contrat de travail (art. 17 ch. 3 et 5). Les clauses en violation de ces dispositions sont inefficaces;
- iii) il n'est, en revanche, pas nécessaire que le litige ait un lien avec le tribunal élu (CJCE 17.1.1980 *Zelger* Rec. 89, Rev. crit. 1980 385, note Mezger), de sorte qu'il est parfaitement possible, bien que peu fréquent en pratique, d'élire un tribunal "neutre".

La CL ne règle pas les autres conditions de validité, concernant par exemple la formation du contrat ou les vices du consentement. De telles conditions sont donc régies par le droit applicable à l'élection de for. Mais quel est ce droit? La réponse est controversée en doctrine. Pour certains, il faut appliquer la *lex causae*, pour d'autres le droit matériel de l'État du tribunal élu, pour d'autres encore le droit désigné par les règles de rattachement de l'État du tribunal élu (Bucher/Bonomi n° 114). S'inspirant de la solution *in favorem validitatis* adoptée pour la clause d'arbitrage (art. 178 al. 2 LDIP), certains auteurs proposent de considérer que l'élection de for est valable si elle répond aux conditions posées soit par le droit choisi par les parties à cet effet (art. 116 LDIP), soit par le droit régissant le contrat auquel elle est incorporée (art. 116 et 117 LDIP), soit encore par le droit matériel suisse (Vischer n° 1192). La validité serait donc admise dès que l'élection est conforme au moins sévère de ces droits; d'où l'idée de *favor validitatis*. Dans l'ATF 122 III 439 ainsi que dans un arrêt rendu en 2002, (ATF 1.2.2002, RSDIE 2003 243 [247]), tous deux en relation avec l'article 5 LDIP, le TF a laissé la question ouverte, tout en déclarant que

l'application de la *lex fori* du tribunal saisi ne pouvait pas être qualifiée d'arbitraire.

c. *Effets de la clause*

- i) La juridiction désignée dans la clause d'élection de for est *seule compétente*. L'effet prorogatoire (création d'une nouvelle compétence) est accompagné d'un effet dérogatoire complet (exclusion des compétences existantes de par la CL ou la LDIP). Exception faite des compétences impératives et protectrices prévues par la CL elle-même, le tribunal élu (suisse) se déclarera compétent indépendamment de toute compétence exclusive revendiquée par un autre État, et cela même si cette compétence est d'ordre public (ATF 125 III 108[109] = SJ 1999 243).

On peut néanmoins se demander s'il ne faut pas faire une exception lorsque les parties (ou l'une d'elles) "utilisent" la prorogation de for pour faire échec à la compétence d'un juge qui, s'il était saisi de l'affaire, appliquerait au fond des lois d'application immédiate auxquelles les parties cherchent précisément à échapper. Autrement dit, la validité de l'élection de for se heurterait à une exception d'abus de droit. Il nous semble plus juste de laisser l'élection de for intacte, et de contrer les tentatives d'échappatoire en appliquant tout simplement le droit que les parties essaient d'éviter (sur ce sujet, voir notamment Vischer n° 1238 et 1472ss.).

- ii) Le tribunal élu est compétent même lorsque l'action vise à faire constater la nullité du contrat qui contient la clause, aussi appelé contrat principal (CJCE 3.7.1997 *Benincasa* Rec. I-3737). Cette règle résulte de l'indépendance de l'élection de for par rapport au contrat principal. Même si elle a l'apparence d'une simple disposition contractuelle parmi d'autres, l'élection de for est en réalité un contrat pour elle-même, un contrat dans le contrat. En tant que contrat séparé, elle est régie par la Convention, alors que le contrat principal est soumis au droit matériel désigné par les règles de conflits de lois de l'État du for.

La règle qui veut que le tribunal élu reste compétent quand la validité du contrat principal est en cause a l'avantage de permettre d'anticiper le for compétent avec certitude et d'éviter qu'en soulevant une exception de

nullité du contrat, une partie puisse faire échec à l'élection de for. Elle met ainsi en œuvre l'objectif général de sécurité juridique que poursuit la Convention. Enfin, elle est conforme aux solutions apportées au même problème dans le cadre de l'article 5 al. 1 d'une part (CJCE 4.3.1982 *Effer* Rec. 825, Rev. crit. 1982 573, note Gaudemet-Tallon) et de l'article 16 d'autre part (CJCE 14.12.1977 *Sanders* Rec. 2383, Clunet 1978 388, note Loussouarn et Bourel).

iii) Si la clause d'élection de for lie bien sûr les parties, elle peut aussi déployer des effets à l'égard de certains tiers. Il en va notamment ainsi pour:

- l'*actionnaire* d'une société qui, en ce qui concerne le contentieux l'opposant à la société, est lié par l'élection de for contenue dans les statuts (CJCE 10.3.1992 *Powell Duffryn* Rec. I-1745, Rev. crit. 1992 528, note Gaudemet-Tallon);
- le *cessionnaire* auquel - en vertu du droit applicable - tous les droits et obligations découlant du contrat sont transférés (CJCE 19.6.1984 *Tilly Russ* Rec 2417, Rev. crit. 1985 385, note Gaudemet-Tallon; CJCE 9.11.2000 *Coreck Maritime*, C-387/98, concernant tous deux le porteur d'un connaissance maritime);
- le *subrogé* par rapport à la clause liant le subrogeant;
- le *bénéficiaire d'une stipulation pour autrui*; il peut, lui, invoquer la clause d'élection de for, mais elle ne peut être invoquée contre lui.

iv) En matière de contrat de travail, seule la clause conclue après la naissance du litige est valable (art. 17 ch. 5 CL). Il en va de même pour les contrats conclus par les consommateurs (art. 15 ch. 1 CL) et les preneurs/bénéficiaires d'assurance ou assurés (art. 12 ch.1).

C. LDIP

Le *champ d'application* à raison de la *matière* de l'article 5 LDIP est plus vaste que celui de l'article 17 CL dans la mesure où il s'étend à toute matière patrimoniale. Sont de nature patrimoniale les prétentions qui ont une valeur

pécuniaire, qu'elles relèvent du droit des obligations, du droit de la famille, des droits réels ou encore des successions (Vischer n° 1228).

Pour être valable quant à la *forme*, une convention d'élection de for doit "être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen qui permet d'en établir la preuve par un texte" (art. 5 al. 1 LDIP). Cette formulation n'exige pas la signature (ATF 1.2.2002, RSDIE 2003 243 [247]) et assure la validité des conventions conclues électroniquement. Le "texte" doit couvrir les manifestations de volonté de toutes les *deux* parties. C'est dire que le silence suivant une offre écrite ne suffit pas. Comme dans le régime de la CL, l'élection de for peut être incorporée au contrat par référence à des conditions générales. Si c'est le cas, il n'est pas besoin que l'offre se réfère spécifiquement à la clause d'élection de for. Il suffit qu'elle renvoie aux conditions générales. Si une telle offre n'est pas acceptée par écrit, la clause ne lie pas les parties, et cela indépendamment de leurs habitudes commerciales (ATF 119 II 391) et de l'existence d'un usage du commerce international. La LDIP est donc plus exigeante en matière de forme que la CL.

En ce qui concerne les *exigences de fond*, l'article 5 LDIP prévoit une condition supplémentaire par rapport à l'article 17 CL: l'élection de for ne doit pas "priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse" (art. 5 al. 2 LDIP).

Une autre différence par rapport à la CL consiste dans la nécessité d'un lien entre le for élu en Suisse et l'objet du litige, dans la mesure où le juge suisse peut décliner sa compétence si aucune des parties n'est domiciliée dans le canton où il siège, ou si le litige n'est pas régi par le droit suisse (art. 5. al. 3 LDIP).

Contrairement à l'article 17 CL, l'article 5 LDIP ne réserve pas les compétences impératives. On admet toutefois qu'une telle réserve est implicite (ATF 1.2.2002, RSDIE 2003 243 [247] ; Bucher/Bonomi n° 101)), mais elle n'est pas appelée à jouer un rôle particulier en matière contractuelle puisque, comme on l'a vu, la LDIP ne prévoit pas de compétence exclusive en matière de baux immobiliers.

4. COMPÉTENCE GÉNÉRALE ET COMPÉTENCES ALTERNATIVES

A. CHAMP D'APPLICATION DE LA CL

Lorsque le contrat ne porte pas sur une des matières visées à l'article 16 CL et qu'il ne contient pas de clause d'élection de for au sens de l'article 17 CL, l'application de la CL *dans l'espace* dépend du domicile du défendeur. Ce n'est que si le défendeur est domicilié dans un Etat contractant que la CL s'applique. Le critère est commun aux règles de compétence des articles 2, 5, 6, 7ss. et 13ss. Le domicile du demandeur est sans pertinence.

Méthode

- Si le défendeur n'est pas domicilié dans un État contractant, la compétence est déterminée en vertu du droit international privé du juge saisi, soit, pour le juge suisse, en vertu de la LDIP.
- Si le défendeur est domicilié dans un Etat contractant, la CL est applicable et la compétence est régie par les règles prévues aux sections 1 à 4 du titre II.

B. RÈGLES DE COMPÉTENCE DES SECTIONS 1 À 4 CL

a. *For du domicile du défendeur*

Selon l'article 2 al. 1 CL, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées devant les juridictions de cet État. Cette règle fixe la *compétence internationale* de l'État du domicile du défendeur. La compétence locale à l'intérieur de cet Etat est déterminée par le droit national. En Suisse, elle est régie par l'article 112 al. 1 LDIP (cf. *infra* 3.C).

Il s'agit-là d'un for qui n'est ouvert qu'*en l'absence* de for impératif, d'élection de for ou de compétence protectrice. Il est vrai que la compétence protectrice coïncide avec le for du domicile du défendeur lorsque ce dernier se trouve être la partie faible qui bénéficie de la protection. Mais la compétence résulte alors de la règle protectrice (p.ex. art. 14 al. 2 CL) et non de la règle générale. Par opposition, la compétence générale coexiste avec les compétences alternatives (art. 5 et 6 CL); le demandeur a donc le choix d'agir au domicile du défendeur ou devant un for alternatif.

La CL ne définit pas le domicile. Elle renvoie à la loi de l'Etat du domicile supposé (art. 52). Ainsi, pour déterminer si une partie est domiciliée sur le territoire de l'Etat du for, le juge applique son propre droit (art. 52 al. 1), à savoir pour le juge suisse les articles 20 et 21 LDIP (et non pas les art. 23ss. CC). Pour déterminer si une partie est domiciliée sur le territoire d'un autre Etat contractant, le juge applique le droit de cet autre Etat (art. 52 al. 2). Enfin, la CL précise que pour les personnes morales le siège équivaut au domicile et que le siège est déterminé en application du droit international privé du juge saisi (art. 53 al. 1), soit pour le juge suisse de l'article 21 LDIP. Le Règlement de Bruxelles I innove en posant qu'une personne morale est domiciliée au lieu de son siège statutaire, de son administration centrale ou de son principal établissement (art. 60).

b. For du lieu d'exécution du contrat

L'article 5 ch. 1 CL ouvre une compétence en matière contractuelle au lieu d'exécution de la prestation litigieuse. Dans le système de la Convention, il s'agit d'une compétence *alternative*, c'est-à-dire d'une compétence qui *s'ajoute* au for général du domicile du défendeur. Elle présuppose donc que le défendeur soit domicilié dans un Etat contractant (car, à défaut de domicile du défendeur dans un Etat contractant, il n'existe pas de compétence générale selon la CL). Ce domicile fixé dans un Etat contractant doit l'être dans un Etat contractant *autre* que celui dans lequel se situe le lieu d'exécution (art. 5: "le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un *autre* Etat contractant"). Si cette condition est remplie, le demandeur a donc le choix d'agir au for général ou au for alternatif de l'article 5.

Toujours selon le système de compétence de la CL, les compétences de l'article 5 constituent des exceptions au for général de l'article 2. Ces exceptions sont d'*interprétation restrictive*.

Le chiffre 1 de l'article 5 stipule que l'action peut être portée "en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée". Ce libellé appelle des explications sur trois notions, à savoir "en matière contractuelle" (i. ci-dessous), "l'obligation qui sert de base à la demande" (ii. ci-dessous), et le "lieu où l'obligation [...] a été ou doit être exécutée" (iii. ci-dessous).

i) "En matière contractuelle"

Il s'agit d'une *notion autonome* qui, comme toutes les autres notions autonomes de la CL, doit être interprétée en fonction des objectifs (sécurité, prévisibilité, égalité) ainsi que du système de compétence de la Convention (en particulier du fait que les compétences de l'art. 5 sont des exceptions au for de l'art. 2).

Pour la CJCE, il y a matière contractuelle lorsque l'on est en présence d'un "engagement librement assumé" (CJCE 17.6.1992, *Handte*, Rec. I-3967, Rev. crit. 1992 726, note Gaudemet-Tallon ; confirmé CJCE 27.10.1998 *Réunion européenne*, Recueil I - 6511). Dans l'arrêt *Handte*, la Cour a considéré que, faute d'engagement librement assumé, une action fondée sur la responsabilité du fait des produits n'était pas contractuelle, ce qui correspond à la position du droit suisse.

Il y a matière contractuelle même lorsque la *formation du contrat* est *litigieuse*. C'est ce qu'a décidé la CJCE dans un arrêt *Effer* de 1982. Un fabricant de grues italien, Effer, faisait commercialiser ses produits en Allemagne par la société Hydraulikkran et avait fait une invention qu'il souhaitait intégrer à ses grues. Avant de commercialiser cette invention en Allemagne, Hydraulikkran mandata un ingénieur-conseil pour faire une recherche d'antériorité en vue d'enregistrer un brevet. A la suite de quoi, Hydraulikkran tomba en faillite sans avoir payé les honoraires de l'ingénieur. Celui-ci actionna Effer à son domicile à lui en Allemagne sur la base de l'article 5 ch. 1 (le lieu d'exécution de la prestation litigieuse coïncidant, comme souvent, avec le domicile du demandeur). Effer se défendit en contestant être lié par contrat à l'ingénieur. Or, cette contestation, dit la CJCE, ne privait pas le tribunal allemand de sa compétence (CJCE 4.3.1982, *Effer*, Rec. 825, Rev. crit. 1982 570, note Gaudemet-Tallon).

Sans citer cet arrêt, le Tribunal fédéral en a adopté le principe en affirmant que la matière contractuelle "inclut les contestations sur l'existence et la validité d'un contrat, faute de quoi il suffirait au défendeur d'alléguer que le contrat n'existe pas ou n'est pas valable pour déjouer la règle instituant cette compétence spéciale" (ATF 122 III 298 [299], JT 1997 I 255 [rés], RSDIE 1997 349, note Volken). Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a suivi le même raisonnement lors de l'application de l'article 113 LDIP (ATF 22.6.2000 A c. Banque X., SJ 2001 2).

Reprenant l'idée que la matière contractuelle requiert un engagement librement assumé, la CJCE a considéré dans un arrêt de 2002 que la responsabilité précontractuelle ou culpa in contrahendo ne tombait pas dans le champ du chiffre premier, mais du chiffre 3 de l'article 5, qui vise les actions délictuelles (CJCE 17.9.2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA*. Dans un arrêt rendu deux ans avant, le Tribunal fédéral avait estimé que la culpa in contrahendo relevait de l'article 5 ch.1 (ce faisant, il n'entendait pas trancher régler la qualification de la culpa in contrahendo pour les besoins du droit matériel, mais uniquement de la compétence). Compte tenu des similitudes entre responsabilité précontractuelle et responsabilité fondée sur la confiance, le TF rangeait aussi cette dernière dans l'article 5 ch. 1.

(ATF non publié *D. c. E. AG*, 11.7.2000, confirmant une décision zurichoise [ZR 99 (2000) no. 107 244-255]; à noter que le TF avait qualifié de délictuelle la responsabilité fondée sur la confiance dans une décision antérieure en matière de droit applicable [ATF non publié *A. Inc. c. Masse en faillite O.*, 15.9.1998] et que la qualification est controversée en doctrine).

ii) "L'obligation qui sert de base à la demande"

Il s'agit de l'obligation *originaire* découlant du contrat, non de sa sanction (par exemple l'obligation de fournir certains services, non l'obligation de payer des dommages-intérêts pour la mauvaise exécution de ces services). Pour identifier cette obligation originarie, il faut s'interroger sur le fondement de la prétention déduite en justice. Ainsi, lorsque le prêteur agit en remboursement du prêt, l'obligation qui sert de base à la demande est l'obligation de remboursement de l'emprunteur. Autre exemple: lorsqu'un acheteur agit en exécution de la vente, l'obligation qui sert de base à la demande est celle du vendeur de livrer la chose.

Si l'action est fondée sur plusieurs obligations, l'*obligation principale* parmi celles-ci sera seule déterminante pour l'application de l'article 5 ch. 1 (CJCE 15.1.1987, *Shenavaï*, Rec. 239, Rev. crit. 1987 p. 793, note Droz; ATF 124 III 188, JT 1999 I 379, ZBJV 1999 1998 [rés.], note Vogel).

Lorsque l'action est fondée sur deux ou plusieurs obligations équivalentes, le juge au lieu d'exécution de l'une ne saurait se saisir des contestations visant

l'autre (CJCE 5.10.1999, *Leathertex*, JOCE 2000/C6/11). Résultat: la compétence pour résoudre un litige résultant d'un seul et même contrat est scindée. La CJCE admet que cet éclatement est fâcheux, mais – dit-elle – si les parties veulent l'éviter, il ne tient qu'à elles d'agir au for du domicile du défendeur, qui est, lui, compétent pour l'intégralité du litige.

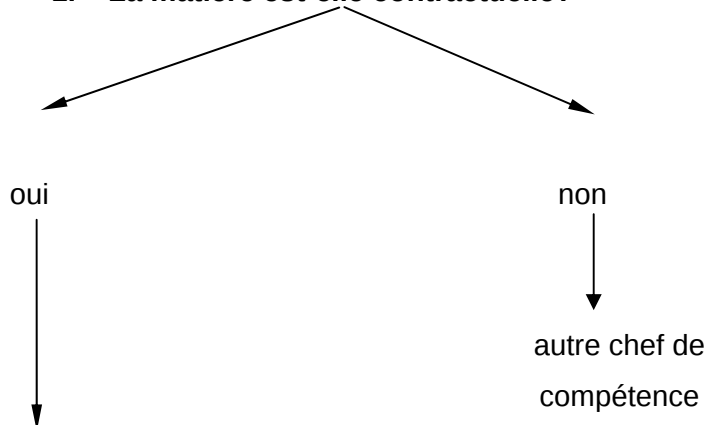
Il ne faut pas confondre l'obligation qui sert de base à la demande, notion utilisée dans le cadre de la détermination de la compétence, avec la prestation caractéristique, concept utilisé pour déterminer le droit applicable (ATF 122 III 298). La prestation caractéristique (art. 117 al. 2 et 3 LDIP) est - comme son nom l'indique - celle qui *caractérise* le contrat. Dans le contrat de prêt, par exemple, la prestation caractéristique est celle du prêteur. Or, comme nous l'avons vu, si ce prêteur agit en remboursement du prêt, l'obligation qui sert de base à la demande est celle de l'emprunteur.

iii) "Lieu où l'obligation [...] a été ou doit être exécutée"

Il ne s'agit *pas* d'une notion *autonome*; c'est là une des rares exceptions à la règle générale de l'interprétation autonome de la CL/CB. Le lieu d'exécution est donc déterminé par le *droit matériel* régissant le contrat en cause (CJCE 6.10.1976, *Tessili*, Rec. 1473, Rev. crit. 1977 751, note Gothot/Holleaux; CJCE *GIE Groupe Concorde*, 28.9.1999, JOCE 1999 C 366/17; CJCE *Leathertex* précité, ATF 122 III 43; 122 III 298), même si ce droit matériel résulte d'une convention de droit uniforme telle la LH55 (CJCE 29.6.1994 *Custom Made* Rec. I-2913 = Rev. crit. 1994 692, note Gaudemet-Tallon) ou la CV (ATF 122 III 43).

Concrètement, pour procéder à cette détermination, il faut progresser par étapes en se posant les questions suivantes:

1. La matière est-elle contractuelle?

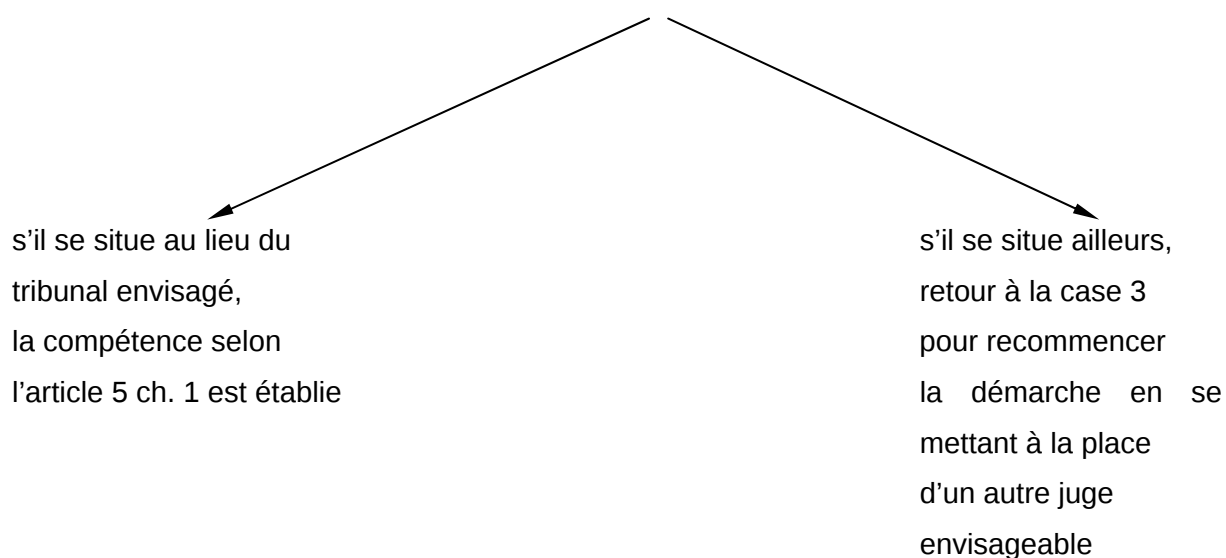


2. Quelle est l'obligation servant de base à la demande?

**3. Celle-ci définie, se mettre à la place du juge
que l'on envisage de saisir, et**

**4. Appliquer ses règles de conflits et de lois pour déterminer le droit matériel
régissant le contrat**

**5. En application du droit matériel ainsi désigné,
déterminer le lieu d'exécution**



Cette solution consistant à passer par le droit matériel est insatisfaisante, mais bien ancrée dans la jurisprudence, la Cour de justice des Communautés l'ayant encore confirmée récemment malgré les critiques de la doctrine (CJCE *Leathertex* précité). Elle est insatisfaisante parce qu'elle est compliquée à appliquer et qu'elle aboutit à des fors différents selon le droit national applicable au contrat. Par exemple, dans certains droits, les dettes d'argent sont quérables (ainsi en droit français et en droit allemand), alors qu'elles sont portables dans d'autres (outre le droit suisse, avec l'art. 74 al. 1 ch. 1 CO, le droit italien, le droit danois ou le droit grec, ainsi que l'art. 57 CV). Dans une action en paiement du prix de services ou de marchandises, si le droit français régit le contrat, le for se situera au domicile du *défendeur*, alors que si le droit suisse est applicable, le tribunal compétent sera celui du domicile du *demandeur*. Cela est évidemment contraire à l'objectif d'uniformité et d'égalité des justiciables que poursuit la CL/CB.

Le Règlement de Bruxelles I et la future version révisée de la CL apportent une amélioration sensible. Pour les contrats de vente ou de prestation de services, ces textes fixent le lieu d'exécution là où, "en vertu du contrat", "les marchandises ont été ou auraient dû être livrées", et là où "les services ont été ou auraient dû être fournis" (art. 5 ch. 1.b). Cette nouvelle formule a l'avantage principal d'écarter la compétence du lieu du paiement pour les contrats de vente et de fourniture de services. Même l'action en paiement du prix pourra être portée au lieu de livraison des marchandises ou fourniture des services, et ce quel que soit le lieu de paiement contractuel ou légal. Ce libellé ainsi revu a-t-il aussi l'avantage de nous épargner le détour par le droit applicable au contrat? Bien que l'intention des négociateurs ait été d'introduire une notion factuelle du lieu d'exécution, qui serait donc autonome, il n'est pas certain qu'ils y soient entièrement parvenus. La jurisprudence le dira. En l'état, il me semble juste de retenir la solution suivante:

- quand la livraison a été effectuée, c'est le lieu effectif de livraison qui fonde le for;
- quand la livraison n'a pas été effectuée, mais que le contrat prévoit le lieu d'exécution, c'est le lieu contractuel d'exécution qui fonde le for;
- dans les autres cas (pas de livraison effective, pas de lieu d'exécution contractuelle), il faut – malheureusement – revenir à la détermination du

lieu d'exécution par le biais du droit matériel régissant le contrat, selon la méthode qui a actuellement cours.

Il y a là un progrès certain, mais hélas insuffisant. Outre les cas que nous venons de voir, la version actuelle de l'article 5 ch. 1 subsiste en effet aussi pour les autres types de contrats.

A noter encore que le lieu d'exécution peut être *fixé conventionnellement* si le droit matériel régissant le contrat le permet (p. ex. art. 74 al. 1 CO). Pour cela, il n'est pas nécessaire de respecter les conditions de l'article 17 CL (CJCE 7.6.1984 *Zelger* Rec. 239, Rev. crit. 1985 374), alors même que l'accord sur le lieu d'exécution a, comme l'élection de for, des effets attributifs de compétence (il est vrai que la fixation du lieu d'exécution ne crée pas un for exclusif).

Il y a donc là un risque que, par le biais d'un accord sur un lieu d'exécution fictif, une partie impose un for à l'autre en éludant les règles de forme de l'article 17, qui ont précisément pour fonction – nous l'avons vu – d'assurer le consentement. Pour minimiser ce risque de désignation d'un lieu d'exécution fictif (ou d'une *crypto*-élection de for), la jurisprudence requiert que le lieu d'exécution convenu corresponde à la réalité contractuelle. Ainsi, le Tribunal fédéral exige que le lieu convenu se justifie au regard du droit matériel (ATF 122 III 249, SJ 1997 59 [rés.]). Quant à la CJCE, elle considère que les parties ne sauraient fixer le lieu d'exécution, dans le seul but de déterminer la compétence, en un endroit où les obligations ne pourraient être effectivement exécutées au vu du contrat, sauf à respecter les conditions de l'article 17 CL (CJCE 20.2.1997, *MSG*, Rec. 1997 I p. 91, Rev. crit. 1997, p. 563, note Gaudemet-Tallon).

En application de l'article 5 ch. 1 actuel, la jurisprudence a eu l'occasion de se pencher sur le lieu d'exécution d'une obligation de ne pas faire. Le contrat litigieux prévoyait que les parties étaient liées par un rapport exclusif et avaient l'obligation de s'abstenir de traiter avec d'autres partenaires commerciaux. Quel était le lieu d'exécution de cette obligation de s'abstenir, de ne pas faire? On pourrait répondre nulle part, puisqu'il n'y a rien à exécuter. Mais on pourrait aussi dire partout, car il faut s'abstenir en tous lieux. Cela ouvrirait un nombre quasi illimité de fors. Face à ces difficultés, la CJCE a très sagement conclu que le for du lieu d'exécution était inapplicable à une obligation de ne pas faire,

la compétence étant déterminée en vertu du seul article 2 (CJCE 19.2.2002 *Besix SA* [Silja : insérer lieu de publication]).

iv) En matière de contrat de travail

Contrairement à la LDIP, dont nous traiterons plus loin, la CL ne consacre pas de règle de compétence spéciale au contrat de travail. La révision en cours y remédiera, comme l'a déjà fait le Règlement de Bruxelles I, qui instaure un régime comparable à celui des contrats de consommation et d'assurances (art. 18-21).

En l'état selon la CL, la compétence est ouverte comme pour tous les contrats: (1) au for élu (art. 17); (2) au domicile du défendeur (art. 2); et (3) au lieu d'exécution du contrat (art. 5 ch. 1). Dans ce cadre-là, la compétence en matière de contrat de travail bénéficie toutefois de certains aménagements:

- l'élection de for n'est admise que si elle est conclue après la survenance du litige (art. 17 ch. 5), ce qui constitue une limitation pratique importante (cf. RSDIE 1997 p. 338);
- quant à la compétence au lieu d'exécution, l'article 5 ch. 1 in fine précise qu' "en matière de contrat individuel de travail, ce lieu est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail, et, si le travailleur n'accomplit pas son travail dans un même pays, ce lieu est celui où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur". En d'autres termes, dans le contrat de travail, c'est la prestation caractéristique - celle du travailleur - qui détermine le lieu d'exécution, quelle que soit l'obligation qui fonde la demande.

Le Tribunal fédéral — se référant à la jurisprudence communautaire (CJCE 9.1.1997 *Rutten* Rec. I-77, Rev. crit. 1997 336, note H. Gaudemet-Tallon) — a précisé que le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail est l'endroit où se trouve le *centre effectif de son activité professionnelle*, étant entendu que, s'il n'est pas nécessaire que le travailleur déploie en permanence son activité en ce lieu, une activité passagère à un endroit donné ne suffit pas (SJ 1999 441). Le salarié d'une entreprise saint-galloise exerçait son activité à Paris, où il disposait d'un bureau et séjournait les jours ouvrables. Bien qu'il ait conservé son domicile en Thurgovie et retourne régulièrement au siège de la société pour y prendre des instructions, le Tribunal fédéral estima qu'il

"accomplissait habituellement son travail" à Paris.

Dans une jurisprudence antérieure, la CJCE avait déjà admis que le travailleur qui effectue environ deux tiers de son temps de travail aux Pays-Bas, où il a un bureau à partir duquel il organise ses activités salariées et auquel il retourne après chaque voyage, accomplit habituellement son travail en ce lieu.

Ces décisions prennent quelques libertés par rapport au texte de la Convention et aboutissent, par le biais de l'interprétation du lieu d'accomplissement habituel du travail, à écarter le for de l'établissement d'embauche. Dans une perspective de protection du travailleur, d'ores et déjà mise en œuvre par le Règlement de Bruxelles I, cela ne semble guère contestable.

Enfin, notons une question amusante traitée récemment par la Cour européenne : où est accompli le travail effectué sur une plate-forme de forage de pétrole en mer ? Qu'auriez-vous répondu ? La CJCE, elle, a répondu dans l'arrêt *Weber* du 27 février 2002 ([Silja : citation])⁹⁹.

C. LDIP

a. *For du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur*

Comme la CL, la LDIP pose en son article 2 le principe de la compétence du domicile du défendeur, sauf dispositions spéciales de la loi. En matière contractuelle, le principe est confirmé en ces termes à l'article 112 al. 1 LDIP : "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". Il s'agit là d'une compétence à la fois internationale et locale ou territoriale (Dutoit n° 2 ad art. 112, p. 327).

b. *For du lieu d'exécution du contrat*

Comme l'article 5 ch. 1 CL, l'article 113 LDIP prévoit aussi un for au lieu d'exécution de la prestation litigieuse. Dans le cadre de la *LDIP*, le for du lieu d'exécution du contrat est non pas alternatif, mais *subsidaire*. En effet, l'article 113 LDIP ouvre cette compétence "lorsque le défendeur n'a ni domicile ou résidence habituelle, ni établissement en Suisse, mais que la prestation litigieuse doit être exécutée en Suisse". Cette différence entre la CL et la LDIP s'explique par le souci qu'avait le législateur de se conformer à l'ancien article

59 de la Constitution fédérale, qui garantissait le juge naturel à toute personne solvable domiciliée en Suisse. Bien que cette garantie souffre d'innombrables exceptions (dont il a été tenu compte lors de la rédaction du nouvel art. 30 al. 2 Cst), la LDIP l'a respectée dans la formulation des règles de compétence. Aujourd'hui, avec la constitution actuelle, on pourrait – on devrait – modifier la LDIP pour l'aligner sur la CL et le Règlement Bruxelles I.

Pour le surplus, les développements qui précèdent au sujet de l'article 5 ch. 1 CL s'appliquent également au for du lieu d'exécution de l'article 113 LDIP. Il faut toutefois souligner que la qualification du rapport juridique (matière contractuelle ?) s'effectue selon la loi du for (ATF 128 III 295 [298] et que la doctrine n'est pas unanime sur le droit applicable à la détermination du lieu d'exécution. Pour certains, s'agissant d'une règle de compétence suisse, il faut déterminer le lieu d'exécution selon le droit suisse, à savoir selon l'article 74 CO (ou les art. 31 et 57 CV) (ainsi Schwander, p. 302; Keller / Kren Kostkievycz n° 14 ad art. 113, p. 883). D'autres au contraire préconisent la détermination en vertu du droit régissant le contrat, comme dans le cadre des CL et CB (Dutoit n° 2 ad art. 113, p. 303). Parce que cette solution a l'avantage d'harmoniser le régime de la LDIP et celui de la CL, elle a notre préférence. Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte (ATF 129 III 738 [746]). Le Tribunal de commerce de Zurich, en revanche, a tranché la question selon le droit suisse (*lex fori*) en mettant l'accent sur la complexité de l'approche conflictuelle (RSDIE 1997 p. 467, note Schwander).

Par ailleurs, comme cela a été indiqué plus haut, la LDIP prévoit en matière de contrat de travail, une compétence spéciale protectrice, qui sera abordée dans le chapitre suivant (cf. *infra* 4.3).

c. For de la succursale

Comme la CL, la LDIP ouvre un for de la succursale pour les contestations relatives à "une obligation découlant de l'exploitation d'un établissement" (art. 112 al. 2 LDIP; les prétentions doivent être *directement* liées à l'exploitation de l'établissement [Dutoit no 6 ad art. 112, p. 301]).

5. COMPETENCES SPECIALES PROTECTRICES

La CL prévoit des compétences protectrices en matière de contrats de consommation (ci-dessous 4.1) et d'assurances (ci-dessous 4.2). Comme nous

l'avons vu plus haut, la révision de la CL y ajoutera les contrats de travail, qui en l'état ne font pas l'objet de règles protectrices (cf. ci-dessus 3.B.b.iv et ci-dessous 4.3).

5.1 CONTRAT DE CONSOMMATION

A. CHAMP D'APPLICATION DES ARTICLES 13-15 CL

En sa section 4, la CL prévoit un régime particulier pour les contrats conclus avec des consommateurs. Il s'agit-là d'un *système de compétence indépendant* des articles 2ss., système qui se suffit à lui-même: en matière de contrats de consommation, seule la section 4 s'applique (avec l'exception des art. 4 et 5 ch. 5; voir art. 13 al.1).

Le *champ d'application territorial* de cette section est fonction du domicile du défendeur, qui doit se situer dans un État contractant (même critère que pour l'art. 2 not.). A cela une exception, qui *étend le champ de la Convention* pour accorder aux consommateurs une protection plus large: lorsqu'un fournisseur domicilié hors États contractants a une succursale, une agence ou un autre établissement dans un État contractant, la section 4 est applicable si cette entité est intervenue dans le cadre du contrat de consommation.

La section 4 s'applique en présence d'un contrat conclu avec un consommateur (que, pour simplifier, nous appelons souvent contrat de consommation). La notion de contrat de consommation comprend trois éléments, qui ont trait (i) aux parties, (ii) à la nature du contrat et (iii) pour certains contrats, à l'existence de liens territoriaux particuliers.

i) Parties

Le contrat de consommation met en présence un consommateur et un fournisseur. Le *consommateur* est une personne agissant en-dehors de son activité professionnelle (n'est pas un consommateur l'avocat qui achète un ordinateur pour son cabinet, même s'il est un parfait ignorant en matière d'informatique) et pour satisfaire ses propres besoins de consommation privée. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé qu'est consommateur le directeur de sociétés de philatélie, qui remet des timbres de sa collection personnelle à une société

étrangère pour qu'elle les vende aux enchères, alors même qu'il a de l'expérience en la matière. En effet, ce qui est déterminant, c'est le but - privé ou professionnel - que le contrat poursuit (ATF 121 III 336, JdT 1996 I 78, RSDIE 1996 24 note Volken).

Cette même *conception subjective* de la notion de consommateur a conduit la CJCE à dénier la qualité de consommateur à un individu qui avait conclu un contrat de franchise en vue d'une activité commerciale qui n'avait pas (encore) débuté. Dans la mesure où il faut se référer aux *intentions* de la partie contractante pour déterminer si elle conclut le contrat "aux fins de satisfaire ses propres besoins de consommation privée" ou au contraire dans un "but professionnel", qu'il s'agisse d'une activité future n'enlève rien à la nature professionnelle (CJCE 3.7.97, *Benincasa*, Rec. I-3737).

Signalons encore qu'il doit s'agir d'un *consommateur "final"* (CJCE 21.6.1978, *Bertrand*, Rec. 1978 p. 1431), qui ne peut être qu'une *personne physique*. La qualité de consommateur ne se transfère pas. C'est ce que la CJCE a estimé en décidant qu'une *fiduciaire* à laquelle un particulier avait cédé ses droits découlant d'un contrat de consommation, ne bénéficiait pas des fors de la section 4 (CJCE 9.1.1993, *Shearson*, Rec. 1993 I p. 139).

Le *fournisseur* - c'est implicite dans la disposition - doit agir en qualité de *commerçant ou professionnel* (l'avocat qui revend son ordinateur à un ami ne remplit pas cette condition, parce que sa profession consiste à "vendre" des services juridiques, pas des ordinateurs).

ii) Nature du contrat

Constituent des contrats de consommation au sens de l'article 13 CL, tout d'abord, les ventes à tempérament d'objets mobiliers corporels (art. 13 al. 1 ch.1) et les contrats ayant pour objet le financement de la vente de tels objets (ainsi les contrats de leasing ou de cartes de crédit; art. 13 al. 1 ch. 2).

Constituent également des contrats de consommation tous les contrats de fourniture de services ou de biens (toujours mobiliers corporels) (art. 13 al. 1 ch. 3). Cette dernière catégorie, beaucoup plus vaste que les précédentes, ne bénéficie toutefois des fors protecteurs de la section 4 qu'à condition que le contrat présente certains liens avec l'État du domicile du consommateur (iii. ci dessous).

La CJCE a précisé le champ respectif de ces catégories à propos d'un contrat de fabrication d'un yacht conclu entre un particulier domicilié en Allemagne et une société néerlandaise. Le contrat prévoyait un paiement échelonné avant la livraison, le dernier versement devant s'effectuer lors des essais. La Cour a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une vente à tempérament, celle-ci présupposant le transfert de la possession du bien avant le paiement intégral du prix. Or cette condition n'était pas remplie. Dès lors, la protection de l'article 13 al. 1 ch.1 ne se justifiait pas. En revanche, le contrat concerné entrait dans le champ de l'alinéa 3, qui donne lieu à protection si certains liens territoriaux sont réalisés (CJCE 16.3.1999, *Mietz*, Rev. crit. 1999 761 [ou 647 – Silja : vérifier page !]).

Sont exclus des contrats de consommation: les contrats d'assurance, parce qu'ils disposent de leur propre régime de compétences protectrices (art. 7ss.); les contrats de transport, parce qu'il existe de nombreuses autres conventions en la matière (art.13 al. 3); et les contrats portant sur les immeubles (pour les baux d'immeubles, art. 16 ch. 1).

iii) Liens territoriaux

Seul le consommateur qui a été sollicité chez lui mérite protection. Celui qui s'aventure en dehors de l'État de son domicile prend des risques qu'il doit assumer. C'est cette idée qui a amené les rédacteurs de la Convention à exiger que la conclusion du contrat ait été précédée, dans l'État du domicile du consommateur, d'une publicité ou d'une "proposition spécialement faite" (par exemple, un démarchage de clients) et que le consommateur ait accompli dans cet État les actes nécessaires à la conclusion du contrat (art. 13 al. ch. 3 lit. a et b). Comme l'indique le "et", ces conditions sont cumulatives. Elles ne s'appliquent pas aux ventes à tempérament et autres financements d'objets mobiliers.

Il ne ressort pas du texte qu'un lien de causalité adéquate doit exister entre la publicité et la conclusion du contrat. Il suffit qu'elle l'ait précédée dans l'État du domicile du consommateur (ATF 121 III 336, JdT 1996 I 78 [85]).

Le Règlement Bruxelles I et la future CL révisée atténuent cette exigence de lien. En vertu du Règlement, il suffit que le fournisseur exerce des activités dans l'Etat contractant du domicile du consommateur, ou qu'il "dirige ses activités vers cet Etat" et que le contrat entre dans le cadre de ces activités (art.

15 ch.1 lit. c Règlement et 13 al.1 lit. c CL révisée). Les compétences protectrices bénéficieront ainsi non seulement au consommateur classique, mais aussi à l'internaute qui consomme en ligne. Un site interactif accessible de l'Etat de domicile du consommateur manifeste, en effet, une "activité dirigée vers" cet Etat; plus besoin de publicité "dans" l'Etat du domicile. Plus besoin non plus d'actes de conclusion du contrat accomplis dans cet Etat. Désormais, le consommateur peut cliquer sur son portable alors qu'il est en vacances à l'étranger; il sera protégé comme s'il avait passé la commande chez lui (dans la mesure bien sûr où celle-ci entre dans les activités que le fournisseur "dirige vers" l'Etat de domicile).

B. REGLES DE COMPETENCE

Il faut distinguer entre l'action portée contre le consommateur, qui seul mérite protection, et l'action contre le fournisseur.

i) Action contre le consommateur

Elle peut être intentée au domicile du consommateur uniquement (art. 14 al. 2), sauf si celui-ci est défendeur reConventionnel (art. 14 al. 3). Dans ce dernier cas, c'est en effet le consommateur qui aura choisi le for en sa qualité de demandeur. On peut donc admettre que c'est un for qui lui convient.

ii) Action contre le fournisseur

Cette action peut être introduite au domicile du fournisseur (ce qui correspond à la compétence générale de l'art. 2; art. 14 al. 1), au domicile du consommateur (ce qui constitue une exception instaurée pour protéger la partie faible; art 14 al. 2) ou au for de la succursale, dans la mesure où la succursale est intervenue dans le cadre du contrat de consommation. Il s'agit-là de la compétence alternative de l'article 5 ch. 5 que réserve l'article 13 al. 1.

iii) Election de for

Parce que, dans un contrat de consommation, elle sera nécessairement imposée par le fournisseur et risque bien d'être défavorable au consommateur en l'obligeant à agir au siège de son co-contractant, l'élection de for est interdite, sauf exceptions (art. 15). Parmi les exceptions, on compte notamment l'élection de for conclue après la survenance du litige, à un moment où l'on

estime que le consommateur est en mesure d'accepter ou de refuser une attribution de compétence en pleine connaissance de cause.

C. LDIP

La LDIP comprend également un régime spécial de compétence destiné à protéger le consommateur. Le contrat de consommation est défini à l'article 120 concernant le droit applicable. C'est dans ce contexte que nous l'examinerons (cf. II.4.2 ci-dessous).

Ici encore, il faut distinguer entre l'action du consommateur et celle du fournisseur.

i) Action contre le fournisseur

Celle-ci peut être portée devant les tribunaux suisses du domicile ou de la résidence habituelle du consommateur (for protecteur; art. 114 al. 1 lit. a) ou devant ceux du domicile ou de la résidence habituelle du fournisseur (ce qui correspond à la compétence générale de l'art. 112, art. 114 al. 1 lit. b).

ii) Action contre le consommateur

Curieusement, celle-ci ne fait pas l'objet de la règle spéciale de compétence. Elle est donc régie par les règles générales et doit être intentée au domicile ou à la résidence habituelle suisses du consommateur (art. 112).

Une controverse existe sur la question de savoir si l'action contre le consommateur peut aussi être introduite au for du lieu d'exécution du contrat (art. 113). Ce for n'étant ouvert que lorsque le défendeur n'a pas de domicile ou de résidence habituelle en Suisse, la question ne se pose qu'à l'égard d'un consommateur domicilié à l'étranger dans un État qui n'est pas partie à la CL, car sinon cette dernière s'appliquerait.

Imaginons une action en paiement du prix (la plus fréquente) intentée par un fournisseur établi en Suisse contre un consommateur domicilié à l'étranger hors CL, une hypothèse peu vraisemblable si l'on considère les liens territoriaux que requiert l'article 120, sauf peut-être en matière de commerce électronique. Supposons que le lieu d'exécution est déterminé en fonction du droit suisse (art. 74 CO). Une dette d'argent, soit le prix, étant portable, le lieu d'exécution de la prestation litigieuse, soit le lieu de paiement du prix, se situera au domicile

du créancier-fournisseur-demandeur en Suisse. Le fournisseur pourrait donc agir à son domicile en Suisse contre le consommateur domicilié à l'étranger.

Cette situation paraît incompatible avec l'impératif de protection qui a inspiré le régime particulier de la compétence en matière de consommation. Que le consommateur soit domicilié à l'étranger ne change évidemment rien à son besoin de protection. Il s'impose donc de conclure que l'article 113 n'a pas d'application dans ce domaine. Seul est dès lors ouvert le for de l'article 112.

iii) Election de for

Selon l'article 114 al. 2, le consommateur ne peut renoncer à l'avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle. Cette règle s'applique tant à l'action du consommateur qu'à celle qui est intentée contre lui. En pratique, cela signifie que l'élection de for est exclue, sauf si elle est conclue après la survenance du litige.

5.2 CONTRATS D'ASSURANCE

A. Champ d'application des articles 7-12bis CL

En raison du besoin de protection également, la CL contient une section 3 qui consacre un régime de compétence spécial en faveur du preneur d'assurance, de l'assuré et du bénéficiaire (art. 7-12 bis).

Cette section comprend non seulement les *contrats d'assurance ordinaires*, mais aussi les contrats d'assurance de risques d'envergure, dits de *grande assurance* (ATF 124 III 436 [443]). En effet, pour certains de ces grands risques, les articles 12 ch. 5 et 12bis prévoient des règles particulières. La CJCE a, en revanche, jugé que les contrats de *réassurance*, à savoir le contrat par lequel l'assureur couvre son risque à lui, n'étaient pas inclus (CJCE 13.7.2000, *Group Josi Reinsurance Co.*, C-412/98, JDI 2002 623, note Leclerc).

Alors même que la *ratio* de cette section réside dans le souci de protection de la partie se trouvant en situation d'infériorité économique, le Tribunal fédéral n'a pas hésité à faire bénéficier des avantages accordés à la partie faible un *syndicat de banques*, qui à l'évidence était un opérateur commercial averti dont la puissance économique était sans doute comparable ou supérieure à celle de l'organisme d'assurance-crédit avec lequel il avait conclu la police litigieuse (ATF 124 III 382 cons. 7b, SJ 1999 107 [rés.]).

A. REGLES DE COMPETENCE

La section 3 distingue l'action de l'assureur, qui ne peut être portée qu'au domicile du défendeur, de l'action du preneur d'assurance qui peut bien entendu être intentée au domicile de l'assureur (art. 8 al. 1 ch. 1), mais également au lieu du fait dommageable (art. 9), au lieu de la succursale (art. 7 réservant l'art. 5 ch. 5), et du domicile du preneur d'assurance (art. 8 al. 1 ch. 2).

Par "preneur d'assurance" au sens de l'article 8 al. 1 ch. 2, il faut entendre celui qui a conclu le contrat ou lui a succédé (Gaudemet-Tallon n° 247). Se référant à une thèse fribourgeoise (V. Bruhlhart, La compétence internationale en matière d'assurances dans l'espace judiciaire européen, Fribourg, 1997), le Tribunal fédéral a admis que le preneur d'assurance était celui qui recherche, pour lui même ou pour un tiers, la protection de l'assurance. Il en a déduit que dans le cas d'un consortium de banques bénéficiaires, leur chef de file qui avait seul conclu le contrat, devait être considéré comme le preneur d'assurance, alors que les autres banques membres du consortium étaient des assurés au sens de l'article 8 al. 1 ch. 1.

Le Tribunal fédéral a également précisé que "le for du domicile du preneur d'assurance, au sens de l'article 8 al. 1 ch. 2 CL, est à disposition non seulement du preneur d'assurance, mais de toute autre partie (assuré, bénéficiaire) qui a un droit à faire valoir contre l'assureur". En l'espèce le siège genevois du chef de file du consortium permettait également aux autres banques, dont le siège était à l'étranger, d'attirer l'organisme d'assurance-crédit devant les tribunaux genevois qui étaient *compétents pour connaître de toute action dirigée contre l'assureur* (ATF 124 III 382 [400]).

Notons encore que par le jeu de l'article 12 al. 1 ch. 1 en liaison avec l'article 17 al. 3, une prorogation de for en matière de contrat d'assurance conclue avant la naissance du litige, ne déploie aucun effet juridique (pour une illustration: ATF 124 III 436). En vertu de l'article 12 ch. 5, elle est en revanche parfaitement valable dans les cas de grande assurance visés à l'article 12bis. D'autres exceptions sont prévues aux ch. 2 à 5 de l'article 12, auxquels il est ici renvoyé.

L'action directe est régie à l'article 10 CL auquel il est également renvoyé.

La LDIP ne connaît pas de régime spécial pour le domaine des assurances.

5.3 CONTRAT DE TRAVAIL

Comme nous l'avons vu plus haut (cf. *supra* 4.3.), la CL soumet le contrat de travail au régime général des contrats sans prévoir de régime protecteur comme en matière de contrats de consommation ou d'assurance. La révision y remédiera avec l'introduction d'une section 4bis instaurant un régime autonome spécialement consacré au contrat de travail.

La LDIP connaît quant à elle un véritable régime de compétences protectrices. L'article 115 instaure trois fors en Suisse. Tout d'abord, pour les actions du travailleur et de l'employeur, le for du domicile du défendeur et du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. Ensuite, pour les actions du travailleur seulement, le for de son domicile ou de sa résidence habituelle en Suisse.

La LDIP n'interdit pas l'élection de for en matière de contrat de travail (SJ 1998 p. 441). Encore faut-il qu'elle n'aboutisse pas à priver "d'une manière abusive une partie [le travailleur] de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse" (art. 5 al. 2). Cette limitation s'inspire de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). A titre d'exemple d'élection de for qui pourrait être considérée comme abusive, on citera celle qui aurait pour seul but de rendre l'action de l'employé plus difficile ou celle qui n'aurait d'autre objectif que de concentrer tous les litiges de l'employeur devant un seul tribunal.

II. RECONNAISSANCE ET EXECUTION

La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères sont traitées de façon générale dans le Manuel, auquel il est renvoyé. Rappelons ici simplement quelques aspects d'importance particulière en matière contractuelle.

A. CHAMP D'APPLICATION

Comme en matière de compétence directe, il faut distinguer le champ matériel, temporel et territorial. Toutefois, pour les deux derniers, les critères d'application ne sont pas les mêmes que lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence. Spécifiquement

- le champ d'application quant à la *matière* est déterminé de la même manière que pour la compétence directe (*supra* I.1.A.a);
- dans le *temps*, la convention est applicable à condition (i) que l'exécution soit demandée après l'entrée en vigueur de la CL dans l'Etat qui a rendu le jugement et dans l'Etat où l'exécution est demandée, et (ii) que l'action au fond ait été intentée après l'entrée en vigueur de la CL dans l'Etat qui a rendu le jugement (art. 54 al. 1). L'article 54 al. 2, au texte duquel il est renvoyé, permet un allègement de cette seconde condition;
- le champ d'application dans l'*espace* est d'un maniement beaucoup plus simple que dans le cadre de la compétence directe, puisqu'il est donné dès lors que le jugement à exécuter émane d'un tribunal d'un Etat contractant (art. 26 et 31);

Le champ d'application en matière d'*exécution* est synthétisé comme suit:

Exécution

1. dans le temps (art. 54)

L'exécution est-elle demandée après l'entrée en vigueur dans les Etats de jugement et d'exécution?

et

L'action a-t-elle été intentée après l'entrée en vigueur dans l'Etat de jugement?

ou

Article 54 al. 2?

2. quant à la matière (art. 1)

Le litige est-il de nature civile ou commerciale?

et

S'agit-il de matière non exclue?

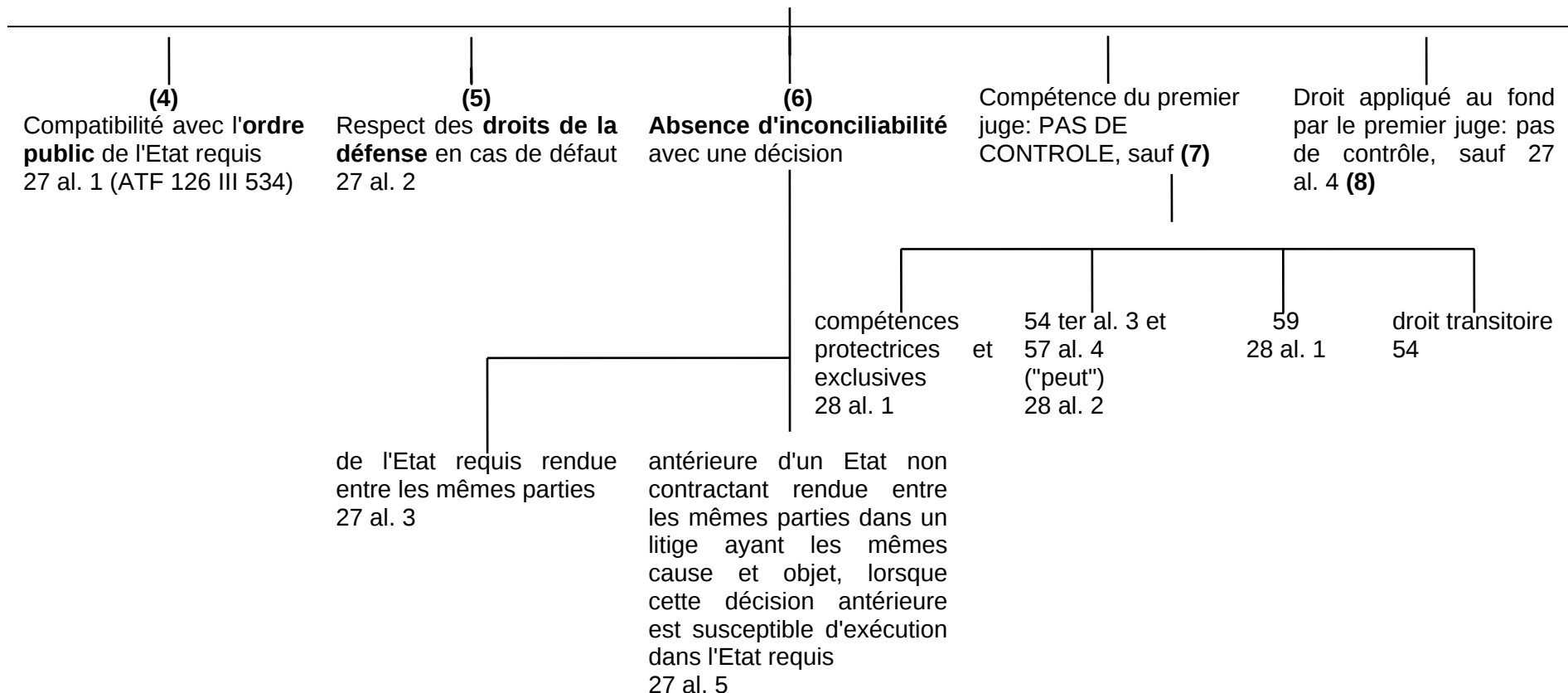
3. dans l'espace

Le jugement émane-t-il d'un tribunal d'un Etat contractant (art. 26 et 31)?

NB: Il faut encore vérifier si une autre convention ou le Règlement de Bruxelles I prime sur la CL (art. 54ter ss.).

B. CARACTERISTIQUES DES DECISIONS SUSCEPTIBLES D'EXECUTION ET CONDITIONS D'EXECUTION SELON LA CL

Une décision **(1)** rendue par une **juridiction (2)** entrant dans le **champ d'application** de la CL et **(3)** ayant **FORCE EXECUTOIRE** sera exécutée dans un autre Etat contractant, si elle remplit les conditions suivantes:



Deux innovations caractérisent le régime de l'exécution selon la CL par rapport aux conditions classiques d'exécution des jugements étrangers, lesquelles se retrouvent encore largement dans la LDIP. Ces innovations sont reprises de la CB et apparaissent en majuscules dans le tableau qui précède.

Tout d'abord, il suffit que la décision sujette à exécution soit revêtue de la force exécutoire; il n'est pas nécessaire qu'elle ait l'autorité de la chose jugée. Cela a une conséquence principale : il devient ainsi possible d'exécuter à l'étranger des mesures provisoires (à condition toutefois qu'elles aient été prononcées en procédure contradictoire ; art. 27 ch.2 CL et CJCE 21.5.1980 *Denilauler* Rev.crit. 1980 801, note Mezger ; pour l'exécution en Suisse d'une mesure provisoire anglaise, appelée *freezing injunction* [anciennement *Mareva injunction*] ATF 129 III 626, notes Bernet et Dasser, Jusletter 19.1.2004).

Ensuite, à quelques exceptions près, le juge de l'exécution ne contrôle pas la compétence du premier juge. Cela s'explique aisément : la CL est une convention-double, ce qui veut dire qu'elle règle tant la compétence des tribunaux que l'exécution des jugements, et elle est limitée à une région du monde qui a la même conception de l'administration de la justice. En conséquence, le second juge, celui de l'exécution, peut faire confiance à son collègue étranger, premier juge, qui a rendu la décision. En effet, ce dernier aura en principe fondé sa compétence sur les chefs de la Convention – c'est une convention-double – et il l'aura fait correctement – ils ont la même conception de la justice (pour éviter toute confusion, on notera ici que c'est là la philosophie de base de la CL, mais que celle-ci régit l'exécution d'une décision émanant d'un Etat contractant, même si la compétence du premier juge est fondée sur un autre texte).

Dans ce contexte, l'arbitrage mérite une mention particulière. Selon le TF, un jugement étranger rendu par un tribunal étatique, alors même que les parties étaient liées par une convention d'arbitrage, doit être exécuté en Suisse (ATF 127 III 186). A première vue, cela peut paraître juste puisque le second juge ne contrôle pas la compétence du premier, sauf exceptions non réalisées ici. A la réflexion, le résultat est pourtant fort discutable. Tout d'abord, on peut se demander si le jugement étranger qui a disposé de l'exception d'arbitrage n'est pas rendu en matière d'arbitrage au sens de l'article premier al. 2 ch.4 (au moins quand il y a une contestation sérieuse et que l'exception est soulevée de bonne foi) et que l'exécution échappe donc à la Convention (B. Audit,

Arbitration and the Brussels Convention, Arb. Int'l 1993 [Silja : insert p] et H. Gaudemet-Tallon, ch. 363 p. 293-294). Ensuite, on peut penser que l'exécution en Suisse d'un jugement étranger rendu en violation d'une clause d'arbitrage valable (selon quel droit ?) est contraire à l'ordre public et ne répond donc pas à la condition posée par l'article 27 ch.1 CL.

ANNEXE 1

CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION DE LUGANO

Compétence	Exécution
1. dans le temps (art. 54)	
L'action est-elle intentée après l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano dans l'Etat de jugement?	L'exécution est-elle demandée après l'entrée en vigueur dans les Etats de jugement et d'exécution? et L'action a-t-elle été intentée après l'entrée en vigueur dans l'Etat de jugement? ou Art. 54 al. 2?
2. quant à la matière (art. 1)	
Le litige est-il de nature civile ou commerciale? et S'agit-il de matière non exclue?	
3. dans l'espace	
Le champ dans l'espace est différent selon la règle de compétence concernée (art. 4 al. 1; in fine ajouter art. 17 et 18): Y a-t-il compétence exclusive d'un Etat contractant (art. 16)? ou Y a-t-il prorogation d'un tribunal d'un Etat contractant entre parties dont l'une au moins est domiciliée dans un Etat contractant (art. 17; voir aussi art. 18)? ou Le défendeur est-il domicilié dans un Etat contractant (art. 2, 5, 6, 7ss.)? [Deux tribunaux situés dans des Etats contractants sont-ils saisis (art. 21-23)?] Question controversée: le litige doit-il avoir un lien avec plusieurs Etats contractants?	Le jugement émane-t-il d'un tribunal d'un Etat contractant (art. 26 et 31)?
NB: Il faut encore vérifier si une autre convention ou le Règlement de Bruxelles I prime sur la Convention de Lugano (art. 54ter ss.).	

SYNTHESE DES ART. 19 - 23 CL

(Dispositions procédurales)

1. VERIFICATION DE LA COMPETENCE

Obligation du juge de se déclarer incompétent d'office lorsqu'il est saisi en violation

- 1) de l'art. 16 (art. 19), ou
- 2) d'autres dispositions de la convention et que le défendeur domicilié dans un Etat contractant (Etc) fait défaut (art. 20 al. 1).

2. VERIFICATION DE L'ASSIGNATION

Lorsqu'un défendeur domicilié dans un Etc ne comparaît pas, le juge doit surseoir à statuer tant qu'il n'est pas établi que le défendeur a été "mis à même" de recevoir l'acte introductif d'instance en temps utile ou que "toute diligence a été faite à cette fin" (art. 20 al. 2).

Lorsque l'Etat dans lequel se situe le tribunal saisi et l'Etat où doit avoir lieu la notification sont tous deux membres de la Convention de la Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (LH 65), l'obligation de surseoir est régie par l'article 15 LH 65, dont le libellé est le suivant :

« Lorsqu'un acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis à l'étranger aux fins de signification ou de notification, selon les dispositions de la présente Convention, et que le défendeur ne comparaît pas, le juge est tenu de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi :

- a) ou bien que l'acte a été signifié ou notifié selon les formes prescrites par la législation de l'Etat requis pour la signification ou la notification des actes dressés dans ce pays et qui sont destinés aux personnes se trouvant sur son territoire,*

b) ou bien que l'acte a été effectivement remis au défendeur ou à sa demeure selon un autre procédé prévu par la présente Convention,

et que, dans chacune de ces éventualités, soit la signification ou la notification, soit la remise a eu lieu en temps utile pour que le défendeur ait pu se défendre.

Chaque Etat contractant a la faculté de déclarer que ses juges, nonobstant les dispositions de l'alinéa premier, peuvent statuer si les conditions suivantes sont réunies, bien qu'aucune attestation constatant soit la signification ou la notification, soit la remise n'ait été reçue :

a) l'acte a été transmis selon un des modes prévus par la présente Convention,

b) un délai que le juge appréciera dans chaque cas particulier et qui sera d'au moins six mois, s'est écoulé depuis la date d'envoi de l'acte,

c) nonobstant toutes diligences utiles auprès des autorités compétentes de l'Etat requis, aucune attestation n'a pu être obtenue.

Le présent article ne fait pas obstacle à ce qu'en cas d'urgence, le juge ordonne toutes mesures provisoires ou conservatoires. »

3. LITISPENDANCE

3.1 Catégories et règles applicables

- Saisine d'un tribunal situé dans un Etc et d'un tribunal hors Etc: litispendance internationale (art. 9 LDIP).
- Saisine de deux tribunaux dans deux Etc CL: litispendance européenne (art. 21 et 54 ter ch. 2 lit. b CL).

3.2 Conditions de la litispendance européenne (21 CL)

- Deux actions pendantes
- devant des juridictions toutes deux compétentes (que la compétence résulte de la CL, d'autres conventions ou de règles nationales)
- saisies du même litige, à savoir d'un litige
 - a) entre les mêmes parties (pas nécessairement dans la même position procédurale),

- b) concernant la même cause, ainsi notamment le même rapport contractuel, (CJCE 8.12.1987 *Gubisch Maschinenfabrik*, Rev. Crit. 1988 374, note Gaudemet-Tallon).
- c) et le même objet (une demande d'exécution et une demande d'annulation d'un contrat ont, selon la jurisprudence européenne, le même objet, à savoir "la force obligatoire du contrat"; une demande de dommages-intérêts et une demande tendant à une déclaration de non-responsabilité ont aussi le même objet, à savoir "l'existence ou l'inexistence d'une responsabilité" ; CJCE 6.12.1994, *The Ship Tatry*, Rev. Crit. 1995 601, note Tichadou).

Les conditions d'identité de parties, de cause et d'objet sont des notions autonomes (*Gubisch* précité). Il n'y a pas d'autres conditions. En particulier, il n'est pas nécessaire que les parties soient domiciliées dans un Etc (CJCE 17.6.1991 *Overseas Union Insurance*, Rev. Crit. 1991 769, note Gaudemet-Tallon ; voir aussi chap. I.1.A. ci dessus).

3.3 Mécanisme de l'exception de litispendance

L'exception de litispendance ne peut être soulevée que devant le juge saisi en second lieu. Si la compétence du juge saisi en premier lieu est établie, le second juge doit se dessaisir. Si la compétence du premier juge n'est pas établie, le second juge doit surseoir à statuer jusqu'à ce qu'elle le soit.

4. CONNEXITE (ART. 22)

4.1 Catégories et règles applicables

- Saisine d'un tribunal situé dans un Etc et d'un tribunal hors Etc: la LDIP s'applique. Elle ne connaît pas d'exception générale de connexité. Toutefois, la connexité fonde un chef de compétence dans certains domaines particuliers (p. ex. art. 109 al. 2 et 129 al. 3),
- Saisine de deux tribunaux dans deux Etc: connexité européenne (art. 22 CL).

4.1 Conditions de la connexité européenne

- Deux instances pendantes
- devant des tribunaux d'Etc tous deux également compétents (selon la CL, une autre convention ou le droit national),
- les actions étant connexes : définition de la connexité à l'article 22 al. 3 CL. Il y a inconciliabilité lorsque deux décisions risquent d'être contradictoires sans pour autant qu'il soit absolument impossible de les exécuter séparément.

4.2 Mécanisme de l'exception de connexité

- Il s'agit d'une exception, non d'un chef de compétence.
- Le second juge a la faculté (non l'obligation) soit de surseoir à statuer (pour pouvoir tenir compte du résultat de l'action connexe lorsqu'il jugera), soit de se dessaisir (art. 22 al. 1 et 2 CL).

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- Andreas BUCHER, Andrea BONOMI, Andreas BUCHER *Droit international privé*, Bâle, Genève, Munich (Helbing & Lichtenhahn), 2001.
- Andreas BUCHER *Droit international privé suisse Tome I/1. Partie générale – Conflits de juridictions*, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn), 1999.
Cité : Bucher I/1.
- Andreas BUCHER *Droit international privé suisse Tome I/2. Partie générale – Droit applicable*, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn), 1999.
Cité : Bucher I/2.
- Yves DONZALLAZ *La Convention de Lugano*, vol. I (1996), vol. 2 (1997), vol. III (1998), Berne (Staempfli).
Cité : Donzallaz.
- Bernard DUTOIT *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 3^{ème} éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn), 2001.
Cité : Dutoit.
- Hélène GAUDEMET-TALLON *Cométances et exécution des jugements en Europe : Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3^{ème} éd., Paris (LGDJ), 2002.
Cité : Gaudemet-Tallon.
- Reinhold GEIMER, Rolf A. SCHÜTZE *Europäisches Zivilverfahrensrecht : Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen*, Munich (Beck), 1997.
Cité : Geimer/Schütze. [Silja: mettre à jour]

- Anton HEINI
et al. (éd.) *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1898*, Zurich (Schulthess), 1993.
Cité : IPRG-Komm suivi du nom de l'auteur du commentaire de l'article en question.
- Heinrich HONSELL
et al. (éd.) *[Basler]Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn), 1996.
Cité : Ba-Komm suivi du nom de l'auteur du commentaire de l'article en question.
- François KNOEPFLER,
Philippe SCHWEIZER *Droit international privé suisse*, 2^{ème} éd., Berne (Staempfli), 1995.
Cité : Knoepfler
- Kurt SIEHR *[Silja: s.v.p. compléter]*
Anton K. Schnyder, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Zurich (Schultess), 2000
Manuel Liatowitsch
Ivo SCHWANDER *Einführung in das internationale Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 3^{ème} éd., St Gall/Lachen (Dike), 2000.
Cité: Schwander Allg. T. *[Silja: mettre à jour]*
- Ivo SCHWANDER *Einführung in das internationale Privatrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil*, St Gall/Lachen (Dike), 1997.
Cité : Schwander. *[Silja: mettre à jour]*
- Frank VISCHER,
Lucius HUBER,
David OSER *Internationales Vertragsrecht*, 2^{ème} éd., Berne (Staempfli), 2000.
Cité: Vischer
- Gerhard WALTER *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 3^{ème} éd., Berne (Haupt), 2002.

SITES INTERNET

A. INSTITUTIONS EUROPEENNES ET DIVERSES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

<http://www.europa.eu.int/>

Site de l'Union européenne; accès notamment à la jurisprudence des instances judiciaires européennes, à la Convention de Bruxelles (texte consolidé), au Règlement de Bruxelles I destiné à remplacer cette Convention.

<http://www.un.or.at/uncitral/fr>

Site de la CNUDCI [Commission des Nations Unies pour le droit commercial international].

<http://www.hcch.net>

Site de la Conférence de La Haye de droit international privé; accès à toutes les Conventions de La Haye.

<http://www.unidroit.org>

Site d'UNIDROIT [Institut pour l'unification du droit privé]; accès notamment au texte de la version intégrale des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international; dispositions et commentaires.

B. JURISPRUDENCE

Union Européenne

<http://www.europa.eu.int/cj/fr/juris/index.htm>

Jurisprudence récente de la Cour de Justice et du Tribunal de première instance, avec outil de recherche.

Suisse

<http://www.eurospider.ch/OFNAG/ofbge.html/>

Arrêts du Tribunal fédéral publiés entre 1930 et 1975.

<http://www.eurospider.ch/BUGE/>

Arrêts du Tribunal fédéral publiés entre 1975 et 1998.

[Silja: à compléter, notamment avec site TF ; OFJ, etc.]