

La Semaine Judiciaire  
146<sup>e</sup> année

SJ

N° 3 2024



---

**Mars 2024**

---



<b>Jurisprudence</b>	<b>167</b>	<b>Examen en deux temps de l'appréciation des preuves dans le cadre d'un congé discriminatoire au sens de la LEg</b>
	<b>174</b>	<b>De la preuve du délai de séparation de deux ans dans le cadre d'une procédure de divorce sur demande unilatérale</b>
	<b>179</b>	<b>Refus du prononcé de l'adoption des enfants d'une ex-partenaire</b>
	<b>182</b>	<b>Comment arrêter le revenu effectif d'un retraité qui continue de travailler à titre indépendant ?</b>
	186	Cluses insolites et droits d'utilisation après la résiliation d'un contrat de mise à disposition d'un logiciel
	192	Appel en cause en procédure administrative fédérale
	194	Irrecevabilité d'une demande d'indemnisation formée devant le Tribunal civil en raison de l'autorité de la chose jugée d'un arrêt rendu antérieurement par la Chambre pénale
	197	Accès des médias aux ordonnances pénales de non-entrée en matière et de classement
	199	Refus du prononcé de l'adoption d'un majeur, faute de communauté domestique et de justes motifs
	202	Pas de droit acquis à l'usage accru du domaine public, même après l'exploitation d'une buvette durant de nombreuses années
	205	Conditions exigées pour la preuve de l'envoi d'un acte dans le délai de recours
	207	Devoir de vérité du notaire lors de l'établissement d'un acte authentique
	<b>Doctrines</b>	<b>211</b>
<b>Cahier</b>	227	Veille législative
	229	Veille CourEDH
	233	Publications récentes
	237	Prix SGDL
	238	Agenda



---

# Doctrine

---



# La théorie des faits doublement pertinents : quel avenir ?

---

**ANDREAS BUCHER**

Professeur honoraire, Université de Genève

---

## Synthèse

---

La théorie des faits doublement pertinents expose les praticiens à des difficultés non négligeables, voire à l'incompréhension. Pour le défendeur, elle signifie qu'il lui est refusé de s'opposer à la compétence d'un tribunal si celui-ci est saisi d'une action fondée sur des faits qui sont pertinents, non seulement pour trancher la question de la compétence, mais également pour juger du fond. On admet alors que la compétence est acceptée sur la base des seules allégations du demandeur, même si, après avoir examiné tous les faits pertinents au fond, le tribunal se rend compte que les faits retenus pour affirmer la compétence n'étaient en réalité pas démontrés. Ce défaut a provoqué des écarts dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. En 2014 d'abord, il a été dit que le juge pourra toujours reprendre la question de la compétence s'il devait constater, en examinant le fond, que sa compétence n'aurait pas dû être admise. Après avoir corrigé cette position aussitôt en 2015, le Tribunal fédéral y est revenu dans trois arrêts prononcés en 2023, constatant que le juge qui affirme sa compétence préliminairement ne rend pas véritablement une décision sur cette question, étant donné qu'il n'en examine pas toutes les conditions, c'est-à-dire les faits doublement pertinents. Cette nouvelle position, véritable changement de jurisprudence, a deux facettes : en premier lieu, le recours fondé sur l'art. 92 LTF est irrecevable ; en second lieu, la question de la compétence n'est pas tranchée définitivement, mais on ne sait pas comment elle pourrait être articulée à nouveau, étant donné que, selon la théorie telle que développée par le Tribunal fédéral, le juge ayant appliqué celle-ci a renvoyé l'affaire pour être jugée au fond, sans laisser de place pour l'examen de sa compétence. Dans ces conditions, l'avenir de la théorie mérite un nouvel examen, sous tous les angles, s'agissant de la procédure civile, du droit constitutionnel fédéral et cantonal et de la CEDH, ainsi qu'en référence à la Convention de Lugano et de la jurisprudence de la CJUE.

Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen ist für den Praktiker schwer zu handhaben, wenn sie nicht gar als unverständlich erscheint. Sie bedeutet für den Beklagten, dass es ihm verwehrt ist, seine Einwände gegen die Zuständigkeit des Gerichts vorzubringen, soweit die Klage sich auf Tatsachen stützt, die sowohl für die Zuständigkeit als auch für das Urteil in der Sache massgebend sind. Es wird diesfalls angenommen, dass die Zuständigkeit allein auf der Grundlage der klägerischen Behauptungen anzunehmen ist, und zwar auch dann, wenn das Gericht nach der Beweisführung in der Sache zur Auffassung gelangt, dass die für die Feststellung seiner Zuständigkeit massgebenden Tatsachen in Wirklichkeit nicht nachgewiesen werden konnten. Dieser Mangel hat zu Ausschlägen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts geführt. Im Jahr 2014 hiess es, dass das Gericht nicht daran gehindert ist, die Frage der Zuständigkeit neu aufzuwerfen, wenn es bei der Vorbereitung des Sachurteils zur Überzeugung kommt, dass seine Zuständigkeit nicht bestand. Nachdem diese Beurteilung sogleich im Jahre 2015 korrigiert wurde, ist das Bundesgericht in drei im Jahre 2023 ergangenen Entscheiden wieder zur früheren Meinung zurückgekehrt, mit der Feststellung, dass das Gericht, das seine Zuständigkeit auf der Grundlage der Theorie bejaht, keine eigentliche Entscheidung über seine Zuständigkeit fällt. Diese Auffassung beinhaltet eine eigentliche Änderung der Rechtsprechung, wobei zwei Aspekte im Vordergrund stehen. Zum ersten kann auf eine auf Art. 92 BGG gestützte Beschwerde nicht eingetreten werden. Zweitens ist davon auszugehen, dass die Zuständigkeit nicht definitiv beurteilt worden ist, wobei man allerdings nicht weiss, in welchem Zusammenhang diese Frage wieder neu aufgeworfen werden kann, in Anbetracht der Tatsache, dass das Gericht auf der Grundlage der Theorie seine Zuständigkeit bejaht und den Fall zur Beurteilung in der Sache verwiesen hat, ohne eine Möglichkeit zur neuen Beurteilung der Zuständigkeit offen zu lassen. Unter diesen Umständen drängt sich eine vertieftere Prüfung der Theorie unter allen relevanten Gesichtspunkten auf, die vor allem das Zivilprozessrecht, das Verfassungsrecht des Bundes und der Kantone sowie die EMRK betreffen, einschliesslich des Lugano-Übereinkommens und der Rechtsprechung des EuGH.

## Table des matières

---

<b>I.</b>	<b>L'arrêt de 2014</b>	<b>214</b>
<b>II.</b>	<b>Les arrêts de 2023</b>	<b>215</b>
<b>III.</b>	<b>Les réactions</b>	<b>217</b>
<b>IV.</b>	<b>Les repères pour l'avenir</b>	<b>218</b>
<b>A.</b>	<b>La LTF</b>	<b>218</b>
<b>B.</b>	<b>Les dérogations</b>	<b>219</b>
<b>C.</b>	<b>Le CPC</b>	<b>219</b>
<b>D.</b>	<b>Le droit constitutionnel et la CEDH</b>	<b>220</b>
<b>E.</b>	<b>La Convention de Lugano</b>	<b>220</b>
	<b>Conclusion</b>	<b>223</b>

---

---

# I. L'arrêt de 2014

Or, ce dernier point était manifestement une erreur, reconnue comme telle et corrigée aussitôt, dans un arrêt publié au Recueil officiel (ATF 141 III 294 ss, 299). L'arrêt de 2014 n'a donc pas sonné la disparition de la théorie. Le Tribunal fédéral s'est rebiffé, remettant la jurisprudence sur le bon chemin afin de poursuivre son attachement à la théorie. Prenant l'air confortable, le Tribunal fédéral a dressé la liste de ce qui est prescrit en présence de faits doublement pertinents, à savoir, notamment, que (a) le juge saisi examine sa compétence sur la seule base des allégués, moyens et conclusions de la demande, sans tenir compte des contestations du défendeur et sans procéder à aucune administration de preuves; et (b) *s'il admet sa compétence au regard des allégations du demandeur*, il procède alors à l'administration des preuves puis à l'examen du bien-fondé de la prétention au fond. S'il conclut finalement que le fait doublement pertinent censé fonder sa compétence n'est pas réalisé, *il doit rejeter la demande par une décision sur le fond*, revêtue de l'autorité de chose jugée<sup>2</sup>. Or, ce qui était censé servir de mode d'emploi de la théorie a rendu ses derniers services au début de l'an 2023.

---

Lors de la parution, il y a à peine dix ans, de l'arrêt du 10 décembre 2014 (4A\_28/2014), nous avons cru pouvoir annoncer que la théorie des faits doublement pertinents allait s'effondrer d'elle-même, soulageant ainsi les praticiens qui ne la maîtrisent guère<sup>1</sup>. En effet, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a estimé qu'après avoir affirmé sa compétence sur la seule base des allégations du demandeur, le juge pourra toujours se prononcer sur sa compétence lors de la procédure au fond, lorsque sera menée l'administration de la preuve du fait doublement pertinent, avec pour résultat possible que ce fait n'existe pas et n'aurait donc pas permis le prononcé sur la compétence si la preuve des allégués du demandeur avait été requise (considérant 4.2.2).

1 Vers l'implosion de la théorie des faits doublement pertinents, SJ 2015 p. 67-77.

2 ATF 141 III 298 s.; ATF 10.12.2019, 4A\_484/2018, c. 5.2; ATF 3.5.2016, 4A\_573/2015, c. 5.2.

---

## II. Les arrêts de 2023

---

Deux arrêts, rendus par des Juges fédéraux officiant en qualité de Juge unique, *suivi d'un troisième*, ont allumé la flamme qui pourrait mener à l'effacement de la théorie, tant celle-ci va s'avérer intenable sous cette nouvelle orientation<sup>3</sup>.

En effet, dans un arrêt rendu par une Juge fédérale unique le 9 mai 2023 (4A\_219/2023, c. 2.1), c'est l'ATF 147 III 159 ss du 17 février 2021 qui sert de repère pour affirmer que le jugement par lequel le tribunal décide d'entrer en matière sur le fond après avoir constaté sa compétence selon la théorie des faits doublement pertinents *ne constitue pas une décision préjudicielle sur la compétence selon l'art. 92 LTF*. L'arrêt précité n'a pas été lu correctement: dans cette affaire, la première juge a statué qu'elle renvoyait l'administration des preuves relative aux faits doublement pertinents au fond<sup>4</sup>. Sa décision devait donc s'analyser comme un «refus de statuer par une décision séparée sur la compétence»<sup>5</sup>, ce qui laissera

à la défenderesse la possibilité (en cas d'admission de l'action au fond) «de contester l'existence du fait doublement pertinent sous l'angle du bien-fondé de l'action du recourant contre la décision finale»<sup>6</sup>. Les autres arrêts cités ne contribuent pas au débat non plus: l'un réforme un arrêt cantonal au motif que la théorie n'aurait pas dû être appliquée, étant donné que le demandeur commettait un abus de droit en alléguant devant le Tribunal des prud'hommes l'existence d'un contrat de travail alors qu'en l'espèce, il s'agissait manifestement d'un contrat d'agence<sup>7</sup>; l'autre porte sur une affaire dans laquelle les premiers juges ont d'emblée examiné la question de l'existence d'un contrat de travail au fond, sans avoir rendu au préalable une décision séparée sur leur compétence; la question litigieuse portait ainsi sur les éléments constitutifs d'un contrat de travail<sup>8</sup>.

Dans son arrêt, la Juge fédérale a compris que l'arrêt attaqué s'était fondé sur la théorie pour déterminer la compétence du tribunal de district au lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat; elle n'a pas remarqué, par contre, qu'en appliquant la théorie, la question de la compétence était définitivement tranchée et non renvoyée à plus tard afin d'être réglée avec le fond. Le recours était ainsi examiné sous l'angle de l'art. 93 LTF, puis jugé irrecevable faute d'un préjudice irréparable, alors qu'il était recevable selon l'art. 92 LTF. Enfin, l'arrêt qui avait rectifié l'arrêt de 2014 est mentionné, sans discussion, alors qu'il notait clairement que le juge qui avait admis sa compétence en vertu de la théorie, lorsqu'il aura administré des preuves sur les faits doublement pertinents s'agissant du fond «*ne peut et ne doit pas alors revenir sur la décision qu'il avait prise d'entrée de cause à ce sujet*»<sup>9</sup>. Dans l'arrêt de la Juge unique, l'erreur commise en 2014 est cette fois implicite, mais tout aussi manifeste, car elle sous-entend que si la question de la compétence n'a pas été résolue définitivement au stade de l'entrée en matière, elle le pourra ultérieurement, en liaison avec le fond, lorsque le fait doublement pertinent sera tranché définitivement.

3 Un arrêt représentant une étape préliminaire, très imprécise, notait que l'autorité cantonale avait appliqué la théorie et, ce faisant, ne s'était pas livré à une analyse complète de la compétence, le recours ayant été reçu sous le visa de l'art. 93 LTF (ATF 26.04.2023, 4A\_393/2022, c. 1.1).

4 ATF 147 III 161.

5 ATF 147 III 164.

6 ATF 147 III 166.

7 ATF 26.04.2023, 4A\_393/2022, c. 3. Curieusement, cet arrêt sert de référence à l'arrêt rendu deux semaines plus tard, le 9 mai 2023. Alors que le premier arrêt rappelait encore que la théorie autorise le juge saisi «à admettre sa compétence sans en vérifier toutes les conditions» (c. 2.1.1), pour le second, ce n'est pas ce qu'il fait, puisque le juge, toujours selon la même théorie, ne décide pas de la question de la compétence de façon effective («weil die Zuständigkeitsfrage darin nicht effektiv entschieden ist», c. 2.1).

8 ATF 05.05.2021, 4A\_429/2020, c. 2.3.

9 ATF 141 III 299.

Or, on est là à l'opposé de ce que le Tribunal fédéral a présenté comme l'essence même de la théorie. En effet, dans l'arrêt qui a inspiré le nouvel arrêt du 9 mai 2023, il a été constaté que la théorie autorise le juge saisi «à admettre sa compétence sans en vérifier toutes les conditions»<sup>10</sup>. «Admettre sa compétence» veut dire, suivant la théorie, ce que cela veut dire: le juge statue affirmativement et définitivement (sous réserve de recours) sur sa compétence. Cependant, la théorie ne s'arrête pas là puisqu'elle implique que *ces conditions relatives à la compétence ne soient jamais examinées*. Ainsi que l'explique l'arrêt cité, lorsque le juge se déclare compétent alors même que l'existence d'un acte illicite n'a pas été établie, cette condition sera certes examinée par le juge dans la phase du procès au fond, «mais cela n'entraînera aucune modification de sa décision sur la compétence qui est définitive»<sup>11</sup>. L'arrêt du 10 décembre 2019 en a fourni la démonstration: le Tribunal des prud'hommes de Genève a retenu sa compétence sur la base de la théorie, pour conclure finalement que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail, le jugement étant alors rendu sur le fond, sans revenir sur la question de la compétence, tranchée préalablement selon la théorie, mais d'une façon qui s'est révélée erronée<sup>12</sup>.

Répétant sommairement le même arrêt et les mêmes jurisprudences, une autre Juge unique de la même Cour a également éconduit le défendeur qui voulait recourir contre un arrêt cantonal refusant d'entrer en matière sur l'examen du déclinatoire invoqué devant les juridictions des prud'hommes à Lucerne, encore une fois au motif que l'arrêt cantonal, appliquant la théorie, n'aurait pas décidé de la question de compétence de manière effective et définitive, l'art. 92 LTF étant ainsi inapplicable, faute d'une décision sur la compétence<sup>13</sup>. Les deux instances cantonales avaient déclaré l'action recevable et décidé d'entrer en matière sur le fond sur la base de la théorie. La question de la compétence était ainsi tranchée définitivement, ce qui est déterminant pour l'application de l'art. 92 LTF. En effet, l'affaire étant poursuivie au fond, il ne se présentera plus aucune occasion pour reprendre l'examen de la question de la compétence, étant donné que le fait doublement pertinent de l'existence d'un contrat de travail restera litigieux uniquement sous l'angle du bien-fondé de l'action.

La Cour a repris la question, cette fois dans une formation à trois juges, rendant un nouvel arrêt le 11 octobre 2023 (4A\_266/2023), qui répète quasiment mot par mot les deux arrêts antérieurs, pour conclure que les juridictions cantonales avaient correctement qualifié le contrat litigieux en tant que bail, comme le soutenait le demandeur, allévation qu'il n'y avait pas lieu de vérifier, selon

la théorie, même si le défendeur faisait valoir qu'il s'agissait d'un simple contrat sur le transfert d'un restaurant. La jurisprudence citée est restée la même (considérant 2.5), sauf un arrêt du 10 septembre 2018<sup>14</sup>. Son omission semble indiquer que les Juges ont déjà eu une idée sur la faille de leur raisonnement. En effet, dans cet arrêt, il fut constaté que le juge refusant d'ordonner une mesure provisionnelle faute de compétence rend une décision incidente au sens de l'art. 93 et non de l'art. 92 LTF, avec pour conséquence que son prononcé relatif à sa compétence n'est pas définitif et ne lie pas ce juge, ce qui rend le recours selon l'art. 92 irrecevable. Or, les Juges uniques ont approuvé cet arrêt, en le citant, ce qui n'est pas le cas des mêmes Juges, complétés par une troisième, qui ne le citent pas. On comprend les enjeux: si le tribunal, affirmant sa compétence en vertu de la théorie des faits doublement pertinents, ne rend pas une décision définitive sur cette question et peut donc statuer à nouveau sur la question de sa compétence lors d'une phase ultérieure de la procédure, principalement lors de l'examen de la demande au fond, on revient à l'arrêt erroné de 2014, mettant à néant le bénéfice que l'on croyait tirer de la théorie, en ignorant la correction dans un arrêt rendu peu de temps après<sup>15</sup>. En citant l'arrêt du 10 septembre 2018, les Juges uniques ont accepté cette conséquence, alors que cela ne figure plus dans le troisième arrêt du 11 octobre 2023. Or, selon une jurisprudence jusqu'alors constante, le Tribunal fédéral ne voulait pas se départir de l'art. 92 LTF. Le recours critiquant l'application de la théorie à la compétence est dirigé contre une décision incidente, effective et définitive, en matière de compétence à raison du lieu selon l'art. 92 LTF<sup>16</sup>, contrairement à une décision refusant de trancher la question de la compétence par une décision séparée<sup>17</sup>.

10 ATF 147 III 163.

11 ATF 147 III 163; cf. de même, l'ATF cité du 10.12.2019, c. 5.2.

12 ATF 10.12.2019, 4A\_484/2018, c. 5.3.

13 ATF 20.09.2023, 4A\_410/2023, c. 3.

14 ATF 144 III 475 ss.

15 ATF 141 III 299.

16 ATF 25.06.2015, 4A\_703/2014, c. 1, non reproduit dans l'ATF 141 III 294 ss; ATF 03.05.2016, 4A\_573/2015, c. 1; ATF 26.10.2022, 4A\_16/2021, c. 1.1; ATF 22.12.2004, 4C.296/2004, c. 1.1, non reproduit dans l'ATF 131 III 153 ss, concernant l'art. 49 OJF, repris à l'art. 92 LTF; ATF 133 I 288 ss, 290.

17 ATF 147 III 164.

Avec les arrêts de 2023, on assiste donc à un changement radical de jurisprudence, sans que cela soit dit. Pour le défendeur, le résultat est déprimant: il n'est pas entendu avec son exception d'incompétence sous prétexte qu'elle serait fondée sur un fait doublement pertinent, et devant le Tribunal fédéral, on déclare son recours irrecevable. Dans toute la filière juridictionnelle suisse, le défendeur ne sera donc jamais entendu, subissant une juridiction forcée à laquelle il ne peut résister. Dans les États européens, il ne sera pas mieux loti, car il ne pourrait en principe pas s'opposer à l'exécution du jugement dès lors que la question de la compétence du juge suisse n'est pas un motif recevable pour ce faire (cf. art. 35 CL), sauf dans l'hypothèse où on voulait considérer la privation du défendeur de son accès à la justice comme une atteinte à un droit fondamental faisant partie de l'ordre public (art. 34 N. 1 CL)<sup>18</sup>.

---

### III. Les réactions

---

Que va-t-il se passer? La théorie étant compliquée, difficile à comprendre, même pour les Juges fédéraux, on pourrait assister à une répétition de l'ATF 141 III 299, par l'aveu de l'erreur commise en 2023, qui ressemble de très près à celle de 2014. Cette fois, cependant, on devrait s'attendre à un raisonnement plus approfondi si l'on veut éviter que l'erreur revienne plus tard une nouvelle fois.

En attendant, que vont faire les juges et les praticiens? Le Tribunal fédéral ayant constaté qu'une décision rendue en application de la théorie des faits doublement pertinents n'a rien de définitif, le défendeur va reprendre la question devant le juge qui est entré en matière sur le fond et le solliciter à y joindre l'examen des faits pertinents à la fois sous l'angle du fond que de celui de la compétence. Car telle est la logique des arrêts de 2023 (comme de celui de 2014): s'agissant des seuls faits doublement pertinents, la question de la compétence est jointe à celle du fond. L'arrêt préalable constatant la compétence sur la base de la théorie n'a pas une valeur plus que provisoire. Au cas où ces faits sont jugés pertinents mais non démontrés après l'instruction complète de la question, un jugement de non recevabilité faute de compétence sera rendu; à défaut, la compétence est admise et l'examen du fond du litige se poursuit.

18 Cf., sur la question du principe, CJUE 07.09.2023, C-590/21, CHARLES TAYLOR, N. 20-41.

En définitive, on n'y arrivera qu'après quelques contorsions procédurales peu appréciées.

On finira alors par faire autrement, contournant la théorie complètement: dès qu'un fait doublement pertinent entre en scène, il y aura lieu de renoncer à statuer préalablement sur la compétence, cette question étant d'emblée jointe à l'examen du fond<sup>19</sup>. C'est toujours lourd à gérer pour le défendeur, mais au moins, il sera entendu correctement. Un jour, faisant un pas de plus, la jurisprudence finira par faire comme on l'a fait dans le passé. Les allégations du demandeur quant aux faits pertinents pour la compétence sont mises en balance avec les objections du défendeur et jugées à ce niveau *prima facie*, aboutissant le cas échéant à des interprétations différentes de celle finalement adoptées au fond. Il serait ainsi permis au défendeur d'alléguer des faits de nature à démontrer que la qualification choisie, respectivement le rattachement juridictionnel invoqué par le demandeur, n'est pas corroboré par les faits connus du juge et des parties, sans qu'il y ait lieu d'entrer en matière sur le fond du litige<sup>20</sup>. Du moment que le défendeur ne parvient pas à réfuter d'emblée l'argumentation du demandeur, on fait face à un litige articulé par les deux parties, dont la nature est suffisamment établie au point de permettre au juge de statuer sur sa compétence. On ira ainsi s'éloigner de l'absolutisme de la théorie des faits doublement pertinents. Pour y arriver, il faudra reprendre quelques repères dans le droit suisse et international.

On n'examinera pas ici la théorie dans toute sa profondeur<sup>21</sup>, remontant jusqu'à ses origines germaniques, mais on observera tout au moins les droits institutionnels et individuels qu'il conviendra d'observer lors d'une nouvelle tentative de stabiliser la jurisprudence, qui ne tardera pas de se produire. Car on doit remédier au désarroi des praticiens. On exige du défendeur de s'exprimer sur ses réserves par rapport à la compétence (afin d'éviter qu'on lui dise qu'il l'aurait accepté tacitement), en lui disant simultanément qu'en vertu de la théorie, il n'en sera tenu aucun compte.

19 Cf., en ce sens, mais toujours en se plaçant dans le contexte de la théorie, SAMUEL BAUMGARTNER, *Doppelrelevante Tatsachen*, recht 2022 p. 1-23 (6, 9, 14, 22).

20 Procédant à une acception extensive de la réserve de l'abus de droit, quelques arrêts exposent que la thèse du demandeur doit répondre à une certaine vraisemblance et qu'elle peut être réfutée immédiatement et sans équivoque par la réponse et les documents de la partie défenderesse (cf. ATF 136 III 486 ss, 488; ATF 10.12.2019, 4A\_484/2018, c. 5.2; ATF 25.11.2020, 4A\_440/2020, c. 3.3; ATF 26.04.2023, 4A\_393/2022, c. 2.1.2 et 3). Pour d'autres arrêts, de tels arguments ne sont pas acceptables, même si la réserve de l'abus de droit est toujours présente (cf. ATF 142 III 466 ss, 474; ATF 03.05.2016, 4A\_573/2015, c. 5.3.1).

21 Cf., notamment, URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, *Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess- und Schiedsverfahren*, Zurich 2010, p. 209-253, 365-375; JIL WINDAU, *Doppelrelevante Tatsachen im Europäischen Zuständigkeitsrecht*, Baden-Baden 2021; PETER MANKOWSKI, *Die Lehre von den doppelrelevanten Tatsachen auf dem Prüfstand der internationalen Zuständigkeit*, IPRax 26 (2006) p. 454-460.

---

## IV. Les repères pour l'avenir

---

### A. La LTF

Régie pour son fonctionnement par la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), la Haute Cour veillera à la *composition* des cours. L'arrêt rendu le 11 octobre 2023 corrige déjà les Juges uniques ayant statué sur la même question, manifestement sans avoir la compétence pour ce faire (art. 108 al. 1 lit. a LTF). Visiblement, le message formulé dans ce troisième arrêt devait passer en douceur, sans trop se faire remarquer. Car il aurait dû être rendu à cinq juges (art. 20 al. 2 LTF), puis publié, étant donné qu'il *renverse la jurisprudence* consacrée dans l'ATF 141 III 299 (corrigé l'arrêt erroné de 2014) et s'écarte de l'arrêt plus récent du 17 février 2021 (ATF 147 III 159 ss, 163) qui représente la jurisprudence jusqu'alors constante. Il s'y ajoute un second changement de jurisprudence, manifeste, s'agissant de la recevabilité du recours fondé sur l'art. 92 LTF qui permet de saisir le Tribunal fédéral d'un grief dirigé contre une décision définitive sur la compétence, fondée ou non sur la théorie<sup>22</sup>.

22 S'agissant des deux premiers arrêts en tout cas, leur renversement par surprise de la pratique est problématique sous l'angle du principe constitutionnel de la protection de la confiance des justiciables (ATF 142 V 553 ss, 558 s.), les dépens étant inductement mis à la charge des recourants qui ne pouvaient s'attendre à un tel échec.

## B. Les dérogations

On est frappé par le manque de cohérence dans l'usage de la théorie en lisant qu'elle n'est pas à observer par l'*autorité de conciliation*. En effet, le défendeur doit être entendu par cette autorité s'il conteste sa compétence<sup>23</sup>. Bien que le Tribunal fédéral ne le dise pas explicitement dans cet arrêt, la théorie des faits de double pertinence ne s'applique pas devant cette autorité. Car si le requérant pouvait déposer une requête en conciliation auprès de l'autorité de son choix, «le défendeur serait, par la force des choses, obligé de prendre part à la procédure de conciliation conduite devant une autorité incompétente afin de pouvoir tenter de concilier l'affaire»<sup>24</sup>. L'autorité de conciliation doit donc examiner sa compétence, en tenant compte des règles de la bonne foi et du comportement du défendeur. En effet, «le choix du for opéré unilatéralement par le requérant» pourrait dans certains cas présenter des désavantages pour le défendeur, notamment dans l'hypothèse où l'autorité saisie se trouve sur le territoire d'un autre canton<sup>25</sup>. Il serait difficile de dire mieux à quel point la théorie des faits de double pertinence ne respecte pas l'intérêt du défendeur à ne pas être attiré devant un for incompétent. Comment s'en sortir de l'impasse? Le tribunal saisi de l'action au fond, devrait-il 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?

Un jour, on devrait peut-être se demander si la théorie devait être véritablement prise au sérieux ou alors, si cela s'avère impossible ou sans intérêt, de l'abandonner complètement. Car on est étonné en repérant de nombreux arrêts dans lesquels la théorie n'a pas été invoquée alors qu'elle aurait pu l'être, s'agissant notamment de litiges au for contractuel qui embrassent la question de l'existence du contrat<sup>26</sup>, du lieu de livraison d'une marchandise ou d'un service<sup>27</sup> ou de conflits nécessitant la qualification délictuelle de l'action<sup>28</sup>. La même théorie aurait aussi pu être évoquée au sujet de la qualification d'une action fondée sur un titre héréditaire<sup>29</sup> ou d'une action en revendication de

biens ayant fait l'objet d'une donation entre époux<sup>30</sup>. On trouve aussi la théorie mélangée à son contraire : ainsi dans un arrêt rappelant la théorie tout en relevant que pour qualifier une action de successorale, les motifs invoqués par le défendeur sont également déterminants, sans observer que la théorie ne le permettrait pas et en citant un arrêt qui ne l'applique point<sup>31</sup>. Enfin, un autre arrêt examine la compétence du tribunal saisi par une demanderesse invoquant un contrat de prêt, à travers une analyse de l'exception tirée par le défendeur de ce que le litige portait sur un contrat de travail, réservé au seul tribunal des prud'hommes, sans remarquer que la théorie aurait exigé de déclarer l'argument du défendeur comme d'emblée irrecevable<sup>32</sup>.

## C. Le CPC

La théorie est-elle compatible avec le *Code de procédure civile (CPC)*, alors qu'elle n'y a laissé aucune trace? Elle n'y est pas prohibée pour autant. Les tribunaux doivent certes examiner d'office leur compétence, mais cela n'est pas d'une force suffisante pour en déduire que le juge ne pourrait pas renoncer à l'examen de faits doublement pertinents. Certes, on peut en juger autrement, mais cela reste une question d'interprétation. Il subsiste un défaut majeur que le Tribunal fédéral ignore systématiquement: le droit fédéral ne doit pas s'immiscer dans la répartition *ratione materiae* des compétences des juridictions cantonales. Dans leur rayon de compétence, reconnu en droit fédéral, celles-ci ne doivent pas se voir imposer la théorie devant une juridiction spécialisée (travail, bail) qui ne peut attendre l'examen du fond au risque de se rendre alors compte qu'elle statue hors de son champ de compétence. Le Tribunal fédéral persiste à affirmer que le tribunal des prud'hommes, s'il entre en matière sur le fond et nie à ce stade l'existence d'un contrat de travail, ne peut conclure à son incompétence *ratione materiae*, étant donné qu'il a dû constater sa compétence préalablement sur la base des seuls allégués du demandeur<sup>33</sup>.

23 ATF 146 III 265 ss, 281 s.

24 ATF 146 III 278.

25 ATF 146 III 278.

26 ATF 122 II 298 ss, 300; 126 III 33 ss, 336; 135 III 556 ss, 558-561; ATF 21.10.2013, 4A\_686/2012, c. 4.2.

27 ATF 15.07.2014, 4A\_113/2014, c. 2-6, partiellement reproduit dans l'ATF 140 III 418 ss; ATF 26.08.2014, 4A\_87/2014.

28 ATF 125 III 346 ss, 350-352; ATF 24.04.2007, 4C.40/2007.

29 ATF 132 III 677 s.; ATF 07.07.2008, 5A\_230/2007, c. 4; ATF 137 III 36 ss, 371-373; 141 V 170 ss; ATF 03.12.2012, 5A\_627/2012, c. 2; ATF 17.03.2015, 5A\_269/2014, c. 2.2; ATF 26.05.2015, 5A\_313/2015, c. 4.

30 ATF 18.07.2008, 5A\_70/2008, c. 6.

31 ATF 07.02.2018, 5A\_681/2017, c. 4.1.2, avec le renvoi à l'ATF 137 III 371-373.

32 ATF 25.11.2019, 4A\_80/2019.

33 ATF 05.05.2021, 4A\_429/2020, c. 2.3; ATF 06.01.2022, 4A\_360/2021, c. 5.1.2; ATF 26.04.2023, 4A\_393/2022, c. 2.1.1.

En pareille situation, dans l'hypothèse d'un bail, on revient «à priver l'intimée de la protection sociale caractérisant la procédure devant le Tribunal des baux et loyers, sur la base du seul choix des requérants», avec l'effet de «vider de leur substance les dispositions cantonales d'organisation judiciaire réservées par l'art. 4 al. 1 CPC»<sup>34</sup>. Comme cela a déjà été constaté, lorsque la recevabilité dépend de la compétence *ratione materiae* et que la théorie est appliquée, la partie demanderesse choisit librement le tribunal compétent, alors que d'après une jurisprudence constante, les parties ne peuvent disposer de cette compétence<sup>35</sup>. L'art. 4 CPC est le reflet de l'art. 122 al. 2 de la Constitution fédérale: l'organisation judiciaire en matière de droit civil est du ressort des cantons. Il n'y a pas lieu d'y faire pénétrer la théorie des faits doublement pertinents.

## D. Le droit constitutionnel et la CEDH

Il faudra donc, un jour, élever le débat au niveau constitutionnel: la compétence représente une garantie de procédure fondamentale qui doit être jugée dans une procédure judiciaire (art. 30 al. 1), toute partie étant entendue (art. 29 al. 2 Cst.); la théorie des faits doublement pertinents se place en marge de ces garanties. De plus, cette théorie intervient en règle générale pour modifier l'accès devant un for spécial, choisi par le demandeur en un lieu autre que le domicile du défendeur; or, pour un for autre que ce dernier, il doit être prévu par la loi (art. 30 al. 2 Cst.). La compétence spéciale déterminée ou dérogée sur la seule base des allégations du demandeur est fondée sur la théorie, certes, *mais elle n'est pas fondée sur la loi*. Le Tribunal fédéral semble en être conscient, affirmant que le demandeur, grâce à la théorie, «*justifiée dans son résultat*», n'aura plus un intérêt à pouvoir porter l'action ensuite au for ordinaire ou à un autre for spécial<sup>36</sup>. C'est méconnaître la réalité: si l'intérêt

du défendeur était ce que le Tribunal fédéral en dit, on devrait en trouver une trace dans l'état de fait des arrêts; or, il n'en est rien. La jurisprudence qui sert de cheval à la théorie n'offre donc au défendeur aucun résultat utile et, comme le Tribunal fédéral le sous-entend lui-même, elle ne trouve pas de repère dans la loi. Bien au contraire: le défendeur s'opposant à la compétence du tribunal saisi, on doit nécessairement en déduire que ce for ne lui convient pas.

Or, si le regard porte sur la Constitution, la CEDH n'est normalement pas loin. Le défendeur qui objecte à ce que sa position relative à des faits doublement pertinents soit ignorée lors de l'examen de la compétence du tribunal choisi unilatéralement par le demandeur voit s'envoler les garanties de l'art. 6 par. 1 CEDH, dont notamment celle d'une procédure contradictoire et du droit à un «*fair trial*»<sup>37</sup>. Autant qu'une limitation du droit d'accès à un tribunal peut être matérialisée par la conclusion d'incompétence des tribunaux nationaux<sup>38</sup>, autant peut-on penser que le défendeur subit une semblable limitation si son objection à la compétence de tels tribunaux n'est examinée par aucun d'eux. Parmi les droits dont dispose chaque justiciable à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil, on doit compter celle consistant à s'opposer à la compétence d'un tribunal.

## E. La Convention de Lugano

Le droit international offre un champ bien plus large pour réfléchir sur le sort de la théorie des faits doublement pertinents au regard du fonctionnement des règles de compétence du Titre II de la *Convention de Lugano*. Comme en droit suisse de la procédure, la position du Tribunal fédéral est ferme dans son principe, mais plutôt variée, voire confuse dans son application pratique.

Pour le Tribunal fédéral, l'application de la théorie de la double pertinence n'est pas régie par la Convention de Lugano, mais par la loi du for. Il faudrait s'en remettre au juge national pour savoir s'il entend tenir compte des objections du défendeur, ce qui constitue pour le juge une simple faculté<sup>39</sup>. Cela lui permet de rendre compétents des tribunaux qui ne le sont pas<sup>40</sup>, respectivement l'autorise «à admettre sa compétence sans en vérifier toutes les conditions»<sup>41</sup>. Dans d'autres arrêts encore, la théorie est appliquée à une

34 Cour de justice de Genève, SJ 2022 p. 374. Le Tribunal fédéral rétorque «que la problématique ressortit au droit fédéral, puisqu'elle met en cause, en particulier, la définition de l'objet du litige, l'autorité de chose jugée et l'application d'office du droit fédéral». (ATF 10.12.2019, 4A\_484/2018, c. 5.4). Le raisonnement évoque une pétition de principe qui le rend circulaire. L'objet du litige comprend l'attribution de la compétence *ratione materiae* qui échappe au droit fédéral (art. 4 al. 1 CPC). L'autorité de chose jugée est liée au fond et non à l'examen de la compétence. Que le Tribunal fédéral applique le droit d'office est une platitude que personne ne conteste, en notant cependant qu'elle se tourne contre la théorie dans la mesure où celle-ci refuse au défendeur de se faire entendre sur son exception d'incompétence que les tribunaux devraient entreprendre précisément parce qu'ils doivent appliquer d'office les règles de compétence, comme l'exige le droit fédéral (art. 60 CPC).

35 ATF 142 III 623 ss. La compétence *ratione materiae* est soustraite à la libre disposition des parties (cf. ATF 149 III 355 ss, 361, et les références).

36 ATF 141 III 299 s.; ATF 03.05.2016, 4A\_573/2015, c. 5.2.1; ATF 147 III 163; ATF 26.04.2023, 4A\_393/2022, c. 2.1.1.

37 Cf. *Dolenc v. Slovenia*, N. 20256/20, 20 octobre 2022, par. 67, 72-76; *Pellegrini contre Italie*, N. 30882/96, 20 juillet 2001, par. 35-48.

38 CEDH, *Roth contre Suisse*, n° 69444/17, 8 février 2022, par. 54.

39 ATF 141 III 294 ss, 300.

40 ATF 141 III 495 ss, 508.

41 ATF 147 III 159 ss, 163.

notion définissant le champ d'application matériel de la Convention<sup>42</sup>, sans observer que cette notion présente un caractère autonome.

La jurisprudence est nettement plus variée. Dans un arrêt du 21 mai 2018, inversant le fond et la compétence, le Tribunal fédéral n'analyse pas le fond de la demande, mais détermine uniquement les points de rattachement avec l'état du for saisi, qui justifient sa compétence en vertu de l'art. 5 ch. 3 CL<sup>43</sup>, ces points étant dégagés de l'examen de l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante et des actes représentant une stratégie commune, c'est-à-dire des éléments caractéristiques du litige au fond relatif à des infractions au droit des cartels<sup>44</sup>. L'examen des questions ayant trait à la compétence n'a donc pas été renvoyé au fond comme le demanderait la théorie des faits doublement pertinents, que l'arrêt ne mentionne point, ce qui aurait rendu la contradiction d'autant plus visible que l'arrêt commence par souligner que la question de la compétence internationale relève de la Convention et qu'elle est examinée indépendamment du fond<sup>45</sup>, alors que le Tribunal fédéral fait valoir que ladite théorie peut intervenir en vertu du droit national et empêche l'examen de conditions de la compétence que l'on retrouve lorsqu'on examine le fond. Dans la mesure où cette théorie tend à affirmer des compétences qui n'existent pas si le fond de l'action est pris en compte à travers les arguments du défendeur, elle est incompatible avec le régime de la Convention.

Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé, certes, que les allégations du demandeur étaient décisives (sans mentionner ladite théorie), mais en procédant ensuite à leur qualification juridique autonome, qui devait être délictuelle, alors que le demandeur avait invoqué un fondement purement contractuel<sup>46</sup>; de même, tout en rappelant la théorie, un autre arrêt ne l'applique pas, examinant longuement des obligations contractuelles complexes pour en dégager leur lieu d'exécution qui était manifestement lié au fond du litige<sup>47</sup>. Enfin, la validité d'une stipulation pour autrui a été examinée sans mentionner la théorie<sup>48</sup>.

Lorsqu'il a exposé sa position de principe quant à la pertinence de la théorie des faits doublement pertinent selon la Convention de Lugano, le Tribunal

fédéral s'est appuyé sur l'arrêt *Kolassa*<sup>49</sup>, citant la Cour de justice constatant qu'il était «loisible» à la juridiction saisie d'examiner sa compétence en tenant compte, le cas échéant, des contestations émises par le défendeur. Le Tribunal fédéral ne veut pas aller aussi loin. Il estime que la Cour de justice accepte que le juge national puisse se baser sur les seuls allégués du demandeur<sup>50</sup>. Ce faisant, le Tribunal fédéral étouffe l'observation de la Cour que tant l'objectif d'une bonne administration de la justice que le respect dû à l'autonomie du juge dans l'exercice de ses fonctions exigent «que la juridiction saisie puisse examiner sa compétence internationale à la lumière de toutes les informations dont elle dispose, *y compris, le cas échéant, les contestations émises par le défendeur*». Or, ces contestations du défendeur, si elles portent sur des faits doublement pertinents, le Tribunal fédéral ne veut pas en tenir compte<sup>51</sup>, et ce même s'il en résulte qu'une compétence est affirmée alors que les observations du défendeur démontrent qu'elle n'existe pas.

Dans son arrêt *Universal Music International*, la Cour dit ce que cela veut dire: «Dans le cadre de la vérification de sa compétence..., la juridiction saisie d'un litige *doit apprécier* tous les éléments dont elle dispose, *y compris, le cas échéant, les contestations émises par le défendeur*»<sup>52</sup>. C'est encore ce qu'elle fait dans l'arrêt du 14 septembre 2023, qui examine en détail, en tenant compte des positions de toutes les parties, si l'on était en présence d'un contrat de consommation dont la nullité était invoquée par l'une des parties<sup>53</sup>. Voilà ce qui s'oppose diamétralement à la thèse du Tribunal fédéral pour lequel: «La position du défendeur ne joue aucun rôle pour les faits doublement pertinents.», étant donné que la théorie sert à ce que le demandeur puisse attirer la partie adverse «au for de son choix»<sup>54</sup>.

La Convention détermine les chefs de compétence de manière uniforme, sans laisser de place à des règles nationales de compétence<sup>55</sup>; elle ne peut donc se voir greffer sur ses règles une théorie de droit national dont il est admis qu'elle aboutit à des situations dans lesquelles le juge constate après l'administration des preuves au fond que sa compétence, initialement acceptée sur la base de la théorie, n'est en réalité pas donnée.

42 ATF 142 III 466 ss, 469, 473, 474; ATF 29.07.2009, 4A\_249/2009, c. 2.3, écartant l'examen de l'obligation de la banque recourante, arguant de la nature successorale de l'action, pour qualifier d'obligationnelles les demandes de renseignement et de reddition de documents bancaires, comme l'a soutenu la demanderesse.

43 ATF 145 III 303 ss, 312.

44 ATF 145 III 312-317.

45 ATF 145 III 306, 312.

46 ATF 06.02.2013, 4A\_305/2012, c. 2; cf., également, ATF 26.05.2015, 5A\_313/2015, c. 4.

47 ATF 140 III 418 ss, reproduit sans le c.2.3 de l'ATF 4A\_113/2014.

48 ATF 149 III 71 ss.

49 CJUE 28.01.2015, C-375/13, N. 58-60, 64 s.

50 ATF 141 III 300.

51 ATF 141 III 298-301; 142 III 466 ss, 473/474; ATF 03.05.2016, 4A\_573/2015, c. 5.3.1.

52 CJUE 16.06.2016, C-12/15, N. 46 et le dispositif N. 2; cf., de même, l'arrêt du 10.03.2016, C-94/14, *Flight Refund*, N. 59-63.

53 C-821/21, *NM contre Club La Costa*, N. 48-58.

54 ATF 03.05.2016, 4A\_573/2015, c. 5.2.3, réservant des situations d'abus.

55 CJUE 25.02.2021, C-804/19, *BU contre Markt24 GmbH*, N. 47 s., rappelant qu'il s'agit d'une «exclusion de principe».

On voit mal comment la Cour de justice pourrait s'en inspirer, étant donné qu'elle serait alors empêchée de statuer sur une question de compétence juridictionnelle si l'analyse de celle-ci était reportée à l'examen du fond du litige. La Cour a relevé que l'on ne saurait exiger, déjà au stade de l'examen de la compétence, une appréciation analogue à celle devant être effectuée pour examiner le fond du litige, ce qui impliquerait l'utilisation de concepts juridiques nationaux dans le cadre du Règlement de Bruxelles, en l'espèce relatifs à l'imputation des agissements de l'un de plusieurs auteurs d'un prétendu acte délictueux à ceux-ci<sup>56</sup>. En statuant ainsi, la Cour a implicitement écarté l'idée de reporter la question de la compétence juridictionnelle au stade de l'examen au fond. Elle en a fait de même en rappelant à une juridiction nationale qu'elle devait interpréter le contrat liant les parties afin de déterminer si la demande en réparation relève de la matière contractuelle au sens de l'art. 5 ch. 1, nonobstant le fait qu'au fond, cette demande était de nature délictuelle en droit national<sup>57</sup>.

Sur la manière de procéder, la Cour a expliqué que pour identifier les points de rattachement avec l'état du for justifiant sa compétence en vertu de l'art. 5 ch. 3 du Règlement de Bruxelles, il convient de se contenter à cet égard d'un examen *prima facie* du litige sans examen du fond de celui-ci dans la mesure où la détermination des éléments de la responsabilité civile délictuelle, dont le fait générateur du préjudice, relève du droit national applicable. En effet, une solution consistant à faire dépendre l'identification du point de rattachement de critères d'appréciation issus du droit matériel applicable irait à l'encontre de l'objectif de sécurité juridique et à l'autonomie des règles de compétence de l'espace judiciaire européen<sup>58</sup>. De même, s'agissant de la notion de contrat de travail selon l'art. 18 par. 2 CL, il convient de procéder par une interprétation autonome et non selon une qualification établie sur le fondement du droit national<sup>59</sup>. On ne saurait donc renvoyer l'examen de cette double condition, relevant de la compétence et du fond, au seul stade de la procédure au fond. On ne peut, sans tomber dans la contradiction, qualifier une notion de droit matériel définissant la compétence *ratione materiae* d'« autonome » tout en considérant la même notion de « doublement pertinente » en ce sens qu'elle devrait dépendre de la loi nationale régissant le fond. En pratique, l'exception d'incompétence du défendeur est normalement soulevée expressément ou elle est implicite dans sa défense, étant donné qu'il a intérêt à ce que sa position ne soit pas interprétée comme une acceptation implicite à travers sa comparution (art. 24 CL). L'examen de sa compétence s'opérant d'office, le juge est ainsi saisi de l'exception du défendeur et, normalement, de ses motifs.

56 CJUE 16.05.2013, C-228/11, *Melzer*, N. 31-35; 03.10.2013, C-170/12, *Pinckney*, N. 41.

57 CJUE 13.03.2014, C-548/12, *Brogssitter*, N. 26.

58 CJUE 05.07.2018, C-27/17, *flyLAL*, N. 54/55.

59 CJUE 11.04.2019, C-603/17, *Bosworth*, N. 24.

---

# Conclusion

---

Il y aura donc matière à réflexion pour relancer l'examen de la théorie des faits doublement pertinents en profondeur. Dans un premier temps, il faudrait remédier à la confusion créée par les arrêts rendus en 2023 et, pour le moins, appliquer la théorie correctement, *nolens volens*, acceptant qu'elle ne permette pas l'examen de l'exception d'incompétence impliquant des fondements également pertinents au fond. Ensuite, le Tribunal fédéral ne devrait pas se refuser à une révision en profondeur de la jurisprudence qui a négligé trop longtemps les droits élémentaires du défendeur de pouvoir faire valoir l'incompétence du tribunal suisse, choisi par le demandeur avec des allégations que l'on refuse au défendeur de contester.

