

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 131 (2012)

**Heft:** 2

**Artikel:** Le droit international privé suisse à l'épreuve de la mondialisation et de la régionalisation : bilan et perspectives

**Autor:** Guillaume, Florence

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-896171>

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 08.12.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Le droit international privé suisse à l'épreuve de la mondialisation et de la régionalisation: bilan et perspectives

FLORENCE GUILLAUME\*

---

\* FLORENCE GUILLAUME, Docteur en droit et avocate, est Professeur ordinaire de droit international privé et Doyenne de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel. L'auteur remercie vivement ses assistants, en particulier M. Bastien Durel et M<sup>me</sup> Alice Fadda, de leur précieuse aide pour la mise au point du présent texte.



## Table des matières

A.	Introduction . . . . .	304
B.	Droit international privé et droit international . . . . .	306
I.	Le défi de la sécurité du droit dans un contexte international . . . . .	306
1.	A la recherche d'un idéal de certitude et de prévisibilité des relations privées internationales . . . . .	307
a.	De la méthode savignienne . . . . .	307
b.	Du principe de proximité dans un contexte de mobilité, mondialisation et dématérialisation . . . . .	309
c.	D'une règle de conflit neutre à une règle de conflit orientée	312
d.	De l'équivalence des ordres juridiques à leur mise en concurrence . . . . .	314
2.	... dans les limites paradoxales de l'ordre juridique interne . . . . .	317
a.	Définir des critères de rattachement . . . . .	318
b.	Respecter l'intérêt de chaque Etat à l'application de sa propre loi . . . . .	319
c.	Assurer un accès à la justice dans un contexte international . . . . .	320
aa.	A l'aide des règles de conflit de juridictions . . . . .	320
bb.	A l'aide des règles de reconnaissance et d'exequatur . . . . .	322
II.	La coordination des ordres juridiques comme moyen permettant de dépasser le paradoxe du droit international privé . . . . .	323
1.	Les règles de conflit et le droit comparé . . . . .	324
2.	L'élaboration de règles de conflit dans des instruments internationaux . . . . .	325
a.	Les conventions multilatérales élaborées par la Conférence de La Haye . . . . .	326
b.	Les instruments de droit international privé élaborés dans d'autres cadres institutionnels . . . . .	329
C.	Les sources du droit international privé suisse . . . . .	331
I.	La loi suisse de droit international privé . . . . .	331
1.	L'histoire de la LDIP . . . . .	332
a.	D'un système de droit privé intercantonal . . . . .	332
b.	... à un système de droit international privé . . . . .	333
2.	La structure de la LDIP . . . . .	334
a.	Une partie générale et une partie spéciale . . . . .	335
b.	L'organisation par matière selon une division tripartite . . . . .	335
c.	L'arbitrage international . . . . .	336
3.	Les éléments caractéristiques de la LDIP . . . . .	337
a.	Les règles de conflit de juridictions . . . . .	338
b.	Les règles de conflit de lois . . . . .	339
c.	Les règles de reconnaissance . . . . .	344
4.	L'influence des conventions sur la LDIP . . . . .	347
a.	L'assimilation de principes communs de droit international privé émanant des conventions . . . . .	348
b.	La reprise de règles de conflit conventionnelles . . . . .	349
c.	Le complètement du champ d'application de certaines conventions . . . . .	351
d.	L'extension du champ d'application de certaines conventions . . . . .	352

e.	La marque de la Convention européenne des droits de l'homme . . . . .	353
5.	La mise à jour régulière de la LDIP . . . . .	354
6.	L'application de la LDIP . . . . .	355
II.	Les principales conventions de droit international privé en vigueur pour la Suisse . . . . .	357
1.	Les conventions dans le domaine du contentieux international et de l'entraide judiciaire internationale en matière civile . . . . .	358
2.	Les conventions dans le domaine des relations internationales familiales et patrimoniales . . . . .	359
3.	Les conventions dans le domaine du droit commercial et financier international . . . . .	360
4.	L'intégration des conventions de droit international privé dans la LDIP . . . . .	361
a.	Le principe de l'applicabilité directe des conventions . . . . .	361
b.	Le système de la signalisation . . . . .	362
c.	Le système de la réserve générale des traités . . . . .	362
d.	Les lois fédérales d'exécution . . . . .	364
D.	Les tendances au niveau international . . . . .	365
I.	Unification du droit international privé <i>versus</i> unification du droit privé . . . . .	365
1.	L'unification du droit international privé et ses limites . . . . .	366
a.	A la recherche d'une harmonie internationale des solutions au moyen des conventions . . . . .	366
b.	Les limites de l'efficacité de la méthode conventionnelle . . . . .	367
2.	L'unification du droit privé . . . . .	370
a.	L'unification du droit matériel . . . . .	371
b.	L'unification du droit procédural . . . . .	373
aa.	Unification au niveau mondial et apparition d'une <i>lex processualis</i> . . . . .	374
bb.	Unification au niveau régional et apparition d'une procédure civile internationale dans l'Union européenne . . . . .	377
II.	Le droit international privé dans un contexte de mondialisation et de régionalisation . . . . .	379
1.	Les effets de la mondialisation . . . . .	380
a.	L'émergence d'un droit non étatique . . . . .	380
b.	La prépondérance de l'intérêt individuel . . . . .	382
2.	Les effets de la régionalisation . . . . .	385
a.	L'apparition de droits régionaux . . . . .	385
aa.	L'adoption de règles de droit international privé au niveau régional . . . . .	386
bb.	L'adoption de règles de droit international privé par l'Union européenne . . . . .	388
b.	Les Organisations régionales d'intégration économique . . . . .	395
E.	Les défis actuels du droit international privé suisse . . . . .	397
I.	Les défis suscités par l'unification du droit privé . . . . .	398
1.	Droit international privé suisse et droit matériel unifié . . . . .	398
2.	Droit international privé suisse et droit procédural unifié . . . . .	400

II.	Les défis suscités par la mondialisation et la régionalisation du droit international privé .....	402
1.	Droit international privé suisse et droit non étatique .....	403
2.	Droit international privé suisse et droit international privé communautaire .....	407
a.	L'impact du droit international privé communautaire sur les relations privées helvético-européennes .....	407
aa.	L'impact en matière de compétence des autorités .....	407
bb.	L'impact en matière de droit applicable .....	409
cc.	L'impact en matière de reconnaissance et d'exequatur .....	410
b.	Les libertés fondamentales communautaires et la Suisse .....	411
F.	Une conclusion .....	412
I.	... en forme de bilan .....	413
II.	... et de perspectives .....	414

## A. Introduction

Le droit international privé peut être défini comme le droit régissant les relations privées internationales en coordonnant les systèmes juridiques au moyen de règles déterminant lequel a la légitimité requise pour s'appliquer. Il ressort de cette définition que le droit international privé est une matière difficile à classer selon les critères standards.

Traitant des relations entre les systèmes juridiques nationaux, cette matière recèle en son cœur les conflits juridiques entre Etats. Il s'en dégage incontestablement des effluves de droit international public. C'est sans surprise que cette matière est aussi désignée par le terme de «droit des conflits» et que, dans certains pays, ses spécialistes sont traditionnellement autant versés dans le droit international privé que public. Et pourtant, ces deux matières peuvent être clairement différenciées en cela que le point de départ du droit international privé se situe au niveau des personnes. Ce domaine du droit régit les relations privées de caractère international et non pas les relations entre Etats. Cela ne l'empêche pas pour autant de se servir des instruments internationaux, et en particulier des traités conclus entre les Etats. Le droit international privé est régi en grande partie par des conventions bilatérales ou multilatérales. Cette matière relève cependant essentiellement du droit interne: chaque Etat est amené à forger ses propres règles de conflit. Le caractère national du droit des conflits est un des paradoxes les plus surprenants attachés à ce domaine du droit: bien qu'international par son objet, ses sources sont essentiellement nationales.

Lorsque l'on se situe au niveau du droit interne de chaque Etat, il apparaît clairement que le droit international privé relève essentiellement du droit privé. Cette matière ne peut cependant pour autant être qualifiée ni de droit matériel ni de droit procédural. Le droit international privé s'intercale en effet entre les règles de droit privé pour coordonner aussi bien les règles de droit matériel que les règles de procédure civile des différents Etats. Les règles de procédure civile internationale ont d'ailleurs été pendant longtemps distinguées des règles de conflit de lois, ces dernières étant seules considérées comme des règles de droit international privé à proprement parler. Parmi les règles de conflit de lois, un observateur averti constatera que si la plupart d'entre elles se contentent de déterminer l'Etat dont le droit matériel est applicable, certaines d'entre elles offrent directement une solution au fond. On peut même être tenté d'attribuer une portée de droit public à certaines règles de conflit de lois, dans la mesure où leur objectif est de protéger les valeurs essentielles ainsi que les intérêts de l'Etat qui les a adoptées. La distinction entre le droit privé et le droit public n'est ainsi pas aussi nette dans cette matière qu'on aurait pu le croire de prime abord.

Ces propos introductifs mettent en lumière la difficulté à identifier la nature des règles de droit international privé au moyen des critères standards de classement des règles de droit, lesquels sont fondés sur la triple dichotomie entre droit international et droit interne, droit matériel et droit procédural, et droit privé et

droit public. Le droit international privé est en effet composé d'un ensemble de règles pouvant entrer dans toutes ces catégories. Pour cette raison, c'est essentiellement la fonction du droit international privé qui permet de qualifier ce domaine du droit. La coordination est le maître-mot de la matière: les règles de conflit ont pour fonction de coordonner les ordres juridiques des Etats. Elles sont d'ailleurs souvent réduites à ce rôle caractéristique en étant décrites comme de simples aiguillages, rouages, ponts ou passerelles entre les systèmes juridiques. Mais la fonction du droit international privé n'est pas aussi mécanique qu'on pourrait le croire au premier abord. Cette matière est imprégnée de la volonté politique de l'Etat de protéger ses propres intérêts, les intérêts de ses ressortissants, ainsi que les intérêts des acteurs économiques au niveau international. En cela, le droit international privé est le reflet d'un équilibre entre la souveraineté et l'ouverture vers l'extérieur, entre une tendance au protectionnisme et une volonté d'accueillir les situations juridiques étrangères. Ces éléments trouvent leur illustration dans la méthode de droit international privé adoptée par chaque Etat, ainsi que dans les critères de rattachement insérés dans les règles de conflit.

Tout en conservant à l'esprit ces caractéristiques des règles de conflit, intéressons-nous maintenant à l'objectif de la matière. Le droit international privé vise avant tout à offrir la sécurité juridique nécessaire à l'épanouissement des relations privées internationales. Cet objectif, qui n'est pas particulier à ce domaine du droit, est extrêmement difficile à atteindre dans le contexte international. Il relève davantage encore aujourd'hui d'un idéal, voire de l'utopie, que de la réalité. Toutes les règles de conflit élaborées en vue de cet objectif ne parviennent en effet pas à l'atteindre aussi longtemps qu'elles ne sont pas identiques d'un Etat à l'autre. Conscients de cette difficulté, les Etats consacrent une énergie importante à l'unification des règles de conflit au niveau régional, international et mondial. Le principal défi du droit international privé réside en effet dans cet objectif de sécurité juridique des relations de droit privé présentant un élément d'extranéité, lequel ne peut être atteint qu'en assurant la certitude et la prévisibilité des règles applicables. On peut d'ailleurs se demander s'il ne serait pas plus simple d'atteindre ce but en reportant l'effort d'unification sur le droit privé. En effet, si les Etats parviennent à unifier à la fois leurs règles de droit matériel et leurs règles de droit procédural, il ne serait plus vraiment nécessaire de coordonner les ordres juridiques. On pourrait ainsi se passer du raisonnement conflictuel qui peut s'avérer particulièrement complexe à appliquer.

Ces différentes questions seront abordées dans le présent Rapport à la Société suisse des juristes sur le droit international privé suisse confronté aux défis du droit international. Nous concentrerons notre regard sur la situation particulière de la Suisse qui se trouve non seulement impliquée dans un phénomène de mondialisation du droit, mais également au centre d'un mouvement de régionalisation qu'elle ne peut pas ignorer.

## B. Droit international privé et droit international

Le droit international privé s'inscrit nécessairement dans un contexte international. En partant du point de départ du raisonnement conflictuel, à savoir l'élément d'extranéité d'une relation de droit privé, la démarche consiste à définir un critère permettant de rattacher cette situation internationale à un Etat particulier. Cet ancrage territorial doit offrir aux personnes concernées la certitude et la prévisibilité nécessaires pour ne pas souffrir du caractère international de la situation. Le critère de rattachement peut être élaboré au niveau étatique, chaque Etat choisissant les situations dans lesquelles ses autorités judiciaires ou administratives sont compétentes, celles où son droit est applicable, ainsi que celles où il accepte de donner des effets sur son propre territoire à une situation juridique créée à l'étranger. Une telle démarche unilatérale ne permet cependant pas d'atteindre l'objectif de sécurité juridique au niveau international. Cet objectif suppose une coordination entre les règles de conflit appliquées par les Etats. Ceux-ci ont reconnu depuis longtemps que l'élaboration de règles de droit international privé ne fait un sens que dans la mesure où la situation juridique existant dans les autres pays est prise en considération. Une démarche comparative est en effet nécessaire pour déterminer dans quel Etat une personne pourra s'adresser à une autorité administrative ou judiciaire, quel droit cette autorité appliquera et dans quelles conditions la décision qui sera prise pourra déployer des effets dans d'autres pays. S'agissant d'une situation présentant un élément d'extranéité et ayant par là même nécessairement des liens avec plusieurs Etats, il est indispensable de prendre en considération l'attitude des autres pays pour définir des règles de conflit aptes à remplir leur objectif.

## I. Le défi de la sécurité du droit dans un contexte international

L'objectif consistant à assurer la sécurité du droit dans les relations privées internationales ne peut être atteint que par l'application des mêmes critères de rattachement par tous les Etats. Ceux-ci doivent par conséquent fournir un effort commun de coordination pour adopter des critères de rattachement identiques. La limite intrinsèque de cette démarche réside dans le fait que le droit international privé est une matière relevant essentiellement du droit interne de chaque Etat. Il est utopique de croire que chaque Etat va adopter spontanément les mêmes critères de rattachement pour toutes les relations privées présentant un élément d'extranéité qu'il est amené à régir. L'effort de coordination ne peut par conséquent être fourni efficacement que si les Etats se concertent et négocient des critères de rattachement applicables à chaque matière du droit privé, puis formalisent leur accord au sein d'un traité. On pourrait s'attendre, au vu de l'intensité des relations privées internationales, à ce que cette démarche d'unification ait déjà abouti depuis longtemps, par exemple sous la forme d'un code mondial de droit international privé. Il convient cependant d'abandonner l'idée d'un monde

juridique idéal pour revenir à une réalité dominée par la diversité des règles de conflit.

### *1. A la recherche d'un idéal de certitude et de prévisibilité des relations privées internationales ...*

Le droit international privé plonge ses racines dans la diversité des règles de droit matériel des Etats. Lorsqu'une relation privée de caractère international se trouve à cheval entre deux ou plusieurs Etats, elle peut être potentiellement régie par différentes lois. La fonction première du droit international privé consiste ainsi à déterminer quel Etat va pouvoir appliquer sa loi à la situation considérée. C'est dans ce rôle de règlement des conflits entre les Etats qui prétendent à l'application de leur loi nationale que cette matière tire son appellation de «conflit de lois», du latin «*collisio legum*» que l'on peut traduire littéralement par «le choc des lois». Nous utiliserons de préférence le terme «droit des conflits» (*Kollisionsrecht*), lequel englobe aussi bien les conflits de lois que les conflits de juridictions, ce qui correspond à l'acception moderne du droit international privé. Un bref énoncé des méthodes utilisées en droit des conflits nous permettra d'en rappeler les concepts de base ou plutôt les mythes fondateurs.

#### *a. De la méthode savignienne*

Dans une approche historique très simplifiée, nous nous concentrerons sur le développement du droit international privé sur le continent européen, lequel est considéré comme le berceau de cette matière. Les pays européens ont développé au fil des ans une tradition commune de droit international privé nourrie des mêmes concepts de base<sup>1</sup>. Dans un premier temps, ils ont tous suivi une approche unilatérale en se contentant de délimiter le champ d'application de leur propre loi (la «*lex fori*», la loi du for), sans réellement se préoccuper des situations juridiques cristallisées hors de leurs frontières. Leur champ de vision s'est élargi à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, qui a vu l'apparition d'une approche bilatérale dans laquelle la loi du for était considérée comme équivalente aux lois étrangères. Dans la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, un mouvement de codification du droit international privé s'est répandu à travers les Etats européens. Cette période est marquée par un schisme entre l'Orient et l'Occident, les Etats de l'Europe de l'Est ayant adopté un système de droit international privé essentiellement inspiré de considérations politiques et économiques qui leur est pro-

---

1 Voir p. ex. KURT SIEHR, Vom universellen zum globalen IPR. Zur jüngsten Geschichte und Entwicklung des Internationalen Privatrechts, in: H.-P. Mansel et al. (éd.), *Festschrift für Erik Jayme* (tome I), Munich 2004, p. 873–886; THEODORUS M. DE BOER, Forty Years On. The Evolution of Postwar Private International Law in Europe, in: *Forty Years On*, Deventer 1990, p. 1–14.

pre<sup>2</sup>. De leur côté, les codifications des Etats de l'Europe de l'Ouest sont inspirées du même modèle privilégiant un rattachement à l'Etat avec lequel la situation considérée présente les liens les plus étroits. Le père fondateur de cette méthode classique de droit international privé rattachant les relations privées internationales au droit qui leur est le plus proche, sans considérer la solution au fond résultant de l'application de cette loi, est le juriste allemand Friedrich Karl von Savigny<sup>3</sup>.

La «méthode savignienne», qui est devenue dans l'intervalle une méthode classique du droit des conflits, peut être résumée schématiquement de la façon suivante. Le postulat de base est l'équivalence des ordres juridiques. La loi du for n'a donc pas nécessairement la priorité sur les lois étrangères. Ce principe d'équivalence est un prérequis indispensable pour atteindre l'idéal d'uniformité des solutions au niveau du droit international privé. Le système repose en effet sur l'idée que les règles de conflit de lois doivent être conçues de manière à désigner le siège de la situation juridique considérée. L'énorme avantage de ce critère de rattachement réside dans le fait que les règles de conflit de lois de tous les Etats désigneront nécessairement la même loi si elles se servent toutes de ce même critère. Les Etats n'ont donc qu'à adopter des règles de conflit de lois désignant le siège de la relation juridique pour atteindre l'objectif de certitude et de prévisibilité. La neutralité de la règle de conflit de lois, qui ne prend pas en considération le contenu de la loi matérielle qu'elle désigne, est un élément essentiel de la théorie de Savigny. Cette neutralité découle de l'application d'un critère de rattachement, et non pas de la loi la plus appropriée compte tenu des circonstances et, en particulier, du résultat recherché au niveau de la «justice matérielle».

La méthode développée par Savigny s'inscrit dans le contexte social, politique et économique de son époque<sup>4</sup>. Savigny entendait avant tout régler les

- 2 Voir MARC M. BOGOUSLAVSKI, *Le droit international privé en Russie et dans les autres Etats membres de la CEI au seuil du XXI<sup>e</sup> siècle*, *Journal du droit international* 1999, p. 413–433; BERNARD DUTOIT, *Dans le sillage de la perestroïka: une nouvelle conception soviétique du droit international?*, in: W.A. Stoffel/P. Volken (éd.), *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, p. 245–263; PAVEL KALENSKY, *Evolution towards International Unification in Private International Law of the Socialist States in Central and Eastern Europe*, in: J. Erauw et al. (éd.), *Liber Memorialis François Laurent 1810–1887*, Bruxelles 1989, p. 861–868; PAVEL KALENSKY, *Le droit international privé comparé des Etats socialistes dans leur coopération économique*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 1988 (tome 208), p. 169–281; BERNARD DUTOIT, *La doctrine soviétique du droit international à l'épreuve du dialogue*, in: B. Dutoit/E. Grisel (éd.), *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne 1984, p. 123–137; MARC M. BOGOUSLAVSKI, *Doctrine et pratique soviétiques en droit international privé*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 1981 (tome 170), p. 331–431.
- 3 FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* (tome 8), Berlin 1849.
- 4 Voir ANDREAS BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé. Cours général, Recueil des cours de l'Académie de droit international* 2009 (tome 341), p. 9–526, p. 43–48;

conflits entre les différents Etats allemands, lesquels se trouvaient encore dans une situation d'indépendance au XIX<sup>e</sup> siècle. Cette situation de départ se caractérisait par une forte régionalisation, et en particulier une langue commune, un enseignement juridique commun – trouvant son fondement dans la théorie des pandectes – et une aspiration commune à créer un système juridique unitaire. Transposée hors de ce contexte particulier, la méthode savignienne est confrontée à ses limites. Il est ainsi apparu qu'elle ne permet pas de remplir entièrement l'objectif de certitude et de prévisibilité. L'objectif central du droit international privé devient alors un idéal vers lequel il faut tendre, tout en acceptant qu'il soit extrêmement difficile à atteindre. Cela n'empêche pas la méthode savignienne d'imprégnier encore aujourd'hui la théorie générale du droit international privé des pays européens.

b. *Du principe de proximité dans un contexte de mobilité, mondialisation et dématérialisation*

Il est incontestable que le rattachement au siège du rapport juridique demeure encore et toujours au centre de la règle de conflit de lois. On désigne aujourd'hui ce principe fondamental sous le terme de «principe de proximité»<sup>5</sup>. Ce critère de rattachement présente notamment pour avantage de pouvoir être appliqué aussi bien par les Etats de *civil law* que par les Etats de *common law*. Il est ainsi le critère de rattachement privilégié dans beaucoup d'instruments internationaux. Un bon exemple figure à l'art. 7 de la Convention de La Haye sur les trusts<sup>6</sup>, lequel prévoit l'application de la loi avec laquelle le trust présente les liens les plus étroits en l'absence de choix du droit applicable par le constituant. Cette même disposition matérialise le critère de rattachement en offrant plusieurs éléments pouvant aider à identifier l'Etat avec lequel le trust considéré est le plus proche, tels que le lieu d'administration, le lieu de situation des biens en trust, le lieu d'établissement du trustee ou le lieu de résidence des bénéficiaires du trust.

Le principe de proximité s'avère cependant de plus en plus difficile à appliquer dans un monde dominé par la circulation des personnes, des biens et des services. Les Etats ont toujours eu des règles plus ou moins élaborées pour appréhender les problèmes résultant des phénomènes migratoires, dès lors que la mobilité des personnes n'est pas un phénomène récent. Il s'agit même d'une donnée préalable du droit international privé. Comme l'a constaté de façon per-

---

JÜRGEN BASEDOW, Spécificité et coordination du droit international privé communautaire, in: Travaux du Comité français de droit international privé 2002–2004, p. 275–296, p. 281–283.

<sup>5</sup> Voir PAUL LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, Recueil des cours de l'Académie de droit international 1986 (tome 196), p. 9–238, et les nombreux auteurs qui ont repris cette terminologie.

<sup>6</sup> Convention de La Haye du 01.07.1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (RS 0.221.371).

tinente un auteur<sup>7</sup>, «[s]i chacun reste chez soi, il n'y a pas d'élément d'extra-néité, donc pas de nécessité d'élaborer des règles de conflit». Mais l'accroissement actuel de la mobilité des personnes a pour effet que le siège d'une relation privée internationale n'est plus nécessairement permanent, mais plutôt en constante évolution. Le principe de proximité désignera pour cette raison potentiellement une loi différente en fonction du moment auquel il est appliqué. La loi régissant une situation donnée sera ainsi appelée à changer au gré des déplacements internationaux des personnes concernées. La mobilité des personnes entraîne dans son sillage une tendance à la généralisation des conflits mobiles. Ce phénomène, qui désigne une application successive de plusieurs droits à la même cause, peut être constaté par exemple en matière de créance d'aliments relevant du droit de la famille. L'art. 3 par. 2 du Protocole de La Haye du 23.11.2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires prévoit ainsi que le déplacement international de la résidence habituelle du créancier d'aliments entraîne un changement de la loi applicable à sa créance à partir de son déménagement. Cet exemple montre que les règles de conflit de lois doivent intégrer l'aspect temporel en fixant le moment déterminant pour identifier la loi applicable. Le rattachement au siège du rapport juridique s'inscrit ainsi dorénavant dans une sorte de «proximité mouvante»<sup>8</sup>, laquelle va à l'encontre de l'objectif de certitude et de prévisibilité recherché.

La circulation des biens et des services est caractérisée à notre époque par la mondialisation (ou globalisation, du terme anglais «*globalization*»). Ce phénomène de multiplication des échanges commerciaux internationaux au niveau de la planète entraîne un changement d'échelle: les questions qui se posaient hier au niveau de chacun des Etats se posent désormais au niveau de l'ensemble des Etats<sup>9</sup>. Le besoin de certitude et de prévisibilité juridique en est pour cette raison considérablement renforcé. En comparant l'influence du droit des Etats de *civil law* avec celle du droit des Etats de *common law* sur l'économie mondialisée, un auteur<sup>10</sup> a relevé que celle de la *common law* prédomine. Une des raisons qu'il a identifiées réside dans le fait que les ordres juridiques de *common law* reconnaissent aux libertés économiques un rôle plus important que celui qui leur est réservé dans les ordres juridiques de droit civil. Leurs valeurs se trouvent ainsi davantage en phase avec les besoins des opérateurs du commerce international que les valeurs mises en avant dans les Etats de droit civil, lesquels placent sur un rang d'égalité les valeurs morales, familiales, sociales et économiques. On peut déduire de cette analyse que les opérateurs du commerce inter-

---

7 CATHERINE KESSEDJIAN, Un code européen au regard des objectifs du droit international privé, in: M. Fallon/P. Lagarde/S. Poillot-Peruzzetto (éd.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles 2011, p. 107–132, p. 119.

8 Voir, dans un contexte européen, KESSEDJIAN (note 7), p. 113 s.

9 Voir MICHEL GRIMALDI, *Le droit continental face à la mondialisation*, in: *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris 2009, p. 293–308, p. 293.

10 GRIMALDI (note 9).

national ont des intérêts qui ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux des Etats. Il n'est par conséquent pas vraiment surprenant qu'ils aient été amenés à développer des systèmes privés de droit adaptés à leurs besoins spécifiques et contrôlés par une justice privée prenant la forme de l'arbitrage.

Si le principe de proximité paraît difficile à concilier avec le phénomène de mondialisation, il l'est encore davantage avec celui de la dématérialisation des relations juridiques résultant du développement d'internet<sup>11</sup>. Un critère de rattachement conçu de manière à localiser une relation juridique au niveau territorial ne semble plus vraiment adapté en ce début du XXI<sup>e</sup> siècle, qui est fortement marqué par la dématérialisation de l'information, de la propriété et des relations humaines<sup>12</sup>. Les règles de conflit fondées sur le principe de proximité paraissent aujourd'hui obsolètes lorsque la relation juridique considérée s'inscrit dans un contexte dématérialisé. Comment définir l'Etat avec lequel un achat effectué sur internet présente les liens les plus étroits? S'agit-il de celui du domicile de l'acheteur ou de celui du vendeur, du lieu où la commande a été passée ou de celui où elle a été reçue, du lieu du fournisseur d'accès à internet de l'acheteur ou de celui du vendeur, du lieu d'expédition de la marchandise ou de celui de sa réception? Ce simple exemple de la vie de tous les jours montre l'inadéquation du principe de proximité dans ce contexte.

L'absence de critère de rattachement approprié peut entraîner des conséquences économiques importantes au niveau global. La détermination de la loi applicable aux titres intermédiaires en est un bon exemple. Les titres intermédiaires sont des titres émis par une société, par exemple sous la forme d'actions ou d'obligations, qui présentent la caractéristique d'être détenus auprès d'un intermédiaire financier et d'être partiellement ou entièrement dématérialisés. Ces titres peuvent ainsi circuler rapidement, d'un intermédiaire financier à l'autre, par un jeu d'écritures en compte ne requérant pas le déplacement physique des titres. Particulièrement adaptés à une économie mondialisée et dématérialisée, les titres intermédiaires sont par définition difficiles à rattacher à un Etat. La Convention de La Haye sur les titres intermédiaires<sup>13</sup> donne ainsi, fort logiquement, la priorité à l'autonomie de la volonté pour déterminer la loi régissant les relations juridiques entre un détenteur de compte et son intermédiaire financier. Ce rattachement de principe retenu à l'art. 4 de la Convention a été choisi principalement en raison du fait qu'il évite de devoir localiser un compte de titres pour pouvoir trouver la loi applicable aux droits liés à la détention de ce compte. Un critère de rattachement fondé sur la localisation du compte de titres n'aurait en

<sup>11</sup> Voir PETER NORTH, *Private International Law. Change or Decay?*, International and Comparative Law Quarterly 2001, p. 477–508.

<sup>12</sup> Voir RICHARD G. FENTIMAN, *English Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, in: S.C. Symeonides (éd.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Londres 2000, p. 165–190, p. 189 s.

<sup>13</sup> Convention de La Haye du 05.07.2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (RS 0.957.1).

effet pas apporté la sécurité juridique nécessaire, dès lors qu'un tel compte peut être tenu par l'intermédiaire financier en plusieurs lieux, lesquels peuvent être en outre très facilement déplacés<sup>14</sup>. Or, la situation se complique dans l'hypothèse malheureuse où les parties à une convention de compte ont omis de désigner la loi applicable. L'art. 5 de la Convention retombe dans ce cas dans une logique de localisation du compte de titres en prévoyant des rattachements subsidiaires inspirés du principe de proximité dont l'application peut s'avérer pour le moins problématique en pratique. Les règles de conflit de la Convention de La Haye sur les titres sont symptomatiques du fait que les Etats ont de la peine à sortir de la logique du principe de proximité.

*c. D'une règle de conflit neutre à une règle de conflit orientée*

Le principe de la neutralité des règles de conflit de lois est également resté un concept de base du droit international privé moderne. Ces règles sont conçues de manière à désigner la loi applicable au moyen d'un critère de rattachement. Le résultat au fond de l'application de la loi désignée n'est en principe pas un élément pris en considération dans le raisonnement conflictuel. On oppose pour cette raison la «justice de droit international privé», déconnectée de la solution de droit matériel, à la «justice matérielle».

On peut cependant légitimement se demander si la notion de règle de conflit de lois aveugle au résultat n'est pas un mythe fondateur du droit international privé. L'Etat est-il réellement disposé à adopter des règles de conflit désignant la loi régissant une relation privée internationale sans tenir compte du résultat qu'aura l'application de cette loi? En théorie, la réponse ne peut être que positive. Il est en effet impossible de savoir à l'avance le contenu de la loi qui sera désignée, puisque cela dépend des circonstances de la situation considérée. Mais en pratique, la solution au fond résultant de l'application de la règle de conflit va nécessairement être considérée, si ce n'est par le législateur, au moins par le juge. Doit-on en déduire que dans le binôme législateur-juge, seul le second serait doté de la capacité de vision et guiderait le premier? La réponse n'est évidemment pas si simple.

Plusieurs auteurs ont remarqué que les règles de conflit de lois n'ont qu'une apparente neutralité<sup>15</sup>. La volonté du législateur d'atteindre un certain résultat

14 Voir FLORENCE GUILLAUME, in: A. Bucher (éd.), *Commentaire Romand. Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano*, Bâle 2011, Art. 108c LDIP, N 18.

15 Voir p. ex. PIERRE MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, Recueil des cours de l'Académie de droit international 2007 (tome 327), p. 9–377, p. 151–198; HÉLÈNE GAUDEMÉT-TALLON, *Le pluralisme en droit international privé. Richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, Recueil des cours de l'Académie de droit international 2006 (tome 312), p. 9–488, p. 299–390; BASEDOW (note 4), p. 278 s.; THEODORUS M. DE BOER, *Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century*, in: P.J. Borchers/J. Zekoll (éd.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York 2001, p. 193–213, p. 193–198; SPYRIDON VRELLIS, *La jus-*

au fond se cacherait en réalité dans les détails du système. Par exemple, les règles de conflit de lois alternatives, qui laissent le choix entre plusieurs lois de manière à favoriser la validité d'un acte ou la position de l'une des parties, sont clairement inspirées du désir d'atteindre un certain résultat au fond. Ce constat a amené récemment un auteur<sup>16</sup> à s'écartez du concept de neutralité de la règle de conflit de lois pour formaliser une méthode prenant en considération la dimension sociale du droit international privé. Cette doctrine est inspirée en partie du courant de pensée américain prônant une certaine souplesse de la règle de conflit, que l'on retrouve notamment sous les dénominations de *proper-law approach*, *better-law approach* ou *best-law approach*<sup>17</sup>. Ces méthodes sont l'expression d'une tendance à prendre davantage en considération le résultat de l'application de la loi désignée par les règles de conflit. Celles-ci sont ainsi de moins en moins considérées comme déconnectées du résultat matériel et de plus en plus comme des *result-oriented rules*<sup>18</sup>. Cette évolution au niveau de la méthodologie du droit international privé peut être constatée non seulement aux Etats-Unis, mais aussi dans tous les pays européens, dont les règles de droit international privé ne sont en réalité pas aussi aveugles au résultat qu'on aurait pu le penser au premier abord.

Ces *result-oriented rules* peuvent se matérialiser sous des formes très diverses. Il peut s'agir d'une disposition visant à favoriser la validité formelle d'un acte, tel que l'art. 1 de la Convention de La Haye sur la forme des dispositions testamentaires<sup>19</sup> qui prévoit la validité formelle d'une telle disposition si elle répond aux exigences prescrites par la loi de pratiquement n'importe quel Etat avec lequel le testateur a un lien. L'utilisation de plusieurs critères de rattachement s'appliquant de façon alternative est en effet révélatrice du résultat recherché. D'autres règles de conflit ont pour objectif de protéger une partie considérée comme faible, comme toutes celles qui rattachent l'enfant à l'Etat de sa résidence habituelle. Ces types de règles de conflit entretiennent clairement

---

tice «matérielle» dans une codification du droit international privé, in: Alegría Borrás et al. (éd.), *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, La Haye 1996, p. 541–562.

16 BUCHER (note 4).

17 Pour une présentation synthétique de cette doctrine, voir p. ex. SYMEON C. SYMEONIDES, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress? General Report, in: S.C. Symeonides (éd.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?*, Londres 2000, p. 3–79, p. 43–62; ERIK JAYME, Identité culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne, Recueil des cours de l'Académie de droit international 1995 (tome 251), p. 9–268, p. 79–81.

18 Voir CARMEN AZCÁRRAGA MONZONIS, An Old Issue From a Current Perspective: American and European Private International Law, *Yearbook of Private International Law* 2010, p. 639–667, p. 658 s.; SYMEON C. SYMEONIDES, Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law, in: P.J. Borchers/J. Zekoll, *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York 2001, p. 125–140, p. 127; JAYME (note 17), p. 44–47.

19 Convention de La Haye du 05.10.1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires (RS 0.211.312.1).

une liaison avec les règles de droit matériel. De manière plus générale, un système conflictuel privilégiant l'autonomie de la volonté est révélateur du souhait du législateur de donner la préférence à la solution matérielle voulue par les parties. Il apparaît ainsi – sans réelle surprise – que les règles de droit international privé reflètent les valeurs de leur créateur. Bien plus, c'est précisément la différence de valeurs existant d'un système juridique à l'autre qui est à l'origine des conflits de lois.

Les règles de droit international privé communautaire adoptées récemment par l'Union européenne, qui sont applicables dans les relations entre les Etats membres, sont une bonne illustration du fait que les règles de conflit sont le reflet des intérêts du législateur qui les façonne. Les règles de conflit de lois intra-communautaires ne sont en effet absolument pas neutres: elles visent à réaliser les valeurs du droit communautaire<sup>20</sup>. L'art. 3 par. 5 du Traité sur l'Union européenne (TUE)<sup>21</sup> prévoyait clairement que «[d]ans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens». Pour réaliser cet objectif fondamental, «[l']Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes» (art. 3 par. 2 TUE). Même si le principe de proximité est utilisé pour définir les critères de rattachement du droit international privé intra-communautaire, ce principe est souvent écarté par des considérations visant à protéger la partie considérée comme faible. Il s'agit en effet de l'un des buts sociaux poursuivis par le droit communautaire. On peut citer à titre d'exemple les art. 6, 7 et 8 du Règlement Rome I<sup>22</sup> qui protègent les consommateurs, les assurés et les travailleurs. Ces règles de conflit de lois s'écartent radicalement du modèle prônant une règle de droit international privé neutre conçue et appliquée sans égard au résultat matériel.

#### *d. De l'équivalence des ordres juridiques à leur mise en concurrence*

Le principe de proximité et celui de la neutralité de la règle de conflit de lois étant désormais battus en brèche, que reste-t-il du dernier point essentiel de la méthode savignienne, à savoir l'équivalence des lois en conflit? Le fait qu'il ne faille pas nécessairement donner la prééminence à la loi du for est un concept

20 Par le terme «droit communautaire», nous désignons le droit de l'Union européenne. Le droit international privé communautaire est composé de plusieurs Règlements et de quelques dispositions ponctuelles dans des Directives, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice. Sur l'absence de neutralité des règles de conflit communautaires, voir MARC-PHILIPPE WELLER, Les rattachements dans les conflits de lois, in: M. Fallon/P. Lagarde/S. Poillot-Peruzzetto (éd.), Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?, Bruxelles 2011, p. 327–334, p. 332.

21 JOUE 2010 C 83, p. 13 (version consolidée).

22 Règlement N 593/2008 du 17.06.2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I; JOUE 2008 L 177, p. 6).

qui paraît acquis. Quoique la question ressurgit, de façon presque inattendue dans certaines conventions de droit international privé récentes. L'art. 13 de la Convention de La Haye sur la protection des adultes<sup>23</sup> prévoit ainsi une application de principe de la loi du for aux mesures visant à protéger un adulte, de même que la règle se trouvant à l'art. 15 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants<sup>24</sup>. Ces conventions reviennent à une conception donnant la préférence à la loi du for, tout en mettant en place entre les Etats contractants un double système de coopération et de reconnaissance automatique de leurs décisions. Le conflit de lois est ainsi absorbé, dans la mesure où la loi désignée n'est plus l'élément central du raisonnement conflictuel. Si cette méthode est acceptable dans un cadre conventionnel, elle l'est moins en dehors. Le fait de donner à la loi du for une primauté de principe et un champ d'application plus étendu que celui réservé aux lois étrangères remet en effet en question les fondements du droit international privé moderne.

Il subsiste néanmoins une question épineuse: les ordres juridiques sont-ils vraiment équivalents? «*I have a dream that one day ...» every legal system will be equal*, si nous pouvons nous permettre de paraphraser un célèbre message d'espoir venant des Etats-Unis<sup>25</sup>. La confrontation à la réalité nous ramène au processus de classement des Etats effectué par la Banque mondiale visant à déterminer dans quelle mesure les activités commerciales peuvent être aisément développées dans chaque pays, sur la base de l'environnement juridique<sup>26</sup>. Les critères utilisés pour déterminer l'*Ease of Doing Business Index* de chaque pays évaluent l'efficacité du système juridique, dans une perspective de développement économique, sans prendre aucunement en considération les valeurs sociales et culturelles du pays<sup>27</sup>. L'attractivité économique du droit y est estimée en prenant comme point de départ le fait que le droit doit avoir pour objectif de favoriser les investissements. Ce classement des Etats par la Banque mondiale est ainsi fondé sur le postulat que le système juridique d'un Etat influence son développement économique. Il doit permettre notamment aux pays en voie de développement d'adopter un système juridique compétitif dans l'économie mondiale. La méthode de classement adoptée pour réaliser les *Doing Business*

23 Convention de La Haye du 13.01.2000 sur la protection internationale des adultes (RS 0.211.232.1).

24 Convention de La Haye du 19.10.1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (RS 0.211.231.011).

25 Voir MARTIN LUTHER KING, discours prononcé le 28.08.1963 devant le Lincoln Memorial à Washington.

26 Ce classement est effectué sur la base de l'*Ease of Doing Business Index*, lequel se fonde sur l'évaluation, pour chaque pays, de plusieurs critères comme la facilité à créer une entreprise, obtenir un permis de construire, obtenir un financement, développer des activités commerciales internationales, obtenir l'exécution d'un contrat, etc. Le classement des Etats apparaît sur le site <<http://www.doingbusiness.org/rankings>>.

27 Voir ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Les droits de tradition civiliste en question. A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, Paris 2006.

*Reports* est fondée en grande partie sur la théorie des origines du droit (*Legal Origins Thesis*). Selon cette théorie d'inspiration économique provenant des Etats-Unis, les droits de *common law* sont davantage susceptibles de favoriser le développement économique que les droits de *civil law*<sup>28</sup>.

Dans le dernier classement de 2011, la Suisse obtient une confortable vingt-sixième place<sup>29</sup>, avec une bonne note pour les opportunités de développement des activités commerciales internationales, la facilité à obtenir un financement, la performance du système d'exécution forcée des contrats, ainsi que le taux d'imposition, mais une très mauvaise note pour la protection des investisseurs. Le peloton de tête est composé de Singapore, Hong Kong, la Nouvelle Zélande et les Etats-Unis. Il n'est dès lors pas surprenant que le système juridique américain soit souvent considéré comme le modèle devant être suivi pour (re)construire un ordre juridique. La puissance de ce pays dans l'économie mondiale lui permet en effet d'inciter les Etats à adopter – pour ne pas dire leur imposer – un système juridique ressemblant au sien. L'américanisation progressive du droit privé peut ainsi être ressentie comme l'un des effets de la mondialisation<sup>30</sup>.

La reprise du modèle juridique américain consiste davantage à unifier le droit privé qu'à coordonner les systèmes juridiques au moyen de règles de conflit. Cette démarche trouve vraisemblablement sa source dans le fait qu'il n'existe pas vraiment de droit international privé américain. Ce domaine est en effet laissé à la discrétion des différents Etats américains sans être vraiment réglementé au niveau de l'Etat fédéral. L'attention des concepteurs de règles de conflit reste ainsi clairement tournée vers l'intérieur du pays, de manière à ré-soudre avant tout les conflits entre les Etats américains. L'absence générale de codification laisse une place importante à la doctrine de droit international privé ainsi qu'à la jurisprudence des tribunaux des Etats fédérés. Les juges apportent des solutions aux *interstate conflicts* de cas en cas, en appliquant des règles sur mesure inspirées – dans le meilleur des cas – de précédents judiciaires. Ces *interstate conflict of laws rules* sont – si nécessaire – appliquées par analogie dans le cadre des «vraies» relations privées internationales, autrement dit des «*relations with the outside world*». Ce système de droit international privé est caractérisé par une souplesse qui est particulièrement appréciée des praticiens. Mais il a aussi son corollaire: une incertitude juridique très prononcée et un manque de prévisibilité entachant les relations privées internationales<sup>31</sup>. Le grand avan-

28 Voir RALF MICHAELS, Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law, *American Journal of Comparative Law* 2009, p. 765–795. Pour un plaidoyer en faveur de la *civil law*, voir GRIMALDI (note 9).

29 Dans le classement de 2011, 183 pays ont été évalués.

30 Voir RALF MICHAELS/NILS JANSEN, Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, *American Journal of Comparative Law* 2006, p. 843–890, p. 867 s.

31 Voir AZCÁRRAGA MONZONIS (note 18), p. 660–662. L'élaboration d'un Third Conflicts Restatement en vue d'améliorer la sécurité juridique est actuellement à l'étude sous les auspices de l'American Law Institute (<<http://www.ali.org>>, rubrique Projects). Voir SYMEON C. SYMEONIDES, A New Conflicts Restatement: Why Not?, *Journal of Private International Law*

tage de l'unification du droit privé dans une partie de plus en plus importante du monde sous l'influence américaine apparaît ainsi au grand jour: l'objectif de certitude et de sécurité juridique pourrait être atteint sans devoir emprunter le détour des règles de conflit. Mais l'histoire montre que ce chemin de traverse est parsemé de chausse-trappes. Nous aurons l'occasion d'y revenir<sup>32</sup>.

Le classement des ordres juridiques, dont le *ranking* établi par la Banque mondiale est une bonne illustration, entraîne indéniablement une concurrence entre les Etats. L'idée selon laquelle les ordres juridiques seraient équivalents paraît dès lors très éloignée des préoccupations de notre époque qui a vu émerger une approche économique du droit en général, et du droit international privé en particulier, favorisant la concurrence entre les Etats<sup>33</sup>. Il n'en reste pas moins que, du point de vue du juge, les lois susceptibles de s'appliquer à la relation privée internationale considérée sont tenues pour équivalentes.

## 2. ... dans les limites paradoxales de l'ordre juridique interne

Les propos qui précèdent sur les sources méthodologiques du droit international privé ont permis de montrer qu'une adaptation de certains principes fondamentaux est nécessaire si l'on souhaite que cette matière puisse remplir son objectif d'apporter certitude et prévisibilité aux relations privées internationales. Le défi central du droit international privé se confond avec cet objectif fondamental et imprègne toutes ses règles, aussi bien au niveau de la détermination de la loi applicable que du for et des effets des décisions étrangères.

Le droit international privé étant une matière relevant essentiellement de la compétence de chacun des Etats, recentrons notre angle de vision sur la façon dont ceux-ci définissent les critères de rattachement dans leurs règles de conflit. Cela nous permettra d'essayer de déterminer la manière dont peut être trouvé l'équilibre délicat entre l'origine nationale des règles de conflit et l'objet international du droit des conflits. Lorsque l'on se penche sur les préoccupations des Etats dans cette démarche, deux objectifs essentiels peuvent être identifiés: respecter l'intérêt de chaque Etat à l'application de sa propre loi d'une part, et assurer l'accès à la justice dans un contexte international d'autre part. La définition de critères de rattachement passe par la prise en considération de ces deux éléments.

---

2009, p. 383–424; RALF MICHAELS, After the Revolution. Decline and Return of U.S. Conflict of Laws, *Yearbook of Private International Law* 2009, p. 11–30, p. 14.

<sup>32</sup> Cf. *infra* D.I.2.

<sup>33</sup> Pour une analyse critique de l'approche économique du droit international privé, d'inspiration américaine, voir HORATIA MUIR WATT, Aspects économiques du droit international privé. Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions, Recueil des cours de l'Académie de droit international 2004 (tome 307), p. 25–383.

### a. Définir des critères de rattachement

Les conditions selon lesquelles les autorités peuvent se déclarer compétentes ainsi que la loi qu'elles appliqueront dépendent des règles de droit international privé en vigueur dans leur Etat. Chaque Etat est également libre de décider si une décision étrangère peut déployer des effets juridiques sur son propre territoire, en définissant les conditions de reconnaissance et d'*exequatur*.

Les règles de droit international privé n'ont pas fondamentalement évolué au cours des ans: les critères permettant de rattacher une relation privée internationale à un Etat ne peuvent pas être continuellement réinventés. En revanche, ce qui a passablement changé ces dernières décennies, c'est le choix des critères de rattachement. Ce choix est essentiel dans la mesure où il révèle l'intérêt de l'Etat à «s'occuper» d'une situation présentant un élément d'extranéité. Comme le dit fort justement un auteur<sup>34</sup>, «le droit international privé est la résultante du délicat équilibre que chaque Etat cherche à établir entre la prise en compte de la spécificité et de la légitimité des relations privées internationales et la nécessaire défense de la cohésion de la société dont il a la charge». Les critères de rattachement choisis par un Etat sont ainsi l'expression de son esprit d'ouverture ainsi que des limites de sa souveraineté. Ces critères sont en effet le reflet de la société, de l'histoire, de la culture, des pratiques sociales, de la démographie, de la politique, autrement dit de l'identité nationale<sup>35</sup>.

Dans la définition des critères permettant de rattacher une situation juridique présentant un lien d'extranéité à un ordre juridique particulier, les Etats sont en principe guidés par une idée de justice<sup>36</sup>. Ils ne vont ainsi donner compétence à leurs autorités que lorsque cela leur paraît conforme aux exigences d'un procès équitable. De même, ils vont désigner la loi du pays qui a le plus grand rapport de proximité avec la situation envisagée. Ainsi, «[I]l existe un rapport étroit entre cette situation et ce système juridique. Parmi tous les liens qui existent entre la situation et les systèmes juridiques en présence, le critère de rattachement privilégie celui ou ceux qui sont considérés comme les plus légitimants»<sup>37</sup>. Le droit

<sup>34</sup> YVES LEQUETTE, Le droit international privé et les droits fondamentaux, in: R. Cabrillac/M.-A. Frison-Roche/T. Revet (éd.), *Libertés et droits fondamentaux*, 17<sup>e</sup> éd., Paris 2011, p. 109–134, p. 111.

<sup>35</sup> Voir HERBERT KRONKE, Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: «Rules» at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws, *Revue de droit uniforme* 2004, p. 467–478; HÉLÈNE GAUDEMÉT-TALLON, Quel droit international privé pour l'Union européenne?, in: P.J. Borchers/J. Zekoll (éd.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York 2001, p. 317–338.

<sup>36</sup> Voir PAUL LAGARDE, Droit international privé, in: R. Schulze/H. Schulte-Nölke (éd.), *European Private Law. Current Status and Perspectives*, Munich 2011, p. 249–262, p. 249.

<sup>37</sup> CATHERINE KESSEDJIAN, Les effets pervers du caractère savant du droit international privé, in: *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppitet*, Paris 2009, p. 379–393, p. 383.

international privé poursuit donc un objectif de tolérance, dans la mesure où il doit prendre en considération les valeurs intrinsèques à chacun des systèmes juridiques<sup>38</sup>.

*b. Respecter l'intérêt de chaque Etat à l'application de sa propre loi*

En adoptant des règles de conflit de lois, chaque Etat détermine avant tout le champ d'application spatial de son propre droit matériel (la «*lex fori*»). La règle de conflit de lois est ainsi révélatrice de l'intérêt de l'Etat à appliquer son propre droit à une situation internationale. Par là même, elle montre aussi dans quelle mesure l'Etat est prêt à accepter l'application d'une loi étrangère par respect de l'intérêt de l'Etat étranger à appliquer sa propre loi.

Le conflit provient du fait qu'il existe plusieurs critères permettant de rattacher une situation juridique à un Etat particulier. Or, les règles de conflit de lois de chaque Etat ne se réfèrent pas nécessairement au même critère de rattachement pour déterminer la loi applicable. Cela provient du fait que chaque Etat est entièrement libre de choisir les critères de rattachement applicables aux relations privées internationales en fonction de ses intérêts. Par exemple, le choix entre le critère du domicile et celui de la nationalité en droit des personnes est influencé en grande partie par le fait que l'Etat est un pays d'immigration ou d'émigration<sup>39</sup>. Pour un pays d'émigration, le rattachement des personnes à leur pays national permet à l'Etat d'origine de maintenir les liens avec ses ressortissants, alors que le rattachement à l'Etat de domicile permet à un pays d'immigration d'intégrer rapidement les nouveaux venus.

Même si un Etat choisit d'appliquer le principe de proximité, celui-ci peut prendre des expressions très différentes en fonction des intérêts étatiques<sup>40</sup>. Le rattachement des personnes à l'Etat de leur domicile respecte en effet aussi bien le principe de proximité que le rattachement à leur Etat national. En outre, il est possible d'introduire une certaine souplesse dans un système conçu sur le principe de proximité en choisissant de favoriser l'autonomie de la volonté. Quelle autre loi que celle choisie par les parties pourrait mieux représenter la proximité de leurs relations avec un ordre juridique? Le fait de laisser aux parties la liberté de choisir la loi applicable présente l'intérêt de remplir l'objectif de certitude et de prévisibilité, en tout cas lorsque l'*electio juris* est également autorisée dans les autres Etats potentiellement concernés. La souplesse du système de droit international privé peut d'ailleurs être évaluée notamment en fonction de la liberté des parties de choisir la loi applicable, et en particulier de la possibilité de choisir une autre loi que celle du for, voire une loi non étatique.

38 Voir KESSEDJIAN (note 7), p. 116; BASEDOW (note 4), p. 281–283.

39 Voir SYMEONIDES (note 17), p. 66 s., et réf. citées; HENRI BATIFFOL, Principes de droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de droit international 1959 (tome 97), p. 431–573, p. 440.

40 Voir BUCHER (note 4), p. 99–105.

L'intérêt d'un Etat à l'application de sa propre loi peut être respecté par divers types de règles de conflit. La principale est la réserve de l'ordre public, que l'on retrouve aussi bien dans le domaine de la loi applicable que dans celui de la reconnaissance et de l'exequatur des décisions étrangères. S'agissant des conflits de lois, la réserve de l'ordre public permet de préserver les valeurs ainsi que les principes fondamentaux d'un Etat. En particulier, le concept de lois d'application immédiate vise à protéger les intérêts fondamentaux étatiques, économiques ou sociopolitiques dans les affaires internationales. L'admission du renvoi est également un moyen simple de promouvoir l'application de la loi du for. On peut mentionner à titre d'exemple l'art. 14 al. 2 LDIP, lequel autorise le renvoi dans les matières relevant de l'état civil uniquement lorsque la règle de conflit de la loi désignée par la LDIP désigne à son tour le droit suisse. D'une manière générale, l'admission du renvoi peut être justifiée par le fait que l'Etat étranger n'a pas d'intérêt à appliquer sa propre loi lorsque ses propres règles de conflit de lois désignent la loi d'un autre Etat. Le renvoi est ainsi considéré comme un moyen permettant de favoriser l'harmonie des solutions au niveau international.

c. *Assurer un accès à la justice dans un contexte international*

L'un des objectifs centraux du droit international privé est d'assurer à chacun un accès à la justice dans un contexte international. L'Etat tend à atteindre cet objectif en définissant les situations juridiques présentant un lien d'extranéité dans lesquelles ses propres autorités sont compétentes, ainsi que les conditions auxquelles il est disposé à accorder un effet juridique sur son territoire à des actes ou des décisions étrangers.

aa. A l'aide des règles de conflit de juridictions:

Chaque Etat est entièrement libre de déterminer dans quelles circonstances ses autorités judiciaires ou administratives sont compétentes pour traiter d'une affaire internationale concernant des individus. Comme plusieurs Etats peuvent estimer que leurs autorités sont compétentes dans des circonstances identiques, sur la base de critères de rattachement différents, les personnes peuvent avoir le choix de saisir les autorités de plusieurs Etats. Le choix de l'Etat du for, qui est une question relevant davantage de la procédure civile internationale, est intimement lié à la détermination de la loi applicable. Le lien entre le for et la loi applicable est évident. Dès lors que les autorités d'un Etat appliquent leurs propres règles de conflit pour déterminer la loi applicable à la situation juridique qui leur est soumise, la loi désignée peut être différente en fonction de l'Etat dans lequel la procédure se déroule. Les règles de conflit des Etats concernés peuvent en effet aiguiller sur une loi différente. Comme les règles de droit matériel ne sont pas identiques d'un ordre juridique à l'autre, le choix du for est déterminant pour la solution au fond. La prévisibi-

lité des fors à disposition en cas de litige international est par conséquent essentielle<sup>41</sup>.

Le principe de proximité se retrouve dans la définition par l'Etat de ses règles de conflit de juridictions. Il lui importe en effet dans ce processus de choisir quelle intensité de liens une situation juridique doit présenter avec son propre territoire pour que ses autorités soient compétentes pour en traiter. La règle de conflit de juridictions illustre ainsi l'intérêt de l'Etat de traiter d'une situation qui présente des liens avec son propre territoire. Le principe de proximité peut à nouveau être assoupli par la possibilité laissée aux parties de choisir le for. La liberté des parties peut être soit totale, soit restreinte par des éléments objectifs de rattachement au territoire ou par des éléments visant à protéger les intérêts de l'une des parties. Par exemple, l'art. 5 LDIP offre aux parties d'une relation patrimoniale la liberté de principe de faire une prorogation de for en faveur des tribunaux suisses. Toutefois, ceux-ci peuvent décliner leur compétence lorsque la relation juridique ne présente pas des liens suffisamment étroits avec le for choisi, ces liens étant exprimés soit par la présence du domicile d'une partie dans le canton du juge choisi, soit par l'application du droit suisse. En outre, la liberté de choisir le for est restreinte en droit international privé suisse pour certains types de relations juridiques, comme notamment les contrats conclus avec les consommateurs<sup>42</sup>.

Si chaque Etat peut définir librement la compétence de ses autorités dans un contexte international, il doit néanmoins veiller à garantir un accès à la justice. Cette obligation peut être rattachée à l'art. 6 par. 1 CEDH pour les Etats ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'homme. Dans son choix des situations dans lesquelles ses autorités ont une compétence internationale, l'Etat doit tenir compte des systèmes de droit international privé étrangers. Les fors choisis par un Etat doivent en effet être cohérents au niveau international pour que la décision rendue par ses autorités puisse, cas échéant, avoir également un effet juridique à l'étranger. La principale difficulté dans ce cadre est d'éviter de donner aux autorités la compétence de traiter des situations internationales qui n'ont qu'un faible – voire aucun – rapport avec le for, autrement dit de définir des fors exorbitants. Ce type de for offre en général à l'une des parties un privilège, en facilitant son accès à la justice, qui rompt l'équilibre du procès<sup>43</sup>. Les décisions qui y sont rendues ne sont en général pas reconnues à l'étranger. Le législateur doit par conséquent adopter une attitude raisonnable dans la définition de la compétence de ses autorités.

---

41 Voir KESSEDJIAN (note 7), p. 116.

42 Voir art. 114 al. 2 LDIP.

43 Voir DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, Recueil des cours de l'Académie de droit international 2006 (tome 323), p. 9–260, p. 127–170.

bb. A l'aide des règles de reconnaissance et d'executatur:

Derrière la question du choix du for se cache celle des effets de la décision rendue à ce for dans les autres Etats. Lorsqu'il détermine les fors ouverts dans le cas d'une situation internationale, l'Etat doit prendre en considération l'effet que les décisions qui seront rendues sur son territoire auront dans les autres Etats. Il est en effet essentiel que la décision obtenue dans un Etat puisse être reconnue et exécutée dans un ou plusieurs autres Etats lorsque la situation juridique présente des liens avec plusieurs Etats. Si l'Etat ne prend pas en considération cet élément, il y a un risque important que les personnes ayant obtenu une décision ou un statut juridique sur son propre territoire soient soumises à un autre régime juridique dans les autres Etats. L'absence de reconnaissabilité d'une décision ou d'un statut juridique à l'étranger est à l'origine d'une situation juridique boiteuse au niveau international. Lorsque les choix de for du législateur ne sont pas acceptés à l'étranger, la sécurité du droit ne peut pas être atteinte. La décision rendue par ses autorités ne pourra en effet pas être reconnue et exécutée dans les autres Etats et n'aura par conséquent qu'un pseudo-effet de chose jugée. En outre, s'il est nécessaire de recommencer une procédure dans un Etat étranger pour obtenir une nouvelle décision, il y a un risque important que les autorités de cet Etat ne tranchent pas la question de la même manière et plongent de ce fait les parties dans une relation juridique d'autant plus boiteuse. Comme l'a constaté un auteur<sup>44</sup>, le conflit initial entre les parties devient alors un «conflit de décisions», autrement dit un conflit entre les Etats. Pareille situation affaiblit considérablement la confiance que les personnes peuvent avoir dans un ordre juridique. Il est par conséquent essentiel que l'intérêt des parties demeure au centre du raisonnement et que les Etats recherchent une harmonie internationale des solutions en reconnaissant aussi largement que possible les actes et décisions étrangers<sup>45</sup>. Du point de vue des parties, elles doivent veiller à anticiper la question de la reconnaissance et de l'executatur d'une décision rendue au for choisi dans les autres Etats où il sera souhaitable qu'elle déploie également des effets juridiques. Cet élément est incontournable dans le choix du for.

Dans la situation inverse, l'Etat montre la mesure dans laquelle il est disposé à recevoir sur son territoire des décisions rendues par les autorités d'un autre Etat à travers ses règles relatives à la reconnaissance et l'executatur des décisions étrangères. Cette question est intimement liée à celle du for, dès lors que l'Etat va reconnaître les décisions rendues à l'étranger dans l'hypothèse où il

---

<sup>44</sup> GIAN PAOLO ROMANO, Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice, in: F. Lorandi/D. Staehelin (éd.), *Innovatives Recht. Festschrift für Ivo Schwander*, St-Gall 2011, p. 613–639, p. 632–634.

<sup>45</sup> Voir à ce sujet, HENRI BATIFFOL, Les intérêts de droit international privé, in: A. Lüderitz/J. Schröder (éd.), *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort-sur-le-Main 1977, p. 11–21, p. 15–20.

considère que l'affaire n'a pas un lien suffisant avec son propre territoire pour qu'il ait un intérêt à ce que ses propres autorités soient compétentes. Il peut néanmoins imposer certaines conditions à cette reconnaissance en exigeant, par exemple, que l'Etat qui a rendu la décision ait eu, de son point de vue, une certaine légitimité à statuer. Les règles de reconnaissance expriment ainsi l'intérêt de l'Etat à donner à une décision étrangère une portée juridique sur son propre territoire. Dans une certaine mesure, le mécanisme de la reconnaissance s'apparente à celui du respect des droits régulièrement acquis à l'étranger<sup>46</sup>. La théorie des droits acquis (*vested rights theory*) poursuit pour objectif principal d'éviter la création de situations juridiques boiteuses au niveau international en reconnaissant les effets d'une situation acquise à l'étranger. On pense, par exemple, à la reconnaissance d'un mariage, d'un lien de filiation ou d'une sûreté. Elle présente cependant l'inconvénient de ne pas désigner la loi en vertu de laquelle le droit peut être acquis et qui régit par conséquent ses effets. Cette théorie est également difficile à appliquer en cas de situations concurrentes acquises dans deux Etats différents, tel un partenariat enregistré successivement dans deux Etats étrangers.

Lorsque l'Etat adopte une attitude d'ouverture, il reconnaîtra largement les actes et les décisions étrangers et offrira l'assistance de ses autorités, en cas de besoin, pour les exécuter sur son propre territoire. Même si un Etat choisit d'appliquer le principe *favor recognitionis*, il peut encore le tempérer en fonction de ses propres intérêts. Ceux-ci trouvent leur expression dans les conditions de reconnaissance fixées par l'Etat, dont l'incontournable condition de conformité à l'ordre public.

La question de la reconnaissance des actes et des décisions étrangers est un élément central du système de droit international privé. Chaque Etat doit veiller à reconnaître et exécuter les décisions étrangères autant que faire se peut s'il ne veut pas se retrouver isolé sur la scène internationale. Chacun doit par conséquent créer un système d'accès à la justice qui soit globalement cohérent au niveau international.

## **II. La coordination des ordres juridiques comme moyen permettant de dépasser le paradoxe du droit international privé**

La définition par chaque Etat de critères de rattachement dans ses propres règles de droit international privé ne permet pas d'atteindre la sécurité du droit, dans la mesure où les règles de conflit ne sont pas identiques d'un Etat à l'autre. Le caractère national des sources du droit international privé engendre inévitablement des conflits entre les différents Etats. L'objectif de certitude et de prévisibilité du droit ne pouvant pas être atteint dans les limites de l'ordre juridique

---

46 Voir p. ex. BUCHER (note 4), p. 320–327.

interne, il doit être recherché dans une perspective d'harmonie internationale des solutions.

La seule manière de dépasser le paradoxe inhérent au droit international privé en raison de son caractère national réside ainsi dans la coordination des ordres juridiques. L'effort de coordination peut intervenir à deux niveaux différents. Au niveau national, chaque Etat peut prendre en considération les règles de conflit étrangères, dans une perspective comparative, pour façonner ses propres règles de conflit. Au niveau international, tous les Etats peuvent poursuivre ensemble l'effort de coordination en définissant des règles de conflit unifiées au niveau supra-étatique.

### *1. Les règles de conflit et le droit comparé*

Le droit comparé occupe un rôle central en droit international privé<sup>47</sup>. Le raisonnement conflictuel implique en effet inévitablement une approche de droit comparé. Le choix d'un *for* par les parties dépend d'une évaluation de la qualité de la justice, du système procédural et du système juridique dans l'Etat dont les autorités seront amenées à prendre une décision. La possibilité de faire reconnaître et exécuter la décision dans d'autres Etats sera également un élément mis en balance. De même, le choix du droit applicable dépend d'une analyse des avantages et des inconvénients des droits matériels susceptibles d'entrer en considération. Ces éléments de droit comparé sont – ou tout au moins devraient être – étudiés par les parties lorsqu'elles sont amenées à formaliser un accord entre elles ou à saisir les autorités d'un Etat.

En aval, l'autorité confrontée à une question de droit international privé n'échappera pas non plus au droit comparé. Lorsque le droit international privé du *for* reconnaît que la *lex fori* et la loi étrangère sont équivalentes, l'autorité devra connaître cette dernière pour trancher la question qui lui est soumise si elle doit l'appliquer. L'application d'une loi étrangère entraîne plusieurs difficultés. Le juge d'un système judiciaire laïc peut, par exemple, être amené à devoir appliquer à titre de droit étranger une loi religieuse<sup>48</sup>. En particulier, le traitement des mariages polygamiques autorisés notamment par la sharia n'a pas fini de compliquer la tâche des juges laïcs. La qualification d'une institution juridique étrangère ne peut pas non plus être réalisée sans démarche comparative. Il s'agit même de l'une des principales difficultés du droit international privé lorsque l'institution juridique étrangère est inconnue du droit du *for*. De même, la conformité du droit étranger avec l'ordre public du *for* supposera de compa-

---

47 Voir p. ex. JAYME (note 17), p. 105–128; BATIFFOL (note 39), p. 435–444.

48 Voir KURT SIEHR, Coordination of Legal Systems in Private International Law, in: T. Einhorn/ K. Siehr (éd.), Intercontinental Cooperation Through Private International Law. Essays in Memory of Peter E. Nygh, La Haye 2004, p. 325–340, p. 326–332.

rer le résultat de l'application du droit étranger avec celui qu'aurait entraîné l'application du droit impératif du for.

En amont, un législateur national bien inspiré adoptera une perspective de droit comparé lors de l'élaboration des règles de conflit. S'il souhaite en effet qu'elles soient efficaces sur le plan international, il doit nécessairement les coordonner avec les règles existant ailleurs. Un Etat ne peut pas adopter un système de droit international privé sans prendre en considération les systèmes existant dans les autres pays, dès lors que les règles de conflit ne sont pas destinées à fonctionner en autarcie. Chaque système de droit international privé doit ainsi s'intégrer dans un ensemble cohérent au niveau mondial. La relation entre le droit international privé et le droit comparé a été bien exprimée en ces termes par un auteur: «*Since the purpose of private international law is to ensure the smooth interaction of different legal systems, the appropriateness of its principles in any national system requires review for consistency with the corresponding principles of other legal systems.*»<sup>49</sup>

Le droit comparé est ainsi omniprésent non seulement dans l'élaboration des règles de conflit nationales, mais aussi dans leur application. Au niveau suprétatique, son rôle est également essentiel pour concevoir des règles de conflit pouvant être acceptées par tous les Etats.

## 2. *L'élaboration de règles de conflit dans des instruments internationaux*

S'il est incontestable que le droit comparé permet de coordonner les règles de droit international privé, la souveraineté des Etats représente un frein important à la démarche de coordination. Les Etats demeurent en effet fondamentalement libres de se positionner par rapport aux ordres juridiques étrangers en adoptant les mêmes critères de rattachement, respectivement d'autres critères, en fonction de leurs propres intérêts. Les Etats sont ainsi amenés tout naturellement à définir ensemble des critères de rattachement de manière à réduire les conflits entre eux. Ces règles de conflit unifiées organisant les relations privées internationales sont définies dans des conventions de droit international privé. Celles-ci ont pour but d'offrir la certitude et la prévisibilité nécessaires aux rapports de droit privé s'inscrivant dans un contexte international. Un Etat peut adopter les règles de conflit conventionnelles non seulement en adhérant à la convention, mais aussi en les reprenant dans le cadre de sa codification interne. Dans certains cas, les législateurs nationaux s'inspirent même de règles de conflit conventionnelles qui ne sont pas entrées en vigueur dans leur Etat pour codifier leur droit international privé interne. Le législateur suisse s'est, par exemple, inspiré de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> août 1989 sur la loi applicable aux

---

49 LORD MANCE, *The Future of Private International Law*, Journal of Private International Law 2005, p. 185–195, p. 185.

successions à cause de mort, que la Suisse n'a jamais ratifiée, pour accorder au de cuius le droit de faire une *professio juris* en faveur de sa loi nationale<sup>50</sup>.

Les Etats européens ont commencé par développer des réseaux de conventions bilatérales de droit international privé au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. La volonté de coordination s'est intensifiée au XX<sup>e</sup> siècle, qui est une période marquée par la volonté affirmée des Etats européens d'unifier le droit international privé au moyen de l'adoption de règles de conflit communes dans des conventions multilatérales. L'épicentre de cet effort d'unification du droit international privé se situe au sein de la Conférence de La Haye, aux Pays-Bas, laquelle s'est attelée à cette mission dès le début du XX<sup>e</sup> siècle. Des instruments multilatéraux de droit international privé élaborés dans d'autres cadres institutionnels ont également commencé à apparaître dans la deuxième partie du XX<sup>e</sup> siècle.

a. *Les conventions multilatérales élaborées par la Conférence de La Haye*

La Conférence de La Haye de droit international privé est le principal «codificateur» du droit international privé au niveau supra-étatique<sup>51</sup>. Cette organisation internationale poursuit l'objectif d'unifier progressivement les règles de droit international privé au moyen d'instruments internationaux multilatéraux<sup>52</sup>. Les conventions multilatérales de droit international privé, dans leur très grande majorité, ont été élaborées en son cadre (les «Conventions de La Haye»). A ce jour, quarante-quatre Conventions de La Haye ont été adoptées dans les domaines du contentieux international et de l'entraide judiciaire et administrative internationale en matière civile, des relations internationales familiales et patrimoniales, ainsi que du droit commercial et financier international. Ces conventions ont permis de faire évoluer de façon significative le droit international privé en permettant notamment une meilleure coordination des ordres juridiques.

Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, le rôle unificateur de la Conférence de La Haye s'est étendu essentiellement en Europe et dans quelques Etats outre-Atlantique

---

50 Voir art. 90 al. 2 LDIP.

51 Voir CHRISTOPHE BERNASCONI, Conférence de La Haye de droit international privé. Un long mais constant travail d'harmonisation, in: L. Netten/J.-P. Spinelli (éd.), *La mondialisation du droit dans un nouvel espace de justice universel*, Paris 2004, p. 7–13; GONZALO PARRA-ARANGUREN, *The Centenary of the Hague Conference on Private International Law*, in: C. Dominicé/R. Patry/C. Reymond (éd.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, p. 97–112; ALFRED E. VON OVERBECK, *Les cent ans de la Conférence de La Haye de droit international privé*, RSDIE 1993, p. 139–152; ALFRED E. VON OVERBECK, *La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé*, Recueil des cours de l'Académie de droit international 1992 (tome 233; cité: RCADI 1992), p. 9–98; HANS VAN LOON, *Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye*, in: J. Erauw et al. (éd.), *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles 1989, p. 1133–1149.

52 Voir art. 1 du Statut de la Conférence de La Haye de droit international privé: «La Conférence de La Haye a pour but de travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé». L'état des ratifications des Conventions de La Haye peut être consulté sur le site <<http://www.hcch.net>>.

qui présentaient une culture juridique suffisamment proche des pays européens pour être intégrés dans ce processus d'unification<sup>53</sup>. Le cercle des Etats participant aux travaux de la Conférence de La Haye s'est étendu progressivement à une septantaine d'Etats répartis sur l'ensemble de la planète. Cette extension du cercle des Etats membres s'explique notamment par le développement récent d'un droit international privé de plus en plus unifié au sein de l'Union européenne. La Conférence de La Haye a ainsi été amenée, ces dernières années, à étendre son champ d'activités au-delà des frontières européennes en ralliant au cadre conventionnel qu'elle a mis en place des Etats appartenant à des cultures juridiques sensiblement différentes de celle des pays européens. Sa tâche unificatrice du droit international privé, qui a ainsi dorénavant une coloration mondiale, se poursuit malgré les complications engendrées par les différences de culture juridique.

Les travaux d'unification des règles de droit international privé se sont toujours déroulés au sein de la Conférence de La Haye dans une perspective comparative<sup>54</sup>. Ils ont ainsi permis de jeter des ponts entre les ordres juridiques, et notamment entre ceux de *civil law* et ceux de *common law*. La Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 sur les trusts en est probablement la meilleure illustration. Les Etats ont également eu l'occasion de développer de nouveaux concepts communs dans le cadre de leurs travaux à La Haye, dont l'élaboration du critère de rattachement de la résidence habituelle est l'exemple le plus évident.

La Conférence de La Haye a adopté une méthode législative consistant à unifier le droit international privé matière par matière. Le champ d'application matériel des Conventions de La Haye est ainsi limité à une matière déterminée du droit privé. Au sein de cette matière, chaque convention offre des règles de droit international privé permettant de déterminer le droit applicable<sup>55</sup>, la compétence directe et/ou indirecte des autorités<sup>56</sup>, et/ou de fixer une procédure d'entraide ou de coopération internationale entre les autorités administratives ou judiciaires des Etats<sup>57</sup>. Certaines Conventions de La Haye contiennent des règles relevant de plusieurs de ces catégories<sup>58</sup>, voire de toutes<sup>59</sup>. La codification du droit inter-

53 Voir BASEDOW (note 4), p. 288, et réf. citées.

54 Voir VAN LOON (note 51), p. 1144–1146.

55 P. ex. la Convention de La Haye du 15.06.1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (RS 0.221.211.4); la Convention de La Haye du 02.10.1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.01).

56 P. ex. la Convention de La Haye du 01.06.1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (RS 0.211.212.3).

57 P. ex. la Convention de La Haye du 18.03.1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (RS 0.274.132); la Convention de La Haye du 25.10.1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice (RS 0.274.133).

58 P. ex. la Convention de La Haye du 05.10.1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (RS 0.211.231.01).

59 P. ex. la Convention de La Haye du 19.10.1996 concernant la compétence, la loi applicable, la

national privé au niveau international se fait par conséquent de manière fragmentée, au moyen d'une méthode que l'on peut qualifier de «pointillisme juridique»<sup>60</sup>. Cette multiplication des sources du droit international privé, au niveau conventionnel, contribue à rendre cette matière plus complexe. Il semblerait que c'est le prix à payer pour atteindre la sécurité juridique dans le domaine du droit des conflits.

Le rôle des Conventions de La Haye dans le développement du droit international privé n'a plus besoin d'être démontré, tant il s'agit d'une évidence. On relèvera néanmoins que les Conventions de La Haye qui ont remporté le plus de succès – au niveau du nombre de ratifications – sont celles qui ont trait à l'entraide judiciaire et administrative internationale en matière civile. On peut citer à ce titre la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur l'apostille, avec ses cent-trois ratifications, ainsi que la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, avec ses quatre-vingt-sept ratifications. Cet engouement pour ce type de conventions démontre un besoin grandissant des Etats de développer un réseau international de coopération judiciaire et administrative entre leurs autorités<sup>61</sup>. Ce domaine en plein développement est désormais considéré comme une composante du droit international privé.

On relèvera que la Conférence de La Haye a limité ses travaux au droit international privé classique, en laissant à d'autres cadres institutionnels spécialisés le soin d'unifier le droit international privé dans leurs domaines spécifiques. Elle ne s'est pas lancée, par exemple, dans le domaine de la propriété intellectuelle, laissant ainsi la place à l'élaboration de plusieurs conventions internationales par des organismes spécialisés qui ont privilégié la méthode consistant à unifier le droit matériel plutôt que le droit international privé. S'agissant des matières sortant du cadre du droit international privé classique, on peut citer néanmoins l'exception notable de la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur les titres intermédiaires qui, malgré le peu de succès constaté au niveau des ratifications, a exercé une influence importante sur le développement de cette nouvelle matière du droit. Les spécialistes du droit international privé réunis à La Haye ont rencontré une difficulté certaine à appréhender cette matière relevant du droit financier. Il s'agit probablement de la principale raison ayant conduit les Etats à entreprendre parallèlement une unification des règles de droit matériel qui a abouti à l'adoption de la Convention de Genève du 9 octobre 2009 sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiaires<sup>62</sup>.

---

reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (RS 0.211.231.011).

60 HANS VAN HOUTTE, La modélisation substantielle, in: E. Loquin/C. Kessedjian (éd.), *La mondialisation du droit*, Dijon 2000, p. 207–236, p. 213.

61 Ce besoin avait déjà été annoncé en 1989 par VAN LOON (note 51), p. 1148.

62 Voir KESSEDJIAN (note 37), p. 384 s.; FLORENCE GUILLAUME, *Les titres intermédiaires en droit international privé*, in: J.-T. Michel (éd.), *Placements collectifs et titres intermédiaires*, Lausanne 2008, p. 145–173.

b. *Les instruments de droit international privé élaborés dans d'autres cadres institutionnels*

L'élaboration de règles de droit international privé universelles intervient également dans d'autres cadres institutionnels supra-étatiques que la Conférence de La Haye. On peut mentionner à ce titre l'Organisation internationale des Nations Unies (ONU)<sup>63</sup>, le Conseil de l'Europe<sup>64</sup> et la Commission internationale de l'état civil (CIEC)<sup>65</sup>.

Il convient de distinguer des conventions de droit international privé les instruments internationaux dont l'objectif est une unification du droit matériel des Etats. La plupart de ces instruments sont négociés aujourd'hui au sein de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)<sup>66</sup>. On peut citer à titre d'exemple la Convention de Rome du 24 juin 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, ainsi que la Convention de Genève du 9 octobre 2009 sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiaires. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)<sup>67</sup> joue également un rôle déterminant pour l'élaboration d'un droit matériel unifié dans le domaine du droit commercial international, lequel est actuellement en pleine expansion. La Suisse a régulièrement participé à ces travaux, même avant son adhésion à l'ONU en septembre 2002. Parmi les textes adoptés récemment par la CNUDCI, on peut mentionner le Guide législatif sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières, ainsi que l'élaboration d'une Loi type sur l'insolvabilité internationale.

On relèvera que les questions de droit international privé surgissent couramment, sous la forme de questions incidentes, dans le cadre des travaux d'élaboration des instruments internationaux visant à unifier le droit matériel des Etats. Mais ces instruments poursuivent clairement un but antinomique de celui des conventions de droit international privé. Les règles de conflit ne sont en effet plus nécessaires dans une matière traitée de manière uniforme dans le droit privé de tous les Etats. La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises constitue un bon exemple de droit matériel

63 P. ex. la Convention de New York du 10.06.1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. L'état des ratifications des traités déposés auprès du Secrétaire général des Nations Unies peut être consulté sur le site <<http://treaties.un.org>>.

64 P. ex. la Convention de Luxembourg du 20.05.1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants. L'état des ratifications des traités du Conseil de l'Europe peut être consulté sur le site <<http://conventions.coe.int>>.

65 P. ex. la Convention du 08.09.1976 relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil. L'état des ratifications des conventions de la CIEC peut être consulté sur le site <<http://ciec1.org>>.

66 L'état des ratifications des instruments d'UNIDROIT peut être consulté sur le site <<http://www.unidroit.org>>.

67 L'état des ratifications des textes de la CNUDCI peut être consulté sur le site <<http://www.uncitral.org>>.

unifié rendant les règles de conflit inutiles dans les situations entrant dans son champ d'application.

L'unification du droit matériel a actuellement le vent en poupe<sup>68</sup>. L'activité au sein d'UNIDROIT en particulier s'est sensiblement intensifiée ces dernières années. Cette tendance trouve un soutien important dans le développement de nouveaux instruments législatifs internationaux plus souples que les conventions multilatérales comme, par exemple, les lois modèles, les principes, les recommandations, les guides de bonnes pratiques, les lignes directrices, les codes de conduite. On peut mentionner à ce titre les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international adoptés en 2010 et les Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale adoptés en 2004.

Ces instruments d'harmonisation douce peuvent être réunis sous le terme générique de *soft law*. Ce concept est difficile à définir de façon exacte. Un auteur<sup>69</sup> en a retenu deux caractéristiques essentielles: d'une part, la souplesse ou la flexibilité du contenu de la règle et, d'autre part, la force de la règle. Un autre auteur<sup>70</sup> a identifié trois facettes de la *soft law*: le droit flou qui est imprécis et indéterminé, le droit doux qui est sans obligation et se contente de recommander ou de conseiller une solution, et le droit mou qui est sans caractère juridiquement contraignant. Sans tenter, à notre tour, de définir la *soft law*, on remarquera néanmoins que le droit international privé paraît propice à l'utilisation de notions dont le contenu est indéterminé et offrant une certaine liberté d'interprétation. Par exemple, l'ordre public international, que l'on retrouve aussi bien dans les conventions que dans les lois nationales de droit international privé, est une notion indéterminée qui doit être interprétée au regard des intérêts à protéger tout en ayant néanmoins un caractère obligatoire. En ce sens, l'ordre public international peut être qualifié de *soft law*. Il ne serait dès lors pas surprenant que les instruments législatifs caractéristiques de la *soft law* soient davantage utilisés à l'avenir dans le domaine du droit international privé<sup>71</sup>. Ils seraient toutefois sensiblement moins efficaces que les conventions multilatérales pour coordonner les règles de droit international privé des Etats en définissant des critères de rattachement communs. Les instruments de *soft law* ne nous paraissent par conséquent, a priori, pas adaptés pour atteindre l'objectif de certitude et de prévisibilité du droit des conflits.

---

68 Cf. *infra* D.I.2.a.

69 JEAN-MICHEL JACQUET, L'émergence du droit souple (ou le droit «réel» dépassé par son double), in: *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris 2009, p. 331–348, p. 333–339.

70 CATHERINE THIBIERGE, Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, *Revue trimestrielle de droit civil* 2003, p. 599–628.

71 Voir STANISLAS LECUYER, Appréciation critique du droit international privé conventionnel. Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales, Paris 2007, p. 162–164.

## C. Les sources du droit international privé suisse

Les développements qui précèdent nous ont permis d'identifier le principal défi du droit international privé, à savoir offrir aux relations privées internationales la certitude et la prévisibilité nécessaires à leur épanouissement. La coordination des règles de conflit appliquées par tous les Etats est le moyen permettant d'atteindre cet objectif. La voie la plus simple consiste à unifier les règles de conflit au niveau supra-étatique. Mais en l'absence de règles unifiées, chaque Etat doit concevoir ses règles de conflit nationales en recherchant une harmonie internationale des solutions.

Nous allons maintenant nous tourner vers le droit international privé suisse pour examiner la manière dont le législateur helvétique a relevé le paradoxe du droit international privé découlant de son caractère essentiellement national. Le droit international privé suisse est codifié dans la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP)<sup>72</sup>. Cette loi est complétée par un important réseau de conventions de droit international privé, lequel a commencé à être mis en place dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, s'est passablement étoffé tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, et continue à se développer aujourd'hui.

### I. La loi suisse de droit international privé

A l'origine du droit international privé helvétique se trouvent des règles visant à résoudre les conflits entre les cantons. La Suisse a ainsi une longue tradition de coordination des ordres juridiques. Elle a développé dans ce processus un esprit de tolérance et une habileté au consensus, fondés sur sa propre diversité culturelle et linguistique. L'identité helvétique présente en effet la particularité d'être fondée sur la diversité.

Au moment où le législateur suisse a adopté la LDIP, cette loi présentait un caractère novateur dans la mesure où aucun pays ne disposait à cette époque d'une loi indépendante de droit international privé aussi complète. La LDIP présentait en effet dès son origine la caractéristique de proposer non seulement des règles de conflit de lois, mais aussi des règles de conflit de juridictions ainsi que des règles de reconnaissance et d'exequatur, quand bien même ces deux dernières matières étaient traditionnellement rattachées à la procédure civile internationale. Le législateur a ainsi démontré son esprit visionnaire en regroupant ces trois types de règles dans une seule et même loi. Cette démarche de réunification de l'ensemble de la matière avait pour principal objectif de simplifier l'accès aux règles de droit international privé de manière à en faciliter l'application<sup>73</sup>. On retrouve donc à l'origine de la codification suisse l'objectif de sécurité juridique.

---

72 RS 291.

73 Message du 10.11.1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé (Message LDIP), FF 1983 I 255, N 112, p. 261.

La LDIP a prouvé ses qualités intrinsèques au cours des années en étant appliquée, sans trop de difficultés au regard de la complexité de la matière, aussi bien par les praticiens que par les autorités. La réussite de cette loi provient notamment du fait que le législateur s'est appliqué à rechercher une harmonie internationale des solutions en s'inspirant des règles de conflit conventionnelles et en prenant en considération les règles de conflit existant dans les autres ordres juridiques<sup>74</sup>.

### *1. L'histoire de la LDIP*

La codification suisse du droit international privé est une illustration du fait que la démarche consistant à rendre facile d'accès une matière complexe est extrêmement compliquée. Pas loin de dix-huit ans ont en effet été nécessaires pour que la LDIP atteigne la maturité suffisante pour voler de ses propres ailes.

#### *a. D'un système de droit privé intercantonal ...*

La première impulsion est venue – une fois de plus – de la Société suisse des juristes. La demande d'une codification du droit international privé suisse a été clairement formulée lors de son Congrès à Engelberg en 1971<sup>75</sup>. Aussi bien la doctrine que les praticiens ressentaient le besoin d'avoir une loi fédérale traitant des relations internationales relevant du droit privé. L'application par analogie de la Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC) aux rapports internationaux n'était en effet clairement plus suffisante.

La LRDC était conçue à l'origine pour régler essentiellement les relations privées intercantoniales et non pas internationales. Cette loi fédérale, qui avait un caractère précurseur à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, répondait à un besoin de coordination entre les différents cantons composant la Suisse. Ceux-ci avaient en effet à cette époque chacun leur propre législation de droit civil<sup>76</sup>. La LRDC avait été conservée après la disparition des conflits de droit privé intercantonaux – suite à l'entrée en vigueur du Code civil en 1912 – pour régler les conflits de droit privé internationaux<sup>77</sup>. Les différentes tentatives visant à intégrer des règles de

<sup>74</sup> L'attrait du législateur suisse pour le droit comparé est évident. Une approche comparative figure dans pratiquement tous les messages du Conseil fédéral. Parmi les explications avancées, on trouve le contexte multiculturel et multilingue de la Suisse, le fait que les juristes suisses font volontiers des études de droit complémentaires à l'étranger, voire la curiosité naturelle du citoyen suisse à l'égard des étrangers et de leur culture. Voir PETER V. KUNZ, Dealing with International Law and European Law. Overview of the «Swiss Approach», Jusletter du 02.07.2012.

<sup>75</sup> Message LDIP (note 73), N 122, p. 264.

<sup>76</sup> Le Code civil suisse du 10.12.1907 (RS 210) a unifié les règles de droit civil au niveau fédéral à partir de son entrée en vigueur le 01.01.1912. Voir OLIVIER GUILLOD, Cent ans de sollicitude: un code civil soucieux de la personne humaine, RDS 2007 II, p. 51–164; PETER BREITSCHMID, 100 Jahre ZGB. Bewährung, Bewahrung, Entwicklung, RDS 2007 II, p. 339–386.

<sup>77</sup> Message LDIP (note 73), N 121, p. 263.

conflit directement dans le Code civil avaient en effet échoué. Comme le champ d’application matériel de la LRDC était limité au droit des personnes et au droit de la famille<sup>78</sup>, le législateur suisse avait complété ce système lacunaire en parsemant plusieurs lois et ordonnances fédérales de règles de conflit applicables à des matières particulières<sup>79</sup>. Au fil des ans, il avait également procédé à quelques révisions de la LRDC pour adapter certaines de ses règles.

Le droit international privé suisse était ainsi composé essentiellement d’une loi fédérale appliquée par analogie hors de son cadre de référence, à savoir les relations entre les cantons, et de dispositions éparses disséminées dans diverses lois et ordonnances fédérales. Ce système était non seulement inadapté, mais présentait en outre des lacunes importantes lors de son application aux relations privées internationales de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>80</sup>. En outre, la mise en place par chacun des cantons et ensuite par la Confédération suisse d’un réseau foisonnant de conventions bilatérales, signées essentiellement avec des pays européens, et de conventions multilatérales<sup>81</sup> rendait la matière particulièrement complexe. Il n’est dès lors pas surprenant que la jurisprudence du Tribunal fédéral ait pris une importance grandissante dans ce cadre légal insatisfaisant en comblant de nombreuses lacunes<sup>82</sup>.

#### *b. ... à un système de droit international privé*

Le Conseil fédéral a désigné en 1973 une Commission d’experts chargée de préparer un projet de révision de la LRDC<sup>83</sup>. Cette commission était composée aussi bien d’académiciens que de praticiens. Cinq années de travail au sein de sous-commissions<sup>84</sup> ont été nécessaires pour présenter un Avant-projet de Loi fédérale sur le droit international privé accompagné d’un Rapport explicatif de la Commission d’experts, en date du 30 juin 1978<sup>85</sup>. L’option de base a consisté à adopter une loi distincte de droit international privé, car «[c]’est le seul moyen permettant de cerner la multitude de questions qui se posent et de prendre en

78 La LRDC contenait des règles relatives à la capacité civile, au mariage, aux régimes matrimoniaux, au divorce, à la filiation et aux successions.

79 Pour un aperçu, voir Message LDIP (note 73), N 111.2, p. 259 s.

80 On relèvera à ce sujet que la LRDC ne contenait notamment pas de règles relatives aux relations commerciales (contrats, actes illicites, droit des sociétés), ni aux droits réels.

81 Dans les années 1970, on pouvait compter pas moins de trois-cents conventions internationales, bilatérales ou multilatérales, concernant les rapports internationaux de droit privé en vigueur pour la Suisse. Voir Loi fédérale sur le droit international privé (Loi de dip). Projet de loi de la commission d’experts et Rapport explicatif de Frank Vischer et Paul Volken (ci-après: Rapport de la commission d’experts), Zurich 1978, p. 240.

82 Voir art. 1 al. 2 CC.

83 Voir FF 1973 I 1620.

84 Six sous-commissions ont été constituées: Partie générale du DIP, Droit de la famille et droits réels, Droit des personnes et droit des successions, Droit des obligations (partie générale et partie spéciale), Responsabilité civile, sociétés et papiers valeurs, Procédure civile.

85 Rapport de la commission d’experts (note 81). Voir Colloque de Fribourg relatif au projet suisse de loi fédérale sur le droit international privé, Zurich 1979.

considération les critères de rattachement à observer; c'est aussi la seule manière d'atteindre le but poursuivi par la réforme et qui vise à garantir la plus grande sécurité juridique»<sup>86</sup>. L'Avant-projet de la Commission d'experts reprend en grande partie les règles de conflit établies par la jurisprudence du Tribunal fédéral, tout en étant fortement inspiré de celles figurant dans les conventions multilatérales de droit international privé ratifiées – ou sur le point d'être ratifiées – par la Suisse.

Les réponses récoltées dans le cadre de la procédure de consultation<sup>87</sup> ont été prises en compte par l'Office fédéral de la justice, lequel a élaboré le Projet de Loi fédérale sur le droit international privé (Loi de dip) du 10 novembre 1982, accompagné du Message du Conseil fédéral<sup>88</sup>. Cinq années supplémentaires ont encore été nécessaires pour que l'Assemblée fédérale adopte la version finale, à la suite de plusieurs navettes entre les deux Chambres pour régler leurs divergences<sup>89</sup>. Les Chambres fédérales ont ainsi modifié le projet du Conseil fédéral sur plusieurs points importants. La Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP), qui est finalement entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989, a été conçue par le législateur suisse de manière à y réunir toutes les règles de droit international privé suisses<sup>90</sup>. L'adoption de cette loi fédérale a permis de mettre de l'ordre dans les sources du droit international privé suisse, ce qui a grandement contribué à rendre la matière moins opaque.

## 2. *La structure de la LDIP*

En rédigeant la LDIP, le législateur s'est fait un point d'honneur à rendre les règles de conflit aussi simples et aussi facilement accessibles que possible au justiciable. Il s'agissait d'un défi, compte tenu de la complexité des règles de conflit – qui sont d'un maniement technique délicat – et de leur dispersion à l'intérieur de nombreux instruments internationaux. Ce point de départ a amené le législateur à choisir une structure de la loi composée d'une partie générale et d'une partie spéciale dans laquelle les règles de conflit sont regroupées en sous-catégories par matière. La codification est aussi exhaustive que possible, pour éviter au justiciable de devoir chercher les règles de conflit applicables dans différentes sour-

<sup>86</sup> Rapport de la commission d'experts (note 81), p. 245.

<sup>87</sup> Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Darstellung der Stellungnahmen auf Grund des Gesetzentwurfs der Expertenkommission und des entsprechenden Begleitsberichts, Berne 1980. Pour un résumé des résultats de la procédure de consultation, voir Message LDIP (note 73), N 124, p. 267–275.

<sup>88</sup> Message LDIP (note 73).

<sup>89</sup> BO CE 1987 685; BO CN 1987 1894.

<sup>90</sup> Il subsiste toutefois quelques règles de droit international privé dans des lois régissant des domaines très spécifiques (p. ex. art. 37f et 37g de la Loi sur les banques [RS 952.0]; art. 2 al. 2 de la Loi sur les cartels [RS 251]; art. 101a, 101b et 101c de la Loi sur le contrat d'assurances [RS 221.229.1]).

ces. Ces caractéristiques essentielles de la LDIP figuraient déjà dans l'Avant-projet de la Commission d'experts<sup>91</sup>.

*a. Une partie générale et une partie spéciale*

La LDIP peut être divisée en deux parties: une partie générale composée d'une trentaine de dispositions communes et une partie spéciale avec plus de cent quatre-vingts articles. A ces deux parties s'ajoute la traditionnelle partie finale, laquelle est composée de six dispositions essentiellement transitoires.

Le chapitre 1 forme la partie générale de la loi. Ce chapitre définit certains critères de rattachement utilisés par la loi comme le domicile, la résidence habituelle et la nationalité d'une personne physique ou le siège d'une société. Il est en outre composé de dispositions communes applicables pour déterminer la compétence des autorités suisses, le droit applicable à une situation internationale relevant du droit privé, ainsi que les conditions de reconnaissance des actes et décisions étrangers. Sont réglées dans ce chapitre des questions de théorie générale du droit international privé, telles que la portée de la règle de conflit de lois, le renvoi, la clause d'exception, la constatation du droit étranger et la réserve de l'ordre public. On y trouve aussi des règles générales applicables à la procédure civile internationale, comme l'élection de for, la litispendance, les fors de connexité, le for des mesures provisoires et le for de nécessité, ainsi que les conditions de la reconnaissance et de l'exequatur des actes et des décisions étrangers en Suisse.

L'introduction récente dans cette partie générale de dispositions particulières relatives à l'entraide judiciaire internationale en matière civile (art. 11 à 11c LDIP) ont permis de compléter le système de droit international privé suisse qui repose désormais clairement sur quatre piliers: compétence internationale, droit applicable, reconnaissance et entraide judiciaire internationale.

La partie spéciale présente la particularité d'être articulée en fonction des différents domaines du droit matériel, organisés selon un plan correspondant à celui du Code civil et du Code des obligations légèrement adapté<sup>92</sup>.

*b. L'organisation par matière selon une division tripartite*

La partie spéciale de la loi est organisée selon une division tripartite. La LDIP offre, pour chacune des matières du droit privé, un corps de règles de droit international privé complet composé de règles de conflit de juridictions, de conflit de lois et de reconnaissance.

Ces chapitres contiennent les catégories de droit suivantes: état des personnes physiques (chapitre 2); mariage, régimes matrimoniaux et divorce (chapitre 3); partenariat enregistré (chapitre 3a); filiation (chapitre 4); protection de l'enfant

---

91 Voir Rapport de la commission d'experts (note 81), p. 245–251.

92 Voir Rapport de la commission d'experts (note 81), p. 243.

et de l'adulte (chapitre 5); successions (chapitre 6); droits réels (chapitre 7); titres intermédiaires (chapitre 7a); propriété intellectuelle (chapitre 8); contrats, enrichissement illégitime et actes illicites (chapitre 9); trusts (chapitre 9a); et sociétés (chapitre 10).

La LDIP présente la particularité de contenir un chapitre complet consacré à la faillite internationale (chapitre 11), dont le champ d'application est limité aux effets d'une décision de faillite prononcée à l'étranger sur les biens du débiteur se trouvant en Suisse<sup>93</sup>. Sont ainsi définies les conditions auxquelles une décision de faillite prononcée à l'étranger peut être reconnue et exécutée en Suisse, la procédure y relative, ainsi que les effets juridiques de la reconnaissance sur le patrimoine du débiteur situé en Suisse. Ce chapitre présente une structure particulière dictée par ces questions. Il pose les bases d'une «sorte de procédure d'entraide judiciaire à l'égard d'une procédure principale [de faillite] étrangère»<sup>94</sup>. Il s'agit donc davantage de règles d'entraide judiciaire internationale. Le chapitre 11 de la LDIP est une partie de la loi dont on peut se demander s'il n'aurait pas été préférable de l'intégrer dans la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)<sup>95</sup>. La présence de ces dispositions sur la faillite internationale dans la LDIP est, dans tous les cas, un très bon exemple de la volonté du législateur de réunir dans un seul texte toutes les questions de droit civil et de procédure civile (au sens large) s'inscrivant dans un contexte international.

Une réglementation plus complète du droit de la faillite internationale, instaurant notamment un régime de coopération entre les Etats, ne pourrait être réalisée qu'au moyen d'un instrument international. Il n'existe pas à ce jour de convention multilatérale dans ce domaine que la Suisse pourrait signer. Il subsiste toutefois quelques traités bilatéraux conclus par la Confédération ou par des cantons avec des Etats étrangers au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, dont certains déploient encore des effets. On citera pour l'anecdote la Convention entre la Confédération suisse et la Couronne de Wurtemberg de 1825/1826, ainsi que la Convention entre divers cantons suisses et le Royaume de Bavière de 1834<sup>96</sup>.

### *c. L'arbitrage international*

Il convient de réservier une place à part à l'arbitrage international auquel est entièrement consacré le dernier chapitre de la partie spéciale de la LDIP (chapitre 12). Ce corps de règles s'applique lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et qu'il s'agit d'un arbitrage international. Cette dernière condition suppose qu'au moins l'une des parties n'ait eu ni son domicile ni sa résidence

93 ATF 135 III 40, cons. 2.4; ATF 134 III 366, cons. 9.2.3.

94 Message LDIP (note 73), N 210.5, p. 440.

95 RS 281.1.

96 A ce sujet, voir ANDREA BRACONI, in: A. Bucher (éd.), *Commentaire Romand. Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano*, Bâle 2011, Art. 166–175 LDIP, N 20–24.

habituelle en Suisse au moment de la conclusion de la convention d’arbitrage<sup>97</sup>. Lorsque l’arbitrage n’est pas international, la procédure est régie par le Code de procédure civile (CPC)<sup>98</sup>. La structure de ce chapitre est influencée par les caractéristiques de cette matière.

Ce chapitre consacré à l’arbitrage international a suscité des débats importants au sein des Chambres fédérales qui y ont apporté de nombreuses modifications. Il s’agissait en effet d’une réforme conséquente du droit suisse de l’arbitrage international, qui était régi auparavant essentiellement par le Concordat suisse sur l’arbitrage du 27 mars 1969<sup>99</sup>. Ce chapitre s’inspire notamment de la Loi type de la CNUDCI du 21 juin 1985 sur l’arbitrage commercial international<sup>100</sup>. En outre, l’art. 194 LDIP intègre directement la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères, en étendant ainsi son champ d’application aux sentences arbitrales rendues dans un Etat non-contractant.

### *3. Les éléments caractéristiques de la LDIP*

Les règles de conflit de la LDIP ont été conçues sur le «modèle savignien» privilégiant le rattachement à l’Etat avec lequel la situation présente les liens les plus étroits. On peut cependant déceler une volonté du législateur d’assouplir ce modèle de rattachement dans certaines circonstances. L’assouplissement principal réside dans la place importante qui est laissée à l’autonomie de la volonté. Ce critère de rattachement est en effet le plus simple pour atteindre l’objectif de certitude et de prévisibilité. L’équivalence entre la loi suisse et les lois étrangères est admise comme un dogme, sauf dans des situations particulières où les intérêts de la Suisse sont prédominants. On peut relever que le législateur a porté une attention toute particulière à la coordination des règles de conflit suisses avec celles existant dans les systèmes de droit international privé étrangers.

---

97 Voir art. 176 LDIP.

98 RS 272. Voir art. 353 à 399 CPC.

99 Voir p. ex. JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Quelles sont les innovations réelles apportées par la LDIP à l’arbitrage international en Suisse?, Droit et pratique du commerce international 1991, p. 151–169; GERHARD WALTER, Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz. Offene Fragen zu Kap. 12 des IPR-Gesetzes, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1990, p. 161–185; CLAUDE REYMOND, La nouvelle loi suisse et le droit de l’arbitrage international. Réflexions de droit comparé, Revue de l’arbitrage 1989, p. 385–413; ANDREAS BUCHER, Le nouvel arbitrage international en Suisse, Bâle 1988, p. 18–21; EUGEN BUCHER, Die Regeln betreffend Schiedsgerichtsbarkeit im neuen IPRG und deren verfassungsrechtlicher Hintergrund, in: Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Berne 1988, p. 265–297; PIERRE LALIVE, Le chapitre 12 de la Loi fédérale sur le droit international privé. L’arbitrage international, in: Le nouveau droit international privé suisse, Lausanne 1988, p. 209–232.

100 Voir HANS ULRICH WALDER, Das UNCITRAL-Model Law und die Bestimmungen über die Internationale Schiedsbarkeit im schweizerischen IPR-Gesetz. Vergleich anhand einiger Beispiele, in: Recht in Ost und West. Festschrift zum 30-jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität, Tokyo 1988, p. 727–738.

a. *Les règles de conflit de juridictions*

En matière de compétence des autorités judiciaires et administratives suisses, le rattachement de base retenu est celui du domicile (ou de la résidence habituelle). Les autorités suisses sont ainsi compétentes pour s'occuper de la succession lorsque le défunt était domicilié en Suisse à son décès (art. 86 LDIP), pour prononcer le divorce lorsque l'un des époux est domicilié en Suisse (art. 59 LDIP), et pour connaître des actions découlant d'un contrat lorsque le défendeur est domicilié en Suisse (art. 112 LDIP).

L'effort de coordination des ordres juridiques se ressent notamment par la large possibilité qui est offerte de procéder à une prorogation de *for*<sup>101</sup>. Une *electio fori* peut intervenir non seulement dans le domaine du droit des obligations et du droit commercial, mais aussi en droit de la famille, à certaines conditions, comme notamment pour les régimes matrimoniaux et le droit des successions. Elle est assez largement admise puisque le *for* peut être convenu en principe aussi bien avant qu'après la survenance du litige, aussi bien expressément que tacitement par actes concluants. L'harmonie internationale des solutions est également favorisée au moyen de la litispendance. L'art. 9 LDIP prescrit ainsi une suspension de cause lorsqu'une action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger «s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse» (art. 9 al. 1 LDIP). Cette règle de préséance vise à éviter que deux décisions contradictoires soient rendues dans deux Etats différents.

L'accès à la justice est garanti notamment par le *for de nécessité* qui donne exceptionnellement compétence aux autorités suisses lorsque la LDIP ne prévoit pas de *for* et «qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite» (art. 3 LDIP). Cette disposition a pour objectif d'éviter un déni de justice<sup>102</sup> et doit par conséquent rester d'application exceptionnelle. Il est intéressant de mentionner à ce sujet que le législateur<sup>103</sup> envisage une extension de la portée de l'art. 3 LDIP pour concentrer les procédures devant un seul et même tribunal suisse, ce qui conférerait à cette disposition une portée inattendue de *for de connexité*.

Dans plusieurs situations où une action «ne peut pas être intentée à l'étranger ou lorsqu'«on ne peut pas raisonnablement exiger qu'elle le soit», la LDIP prévoit un *for* au lieu d'origine de l'une des parties. Ces fors d'origine reflètent l'intérêt de la Suisse à offrir un *for* à ses nationaux dans le but de leur éviter un déni de justice. Les autorités helvétiques sont ainsi compétentes pour une demande en divorce lorsque les époux ne sont pas domiciliés en Suisse et que

---

101 Cf. *supra* B.I.2.c\_aa.

102 Message LDIP (note 73), N 213.3, p. 290.

103 Message du 18.02.2009 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (FF 2008 1497), p. 1544.

l'un d'eux a la nationalité suisse (art. 60 LDIP), pour une requête d'adoption lorsque les parents ne sont pas domiciliés en Suisse et que l'un d'eux a la nationalité suisse (art. 76 LDIP). En outre, la compétence des autorités helvétiques est aussi donnée dans les situations où aucune autorité étrangère n'est compétente, comme par exemple pour la succession d'un Suisse domicilié à l'étranger (art. 87 LDIP) ou la dissolution d'un partenariat enregistré en Suisse de partenaires domiciliés à l'étranger (art. 65b LDIP).

Les fors de la LDIP sont cohérents et raisonnables au niveau international. On relèvera cependant que le for du séquestration (art. 4 LDIP) est considéré comme exorbitant à l'égard des personnes ayant leur domicile ou leur siège sur le territoire d'un Etat lié par la Convention de Lugano (CL)<sup>104</sup>. Les fors prévus dans celle-ci sont d'ailleurs davantage susceptibles de s'appliquer que ceux de la LDIP dans le cadre de son champ d'application matériel, puisque la plupart de ses dispositions se réfèrent également au principe de base du rattachement au domicile du défendeur<sup>105</sup>. Ainsi, l'art. 112 al. 1 LDIP désignant les tribunaux suisses du domicile du défendeur pour toute action découlant d'un contrat n'a qu'une portée interne, dès lors que l'art. 2 par. 1 CL s'applique toujours pour fonder la compétence des autorités du domicile du défendeur en matière contractuelle lorsque celui-ci se trouve en Suisse.

#### *b. Les règles de conflit de lois*

S'agissant du droit applicable, les critères de rattachement ont été conçus de manière à désigner le droit avec lequel la cause présente les liens les plus étroits, tout en retenant un rattachement de principe au droit du domicile dans le domaine du droit des personnes. Les contrats sont ainsi régis en principe par la loi de l'Etat avec lequel ils présentent les liens les plus étroits (art. 117 al. 1 LDIP), les effets du mariage d'époux domiciliés dans des pays différents par le droit de l'Etat du domicile avec lequel la cause présente les liens les plus étroits (art. 48 LDIP), l'exercice des droits civils par le droit du domicile de la personne concernée (art. 35 LDIP), la succession d'une personne par le droit de son dernier domicile (art. 90 al. 1 LDIP). Le législateur a assoupli le principe de proximité en laissant une large place à l'autonomie de la volonté en matière patrimoniale. Les parties peuvent ainsi choisir le droit applicable à leur contrat (art. 116 LDIP), les époux celui régissant leur régime matrimonial (art. 52 LDIP), le futur défunt celui régissant sa succession (art. 90 al. 2 LDIP), le lésé celui applicable à sa prétention résultant d'une immission excessive (art. 138 LDIP), le fondateur d'une société la loi applicable à celle-ci (art. 154 al. 1 LDIP). Le rattachement objectif, fondé sur la proximité entretenue par la situation considérée avec le territoire d'un Etat,

---

104 Convention de Lugano du 30.10.2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL; RS 0.275.12). Sur la question du for du séquestration en relation avec la Convention de Lugano, cf. note 361.

105 Sur l'influence de la Convention de Lugano sur les règles de for de la LDIP, cf. *infra* C.I.4.b.

n'intervient ainsi souvent qu'à titre subsidiaire en l'absence de choix de la loi applicable.

La Suisse accepte donc largement l'application d'une loi étrangère sur son territoire. On relèvera à ce sujet que les règles de conflit de la LDIP désignent en principe la loi matérielle étrangère (*Sachnormverweisung*). Les règles de conflit de lois étrangères ne sont quant à elles appliquées que dans des situations particulières et uniquement lorsque la règle de conflit de lois suisse le prévoit (art. 14 al. 1 LDIP; *Gesamtverweisung*). Le législateur a ainsi permis le renvoi à la loi suisse ou à une loi étrangère dans des circonstances particulières où il a estimé souhaitable de privilégier l'harmonie des solutions au niveau international. On le retrouve ainsi dans des domaines relevant du droit des personnes ou du droit de la famille, comme en matière de nom de famille d'une personne domiciliée à l'étranger (art. 37 LDIP) et de succession d'un étranger domicilié à l'étranger (art. 91 LDIP). Le renvoi est cependant également admis de manière générale en matière d'état civil, mais uniquement lorsque la règle de conflit de lois étrangères désigne à son tour le droit suisse (art. 14 al. 2 LDIP). Ce renvoi au premier degré (*Rückverweisung*) trouve sa justification dans le fait que le droit matériel suisse doit pouvoir s'appliquer en matière d'état civil lorsque l'Etat étranger dont la loi a été désignée par la LDIP n'a pas d'intérêt à appliquer sa propre loi<sup>106</sup>. Le droit matériel suisse s'applique ainsi au divorce d'époux ayant une nationalité étrangère commune mais dont un seul est domicilié en Suisse, lorsque le droit international privé de l'Etat de leur nationalité commune désigne le droit suisse comme étant applicable dans pareille situation (art. 61 al. 2 LDIP).

Le juge helvétique doit établir d'office le contenu du droit étranger et peut requérir pour ce faire la collaboration des parties (art. 16 al. 1 LDIP). Ce n'est que dans l'hypothèse où le contenu du droit étranger ne peut pas être déterminé avec certitude que le droit suisse s'applique à titre supplétif (art. 16 al. 2 LDIP). Le Tribunal fédéral<sup>107</sup> a précisé que «[l]e juge peut appliquer le droit suisse à la place du droit étranger déterminant dans toutes les causes, d'une part, lorsqu'il s'avère impossible d'établir le contenu de ce droit, du moins sans difficultés excessives et nonobstant la collaboration éventuelle des parties, et dans les seules causes patrimoniales, d'autre part, lorsque le juge en a imposé la preuve aux parties et que celles-ci ne l'ont pas rapportée [...]. Encore faut-il que la méconnaissance du droit étranger ou les difficultés rencontrées soient réelles». Cette interprétation restrictive de la possibilité de recourir à la *lex fori* à la place du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois est entièrement approuvée par la doctrine<sup>108</sup>.

---

106 Voir Message LDIP (note 73), N 214.2, p. 299.

107 ATF 121 III 436, cons. 5a.

108 Voir ANDREAS BUCHER, in: A. Bucher (éd.), *Commentaire Romand. Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano*, Bâle 2011, Art. 16 LDIP, N 23, et réf. citées.

Les règles de conflit de lois suisses sont en principe des règles indirectes, contenant un critère de rattachement permettant de trouver la loi applicable, et abstraites, ne donnant pas la solution au fond. La Suisse a ainsi adopté un modèle bilatéral classique, en vertu duquel la loi désignée par la règle de conflit s'applique sans distinction, qu'il s'agisse de la loi suisse ou d'une loi étrangère. L'art. 13 LDIP prévoit en outre que «[l]a désignation d'un droit étranger par la présente loi comprend toutes les dispositions qui d'après ce droit sont applicables à la cause. L'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public.» Il y a cependant, à titre exceptionnel, quelques règles de conflit de lois directes prescrivant l'application du droit suisse, par exemple pour tout divorce prononcé en Suisse (art. 61 LDIP) et pour toute adoption intervenant en Suisse (art. 77 LDIP). Plus subtilement, certaines règles de conflit reflètent la volonté du législateur de protéger les intérêts de l'industrie suisse, de la place financière suisse ou plus généralement des opérateurs du commerce suisse. On peut mentionner à ce titre, par exemple, l'art. 137 al. 2 LDIP prévoyant qu'une personne qui se prévaut devant un juge suisse d'une entrave à la concurrence ne peut pas demander des dommages-intérêts autres que ceux qui lui seraient alloués en vertu du droit suisse, quand bien même sa prétention serait régie par un droit étranger. Cette règle vise clairement à empêcher notamment l'obtention de *punitive damages* devant une autorité suisse. D'autres règles de conflit sont conçues de manière à protéger la partie considérée comme la plus faible de la relation juridique, tels que le consommateur et le travailleur, essentiellement en prescrivant l'application de la loi de l'Etat avec lequel la partie faible entretient les liens les plus étroits ou celle dont elle pouvait légitimement s'attendre à l'application (art. 120 et 121 LDIP).

Certaines règles de conflit de lois ont exceptionnellement un contenu matériel, comme par exemple celle prescrivant qu'une réserve de propriété constituée valablement à l'étranger sur un bien qui est importé par la suite en Suisse reste valable pendant trois mois même si elle ne remplit pas les conditions de validité du droit suisse (art. 102 al. 2 LDIP). Peut également être citée à ce titre la règle garantissant à toute personne mariée, en Suisse ou à l'étranger après la reconnaissance du mariage, l'accès à la majorité civile (art. 45a LDIP). On peut également déceler dans quelques règles de conflit une volonté du législateur d'atteindre un certain résultat matériel. Ainsi, la validité de la constitution d'une société est estimée en principe à l'aune des conditions prescrites par la loi choisie par le constituant – autrement dit la loi en vertu de laquelle elle s'est organisée – mais peut également l'être, subsidiairement, au regard de la loi de l'Etat dans lequel la société est administrée (art. 154 al. 1 et 2 LDIP). Ce second rattachement a une fonction de repêchage permettant de «sauver» une société qui n'a pas été constituée valablement selon le droit en vertu duquel elle s'est organisée. On peut ainsi qualifier cette règle de conflit de *result-oriented rule*. Certaines règles sont conçues de manière à favoriser la validité d'un acte,

comme celle prévoyant l’application de la loi régissant le contrat ou de celle du lieu de conclusion du contrat pour déterminer sa validité formelle (art. 124 al. 1 LDIP), celle prévoyant l’application de la loi du domicile ou de l’une des lois nationales du de cuius pour juger de sa capacité de disposer pour cause de mort (art. 94 LDIP), ainsi que celle prévoyant l’application alternative de la loi du domicile ou de la loi nationale de l’enfant ou de l’un des parents pour la reconnaissance de l’enfant (art. 72 al. 1 LDIP). L’admission exceptionnelle du renvoi s’agissant de la validité formelle d’un contrat de vente d’un immeuble (art. 119 al. 3 LDIP) ou d’un contrat dont l’une des parties est considérée comme faible (art. 124 al. 3 LDIP) relève de la même préoccupation.

On mentionnera également l’existence d’une clause d’exception permettant au juge suisse de ne pas appliquer la loi désignée par une règle de conflit de la LDIP «si, au regard de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit» (art. 15 al. 1 LDIP). La clause d’exception n’est bien entendu pas applicable en cas d’élection de droit, dès lors qu’il ne peut pas y avoir d’«erreur d’aiguillage» lorsque les parties ont choisi le droit applicable (art. 15 al. 2 LDIP). Cette disposition a bien été conçue à l’origine pour corriger les «erreurs d’aiguillage», sans être pour autant une clause de dureté (*Härteklausel*) dont la fonction serait de remédier à toute situation inéquitable provenant de l’application de la loi désignée par la règle de conflit. Le législateur a précisé que «[I]es raisons qui justifient l’application de la clause d’exception tiennent au fait que les parties peuvent légitimement s’attendre à la soumission à un ordre juridique présentant des liens plus étroits avec la cause ou à ce que l’on évite d’arriver à un résultat qui irait à l’encontre du but recherché»<sup>109</sup>. Le Tribunal fédéral<sup>110</sup>, soutenu par la doctrine quasi-unanime<sup>111</sup>, considère que cette disposition ne peut être invoquée qu’exceptionnellement dans des situations atypiques présentant un lien faible avec le droit désigné et nettement plus conséquent avec un autre droit. Le résultat matériel ne devrait ainsi pas être pris en considération pour décider de l’intervention ou non de la clause d’exception. Toutefois, certaines voix commencent à relever que l’application de la clause d’exception pourrait bien être influencée par un soupçon de considérations matérielles<sup>112</sup>. Le Tribunal fédéral<sup>113</sup> s’est d’ailleurs aventuré sur cette voie, implicitement, en matière de partage des prestations de sortie de la prévoyance professionnelle en cas de divorce. L’art. 15 al. 1 LDIP pourrait ainsi devenir la porte d’entrée d’une approche de droit international

---

109 Message LDIP (note 73), N 214.3, p. 300 s.

110 ATF 134 III 661, cons. 3.1; ATF 131 III 289, cons. 2.5.

111 Voir BUCHER (note 108), Art. 15 LDIP, N 11, et réf. citées.

112 Voir KURT SIEHR, Swiss Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?, in: S.C. Symeonides (éd.), Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?, Londres 2000, p. 383–411, p. 387.

113 ATF 131 III 289, cons. 2.7.

privé davantage orientée sur le résultat de l'application de la règle de conflit de lois, avec le risque de résurrection de la *lex fori* qui y est étroitement lié. La tendance naturelle du juge est en effet de revenir à sa propre loi en cas de conflit.

La LDIP contient aussi un mécanisme de défense des valeurs suisses sous la forme de la réserve de l'ordre public international et des lois suisses d'application immédiate (art. 17 et 18 LDIP). Le Tribunal fédéral<sup>114</sup> se sert cependant du principe de proximité pour assouplir la réserve négative et positive de l'ordre public en considérant qu'elle «doit être admise avec une retenue particulière lorsque la cause à juger ne présente pratiquement pas de lien avec la Suisse». Les valeurs étrangères sont également protégées «lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent», ce qui peut conduire à la prise en considération d'une loi d'application immédiate d'un droit étranger qui n'a pas été désigné par la règle de conflit de lois (art. 19 LDIP). Certaines règles disséminées dans la loi sont des manifestations de l'ordre public dans des matières spéciales, comme par exemple l'obligation de célébrer le mariage en la forme civile avant la forme religieuse conformément à l'art. 97 al. 3 CC (art. 44 al. 3 LDIP), ou le droit pour une personne dont le divorce a été prononcé ou reconnu en Suisse de s'y remarier même si son droit national ne reconnaît pas le divorce (art. 43 al. 3 LDIP).

On peut s'étonner de l'absence d'une disposition générale relative à la fraude à la loi dans la LDIP. En droit international privé, la fraude à la loi consiste en la manipulation de l'élément de rattachement de la règle de conflit de manière à rendre applicable une autre loi que celle qui aurait dû normalement s'appliquer<sup>115</sup>. Par exemple, le lieu de situation d'une chose mobilière est déplacé frauduleusement, le siège d'une société est placé fictivement dans un Etat avec lequel elle n'a aucun lien, le domicile d'une personne physique ne correspond pas à son lieu de vie. L'absence de disposition sur la fraude à la loi dans la LDIP est d'autant plus surprenante que le droit des conflits est un terrain qui lui est très favorable. Comme le relève un auteur<sup>116</sup>, «l'existence même des lois étrangères [...] crée une possibilité générale de fraude». L'explication se trouve vraisemblablement dans la portée générale de l'art. 2 al. 1 CC, lequel réserve l'abus de droit, la bonne foi et la fraude à la loi dans tout l'ordre juridique suisse. La fraude à la loi fait ainsi partie de l'ordre public suisse positif au sens de l'art. 18 LDIP<sup>117</sup>. Toutefois, la fraude à la loi ne peut être appliquée en droit international privé qu'avec une certaine réserve, dans la mesure où le système

<sup>114</sup> ATF 135 III 614, cons. 4.2.

<sup>115</sup> Sur la fraude à la loi en droit international privé, voir BERNARD AUDIT, Droit international privé, 5<sup>e</sup> éd., Paris 2008, N 236–248, p. 203–215; FLORENCE GUILLAUME, Lex societatis. Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse, Zurich 2001, p. 296–322, et réf. citées.

<sup>116</sup> AUDIT (note 115), N 236, p. 204.

<sup>117</sup> Voir, *mutatis mutandis*, ATF 128 III 201, arrêt dans lequel le Tribunal fédéral a reconnu que l'interdiction de l'abus de droit est une loi d'application immédiate du droit suisse.

repose fondamentalement sur le principe de l'autonomie de la volonté. Le recours à la fraude à la loi peut ainsi intervenir, à titre exceptionnel, pour corriger le rattachement d'une société au droit de l'Etat en vertu duquel elle s'est organisée lorsque le choix de l'incorporer dans cet Etat a été opéré uniquement dans le but d'évincer la loi normalement applicable en faveur d'un droit plus avantageux<sup>118</sup>. Il faut cependant prendre en considération le fait que l'application, par exemple, de la loi suisse à la place de la loi étrangère en vertu de laquelle la société s'est organisée peut avoir pour conséquence que la société perde la capacité d'ester en justice en Suisse<sup>119</sup>. Dès lors que les sociétés ont en principe de plein droit l'exercice des droits civils en Suisse et, partant, la capacité d'ester en justice, le correctif de la fraude à la loi doit rester d'application exceptionnelle en matière de sociétés<sup>120</sup>.

#### *c. Les règles de reconnaissance*

La LDIP prévoit un régime de reconnaissance libéral. Le principe *favor recognitionis* s'applique à la reconnaissance des actes et des décisions étrangers, de manière à éviter de remettre en question un fait social qui s'est matérialisé à l'étranger. Le même régime de reconnaissance est applicable aux décisions provenant d'une autorité juridictionnelle jouissant d'un pouvoir inhérent à l'exercice de la souveraineté d'un Etat étranger qu'aux décisions et actes étrangers relevant de la juridiction gracieuse, tels que l'adoption, la déclaration d'absence ou les mesures tendant à la protection de la personne. L'élément décisif réside dans le fait que l'acte ou la décision doit être définitif ou ne plus être susceptible de recours ordinaire. La reconnaissance intervient sans exigence de réciprocité: peu importe que l'Etat étranger d'origine de la décision soit disposé ou non à reconnaître une décision suisse rendue dans les mêmes conditions. La reconnaissance et, cas échéant, l'exequatur des décisions étrangères sont permises si la décision remplit certaines conditions classiques de reconnaissance (art. 25 LDIP).

La première condition a trait à la compétence indirecte de l'autorité judiciaire ou administrative étrangère qui a rendu la décision (art. 26 LDIP). La reconnaissance suppose ainsi de vérifier que l'autorité étrangère était compétente selon les règles de compétence indirecte de la LDIP. Celles-ci sont le reflet des règles de *for*: le législateur suisse prescrit en principe la reconnaissance des décisions étrangères rendues aux mêmes *fors* que ceux prévus dans la LDIP pour les autorités suisses<sup>121</sup>. Certaines règles de compétence indirecte ne correspondent pas aux règles de *for* sont la manifestation de la volonté du législateur de

---

118 Voir GUILLAUME (note 14), Art. 154 LDIP, N 34–39.

119 Voir ATF 108 II 398.

120 Voir ATF 135 III 614; ATF 117 II 494.

121 Voir p. ex. les art. 86 à 89 LDIP (compétences directes en matière successorale) et l'art. 96 LDIP (compétences indirectes en matière successorale).

protéger le défendeur domicilié en Suisse dans des matières particulières<sup>122</sup>. Cette protection ne paraît cependant plus opportune aujourd’hui et devrait être revue par le législateur<sup>123</sup>. La LDIP présente la particularité de concevoir le principe *favor recognitionis* dans un sens suffisamment large pour permettre, dans certaines matières, la reconnaissance d’une décision reconnue dans un Etat quand bien même elle a été rendue dans un Etat tiers<sup>124</sup>. Il est difficile de déterminer les raisons ayant conduit le législateur à admettre ce chef de compétence indirecte étendu dans certaines matières mais pas dans d’autres<sup>125</sup>. On le retrouve ainsi par exemple en matière de divorce (art. 65 al. 1 LDIP) et de régimes matrimoniaux (art. 58 al. 1 LDIP), mais pas en matière d’effets généraux du mariage (art. 50 LDIP). Cette particularité existe également en matière de reconnaissance d’enfant (art. 73 al. 1 LDIP), mais pas en matière d’établissement de la filiation par naissance (art. 70 LDIP), ni d’adoption (art. 78 LDIP). On pourrait se demander s’il ne serait pas plus simple d’admettre ce chef de compétence indirecte étendu dans toutes les matières, quitte à réserver quelques exceptions pour protéger des intérêts légitimes<sup>126</sup>.

La deuxième condition de reconnaissance de la décision étrangère réside dans sa compatibilité avec l’ordre public suisse. La reconnaissance en Suisse d’une décision étrangère en application de la LDIP n’est possible qu’à la double condition qu’elle soit compatible avec l’ordre public matériel et l’ordre public formel suisse. Une décision étrangère dont le contenu est «manifestement incompatible avec l’ordre public suisse» ne peut ainsi pas être reconnue en Suisse (art. 27 al. 1 LDIP). Selon la formule consacrée par le Tribunal fédéral<sup>127</sup>, le juge suisse ne pourra refuser la reconnaissance d’une décision étrangère au nom de l’ordre public matériel que si «la contradiction avec le sentiment suisse du droit et des mœurs est sérieuse». La compatibilité de la décision étrangère avec l’ordre public matériel suisse est vérifiée d’office par l’autorité. La reconnaissance sera également refusée, à la demande d’une partie, lorsque la décision étrangère viole l’un des principes fondamentaux du droit de procédure suisse

122 Ces exceptions trouvent leur origine dans l’ancien art. 59 de la Constitution fédérale qui assurait la protection du défendeur domicilié en Suisse. Voir p. ex. art. 65 al. 2 let. a LDIP; art. 149 al. 2 let. a et f LDIP; art. 165 al. 1 let. a LDIP («et que le défendeur n’était pas domicilié en Suisse»).

123 Ce d’autant plus que le nouvel art. 30 al. 2 de la Constitution fédérale a assoupli cette garantie. Du même avis: BUCHER (note 108), Art. 26 LDIP, N 8; ANTON K. SCHNYDER, Europäisierung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts. Herausforderung auch für die Schweiz, in: H.-P. Mansel et al. (éd.), Festschrift für Erik Jayme (tome I), Munich 2004, p. 823–835, p. 828 s.

124 P. ex. art. 65 al. 1 LDIP: «Les décisions étrangères de divorce ou de séparation de corps sont reconnues en Suisse lorsqu’elles ont été rendues dans l’Etat du domicile ou de la résidence habituelle, ou dans l’Etat national de l’un des époux, *ou si elles sont reconnues dans un de ces Etats*».

125 Pour une explication méthodologique, voir PAOLO PICONE, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, Recueil des cours de l’Académie de droit international 1999 (tome 276), p. 9–296, p. 135–137.

126 Voir aussi BUCHER (note 4), p. 287–289.

127 ATF 116 II 625, cons. 4a.

(art. 27 al. 2 let. a et b LDIP). On retiendra à titre d'ordre public formel en particulier la citation régulière et en temps utile, ainsi que les droits de la défense dont notamment le droit d'être entendu.

Le Tribunal fédéral<sup>128</sup> a précisé que «la réserve de l'ordre public est une clause d'exception, dont l'application en matière de reconnaissance et d'exécution de décisions étrangères est plus restrictive que dans le domaine de l'application directe des règles de droit. La reconnaissance de la décision étrangère constitue la règle, dont il ne faut pas s'écartez sans de bonnes raisons». Cet effet atténué de l'ordre public en matière de reconnaissance vise à éviter de créer des situations juridiques boiteuses au niveau international. Le Tribunal fédéral<sup>129</sup> a encore assoupli davantage la réserve de l'ordre public en admettant récemment qu'une situation étrangère manifestement incompatible avec l'ordre public suisse peut néanmoins être reconnue lorsqu'elle n'entretient, dans les faits, que peu de liens avec l'ordre juridique suisse. Dans pareille situation, le fait que la décision étrangère soit incompatible avec l'ordre public suisse n'a en effet, somme toute, pas beaucoup d'importance. Il est par conséquent préférable de faire prévaloir l'intérêt de la personne qui demande la reconnaissance plutôt que celui de la Suisse de préserver son ordre public. La jurisprudence paraît ainsi se rallier à la théorie de l'intensité des liens avec le for (*Binnenbeziehungs-theorie*), laquelle est le pendant en matière de reconnaissance du principe de proximité. L'application très restrictive de l'ordre public en matière de reconnaissance est révélatrice de la préoccupation du Tribunal fédéral d'éviter la création de situations juridiques boiteuses au niveau international, laquelle s'inscrit dans la droite ligne de la volonté du législateur de privilégier l'harmonie internationale des solutions.

On relèvera cependant que l'ordre public intervient avec toute sa force lorsqu'il est réservé dans une disposition spéciale de la loi, comme celle qui prescrit la non-reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger «dans l'intention manifeste d'éviter les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse» si l'un des fiancés est suisse ou si tous deux sont domiciliés en Suisse au moment du mariage (art. 45 al. 2 LDIP). Pareille disposition visant clairement à sanctionner une fraude à la loi suisse, il n'est pas question d'assouplir sa portée lorsqu'elle est appliquée. Le législateur a en effet considéré que ce type de situation présente des liens suffisamment intenses avec l'ordre juridique suisse pour que la décision étrangère ne puisse pas être reconnue en Suisse. La reconnaissance d'un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes de même sexe sous la forme d'un partenariat enregistré (art. 45 al. 3 LDIP) est également une manifestation nette de l'ordre public. L'application de l'ordre public va très loin dans ce cas, puisqu'elle entraîne une modification de l'état civil: les conjoints sont des époux dans l'Etat étranger dans lequel ils ont célébré leur

<sup>128</sup> ATF 120 II 87, cons. 3.

<sup>129</sup> ATF 126 III 327, cons. 4c.

union et des partenaires enregistrés en Suisse. Cet effet de conversion<sup>130</sup> de la décision étrangère qui est attribué à l'ordre public entraîne une situation juridique boiteuse au niveau international. Dès lors que l'effet de conversion va à l'encontre des principes fondamentaux du droit international privé suisse en matière de reconnaissance, il ne peut s'expliquer que par des considérations d'ordre politique.

Comme troisième condition de reconnaissance, la LDIP prévoit qu'une décision étrangère ne sera pas reconnue en Suisse lorsqu'elle est inconciliable avec une autre décision entre les mêmes parties et sur le même objet qui a soit déjà été rendue ou est sur le point d'être rendue en Suisse, soit a été rendue précédemment dans un autre Etat étranger et remplissant les conditions pour être reconnue en Suisse (art. 27 al. 2 let. c LDIP). Ainsi, une décision étrangère ne pourra pas être reconnue lorsqu'elle a été rendue dans une procédure ayant échappé à la suspension qui aurait été justifiée en raison de la litispendance avec une procédure suisse.

A l'exception de la situation du mariage homosexuel célébré à l'étranger, une décision étrangère reconnue en Suisse aura les mêmes effets sur territoire helvétique que dans son Etat d'origine (principe de la *Wirkungserstreckung*). La reconnaissance ne permet en principe pas d'attribuer à la décision étrangère, sur territoire helvétique, ni davantage ni d'autres effets que ceux acquis dans son Etat d'origine. Lorsque la décision étrangère consacre une institution juridique inconnue ou différente de celles existant en droit suisse, cette institution doit être transposée dans les catégories du droit suisse pour pouvoir être mise en œuvre en Suisse. Ainsi, une adoption simple – sans rupture des liens de filiation entre l'enfant et ses parents d'origine – prononcée à l'étranger est reconnue comme une adoption, mais uniquement avec les effets qui lui sont attachés dans l'Etat dans lequel elle a été prononcée (art. 78 al. 2 LDIP).

#### *4. L'influence des conventions sur la LDIP*

Le législateur suisse s'est inspiré de nombreuses règles de conflit figurant dans des conventions internationales et en particulier dans les Conventions de La Haye. L'influence des conventions de droit international privé sur la LDIP se manifeste essentiellement de deux manières<sup>131</sup>. Premièrement, par l'assimilation de principes communs de droit international privé qui se sont cristallisés dans le cadre conventionnel. Deuxièmement, par la reprise de règles de conflit figurant

---

130 Sur l'effet de conversion de l'ordre public, voir FLORENCE GUILLAUME, «O tempora! O moris!»: l'effet du temps sur l'ordre public en droit international privé, in: Le temps et le droit. Recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes 2008, Bâle 2008, p. 101–130, p. 118–121.

131 Voir, pour l'ensemble de ce paragraphe 4, FLORENCE GUILLAUME, La LDIP et les conventions de droit international privé, in: A. Bonomi/E. Cashin Ritaine (éd.), La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 161–193, p. 170–174.

dans des conventions ratifiées ou non par la Suisse. Cette démarche favorise la coordination des règles de conflit suisses avec celles qui ont été unifiées au niveau supra-étatique et qui sont appliquées par plusieurs Etats. Dans certaines situations, le législateur suisse a franchi un pas supplémentaire en complétant ou en étendant le champ d'application de conventions multilatérales.

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) assumant un rôle de plus en plus important en droit international privé, on consacrera quelques lignes sur son influence sur la LDIP, même s'il ne s'agit pas d'une convention de droit international privé.

*a. L'assimilation de principes communs de droit international privé émanant des conventions*

La négociation de conventions multilatérales de droit international privé a permis aux Etats d'affirmer certains principes de droit international privé. Les Conventions de La Haye en particulier ont joué un rôle majeur dans le développement de principes reflétant une sorte de droit international privé commun des Etats<sup>132</sup>. Le législateur suisse s'est inspiré de plusieurs principes communs de droit international privé émanant des conventions lors de la rédaction de la LDIP.

On peut citer à ce titre le principe de proximité<sup>133</sup>, l'exclusion de principe du renvoi<sup>134</sup> et le principe de l'autonomie de la volonté<sup>135</sup>. Les réserves de l'ordre public et des lois d'application immédiate trouvent leur source dans les dispositions y relatives figurant systématiquement dans les Conventions de La Haye<sup>136</sup>. Toutefois, le législateur suisse a anticipé l'admission d'une prise en compte des lois d'application immédiate étrangères. Ce principe, qui ne figure que dans deux Conventions de La Haye<sup>137</sup>, n'est pas encore parvenu à s'imposer comme un principe commun de droit international privé<sup>138</sup>.

---

132 Voir von OVERBECK (note 51), RCADI 1992, p. 9–98.

133 Message LDIP (note 73), N 214.1, p. 298.

134 L'exclusion du renvoi figure quasi-systématiquement dans les Conventions de La Haye. Voir p. ex. l'art. 10 de la Convention de La Haye du 05.07.2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire. La Convention de La Haye du 15.06.1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, qui n'est jamais entrée en vigueur, a même tenté de réglementer de manière générale la problématique du renvoi.

135 Voir von OVERBECK (note 51), RCADI 1992, p. 76–91.

136 Voir von OVERBECK (note 51), RCADI 1992, p. 47–51.

137 L'art. 16 de la Convention de La Haye du 14.03.1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation (non signée par la Suisse) permet de donner effet «aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif». Une règle semblable figure à l'art. 16 al. 2 de la Convention de La Haye du 01.07.1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, dont la portée est toutefois affaiblie par la possibilité de faire une réserve. Les Conventions de La Haye postérieures ont limité la portée des lois d'application immédiate à celles du for (voir p. ex. l'art. 11 al. 2 de la Convention de La Haye du 05.07.2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire).

138 P. ex., en droit communautaire, l'art. 7 de la Convention de Rome du 19.06.1980 sur la loi ap-

L'influence des conventions internationales se manifeste aussi au niveau des critères de rattachement choisis par le législateur suisse. Le rattachement de principe au domicile reflète la solution suivie dans les Conventions de La Haye. Il en va de même du rattachement subsidiaire à la résidence habituelle<sup>139</sup>. Ce dernier critère de rattachement a été développé dans le cadre des Conventions de La Haye, mais n'y a jamais été défini<sup>140</sup>. En droit international privé suisse, l'art. 20 al. 1 let. b LDIP précise qu'une personne «a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée».

#### *b. La reprise de règles de conflit conventionnelles*

Le législateur suisse s'est directement inspiré des règles de conflit figurant dans certaines conventions internationales en vigueur pour la Suisse. Par exemple, la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps<sup>141</sup> a inspiré l'art. 59 LDIP<sup>142</sup> et l'art. 65 LDIP<sup>143</sup>. L'art. 63 al. 2 LDIP<sup>144</sup> reprend la solution de l'art. 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires<sup>145</sup>. La Convention de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption a influencé les art. 75 à 78 LDIP<sup>146</sup>. La Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels<sup>147</sup> a influencé l'art. 116 al. 2 *in fine* LDIP<sup>148</sup>.

Certaines règles de conflit figurant dans des conventions qui n'étaient pas encore entrées en vigueur au moment de l'adoption de la LDIP ont aussi été reprises, par anticipation. A ce titre, on peut citer notamment la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL 88)<sup>149</sup> qui a exercé une in-

---

plicable aux obligations contractuelles ne prévoit que la prise en compte des lois de police du for; presque trente ans plus tard, l'art. 9 al. 3 du Règlement N 593/2008 du 17.06.2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) élargit cette réserve aux lois de police étrangères, mais uniquement celles du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être exécutées.

139 Message LDIP (note 73), N 215.3, p. 309. L'art. 20 al. 2, 2<sup>e</sup> phrase, LDIP prévoit que «[s]i une personne n'a nulle part de domicile, la résidence habituelle est déterminante».

140 Voir von OVERBECK (note 51), RCADI 1992, p. 54 s.

141 Cette Convention est en vigueur pour la Suisse dès le 17.07.1976 (RS 0.211.212.3).

142 Message LDIP (note 73), N 235.1, p. 346.

143 Message LDIP (note 73), N 235.7, p. 350.

144 Message LDIP (note 73), N 235.5, p. 350.

145 Cette Convention est en vigueur pour la Suisse dès le 01.10.1977 (RS 0.211.213.01).

146 Message LDIP (note 73), N 244.1, p. 360.

147 Cette Convention est en vigueur pour la Suisse dès le 27.10.1972 (RS 0.221.211.4).

148 Message LDIP (note 73), N 282.22, p. 397.

149 Cette Convention est en vigueur pour la Suisse dès le 01.01.1992 (RS 0.275.11). A compter du 01.01.2011, elle a été remplacée par la Convention de Lugano du 30.10.2007 concernant la

fluence profonde sur les règles de for de la LDIP. Plus précisément, le législateur suisse s'est inspiré de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CB)<sup>150</sup> – qui s'appliquait alors entre les Etats de la CEE – pour rédiger plusieurs règles de compétence directe. Par exemple, l'art. 2 LDIP reprend la compétence de base du domicile du défendeur prévue à l'art. 2 CB. L'art. 112 al. 2 LDIP est inspiré du for du lieu de l'établissement du défendeur prévu à l'art. 5 ch. 5 CB. L'art. 113 LDIP reprend le for du lieu de l'exécution du contrat consacré à l'art. 5 ch. 1 CB. L'art. 5 LDIP a une formulation proche de celle de l'art. 17 CB. En établissant des règles de compétence directe compatibles avec celles figurant dans la Convention de Bruxelles, le législateur avait pour objectif d'ouvrir la voie à une adhésion de la Suisse à cette Convention<sup>151</sup>. Cette méthode s'est avérée efficace: elle a permis non seulement de négocier rapidement une convention multilatérale parallèle à la Convention de Bruxelles (dont le contenu est quasiment identique)<sup>152</sup>, mais encore de ratifier cette Convention de Lugano sans devoir procéder à des modifications de la LDIP<sup>153</sup>.

Certaines règles de la LDIP sont aussi influencées par des conventions internationales qui n'ont pas été signées par la Suisse, mais dont les règles de conflit reflètent une tendance sur le plan international. Par exemple, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages a inspiré les art. 43 à 45 LDIP<sup>154</sup>. Les art. 52 à 54 LDIP trouvent leur source dans la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux<sup>155</sup>. La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits a servi de base pour la rédaction de l'art. 133 LDIP<sup>156</sup>. Cette disposition a repris la solution conventionnelle d'un rattachement alternatif, en matière d'acte illicite, à la loi du lieu de commission de l'acte ou à la loi du lieu du résultat de l'acte. Mais pour le surplus, cette Convention a été jugée trop compliquée par le législateur suisse qui a choisi de déroger au système qu'elle met en place en matière de responsabilité du fait des produits à l'art. 135 LDIP<sup>157</sup>. La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a également eu une in-

---

compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL; RS 0.275.12).

<sup>150</sup> JOCE 1972 L 299, p. 32.

<sup>151</sup> Message LDIP (note 73), N 213.1, p. 289.

<sup>152</sup> L'adhésion de la Suisse à la Convention de Bruxelles s'est révélée impossible compte tenu des liens particuliers existant entre cette Convention et les Etats de la CEE. Pour cette raison, les Etats qui faisaient partie de la CEE et les Etats membres de l'AELE ont négocié une convention parallèle: la Convention de Lugano.

<sup>153</sup> Sur l'influence de la Convention de Lugano du 30.10.2007 sur le droit suisse, cf. *infra* C.I.5.

<sup>154</sup> Message LDIP (note 73), N 232.2, p. 330.

<sup>155</sup> Message LDIP (note 73), N 234.31, p. 340–342.

<sup>156</sup> Message LDIP (note 73), N 284.21, p. 409.

<sup>157</sup> Message LDIP (note 73), N 284.32, p. 413–415.

fluence importante sur les règles de conflit de lois en matière contractuelle<sup>158</sup>, s'agissant notamment du rattachement à l'Etat de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique<sup>159</sup>.

c. *Le complètement du champ d'application de certaines conventions*

Lorsque le champ d'application des conventions internationales est limité à certaines questions de droit international privé, le législateur suisse a pris l'habitude de les compléter par des règles de conflit régissant les autres questions. Cette méthode permet de conserver la systématique de la loi selon laquelle toutes les matières traitées dans la partie spéciale contiennent des règles de conflit déterminant la compétence internationale directe des autorités suisses, la loi applicable et la compétence internationale indirecte des autorités étrangères.

Par exemple, les art. 46 et 47 LDIP<sup>160</sup> complètent la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires<sup>161</sup> et la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires<sup>162</sup>, pour ce qui est de la compétence internationale directe. De même, les art. 149a à 149e LDIP complètent la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance<sup>163</sup> notamment pour ce qui est de la compétence internationale directe et indirecte. Il en va de même des art. 108a à 108d LDIP, lesquels complètent la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire<sup>164</sup>. Cette Convention présente en outre la particularité d'être entrée en vigueur pour la Suisse avant même qu'elle ne soit en vigueur sur le plan international. Les règles de conflit conventionnelles sont par conséquent appliquées par les autorités suisses, pour l'instant, en qualité de règles de conflit nationales<sup>165</sup>.

---

158 Voir p. ex. l'art. 120 LDIP et l'art. 5 Convention de Rome; l'art. 121 LDIP et l'art. 6 Convention de Rome. A ce sujet, voir FRANÇOIS KNOEPFLER, Le contrat dans le nouveau droit international privé suisse, in: Le nouveau droit international privé suisse, Lausanne 1988, p. 79–105; PAOLO MICHELE PATOCCHI, Le nouveau droit international privé suisse des contrats, in: Droit international privé. Convention de Lugano. Publication FSA, Zurich 1989, p. 61–121

159 Voir p. ex. l'art. 117 LDIP et l'art. 4 Convention de Rome.

160 Message LDIP (note 73), N 233.2, p. 333.

161 Cette Convention est en vigueur pour la Suisse dès le 01.10.1977 (RS 0.211.213.01).

162 Cette Convention est en vigueur pour la Suisse dès le 01.08.1976 (RS 0.211.213.02).

163 Cette Convention est en vigueur pour la Suisse dès le 01.07.2007 (RS 0.221.371).

164 Cette Convention est en vigueur pour la Suisse dès le 01.10.2010 (RS 0.957.1).

165 Voir OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Communication sur l'application unilatérale de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire du 17.05.2011, RO 2011 1771. A ce sujet, voir GUILLAUME (note 14), Art. 108a–108d LDIP, N 9 et N 23–25.

*d. L'extension du champ d'application de certaines conventions*

A plusieurs reprises, le législateur suisse a étendu le champ d'application de conventions ratifiées par la Suisse en prévoyant que leurs règles de conflit s'appliquent par analogie à des personnes ou des matières autres que celles entrant dans leur champ d'application<sup>166</sup>. Dans un tel cas, les règles de conflit conventionnelles subissent une mutation et deviennent du droit national<sup>167</sup>. Elles ont en effet le rang de droit fédéral lorsqu'elles sont appliquées par analogie par les autorités suisses à des situations où elles ne seraient pas applicables selon la Convention. Les règles de conflit conventionnelles sont alors appliquées par les autorités suisses comme toute autre règle de conflit nationale figurant dans la LDIP.

Par exemple, l'art. 83 al. 2 LDIP étend le champ d'application de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires<sup>168</sup> aux prestations auxquelles la mère célibataire a droit pour son entretien et aux dépenses occasionnées par la naissance «parce qu'il n'est pas certain que cette convention régisse aussi ces questions»<sup>169</sup>. L'art. 93 al. 2 LDIP permet l'application de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires<sup>170</sup> aux pactes successoraux<sup>171</sup>. En vertu de l'art. 24 al. 1 LDIP, la Convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides<sup>172</sup> s'applique par analogie à toute personne n'ayant pas ce statut selon la Convention mais dont les relations avec son Etat national sont rompues «au point que sa situation équivaut à celle d'un apatriide»<sup>173</sup>. Le champ d'application de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance a été étendu par le législateur suisse sous deux aspects. Cette Convention s'applique en effet par analogie d'une part aux trusts dont la preuve ne peut pas être apportée par écrit (art. 149a LDIP) et, d'autre part, lorsque ses règles de conflit désignent la loi d'un Etat qui ne connaît pas l'institution du trust (art. 149c al. 2 LDIP), comme par exemple le droit suisse<sup>174</sup>.

---

166 Voir ANDREAS BUCHER, La LDIP et les Conventions internationales, in: W.A. Stoffel/P. Volken (éd.), *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, p. 265–278, p. 271–274.

167 Voir von OVERBECK (note 51), RCADI 1992, p. 31; MAX KELLER, Hinweise auf Staatsverträge im IPRG, in: W.A. Stoffel/P. Volken (éd.), *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, p. 279–285, p. 282.

168 Cette Convention est en vigueur pour la Suisse dès le 01.10.1977 (RS 0.211.213.01).

169 Message LDIP (note 73), N 245.2, p. 363–365.

170 Cette Convention est en vigueur pour la Suisse dès le 17.10.1971 (RS 0.211.312.1).

171 Message LDIP (note 73), N 264, p. 379.

172 Cette Convention est en vigueur pour la Suisse dès le 01.10.1972 (RS 0.142.40).

173 Message LDIP (note 73), N 215.7, p. 314.

174 Voir GUILLAUME (note 14), Art. 149a LDIP, N 5, et Art. 149c LDIP N 7 s.

*e. La marque de la Convention européenne des droits de l'homme*

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>175</sup> mérite d'être mentionnée parmi les conventions ayant des répercussions sur la LDIP. L'influence de la CEDH se ressent en effet dans la rédaction de certaines dispositions. On peut citer à ce titre l'art. 27 al. 2 LDIP, lequel prescrit la non-reconnaissance d'une décision étrangère lorsqu'elle ne respecte pas l'ordre public procédural suisse. La citation régulière et en temps utile, ainsi que les droits de la défense dont notamment le droit d'être entendu, réservés aux lettres a et b de cette disposition, portent la marque de l'art. 6 CEDH. Le Tribunal fédéral<sup>176</sup> a aussi reconnu depuis longtemps que les droits de l'homme font partie intégrante de l'ordre public international. Celui-ci est d'ailleurs le moyen permettant de prendre en considération les droits de l'homme dans le raisonnement conflictuel.

L'influence indirecte des droits de l'homme peut également être décelée dans les dispositions de la LDIP ayant trait au droit de la famille<sup>177</sup>. Le principe de l'égalité des droits des époux<sup>178</sup> est probablement à l'origine de règles de rattachement égalitaires, comme la possibilité de déposer une demande en divorce aussi bien au for du domicile de l'époux défendeur qu'à celui de l'époux demandeur prévue à l'art. 59 LDIP. L'intérêt supérieur de l'enfant<sup>179</sup> a vraisemblablement été déterminant pour rattacher la filiation et la protection de l'enfant à l'Etat de sa résidence habituelle. Le Tribunal fédéral<sup>180</sup> s'est référé ainsi à l'art. 17 LDIP, consacrant la réserve de l'ordre public, pour considérer que «la conformité avec l'ordre public requiert [...] que l'enfant soit attribué à celui des parents qui favorisera probablement le plus son développement, respectivement qui le soutiendra le mieux dans l'épanouissement de sa personnalité».

Les droits de l'homme ont non seulement une influence indirecte mais aussi directe sur le droit international privé, dès lors qu'«[i]l doit, dans le domaine des droits fondamentaux et de l'homme tout au moins, donner effet aux garanties de droit matériel que ces droits offrent à toute famille en droit international»<sup>181</sup>. La garantie du respect de la vie familiale<sup>182</sup> impose ainsi aux autorités suisses la reconnaissance d'une décision d'adoption intervenue valablement à l'étranger dans l'Etat de domicile des parents adoptants, même si ceux-ci sont de même sexe<sup>183</sup>. En outre, toute personne peut bénéficier des droits garantis par la CEDH, sans égard à sa nationalité ou à son domicile, devant les autorités

175 Convention du 04.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH; RS 0.101).

176 ATF 103 Ia 199, cons. 4c.

177 Voir BUCHER (note 108), Art. 20–24 LDIP, N 10–13.

178 Art. 5 du Protocole additionnel N 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101.07).

179 Art. 3 al. 1 de la Convention du 20.11.1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

180 ATF 129 III 250, cons. 3.4.2 (traduction française provenant du JdT 2003 I 187, p. 192).

181 BUCHER (note 108), Art. 20–24 LDIP, N 12. Voir aussi BUCHER (note 4), p. 381–389.

182 Art. 8 CEDH.

183 Voir art. 78 al. 1 LDIP; voir aussi Message LDIP (note 73), N 2.5.17, p. 1259.

suisse. L'art. 1 CEDH impose en effet aux Etats contractants l'obligation de reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la Convention. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>184</sup>, cela implique que toute personne peut, d'une part, s'opposer à l'application par les autorités du for d'une disposition contraire aux droits fondamentaux et, d'autre part, s'opposer à la reconnaissance et à l'exequatur d'une décision étrangère qui n'aurait pas respecté un droit garanti par la CEDH.

### *5. La mise à jour régulière de la LDIP*

L'architecture de la LDIP permet d'y intégrer de nouvelles parties en fonction de l'évolution du droit. L'expérience montre d'ailleurs que cette loi peut être complétée aisément: l'introduction de nouveaux chapitres sur le partenariat enregistré, sur le trust et sur les titres intermédiaires n'a pas posé de difficulté particulière. La LDIP donne ainsi une impression globale de cohérence et d'accessibilité, malgré les dix-neuf modifications qu'elle a subies à ce jour.

La modification du droit interne est à l'origine de l'essentiel des mises à jour de la LDIP. La révision du Code civil sur le droit du mariage et du divorce, ainsi que sur la protection de l'adulte ont suscité quelques adaptations (art. 45 al. 2; titre du chapitre 5). L'adoption d'une Loi fédérale sur le partenariat enregistré est à l'origine d'un nouveau chapitre 3a et de l'introduction d'un art. 45 al. 3. La modification de la loi sur les brevets a suscité des changements dans le chapitre 8 sur la propriété intellectuelle (art. 109 et 111) et a entraîné dans son sillage, de façon pour le moins surprenante, des modifications du chapitre 9 consacré au droit des obligations, sans aucun rapport avec la propriété intellectuelle (art. 127 et 129). L'entrée en vigueur d'une nouvelle Loi fédérale sur le transfert des biens culturels est à l'origine d'un nouvel art. 98a; celle de la Loi sur les travailleurs détachés d'un nouvel art. 115 al. 3. Dans le domaine de la procédure, l'adoption d'une nouvelle Loi sur le Tribunal fédéral a engendré une adaptation de l'art. 191, alors que l'entrée en vigueur tant attendue du Code de procédure civile (CPC) a suscité une adaptation du droit de l'arbitrage international (art. 176 al. 2 et 179 al. 2), l'introduction de plusieurs dispositions consacrées à l'entraide judiciaire internationale en matière civile (art. 11 à 11c), ainsi qu'une mise à niveau du for des mesures provisoires (art. 10). Le législateur a en outre profité de l'occasion pour introduire un nouveau for en droit des sociétés, sans aucun rapport avec l'entrée en vigueur du CPC, en lien avec une modification antérieure de la Loi fédérale sur les bourses au cours de laquelle il avait vraisemblablement oublié d'adapter la LDIP (art. 151 al. 4). Le chapitre 10 consacré au droit des sociétés a été modifié à deux autres reprises, consécutivement à l'adoption d'un nouveau droit de la révision (art. 162 al. 3 et art. 164) et à l'entrée en vigueur d'une nouvelle Loi fédérale sur la fusion de sociétés (art. 161 à 164b).

---

184 CEDH 20.07.2001, *Pellegrini c. Italie*, requ. 30882/96.

Quatre modifications de la LDIP ont été provoquées par l'entrée en vigueur pour la Suisse de nouvelles conventions de droit international privé. La Convention de La Haye sur le trust a engendré un nouveau chapitre 9a. La Convention de La Haye sur les titres intermédiaires est à l'origine d'un nouveau chapitre 7a. Les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes ont toutes deux suscité une modification du chapitre 5. *Last but not least*, l'entrée en vigueur de la nouvelle Convention de Lugano de 2007 a entraîné plusieurs modifications au niveau des règles de compétence directe et indirecte (en matière de droit des obligations, droits réels et propriété intellectuelle), ainsi que l'introduction dans la partie générale de nouvelles règles consacrées aux fors de la connexité (art. 8a à 8c).

A une seule reprise, la LDIP a été modifiée pour elle-même. L'introduction d'un art. 186 al. 1 bis a permis de remédier à une insécurité juridique apparue en matière d'arbitrage international en lien avec une jurisprudence controversée du Tribunal fédéral, à la suite d'une initiative parlementaire<sup>185</sup>.

## 6. *L'application de la LDIP*

L'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>186</sup> fait apparaître que, grossièrement, un quart des arrêts du Tribunal fédéral dans lesquels la LDIP a été appliquée traitent de la partie générale de la loi<sup>187</sup>, un quart des arrêts tranchent des questions relatives aux relations internationales familiales et patrimoniales<sup>188</sup>, un autre quart des arrêts sont consacrés au droit commercial et financier international<sup>189</sup>, et le dernier quart ressortit à l'arbitrage international<sup>190</sup>.

Le graphique ci-dessous présente la répartition des arrêts du Tribunal fédéral par matière:

---

185 FF 2006 4469.

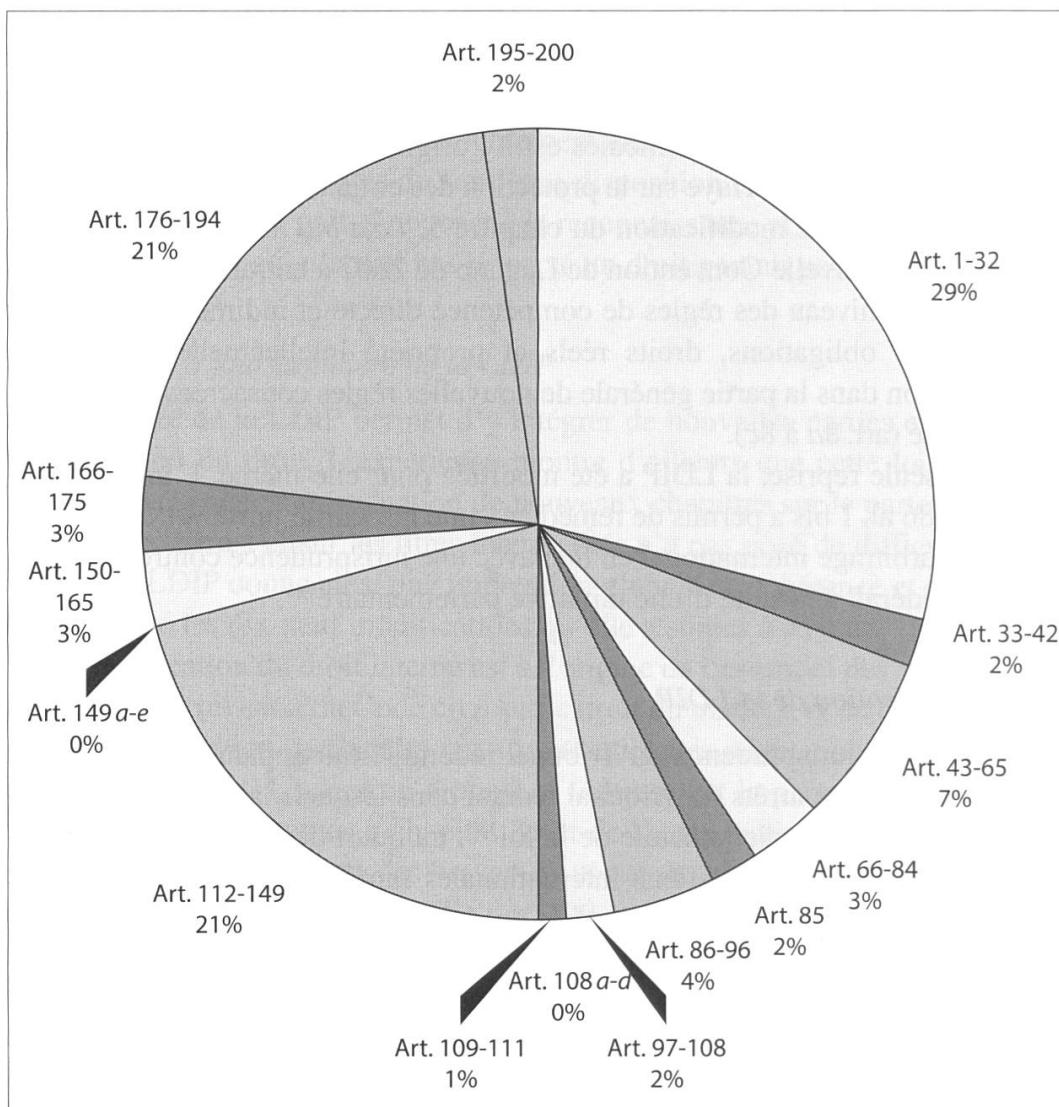
186 Cette analyse porte sur la période du 01.01.1989 au 31.03.2012 et comptabilise aussi bien les arrêts du Tribunal fédéral publiés dans les ATF que ceux qui n'y sont pas publiés mais sont accessibles sur le site du Tribunal fédéral <<http://www.bger.ch>>, rubrique Jurisprudence. Les conclusions de notre analyse sont quelque peu différentes de celle réalisée en 2009 par DANIEL GIRSBERGER/AXEL BUHR, Zwanzig Jahre IPRG, in: A. Bonomi/E. Cashin Ritaine (éd.), La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 11–30, laquelle tient également compte des arrêts des instances cantonales et de la doctrine relative à la LDIP.

187 Art. 1–32 LDIP. Ces 29% des arrêts traitent essentiellement des questions en relation avec la reconnaissance et l'exequatur des décisions étrangères, la constatation du droit étranger, les notions de domicile et de siège, l'ordre public, la litispendance, le for des mesures provisoires, l'élection de for et l'acceptation tacite de compétence.

188 Art. 33–108 LDIP. Ces 20% des arrêts traitent essentiellement des relations entre époux (surtout du divorce) et du droit des successions.

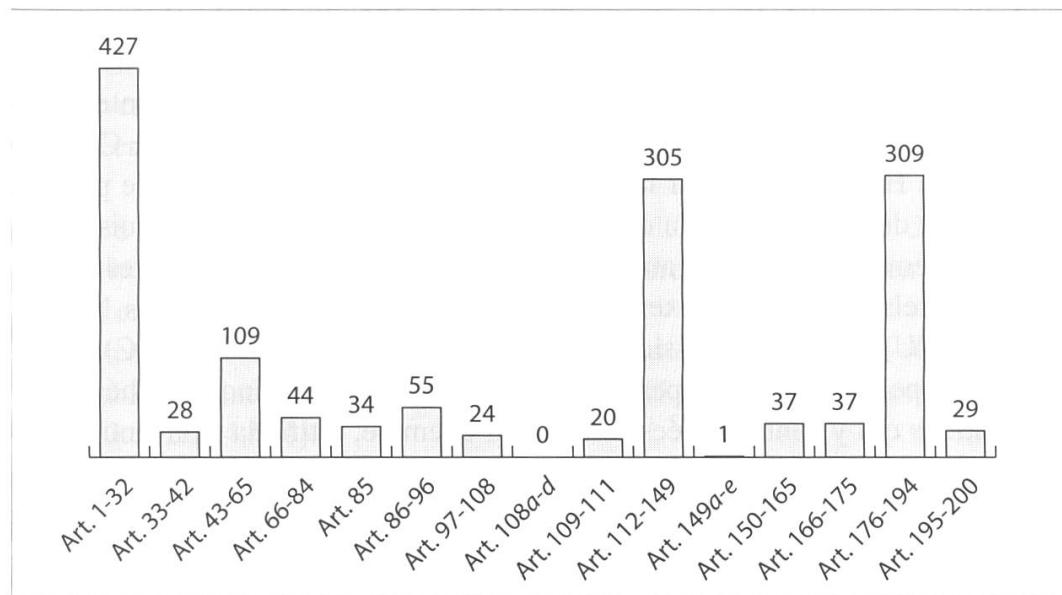
189 Art. 108a–175 LDIP. Ces 28% des arrêts traitent essentiellement du droit des contrats, des actes illicites, du droit des sociétés et du droit de la faillite.

190 Art. 176–194 LDIP. Il s'agit de 21% des arrêts.



Si l'on prend en considération le nombre d'arrêts rendus dans chaque matière, on peut constater qu'il y a eu quasiment le même nombre d'arrêts rendus dans le domaine du droit des obligations que dans celui de l'arbitrage international, et trois fois moins d'arrêts en matière de mariage et de divorce. Les dispositions qui apparaissent le plus souvent dans les arrêts du Tribunal fédéral sont les art. 112 à 126 LDIP consacrés au droit des contrats, suivis de près par l'art. 190 LDIP traitant du caractère définitif de la sentence arbitrale.

Le graphique ci-dessous présente le nombre d'arrêts du Tribunal fédéral recensés par matière:



D'un point de vue évolutif<sup>191</sup>, on peut remarquer que la part des arrêts du Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international a tendance à sensiblement diminuer. En revanche, le nombre d'arrêts consacrés au droit commercial international est en nette progression. On constate également une légère augmentation des arrêts tranchant des questions relatives aux relations internationales familiales et patrimoniales. Quant au nombre d'arrêts traitant de la partie générale de la loi, il est resté proportionnellement identique.

On précisera que cette analyse ne tient pas compte de la jurisprudence cantonale ni de celle consacrée aux conventions internationales, laquelle est abondante notamment en relation avec la Convention de Lugano et en matière familiale.

## II. Les principales conventions de droit international privé en vigueur pour la Suisse

La Suisse a créé un important réseau conventionnel dans le domaine du droit international privé. Sans prétendre à une énumération exhaustive des conventions de droit international privé qui sont en vigueur pour la Suisse<sup>192</sup>, il paraît intéressant d'en indiquer les principales en les regroupant par matières.

191 Voir l'analyse réalisée en 2009 par GIRSBERGER/BUHR (note 186), p. 25.

192 Il y en a plusieurs centaines. Voir Banque de données des traités internationaux, disponible sur le site du Département fédéral des affaires étrangères <<http://www.eda.admin.ch>>, rubriques Thèmes, Droit international public, Traités internationaux. Pour une recherche plus précise, voir le site du Département fédéral de justice et police <<http://www.rhf.admin.ch>>, rubriques Droit civil, Bases légales. Voir aussi GERHARD WALTER/MONIQUE JAMETTI GREINER/IVO SCHWANDER (éd.), Internationales Privat- und Verfahrensrecht. Texte und Erläuterungen, Berne 1993–2007.

A l'heure actuelle, les conventions multilatérales sont les plus importantes. La Suisse, qui est un Etat membre de la Conférence de La Haye depuis le 6 mai 1957, participe activement aux travaux de codification du droit international privé réalisés dans le cadre de cette organisation. Les vingt-quatre Conventions de La Haye ratifiées par la Suisse<sup>193</sup> ont exercé une influence de premier ordre sur le développement du droit international privé suisse<sup>194</sup>. La Suisse participe également activement aux travaux se déroulant au sein d'autres cadres institutionnels, comme par exemple l'Organisation internationale des Nations Unies (ONU) et la Commission internationale de l'état civil (CIEC). Lorsqu'elle ne peut pas y participer, elle peut néanmoins en principe adhérer aux conventions qui y sont adoptées. Elle a, par exemple, ratifié la Convention élaborée par le Conseil de l'Europe sur la garde des enfants. A côté des conventions multilatérales, plusieurs conventions bilatérales – dont beaucoup ont été conclues au XIX<sup>e</sup> siècle essentiellement avec des pays européens – sont également susceptibles de s'appliquer dans des domaines particuliers.

### *1. Les conventions dans le domaine du contentieux international et de l'entraide judiciaire internationale en matière civile*

Les principales conventions en vigueur pour la Suisse dans le domaine du contentieux international et de l'entraide judiciaire internationale en matière civile sont les suivantes:

- Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.12).
- Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> mars 1954 relative à la procédure civile (RS 0.274.12).
- Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers (RS 0.172.030.4).
- Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (RS 0.274.131).
- Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (RS 0.274.132).
- Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice (RS 0.274.133).
- Convention européenne du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger (RS 0.274.161).

---

193 Parmi ces vingt-quatre conventions, quatre sont des anciennes conventions datant de 1902 et 1905. La Suisse a également signé la Convention de La Haye du 01.08.1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort, sans l'avoir ratifiée.

194 Cf. *supra* C.I.4.

- Accord européen du 27 janvier 1977 sur la transmission de demandes d’assistance judiciaire (RS 0.274.137).
- Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12).

Plusieurs conventions bilatérales conclues par la Suisse dans le domaine du contentieux international et de l’entraide judiciaire internationale en matière civile ont encore une certaine importance:

- Plusieurs accords sur la compétence judiciaire, telle la Convention d’établissement et consulaire du 22 juillet 1868 entre la Suisse et l’Italie (RS 0.142.114.541).
- Plusieurs accords sur la reconnaissance et l’exécution des jugements, tel le Traité du 19 novembre 1896 entre la Suisse et l’Espagne sur l’exécution réciproque des jugements ou arrêts en matière civile et commerciale (RS 0.276.193.321).
- Plusieurs accords en matière de signification et de notification, telle la Déclaration du 1<sup>er</sup> février 1913 entre la Suisse et la France relative à la transmission des actes judiciaires et extrajudiciaires et des commissions rogatoires en matière civile et commerciale (RS 0.274.183.491).

## 2. *Les conventions dans le domaine des relations internationales familiales et patrimoniales*

Dans le domaine des relations internationales familiales et patrimoniales, la Suisse est membre notamment des conventions suivantes:

- Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.01).
- Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l’exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.02).
- Convention de La Haye du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière d’obligations alimentaires envers les enfants (RS 0.211.221.432).
- Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l’étranger (RS 0.274.15).
- Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (RS 0.211.212.3).
- Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale (RS 0.211.221.311).
- Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l’exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (RS 0.211.231.011).

- Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (RS 0.211.231.01).
- Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (RS 0.211.230.02).
- Convention européenne de Luxembourg du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (RS 0.211.230.01).
- Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (RS 0.211.232.1).
- Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires (RS 0.211.312.1).
- Convention de Vienne du 8 septembre 1976 relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil (RS 0.211.112.112).

La Suisse a en outre conclu plusieurs conventions bilatérales dans le domaine des relations familiales et patrimoniales, parmi lesquelles on peut citer par exemple:

- La Convention du 20 décembre 2005 entre la Confédération suisse et la République socialiste du Vietnam relative à la coopération en matière d'adoption d'enfants (RS 0.211.221.319.789).
- Plusieurs accords relatifs à l'exécution des obligations alimentaires, tel l'Accord du 31 août 2004 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique relatif à l'exécution des obligations alimentaires (RS 0.211.213.133.6).
- Plusieurs accords sur la suppression de la légalisation des actes de l'état civil, tel l'Accord du 4 novembre 1985 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne sur la suppression de la légalisation et l'échange des actes de l'état civil, ainsi que sur la délivrance de certificats de capacité matrimoniale (RS 0.211.112.413.6).
- Plusieurs accords contenant des dispositions applicables en matière de droit des successions, tel le Traité du 25 novembre 1850 conclu entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique du Nord (RS 0.142.113.361).

### *3. Les conventions dans le domaine du droit commercial et financier international*

La Suisse a ratifié notamment les conventions suivantes dans le domaine du droit commercial et financier international:

- Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (RS 0.221.211.1).
- Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (RS 0.221.211.4).

- Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière (RS 0.741.31).
- Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (RS 0.221.371).
- Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (RS 0.957.1).

#### *4. L'intégration des conventions de droit international privé dans la LDIP*

Il convient de réserver une place particulière à la question de l'intégration des conventions de droit international privé dans la LDIP. Le législateur a dû tenir compte du réseau conventionnel existant au moment de l'élaboration de la loi pour pouvoir l'y intégrer. Il s'agit probablement de l'un des défis les plus compliqués dans le cadre d'une codification du droit international privé.

##### *a. Le principe de l'applicabilité directe des conventions*

La Suisse applique le système moniste, selon lequel une norme internationale n'a pas besoin d'être transposée dans le droit interne pour être directement applicable<sup>195</sup>. Une convention internationale est dès lors partie intégrante de l'ordre juridique suisse dès sa ratification<sup>196</sup>. Les dispositions conventionnelles sont directement applicables par les autorités suisses, sans qu'il ne soit nécessaire d'adopter des dispositions internes d'exécution.

Le principe de l'applicabilité directe a pour effet qu'il n'est en soi pas nécessaire d'intégrer les conventions internationales dans la LDIP. Le législateur suisse a cependant choisi de les rendre visibles en y faisant référence dans la loi. Il a répondu de cette manière à une préoccupation essentielle qui a guidé tous ses travaux législatifs: rendre l'accès aux règles de droit international privé aussi aisément que possible. Or, la complexité de cette matière trouve sa source essentiellement dans la multitude de conventions internationales qui s'enchevêtrent.

---

195 ATF 122 II 234; ANDREAS FURRER/DANIEL GIRSBERGER/KURT SIEHR, Schweizerisches Privatecht XI/1. Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehren, Bâle 2008, N 122, p. 39, et réf. citées; ANDREAS BUCHER/ANDREA BONOMI, Droit international privé, 2<sup>e</sup> éd., Bâle/Genève/Munich 2004, N 33, p. 8 s.; NICOLAS MICHEL, L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international, in: D. Thürer/J.-F. Aubert/J.P. Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 63–75, p. 66 s.; Rapports entre le droit international et l'ordre juridique suisse, JAAC 2000, p. 272–274; VON OVERBECK (note 51), RCADI 1992, p. 28.

196 CHRISTIAN DOMINICÉ/FRANÇOIS VOEFFRAY, Suisse, in: P.M. Eisemann (éd.), L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe, La Haye/Londres/Boston 1996, p. 529–570; CHRISTOPHE WILHELM, Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse, Zurich 1993; LUZIUS WILDHABER, Conclusion and Implementation of Treaties in Switzerland, in: Rapports suisses présentés au XIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, Zurich 1990, p. 173–194; DETLEV DICKE, Les traités internationaux et le droit interne dans le système juridique suisse, in: Pouvoir exécutif et pouvoir législatif. La responsabilité pré- et post- contractuelle, Recueil des travaux présentés aux deuxièmes journées juridiques yougoslavo-suisses, Zurich 1986, p. 91–106.

trent. Pour réaliser son objectif, le législateur a recouru à deux systèmes complémentaires: le système de la signalisation et le système de la réserve générale des traités<sup>197</sup>.

#### *b. Le système de la signalisation*

Le système de la signalisation consiste à insérer dans la LDIP une disposition signalant l'existence d'une convention réglant une matière particulière<sup>198</sup>. Par exemple, l'art. 118 al. 1 LDIP prévoit que «[l]es ventes mobilières sont régies par la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels». Cette règle de signalisation a un effet purement déclaratoire, dès lors que cette Convention est partie intégrante du système juridique suisse dès sa ratification conformément au système moniste. Le rôle de l'art. 118 al. 1 LDIP est uniquement de mentionner l'existence de la Convention, afin de guider le praticien dans sa direction. Ce système, simple et efficace, garantit une bonne lisibilité de la loi.

Le système de la signalisation est parfaitement adapté pour les conventions applicables *erga omnes*. Les règles de conflit de ces conventions présentent en effet la particularité de pouvoir s'appliquer de façon universelle sans considération de réciprocité, autrement dit sans égard aux éventuels liens que la cause pourrait avoir avec un autre Etat contractant ou non-contractant. Elles sont dès lors applicables dans tous les cas où le droit international privé suisse s'applique. Ce système a ainsi été utilisé pour toutes les conventions ratifiées par la Suisse qui ont un effet *erga omnes*<sup>199</sup>.

En revanche, le système de la signalisation n'est pas adapté pour les conventions qui ne sont pas applicables *erga omnes*. Fondées sur des considérations de réciprocité, elles ne peuvent en effet s'appliquer que lorsque la cause entretient des liens suffisamment étroits avec un autre Etat contractant. Fort de cette analyse, le législateur suisse a utilisé un autre système pour faire ressortir leur existence.

#### *c. Le système de la réserve générale des traités*

Le deuxième système est celui de la réserve générale des traités, laquelle figure à l'art. 1 al. 2 LDIP: «[l]es traités internationaux sont réservés». Cette disposition poursuit deux objectifs différents.

Premièrement, l'art. 1 al. 2 LDIP rappelle le principe de primauté des traités internationaux sur le droit interne. Ce principe est acquis en droit suisse, même s'il ne figure pas expressément dans la Constitution fédérale<sup>200</sup>. Deuxièmement,

197 Voir, pour l'ensemble de ce paragraphe 4, GUILLAUME (note 131), p. 165–169.

198 Voir von OVERBECK (note 51), RCADI 1992, p. 29.

199 Voir art. 49 LDIP, art. 83 LDIP, art. 93 al. 1 LDIP, art. 118 al. 1 LDIP, art. 134 LDIP, art. 194 LDIP.

200 Voir p. ex. ATF 96 II 4; ATF 122 II 485; MICHEL (note 195), p. 69 s.; Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse, JAAC 2000 p. 274–277;

la réserve générale des traités permet d'intégrer dans la LDIP toutes les conventions de droit international privé bilatérales et multilatérales ratifiées par la Suisse. Mais l'art. 1 al. 2 LDIP a un effet purement déclaratoire, dès lors que les conventions internationales auxquelles la Suisse a adhéré sont directement applicables dès leur ratification, conformément au système moniste. En soi, cette disposition est superfétatoire, même si elle a le mérite – non négligeable – d'indiquer l'existence de conventions de droit international privé. L'art. 1 al. 2 LDIP reprend ainsi l'idée du panneau de signalisation, lequel prend ici la forme d'un triangle d'avertissement «Attention aux conventions internationales». Comme les conventions multilatérales applicables *erga omnes* sont déjà mentionnées expressément dans des articles spécifiques de la loi, cette disposition sert surtout à rappeler l'existence des conventions bilatérales et des conventions multilatérales fondées sur le principe de réciprocité. Ces deux dernières catégories de conventions ne peuvent pas faire l'objet d'une règle de signalisation – comme pour les conventions *erga omnes* – en raison du fait qu'elles ne sont applicables qu'aux relations entre Etats contractants ou à l'égard de personnes rattachées à un Etat contractant.

L'objectif d'accessibilité du droit international privé rencontre déjà ses limites à ce stade. Un non-spécialiste de la matière court en effet un risque important de passer à côté d'une convention internationale ratifiée par la Suisse. On peut néanmoins saluer l'objectif du législateur suisse, même s'il était clairement utopique. On ne voit cependant pas quelle autre méthode aurait pu être appliquée pour intégrer toutes les conventions de droit international privé ratifiées par la Suisse dans la LDIP. La méthode de l'incorporation, consistant à reproduire l'intégralité du texte de la convention dans la loi, aurait menacé sa systématique et l'aurait inutilement alourdie. Le mérite principal du système de la réserve générale des traités est d'éviter d'encombrer la LDIP de règles de signalisation pour toutes les conventions qui contiennent une règle de conflit ou qui ont une importance, d'une manière ou d'une autre, pour les rapports internationaux de droit privé. Sans parler du fait que la formulation de ces règles de signalisation aurait été complexe, dès lors qu'il aurait fallu préciser, pour chacune des conventions qui ne sont pas applicables *erga omnes*, son champ d'application territorial. Le choix du législateur suisse est par conséquent certainement le plus pertinent.

Les récentes Conventions de La Haye sur la protection internationale des enfants et des adultes<sup>201</sup> fournissent un exemple intéressant à ce titre<sup>202</sup>. Ces deux

---

WILHELM (note 196), p. 179–255, et réf. citées; Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse, JAAC 1989 p. 437–479.

201 Convention de La Haye du 19.10.1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (RS 0.211.231.011); Convention de La Haye du 13.01.2000 sur la protection internationale des adultes (RS 0.211.232.1).

202 Voir GUILLAUME (note 131), p. 177–179, et réf. citées.

Conventions ont été intégrées dans la LDIP au moyen d'une règle de signalisation figurant à l'art. 85 al. 1 et 2 LDIP. Or, elles présentent toutes deux la particularité d'avoir un champ d'application territorial qui varie d'une disposition à l'autre. Plus précisément, les règles de conflit de lois de ces deux Conventions ont en principe un champ d'application universel leur permettant de s'appliquer sans égard au fait qu'elles désignent la loi d'un Etat contractant ou non. En revanche, les règles de conflit de jurisdictions ne sont applicables qu'en fonction du critère de rattachement qu'elles contiennent. Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exequatur ne visent que les décisions provenant d'un autre Etat contractant. Quant aux règles de coopération, elles ne peuvent bien entendu s'appliquer qu'entre les autorités des Etats contractants. Il ne s'agit donc pas de conventions applicables *erga omnes*, à l'exception des règles de conflit de lois. Le législateur suisse ne s'est pas pour autant embarrassé de cette difficulté dans la rédaction de l'art. 85 al. 1 et 2 LDIP. Il s'agit en effet de règles de signalisation «classiques», mais qui ne sont pas vraiment cohérentes au regard du champ d'application territorial des différentes règles conventionnelles. Si le législateur s'était montré conséquent, il aurait dû se contenter d'indiquer que la loi applicable est régie par les Conventions. Les règles de compétence, de reconnaissance et d'exequatur figurant dans ces Conventions n'étant pas d'application *erga omnes*, elles ne devraient pas être signalées à l'art. 85 al. 1 et 2 LDIP.

Cet exemple illustre bien le souhait du législateur de rendre les règles de droit international privé aussi accessibles que possible. Mais il a perdu de vue, dans l'intervalle, qu'il n'est ni possible ni souhaitable d'intégrer toutes les conventions dans la LDIP au moyen d'une règle de signalisation. Cela alourdirait en effet inutilement son texte, tout en brouillant un système d'intégration qui était à l'origine bien conçu. Cette manière de procéder contribue à compliquer l'application des règles de droit international privé.

#### *d. Les lois fédérales d'exécution*

Pour certaines conventions internationales, le législateur suisse a adopté des dispositions internes d'exécution. Cette démarche est exceptionnelle et ne se justifie que lorsque la convention n'est pas suffisamment précise et détaillée pour pouvoir être appliquée sans autre par les autorités suisses<sup>203</sup>. La loi fédérale d'exécution permet dans ce cas notamment de délimiter la compétence des autorités fédérales et cantonales qui seront chargées de mettre en œuvre les dispositions conventionnelles.

A ce jour, l'entrée en vigueur de quatre conventions de droit international privé a été accompagnée d'une loi fédérale d'exécution. Il s'agit des Conven-

---

203 MONIQUE JAMETTI GREINER, Das Haager Adoptionsübereinkommen und seine Umsetzung im schweizerischen Recht, Revue du droit de tutelle 1997, p. 171–184, p. 176–178.

tions de La Haye sur l’adoption internationale, l’enlèvement international d’enfants, la protection des enfants et la protection des adultes<sup>204</sup>. Ces quatre conventions présentent la particularité d’instaurer un système de coopération entre les autorités centrales des Etats contractants, ce qui rendait nécessaire l’adoption de règles internes désignant les autorités centrales fédérales et cantonales et répartissant les compétences entre elles.

## D. Les tendances au niveau international

En ce début de XXI<sup>e</sup> siècle caractérisé par la mondialisation, deux principaux défis peuvent être observés en lien avec le positionnement du droit international privé. Le premier a trait à la relation entre le droit des conflits et le droit privé. Si le XX<sup>e</sup> siècle a été le siècle du développement du droit international privé dans une perspective d’unification ou au moins d’harmonisation des règles de conflit, l’époque actuelle semble voir renaître une tendance à réorienter les efforts sur une unification des règles de droit matériel et de droit procédural. L’attention des Etats étant désormais tournée vers cet objectif, le droit international privé perd de son intérêt. Le second défi résulte d’une double tendance qui peut paraître, a priori, contradictoire: d’un côté, la mise en place d’un droit de plus en plus uniifié sur le plan mondial et, d’un autre côté, le développement de droits unifiés dans certaines régions de la planète. Ces deux mouvements de mondialisation et de régionalisation s’influencent réciproquement tout en redessinant les contours du droit international privé. Celui-ci n’est en effet plus destiné uniquement à coordonner les relations privées internationales, mais doit prendre en considération celles qui s’inscrivent dans une perspective régionale ou mondiale. S’il peut paraître plus aisément de tendre vers une harmonie des solutions internationales à un niveau régional, tel n’est assurément pas le cas au niveau mondial.

### I. Unification du droit international privé *versus* unification du droit privé

L’unification des règles de conflit est la solution permettant d’atteindre l’objectif de certitude et de prévisibilité des relations privées internationales. La difficulté de la tâche donne cependant au défi suprême du droit international privé une coloration d’idéal. Devant un tel constat, la tentation est grande d’unifier le droit privé de tous les Etats. Ce d’autant plus que l’unification du droit inter-

---

<sup>204</sup> Loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l’adoption et aux mesures de protection de l’enfant en cas d’adoption internationale (RS 211.221.31); Loi fédérale sur l’enlèvement international d’enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (RS 211.222.32).

national privé n'empêche pas que l'application des règles de conflit puisse déboucher sur des règles matérielles différentes s'appliquant dans le cadre de procédures conduites selon des standards différents. L'unification du droit matériel et du droit procédural conduirait cependant à l'abolition du droit international privé. Cette matière se nourrit en effet du manque d'harmonisation du droit privé des Etats. Dans un système juridique mondial unifié, il n'y aurait plus de conflit entre les ordres juridiques et, par voie de conséquence, d'intérêt à les coordonner. Les deux seules questions de droit international privé qui subsisteraient dans ce cas seraient d'une part la reconnaissance et l'exequatur des décisions étrangères et, d'autre part, la coopération entre les autorités des Etats dans le cadre de procédures d'entraide judiciaire ou administrative internationales. La première n'aurait d'ailleurs plus qu'une importance marginale, car les Etats pourraient faire aisément le pas d'une reconnaissance de plein droit des décisions rendues à l'étranger et abolir toute procédure d'exequatur dans l'hypothèse d'un droit privé unifié.

### *1. L'unification du droit international privé et ses limites*

Il résulte d'une étude comparative récente que l'unification des règles de droit international privé demeure l'objectif ultime de tous les législateurs nationaux<sup>205</sup>. Conscients du fait que cet objectif ne peut pas être atteint à l'échelle nationale, les Etats ont reporté leurs espoirs d'unification sur la Conférence de La Haye en lui confiant la vaste mission d'unification du droit international privé, au niveau mondial, au moyen de conventions de droit international privé. La méthode conventionnelle adoptée par la Conférence de La Haye présente cependant des limites.

#### *a. A la recherche d'une harmonie internationale des solutions au moyen des conventions*

Comme nous venons de le voir en relation avec le droit international privé suisse, les conventions multilatérales exercent une influence certaine sur le droit des conflits élaboré au niveau national. Les Etats s'inspirent en effet des principes communs de droit international privé qui ressortent des conventions et reprennent certaines de leurs règles de conflit dans leur codification interne. Si les Etats sont bien entendu très influencés par les règles des conventions qu'ils ont ratifiées, ils s'inspirent également volontiers de celles figurant dans des instruments auxquels ils ne sont pas partie. Cette influence du droit conventionnel peut s'expliquer non seulement par la facilité de s'inspirer d'un modèle existant, mais aussi par l'attractivité d'une solution résultant d'une analyse comparative poussée effectuée par les Etats ayant négocié les règles de conflit finale-

---

205 Voir SYMEONIDES (note 17), p. 73 s.

ment adoptées. Les conventions participent ainsi incontestablement à l'unification du droit international privé en offrant des règles de conflit modèles. Il en résulte un phénomène de convergence entre les règles de conflit des divers Etats, lequel favorise sans aucun doute l'harmonie internationale des solutions offertes par le droit international privé.

Il est intéressant de relever à ce sujet que l'un des fondateurs de la Conférence de La Haye, T.M.C. Asser, considérait que les conventions constituaient un moyen transitoire en vue d'une unification des règles de conflit de tous les Etats<sup>206</sup>. Dans cette perspective originelle, les conventions n'avaient plus de raison d'être à partir du moment où chaque Etat a intégré les règles de conflit conventionnelles dans sa propre loi de droit international privé. Il est clair que cette optique s'accompagne d'une volonté d'établir un code de droit international privé, par exemple sous la forme d'une loi modèle, pouvant être repris dans tous les droits nationaux. Mais la Conférence de La Haye a dû renoncer assez rapidement à relever ce défi et a entrepris d'unifier les règles de droit international privé matière par matière. L'idée initiale n'a cependant pas été totalement abandonnée et le projet d'adoption d'une loi modèle de droit international privé refait surface périodiquement au sein de la Conférence de La Haye.

#### *b. Les limites de l'efficacité de la méthode conventionnelle*

La raison pour laquelle les Conventions de La Haye ne sont pas encore parvenues à unifier toutes les règles de droit international privé se trouve dans les limites intrinsèques de la méthode conventionnelle.

La première limite réside dans la spécialisation des conventions. L'adoption d'une loi modèle de droit international privé s'étant révélée hors de portée, chaque Convention de La Haye est consacrée à une matière distincte. Il en résulte une approche fragmentée du droit des conflits, lequel se construit peu à peu, matière après matière. Ce patchwork conventionnel présente inévitablement des trous importants. A cela s'ajoute le fait que la cohérence globale entre les différentes conventions est difficile à respecter.

De manière à faciliter l'application des règles de conflit, certaines conventions contiennent des clauses de coordination avec les autres instruments. Par exemple, l'art. 50 de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants prévoit que «[I]la présente Convention n'affecte pas la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, dans les relations entre les Parties aux deux conventions. Rien n'empêche cependant que des dispositions de la présente Convention soient invoquées pour obtenir le retour d'un enfant qui a été déplacé ou retenu illicitement, ou pour

---

206 Voir HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, Codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence, in: Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique. Contributions en l'honneur de Jean Georges Sauveplanne, Anvers/Boston/Londres/Francfort 1984, p. 117–130, p. 119.

organiser le droit de visite». L'application de cette clause suppose toutefois que les textes des deux conventions aient été consultés. En l'absence de clause de coordination, les principes généraux permettant de hiérarchiser les sources sont applicables. On mentionnera à ce titre essentiellement le principe de spécialité et le principe de postériorité. Mais il convient à notre avis d'adopter une approche pragmatique privilégiant une interprétation téléologique et systématique, afin de rechercher avant tout la source pertinente au regard du but poursuivi.

La deuxième limite à l'efficacité de la méthode conventionnelle a trait à la portée territoriale des conventions. Seules celles ratifiées par un grand nombre d'Etats parviennent à une réelle unification des règles de conflit et, par voie de conséquence, à remplir l'objectif de certitude et de prévisibilité au niveau international. L'unification suppose ainsi un nombre élevé de ratifications. A ce titre, on peut relever que très peu de Conventions de La Haye ont un champ d'application territorial suffisamment étendu pour qu'on puisse considérer qu'il existe des règles de conflit unifiées dans le domaine qu'elles couvrent.

La troisième limite réside dans l'interprétation des règles de conflit par les juridictions des divers Etats contractants. Les règles conventionnelles étant souvent le fruit de transactions ou de compromis, leur contenu peut s'avérer trop vague pour qu'elles puissent être appliquées sans interprétation préalable. Or, la certitude et la prévisibilité ne peuvent être atteintes qu'en cas d'interprétation et d'application uniformes par tous les Etats contractants<sup>207</sup>. Certaines conventions contiennent pour cette raison des clauses d'interprétation uniforme. La clause type des Conventions de La Haye est la suivante: «Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application». Or, ce type de clause n'empêche pas que l'interprétation de la convention intervienne en fonction des concepts du droit du for (*lege fori*), dans la mesure où elle est du ressort des autorités nationales. Le Tribunal fédéral<sup>208</sup>, par exemple, interprète les conventions liant la Suisse «en premier lieu selon leur sens littéral, tel qu'il devait être compris par les parties selon le principe de la confiance eu égard au but de la convention. Le sens littéral reconnu par les Etats contractants est le point de départ le plus simple et, en même temps, le plus sérieux pour rechercher ce qui domine l'interprétation, à savoir la véritable volonté contractuelle commune. En outre, dans le cas d'une convention internationale qui [...] doit

207 Voir p. ex. BASEDOW (note 4), p. 288; EVA FISCHER-ACHOURA, Une contribution à l'utilisation harmonieuse des instruments internationaux relatifs aux conflits de lois: la comparaison de mécanismes peu ou pas déterminés par les textes en droit international privé français et allemand, *Revue de droit international et de droit comparé* 2001, p. 471–496; ISABELLE BARRIÈRE-BROUSSE, La création normative des Etats. Point de vue privatiste, in: E. Loquin/ C. Kessedjian (éd.), *La mondialisation du droit*, Dijon 2000, p. 133–148, p. 140–145.

208 ATF 121 III 336, cons. 5b (traduction française provenant du JdT 1996 I 78, p. 80). Sur l'interprétation des conventions par les autorités suisse, voir HANS PETER WALTER, Das rechtsvergleichende Element. Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierte Rechts, *RDS* 2007, p. 259–277, p. 264–268.

avant tout réaliser une unification juridique internationale, une importance particulière échoit à la doctrine et à la jurisprudence étrangères, ainsi qu'aux démarches visant à favoriser cette unité». On relèvera que la liberté d'interprétation laissée aux Etats est souvent le prix à payer pour obtenir leur adhésion à la convention, puisqu'elle préserve leur tradition juridique.

De l'interprétation des règles conventionnelles par les autorités nationales résulte inévitablement des divergences non seulement d'interprétation mais aussi d'application. Ce problème inhérent aux conventions ne peut être résolu qu'en instaurant une instance supra-étatique chargée de vérifier l'application de la convention et, par là même, apte à veiller à une interprétation uniforme de ses dispositions. Lorsqu'une instance supra-étatique est instituée pour contrôler l'application des règles conventionnelles, son rôle est extrêmement important du point de vue du droit comparé. Elle doit en effet statuer en s'inspirant des systèmes juridiques de tous les Etats contractants et en rechercher les points communs de manière à dégager une interprétation uniforme pouvant être acceptée par tous. De leur côté, les autorités nationales vont s'inspirer de la jurisprudence de cette instance supra-étatique pour rendre leurs décisions, ce qui favorise également une harmonie des solutions. Faute d'instance supra-étatique, l'harmonisation peut provenir de l'engagement des Etats de s'inspirer de la jurisprudence des autres Etats afin de définir ensemble une interprétation convergente des règles conventionnelles. Cette démarche suppose toutefois que les autorités de chaque Etat puissent accéder aisément aux décisions des autorités des autres Etats contractants.

A ce sujet, on mentionnera le fait que le développement d'internet a permis de faciliter grandement l'accès aux décisions étrangères. En outre, l'interprétation uniforme de certaines conventions est favorisée par la mise en place de plateformes de jurisprudence. Par exemple, la base de données sur l'enlèvement international d'enfants mise en place par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye (INCADAT) facilite l'accès à des décisions judiciaires importantes relevant de la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants<sup>209</sup>. S'agissant d'instruments internationaux développés au sein d'autres organisations, on peut mentionner une démarche similaire initiée par le secrétariat de la CNUDCI, lequel a mis en place un système de collecte et de diffusion des décisions ayant trait aux conventions et aux lois types élaborées dans son cadre (CLOUT)<sup>210</sup>. On trouve sur cette plateforme notamment les décisions rendues en relation avec la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. Ces plateformes de jurisprudence sont le signe d'une coopération de plus en plus intense entre les Etats.

---

209 Cette plateforme se trouve sur le site <<http://www.incadat.com>>.

210 Cette plateforme, qui contient également un recueil de jurisprudence, se trouve sur le site <[http://www.uncitral.org/uncitral/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/case_law.html)>.

La quatrième limite à l'efficacité de la méthode conventionnelle découle de la rigidité inhérente aux conventions. La qualité d'une règle de conflit se mesure à son aptitude à remplir les besoins et les attentes des praticiens. La perspective temporelle est par conséquent essentielle. Or, de manière générale, les Etats expriment une certaine réticence à réviser les règles conventionnelles<sup>211</sup>. Il faut toutefois résERVER les matières où la nécessité d'adaptation des règles aux besoins et aux attentes des praticiens est impérative. Par exemple, en droit de la famille, la Conférence de La Haye a adopté récemment deux nouveaux instruments révisant le domaine des obligations alimentaires. Le Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ainsi que la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille révisent le système instauré par les deux Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, lesquelles avaient déjà révisé la Convention de La Haye de 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants et celle de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants. Le nouveau système conventionnel mis en place à La Haye intègre également la question du recouvrement des aliments à l'étranger, laquelle faisait l'objet de la Convention de New York de 1956 dont le fonctionnement pratique n'était pas satisfaisant. La Convention et le Protocole de 2007, qui fonctionnent en interaction, visent à moderniser les conventions préexistantes qui ne répondraient plus aux besoins de la pratique.

La cinquième limite provient des différences existant dans le droit matériel et le droit procédural des Etats. Ce problème, qui n'est pas propre à la méthode conventionnelle, constitue le principal obstacle à l'unification du droit international privé. Les particularités nationales engendrent en effet une certaine méfiance des Etats à l'égard de systèmes juridiques différents des leurs et freine considérablement l'adoption de règles de conflit unifiées.

## 2. *L'unification du droit privé*

Les chicanes se dressant contre l'unification du droit international privé sont à l'origine d'un nouvel élan d'unification du droit privé. Les deux démarches sont en effet étroitement liées: elles interagissent dans un mouvement de balancier, l'une rendant l'autre inutile. L'avantage majeur de l'unification du droit privé, par rapport à celle du droit des conflits, est qu'elle apporte davantage de sécurité juridique. En effet, même si l'adoption de règles de conflit identiques apporte une certaine prévisibilité, il n'y a pas pour autant de certitude, dès lors que la solution au fond peut être très différente en fonction du droit désigné. La

---

211 Voir GUILLAUME (note 131), p. 190 s.

conduite d'un procès dans un Etat ou dans un autre n'est pas non plus innocente. En particulier, les droits des parties dans le cadre de la procédure peuvent être plus ou moins étendus selon les Etats. Un auteur a ainsi constaté que «le recours à un droit uniforme est infiniment plus avantageux que la mise en œuvre de la méthode conflictuelle, en elle-même complexe et dont les résultats ne sont pas toujours satisfaisants, notamment parce que les droits nationaux sont généralement conçus pour des opérations purement internes et que l'application d'une loi étrangère, peu connue des parties ou à tout le moins d'une d'elles, peut entraîner certains déboires.»<sup>212</sup>

#### *a. L'unification du droit matériel*

L'unification du droit matériel correspond aux besoins du monde actuel qui se caractérise par l'instantanéité et la mondialisation des relations privées internationales. La situation juridique doit apparaître de façon simple et directe, et non pas au détour de l'application d'une règle de conflit.

L'unification du droit matériel présenterait un avantage certain du point de vue de la sécurité juridique, puisqu'elle entraînerait une solution uniforme quel que soit le droit matériel appliqué. Il subsisterait néanmoins des différences au niveau de l'application du droit résultant d'une interprétation non homogène entre les Etats. Une unification complète du droit matériel supposerait en effet un seul et même tribunal, nécessairement supra-étatique. Mais il faut bien avouer que la diversité des droits nationaux offre une richesse appréciable. Dans la mesure où chacun n'a pas nécessairement les mêmes besoins par rapport aux règles juridiques, des lois différentes peuvent offrir des avantages différenciés en fonction de ces besoins. La variété des systèmes juridiques permet ainsi à chacun de trouver celui qui lui convient. Comme l'a remarqué un auteur, la diversité entraîne même une saine compétitivité entre les Etats: «*diversity has value in itself, enabling comparison and choice between the merits of differing systems and approaches*»<sup>213</sup>. Certaines voix ont ainsi fait remarquer que rien ne permet de démontrer que l'unification du droit privé favoriserait le développement des relations commerciales internationales<sup>214</sup>. Bien au contraire, dans une perspective économique, la coexistence de différents systèmes de droit privé permet non seulement de satisfaire davantage les besoins de chaque acteur économique, mais aussi de stimuler une saine compétitivité entre les Etats. Ainsi, les fondateurs d'une société choisiront naturellement le droit correspondant à leurs attentes et à leurs besoins notamment en relation avec les exigences de ca-

---

212 BARRIÈRE-BROUSSE (note 207), p. 138.

213 MANCE (note 49), p. 193.

214 Voir LOUIS VISSCHER, A Law and Economics View on Harmonisation of Procedural Law, in: X.E. Kramer/C.H. van Rhee (éd.), Civil Litigation in a Globalising World, La Haye 2012, p. 65–91, p. 75–84, et réf. citées; FERNANDO GOMEZ, Some Law and Economics of Harmonizing European Private Law, in: A. Hartkamp et al. (éd.), Towards a European Civil Code, 4<sup>e</sup> éd., Alphen aan den Rijn 2011, p. 401–426, p. 412–418.

pital social et de responsabilité pour les dettes, ainsi qu'avec les aspects relevant du droit du travail et surtout de la fiscalité.

Quoiqu'il en soit, l'unification du droit matériel de plusieurs Etats peut se réaliser dans le cadre de deux processus différents: d'une part, dans une démarche visant à unifier le droit au niveau régional, international, voire mondial et, d'autre part, dans une démarche comparative.

Une bonne illustration de la première manière de procéder réside dans le mouvement actuel d'unification du droit privé au sein de l'Union européenne. La création d'un droit privé communautaire unique auquel tous les Etats membres sont tenus de se conformer est une étape paraissant nécessaire pour construire l'identité européenne. Dans un premier stade, l'élaboration d'un code de droit privé européen a été envisagée de manière à unifier le droit privé des Etats membres<sup>215</sup>. Aujourd'hui, son adoption paraît cependant utopique compte tenu des différences fondamentales existant entre les Etats membres<sup>216</sup>. Les travaux se sont ainsi réorientés vers la définition d'un cadre commun de références qui permettrait d'harmoniser le droit privé communautaire – à défaut de pouvoir l'unifier – en gommant les différences juridiques d'ordre culturel des Etats membres<sup>217</sup>. On relèvera que l'unification du droit privé communautaire est grandement facilitée par l'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)<sup>218</sup>, laquelle assure une interprétation et une application uniformes des règles communautaires. Dans sa jurisprudence, elle a précisé que «l'exigence d'une application uniforme du droit communautaire à l'intérieur de la Communauté implique que les notions auxquelles se réfère ce droit ne varient pas en fonction des particularités de chaque droit national, mais reposent

---

215 Pour une étude des effets de l'unification du droit privé communautaire sur le droit international privé communautaire, voir SÉVERINE NADAUD, Codifier le droit civil européen, Bruxelles 2008, p. 359–394.

216 Voir MICHAEL BOGDAN, Concise Introduction to EU Private International Law, 2<sup>e</sup> éd., Groningen 2012, p. 7; MARK VAN HOECKE, L'harmonisation du droit privé en Europe, Revue européenne de droit de la consommation 2003, p. 106–124.

217 Voir JACOBIEN W. RUTGERS, European Competence and a European Civil Code, a Common Frame of Reference or an Optional Instrument, in: A. Hartkamp et al. (éd.), Towards a European Civil Code, 4<sup>e</sup> éd., Alphen aan den Rijn 2011, p. 311–331; NILS JANSEN/REINHARD ZIMMERMANN, A European Civil Code in All but Name. Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference, Cambridge Law Journal 2010, p. 98–112; BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, Codification et droit privé européen, in: Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit, Paris 2009, p. 179–192, p. 183–187; CHRISTIAN VON BAR/ERIC CLIVE/HANS SCHULTE-NÖLKE (éd.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich 2009.

218 La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a remplacé la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) depuis le 01.12.2009 (date d'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne). Sur le rôle de la CJUE dans le développement du droit privé communautaire, voir ARTHUR S. HARTKAMP, The Influence of Primary European Law on Private Law, in: A. Hartkamp et al. (éd.), Towards a European Civil Code, 4<sup>e</sup> éd., Alphen aan den Rijn 2011, p. 127–148; STEPHEN WEATHERILL, Interpretation of the Directives. The Role of the Court, in: A. Hartkamp et al. (éd.), Towards a European Civil Code, 4<sup>e</sup> éd., Alphen aan den Rijn 2011, p. 185–203.

sur des critères objectifs, définis dans un cadre communautaire»<sup>219</sup> conformément à une interprétation autonome.

La démarche comparative présente quant à elle un intérêt particulier, puisqu'elle vise à intégrer dans le droit national des éléments de droit étranger dans une perspective d'évolution et d'amélioration. Elle permet ainsi de préserver les spécificités du système juridique de chaque Etat, sans lui imposer des règles de droit qui ont été unifiées au niveau supra-étatique. C'est tout naturellement que la plupart des législateurs nationaux ont tendance à étudier les ordres juridiques étrangers avant d'adopter ou de réviser leur propre législation. Cette démarche comparative permet de s'inspirer des solutions existant dans d'autres systèmes juridiques sur la base d'un examen préalable de leurs avantages et de leurs inconvénients. Il en résulte immanquablement une harmonisation des droits nationaux. La plus grande difficulté dans cette approche est de déterminer quels systèmes juridiques étrangers sont dignes d'être examinés.

Le choix des systèmes étrangers entrant dans l'analyse comparative peut être guidé par différents critères, tels que la proximité géographique, l'appartenance à une même famille ou culture juridique, la compréhension de la langue, la connaissance du système juridique, etc. Il est difficile de déterminer un ordre de légitimité entre les différents critères. En général, le choix se porte sur les pays voisins ou sur les pays dont le système juridique présente des similitudes suffisamment importantes pour que leurs solutions puissent être importées relativement simplement. Il s'agit ainsi en principe de pays appartenant à la même famille ou culture juridique.

La prise en considération des droits étrangers, dans une perspective comparative, permet au législateur national de «rester à jour», autrement dit de conserver un droit moderne adapté à l'évolution de la société. Mais il ne faut pas perdre de vue que la révision par un Etat de son droit en fonction des développements se produisant à l'étranger a également pour objectif d'assurer à son ordre juridique national une certaine compétitivité.

#### *b. L'unification du droit procédural*

La compétitivité de l'ordre juridique d'un Etat peut être mesurée notamment sur la base de l'efficacité de sa justice. Le système judiciaire peut en effet être considéré comme un indice du fonctionnement général de l'Etat et de ses organes. Cet élément est particulièrement important en droit international privé commercial, dès lors que les acteurs économiques ont tendance à s'implanter dans les Etats dans lesquels le système judiciaire leur inspire confiance<sup>220</sup>.

---

219 CJCE 10.01.1980, *Jordens-Vosters*, aff. C-69/79, Rec. 1980 75, cons. 6; voir aussi CJCE 01.02.1972, *Hagen OHG*, aff. C-49/71, Rec. 1972 23.

220 Voir REMCO VAN RHEE, Civil procedure in a globalizing world, in: M. Faure/A. van der Walt (éd.), Globalization and Private Law. The Way Forward, Cheltenham/Northampton 2010, p. 343–363, p. 348 s., et réf. citées.

Or, les Etats sont très attachés à leur culture juridique en matière de procédure civile. L'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse un siècle après le Code civil suisse en est une excellente illustration au niveau interne. Au niveau international, cet attachement se manifeste notamment par le fait que les autorités d'un Etat appliquent toujours la loi du for comme loi de procédure, même pour les affaires internationales. La procédure civile est ainsi la même en matière interne et en matière internationale. Le système est cependant complété par certaines règles propres à la procédure civile internationale, à savoir essentiellement des règles sur la compétence internationale des autorités, la reconnaissance et l'exequatur des décisions étrangères, ainsi que l'entraide judiciaire et administrative internationale en matière civile.

Le caractère national du droit procédural participe au manque de certitude et de prévisibilité des relations privées internationales. Il n'est par conséquent pas surprenant que la procédure civile internationale fasse l'objet de démarches unificatrices. Nous allons nous intéresser à deux tentatives récentes d'unification du droit procédural, au niveau mondial et au niveau régional, lesquelles sont révélatrices du fait que la procédure civile est un élément clef de la culture juridique de chaque Etats.

aa. Unification au niveau mondial et apparition d'une *lex processualis*:

La Conférence de La Haye s'est attelée à la lourde tâche d'unifier le droit de procédure civile internationale au niveau mondial. Cinq Conventions de La Haye méritent tout particulièrement d'être mentionnées à ce titre: celle du 1<sup>er</sup> mars 1954 relative à la procédure civile, celle du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, celle du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, celle du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale et celle du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice.

La pierre angulaire du système aurait dû être la Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale<sup>221</sup>. Les difficultés insurmontables rencontrées lors de la rédaction de ce projet ont conduit la Conférence de La Haye à fragmenter la matière et à adopter, dans un premier temps, la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for. L'échec de ce projet de convention unifiant les règles sur la compétence et la reconnaissance des décisions au niveau mondial a mis en lumière les différences essentielles existant entre les Etats en matière de procédure civile. Il est clairement

---

221 Voir PETER NYGH/FAUSTO POCAR, Rapport de la Commission spéciale et Avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, Document préliminaire N 11 d'août 2000, disponible sur le site de la Conférence de La Haye <<http://www.hcch.net>>, rubriques Conventions, Convention du 30.06.2005 sur les accords d'élection de for, Documents préliminaires.

apparu dans le cadre de ces travaux que le droit de procédure est intimement lié à l'histoire, la politique, les institutions et le développement économique de chacun des Etats. Il existe ainsi une sorte de «culture procédurale» propre à chaque Etat. Ce projet a ainsi eu le mérite de mettre en évidence le fait qu'une unification du droit de procédure civile internationale au niveau mondial est illusoire.

Au niveau mondial, un autre projet ambitieux d'unification du droit procédural international mérite d'être mentionné. L'American Law Institute (ALI) et l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) ont collaboré à l'élaboration d'un code de procédure applicable aux relations civiles internationales, à la place du droit de procédure interne. L'un des objectifs de ces travaux était que ce code puisse être accepté aussi bien par les pays de *civil law* que ceux de *common law*, malgré les différences notoires recensées dans leur conception de la procédure. Ce projet s'inscrit dans une tendance à considérer que la justice est devenue une affaire internationale dans laquelle il est demandé à tous les pays de coopérer<sup>222</sup>. Toutefois, il est apparu assez rapidement que l'élaboration d'un code de procédure civile internationale était non seulement irréaliste, mais également non souhaitable<sup>223</sup>. En revanche, la rédaction d'une loi modèle ou de principes pouvant être repris dans le droit interne de chaque Etats et favorisant ainsi l'harmonisation du droit procédural a paru être une solution appropriée. En effet, même si «[l]a concurrence entre des systèmes juridiques maintient au développement juridique mondial son dynamisme nécessaire [...], une harmonisation juridique significative pourrait faciliter l'administration du procès par la partie étrangère, économiser de frais et renforcer la confiance mondiale dans la réalisation du droit»<sup>224</sup>.

Ces travaux ont débouché sur l'adoption des Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale<sup>225</sup>. Ces Principes regroupent trois grandes catégories de règles<sup>226</sup>: les garanties fondamentales de procédure<sup>227</sup>, les principales règles de déroulement de la procédure<sup>228</sup> et des points de détail importants en

222 Voir CATHERINE KESSEDJIAN, Global Unification of Procedural Law, in: P.J. Borchers/J. Zekoll (éd.), International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger, New York 2001, p. 227–232, p. 228.

223 Voir ROLF STÜRNER, Règles transnationales de procédure civile. Etude de faisabilité, UNIDROIT 1999. Etude LXXVI – Doc. 1, mars 1999, disponible sur le site UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/french/studies/etude76/main.htm>>.

224 STÜRNER (note 223), p. 4. Voir aussi VAN RHEE (note 220), p. 343–363.

225 Le texte des Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale est disponible sur le site UNIDROIT <<http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/main.htm>>. Voir aussi ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil Procedure, Cambridge 2006.

226 Voir NEIL ANDREWS, Fundamental Principles of Civil Procedure. Order out of Chaos, in: X.E. Kramer/C.H. van Rhee (éd.), Civil Litigation in a Globalising World, La Haye 2012, p. 19–38, p. 22 s.; voir aussi ROLF STÜRNER, The Principles of Transnational Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions, RabelsZ 2005, p. 201–254.

227 P. ex. indépendance et impartialité du tribunal, droit à un procès équitable, droit d'être entendu.

228 P. ex. droit d'accès aux preuves, fardeau de la preuve, devoir de confidentialité, publicité des débats.

relation avec la procédure<sup>229</sup>. Il s'agit donc de règles de procédure civile au sens propre, et non pas de règles de droit international privé. Les Principes de procédure civile transnationale sont conçus pour pouvoir être appliqués par un tribunal dans n'importe quel Etat dans le cadre d'une procédure civile internationale. Ils présentent l'avantage de pouvoir être repris dans le droit de tous les Etats sous la forme de règles qui sont suffisamment semblables pour qu'il soit possible de réduire les différences existant entre les systèmes juridiques nationaux, tout en étant suffisamment souples pour pouvoir en préserver les particularités intrinsèques<sup>230</sup>. Les Principes ALI/UNIDROIT représentent une étape dans l'harmonisation du droit de procédure civile internationale en tentant de combler les lacunes laissées par la voie conventionnelle<sup>231</sup>. Mais comme l'a remarqué un auteur<sup>232</sup>, «*harmonising the systems of litigation is not going to be a matter of adjusting details; it is going to be a matter of deep changes and structural reforms in many of the current national systems*».

Ces travaux d'unification de la procédure civile internationale sont le reflet de l'apparition progressive d'une sorte de *lex processualis* définie en fonction des besoins du contentieux privé international<sup>233</sup>. Ce droit non étatique de procédure est constitué des principes communs du droit de procédure civile internationale, parmi lesquels peuvent être mentionnés la possibilité pour les parties de choisir le for sans que le juge choisi puisse décliner sa compétence, le principe d'indépendance et d'impartialité des tribunaux, le principe du contradictoire, le principe selon lequel les parties doivent participer de bonne foi à la manifestation de la vérité, le respect des principes fondamentaux de procédure comme le droit des parties d'être traitées à égalité et le droit pour le défendeur de pouvoir préparer efficacement sa défense, etc. Certains auteurs sont ainsi d'avis que les parties devraient pouvoir choisir l'application de la *lex processualis*, ou tout au moins des Principes de procédure civile transnationale au moyen d'une élection de procédure<sup>234</sup>. Le juge saisi serait ainsi amené à appliquer ce droit non étatique de procédure à la place de la procédure civile de son Etat. Même si cette idée représenterait assurément un pas important en direction de la sécurité juridique, elle aura bien de la peine à s'imposer dans le cadre de la justice étatique.

---

229 P. ex. protection d'une partie dépourvue de pleine capacité juridique, garantie des frais de procédure.

230 Voir MICHELE TARUFFO, *Harmonisation in a Global Context. The ALI/UNIDROIT Principles*, in: X.E. Kramer/C.H. van Rhee (éd.), *Civil Litigation in a Globalising World*, La Haye 2012, p. 207–219, p. 217.

231 Voir STÜRNER (note 226).

232 TARUFFO (note 230), p. 219.

233 Voir CATHERINE KESSEDJIAN, *La modélisation procédurale*, in: E. Loquin/C. Kessedjian (éd.), *La mondialisation du droit*, Dijon 2000, p. 237–255, p. 243–255.

234 VISSCHER (note 214), p. 85 s.; d'un avis plus mitigé: TARUFFO (note 230), p. 213 s.

- bb. Unification au niveau régional et apparition d'une procédure civile internationale dans l'Union européenne:

Au niveau régional, la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne offre un exemple intéressant d'unification du droit de procédure civile internationale. Le droit international privé communautaire s'est développé à un rythme soutenu ces dernières années. En matière de procédure civile internationale, l'Union européenne a adopté une «galaxie juridictionnelle composée des Règlements Bruxelles I et II bis avec leurs suites et satellites»<sup>235</sup>. A ce jour, il s'agit essentiellement des textes suivants: le Règlement Bruxelles I<sup>236</sup>, le Règlement Bruxelles II bis<sup>237</sup>, le Règlement sur les obligations alimentaires<sup>238</sup>, le Règlement sur le titre exécutoire européen<sup>239</sup>, le Règlement sur l'injonction de payer<sup>240</sup>, le Règlement sur la procédure de règlement des petits litiges<sup>241</sup> et la Directive sur la médiation<sup>242</sup>.

On relèvera que la Convention de Bruxelles de 1968<sup>243</sup> a constitué la première pierre de l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale<sup>244</sup>. L'art. 3 CB présente un intérêt tout particulier dans l'unification des règles de conflit de juridictions au sein de cet espace, car il énumère les fors exorbitants existant dans le droit des Etats membres qui ne peuvent pas être invoqués à l'égard des personnes domiciliées dans les autres Etats membres. Cette disposition a été reprise à l'art. 3 du Règlement Bruxelles I, lequel a remplacé la Convention de Bruxelles de 1968. Il faut relever à ce sujet que les fors exorbitant qui sont énumérés dans cette disposition peuvent tout-à-fait être invoqués à l'égard d'une personne qui n'est pas domiciliée dans un Etat membre (art. 4

---

235 HORATIA MUIR WATT, La nécessité de la division tripartite. Conflit de lois, de juridictions, règles de reconnaissance et d'exécution?, in: M. Fallon/P. Lagarde/S. Poillot-Peruzzetto (éd.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles 2011, p. 213–222, p. 219.

236 Règlement N 44/2001 du 22.12.2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JOCE 2001 L 12, p. 1).

237 Règlement N 2201/2003 du 27.11.2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (JOUE 2003 L 338, p. 1).

238 Règlement N 4/2009 du 18.12.2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (JOUE 2009 L 7, p. 1).

239 Règlement N 805/2004 du 21.04.2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (JOUE 2004 L 143, p. 15).

240 Règlement N 1896/2006 du 12.12.2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer (JOUE 2006 L 399, p. 1).

241 Règlement N 861/2007 du 11.07.2007 instituant une procédure de règlement des petits litiges (JOUE 2007 L 199, p. 1).

242 Directive N 2008/52 du 21.05.2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (JOUE 2008 L 136, p. 3).

243 JOCE 1972 L 299, p. 32.

244 Voir Décision du Conseil du 28.05.2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (JOCE 2001 L 174, p. 25).

al. 2 du Règlement Bruxelles I)<sup>245</sup>. Les personnes domiciliées en Suisse sont cependant protégées à ce titre par l'art. 3 de la Convention de Lugano. En revanche, elles ne le sont pas pour les matières exclues du champ d'application de cette Convention et notamment en matière de droit de la famille et de droit des successions. Les personnes domiciliées en Suisse courrent ainsi un risque conséquent d'être exposées aux nombreux fors exorbitants prévus par le droit international privé communautaire dans ces matières<sup>246</sup>.

Les Règlements mentionnés ci-dessus montrent une tendance à abolir la procédure d'exequatur au sein de l'espace judiciaire européen. Les décisions rendues sur le territoire d'un Etat membre pourront ainsi être mises à exécution dans tous les autres Etats membres<sup>247</sup>. Le principe de la reconnaissance mutuelle des jugements est en effet une des pierres angulaires de la coopération judiciaire en matière civile au sein de l'Union européenne<sup>248</sup>. La mise en place de ce principe permettra de réduire les règles de droit international privé communautaire à leur simple expression, dès lors qu'il sera possible de saisir indifféremment les tribunaux de chacun des Etats membres et d'obtenir l'exécution de cette décision dans tous les autres Etats membres. Cela suppose cependant une mise à niveau du droit de procédure civile des Etats membres.

L'Union européenne est ainsi aujourd'hui en train d'harmoniser le droit de procédure civile des Etats membres. Un groupe d'experts s'est attelé à cette lourde tâche avec comme première ambition la rédaction d'une loi modèle de

---

245 La suppression de cette disposition est envisagée dans le cadre de la révision du Règlement Bruxelles I. A ce sujet, cf. note 247.

246 Voir Règlement N 2201/2003 du 27.11.2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Règlement Bruxelles II bis; JOUE 2003 L 338, p. 1); Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 14.10.2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (COM(2009)154 final).

247 S'agissant du Règlement Bruxelles I, un projet de révision entend y supprimer toute procédure d'exequatur. Voir Livre vert sur la révision du Règlement (CE) N 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (COM(2009) 175 du 21.04.2009); Proposition de Règlement concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (COM(2010) 748 du 14.12.2010); Résolution du Parlement européen du 07.09.2010 sur la mise en œuvre et la révision du Règlement (CE) N 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (2009/2140(INI), JOUE 2011 C 308 E, p. 36). A ce sujet, voir DOROTHEE SCHRAMM, Abolition of Exequatur, in: A. Bonomi/C. Schmid (éd.), La révision du Règlement 44/2001 (Bruxelles I). Quelles conséquences pour la Convention de Lugano?, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 59–93.

248 Voir Conseil européen de Tampere (15 et 16.10.1999), Conclusions de la présidence, N 33, disponible sur le site <[http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_fr.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm)>. Voir aussi Plan d'action du Conseil et de la Commission du 03.12.1998 concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (JOCE 1999 C 19, p. 1), N 16.

procédure civile<sup>249</sup>. Mais la diversité des systèmes procéduraux des Etats membres a contraint le groupe d’experts à réduire ses ambitions à la seule définition d’un corps de principes de procédure qui pourraient être harmonisés au sein de l’Union européenne.

## **II. Le droit international privé dans un contexte de mondialisation et de régionalisation**

L’exemple de l’unification du droit privé au sein de l’Union européenne est révélateur de la difficulté de la tâche. L’unification au niveau communautaire du droit matériel ainsi que celle du droit procédural sont confrontées à une résistance importante des Etats formant l’Union européenne. Et pourtant, ceux-ci appartiennent à une culture juridique relativement semblable et partagent les mêmes aspirations politiques et économiques. Il est dès lors peu vraisemblable que tous les Etats parviennent à unifier le droit privé au niveau mondial, à l’exception de certaines matières qui peuvent être déconnectées des ordres juridiques nationaux, tel que le droit commercial international. En revanche, pour toutes les matières qui ne peuvent pas être unifiées en raison du fait qu’elles reflètent un élément de culture juridique très profond, les règles de droit international privé demeurent incontournables. Tel est le cas, par exemple, des relations personnelles et familiales. Le fait que les Etats européens rencontrent des difficultés à adopter des règles de droit matériel communes dans ce domaine et sont amenés, par voie de conséquence, à reporter leurs efforts sur la définition de règles de conflit<sup>250</sup> en est une bonne illustration au niveau régional.

Le droit international privé est confronté à de nouveaux défis en relation avec la mondialisation. L’un des principaux réside dans le développement d’«ordres juridiques privés» sans le concours des Etats. Leur coordination avec les ordres juridiques étatiques suscite de nouvelles difficultés. L’application du principe de proximité, qui est à la base du raisonnement conflictuel, s’avère de plus en plus compliquée et de moins en moins adaptée dans ce contexte. Simultanément, on peut constater une prise de conscience de la nécessité de prendre en considération l’intérêt individuel dans le raisonnement conflictuel. La protection de la personne, qui est désormais un élément central, ne peut être envisagée qu’à la lumière des droits de l’homme dont l’influence sur le droit international privé croît à plaisir. Les mouvements de régionalisation qui se développent en parallèle créent également des besoins supplémentaires de coordination, notamment en raison de l’apparition d’un nouveau type de règles de conflit régissant les relations privées ayant uniquement des liens avec les Etats participant au mouvement de régionalisation.

---

249 Voir MARCEL STORME (éd.), *Rapprochement du droit judiciaire de l’Union européenne*, Dordrecht/Boston/Londres 1994.

250 Voir KESSEDJIAN (note 7), p. 107; KESSEDJIAN (note 37); MUIR WATT (note 235), p. 220 s.

## 1. Les effets de la mondialisation

La mondialisation se caractérise par un environnement économique et juridique affranchi des barrières nationales et privilégiant l'initiative privée<sup>251</sup>. Le marché mondialisé est appelé, dans une large mesure, à s'autoréguler sans l'intervention des Etats<sup>252</sup>. Leur rôle demeure cependant essentiel pour assurer la protection des intérêts individuels. Les droits fondamentaux sont ainsi amenés, tout naturellement, à entrer en interaction avec les règles de droit international privé.

### a. L'émergence d'un droit non étatique

L'un des principaux effets de la mondialisation, au niveau du droit, est l'émergence de systèmes juridiques parallèles aux systèmes étatiques. Ces systèmes juridiques de nature privée ou semi-privée sont désignés par le terme de «droit non étatique» (*«anationales Recht»*). Ils sont développés directement par les opérateurs du commerce international, parfois en collaboration avec les Etats, en fonction de leurs besoins spécifiques et de leurs valeurs essentiellement issues du système économique.

Les systèmes juridiques non étatiques sont souvent formalisés avec l'aide d'organisations interétatiques tel que l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)<sup>253</sup>. Celle-ci a par exemple permis l'élaboration de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises<sup>254</sup> qui est un bon exemple de droit non étatique. Ce système de droit matériel unifié peut être choisi par les parties à la place d'un droit national pour régir leurs relations commerciales. Cela leur permet notamment d'éviter le détour par les règles de droit international privé et par les règles de droit matériel des divers Etats susceptibles d'être concernés par la relation juridique considérée. La Convention de Vienne de 1980 s'applique également spontanément dès que ses conditions d'application sont remplies. Plus récemment, les Principes relatifs aux contrats du commerce international<sup>255</sup> ont été adoptés au sein d'UNIDROIT. Quant aux Principes de droit européen des contrats<sup>256</sup>, ils

<sup>251</sup> Voir SIEG EISELEN, Globalization and harmonisation of international trade law, in: M. Faure/ A. van der Walt (éd.), *Globalization and Private Law. The Way Forward*, Cheltenham/Northampton 2010, p. 97–136; GRIMALDI (note 9).

<sup>252</sup> Voir JAN SMITS, Democracy and (European) private law. A functional approach, in: M. Faure/ A. van der Walt (éd.), *Globalization and Private Law. The Way Forward*, Cheltenham/Northampton 2010, p. 15–31; JOE VERHOEVEN, Souveraineté et mondialisation. Libres propos, in: E. Loquin/C. Kessedjian (éd.), *La mondialisation du droit*, Dijon 2000, p. 43–57; ERIC LOQUIN/LAURENCE RAVILLON, La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé, in: E. Loquin/C. Kessedjian (éd.), *La mondialisation du droit*, Dijon 2000, p. 91–132.

<sup>253</sup> Voir MICHAELS/JANSEN (note 30), p. 868–871; BARRIÈRE-BROUSSE (note 207).

<sup>254</sup> RS 0.221.211.1.

<sup>255</sup> Le texte des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international est disponible sur le site <<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>>.

<sup>256</sup> Le texte des Principes de droit européen des contrats est disponible sur le site de la Commis-

sont le fruit du travail de la Commission sur le droit européen des contrats qui est composée d'experts provenant des pays de l'Union européenne<sup>257</sup>. On peut encore mentionner, parmi d'autres organisations ayant joué un rôle important dans le développement de l'économie mondiale, l'International Chamber of Commerce (ICC)<sup>258</sup> qui a formalisé notamment les Incoterms (*international commercial terms*) ainsi que les Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP).

Le droit commercial international est ainsi petit à petit développé à la suite d'initiatives privées. Les entreprises multinationales sont amenées à jouer un rôle plus important que les Etats dans ce processus normatif. Cette matière s'affranchit par conséquent des frontières nationales au profit d'une sorte d'autorégulation. Même si le droit non étatique peut exercer une influence sur le droit national, le rôle des Etats s'estompe progressivement, notamment en raison du fait que les litiges relatifs au commerce international sont de plus en plus soumis à l'arbitrage et non pas aux juridictions étatiques. Le développement d'une justice propre au commerce international, d'origine privée, reflète le besoin d'indépendance des acteurs de cette économie de marché. Les instances arbitrales présentent la particularité de reconnaître largement l'autonomie de la volonté, ce qui permet aux parties de choisir la loi qui leur laisse la plus grande liberté dans la définition des règles applicables à leurs relations contractuelles<sup>259</sup>. Dans le cadre de leur *jus shopping*, les parties peuvent même choisir un droit non étatique, telle la *lex mercatoria*<sup>260</sup>.

En optant pour la procédure arbitrale, les parties ont ainsi non seulement la liberté de choisir la loi applicable, mais en plus de définir dans une large mesure son contenu. La simple référence – expresse ou implicite – à la *lex mercatoria* dans le contrat liant les parties permet d'ailleurs de soumettre leurs relations juridiques à tous les usages du commerce international ainsi qu'aux autres règles issues des milieux professionnels et des organisations internationales créés par les praticiens du commerce international. Certains auteurs<sup>261</sup> voient dans le contrat, pour cette raison, un «pilier du marché mondialisé» à l'origine d'une sorte de «normativité contractuelle». Le contrat est en effet l'instrument par ex-

---

sion sur le droit européen des contrats <[http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law)>. Voir OLE LANDO/HUGH BEALE (éd.), *Principles of European Contract Law*, vol. I et II, Dordrecht 2000.

257 Pour une approche comparative de ces deux corps de Principes, voir ARTHUR S. HARTKAMP, *Principles of Contract Law*, in: A. Hartkamp et al. (éd.), *Towards a European Civil Code*, 4<sup>e</sup> éd., Alphen aan den Rijn 2011, p. 239–259.

258 Le site de l'ICC donne des informations sur ses activités <<http://www.iccwbo.org>>.

259 Voir LOQUIN/RAVILLON (note 252), p. 97 s.

260 Voir OLE LANDO, *Choice of Lex Mercatoria*, in: *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon, Paris 2008, p. 747–761.

261 Voir KLAUS PETER BERGER, *European Private Law, Lex Mercatoria and Globalization*, in: A. Hartkamp et al. (éd.), *Towards a European Civil Code*, 4<sup>e</sup> éd., Alphen aan den Rijn 2011, p. 55–70, p. 58; LOQUIN/RAVILLON (note 252), p. 108.

cellence de régulation des relations commerciales internationales, sa souplesse lui permettant de s'adapter aux réalités économiques d'un marché globalisé en constante évolution. Ces derniers éléments paraissent d'ailleurs s'opposer à toute codification de la *lex mercatoria*. Un auteur<sup>262</sup> a cependant proposé une «codification rampante» (*creeping codification*) qui établit, en partant de la base, une liste ouverte des principes, règles et standards composant la *lex mercatoria*. Cette démarche permettrait de simplifier l'accès à ce droit non étatique, dont l'accessibilité partout dans le monde serait assurée par une mise en ligne sur une plateforme.

Le rôle de l'Etat dans ce marché globalisé paraît confiné à l'exécution des décisions. Il s'agit en effet du dernier bastion échappant à la justice privée. Les règles de reconnaissance et d'*exequatur* occupent pour cette raison une place primordiale. C'est dans ce cadre que réapparaît d'ailleurs la principale limite à l'autonomie de la volonté, sous la forme de l'ordre public international. Par exemple, l'art. 190 al. 2 let. e LDIP ouvre la voie du recours au Tribunal fédéral contre une sentence incompatible avec l'ordre public matériel ou formel.

La mondialisation a pour effet d'offrir au droit international privé une nouvelle fonction: la coordination des droits étatiques avec les droits non étatiques<sup>263</sup>. Il convient dès lors d'intégrer dans le raisonnement conflictuel la particularité de ces règles de droit qui sont dissociées d'un Etat et d'un territoire. En outre, la mondialisation remet en question les fondements mêmes de la méthode conflictuelle, dès lors que l'application du principe de proximité à des relations commerciales se déroulant au niveau mondial ne fait pas vraiment de sens<sup>264</sup>. Ce nouvel état de fait constitue probablement l'un des défis majeurs du droit international privé du XXI<sup>e</sup> siècle.

#### *b. La prépondérance de l'intérêt individuel*

La mondialisation a aussi pour effet de placer l'individu au centre de la société<sup>265</sup>. On peut ainsi constater une montée nette de l'individualisme. Celui-ci a entraîné dans son sillage une augmentation des attentes des individus vis-à-vis des ordres juridiques – étatiques ou non étatique – qui sont perçus comme étant à leur service pour atteindre leurs objectifs de développement personnel. Les intérêts des individus doivent dès lors impérativement être pris en considération, en plus des intérêts de chacun des Etats, dans le traitement des relations privées internationales.

Un auteur<sup>266</sup> a mis en lumière l'importance croissante de facteurs liés à l'identité culturelle sur les règles de conflit. La prise en considération du droit

262 Voir BERGER (note 261), p. 60–65.

263 Voir MUIR WATT (note 235).

264 Cf. *supra* B.I.1.b.

265 Voir LOQUIN/RAVILLON (note 252), p. 110.

266 JAYME (note 17), p. 167–200.

de l'individu à la sauvegarde de sa propre identité culturelle peut entraîner des conséquences non négligeables, notamment en matière de droit de la famille. On peut songer à ce titre à la reconnaissance des mariages polygamiques ou des répudiations. Une manifestation de la protection de l'identité culturelle peut être identifiée dans le système mis en place par la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants qui est conçu de manière à garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle avant son déplacement. Cette Convention considère clairement l'intérêt de l'enfant en fonction de son identité culturelle, dès lors qu'elle favorise l'application de la loi de l'Etat d'origine de l'enfant<sup>267</sup>. La même préoccupation se retrouve d'ailleurs dans la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants qui prévoit une application de principe de la loi de l'Etat de résidence habituelle de l'enfant s'agissant notamment du droit de garde et du droit de visite.

La prise en compte du droit au respect de l'identité culturelle apparaît surtout en relation avec l'influence grandissante des droits de l'homme, et plus généralement des droits fondamentaux, sur le droit international privé. Cette influence, qui est révélatrice de la prise en compte des intérêts individuels dans les situations juridiques internationales, se ressent aussi bien lors de l'élaboration de la loi qu'au moment de son application<sup>268</sup>. Les critères de rattachement retenus dans les règles de conflit ne sauraient en effet méconnaître les droits fondamentaux. Les règles de conflit de juridictions sont ainsi conçues notamment de manière à assurer un accès à la justice dans un contexte international, d'une part, et à garantir un traitement égal des personnes domiciliées sur le territoire du for et de celles domiciliées à l'étranger, d'autre part. Lorsqu'une règle de conflit de lois désigne une loi étrangère, celle-ci a autant de légitimité à s'appliquer que la loi du for. Toutefois, l'intervention de la réserve de l'ordre public permet d'écartier la loi étrangère, au profit de la loi du for, lorsque le résultat de son application est incompatible avec l'ordre public. Cette incompatibilité peut résulter notamment de la contrariété avec un droit fondamental. Dans la mesure où les principes établis dans la CEDH ne sont pas directement applicables en tant que tels, il convient de donner la préférence à la réserve positive de l'ordre public, et non pas à sa réserve négative, pour faire intervenir les droits de l'homme dans le raisonnement conflictuel. Cela n'exclut cependant pas que les dispositions de la loi du for concrétisant les droits fondamentaux puissent, cas échéant, intervenir au titre de lois d'application immédiate. De même, s'agissant de la reconnaissance d'une décision étrangère, elle peut être refusée lorsque son accueil dans l'ordre juridique du for aurait pour effet de

---

267 Voir JAYME (note 17), p. 186 s., et réf. citées.

268 Voir FABIEN MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2007; PATRICK KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, Recueil des cours de l'Académie de droit international 2005 (tome 318), p. 9–332; JAYME (note 17), p. 49–54.

heurter les valeurs fondamentales de celui-ci. L'ordre public est ainsi le moyen du droit des conflits assurant le respect des droits fondamentaux<sup>269</sup>. Il permet en effet d'accueillir dans l'ordre juridique du for aussi bien le droit étranger que les situations juridiques créées à l'étranger, tout en préservant les droits qui y sont reconnus comme fondamentaux.

Le droit international privé est ainsi destiné à remplir de plus en plus un rôle de protection de la personne humaine, dans tous les domaines du droit qui sont affectés par les valeurs sociales, économiques et politiques<sup>270</sup>. La protection du statut juridique des personnes, qui a pris de l'importance face à l'accroissement de leur mobilité, est une bonne illustration de cette fonction protectrice du droit des conflits. En relation avec cette question, un auteur<sup>271</sup> a mis en évidence le fait que le mécanisme de la reconnaissance permet de prendre en considération le besoin social de continuité et de stabilité dans l'espace des états juridiques personnels et familiaux. Il ressort de son étude que «[l]a justification primordiale de la reconnaissance [...] n'est pas seulement liée à l'harmonisation internationale des solutions, mais surtout au fait qu'elle tend à réaliser les droits fondamentaux des personnes»<sup>272</sup>. La non-reconnaissance du statut juridique d'une personne peut ainsi aboutir à la méconnaissance de ses droits fondamentaux, et en particulier de son droit à la vie privée et familiale. L'exemple des relations personnelles et familiales internationales montre que le droit international privé a désormais aussi pour fonction de protéger les droits des individus en prenant en considération leurs besoins sociaux. On trouve une bonne illustration de cette «nouvelle» préoccupation à l'art. 45 al. 1 LDIP, lequel prescrit la reconnaissance en Suisse de tout mariage valablement célébré à l'étranger. La reconnaissance intervient ainsi indépendamment de la validité du mariage dans l'Etat national ou dans l'Etat du domicile de l'un ou l'autre des époux. Cette règle particulièrement libérale en la matière assure la continuité et la stabilité dans l'espace du droit fondamental au mariage. Dans la jurisprudence, on peut

269 Voir LEQUETTE (note 34), p. 133 s.; BUCHER (note 4), p. 304–310; LÉNA GANNAGÉ, A propos de l'«absolutisme» des droits fondamentaux, in: *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris 2008, p. 265–284; GAUDEMEL-TALLON (note 15), p. 407–441; PETRA HAMMJE, Droits fondamentaux et ordre public, *Revue critique de droit international privé* 1997, p. 1–31; PIERRE MAYER, La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères, *Revue critique de droit international privé* 1991, p. 651–665.

270 Voir BUCHER (note 4); HANS VAN HOUTTE, Updating Private International Law? The Belgian Experiment, in: J. Erauw/V. Tomljenović/P. Volken (éd.), *Liber Memorialis Petar Šarčević. Universalism, Tradition and the Individual*, Munich 2006, p. 65–73, p. 67; KRONKE (note 35); ERIK JAYME, Le droit international privé du nouveau millénaire. La protection de la personne humaine face à la globalisation, Recueil des cours de l'Académie de droit international 2000 (tome 282), p. 9–40; BATIFFOL (note 45).

271 Voir ROBERTO BARATTA, La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales, Recueil des cours de l'Académie de droit international 2010 (tome 348), p. 253–499.

272 BARATTA (note 271), p. 464 s.

mentionner le fait que la Cour européenne des droits de l'homme<sup>273</sup> a estimé que l'application de l'art. 37 LDIP peut conduire à une discrimination en raison du sexe, dans la mesure où le droit suisse ne respecte pas l'égalité des époux en matière de choix du nom de famille.

## 2. *Les effets de la régionalisation*

Le développement d'un phénomène accru de régionalisation du droit peut être constaté parallèlement à la tendance à la mondialisation<sup>274</sup>. Cette situation paradoxale s'explique notamment par le fait que le droit peut être plus facilement et plus rapidement unifié entre quelques Etats ayant les mêmes aspirations culturelles, politiques et économiques qu'à l'échelle mondiale. En outre, la régionalisation est en grande partie une réaction solidaire de nature protectionniste provenant de plusieurs Etats voisins partageant des affinités ou des intérêts communs, notamment économiques et politiques. La réunion de plusieurs Etats géographiquement proches sous une même bannière leur permet d'acquérir une certaine puissance économique et politique sur la scène mondiale, dans la mesure où leurs intérêts régionaux sont défendus par une organisation suprétatique. La conclusion entre plusieurs Etats d'accords de coopération économique et/ou d'organisation politique peut entraîner le développement d'un droit commun, comme c'est le cas au sein de l'Union européenne. L'unification du droit au niveau régional est d'ailleurs d'autant plus aisée entre Etats partageant les mêmes traditions culturelles et juridiques, comme c'est le cas en grande partie des Etats européens.

### a. *L'apparition de droits régionaux*

L'apparition de droits unifiés au niveau régional peut être constatée tout autour de la planète. On peut identifier à ce jour cinq grands groupes régionaux: l'Union européenne, l'Amérique du Nord, l'Amérique latine, l'Afrique et l'Asie-Pacifique. Certains Etats font d'ailleurs partie simultanément de plusieurs mouvements de régionalisation du droit. Le droit international privé n'est pas épargné par cette dynamique régionale. Celle-ci suscite même un nouveau défi en cela que le droit international privé développé au sein des organisations régionales est destiné à régir à la fois les situations internationales à proprement parler, c'est-à-dire avec des Etats qui ne sont pas membres de l'organisation, mais égale-

---

<sup>273</sup> CEDH 09.11.2010, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, requ. 664/06.

<sup>274</sup> Voir GUSTAVO VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, La Conférence de La Haye de droit international privé. Une nouvelle voie pour le développement du droit international privé des Organisations régionales d'intégration économique, *Revue de droit uniforme* 2007, p. 761–793, p. 767; JÜRGEN BASEDOW, Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration, *Revue de droit uniforme* 2003, p. 31–49; JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Mondialisation et régionalisation, in: E. Loquin/C. Kessedjian (éd.), *La mondialisation du droit*, Dijon 2000, p. 435–453.

ment interrégionales, c'est-à-dire entre les Etats membres. Les développements qui suivent sont concentrés sur la création de règles de conflit au niveau régional, et en particulier au sein de l'Union européenne.

aa. L'adoption de règles de droit international privé au niveau régional:

Avant de nous intéresser plus spécifiquement à l'adoption de règles de droit international privé communautaire, nous allons présenter un rapide aperçu des forces intervenant dans le processus de régionalisation du droit au niveau mondial<sup>275</sup>. Le phénomène de régionalisation de l'Union européenne ne constitue en effet pas un exemple isolé.

En Amérique latine, l'Organisation des Etats Américains (OEA)<sup>276</sup> joue aujourd'hui un rôle important dans l'unification du droit international privé dans cette région<sup>277</sup>. Le travail de codification se réalise au sein des Conférences spécialisées interaméricaines de droit international privé (CIDIP)<sup>278</sup>, lesquelles adoptent régulièrement des conventions internationales multilatérales dans des domaines particuliers du droit international privé<sup>279</sup>. Avant la constitution de l'OEA, la tâche d'unification du droit international privé en Amérique latine était assumée par l'Union panaméricaine. Le principal texte adopté au sein de cette organisation est le Code Bustamante<sup>280</sup>. Ce code de droit international

275 Pour un aperçu historique voir HERBERT KRONKE, Harmonisation mondiale du droit privé et intégration économique régionale. Hypothèses, certitudes et questions pendantes, *Revue de droit uniforme* 2003, p. 11–27, p. 12–15.

276 Organization of American States (OAS), site <<http://www.oas.org>>.

277 Voir p. ex. DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, What's New in Latin American Private International Law?, *Yearbook of Private International Law* 2005, p. 85–117; DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, La codificación del derecho internacional privado en América Latina. Ámbitos de producción jurídica y orientaciones metodológicas, Madrid 1994; ANNA MARIA VILLELA, L'unification du droit international privé en Amérique, *Revue critique de droit international privé* 1984, p. 233–265.

278 Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), site <<http://www.oas.org>>, rubriques Topics, International Law, Private International Law.

279 P. ex. la Convention interaméricaine du 24.05.1984 sur la compétence internationale pour l'efficacité extraterritoriale des décisions étrangères (Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments), dont le texte est disponible sur le site <[http://www.oas.org/dil/CIDIPIII\\_home.htm](http://www.oas.org/dil/CIDIPIII_home.htm)>; la Convention interaméricaine du 15.07.1989 sur le retour international des enfants (Inter-American Convention on the International Return of Children), dont le texte est disponible sur le site <[http://www.oas.org/dil/CIDIPIV\\_children.htm](http://www.oas.org/dil/CIDIPIV_children.htm)>. Voir p. ex. GILBERTO BOUTIN, Droit international privé conventionnel en Amérique latine. CIDIP. Développement et crise normative, Panama 2010; DIDIER OPERTTI BADAN, L'œuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel, in: Alegría Borrás et al. (éd.), *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, La Haye 1996, p. 269–286; VILLELA (note 277).

280 Le Code Bustamante (du nom de son rédacteur Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén) est composé de 437 articles. Le texte du Code Bustamante est disponible (en espagnol) sur le site <[http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp\\_gtm-mla-leg-cdip.pdf](http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp_gtm-mla-leg-cdip.pdf)>. Voir p. ex. RICARDO MENDOZA ORANTES (éd.), *Convenciones de derecho internacional privado. Código Bustamante, protocolo sobre uniformidad del regimen legal de los poderes y cinco convenciones interamericanas*, San Salvador 1999.

privé est appliqué à ce jour par une vingtaine d'Etats d'Amérique du Sud. Sur le même continent, on peut également mentionner les instruments multilatéraux de droit international privé adoptés ces vingt dernières années par les Etats d'Amérique du Sud parties au MERCOSUR<sup>281</sup>. En outre, les Etats-Unis, le Canada et le Mexique sont liés par le North American Free Trade Agreement (NAFTA)<sup>282</sup> qui est un accord économique et financier créant une zone de libre-échange entre ces trois pays.

Sur le continent africain, l'unification du droit international privé au niveau régional se réalise notamment au sein de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires (OHADA)<sup>283</sup>, dont l'objectif est de faciliter les échanges et les investissements et de garantir la sécurité juridique et judiciaire entre ses Etats membres. Des Actes uniformes sont élaborés au sein de cette organisation, dont l'application par les tribunaux nationaux est contrôlée par une instance supra-étatique, la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA). Au Sud du continent africain, la Southern African Development Community (SADC)<sup>284</sup>, composée à ce jour de quinze Etats, vise à promouvoir le développement économique de l'Afrique australe. Cette organisation a déjà élaboré quelques règles juridiques visant à accomplir ses objectifs.

Une autre «région» peut être identifiée en regroupant le continent asiatique et les Etats du Pacifique. Même si des démarches claires d'unification des règles de conflit n'y sont pas encore visibles, il existe néanmoins plusieurs accords de coopération économique et/ou d'organisation politique qui pourraient entraîner le développement d'un droit international privé commun<sup>285</sup>. On peut

281 Le MERCOSUR est un accord politique et économique entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, dont l'acte fondateur est le Traité d'Asunción du 26.03.1991, site <<http://www.mercosur.int>>, et auquel sont associés le Chili et la Bolivie. Comme exemple d'accord international en matière civile, on peut mentionner p. ex. le Protocole du 27.06.1992 sur la coopération et l'assistance judiciaire en matière civile, commerciale, sociale et administrative; le Protocole du 16.12.1996 sur la compétence internationale en matière de relations de consommation. Voir p. ex. CLAUDIA LIMA MARQUES, Procédure civile internationale et MERCOSUR. Pour un dialogue des règles universelles et régionales, Revue de droit uniforme 2003, p. 465–484; DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO (éd.), Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR, Buenos Aires 2003.

282 Accord de libre-échange nord-américain du 01.01.1994 (ALENA), site <<http://www.nafta-sec-alena.org>>. Voir p. ex. RALPH HAUGHWOUT FOLSOM, NAFTA and Free Trade in the Americas, 2<sup>e</sup> éd., Saint-Paul Minnesota 2004; VICENTE GUILLERMO ARNAUD, MERCOSUR, Unión Europea, NAFTA y los procesos de integración regional, 2<sup>e</sup> éd., Buenos Aires 1999.

283 L'OHADA compte à ce jour dix-sept Etats membres. L'acte constitutif de l'OHADA est le Traité de Port-Louis du 17.10.1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Le site de l'OHADA, <<http://www.ohada.com>>, donne accès aux Actes uniformes élaborés en son sein. Voir p. ex. JOSEPH ISSA-SAYEGH/JACQUELINE LOHOUES-OBLE, OHADA. Harmonisation du droit des affaires, Bruxelles 2002 ; JOSEPH ISSA-SAYEGH, Quelques aspects techniques de l'intégration juridique. L'exemple des actes uniformes de l'OHADA, Revue de droit uniforme 1999, p. 5–34.

284 Le site de la SADC donne des informations sur ses activités <<http://www.sadc.int>>.

285 Pour un aperçu de la coopération économique dans la région Asie-Pacifique, voir DUTHEIL DE LA ROCHEÈRE (note 274), p. 440–444.

mentionner à titre d'exemple l'Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC)<sup>286</sup> qui regroupe à ce jour vingt-et-un Etats dont les Etats-Unis, la Russie, l'Australie, la Chine et le Japon. Cette organisation poursuit essentiellement des buts de coopération économique entre ses membres, mais il n'est pas exclu pour autant qu'elle en vienne à développer des règles juridiques visant à faciliter l'accomplissement de ses buts. Il en va de même, par exemple, de l'Association of Southeast Asian nations (ASEAN)<sup>287</sup>, laquelle regroupe dix Etats membres dont Singapore, la Thaïlande et l'Indonésie.

bb. L'adoption de règles de droit international privé par l'Union européenne:

L'Union européenne (UE) est en train de développer très rapidement un droit international privé communautaire. Ce processus législatif s'apparente à celui existant en Suisse où l'essentiel des relations internes ainsi que les relations avec l'étranger relèvent de la compétence de la Confédération<sup>288</sup>. Il se distingue en revanche nettement de celui d'autres «fédérations» qui ont préféré maintenir, pour l'essentiel, les règles de conflit de chacun de leurs Etats membres. Tel est le cas, par exemple, des Etats-Unis dont le système de droit international privé reste diversifié d'un Etat à l'autre sans qu'il y ait une quelque volonté d'unifier les règles de conflit au niveau fédéral<sup>289</sup>.

Au sein de l'UE, le développement du droit international privé communautaire est lié à l'évolution des traités fondateurs qui ont progressivement élargi la compétence communautaire dans ce domaine. La Communauté économique européenne (CEE) a commencé à adopter des règles de droit international privé sur la base de l'art. 220 du Traité instituant la Communauté économique européenne signé à Rome en 1957<sup>290</sup>. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968

286 Le site de l'APEC donne des informations sur ses activités <<http://www.apec.org>>.

287 Le site de l'ASEAN donne des informations sur ses activités <<http://www.aseansec.org>>.

288 Voir les art. 49 et 54 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.04.1999 (RS 101).

289 Pour des études comparatives récentes sur le développement du droit international privé au sein de l'Union européenne et aux Etats-Unis, voir AZCÁRRAGA MONZONIS (note 18); JÜRGEN BASEDOW, Federal Choice of Law in Europe and the United States. A comparative Account of Interstate Conflicts, *Tulane Law Review* 2008, p. 2119–2146; RALF MICHAELS, Die europäische IPR-Revolution. Regulierung, Europäisierung, Mediatisierung, in: D. Baetge/J. von Hein/M. von Hinden (éd.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2008, p. 151–173; HORATIA MUIR WATT, L'expérience américaine, in: A. Fuchs/H. Muir Watt/E. Pataut (éd.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris 2004, p. 145–169.

290 Sur la naissance du droit international privé communautaire, voir p. ex. BOGDAN (note 216), p. 6–14; LAGARDE (note 36), p. 249–254; ISABELLE BARRIÈRE-BROUSSE, Le Traité de Lisbonne et le droit international privé, *Journal du Droit International* 2010, p. 3–34; JÜRGEN BASEDOW, The Communitarisation of Private International Law, *RabelsZ* 2009, p. 455–460; MICHAELS (note 289); KARL KREUZER, Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts. Wie europäisch soll das Europäische Internationale Privatrecht sein?, *RabelsZ* 2006, p. 1–88; PIERRE MERCIER, Droit communautaire et règles de conflit du droit international privé. Mariage d'amour ou de raison, in: F. Bohnet/P. Wessner (éd.), *Mélanges en*

concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>291</sup>, ainsi que la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>292</sup> ont ainsi vu le jour. Il s'agit des premiers actes d'unification du droit international privé communautaire.

La coopération judiciaire en matière civile a été insérée dans le Traité sur l'Union européenne (TUE; Traité de Maastricht), dans le cadre du Titre VI consacré à la coopération intergouvernementale dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Le Traité d'Amsterdam a, quant à lui, transféré la compétence à la Communauté en intégrant la coopération judiciaire en matière civile dans le Traité instituant la Communauté européenne (TCE), devenu entre-temps le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) après l'adoption du Traité de Lisbonne<sup>293</sup>. Les Programmes successifs de Tampere, La Haye et Stockholm, dont l'objectif est d'unifier progressivement le droit international privé communautaire, ont pu être adoptés sur cette base<sup>294</sup>. L'art. 81 TFUE<sup>295</sup> a ainsi permis de donner une nouvelle impulsion au droit international privé communautaire. Le paragraphe 1 de cette disposition prévoit que «[l']Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres». Sur cette base, le Parlement et le Conseil peuvent adopter, «lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer: a) la reconnaissance mutuelle entre les Etats membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution; b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires; c) la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en

---

l'honneur de François Knoepfler, Bâle/Genève/Munich 2005, p. 3–32; GAUDEMEL-TALLON (note 35), p. 319–329; KATHARINA BOELE-WOELKI, Unification and Harmonization of Private International Law in Europe, in: J. Basedow et al. (éd.), *Private Law in the International Arena*. Liber Amicorum Kurt Siehr, La Haye 2000, p. 61–77.

- 291 Cette Convention a été transformée en Règlement N 44/2001 du 22.12.2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JOCE 2001 L 12, p. 1).
- 292 Cette Convention a été transformée en Règlement N 593/2008 du 17.06.2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I; JOUE 2008 L 177, p. 6). Ce Règlement est complété par le Règlement N 864/2007 du 11.07.2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II; JOUE 2007 L 199, p. 40).
- 293 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JOUE 2010 C 83, p. 47 [version consolidée]).
- 294 Programme de Stockholm, Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens (JOUE 2010 C 115, p. 1); Programme de La Haye, Renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne (JOUE 2005 C 53, p. 1); Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Espace de liberté, de sécurité et de justice. Le bilan du programme de Tampere et futures orientations (COM(2004) 401 du 02.06.2004). Voir p. ex. STEFANIA BARIATTI, *Cases and Materials on EU Private International Law*, Oxford/Portland 2011, p. 12–21.
- 295 L'art. 81 TFUE correspond à l'ancien art. 65 TCE (JOCE 2002 C 325, p. 33 [version consolidée]).

matière de conflit de lois et de compétence; d) la coopération en matière d'obtention des preuves; e) un accès effectif à la justice; f) l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les Etats membres; g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges; h) un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice» (art. 81 par. 2 TFUE). On relèvera que, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009, l'Union européenne et la Communauté européenne ont fusionné, sous le seul nom d'Union européenne.

Cette disposition est à l'origine d'une douzaine de projets de Règlements et de Directives de droit international privé communautaire<sup>296</sup>. A ce titre, on peut mentionner les Règlements Bruxelles I et Bruxelles II bis<sup>297</sup>, les Règlements Rome I sur les obligations contractuelles et Rome II sur les obligations non contractuelles<sup>298</sup>, ainsi que les projets de Règlement sur les successions<sup>299</sup>, le régime matrimonial des époux<sup>300</sup>, le régime patrimonial des partenaires enregistrés<sup>301</sup> et le divorce<sup>302</sup>.

On relèvera à ce sujet que plusieurs conventions internationales de droit international privé ont été transformées en Règlements communautaires. Les deux transformations les plus célèbres sont celle de la Convention de Bruxelles de 1968 en Règlement Bruxelles I et celle de la Convention de Rome de 1980 en Règlement Rome I. L'influence des conventions internationales de droit international privé – et notamment des Conventions de La Haye – sur les Règle-

296 Voir GERHARD WAGNER, Harmonisation of Civil Procedure. Policy Perspectives, in: X.E. Kramer/C.H. van Rhee (éd.), *Civil Litigation in a Globalising World*, La Haye 2012, p. 93–119, p. 94–97; BURKHARD HESS, Procedural Harmonisation in a European Context, in: X.E. Kramer/C.H. van Rhee (éd.), *Civil Litigation in a Globalising World*, La Haye 2012, p. 159–173, p. 160–163.

297 Cf. *supra* D.I.2.b.bb. pour plus de détails concernant les règles de droit international privé communautaire en matière de procédure civile internationale.

298 Règlement N 593/2008 du 17.06.2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I; JOUE 2008 L 177, p. 6); Règlement N 864/2007 du 11.07.2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II; JOUE 2007 L 199, p. 40).

299 Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 14.10.2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (COM (2009)154 final).

300 Proposition de Règlement du Conseil du 16.03.2011 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (COM(2011) 126 final).

301 Proposition de Règlement du Conseil du 16.03.2011 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (COM(2011)127 final).

302 Proposition de Règlement du Conseil du 17.07.2006 modifiant le Règlement (CE) N 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale (COM(2006) 399 final) et le Règlement N 1259/2010 du 20.12.2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (JOUE 2010 L 343, p. 10).

ments se ressent, de manière générale, sur la structure des actes communautaires. Comme les conventions, ceux-ci règlent une matière spécifique et intègrent quelques règles de conflit de portée générale (renvoi, ordre public, etc.). Le droit international privé communautaire est ainsi composé d'un ensemble de textes spécialisés, sur le même modèle que le droit international privé conventionnel. A ce jour, il n'existe pas de «partie générale» du droit international privé communautaire regroupant des dispositions communes. On mentionnera cependant le fait que le Groupe européen de droit international privé (GEDIP) a entamé des travaux de rédaction d'un code européen de droit international privé qui devrait contenir une partie général, s'il est adopté un jour<sup>303</sup>.

Le droit international privé communautaire a des fondements qui lui sont propres: la construction du marché intérieur et la citoyenneté européenne<sup>304</sup>. Les institutions de l'Union européenne<sup>305</sup> développent en effet des règles de conflit sur la base des principes du droit communautaire. En particulier, les quatre libertés fondamentales – liberté de circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux – sont à l'origine du principe de la reconnaissance mutuelle des actes et des décisions. Les règles de droit international privé communautaire sont ainsi essentiellement conçues comme des instruments permettant de mettre en œuvre la délimitation du marché intérieur. Dès lors que celui-ci condamne toute règle de conflit qui conduirait à une entrave à la libre circulation, le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions entre les Etats membres est en train de s'imposer naturellement. Ce principe sera vraisemblablement transformé peu à peu en un principe d'exécution automatique des jugements sans contrôle à la frontière, ni procédure d'*exequatur*<sup>306</sup>.

Ce droit international privé intra-communautaire, qui s'applique aux relations entre les Etats membres, poursuit ainsi des objectifs qui lui sont propres. Comme l'a bien exprimé un auteur<sup>307</sup>, «[I]l droit international privé classique

303 Voir GEDIP, Compte-rendu des séances de travail de la 21<sup>e</sup> réunion à Bruxelles, 16 et 18.09.2011, disponible sur le site <<http://www.gedip-egpil.eu>>, rubrique Comptes-rendus des réunions. Voir aussi MARCIN CZEPELAK, Would We Like to Have a European Code of Private International Law?, *European Review of Private Law* 2010, p. 705–728; MARC FALLON/PAUL LAGARDE/SYLVAIN POILLOT-PERUZZETTO (éd.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé?*, Paris 2009; CHRISTIAN HEINZE, Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts, in: D. Baetge/J. von Hein/M. von Hinden (éd.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2008, p. 105–127; AUDRE FIORINI, The Codification of Private International Law in Europe. Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions?, *Electronic Journal of Comparative Law* (mai 2008), disponible sur le site <<http://www.ejcl.org/121/art121-7.pdf>>.

304 Voir p. ex. LAGARDE (note 36), p. 255–260; NADAUD (note 215), p. 362–370; MICHAELS (note 289); MARC FALLON, Libertés communautaires et règles de conflit de lois, in: A. Fuchs/H. Muir Watt/E. Pataut (éd.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris 2004, p. 31–80; BASEDOW (note 4).

305 Le Parlement, le Conseil, la Commission et la Cour de justice (CJUE).

306 Voir MUIR WATT (note 235), p. 220.

307 LAGARDE (note 36), p. 255.

prend appui sur l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques en principe égaux, qu'il s'efforce de coordonner, notamment par les règles de conflit de lois, en désignant parmi ces ordres juridiques, celui qui régira une situation déterminée. L'Union européenne, au contraire, veut construire un marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux [...] et dans lequel est interdite toute discrimination fondée sur la nationalité [...]. Ce sont là deux logiques différentes, même si elles ne sont pas contradictoires.» Le droit international privé intra-communautaire doit être distingué du droit international privé communautaire à proprement parler, lequel vise à coordonner les relations entre les Etats membres et des Etats tiers ne faisant pas partie de l'Union européenne<sup>308</sup>. Pour marquer cette distinction, un auteur<sup>309</sup> en est venu à opposer la «dimension interne de l'internationalité communautaire», laquelle concerne une relation privée internationale rattachée à au moins deux Etats membres, à la «dimension externe de l'internationalité communautaire», laquelle a trait à une relation privée internationale entretenant des liens avec au moins un Etat membre et un ou plusieurs Etats tiers. Il en résulte un dédoublement des règles de conflit communautaires, certaines étant appelées à s'appliquer lorsque la situation de fait est uniquement localisée au sein de l'UE (les «règles de conflit intra-communautaires»), d'autres ne pouvant intervenir que lorsqu'elle présente également des éléments de rattachement avec un Etat tiers (les «règles de conflit extra-communautaires»).

Le TFUE constitue le fondement de la compétence externe de l'Union européenne<sup>310</sup> en droit international privé. Selon l'art. 3 par. 2 TFUE, l'Union européenne a la capacité de conclure et de négocier des accords internationaux lorsque cette compétence est prévue dans un acte législatif de l'UE, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou lorsque l'accord envisagé est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée<sup>311</sup>. La compétence externe de l'Union européenne peut être exclusive, partagée ou conçue de manière à appuyer l'action des Etats membres. Elle est exclusive «notamment, lorsque la conclusion d'un accord par les Etats membres est incompatible avec l'unité du marché commun et l'application uniforme du droit communautaire (...) ou que, en raison de la nature même des dispositions communautaires existantes, telles que des actes législatifs contenant des clauses relatives au traitement à réservé aux ressortissants d'Etats tiers ou à l'harmoni-

---

308 Voir KESSEDJIAN (note 7), p. 110.

309 JEAN-SYLVESTRE BERGÉ, La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé, in: Travaux du Comité français de droit international privé 2004–2005, p. 29–51.

310 Respectivement de l'Union européenne dès le 01.12.2009 (date de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne).

311 Voir, *mutatis mutandis*, CJCE 31.03.1971, *Accord européen sur les transports routiers (AETR)*, aff. 22/70, Rec. 1971 263.

sation complète d'une question déterminée, tout accord en la matière affecterait nécessairement les règles communautaires»<sup>312</sup>. L'Union européenne a une compétence exclusive de conclure et de négocier un accord international en particulier lorsqu'il contient des règles susceptibles de porter atteinte à l'application uniforme et cohérente des règles communautaires et au bon fonctionnement du système qu'elles instituent, afin de préserver la pleine efficacité du droit communautaire<sup>313</sup>. La compétence des Etats membres de conclure des traités bilatéraux ou multilatéraux de droit international privé est dès lors restreinte lorsque «la Communauté a pris des dispositions instaurant, sous quelque forme que ce soit, des règles communes»<sup>314</sup>. Dans pareille situation, les Etats membres ne sont plus autorisés à conclure des accords avec des Etats tiers dans le même domaine<sup>315</sup>. Cela explique la raison pour laquelle ils sont soumis à une procédure d'autorisation préalable pour négocier avec un Etat tiers la modification d'un traité bilatéral de droit international privé existant ou pour la conclusion d'un nouvel accord<sup>316</sup>. A défaut de règles de droit international privé communautaire, le droit international privé des Etats membres est applicable à l'égard des Etats tiers.

Une des difficultés d'apprehension du droit international privé communautaire réside dans la relativité de la notion d'Etat membre de l'Union européenne dans ce contexte<sup>317</sup>. Certains Etats ne sont en effet pas directement liés par les dispositions du TFUE – anciennement TCE – relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice qui y ont été intégrées suite au Traité d'Amsterdam. Ainsi, le Danemark, l'Irlande et le Royaume Uni sont des Etats membres de l'Union

---

312 CJCE, Avis 1/03 du 07.02.2006, La Communauté européenne a une compétence exclusive pour conclure la nouvelle Convention de Lugano, Rec. 2006 I 1145, N 122.

313 CJCE, Avis 1/03 précité, N 128.

314 CJCE 31.03.1971, *Accord européen sur les transports routiers (AETR)*, aff. 22/70, Rec. 1971 263, N 17.

315 Voir KARL KREUZER, Gemeinschaftskollisionsrecht und universales Kollisionsrecht. Selbst-isolation, Koordination oder Integration?, in: D. Baetge/J. von Hein/M. von Hinden (éd.), Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag, Tübingen 2008, p. 129–150, p. 130–133; BURKHARD HESS, Les compétences externes de la Communauté européenne dans le cadre de l'article 65 CE, in: A. Fuchs/H. Muir Watt/E. Pataut (éd.), Les conflits de lois et le système juridique communautaire, Paris 2004, p. 81–100; MICHAEL TRAEST, Harmonisation du droit international privé. Relation entre la Communauté européenne et la Conférence de La Haye, Revue de droit uniforme 2003, p. 499–507, p. 503.

316 Voir p. ex. Règlement N 662/2009 du 13.07.2009 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les Etats membres et des pays tiers sur des questions particulières concernant le droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (JOUE 2009 L 200, p. 25); Règlement N 664/2009 du 07.07.2009 instituant une procédure pour la négociation et la conclusion d'accords entre les Etats membres et des pays tiers concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions en matière matrimoniale, de responsabilité parentale et d'obligations alimentaires, ainsi que sur le droit applicable en matière d'obligations alimentaires (JOUE 2009 L 200, p. 46).

317 Voir MATTHIAS LEHMANN, La distinction entre Etats membres de l'Union européenne et Etats tiers en droit international privé des affaires, in: S. Sana-Chaillé de Néré (éd.), Droit international privé. Etats membres de l'Union européenne et Etats tiers, Paris 2009, p. 7–18, p. 11–13.

européenne, sans être des Etats membres au sens du droit international privé communautaire<sup>318</sup>, avec pour conséquence qu'ils ne sont pas liés par certains Règlements communautaires, ni par certaines conventions de droit international privé ratifiées par l'Union européenne. Ce processus d'intégration à plusieurs vitesses complique sensiblement le droit international privé communautaire.

A cela s'ajoute la difficulté existant en pratique pour déterminer si une relation privée internationale est uniquement intra-communautaire ou également extra-communautaire. Par exemple, l'art. 6 par. 2 de la Directive sur les clauses abusives<sup>319</sup> prévoit que «[I]es Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres». L'interprétation de l'intensité des liens avec l'UE, notamment lors de la transposition de la Directive dans le droit des Etats membres, est inévitablement source d'incertitude<sup>320</sup>. Un autre exemple ressort de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la liberté d'établissement des sociétés<sup>321</sup>. Toutes les sociétés valablement constituées selon la loi d'un Etat membre sont reconnues de plein droit dans tous les autres Etats membres, en vertu de la liberté d'établissement, et bénéficient à ce titre de la liberté de circulation. Or, il est très facile de constituer une société dans certains Etats membres et de pouvoir bénéficier de cette manière des avantages du marché intérieur. Le statut de ces sociétés est très différent de celui des sociétés constituées dans des Etats tiers – tels que la Suisse ou les Etats-Unis – à l'égard desquelles chaque Etat membre peut appliquer ses propres règles de droit international privé. Dans certains Etats membres, il peut en résulter un refus de reconnaissance d'une société constituée selon la loi d'un Etat tiers mais ayant son siège administratif sur leur territoire<sup>322</sup>.

L'exemple du droit international privé communautaire permet d'identifier de nouveaux défis pour le droit international privé. Le phénomène de régionalisa-

318 Voir pour l'Irlande et le Royaume Uni: art. 3 de l'annexe au Traité d'Amsterdam; pour le Danemark: art. 1 de l'annexe au Traité d'Amsterdam.

319 Directive N 93/13 du 05.04.1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JOCE 1993 L 95, p. 29).

320 P. ex. le droit français a transposé la Directive N 93/13 à l'art. L 135–1 du Code de la consommation sous la forme suivante: «Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L 132–1 [relatives à la protection des consommateurs contre les clauses abusives] sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté».

321 CJCE 16.12.2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, Rec. 2008 I 9641; CJCE 30.09.2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, Rec. 2003 I 10155; CJCE 05.11.2002, *Überseering*, aff. C-208/00, Rec. 2002 I 9919; CJCE 09.03.1999, *Centros*, aff. C-212/97, Rec. 1999 I 1459.

322 Voir p. ex. BGH 27.10.2008, publié in: IPRax 2009, p. 259, s'agissant de la non-reconnaissance en Allemagne d'une société anonyme constituée selon le droit suisse ayant son siège administratif dans cet Etat.

tion entraîne en effet un nouveau besoin de coordination entre le droit conventionnel et le droit régional, lequel s'ajoute à celui existant déjà entre le droit conventionnel et le droit national. En outre, le dédoublement des règles de conflit complique la détermination exacte de leur portée territoriale. Enfin, le droit international privé développé au niveau de l'organisation régionale présente le risque, s'il s'impose à tous les Etats membres, d'entrer en conflit non seulement avec leurs règles de droit international privé internes, mais aussi avec les engagements qu'ils ont pris antérieurement au niveau international dans le cadre de conventions qu'ils ont ratifiées avec des Etats tiers. Aux termes de l'art. 351 TFUE, les conventions conclues antérieurement à la date d'adhésion d'un Etat membre à l'Union européenne avec un Etat tiers ne sont pas affectées par les dispositions des traités européens. Cependant, dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec ces derniers, l'Etat membre doit recourir à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. Les Etats tiers subissent par conséquent inévitablement les répercussions de la régionalisation, même s'ils n'y participent pas<sup>323</sup>. L'impact sur les Etats tiers est d'autant plus fort que leur partenaire de négociation des accords internationaux a radicalement changé de visage et est sensiblement monté en puissance.

#### *b. Les Organisations régionales d'intégration économique*

La création du statut d'Organisation régionale d'intégration économique (ORIE) permet dorénavant à l'Union européenne de prendre la place qu'elle souhaite dans le processus de négociation des instruments internationaux. L'exemple de l'Union européenne montre que la participation des ORIE à la négociation d'instruments internationaux modifie notamment les rapports de force entre les Etats. Les ORIE ont en effet un poids considérable dans les négociations, dès lors qu'elles représentent plusieurs Etats. Ce phénomène peut être constaté, par exemple, au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé.

Le Statut de la Conférence de La Haye ayant été modifié en conséquence<sup>324</sup>, l'Union européenne est membre de cette organisation en qualité d'ORIE depuis le 3 avril 2007<sup>325</sup>. Elle participe ainsi aux négociations en exerçant les droits de

---

323 Voir LEHMANN (note 317), p. 14–17; KREUZER (note 315).

324 Voir art. 3 du Statut de la Conférence de La Haye du 15.07.1955.

325 Voir Décision du Conseil du 5.10.2006 relative à l'adhésion de la Communauté européenne à la Conférence de La Haye de droit international privé (JOUE 2006 L 297, p. 1); ANDREA SCHULZ, The Accession of the European Community to The Hague Conference on Private International Law, International and Comparative Law Quarterly 2007, p. 939–949. S'agissant des travaux préliminaires au sein de la Conférence de La Haye, voir Recommandation à la vingtième session de la Conférence de La Haye de droit international privé relative à l'admission de la Communauté européenne au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, Doc. préliminaire N 32 B de mai 2005; Note relative à l'admission de la Communauté européenne au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, Doc. préliminaire N 20 de février 2005; Projet de recommandation à la vingtième session de la Conférence de La Haye de droit interna-

ses Etats membres, dans son domaine de compétence, et en votant avec un nombre de voix égal au nombre de ses Etats membres<sup>326</sup>. Dans la mesure où l'art. 81 TFUE<sup>327</sup> confère à l'Union européenne la compétence de légiférer dans tous les domaines du droit international privé, elle peut dorénavant devenir membre de toutes les Conventions de La Haye. En outre, elle a une compétence exclusive de ratifier les Conventions de La Haye traitant de matières pour lesquelles elle a déjà exercé sa compétence de légiférer sur le plan interne. Toutefois, lorsqu'une convention ne prévoit pas la possibilité d'être ratifiée par une ORIE, le Conseil peut adopter une décision autorisant les Etats membres à ratifier la convention dans l'intérêt de l'Union européenne<sup>328</sup>. En 2008, celle-ci a procédé à un classement des Conventions de La Haye en définissant celles qu'elle envisage de ratifier, celles qui doivent être ratifiées par les Etats membres, celles pour lesquelles elle réserve sa décision, ainsi que celles pour lesquelles elle n'envisage aucune action<sup>329</sup>.

La participation de l'Union européenne aux travaux se déroulant à La Haye présente à la fois des avantages et des inconvénients par rapport à la situation dans laquelle chaque Etat européen exerçait lui-même ses droits. Parmi les avantages, on peut mentionner le fait que l'adoption d'une nouvelle convention est plus aisée si tous les Etats européens sont d'accord. En outre, le cadre régional étant propice à l'expérimentation, le développement d'un droit international privé communautaire permet de tester des règles de conflit au sein de l'Union européenne avant de les universaliser au sein d'un instrument international<sup>330</sup>. Mais toute médaille a son revers: une nouvelle convention rencontrera davantage de difficultés à fonctionner si elle contient des règles différentes de celles figurant dans le droit international privé communautaire<sup>331</sup>. La Convention de La Haye sur les titres intermédiaires de 2006 en est une illustration regrettable.

---

tional privé relative à l'admission de la Communauté européenne au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, Doc. préл. N 21 A de février 2005; Projet de recommandation à la vingtième session de la Conférence de La Haye de droit international privé relative à l'admission de la Communauté européenne au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé, Notes explicatives, Doc. préл. N 21 B de février 2005 (documents disponibles sur le site <<http://www.hcch.net>>, rubriques Travaux en cours, Affaires générales).

326 Voir art. 3 par. 8 du Statut de la Conférence de La Haye du 15.07.1955.

327 Cf. *supra* D.II.2.a.bb.

328 Voir p. ex. Décision du Conseil N 2003/93 du 19.12.2002 autorisant les Etats membres à signer, dans l'intérêt de la Communauté, la Convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (JOCE 2003 L 48, p. 1).

329 Voir Lettre de la Commission du 14.10.2008 adressée au Secrétaire général de la Conférence de La Haye, Accession by the European Community to Conventions of The Hague Conference on Private International Law, reproduite in: 15226/08, JUSTCIV 235, 6.11.2008 (en anglais uniquement).

330 Voir DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (note 274), p. 444 s.

331 Voir ANDREA BONOMI, Le droit international privé entre régionalisme et universalisme. Quelques considérations sur les compétences européennes en matière de droit international privé et leurs effets pour les Etats tiers, RSDIE 2006, p. 295–309, p. 308; DE BOER (note 15), p. 203.

L’Union européenne, même si elle a participé activement à la négociation de cette Convention, a refusé de la signer dès lors que la règle de rattachement conventionnelle n’est pas identique à celle figurant dans les Directives communautaires<sup>332</sup>. Si plusieurs ORIE viennent négocier dans l’esprit d’imposer leur propre solution, il sera impossible dorénavant d’adopter des conventions ayant une portée universelle. L’accueil d’autres ORIE comme membres de la Conférence de La Haye présente ainsi un risque accru de blocage des travaux au sein de cette organisation, dès lors que chacune d’entre elles risque de refuser un critère de rattachement qui n’est pas conforme à son propre droit.

## E. Les défis actuels du droit international privé suisse

Quels sont les effets sur le droit international privé suisse des tendances à l’unification du droit matériel et du droit procédural, d’une part, et à la mondialisation et la régionalisation du droit international privé, d’autre part, que l’on peut constater au niveau international? Un premier constat s’impose immédiatement: la Suisse ne peut rester ni aveugle ni indifférente à ces mouvements internationaux, sauf à adopter une politique autarcique.

La Suisse étant géographiquement au centre de l’Europe, la question de son positionnement se pose essentiellement en relation avec l’Union européenne. On peut d’ailleurs constater une influence nette du droit communautaire sur le droit suisse et notamment sur les règles de droit international privé. En revanche, les travaux d’unification du droit international privé intervenant dans les autres régions – par exemple sur le continent américain – ne sont généralement pris en considération ni par le législateur ni par les autorités suisses.

Le droit international privé suisse doit être calibré de manière à fournir à chacun la sécurité juridique nécessaire pour surmonter les complications résultant de la mobilité accrue des personnes, des biens, des capitaux et des services. Les relations privées internationales ont un besoin de certitude et de prévisibilité d’autant plus important qu’elles se créent dans un contexte mondial, instantané et dématérialisé. Force est de constater que l’environnement social, politique et économique a considérablement évolué depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Cela n’a pas pour autant changé radicalement les fondements de la méthode conflictuelle, laquelle demeure centrée sur la préoccupation consistant à rattacher le rapport juridique considéré au territoire d’un Etat afin de déterminer aussi bien les autorités compétentes que le droit applicable. Les racines du droit international privé suisse s’enfonçant profondément dans ce terreau méthodologique, il est temps de vérifier s’il offre un système de coordination des ordres juridiques adapté aux exigences de notre société.

---

<sup>332</sup> Voir GUILLAUME (note 14), Art. 108a-108d LDIP, N 10, et réf. citées.

## I. Les défis suscités par l'unification du droit privé

Le droit privé unifié est le principal rival du droit international privé. Dès lors que la Suisse ne fait pas partie d'un ensemble d'Etats ayant conclu un accord de coopération économique et d'organisation politique, elle dispose d'une certaine liberté pour intégrer des éléments de droit matériel unifié dans son propre ordre juridique. De ce point de vue, le droit international privé suisse n'a pas de grands soucis à se faire: il demeure incontournable pour coordonner l'ordre juridique suisse avec les ordres juridiques étrangers. Le fait que le droit matériel suisse subisse l'influence – inévitable – du droit communautaire n'a pas de réel impact sur le droit des conflits. Il en va de même de l'approche comparative suivie aussi bien lors de l'élaboration du droit interne que lors de son application par les autorités suisses. Il convient néanmoins de réservier une place au premier rang pour le droit communautaire dans le théâtre de la procédure civile suisse, compte tenu du rôle central joué par la Convention de Lugano.

### *1. Droit international privé suisse et droit matériel unifié*

Le législateur suisse est curieux d'apprendre des nouveautés provenant de l'étranger, et en particulier de celles qui sont adoptées à un niveau supra-étatique. Les instruments d'harmonisation douce (*soft law*) visant à favoriser l'unification du droit matériel au niveau mondial ont ainsi une certaine influence sur le droit matériel suisse. Parmi les exemples récents, on peut citer la Convention de Genève du 9 octobre 2009 sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiaires négociée sous les auspices d'UNIDROIT. La loi sur les titres intermédiaires<sup>333</sup>, qui détermine le régime juridique de ces instruments en droit suisse, a été élaborée parallèlement aux travaux se déroulant au sein d'UNIDROIT. Plusieurs principes adoptés dans le cadre de la Convention de Genève se retrouvent ainsi dans le droit suisse, celui-ci les ayant d'ailleurs intégrés avant même que la Convention ne soit signée. Dans la mesure où les Etats parviennent à unifier leur droit matériel dans ce domaine, le recours à des règles de conflit perd une grande partie de son intérêt. L'impact de l'unification du droit matériel se ressent ainsi sur le peu d'attractivité de la Convention de La Haye de 2006 sur les titres intermédiaires, dont le champ d'application est limité à la détermination de la loi applicable. Les règles de conflit de lois seront en effet rarement amenées à s'appliquer dans ce domaine, ce qui est un élément positif compte tenu de leur complexité. En revanche, les règles de procédure civile internationale, et en particulier celles permettant de déterminer le for pour une action relative à des titres intermédiaires, conservent une importance de premier ordre. La Suisse étant l'un des premiers Etats au

---

333 Loi fédérale du 03.10.2008 sur les titres intermédiaires (RS 957.1). Voir HANS KUHN/BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/LUC THÉVENOZ (éd.), *The Federal Intermediated Securities Act (FISA) and the Hague Securities Convention (HSC)*, Berne 2010.

monde à avoir adopté des règles de conflit claires dans ce domaine, en complément à un droit matériel moderne correspondant aux besoins des acteurs économiques et financiers, elle se positionne comme un Etat particulièrement attractif pour le développement d'activités financières.

Au niveau régional, l'influence du droit communautaire sur le droit matériel suisse n'est pas négligeable. Même si la Suisse n'est pas un Etat membre de l'Union européenne, elle profite de l'adoption de règles de droit au niveau de l'UE, par une sorte d'effet réflexe, grâce à son souci d'«eurocompatibilité» (*Eurokompatibilität*). Ce terme désigne la tendance du législateur suisse à adopter des lois qui sont compatibles avec le droit communautaire<sup>334</sup>. Ce désir d'eurocompatibilité a même amené le législateur à reprendre directement dans la législation suisse certains textes communautaires. Est ainsi née l'expression «adoption autonome du droit européen par la Suisse» (*autonomer Nachvollzug europäischen Rechts durch die Schweiz*)<sup>335</sup>. Lorsque le législateur intègre du droit communautaire dans le droit suisse, le Tribunal fédéral se réfère directement à la jurisprudence de la Cour de justice pour interpréter les notions issues du droit communautaire de façon conforme à leur interprétation au sein de l'Union européenne<sup>336</sup>. Cette nouvelle méthode d'interprétation est désignée par le terme d'«interprétation eurocompatible» (*«europarechtskonforme Auslegung»*). Le Tribunal fédéral va même jusqu'à prendre en considération l'évolution du droit communautaire pour interpréter les dispositions «transposant» le droit communautaire dans le droit suisse. Cette démarche est révélatrice d'une volonté de la Suisse de rester intégrée au mouvement d'unification progressive du droit privé sur le continent européen.

334 Voir art. 141 al. 2 LParl (Loi fédérale du 13.12.2002 sur l'Assemblée fédérale [Loi sur le Parlement]; RS 171.10): «Dans son message, le Conseil fédéral motive son projet d'acte et en commente au besoin les dispositions. D'autre part, dans la mesure où des indications substantielles peuvent être fournies, il fait notamment le point sur: (a) les bases légales ou constitutionnelles sur lesquelles le projet se fonde, ses effets sur les droits fondamentaux, sa compatibilité avec le droit de rang supérieur et *ses relations avec le droit européen*; [...]».

335 Voir FURRER/GIRSBERGER/SIEHR (note 195), N 178–221; SCHNYDER (note 123), p. 832–834; FRIDOLIN WALTHER, Die Auslegung des schweizerischen Zivilprozessrechts, insbesondere des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz), Berne 2002, p. 62–72.

336 ATF 129 III 335, cons. 6, dans lequel le Tribunal fédéral se livre à une interprétation eurocompatible de l'art. 333 al. 3 CO qui est directement inspiré du droit communautaire. Cette jurisprudence a été confirmée notamment dans l'ATF 132 III 32, cons. 4.1, en ces termes: «il convient de prendre en considération cette Directive [2001/23 du Conseil de l'Union européenne, du 12.03.2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements], qui est le résultat de l'évolution du droit européen avec lequel une harmonisation a été souhaitée en cette matière par le législateur fédéral (voir ATF 129 III 335, consid. 6 p. 350), lequel a modifié l'art. 333 al. 1 CO, en lui donnant sa teneur actuelle, entrée en vigueur le 01.05.1994, pour le rendre eurocompatible». A ce sujet, voir WALTER (note 208), p. 268–272; MARC AMSTUTZ, Interpretatio multiplex. Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: H. Honsell et al. (éd.), Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer, Bâle/Genève/Munich 2004, p. 67–91.

La méthode comparative adoptée systématiquement par le législateur suisse contribue également grandement à l'harmonisation du droit suisse avec les systèmes juridiques étrangers. Le législateur helvétique s'intéresse traditionnellement essentiellement au droit des pays limitrophes, à savoir le droit allemand, le droit français, le droit autrichien et le droit italien, tout en accordant une attention toute particulière au droit de l'Union européenne<sup>337</sup>. Dans certaines matières, comme le droit commercial et le droit financier, d'autres droits sont également pris en considération dont notamment le droit américain<sup>338</sup>. Tel a été le cas dans l'exemple précité de la loi sur les titres intermédiaires<sup>339</sup>.

Le Tribunal fédéral<sup>340</sup> adopte une approche comparative semblable lorsqu'il est amené à combler une lacune du droit suisse: «*Gemäss Art. I Abs. 2 ZGB soll das Gericht bei Vorliegen einer echten Lücke nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. [...] Namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr lässt sich überdies eine sachgerechte Rechtsfindung und damit auch Lückenfüllung ohne rechtsvergleichende Grundlage nicht verwirklichen [...]. Dies gilt besonders, wo sich vordringlich wirtschaftspolitische Fragen stellen und darauf zu achten ist, dass durch einen isolationistischen Rechtszustand weder Privilegierungen noch Diskriminierungen auf dem internationalen Markt begründet werden».*

## 2. Droit international privé suisse et droit procédural unifié

L'exemple de la Suisse est révélateur du fait que les Etats sont très attachés à leur «culture procédurale», ce qui complique toute démarche d'unification de la procédure civile. Quand bien même le législateur suisse adopte toujours une approche comparative, on n'en trouve nulle trace pertinente dans le cadre des travaux d'élaboration du Code de procédure civile (CPC). Le législateur se contente d'évoquer, dans leurs grandes lignes, les tendances de réforme du droit procédural provenant de l'étranger, davantage pour justifier la démarche que pour s'en inspirer<sup>341</sup>. Selon toutes vraisemblances, l'unification du droit de procédure civile des vingt-six cantons était déjà suffisamment complexe pour que le législateur renonce à prendre en considération des droits de procédure étrangers.

---

337 Voir PETER V. KUNZ, Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 2009, p. 31–82.

338 Voir p. ex. PETER V. KUNZ, Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht, *Recht* 2012, p. 37–55.

339 Voir Message du 15.11.2006 relatif à la loi sur les titres intermédiaires et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiaires, *FF* 2006 8817, N 1.3.1.

340 ATF 126 III 129, cons. 4. Voir KUNZ (note 338), p. 49 s., et réf. citées.

341 Voir Message du 28.06.2006 relatif au code de procédure civile (Message CPC), *FF* 2006 6841, N 4.

Les Principes de procédure civile transnationale développés sous la double casquette de l’Institut international pour l’unification du droit privé (UNIDROIT) et de l’American Law Institute (ALI) n’ont ainsi vraisemblablement pas eu d’influence sur le CPC. Même si ces Principes ont été adoptés avant le CPC, aucune référence n’y est faite dans le Message. Il est en tout cas certain que les autorités judiciaires et administratives suisses ne peuvent pas appliquer les Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale à titre de *lex processualis*. Le choix de ces Principes par les parties, au moyen d’une élection de procédure, demeurerait sans effet devant les autorités suisses. La LDIP et le CPC demeurent par conséquent les textes de référence pour toute procédure civile relative à une affaire internationale.

Le droit communautaire a, quant à lui, une forte influence sur le droit de procédure civile suisse. En particulier, la Convention de Lugano constitue la pierre angulaire du système des fors prévu aussi bien dans la LDIP que dans le CPC. Les règles de conflit de juridictions de cette Convention ont été reprises, dans un premier temps, dans plusieurs dispositions de la LDIP. Dans un second temps, la Convention de Lugano a marqué le droit procédural interne, d’abord en influençant les règles de for de la Loi sur les fors (LFors)<sup>342</sup>, puis celles du Code de procédure civile (CPC). La LFors, qui était une sorte d’émanation de la Convention de Lugano au niveau interne<sup>343</sup>, est considérée aujourd’hui comme le chapitre inaugural de la procédure civile suisse unifiée<sup>344</sup>. La compatibilité des fors retenus au niveau interne avec ceux de la Convention de Lugano est une préoccupation constante du législateur suisse: «[c]ette convention revêt une signification majeure pour la procédure civile, dans la mesure où elle apporte une solution unifiée à plusieurs questions importantes se posant dans les rapports internationaux à l’intérieur de l’Europe»<sup>345</sup>. On relèvera à ce sujet que le for du lieu d’exécution prévu à l’art. 5 ch. 1 de la Convention de Lugano, qui était considéré comme contraire aux intérêts suisses pendant longtemps<sup>346</sup>, a finalement été accepté par le législateur suisse lors de la révision de la Conven-

---

342 Loi fédérale du 24.03.2000 sur les fors en matière civile, abrogée par le CPC avec effet au 01.01.2011.

343 Voir Message du 18.11.1998 concernant la loi fédérale sur les fors en matière civile (Message LFors), FF 1998 2591, N 14: «[I]l’adoption de cette loi est simplement une conséquence de l’adhésion de notre pays à la Convention de Lugano, en ce sens qu’elle nous impose d’harmoniser notre droit interne avec le droit européen».

344 Message CPC (note 341), N 1.3.

345 Message LFors (note 343), N 11.

346 Voir la réserve de la Suisse à l’art. 5 ch. 1 CL 88: «Conformément à l’art. I bis du protocole N 1, la Confédération suisse se réserve le droit de ne pas reconnaître ni exécuter en Suisse un jugement rendu dans un autre Etat contractant lorsque: (a) la compétence du tribunal qui a prononcé la décision est fondée uniquement sur l’art. 5, point 1, de la présente convention; (b) le défendeur avait son domicile en Suisse au moment de l’introduction de l’instance; aux fins du présent article, une société ou personne morale est considérée comme domiciliée en Suisse lorsqu’elle a son siège statutaire et le centre effectif de ses activités en Suisse; (c) le défendeur s’oppose à la reconnaissance ou à l’exécution du jugement en Suisse, pour autant qu’il n’ait pas renoncé à se

tion de Lugano, puis repris aussi bien dans la LDIP que dans le CPC. Cet exemple montre l'influence de cette Convention sur le droit procédural interne et international de la Suisse et, par là même, la volonté de notre pays d'harmoniser le droit de procédure civile avec le droit communautaire.

La jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Lugano et au Règlement Bruxelles I, respectivement à la Convention de Bruxelles, exerce une forte influence sur celle du Tribunal fédéral. Cela s'explique notamment par l'art. 1 par. 1 du Protocole N 2 CL, lequel prévoit que «[t]out tribunal appliquant et interprétant la présente Convention tient dûment compte des principes définis par toute décision pertinente rendue par les tribunaux des Etats liés par la présente Convention et par la Cour de justice des Communautés européennes»<sup>347</sup>. Les tribunaux helvétiques doivent par conséquent tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice et de celle des autres Etats membres de la Convention de Lugano, relative à celle-ci ainsi qu'à la Convention de Bruxelles et au Règlement Bruxelles I, de manière à remplir l'objectif d'interprétation uniforme. Or, cette jurisprudence étant inévitablement teintée des principes du droit communautaire, le Tribunal fédéral s'en distancie lorsqu'elle vise à faire respecter les objectifs du droit communautaire, comme la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>348</sup>. Il nous paraît d'ailleurs très important que la Haute Cour helvétique continue à faire clairement cette différence. Le Tribunal fédéral s'inspire également, de façon plus surprenante, de la jurisprudence de la Cour de justice pour interpréter des règles de la LDIP<sup>349</sup> et, selon toutes vraisemblances dans un avenir proche, du CPC<sup>350</sup>.

## **II. Les défis suscités par la mondialisation et la régionalisation du droit international privé**

Comment la Suisse se situe-t-elle dans la double dynamique de mondialisation et de régionalisation? La question doit avant tout être envisagée d'un point de vue économique et politique. Elle suscite néanmoins également des interroga-

---

prévaloir de la déclaration prévue par le présent paragraphe.». Voir Message LFors (note 343), N 11.

347 Voir TANJA DOMEJ, in: F. Dasser/P. Oberhammer (éd.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Berne 2008, Präambel Protokoll N 2, N 1–41; voir aussi ALEXANDER R. MARKUS, Der zukünftige Vertragsgerichtsstand nach IPRG und seine Auslegung im Licht des revidierten Lugano-Übereinkommens, in: A. Bonomi/E. Cashin Ritaine (éd.), La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 87–110, p. 89–96; FURRER/GIRSBERGER/SIEHR (note 195), N 195–197.

348 Voir ATF 131 III 227, cons. 3.1.

349 Voir ATF 135 III 556, cons. 3.4, pour une interprétation de l'art. 113 LDIP conforme à la jurisprudence de la CJUE sur l'art. 5 ch. 1 CL; ATF 131 III 153, cons. 6.2, pour une interprétation de l'art. 129 al. 2 LDIP conforme à la jurisprudence de la CJUE sur l'art. 5 ch. 3 CL.

350 Voir, *mutatis mutandis*, ATF 129 III 80, cons. 2.2, pour une interprétation de l'art. 7 LFors conforme à la jurisprudence de la CJUE sur l'art. 6 ch. 1 CL; WALTHER (note 335), p. 128 s.

tions d'un point de vue juridique, notamment sous l'angle du droit international privé.

Les Etats ne participant pas à un mouvement de régionalisation doivent se positionner par rapport aux Etats y participant. Faut-il considérer ces derniers comme un ensemble intégré ou doit-on reconnaître qu'ils ont conservé une certaine individualité? La question est essentielle au niveau de la définition de la portée des règles de conflit. Mais en réalité, il faut bien admettre qu'elle se pose davantage du point de vue des Etats participant au mouvement régional que du point de vue des autres. Ce sont bel et bien les Etats membres qui vont définir leur positionnement à l'égard des Etats tiers. Cette démarche est d'ailleurs sensiblement simplifiée – même si parfois difficile à accepter de leur part – lorsque les Etats membres «délèguent» à une organisation faîtière la responsabilité de structurer les relations internes et externes du groupe. Dans tous les cas, les Etats tiers sont davantage susceptibles de subir les effets de la restructuration que d'en profiter.

Quant aux individus, ils se trouvent confrontés à un enchevêtrement de règles de conflit<sup>351</sup> dont certaines s'appliquent aux relations interrégionales (entre les Etats membres) et d'autres aux relations internationales à proprement parler (avec des Etats tiers). Sans parler du fait que certaines règles de conflit interrégionales peuvent avoir des effets réflexes sur les relations internationales, ni du fait que, dans certains cas, les règles de conflit nationales des Etats membres sont susceptibles de s'appliquer à la place de celles adoptées au niveau régional. Il faut en outre ajouter à ces problèmes de coordination entre les règles de conflit propres à la régionalisation tous ceux qui découlent de la coordination entre les règles de conflit des conventions internationales, d'une part, entre les règles de conflit conventionnelles et les règles de conflit nationales, d'autre part, et entre les règles de conflit conventionnelles et les règles de conflit régionales, d'une autre part.

La Suisse occupant une position d'Etat tiers par rapport à l'Union européenne, nous allons concentrer notre attention sur l'influence du développement du droit international privé communautaire sur le droit suisse des conflits. Nous allons cependant aborder auparavant les relations entre celui-ci et les règles de droit issues des systèmes de droit non étatiques qui se sont beaucoup développés au cours des dernières décennies et qui sont, d'ailleurs, considérées comme l'une des conséquences de la mondialisation.

## *1. Droit international privé suisse et droit non étatique*

Le droit non étatique est présent, de façon pointilliste, dans pratiquement tous les domaines du droit privé. Mais il est un domaine où le droit non étatique est

---

351 Voir KURT SIEHR, Kollisionen des Kollisionsrechts, in: D. Baetge/J. von Hein/M. von Hinden (éd.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2008, p. 211–226; GAUDEMEL-TALLON (note 15), p. 95–123.

particulièrement bien représenté: le commerce international. L'exemple de la *lex mercatoria* nous permettra d'illustrer l'impact sur les règles de conflit suisses de l'adoption de règles juridiques par des organismes privés ou des organisations interétatiques.

La principale caractéristique du droit non étatique réside dans le fait qu'il est entièrement affranchi des frontières des Etats. Il est ainsi à même de répondre aux besoins des opérateurs du commerce international dont les relations commerciales multiplient les points de contact avec un nombre indéfini d'Etats en se concrétisant à l'échelle mondiale. Le droit non étatique permet de pallier à l'offre exponentielle des fors à disposition en cas de conflit entre les parties et à la possibilité de *forum shopping* qui en découle. En effet, le droit non étatique devrait en principe s'appliquer de façon identique sans égard au juge saisi. On rappellera à ce sujet que le choix du for en cas de litige est essentiel, dès lors qu'il détermine non seulement la procédure qui sera appliquée par l'autorité saisie, mais aussi le droit régissant la relation juridique dont l'identification se fera au moyen des règles de conflit de lois du for. Le choix du for paraît ainsi sensiblement plus important que le choix du droit applicable. Cet élément doit être pris en considération par le législateur, de manière à ouvrir la compétence de ses autorités non seulement lorsqu'il estime que cela correspond aux intérêts de l'Etat, mais aussi lorsque cela satisfait l'intérêt des individus, à savoir en l'espèce des opérateurs du commerce international. A ce titre, il faut tenir compte aussi bien de la possibilité de choisir le for avant ou après le litige, que de la nécessité de protéger la partie faible dans le cadre de la relation considérée. Et, surtout, le législateur doit déterminer s'il entend permettre à ses autorités d'appliquer un droit non étatique ou s'il réserve l'application de celui-ci aux autorités arbitrales.

Le droit international privé suisse est vraisemblablement conforme aux attentes des opérateurs du commerce international. Le principe de l'autonomie de la volonté y est en effet largement répandu, alors que les droits des parties considérées comme faibles sont préservés. La prorogation de for est ainsi prévue, de façon générale, à l'art. 5 LDIP. Cette disposition exige cependant un lien concret de rattachement avec le tribunal saisi sous la forme soit de la présence du domicile, de la résidence habituelle ou d'un établissement de l'une des parties dans le canton du juge désigné, soit de l'application du droit suisse à la cause. En outre, l'art. 6 LDIP permet à une partie d'accepter la compétence d'un tribunal saisi par l'autre en renonçant à soulever l'exception d'incompétence *ratione loci*. Les parties considérées comme faibles – les consommateurs et les travailleurs – sont protégées par des règles de conflit de juridictions spécifiques. Il va sans dire que les dispositions de la LDIP s'appliquent uniquement dans l'hypothèse où aucune règle de conflit de juridictions d'origine conventionnelle ne peut intervenir. Elles céderont ainsi le pas le plus souvent aux règles correspondantes de la Convention de Lugano.

L'autonomie de la volonté est également à la base des règles de conflit de lois applicables en matière commerciale, lesquelles donnent la priorité à

l'élection de droit en ne prévoyant des règles de rattachement objectif qu'à titre subsidiaire. La liberté des parties quant au choix du droit applicable est reconnue non seulement dans le domaine du droit des obligations, mais également dans celui du droit des sociétés<sup>352</sup>. Le législateur suisse a ainsi pris une option très libérale en mettant la volonté des parties au centre du raisonnement conflictuel. Mais quelle est la portée exacte de cette liberté? Les parties à un contrat peuvent-elles choisir un système juridique non étatique ou leur liberté est-elle confinée au choix d'un droit étatique? La question se pose de façon aiguë au vu des divers droits non étatiques qui ont été développés récemment pour répondre spécifiquement aux attentes et aux besoins des opérateurs du commerce international. Peuvent être cités à ce titre notamment les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international et les Principes de droit européen des contrats<sup>353</sup>. La question du choix d'un droit national ne concerne en revanche pas vraiment la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises<sup>354</sup>, dès lors qu'elle peut en principe intervenir directement dès que ses conditions d'application sont réunies.

L'art. 116 al. 1 LDIP offre aux parties à un contrat la possibilité de choisir un «droit». Il est admis que les parties ont la liberté d'opter pour n'importe quel droit, y compris un droit n'ayant pas d'élément de rattachement avec la relation contractuelle. En revanche, le Tribunal fédéral<sup>355</sup> a précisé que les parties doivent choisir un droit étatique et ne peuvent pas choisir des règles de droit non étatiques. Celles-ci ne constituent donc pas un «droit» au sens de l'art. 116 al. 1 LDIP. La référence dans le contrat à un droit non étatique, comme par exemple les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats, sera considérée comme une simple incorporation de ces principes dans le contrat. Ceux-ci ne seront par conséquent applicables que dans la mesure où ils sont conformes aux règles impératives du droit matériel désigné par la LDIP. Cette jurisprudence, qui n'ouvre la possibilité de choisir le droit applicable qu'à un droit étatique, est critiquée par une frange de plus en plus importante de la doctrine<sup>356</sup>. Certains auteurs ont fi-

---

352 Voir art. 116 LDIP, qui est la règle générale en matière de droit des obligations, et art. 154 LDIP en matière de droit des sociétés.

353 Le texte des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international est disponible sur le site <<http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>>, celui des Principes de droit européen des contrats sur le site de la Commission sur le droit européen des contrats <[http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law)>. Voir LANDO/BEALE (éd.) (note 256).

354 Convention de Vienne du 11.04.1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM; RS 0.221.211.1).

355 ATF 132 III 285, cons. 1.3, s'agissant des règles de la Fédération internationale de football association (FIFA); ATF 126 III 388, cons. 9d, s'agissant des règles de la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA); ATF 122 IV 17, cons. 2b, s'agissant des règles de la Fédération internationale de ski (FIS).

356 Voir ANDREA BONOMI, in: A. Bucher (éd.), *Commentaire Romand. Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano*, Bâle 2011, Art. 116 LDIP, N 25, et réf. citées; CORINNE

nement remarqué à ce sujet que l'art. 116 al. 1 LDIP utilise le terme «droit», alors que le terme «droit de l'Etat» figure à l'art. 117 al. 1 LDIP. Cette différence terminologique pourrait être interprétée comme un indice en faveur de la liberté de choisir un droit non étatique. On peut cependant opposer à cette interprétation littérale l'utilisation du terme «règles de droit» à l'art. 187 al. 1 LDIP, lequel est applicable en matière d'arbitrage. Il est en effet généralement admis sur la base de cette dernière disposition que les parties peuvent choisir un droit non étatique dans le cadre d'une procédure arbitrale<sup>357</sup>.

Par conséquent, il faut admettre que le choix d'un droit non étatique par les parties à un contrat doit, en l'état actuel du droit international privé suisse, être assorti d'une convention d'arbitrage. La procédure arbitrale sera en effet la mieux à même de répondre à leurs attentes s'agissant des règles régissant leurs relations juridiques, dès lors qu'elles pourront définir contractuellement, dans une large mesure, leur contenu. Elles pourront notamment se référer à tous les usages du commerce international ainsi qu'aux autres règles issues des milieux professionnels et des organisations internationales créées par les praticiens, par une simple référence dans leur contrat à la *lex mercatoria*<sup>358</sup>.

L'exemple du droit commercial international montre que le droit international privé suisse est symptomatique des difficultés liées à l'intégration dans le raisonnement conflictuel des développements juridiques liés à la mondialisation. Les parties souhaitant se référer à un système juridique d'origine privée prenant mieux en considération leurs besoins que les systèmes juridiques étatiques, tout en ayant confiance dans le système judiciaire étatique, sont empruntées. A ce jour, elles sont contraintes dans la plupart des cas de recourir à une procédure arbitrale. Il est par conséquent nécessaire d'offrir une procédure arbitrale répondant précisément aux besoins des opérateurs du commerce international. En outre, un système performant d'exécution des décisions arbitrales est indispensable pour que l'Etat puisse remplir le rôle restreint qui lui est désormais assigné dans ce contexte. Dans une perspective d'avenir, le législateur suisse devrait réfléchir à la question de la prise en considération par les autorités helvétiques des règles de droit non étatiques dans le raisonnement conflictuel. Le système actuel présente assurément une lacune à ce titre.

---

WIDMER, Kollisionsrecht, Einheitsrecht und die «internationale Auslegung» von nationalem Sachrecht, in: A. Bonomi/E. Cashin Ritaine (éd.), *La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après*, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 195–213, p. 201–205, et réf. citées; MARC AMSTUTZ/NEDIM PETER VOGT/MARKUS WANG, in: H. Honsell et al. (éd.), *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007, Art. 116, N 21.

357 Voir BUCHER (note 108), Art. 187 LDIP, N 42; PIERRE A. KARRER, in: H. Honsell et al. (éd.), *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2007, Art. 187, N 88; ANTON HEINI, in: D. Girsberger et al. (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2004, Art. 187, N 7.

358 Les principes composant la *lex mercatoria* sont résumés sur le site <<http://www.jus.uio.no/lm>>.

## 2. *Droit international privé suisse et droit international privé communautaire*

La Suisse n'étant pas partie à l'Union européenne, le droit international privé communautaire n'est pas appliqué par les autorités judiciaires et administratives helvétiques. Il n'en demeure pas moins que les relations privées internationales présentant des liens de rattachement avec notre pays et un Etat membre de l'Union européenne sont susceptibles d'être régies par des règles de conflit communautaires. Lorsque celles-ci s'appliquent, la Suisse est qualifiée d'«Etat tiers», autrement dit d'Etat non-membre de l'Union européenne. La liberté de circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux ne s'appliquent en principe pas aux Etats tiers, dès lors qu'ils ne font pas partie du marché intérieur. Il faut toutefois réserver l'hypothèse où une convention internationale entre un Etat tiers et l'Union européenne étend le champ d'application de ces libertés à cet Etat tiers. Tel est le cas, dans une certaine mesure, des Accords bilatéraux Suisse-UE.

### a. *L'impact du droit international privé communautaire sur les relations privées helvético-européennes*

Les relations privées internationales à cheval entre un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne et la Suisse n'échappent pas aux règles de droit international privé communautaire. Certaines de ces règles de conflit ont en effet un champ d'application étendu aux Etats tiers<sup>359</sup>. Cette approche de plus en plus universaliste du droit communautaire s'explique notamment par le fait que le développement de celui-ci vise notamment à délimiter le marché intérieur du monde extérieur. Comme l'a anticipé un auteur<sup>360</sup>, le droit international privé communautaire a ainsi un impact de plus en plus important sur les intérêts des Etats tiers, dont ceux de la Suisse.

#### aa. L'impact en matière de compétence des autorités:

En matière de compétence des autorités, les Règlements communautaires s'appliquent en principe dès que le défendeur a son domicile – ou sa résidence habituelle – dans un Etat membre. On retrouve cette règle inspirée de la Conven-

---

359 Voir LAGARDE (note 36), p. 260–262 ; LEHMANN (note 317); MICHAELS (note 289), p. 168; FAUSTO POCAR, La codification européenne du droit international privé. Vers l'adoption de règles rigides ou flexibles vers les Etats tiers?, in: Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Paris 2005, p. 697–705; BERNARD AUDIT/GEORGE A. BERMAN, The Application of Private International Norms to «Third Countries». The Jurisdiction and Judgments Example, in: A. Nuyts/N. Watté (éd.), International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States, Bruxelles 2005, p. 55–82; KURT SIEHR, European Private International Law and Non-European Countries, in: P.J. Borchers/J. Zekoll, International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger, New York 2001, p. 289–299.

360 Voir BONOMI (note 331).

tion de Bruxelles de 1968, par exemple, à l'art. 4 du Règlement Bruxelles I. Dans certains Règlements, le fait que l'une des parties soit ressortissante d'un Etat membre est également pris en considération comme, par exemple, à l'art. 6 du Règlement Bruxelles II bis. Dans d'autres Règlements, le domicile du demandeur dans un Etat membre peut être déterminant, comme par exemple à l'art. 3 du Règlement sur les obligations alimentaires. Compte tenu de ces éléments de rattachement, les règles de for prévues dans ces Règlements sont susceptibles d'être appliqués par les autorités d'un Etat membre à l'égard d'une personne ayant son domicile ou son siège en Suisse ou ayant la nationalité helvétique. En revanche, d'autres Règlements s'appliquent uniquement aux relations intra-communautaires comme, par exemple, les Règlements sur le titre exécutoire européen, sur la procédure de règlement des petits litiges et sur la médiation.

Lorsqu'une question sort du champ d'application personnel d'un Règlement communautaire, les règles de conflit de juridictions de chacun des Etats membres prennent le relais. Le droit international privé des Etats membres a ainsi vocation à s'appliquer, à titre de compétence résiduelle, dans les relations avec les Etats tiers n'ayant pas suffisamment de points de rattachement avec l'Union européenne pour entrer dans le champ d'application du droit international privé communautaire.

A priori, ce processus d'unification des règles de compétence des Etats membres au niveau communautaire simplifie grandement les conflits de juridictions entre la Suisse et les Etats membres. Pour les situations internationales entrant dans le champ d'application d'un Règlement, il est en effet plus facile d'anticiper le for qui pourra être saisi en cas de litige. Dans cette mesure, il n'est plus nécessaire de connaître les règles de conflit de juridictions nationales de chaque Etat membre. Mais, en pratique, la situation reste compliquée sur un point essentiel: les fors exorbitants. En l'absence d'application d'un Règlement, les fors exorbitants du droit international privé de chaque Etat membre subsistent à l'égard de personnes ayant leur domicile ou leur siège en Suisse. Il faut toutefois réserver les matières entrant dans le champ d'application matériel de la Convention de Lugano, laquelle exclut la possibilité d'attraire une personne domiciliée dans un Etat contractant devant les fors exorbitants des autres Etats contractants<sup>361</sup>. Dans les autres matières, notamment les relations familiales internationales, les fors exorbitants nationaux peuvent être saisis.

Si cette situation est regrettable, elle reste compréhensible au vu de la liberté de chaque Etat de définir les situations dans lesquelles il estime que ses autorités sont habilitées à statuer. Or, elle est moins acceptable lorsque des fors exor-

---

361 L'art. 3 par. 2 CL prévoit que «[n]e peuvent être invoquées contre [les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention] notamment les règles de compétence nationales figurant à l'annexe 1». L'annexe 1 énumère les fors exorbitants prévus dans les règles de conflit de juridictions des divers Etats parties. En Suisse, le for du séquestre de l'art. 4 LDIP est ainsi exclu d'application à l'égard de toute personne ayant son domicile ou son siège sur le territoire d'un Etat lié par la Convention de Lugano.

bitants nationaux sont repris dans des Règlements communautaires. Par exemple, le projet de Règlement sur les successions prévoit un rattachement de principe à l'Etat de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès. Si celle-ci est située dans un Etat membre, les autorités de cet Etat sont compétentes pour régler sa succession ainsi que pour connaître des litiges successoraux. Lorsque le défunt avait sa résidence habituelle dans un Etat tiers à son décès, les autorités d'un Etat membre peuvent néanmoins être compétentes lorsque des biens de la succession se trouvent sur le territoire de cet Etat et que le défunt a eu sa précédente résidence habituelle dans ledit Etat dans les cinq ans précédant la saisine de ces autorités. En outre, les autorités d'un Etat membre dont le défunt possérait la nationalité peuvent également se déclarer compétentes, de même que les autorités d'un Etat membre dans lequel un héritier ou un légataire a sa résidence habituelle, ainsi que celles d'un Etat membre dans lequel se trouvent des biens de la succession. L'admission de ces fors exorbitants, au sein même du Règlement, lorsque le défunt avait sa résidence habituelle hors de l'UE, entraîne un risque très important de conflits positifs de compétences entre les autorités suisses et celles d'un ou de plusieurs Etats membres<sup>362</sup>.

#### bb. L'impact en matière de droit applicable:

Dans le domaine de la loi applicable, les Règlements communautaires ont adopté le principe de l'application *erga omnes*, en vertu duquel la loi désignée s'applique sans égard au fait qu'il s'agisse de la loi d'un Etat membre ou de celle d'un Etat tiers. Cette règle trouve sa source dans la Convention de Rome de 1980. On peut citer à ce titre, par exemple, l'art. 2 du Règlement Rome I et l'art. 3 du Règlement Rome II. La simplicité du système doit être saluée, même si cette règle paraît pour le moins surprenante. L'application de la loi d'un Etat tiers ne permettra en effet pas toujours de respecter les intérêts et les objectifs du droit communautaire. Ceux-ci sont cependant pris en considération par la définition dans le droit communautaire de lois d'application immédiate, lesquelles ont vocation à s'appliquer quelle que soit la loi désignée. Il reste à espérer que le législateur communautaire résistera à la tentation de multiplier les lois d'application immédiate. En pratique, on restera attentif notamment dans les domaines où le droit communautaire porte une attention particulière à la protection des parties considérées comme faibles, comme les travailleurs et les consommateurs.

Le fait que les règles de conflit de lois communautaires ont une portée universelle soulève la question du maintien des règles de conflit de lois nationales des Etats membres. En soi, celles-ci devraient pouvoir s'appliquer lorsque la compé-

---

362 Voir FLORENCE GUILLAUME, Successions helvético-européennes. Les nouveautés introduites par le futur Règlement européen du point de vue suisse, in: A. Bucher/C. Schmid (éd.), Successions internationales. Réflexions autour du futur Règlement européen et de son impact pour la Suisse, Genève/Zurich/Bâle 2010, p. 119–131, p. 124–126.

tence est fondée sur des règles de conflit de juridictions nationales et non pas communautaires. Mais on pourrait se demander si l'unification des règles de conflit de lois au niveau communautaire ne devrait pas conduire les Etats membres à renoncer à l'application de leurs propres règles de conflit de lois, même à l'égard des Etats tiers.

cc. L'impact en matière de reconnaissance et d'exequatur:

S'agissant de la reconnaissance et de l'exequatur des décisions étrangères, la Convention de Bruxelles de 1968 a initié une simplification de la procédure en prescrivant une reconnaissance de plein droit des décisions provenant des Etats liés par la Convention dans tous les autres Etats contractants. La compétence indirecte de l'autorité ayant rendu la décision n'était en principe pas contrôlée, mais les autres conditions de reconnaissance l'étaient. Ce système a été repris dans le Règlement Bruxelles I, sous la forme du principe de reconnaissance mutuelle des décisions, avec un contrôle des conditions de reconnaissance n'intervenant, cas échéant, qu'en deuxième instance. Ce régime de reconnaissance et d'exequatur directe, sur simple présentation d'un certificat de force exécutoire, correspond à celui prévu dans la Convention de Lugano. La révision du Règlement Bruxelles I abolira vraisemblablement toute procédure de reconnaissance et d'exequatur entre Etats membres<sup>363</sup>. Seuls certains droits de la partie contre laquelle l'exécution est demandée pourraient être revus, à titre exceptionnel. La remise d'un certificat de force exécutoire pourrait ne plus être requise pour certains types de procédure, sur le même modèle que ce qui est déjà prévu, par exemple, pour les décisions relatives au droit de visite et au retour de l'enfant en cas d'enlèvement international<sup>364</sup>, pour celles rendues en matière d'obligations alimentaires<sup>365</sup> et pour celles portant sur des petits litiges<sup>366</sup>. L'abolition de toute procédure de reconnaissance et d'exequatur entre les Etats membres va probablement être généralisée d'ici à quelques années, ce qui permettra d'établir un réel espace judiciaire européen. L'Union européenne pourra ainsi réellement être perçue de l'extérieur comme une unité.

Le régime communautaire de reconnaissance et d'exequatur n'est pas applicable pour des décisions provenant d'un Etat tiers, comme la Suisse. Les décisions helvétiques restent ainsi soumises à la procédure de reconnaissance et d'exequatur définie par les règles de conflit de l'Etat membre dans lequel elles doivent être reconnues et exécutées. Une décision suisse reconnue dans un Etat membre n'a, pour l'instant, qu'un effet juridique dans cet Etat. Il n'est cependant pas exclu que l'effet de la reconnaissance et de l'exequatur dans un Etat membre puisse se propager, à l'avenir, dans tous les autres Etats membres. A

---

363 Cf. note 247.

364 Voir art. 41 et 42 du Règlement Bruxelles II bis.

365 Voir art. 17 du Règlement N 4/2009 sur les obligations alimentaires.

366 Voir art. 20 du Règlement N 861/2007 sur la procédure de règlement des petits litiges.

l'inverse, une décision rendue dans un Etat membre sera reconnue et exécutée en Suisse conformément aux art. 25 ss LDIP. Il faut cependant réserver les décisions entrant dans le champ d'application de la Convention de Lugano, lesquelles sont reconnues de plein droit dans tous les Etats contractants et exécutées dans tous les Etats liés par la Convention sur simple présentation du certificat de force exécutoire. En outre, la procédure de reconnaissance et d'exequatur d'une décision provenant d'un Etat membre en Suisse – et vice versa – peut être régie par une convention bilatérale ou multilatérale liant les deux Etats. L'application d'un tel texte suppose toutefois qu'il soit encore valable à l'égard de l'Etat membre eu égard à la compétence externe de l'Union européenne.

#### *b. Les libertés fondamentales communautaires et la Suisse*

La question de l'application de la liberté de circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux à la Suisse, qui fait partie de l'Association européenne de libre échange (AELE), n'est pas simple à appréhender<sup>367</sup>. Les Accords bilatéraux I de 1999 et les Accords bilatéraux II de 2004 signés entre la Suisse et l'Union européenne<sup>368</sup> ne prévoient pas une applicabilité pure et simple des libertés fondamentales, mais un régime complexe, en mentionnant les actes législatifs communautaires qui sont applicables pour la Suisse. Ces actes présentent la particularité d'être d'application directe, sur le même modèle qu'un traité international liant la Suisse. Toutefois, leur pertinence est limitée à leur état au moment de la signature des Accords bilatéraux, dès lors que toute modification ultérieure doit être acceptée par la Suisse pour pouvoir lui être applicable. Ces Accords bilatéraux sont fondés sur le principe d'équivalence de la législation des parties contractantes, avec pour conséquence que la Suisse et l'Union européenne doivent avoir des actes législatifs compatibles dans leurs effets et leur portée (sans être pour autant identiques). Cela a entraîné l'adoption, la modification ou l'abrogation de plusieurs lois et ordonnances suisses.

Les Accords bilatéraux sont complétés par les Accords d'association aux Accords de Schengen et de Dublin signés entre la Suisse et l'Union européenne en date du 12 décembre 2008. Les Accords de Schengen et de Dublin ont pour objectif de coordonner les efforts des Etats membres de l'Union européenne en vue de renforcer les libertés individuelles des citoyens. En s'associant à ces Accords, la Suisse s'est engagée à reprendre le développement de l'acquis communautaire dans leurs domaines d'application.

---

367 Voir ASTRID EPINEY/BEATE METZ/ROBERT MOSTERS (éd.), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU. Auslegung und Anwendung in der Praxis*, Zurich 2011 ; STEPHAN BREITENMOSER/SABINE GLESS/OTTO LAGODNY (éd.), *Schengen und Dublin in der Praxis. Weiterentwicklung der Rechtsgrundlage*, Zurich 2010; DANIEL HELLER, *Die Abkommen von Schengen und Dublin. Internationale Sicherheits-Zusammenarbeit. Eine Bewertung der Vorteile und Nachteile. Bedingungen für einen Beitritt*, Zurich 2003.

368 Les Accords bilatéraux sont disponibles sur le site <<http://www.admin.ch>>, rubriques Documentation, Législation, Accords bilatéraux, Recueil. Voir p. ex. KUNZ (note 338), p. 50 s.

La non-participation de la Suisse au mouvement de régionalisation européenne n’empêche par conséquent pas le droit suisse d’être sensiblement imprégné par le droit privé communautaire, notamment sous l’influence de ces Accords.

## F. Une conclusion ...

A l’origine des règles de droit international privé apparaît la volonté de chaque Etat de déterminer le champ d’application territorial de son droit. La règle de conflit de lois adoptée par un Etat révèle en effet son intérêt à appliquer sa propre loi à une relation de droit privé présentant un élément d’extranéité. Lorsque l’Etat considère que celle-ci entretient suffisamment de points de contact avec son territoire, il prescrit l’application de sa propre loi; dans le cas contraire, il en soumet le règlement à une loi étrangère déterminée aussi objectivement que possible. Le système conflictuel repose ainsi sur la nécessité de rattacher une situation juridique au territoire d’un Etat, autrement dit de coordonner les ordres juridiques.

Si l’on souhaite que la coordination soit efficace, les systèmes juridiques étrangers doivent nécessairement être pris en considération. Le droit comparé occupe ainsi une position centrale en droit des conflits. Son rôle est cependant moins important que celui des conventions multilatérales de droit international privé dont l’objectif est d’unifier les règles de conflit pour parvenir à une harmonie internationale des solutions. Les conventions sont en effet le meilleur moyen pour atteindre l’objectif de sécurité juridique au niveau international, dès lors qu’elles permettent d’identifier à l’avance la loi applicable à une situation juridique donnée. Le droit international privé s’est ainsi considérablement développé par la voie conventionnelle au niveau mondial et au niveau régional. Toutefois, même si un effort d’unification – ou en tout cas de coordination – se fait ressentir au niveau international, il n’en demeure pas moins que cette matière reste enracinée dans les ordres juridiques internes. La recherche de la certitude et de la prévisibilité représente par conséquent encore un idéal auquel tendent les Etats sensibles aux difficultés intrinsèques à l’épanouissement des relations privées internationales.

Les règles de conflit de lois demeureront de toute façon incontournables aussi longtemps que le droit matériel ne sera pas unifié au niveau mondial. Elles présentent d’ailleurs l’avantage certain de coordonner les droits matériels tout en respectant leur diversité. L’environnement culturel, social, politique et économique spécifique à chaque Etat est ainsi préservé. Du point de vue des personnes, le droit des conflits a l’atout majeur de pouvoir offrir à chacun le choix de la loi applicable en fonction de ses intérêts et de ses besoins.

## I. ... en forme de bilan ...

Le droit international privé suisse se caractérise par une grande perméabilité. L'influence du droit étranger et des conventions internationales, aussi bien sur la construction de la LDIP que sur son application par les autorités, est le témoin de cette ouverture sur l'extérieur. Le droit international privé suisse est notamment très réceptif au droit international privé communautaire. La cohérence interne de cette loi a facilité l'appréhension des relations privées internationales par les autorités et par les parties. L'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral ne permet pas d'identifier de défaut majeur de conception. Il apparaît bien au contraire que la LDIP a apporté une certaine sécurité juridique conformément aux vœux du législateur<sup>369</sup>.

Il faut cependant remarquer à ce sujet que l'expérience montre que les questions de droit international privé se posent dans la plupart des cas à titre préalable. Ces questions ne parviennent pour cette raison pas nécessairement devant le Tribunal fédéral. Celui-ci n'a d'ailleurs pas encore eu l'occasion de combler une lacune de la LDIP en se prononçant sur la manière dont doit être déterminé le droit applicable à une question préalable (*Vorfrage*). Il n'y a par conséquent pas de solution claire au problème du rattachement de la question préalable: doit-elle être rattachée de façon indépendante – la loi applicable étant alors déterminée selon la qualification de la question préalable – ou de façon dépendante en application de la loi applicable à la question principale (la «*lex causae*»). Il convient à notre avis d'adopter une approche pragmatique pour trouver une solution à ce problème. En s'inspirant du principe de proximité, il faut admettre que les règles de la LDIP s'appliquent lorsque la question considérée à titre préalable présente un lien suffisamment étroit avec la Suisse. En revanche, lorsque les liens entretenus par la cause relevant de la question préalable avec l'ordre juridique suisse ne sont pas suffisamment intenses, cette cause sera régie par le droit désigné par une règle de conflit de lois étrangère<sup>370</sup>.

La force de la LDIP réside notamment dans le fait qu'elle allie à l'objectif de sécurité du droit une certaine souplesse. Le principe cardinal de proximité est ainsi assoupli par la place laissée à l'autonomie de la volonté. Les lois étrangères sont considérées comme équivalentes à la loi suisse et leur application ne se heurte à aucun a priori négatif, sans égard à leur nature de droit privé ou de droit public. Même les lois d'application immédiate étrangères sont susceptibles d'être prises en considération par le juge suisse. L'application du droit suisse à la place d'un droit étranger désigné par la règle de conflit ne se produit que dans des situations que l'on peut qualifier d'extrêmes, à savoir lorsque le contenu du

---

369 Pour une analyse méthodologique de la LDIP sous forme de bilan, voir IVO SCHWANDER, Vorteile und Risiken des Versuchs, methodische Probleme des IPR gesetzlich zu verankern, in: A. Bonomi/E. Cashin Ritaine (éd.), La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 31–57.

370 Cf. p. ex. BUCHER (note 108), Art. 13 LDIP, N 64; SIEHR (note 112), p. 408.

droit étranger n'a pas pu être déterminé avec certitude, lorsque le rattachement objectif ne permet pas de respecter le principe de proximité dans un cas particulier, ou lorsque l'application de la loi étrangère serait contraire à l'ordre public suisse. Le rattachement de principe au domicile – ou à la résidence habituelle – assure une certaine sécurité au statut personnel, tout comme le rattachement des sociétés à leur loi d'organisation. Ces deux critères sont d'ailleurs en passe d'être reconnus au niveau international comme les mieux à même d'assurer aux personnes la stabilité de leur statut juridique.

La souplesse de la LDIP apparaît également dans les différents moyens qui sont mis en place pour prendre en considération le résultat de l'application des règles de conflit de lois. La neutralité de certaines d'entre elles n'est en effet qu'apparente. Plusieurs règles de conflit de lois sont ainsi calibrées de manière à favoriser la validité d'un acte ou d'une situation, à protéger la partie considérée comme la plus faible dans la relation juridique, à favoriser les intérêts de l'industrie ou de la place financière suisse. L'interprétation de certaines règles de conflit de lois révèle une volonté subreptice d'atteindre un certain résultat matériel, alors que d'autres règles prescrivent même au grand jour le résultat matériel recherché. Le législateur a ainsi saupoudré la LDIP de *result-oriented rules* lorsqu'il a estimé nécessaire de prendre en considération le résultat matériel de l'application de la règle de conflit. Mais il l'a fait avec suffisamment de parcimonie pour que l'ensemble de la loi soit cohérent et fonctionnel. La justice matérielle est ainsi recherchée lorsque cela paraît nécessaire pour protéger non seulement les intérêts de la Suisse, mais aussi et surtout les intérêts individuels.

Il est permis de conclure ce bilan en constatant que la LDIP est une loi de droit international privé moderne adaptée aux préoccupations de son époque, lesquelles peuvent être résumées de la manière suivante: «*by the end of the [20<sup>th</sup>] Century, certainty remains an objective of the choice-of-law process, but the need for flexibility is more and more being acknowledged and attended to*»<sup>371</sup>. Il n'est par conséquent pas surprenant que cette loi ait exercé une certaine influence sur les codifications étrangères. Plusieurs défis attendent néanmoins la LDIP ces prochaines années.

## II. ... et de perspectives

Le principal défi en relation avec la LDIP réside dans le fait qu'il faut impérativement conserver sa cohérence tout en maintenant un système suisse de règlement des conflits performant au niveau international. La multiplication des relations privées internationales à travers la planète augmente en effet sensiblement le besoin de certitude et de prévisibilité.

---

<sup>371</sup> SYMEONIDES (note 17), p. 76.

La difficulté pour la Suisse réside dans le fait que sa situation internationale est affaiblie par son absence d'appartenance à un groupe régional d'Etats. Au niveau mondial, il est permis de penser que les règles de droit international privé auront de plus en plus pour fonction de régler les conflits entre plusieurs systèmes juridiques régionaux. Les intérêts régionaux auront en effet bientôt vraisemblablement davantage d'importance que les intérêts étatiques. Dans le cadre de ces nouveaux rapports de force, les Etats isolés auront de la peine à faire entendre leur voix. Même si notre pays occupe une place importante dans les relations commerciales internationales, son rôle est certainement moins prépondérant que celui d'autres pays comme les Etats-Unis, la Chine ou l'Inde. Si la Confédération suisse souhaite conserver l'influence qu'elle a actuellement sur l'élaboration d'un droit international privé uniifié, il faudra qu'elle parvienne à se positionner sur la scène mondiale d'élaboration des règles de conflit.

Pour éviter l'isolement international qui la guette, la Suisse doit impérativement continuer à développer le réseau de conventions internationales bilatérales et multilatérales de droit international privé. La simple prise en considération des droits étrangers, par une approche comparative, ne peut pas suffire pour coordonner les règles de conflit helvétiques avec toutes les règles de conflit étrangères. Un auteur<sup>372</sup> a d'ailleurs constaté à ce sujet que «*[c]omparative law teaches that there may be a universal quest for justice but that national rules aiming at this goal may differ considerably. [...] For international cases, the question is which version of justice to apply*».

Dans l'immédiat, il est nécessaire de poursuivre l'effort visant à coordonner les règles de droit international privé suisse et celles de droit international privé communautaire. Dès lors que la Suisse ne fait pas partie de l'Union européenne, elle ne peut pas prétendre profiter de la même manière que les Etats membres des libertés fondamentales communautaires. Le droit suisse va par conséquent être de plus en plus déconnecté du droit communautaire, malgré le souci d'eurocompatibilité. Le fossé entre l'espace judiciaire européen et l'espace judiciaire helvétique va irrémédiablement se creuser au détriment des individus qui seront progressivement amenés à développer un talent de funambule pour passer d'un espace à l'autre.

Une attention particulière doit être portée, à notre avis, sur les règles de procédure civile internationale. On peut en effet anticiper le fait que les règles de conflit de juridictions seront amenées à jouer un rôle de plus en plus central dans le raisonnement conflictuel. De la détermination du for au niveau international découle non seulement l'application des règles de conflit de lois, mais aussi celle des règles de droit procédural. Or, les règles relatives à la compétence des autorités étatiques ainsi qu'à l'organisation judiciaire et procédurale relèvent par excellence de la souveraineté des Etats. Ces règles demeureront par conséquent dans leurs prérogatives. L'effort de coordination doit ainsi être

---

<sup>372</sup> SIEHR (note 112), p. 385.

porté sur les règles de conflit de juridictions et non pas sur les règles de conflit de lois dont l'application est, somme toute, subordonnée aux premières. Un auteur anglais a d'ailleurs remarqué que les parties ont tendance à trouver un accord à partir du moment où le *for international* a été déterminé, cet accord étant facilité par le fait qu'elles connaissent désormais la loi aussi bien matérielle que procédurale qui serait appliquée par le juge<sup>373</sup>. Cette réorientation du raisonnement conflictuel recèle cependant un risque non négligeable de déséquilibre en faveur de la *lex fori*, laquelle est toujours susceptible d'être appliquée en priorité. On peut d'ailleurs se demander si l'application de principe de la loi du *for* ne devrait pas être davantage admise au grand jour, en tout cas dans les domaines où la règle de conflit de lois ne peut pas intervenir sans prise en considération du résultat matériel comme, par exemple, en droit de la famille.

Un des éléments qui nous permet de penser que les règles de *for* vont progressivement éclipser les règles visant à déterminer le droit applicable réside dans la tendance actuelle à l'unification du droit matériel au niveau mondial. Les règles de conflit de lois perdent en effet du terrain au fur et à mesure que le droit matériel progresse dans son unification. L'apparition de diverses formes de droit non étatique démontre d'ailleurs le besoin pratique d'un droit matériel unifié dans les domaines concernés. La prise en compte des règles de droit non étatique par le juge est d'ailleurs une question qui mérite d'être examinée soigneusement par les législateurs. La nature privée de ces règles soulève en effet des questions fondamentales en relation avec leur légitimité démocratique et leur aptitude à préserver l'intérêt public.

Un autre élément en faveur des règles de conflit de juridictions se trouve dans le principe de proximité lui-même. Ce principe visant à rattacher une relation privée internationale à un Etat, en fonction des liens entretenus avec son territoire, perd de sa pertinence dans le contexte actuel de mondialisation, de mobilité et de dématérialisation. Le siège des relations privées internationales est en constante évolution au gré des déplacements internationaux des personnes concernées. La seule manière de remédier à cette «proximité mouvante» consiste à prendre en considération l'élément temporel pour fixer le moment auquel la règle de conflit de lois doit être appliquée. Mais les éléments de fait peuvent avoir changé l'instant d'après et entraîner une nouvelle dissociation entre la situation à laquelle la règle de conflit entend s'appliquer et celle à laquelle elle est effectivement appliquée. L'intervention du principe de proximité se complique encore davantage lorsqu'elle implique le rattachement d'une situation juridique dématérialisée au territoire d'un Etat. Quel est, par exemple, l'Etat avec lequel un délit commis par internet entretient les liens les plus étroits? Toute tentative de localisation objective de ce type d'acte est vouée à l'échec: la litanie des liens étroits ne fournit pas de solution satisfaisante. Cet exemple montre qu'une règle de conflit de lois conçue dans une perspective de

---

<sup>373</sup> FENTIMAN (note 12), p. 173 s.

rattachement à un Etat, et donc de localisation de la situation juridique, peut se révéler parfaitement inadaptée. Il conviendrait par conséquent de trouver une autre méthode pour déterminer la loi applicable à certaines situations juridiques, telles que celles qui sont dématérialisées. Or, quelle autre méthode conflictuelle permet de déterminer objectivement la loi applicable?

L'inadéquation du principe de proximité en matière de droit applicable nous ramène aux règles de conflit de juridictions. Celles-ci ne se suffisent pas à elles-mêmes: le système doit être nécessairement complété par des règles conventionnelles permettant la reconnaissance et l'exequatur des décisions suisses à l'étranger, ainsi que des décisions étrangères en Suisse. Le réseau conventionnel actuel doit impérativement être développé, au besoin par des conventions bilatérales, afin d'obtenir une vraie mobilité internationale des décisions à travers le monde. La Convention de Lugano offre à ce titre un excellent modèle que la Suisse pourrait essayer d'étendre à d'autres pays que les Etats membres de l'Union européenne. A l'égard de ces derniers, il serait en outre souhaitable d'obtenir l'extension du système de la Convention de Lugano au droit de la famille et au droit des successions. Ce développement paraît nécessaire dans la mesure où la Suisse ne peut pas participer à l'élaboration du droit international privé communautaire.

Dans une perspective plus globale, il faut compter sur la mise en place d'une coopération de plus en plus intensive entre les Etats, laquelle passera notamment par le partage d'informations entre les autorités. Il est en effet souhaitable que l'entraide judiciaire et administrative internationale en matière civile se généralise de manière à faciliter le travail des autorités, d'une part, et à tenir davantage compte des intérêts des personnes concernées, d'autre part. L'évolution du droit international privé doit en effet passer par une meilleure prise en considération des intérêts individuels.

Pour surmonter ces défis qui attendent le droit international privé suisse, le législateur devra avant toutes choses veiller à maintenir les qualités intrinsèques de la LDIP. Il portera ainsi grand soin à préserver la cohérence et la qualité rédactionnelle de la loi, tout en coordonnant les différentes réformes de son texte. La coordination demeure en effet la préoccupation majeure des adeptes du droit international privé.

