

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 2 ^e éd. 2025	Mise à jour Andreas Bucher 4.2.2025
---	--

Chapitre 1 Dispositions communes

Art. 1

23

11^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 17.10 2024, 4A_563/2023, c. 4

28

11^e ligne, insérer : Cependant, la pratique pourrait évoluer de manière plus nuancée (cf. ATF 150 III 268 ss, 278, rappelant la pratique « Schubert » en se référant à l'ATF 148 II 178, qualifiant cette exception de plutôt âgée et largement inapplicable).

Bibliographie

LDIP :

Conventions internationales en général :

Immunité des Etats et des Organisations internationales :

Suisse :

Autres sources :

Art. 2-12

7

8^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 15.11.2024, 4A_49/2024, c. 3.1, puis insérer : , le lieu d'un acte illicite (ATF 25.10.2024, 4A_444/2024, c. 3.3.3,

12

La claque adressée à une doctrine unanime, citée sans nom (ATF cité du 5.9.2024, c. 5.2.2), mais manifestement dirigée contre son auteur principal (Sem.jud. 2024 p. 211-223), heurte le devoir des Juges de s'inspirer de la doctrine (art. 1 al. 3 Code civil) et, tout au moins, de la traiter avec courtoisie. Ce n'est pas le rôle de la Haute Cour de balancer la doctrine dans l'anonymat, sans aucun examen, alors que de très nombreux auteurs relèvent simplement, depuis des années, que le pays ne mérite pas une jurisprudence permettant aux tribunaux « d'admettre leur compétence sans en vérifier toutes les conditions ». Comment une telle phrase, dans le vrai sens de ses termes, est-elle concevable dans un Etat de droit ?

14

Mais, pour faire compliqué, ce n'est pas tout : le juge du fond, comment va-t-il se prononcer sur la validité de la décision de l'autorité de conciliation si la compétence est contestée ? La théorie lui demande de renvoyer une question de compétence liée à des faits de double pertinence à l'examen du fond. Cependant, ce n'est pas ce qui lui est demandé lorsqu'il examine la validité de l'autorisation d'introduire la demande, à laquelle la théorie ne s'applique pas. Faudrait-il donc examiner la question de la compétence de l'autorité de la conciliation pour trancher la question de la recevabilité de la demande d'emblée, sans tenir compte de la théorie, tout en renvoyant la même question, s'agissant de sa propre compétence, au fond, puisque c'est ce que lui demande la théorie ?

20

Dans son arrêt du 10.12.2014 (4A_28/2014, c. 4), en effet, le Tribunal fédéral avait observé que lorsqu'à la suite de l'instance, on aborde le fond, comportant l'administration des preuves au fond, cela ne signifie pas qu'un rejet pour défaut de compétence ne puisse plus être prononcé. Au contraire, lorsque le juge parviendrait à ce stade, ce qui se passe alors, c'est qu'il statuera sur la compétence et, si elle est donnée, sur le fond de la prétention litigieuse elle-même (c. 4.2.2). On en déduit qu'inversement, si cette preuve n'est pas apportée, le juge ne statuera pas sur la prétention au fond, mais constatera son incompétence,

cette fois, en quelque sorte, à titre définitif. D'après cet arrêt, le juge du fond, après avoir examiné les moyens de preuve relatifs aux faits doublement pertinents, « statuera sur sa compétence ». Le Tribunal fédéral s'est rendu compte de son erreur : tout d'abord, l'idée de publier son arrêt dans le Recueil officiel des ATF a été abandonnée, puis l'ATF 141 III 299 est venu corriger l'erreur, suivi de l'ATF cité du 3.5.2016, c. 5.2.1, relatif à l'art. 113 LDIP, et de l'ATF 26.6.2015, 4A_731/2015, dans un cas interne. Une autre contradiction apparaît dans un arrêt successoral, constatant que la théorie empêche le juge de tenir compte des objections de la partie défenderesse pour déterminer la nature de l'action intentée, tout en ajoutant que la nature successorale de l'action est déterminée au regard des « motifs sur lesquels est fondée la demande et qui sont invoqués par la partie adverse pour y résister » (ATF 7.2.2018, 5A_681/2017, c. 4.1.2).

23

Il suffit donc, pour bénéficier de la compétence des juridictions en matière de prud'hommes, de bail, de commerce, de rendre la condition matérielle de compétence vraisemblable, sans s'exposer aux objections du défendeur prétendant qu'il n'existe pas, par exemple, de contrat de travail ou de bail, ou que l'on ne se trouve pas dans une affaire commerciale. Inversement, le demandeur peut se contenter de rendre vraisemblable, unilatéralement, qu'il n'y a pas lieu de déroger à la compétence du tribunal ordinaire saisi, en affirmant qu'il n'existe pas de contrat de travail ou de bail ou que l'affaire ne relève pas du commerce. Dans de tels cas, le défendeur est privé de l'accès aux tribunaux spécialisés instaurés par la loi, même si le tribunal ordinaire aboutira à la conclusion, en examinant le fond du litige, que la condition de recevabilité devant un tel tribunal était fondée.

Puisqu'on est au stade des confusions, on citera encore l'arrêt du 22.11.2024 (4A_577/2023) observant, dans un litige opposant une Caisse maladie à une société exploitant un hôpital, que la question à résoudre est de savoir si la prétention de la demanderesse relève de la juridiction civile ordinaire ou non, et ce « sur la base des allégations de la demanderesse, conformément à la théorie des faits doublement pertinents ». S'il en était ainsi (c. 1). Comment l'arrêt peut-il développer un raisonnement, soutenu par la partie défenderesse et adoptée par la cour cantonale, selon lequel il s'agissait en fait d'un litige portant sur les assurances-maladie complémentaires relevant de la compétence de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice et non de celle du tribunal civil ordinaire (c. 3). Si la théorie était appliquée, comme le rappelle l'arrêt (c. 1), le Tribunal fédéral n'aurait pas pu aller aussi loin.

24

Corriger et compléter la dernière phrase : La théorie ne s'applique pas aux conditions d'un appel en cause (art. 8b LDIP, art. 82 al. 2 CPC ; ATF 4.7.2023, 4A_336/2022, c. 2 ; ATF 2.9.2024, 4A_25/2024, c. 2). Elle est encore ignorée à propos d'une action réelle qui dépend de la nature juridique de la prétention litigieuse (ATF 13.9.2024, 5A_520/2023, c. 5.2).

27

Pour marquer le contraste, on citera l'ATF 8.11.2024, 5A_289/2024, c. 3.3.3 : « La compétence matérielle des tribunaux (cf. art. 4 ss CPC) est soustraite à la disposition des parties. même en l'absence de griefs correspondants (...). ... Il s'agit d'éviter qu'un jugement soit rendu par un tribunal qui n'est pas matériellement appelé à statuer (...). » – Sauf à présenter des allégations susceptibles de soutenir la théorie et d'effacer les griefs du défendeur !

Bibliographie

LDIP :
Conférence de La Haye – Convention Jugements de 2019 :
Droit international privé étranger et comparé :

Art. 2

	Art. 3
Bibliographie	
	Art. 4
	Art. 5
<p>4 Art. 5 n° 4 Modifier la dernière phrase : La Suisse a décidé d'adhérer à la Convention, dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1.1.2025, et de procéder à l'abrogation de l'alinéa 3 de l'art. 5 LDIP (RS 0.275.21, RO 2024 547, 561).</p> <p style="text-align: center;"><i>Le commentaire de la Convention de La Haye suivra.</i></p> <p>11 Biffer la dernière phrase.</p> <p>12 In fine, ajouter : ATF 13.11.2024, 4A_505/2024, c. 4.1</p> <p>42 Corriger dans la 1^{ère} phrase: Dans le contexte de l'<u>adhésion</u> à la Convention de La Haye de 2005, _____ deux Conventions, de Lugano et de La Haye (FF 2023 1460 p. 31 s., <u>RO 2024 561</u>).</p> <p>Bibliographie LDIP : <i>Convention de La Haye sur les accords d'élection de for de 2005 :</i> <i>Droit international privé étranger et comparé :</i> LEON THEIMER, Die unionsrechtliche Zukunft des Schadenersatzes wegen Verletzung einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung, RabelsZ 88 (2024) p. 556-585</p>	
	Art. 6
	Art. 7
Bibliographie	
	Art. 8
Bibliographie	
	Art. 8a
Bibliographie	
	Art. 8b
Bibliographie	
	Art. 8c
Bibliographie	

Législation

Le Conseil fédéral propose aux Chambres fédérales de mettre en œuvre un régime de réparation collective des dommages, introduisant au CPC l'action des organisations et la possibilité de transactions collectives (n° 21.082, FF 2021 3048). Cet ensemble de règles de procédure interne est complétée par un nouvel art. 8d LDIP, en ces termes :

Art. 8d

Xa. Action des organisations et transaction collective

¹ Sont compétents en matière d'actions des organisations les tribunaux suisses du lieu où il est possible de faire valoir le droit de l'une au moins des personnes concernées.

² Sont compétents au surplus pour les déclarations de force obligatoire des transactions collectives les tribunaux suisses du siège de l'organisation.

Art. 8d

Xa. Verbandsklage und kollektive Vergleiche

¹ Für Verbandsklagen sind die schweizerischen Gerichte an dem Ort zuständig, an dem der Anspruch mindestens einer der betroffenen Personen eingeklagt werden kann.

² Für Verbindlicherklärungen kollektiver Vergleiche sind überdies die schweizerischen Gerichte am Sitz des Verbandes zuständig.

Art. 8d

Xa. Azione collettiva e transazione giudiziaria collettiva

¹ Per le azioni collettive sono competenti i giudici svizzeri del luogo nel quale è possibile far valere la pretesa di almeno una delle persone interessate.

² Per le dichiarazioni del carattere vincolante di transazioni giudiziarie collettive sono inoltre competenti i giudici svizzeri del luogo in cui ha sede l'associazione.

1

La proposition est calquée sur les règles que le Conseil fédéral suggère introduire dans le CPC au niveau du droit suisse (n° 21.082, FF 2021 3048 p. 32).

14

La Commission des affaires juridiques du Conseil national a différé sa décision sur l'entrée en matière et l'examen du projet en détail à l'été 2023, en attendant les résultats d'études complémentaires (cf. SJZ 2022 p. 886). Selon son Communiquée du 4.7.2023, la commission est arrivée à la conclusion qu'avant de décider d'entrer en matière, il serait opportun d'élargir l'examen des mesures de sécurité possibles pour empêcher l'utilisation abusive des instruments d'action collective et de valider l'analyse d'impact de la réglementation en interrogeant les entreprises directement concernées. Elle a attribué les mandats correspondants au département compétent. La commission devrait reprendre l'examen du projet au 1^{er} trimestre 2024. Après avoir repris l'examen du projet, la Commission est arrivée à la conclusion qu'il conviendrait de proposer au Conseil de ne pas entrer en matière (Communiqué du 18.10.2024).

Bibliographie

10

15^e ligne, ajouter : ATF 21.10.2024, 5A_880/2023, c. 4.1.1

In fine, ajouter: Il n'y a pas d'identité entre la modification des contributions d'entretien en faveur des enfants et celle relative aux prestations dues à l'ex-conjoint si celles-ci sont indépendantes (ATF cité du 21.10.2024, c. 4 et 5).

13

In fine, ajouter : Même si l'art. 62 CPC régit des points de procédure, il le fait toujours subsidiairement à l'art 9 al. 2 (disposition non citée dans l'ATF cité du 21.10.2024, c. 4.1.2).

Bibliographie

LDIP :

Droit international privé étranger et comparé :

Art. 10

4

In fine, ajouter : Le fait que l'art. 158 al. 2 CPC déclare les dispositions sur les mesures provisionnelles applicables ne signifie par que les preuves à futur constituent de telles mesures ; il s'agit d'une procédure probatoire spéciale (ATF 20.12.2024, 4A_609/2023, c. 3.2.2).

Bibliographie

LDIP :

Droit international privé étranger et comparé :

Art. 11-11a

5

5^e ligne, enlever l'italique et dire : Dans sa version initiale, l'alinéa 4 de l'art. 11a entendait consacrer cette pratique,

5a

Depuis l'adoption de la version modifiée de l'art. 11 (le 20.12.2024, FF 2025 24), la notification et l'obtention des preuves ne sont plus que des cas d'application (certes importants : « en particulier ») de la Convention de 1954, la portée des chapitres I et II de celle-ci étant dorénavant élargie aux « actes de puissance publique effectués en Suisse dans le cadre de procédures civiles étrangères », qui se font par « la voie de l'entraide judiciaire » (art. 11 al. 1 ; FF 2024 792, p. 19). On doit partir de l'idée que les dispositions de cette Convention sont remplacées, dans leur champ de pertinence, par la Convention de 1965 sur les notifications (art. 22) et par celle de 1970 sur l'obtention des preuves (art. 29). Par ailleurs, la Convention de 1954 demeure applicable par analogie aux Etats tiers (FF 2024 792, p. 3/4, 19). En revanche, dans la mesure où l'on admet que la Convention de 1970 soit également applicable avec les Etats tiers (FF 2024 792 p. 5/6, 21), celle de 1954 doit rester prioritaire dans les relations avec les Etats qui n'appliquent que celle-ci.

9

9^e ligne, insérer : La loi a été adoptée par les Chambres fédérales le 20.12.2024 (LPCJ, FF 2025 19).

In fine, ajouter : Il convient d'associer au système e-CODEX le Règlement 2023/2844 du 13.12.2023 relatif à la numérisation de la coopération judiciaire et à l'accès à la justice (JOUE 2023 L 2844, p. 1), qui est applicable aux instruments rattachés audit système (art. 2 ch.1, Annexe I).

Il semble bien que pour le moment, le rattachement de la Suisse au système européen de numérisation des actes judiciaires ou extrajudiciaires ne figure pas au programme. La Stratégie Suisse numérique 2025 ne comprend pas un volet international (FF 2025 31). L'Ordonnance sur la transformation numérique et l'informatique (OTNI, RS 172.010.58) prévoit l'harmonisation des applications dans le domaine judiciaire entre la Confédération et les cantons (art. 31).

11

10^e ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 17.10.2024, 5A_322/2024, c. 3.2

16

In fine, dire : Enlever l'italique de l'art. 11. Remplacer la dernière phrase par : Lors de la réforme de cette partie en 2024, la désignation de l'Office fédéral de la justice a été transférée à l'alinéa 4 de l'art. 11, la fonction de cet Office étant qualifiée d'« intermédiaire » et non plus comme une autorité qui « traite » les demandes d'entraide.

28

10^e ligne, remplacer l'art. 11 par art. 11 al. 4

43

5^e ligne, ajouter à la lit. a : ATF ATF 17.10.2024, 5A_322/2024, c. 3.2.1.1

50

13^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 17.10.2024, 5A_322/2024, c. 3.2

74a

Dans la nouvelle disposition de l'alinéa 2 de l'art. 11 (FF 2025 24), la Suisse adopte pour nouvelle position que les parties à un procès (Prozesspartei) séjournant en Suisse peuvent être invitées « directement » à déposer des actes ou des moyens de preuve dans le contexte d'une procédure civile étrangères. C'est l'une de deux règles (al. 2 et 3) par lesquelles se concrétise une nouvelle politique, consistant à renoncer à l'exigence d'une autorisation préalable de la part des autorités centrales suisses, principalement en matière d'obtention des preuves (cf. n° 92-92c, 120a). Cette position est renforcée de manière à réduire l'impact de la Convention. En premier lieu, l'invitation à déposer « directement » des actes ou moyens de preuve dans le contexte d'une procédure civile étrangère doit être notifiée, certes, par la voie de l'entraide judiciaire, mais cette exigence ne s'applique pas, selon le Message, si la partie concernée dispose d'un domicile de notification à l'étranger (auprès de son représentant légal dans l'Etat où est menée la procédure), puisque, dans ce cas, la notification ne constitue pas un acte de puissance publique effectué en Suisse, comme l'exige l'alinéa 1 (FF 2024 792, p. 20). En second lieu, plus surprenant encore, en renonçant à une notification formelle, la Suisse déroge au mode de transmission des actes selon la Convention de notification de 1965, qui exige qu'en Suisse, les demandes de notification en provenance d'un autre Etat contractant soient reçues par l'Autorité centrale cantonale, à charge pour elle de la remise au destinataire (art. 2-5). L'on ne respecte non plus la déclaration n° 1 de la Suisse, estimant que la Convention s'applique de manière exclusive entre les Etats contractants en vertu de son art. 1, qui déclare celle-ci applicable « dans tous les cas où un acte judiciaire ou extrajudiciaire doit être transmis à l'étranger pour y être signifié ou notifié » (cf. FF 1993 III p. 1217 s.). La remise de l'acte au représentant à l'étranger ne suffit pas ; en revanche, l'Autorité centrale cantonale, suivant la législation de l'Etat requis (art. 5 al. 1 lit. a), peut adresser l'acte au domicile de notification de la partie concernée (art. 140 CPC) ou à son représentant en Suisse (art. 137 CPC). Si cet avis du Conseil fédéral devait faire école, on mettrait la Convention de 1965 à plat : car normalement, la partie adverse en Suisse aura désigné un représentant dans l'Etat d'origine de l'acte à lui communiquer bien avant que l'autorité judiciaire dans cet Etat s'apprête à le faire, soit dès les premiers pourparlers et l'annonce qu'un procès allait se préparer. Si la démarche suggérée par le Gouvernement suisse était suivie, la « notification » ne sera pas effectuée selon la Convention, à travers le canal des autorités centrales ; elle sera donc invalide.

74b

Indirectement, l'alinéa 2 de l'art. 11 aura son impact dans le cadre de la Convention de Lugano, d'une part du fait de son renvoi à la Convention de 1965 (art. 26 par. 3) et, d'autre part, par rapport au Protocole n° 1, pour lequel la Suisse s'est réservé le droit d'exiger l'observation d'autres modes de transmission que la communication directe prévue à l'art. I, par. 2, ce qui implique également un renvoi à ladite Convention.

74c

On est étonné de lire que selon le nouveau texte de l'art. 11, le domaine des « Actes d'entraide judiciaire » (note marginale) représente des « actes de puissance publique » (hoheitliche Handlungen), « activités souveraines », sans aucune indication quant à la portée juridique de cette expression, en contraste flagrant avec l'expression standard, retenue dans les Conventions de La Haye, d'« actes judiciaires ou extrajudiciaires ».

77

Ajouter à la fin : Une société mère n'est pas valablement assignée à comparaître si l'acte introductif d'instance a été signifié à l'adresse de sa filiale domiciliée dans l'Etat membre où le recours a été intenté, même si la société mère et sa filiale forment une unité économique (CJUE 11.7.2024, C-632/22, Volvo AB, n° 46-70).

88

In fine, ajouter : La Suisse avait déposé une déclaration divisée en six parties lors de la ratification de la Convention (RO 1994 p. 2807 ; FF 1993 III p. 1221-1228). Selon l'Arrêté fédéral du 20.12.2024, elle entend remplacer le n° 5 de la déclaration par une nouvelle disposition, dont le texte figure dans le Message (FF 2024 792, p. 11-13), tandis que l'Arrêté ne présente qu'une synthèse (art. 1). Conformément à l'art. 34, un Etat peut à tout moment « retirer » ou « modifier » une déclaration (FF 2024 792, p. 23). En revanche, si un Etat peut à tout moment retirer une réserve, qui a pu avoir pour but, notamment, d'exclure en tout ou en partie l'application des dispositions du chapitre II, tandis qu'il ne peut en produire une nouvelle après être devenue partie à la Convention (art. 33). Il ne peut donc non plus formuler une réserve modifiant une ancienne, qui comptera comme une réserve nouvelle, sauf s'il s'agit clairement d'un retrait partiel. La nouvelle déclaration ne fait pas correctement face à cette problématique (cf. n° 127a-d).

92

In fine, ajouter : L'Arrêté fédéral a été adopté le 20.12.2024, sans changement (FF 2025 24).

92a

L'alinéa 2 est censé reproduire la pratique actuelle (FF 2024 792, p. 19 s.). Cela n'est pas le cas dans la mesure où cette pratique devait donner lieu à une autorisation préalable. Celle-ci n'étant plus requise lorsqu'une partie à un procès séjournant en Suisse est invitée « directement » à déposer des actes ou des moyens de preuve, ce qui inclut l'hypothèse d'une procédure de discovery (cf. n° 92-92c, 120a).

92b

L'application purement analogique des dispositions du chapitre II de la Convention s'explique par le fait que l'on ne vise pas toujours, à l'alinéa 3, des cas d'obtention des preuves, mais également des situations comparables, telles qu'une audition ou une interrogation, dépourvues de lien avec un acte d'instruction probatoire, et ce par « tout moyen électronique de transmission du son ou de l'image » (FF 2024 792, p. 18). Les deux moyens servant d'illustration sont la « conférence téléphonique » ou la « vidéoconférence » (de même l'art. 1 de l'Arrêté fédéral). Ce second moyen représente de nos jours le cas classique, tandis que le premier ne permet pas, normalement, d'assurer la fiabilité et la confidentialité du procédé et la participation à titre d'égalité des personnes réunies uniquement par le son. Dans le cadre européen, ce n'est pas un instrument approprié (cf. le Règlement 2023/2284, cité, c. 32, qui utilise le terme « visioconférence » qui permet une interaction visuelle, audio et oral – art. 2 ch. 6). La déclaration suisse exige d'ailleurs que lors d'une vidéoconférence, le son et l'image doivent parvenir simultanément à tous les participants (al. 3 lit. j) ; cela n'est pas prévu à l'alinéa 3 de l'art. 11 et pourrait être contourné facilement en qualifiant une telle conférence de téléphonique. L'art. 170a CPC relie les deux vecteurs par la conjonction « et », sans exiger la présence d'un témoin (cf. FF 2020 p. 2658, précisant que le cas échéant, les règles d'entraide doivent être respectées, qui n'exigent pas une telle présence).

92c

Une lecture combinée des deux nouveaux alinéa 2 et 3 peut se résumer à la possibilité pour une partie localisée en Suisse de répondre librement, sans autorisation préalable et sans contrôle d'une autorité suisse, à l'invitation d'une autorité étrangère de produire des actes ou moyens de preuve (al. 2) ou de participer à une audience ou une interrogation menée par une autorité étrangère habilitée à cet effet (al. 3). Dans le second cas, la Convention de 1970 est pertinente à travers les dispositions de son chapitre II si celles-ci sont applicables, tandis qu'elle est applicable uniquement par analogie lorsqu'il s'agit de démarches « en dehors de la procédure d'obtention des preuves », ce qui entraîne « la nécessité de prévoir des règles étendues » (FF 2024 792, p. 10). Il n'empêche que dans la première hypothèse, il ne s'agit pas de l'obtention de preuves non plus, comme le confirme le Message (loc.cit.), sans préciser qu'il y aurait alors lieu d'appliquer la Convention tout au moins par analogie. La différence entre les deux cas consiste en ceci que dans le premier cas, l'invitation doit être acheminée par la voie de l'entraide judiciaire (al. 2), soit une notification formelle, ce qui n'est pas le cas de l'appel à joindre une audience ou une interrogation, qui se situe normalement dans un procès déjà notifié et en cours (al. 3). L'alinéa 3 renferme deux nouveautés importantes : (1) La Suisse retire l'exigence d'une autorisation préalable pour des actes d'instruction visés par l'art. 17 de la Convention et menés par un moyen électronique de transmission du son ou de l'image dans les conditions figurant à l'alinéa 3 de la déclaration, et (2) elle élargit l'usage de tels moyens afin de servir à une audience ou une interrogation par une autorité étrangère compétente, sans porter sur l'obtention des preuves.

92d

L'annonce d'une audience ou d'une interrogation au sens de l'alinéa 3 doit parvenir à l'autorité réceptive au moins 14 jours avant la conférence ; selon la déclaration (alinéa 1), elle est réputée faite en temps utile si elle parvient à l'Office fédéral de justice, tandis que, selon le Message, elle doit parvenir également à l'autorité cantonale compétente (FF 2024 792, p. 15). Elle peut avoir pour auteur le tribunal civil étranger, une partie à la procédure, ou encore la personne concernée, voire le représentant de ces personnes (loc.cit.). Une telle annonce a pour objectif de permettre à l'Autorité centrale cantonale de décider si elle souhaite prendre part à la conférence (art. 19), dans le but essentiel d'assurer le respect des règles sur la protection de la personne concernée et des obligations de secret s'appliquant en Suisse (loc.cit.). Dans ces limites, l'autorisation préalable est toujours exigée et non retirée selon l'art. 17 ; elle est simplement réduite dans sa portée dans les conditions de l'art. 11 al. 3, en sorte que l'art. 19 de la Convention reste applicable. La personne concernée doit déclarer son consentement à la conférence avec les modalités prévues dans l'alinéa 3 de la déclaration (lit. f) ; il conviendra de veiller à ce que ce consentement ne soit pas rédigé en des termes touchant au contenu de la conférence. Il est prévu que ce consentement peut être retiré en tout temps (lit. g), sans que l'on sache quelles en seraient les conséquences sur la procédure en cours. Un retrait partiel n'est ni prévu ni prohibé (dans le cas d'un déplacement du lieu de séjour,

par exemple). Si l'autorité suisse constate une irrégularité, elle pourra aviser l'auteur de la communication, mais elle ne pourra pas interdire la conférence, sous réserve du cas d'une dénonciation pénale (FF 2024 792, p. 16/17). La déclaration prévoit encore qu'en principe, la langue maternelle peut être employée par la personne interrogée, qui peut demander en plus que les dépositions essentielles des autres participants soient traduites (al. 3 lit. i). Cette règle sort du domaine de la Convention de 1970.

92e

Il n'est pas indiqué comment procéder si la communication est incomplète, dès sa soumission ou ultérieurement, en raison d'un retrait partiel. S'il manque un document ou une information, l'autorité cantonale avise l'auteur qui répond normalement sans tarder. On ne peut refuser de donner suite à la demande s'il manque le consentement de la personne concernée ou si elle le retire, sauf dans des cas définis par l'art. 11 de la Convention. Même si la personne entend faire défaut, son mutisme ne doit pas faire échec à la notification. L'autorité cantonale devra alors, s'il n'y a pas d'autre moyen, procéder par la voie édictale (art. 141 CPC).

92f

Le Message n'est pas explicite sur la nature des « actes de puissance publique » servant à d'autres fins que l'obtention de preuves, tout en étant effectués à travers une audition ou une interrogation. L'on se situe certes dans le contexte d'une « procédure civile », mais cette notion est comprise dans un sens large et « désigne n'importe quelle procédure en matière civile », menée même ailleurs que devant une autorité judiciaire (FF 2024 792, p. 18). L'élargissement ainsi promulgué à l'art. 11 LDIP pourra donc sortir nettement du domaine de la notification et de l'obtention des preuves et servir de moyens au recueil de renseignements et l'échange de vues entre autorités concernées à travers les frontières dans le contexte d'autres procédures, comme en matière de protection des enfants et des adultes et dans les litiges résultant d'un enlèvement d'enfant (art. 85 n° 59, 358), mais également en matière d'arbitrage (art. 183 n° 14, 184 n° 17, 185a n° 13). Le Règlement 2023/2844 du 13.12.2023 relatif à la numérisation de la coopération judiciaire et à l'accès à la justice (JOUE 2023 L 2844, p. 1), mentionne explicitement que le RB II^{ter} est rattaché au système (art. 2 ch.1, Annexe I, n° 13).

93

In fine, ajouter : Comme cela s'est déjà produit dans la pratique récente, les communications qui doivent être adressées à l'Office fédéral de la justice peuvent l'être sous forme électronique (al. 4 de la déclaration n° 5).

96

In fine, ajouter : Sans modifier cette déclaration n° 3, la Suisse vient d'y déroger dans la nouvelle déclaration n° 5 (al. 4), indiquant que les communications adressées à l'Office fédéral de la justice doivent être rédigées dans une langue officielle du canton concerné ou accompagnées d'une traduction. Il ne faudra donc pas nécessairement se servir de la langue de la partie du canton concernée, étant donné que l'on s'adressera à une autorité fédérale ou à une autorité centrale cantonale. Selon le Message, il s'agira du canton dans lequel la personne concernée séjourne au moment de la conférence (FF 2024 792, p. 17) ; or, cette personne n'a pas pour obligation de s'établir à un lieu ainsi déterminé, sans déménager encore, étant donné que la loi n'exige qu'un séjour en Suisse (art. 11 al. 3), comme elle n'a point l'obligation de venir en Suisse dans le seul but d'assister à une audience ou une interrogation qui, par définition, auront lieu par la voie électronique et sans exiger sa présence.

120a

Sans le dire explicitement, la Suisse entend réduire l'impact de sa déclaration n° 6, affectant l'art. 23 de la Convention. Il est soutenu, en effet, que la Convention notification de 1965 ne s'appliquera plus lorsque l'acte à notifier peut être remis au représentant d'une partie officiant dans l'Etat d'origine de la requête de discovery. La Convention ne couvre pas ce mode de procéder et la Suisse l'a explicité clairement dans sa déclaration n° 1 jointe à la Convention de 1965 (cf. n° 74 s.). De ce fait, la demande de discovery ne traverse plus les offices d'une autorité centrale en Suisse et elle ne fera pas l'examen d'une autorisation, qu'elle soit préalable ou postérieure à sa mise en exécution qui se fera « directement », sans passer par le filtre de la déclaration n° 6.

On peut se demander si le moment a été bien choisi pour affaiblir la barrière à l'égard des demandes de « pre-trial discovery of documents » auxquelles la Confédération semble devoir faire face dans les procédures engagées aux Etats-Unis à la suite du désastre du Crédit suisse.

127a

Dans la déclaration que la Suisse entend déposer afin de modifier celle fournie lors de la ratification, la demande ne sera plus à adresser uniquement à l'Autorité centrale du canton où aura lieu l'acte d'instruction, mais en plus à l'Office fédéral de la justice, respectivement « à ces deux autorités à la fois », étant entendu qu'elle contiendra alors pour l'essentiel les mêmes indications (FF 2024 792, p. 9). Il est également noté que l'autorité cantonale

recevra une « copie » (FF 2024 792, p. 11, 13), ce que la déclaration ne dit pas, sauf à comprendre, sous l'alinéa 4, qu'il faille adresser ces deux communications conjointement à l'Office fédéral de justice sous forme électronique. L'une et l'autre instructions ne sont pas conformes à la Convention, qui exige que chaque Etat contractant désigne « une » Autorité centrale (art. 2 al. 1) qui recevra la commission rogatoire « sans intervention d'une autre autorité de cet Etat » (al. 2). La possibilité d'instaurer plusieurs autorités centrales est réservée aux Etats fédéraux et aux Etats connaissant plusieurs systèmes de droit (art. 24 al. 2, art. 25) ; une seule autorité réceptive doit cependant être désignée dans de tels cas. Le Message précise d'ailleurs que ce point consiste à régler « plus clairement les compétences internes en matière d'octroi des autorisations ». Imposer deux autorités ou plus alourdit le processus de transmission des demandes et constitue dès lors une réserve. Enfin, on n'a pas pensé au remplacement, respectivement à la suppression du n° 2 de la déclaration suisse, qui désigne les autorités cantonales en tant qu'autorités centrales au sens des art. 2 et 24 de la Convention ; au contraire, il est précisé que cette déclaration, comme les autres rattachées à la Convention de 1970 et à celle de 1965, sont conservées (FF 2024 792, p. 21).

127b

Selon le Message, l'une des nouveautés sur le plan du contenu de l'alinéa 1 de la déclaration consiste « dans la réserve en faveur des interrogations ou des auditions menés par conférence téléphonique ou vidéoconférence, réglés à l'al. 3 » (FF 2024 792, p. 13). Si tel était le cas, une telle « réserve », étant nouvelle, ne serait pas admissible au regard de l'art. 33 al. 1. Cependant, cela n'est pas la conclusion appropriée. En adoptant une interprétation large et adaptée à l'évolution des techniques de transmission, on peut penser que l'on est encore dans le contexte de l'art. 17 de la Convention (cela en suivant la pratique, observée dans le Message, FF 2024 792, p. 14). C'est également la raison pour laquelle l'indication du législateur qu'il s'agirait dans les hypothèses de l'alinéa 3 d'une application purement analogique doit être nuancée. Le Message observe d'ailleurs que dans les cas régis par la Convention, il s'agirait d'un renvoi purement déclaratoire (FF 2024 792, p. 10, 21). L'obligation de passer par la voie de l'entraide judiciaire serait ainsi maintenue pour la transmission électronique de preuves écrites ou la notification électroniques d'actes judiciaires (FF 2024 792, p. 20) ; cela est toutefois inexacte dans la mesure où l'alinéa 2 est applicable.

127c

Dans la mesure où l'autorisation préalable ne sera plus requise, il n'y a pas moyen de circonscrire, même indirectement, les personnes susceptibles de faire l'objet d'un acte d'instruction probatoire. Les alinéas 2 et 3 font un premier pas en exigeant qu'il doit s'agir de parties ou de personnes « séjournant en Suisse ». La notion de séjour (« Aufenthalt ») est sans doute factuelle et proche de celle de résidence plus que transitoire, sans être d'une certaine durée. Elle semble même être plus courte encore, étant donné que dans les cas couverts par l'alinéa 3, il est exigé de la personne uniquement qu'elle séjourne en Suisse « pendant la conférence » (déclaration, al. 3 lit b ; FF 2024 792, p. 14) ; une présence de passage serait donc suffisante. Toutefois, l'art. 17 de la Convention ne contient pas une telle condition, étant donné qu'il mentionne uniquement qu'il s'agirait d'une personne visée par « tout acte d'instruction concernant une procédure engagée devant un tribunal d'un autre Etat contractant ». Dès lors, si on voulait donner à l'exigence de « séjour » un contenu limitatif, on ferait glisser la déclaration vers une réserve à l'application de l'art. 17. On arrive à ce stade encore pour une autre raison, étant donné que la déclaration prévoit que la personne concernée consent à séjourner sur le territoire de l'autorité cantonale compétente (ch. 3 lit. a), référence étant faite à l'art. 19 de la Convention, qui ne connaît pas cette exigence, incompatible également avec les alinéas 2 et 3 de l'art. 11 LDIP qui mentionnent les parties et les personnes « séjournant en Suisse ». Cela serait d'autant plus étonnant que rien de tel n'est prévu lorsque le sujet visé est une personne morale, qui n'a pas de séjour, montrant également que les dispositions du nouvel art. 11 LDIP sont lacunaires sur ce point. De plus est, le Message enlève à l'exigence d'un séjour toute pertinence dans les cas de parties représentées à des fins de notification dans l'Etat d'origine de la demande (al. 2), puisqu'il ne s'agirait alors pas d'un « acte de puissance publique effectué en Suisse » (cf. n° 74a, 92, 120a, FF 2024 792, p. 20) ; aucune attestation conforme à la Convention et établie par l'autorité compétente de l'Etat requis ne sera alors fournie (art. 6). Enfin, on doit se rendre compte que pour participer à une communication électronique, la présence physique de la personne concernée a peu de sens, le facteur essentiel étant la possibilité d'assurer l'identification des participants (cf. c. 19 du Règlement UE 2023/2844). En effet, pourquoi faudrait-il faire venir de loin un témoin ou un expert pour se loger en Suisse pour une durée incertaine et répondre aux questions du juge devant son ordinateur ? Pourquoi une partie devrait-elle séjourner en Suisse, dès lors que dans ce pays, la notification peut se faire à son représentant ou à son domicile de notification (art. 137, 140 CPC) ?

127d

Curieusement, l'art. 1 de l'Arrêté, qui retient la synthèse de l'alinéa 3 de la déclaration et de l'alinéa 3 de l'art. 11, autorise le Conseil fédéral à modifier la déclaration relative aux art. 15 à 17 de la Convention de 1970 dans le sens indiqué par les termes de l'art. 11 al. 3, mais ceci en ajoutant aux conditions requises les termes « pour autant que des conditions spécifiques de préservation de la souveraineté de la Suisse et de protection de la personne concernée soient réunies ». Or, ce membre du texte ne figure ni à l'art. 11 al. 3, ni dans la déclaration reproduite dans le Message. Cela est d'autant plus étonnant au regard du fait que l'objectif principal de ces dispositions consiste à ce qu'une autorisation préalable ne soit pas nécessaire. Le Message fait allusion à cette exigence par la mention qu'elle serait incluse dans l'instruction d'annoncer la conférence en temps utile (al. a ; FF 2024 792, p. 14 s.) ; il n'empêche qu'elle ne figure pas dans la déclaration. De surcroît, cette condition, dont la mise en œuvre institutionnelle est incertaine, n'est pas compatible avec le cadre plus strict du motif de refus de « l'atteinte à la souveraineté » au sens de l'art. 12 al. 1 lit. b de la Convention (cf. n° 104). S'il devait s'agir d'une réserve, elle est tardive (art. 33 al. 1). Les prérogatives liées à la souveraineté découlant du principe de la territorialité, le domaine d'application de celui-ci est parfois difficile à cerner lorsqu'une transmission électronique est en cause et que les données concernées sont, certes, accessibles à une personne en Suisse, alors qu'elles se trouvent à l'étranger, par exemple dans le cas d'un serveur opérant hors du territoire suisse, à travers lequel transitent des informations documentaires ou des liaisons téléphoniques, dont les participants ne peuvent souvent pas être localisés (cf., dans une affaire pénale, ATF 150 IV 308 ss., 314, 321 s.). Il peut alors en résulter que l'on puisse douter de l'applicabilité des dispositions de l'art. 11, s'agissant d'actes qui ne sont pas « effectués en Suisse » et qui impliquent des personnes dont on peut supposer, sans être certain, qu'ils se trouvent en Suisse.

Bibliographie

LDIP et Conventions internationales :

FF 2023 679, 2025 19 (plateformes), BO CN 2023 p. 1914-1924, 2024 p. 2036-2041, 2435-2038, 2520 s., 2590, CE 2024 p. 685-698, 10., 18., 19., 20. 2024 ;

FF 2024 792 (entraide) ; BO CN 2024 p. 1645-1650, 2593 ; BO CE 2024 16.12.2024, 20.12.2024

Conventions internationales et droit international privé étranger et comparé :

Union européenne :

Art. 11b

Art. 11c

Art. 12

Art. 13-19

Bibliographie

Méthodes du droit international privé :

LOUIS D'AVOUT, La cohérence mondiale du droit, Cours général, RCADI 443 (2024) p. 9-723

Fraude à la loi :

Règles de rattachement à caractère substantiel, Autonomie de la volonté :

Règles matérielles de droit international privé

Art. 13

55

6^e ligne, ajouter dans la parenthèse, à la fin : cf. ATF 13.9.2024, 5A_520/2023, c. 5.3.

89

3^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 13.9.2024, 5A_520/2023, c. 5.3.3

<p>Bibliographie <i>LDIP :</i> <i>Portée de la désignation du droit applicable</i> <i>Qualification</i> <i>Adaptation</i> <i>Questions de procédure :</i> <i>Droit international privé étranger et comparé :</i> <i>Portée de la désignation du droit applicable :</i> <i>Qualification:</i> <i>Adaptation :</i> <i>Questions de procédure :</i></p>	
	Art. 14
<p>Bibliographie <i>LDIP</i> <i>Droit international privé étranger et comparé :</i></p>	
<p style="text-align: right;">Art. 15</p> <p style="text-align: right;">Art. 16</p> <p>5 In fine, ajouter : Pour le Tribunal fédéral, cependant, des inscriptions dans des registres du commerce étrangers ne sont pas des faits notoires (ATF 150 III 209 ss, 212-214). 7 13^e ligne, préciser : 4A_244/2023, c. 7.6.1, non reproduit dans l'ATF 150 III 280 ss 29 3^e ligne, ajouter à l'ATF 133 III 327 s. : ATF 13.9.2024, 5A_520/2023, c. 5.1 30 15^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 12.9.2024, 5A_749/2023, c. 2.3.2 33 6^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 17.12.2024, 4A_347/2024, c. 3.3 35 20^e ligne, citer avant l'auteur mentionné : l'ATF 150 II 417 ss, 426, le cite mais en méconnaît le sens</p> <p>Bibliographie <i>LDIP :</i> <i>Droit international privé étranger et comparé :</i></p>	Art. 17
<p>Bibliographie <i>LDIP :</i> <i>Droit international privé étranger et comparé :</i></p>	
<p style="text-align: right;">Art. 18</p> <p>6 8^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 16.12.2024, 5A_89/2024, c. 4.2</p>	
	Art. 19

<p>Bibliographie <i>LDIP :</i> <i>Droit international privé étranger et comparé :</i></p>	
<p style="text-align: right;">Art. 20-24</p> <p>28 In fine, ajouter: Les mêmes règles s'appliquent à un certificat de résidence délivré à l'étranger (ATF 19.9.2024, 5A_362/2024, c. 5).</p> <p>Bibliographie <i>LDIP :</i></p> <p><i>Union européenne :</i> CHRISTIAN KOHLER/WALTER PINTENS, <i>Entwicklungen im europäischen Personen-, Familien- und Erbrecht 2023-2024</i>, FamRZ 71 (2024) p. 1413-1426</p> <p><i>Droit international privé étranger et comparé :</i></p> <p><i>Droits fondamentaux et de l'homme :</i></p>	
<p style="text-align: right;">Art. 20</p> <p>22 7^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 17.12.2024, 5A_101/2024, c. 3</p> <p>23 9^e ligne, ajouter aux ATF mentionnés : ATF cité du 17.12.2024, c. 3.2</p> <p>25 In fine, ajouter : Le double ancrage, tant à l'étranger qu'en Suisse, peut rendre le choix très délicat ; le conseil de procéder à une vue d'ensemble (« Gesamtbetrachtung ») n'offre pas nécessairement une approche convaincante de la solution (cf., très détaillé, l'ATF 150 II 244 ss, 255-263).</p> <p>Bibliographie <i>LDIP :</i> <i>Droit international privé étranger et comparé :</i></p>	
<p style="text-align: right;">Art. 21</p>	
<p style="text-align: right;">Art. 22</p> <p>Bibliographie</p>	
<p style="text-align: right;">Art. 23</p> <p>Bibliographie <i>LDIP</i> <i>Droit international privé étranger et comparé :</i></p>	
<p style="text-align: right;">Art. 24</p> <p>Bibliographie <i>LDIP</i> <i>Droit international privé étranger et comparé :</i></p>	
<p style="text-align: right;">Art. 25-32</p>	

<p>8 18^e ligne, insérer : Cela comprend une motivation des décisions qui démontre que l'autorité a procédé à un examen circonstancié des points spécifiques, pertinents et importants d'un demandeur CEDH 26.11.2024, NDI Sopot S.A., n° 115/116).</p> <p>Bibliographie <i>LDIP :</i> <i>Conventions bilatérales:</i> <i>Droit international privé étranger et comparé :</i></p>	
	Art. 25
	Art. 26
<p>53 In fine, ajouter : La question étant placée en marge de l'ordre public, l'art. 239 CPC inspire une certaine retenue, en mettant l'accent sur la réaction de la partie concernée à demander une motivation écrite dans un bref délai.</p> <p>59 2^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 21.10.2024, 5A_880/2023, c. 4.1.1</p> <p>64 <i>Insérer comme avant-dernière phrase :</i> L'objectif consiste à éviter le risque de jugements contradictoires même si la condition d'identité d'objet n'est pas remplie (cf. ATF cité du 21.10.2024, c. 4.4).</p>	Art. 27
	Art. 28
	Art. 29
	Art. 30
<p>Bibliographie</p>	Art. 31
	Art. 32