

AJP/PJA

1/2004, S. 55 ff.

Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle

Aufsätze / Articles

[55] **Trois ans de jurisprudence fédérale en matière de LFors Une analyse critique**

François Bohnet, avocat, LL.M., Professeur associé à l'Université de Neuchâtel

Zusammenfassung

Rund fünfzehn Entscheidungen sind seit dem Inkrafttreten des Eidgenössischen Gerichtsstandsgesetzes am 1. Januar 2001 ergangen. Der Verfasser erörtert die wichtigsten Bestimmungen in der Reihenfolge der Gesetzssystematik. Zuvor aber bespricht er die Entscheidungen, welche die Tragweite des Art. 30 Abs. 2 der (neuen) Bundesverfassung betreffen.

Das Bundesgericht hat sich bisher mit den Gerichtsständen des Aufenthalts und der Niederlassung befasst, wie auch mit den Zuständigkeiten für Widerklage, bei Streitgenossenschaft und gestützt auf Gerichtsstandsvereinbarungen. Weiter bildeten vorsorgliche Massnahmen, Identität der Klage und die Übergangsbestimmungen Gegenstand von Entscheidungen des Bundesgerichts.

Der Aufsatz schliesst mit eingehenden Ausführungen zu den Rechtsmitteln, mit welchen die Verletzung des Gerichtsstandsgesetzes oder des **Art. 30 Abs. 2 BV** beim Bundesgericht beanstandet werden können.

TABLE DES MATIÈRES

- I. Introduction
- II. La portée de l'article 30 al. 2 Cst. féd.
- III. Le champ d'application de la loi
- IV. Les dispositions générales en matière de fors
- V. Les dispositions spéciales en matière de fors
- VI. Les mesures provisoires
- VII. Les actions identiques
- VIII. Les dispositions transitoires
- IX. Les voies de recours

X. Conclusion

I. Introduction

Quelques mois seulement après l'entrée en vigueur au 1er janvier 2001 de la loi fédérale sur les fors en matière civile paraissaient quatre commentaires importants de ses dispositions. Environ 2500 pages ont ainsi été consacrées aux quelques 40 dispositions de la nouvelle loi fédérale. Trop tôt diront certains, vu le manque de recul et l'absence de jurisprudence relative à la LFors au moment de ces publications.

Toutefois, les concepts retenus par le Tribunal fédéral sous l'empire de l'article 59 al. 1 aCst. féd. ayant été pour la plupart pris en compte lors de l'élaboration de la nouvelle loi, de même que bon nombre des solutions retenues par la Convention de Lugano, les commentateurs ont procédé à un utile travail de synthèse – même si parfois répétitif – qui aidera sans aucun doute les juges dans l'élaboration de la jurisprudence relative à la loi fédérale sur les fors en matière civile.

Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il faudra encore quelques années aux commentateurs pour trouver de quoi alimenter une seconde édition, sauf à se contenter d'une critique des ouvrages de leurs collègues. Après trois ans d'application de la LFors, on ne recense en effet qu'une quinzaine d'arrêts dans cette matière, publiés au recueil officiel ou on line, dont un tiers consacré au moins partiellement aux dispositions transitoires. Bien peu de pages donc, une septantaine, au regard de la production doctrinale.

Si les quelques arrêts rendus ne justifient pas un nouvel ouvrage consacré à la LFors, une brève présentation et discussion des décisions rendues à ce jour nous paraît à propos. D'où la présente contribution, qui tente cet exercice, en suivant la systématique de la LFors, après un bref examen des arrêts s'intéressant à la portée de l'article 30 al. 2 de la nouvelle Constitution, en lien direct avec la loi fédérale sur les fors.

II. La portée de l'article 30 al. 2 Cst. féd.

"La personne qui fait l'objet d'une action civile a droit à ce que sa cause soit portée devant le tribunal de son domicile. La loi peut prévoir un autre for". Le texte de l'article 30 al. 2 Cst. féd., encore explicité par le message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de nouvelle Constitution¹, est clair. Il garantit au défendeur le for de son domicile ou de son siège pour toutes les actions civiles qui peuvent être intentées à son encontre. Ainsi, contrairement à l'article 59 al. 1 aCst. féd., cette disposition ne fait pas que délimiter les compétences sur le plan international et intercantonal et elle ne s'applique pas seulement aux réclamations personnelles. Elle ne se limite pas plus au débiteur solvable.

La nouvelle Constitution garantit le for du domicile du défendeur, mais elle permet à la loi d'y déroger, le message du Conseil fédéral précisant que par "loi" il faut comprendre une loi de la Confédération ou des cantons ou un traité international². La mention des lois cantonales semble d'ailleurs une évidence, puisque à l'adoption de la nouvelle Constitution, on ne pouvait encore savoir à quel moment entrerait en vigueur la LFors et il était exclu que l'ensemble des fors réglés par les cantons, et non soumis à la garantie de l'article 59 al. 1 aCst. féd., par exemple les règles concernant [56] la compétence locale en matière de droits réels, deviennent inconstitutionnelles. Les dispositions cantonales relatives aux fors en matière civile fédérale et l'article 30 al. 2 Cst. féd. ont d'ailleurs cohabité pendant une année, la LFors étant entrée en vigueur le 1er janvier 2001.

La portée de l'article 30 al. 2 Cst. féd. ne semblait ainsi pas devoir prêter à discussion. Pourtant, on recense pas moins de trois analyses qui divergent de celle présentée ci-avant. Ainsi, selon certains³, l'article 30 al. 2 Cst. féd. n'a qu'une portée intercantonale, comme l'article 59 al. 1 aCst. féd. Pour d'autres⁴, la loi cantonale ne saurait déroger – en particulier pour les litiges relevant du droit cantonal – à l'article 30 al. 2 Cst. féd., qui institue un véritable for au domicile du défendeur. Quant à Georg Naegeli⁵, il considère, si on l'a bien compris⁶, que l'article 30 al. 2 Cst. féd. institue une règle de for et également une règle de répartition des compétences au niveau intercantonal.

Ces divers avis surprennent, vu le texte clair de la disposition constitutionnelle et du message qui accompagnait le projet, et aussi du fait que les divers auteurs concernés ne disent mot d'un arrêt du Tribunal fédéral se penchant sur la question, rendu peu de mois après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, et avant même que la controverse ne naisse au sujet de la portée de l'article 30 al. 2 Cst. féd. Le 26 septembre 2000, la première Cour civile du Tribunal fédéral s'était en effet prononcée de la manière suivante⁷: "L'art. 30 al. 2 Cst. féd., entré en vigueur le 1er janvier 2000, se distingue de l'article 59 aCst. féd. par le fait, notamment, que, contrairement à ce dernier, il ne remplit pas seulement une fonction intercantonale ou internationale, mais crée un authentique for (direct) au domicile ou au siège de la partie défenderesse". Le Tribunal fédéral précisait également: "L'art. 30 al. 2, in fine, Cst. féd. réserve la faculté de prévoir un autre for dans une loi. Dans son message du 29 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, le Conseil fédéral notait à ce propos qu'il faut entendre par loi "une loi de la confédération ou des cantons". Ainsi, nonobstant l'art. 30 al. 2 Cst. féd., les règles de for de droit cantonal, (...), demeurent applicables pour les litiges intracantonaux relevant du droit civil fédéral jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur les fors". Vu la clarté de cet arrêt, il nous semblait⁸ que le débat pouvait être clos. Donzallaz arrivait à la même conclusion, aux termes d'une analyse fouillée⁹. Mais c'était sans compter un arrêt récent du Tribunal fédéral¹⁰, qui relance la controverse, alors que quelques mois auparavant notre cour suprême¹¹ semblait plutôt confirmer son arrêt du 26 septembre 2000. Au considérant 4 de sa décision, le Tribunal fédéral examine la compétence locale des tribunaux du canton de Zoug au regard de l'ancien droit cantonal, la demande ayant été introduite quelques mois avant l'entrée en vigueur de la LFors¹². Il note cependant qu'en aucun cas le droit cantonal ne pourrait admettre un for de la demande reconventionnelle dans le cas d'espèce, faute de connexité au sens de l'article 59 al. 1 aCst. féd., dont les principes ont été repris par l'article 30 al. 2 Cst. féd. Ce faisant, le Tribunal fédéral ne tient plus compte du fait que l'article 30 al. 2 Cst. féd. permet au droit cantonal de déroger à la garantie du for du domicile ou du siège du défendeur. Certes, il est probable que le résultat aurait été le même si le Tribunal fédéral avait examiné les dispositions applicables du droit zougais, dans la mesure où les cantons ont pour la plupart, au fil des ans, soumis leurs dispositions aux exigences de l'article 59 al. 1 aCst. féd. Mais il n'empêche que le raccourci opéré par notre Cour suprême ravive la polémique bien inutilement.

Malgré cet arrêt, qui du reste ne fait aucune référence aux avis divergents des auteurs, il faut à notre sens considérer que le droit cantonal peut, dans sa sphère de compétence, déroger au for du domicile du défendeur. Ceci se justifie tout particulièrement dans les domaines des droits réels encore réservés aux cantons.

III. Le champ d'application de la loi

La LFors fixe la compétence locale en matière civile fédérale, sous réserve de quelques exceptions, énumérées à l'article 1 al. 2 LFors, en particulier la protection de l'enfant et le droit [57] de la tutelle, ainsi que le droit de navigation suisse intérieure, maritime et aérienne. En matière civile internationale en revanche, c'est la LDIP qui régit exclusivement la compétence locale, sous

réserve des conventions internationales. Ainsi le domicile et la résidence des parties peuvent se révéler déterminants au moment de s'interroger sur l'application de la LFors ou de la LDIP.

Le Tribunal fédéral s'est intéressé à cette question dans une affaire relative à la compétence locale en matière de mesures provisoires dans le cadre d'une demande en contribution d'entretien au sens des articles 276ss CC. Par arrêt du 26 septembre 2002¹³, notre cour suprême a admis le recours en nullité du demandeur qui concluait à l'admission de la compétence du président du tribunal du district de Rheinfelden, en vertu de l'article 17a LFors, disposition applicable au sens du recourant dans la mesure où les deux parties au litige avaient leur domicile en Suisse, le fait qu'il réside durant la semaine à Fribourg en Brisgau étant sans conséquence sur son domicile. De son côté, la Cour cantonale avait retenu que la compétence locale devait se déterminer selon l'article 79 al. 1 LDIP, vu la règle de l'article 2 al. 1 de la Convention de Lugano, d'où la compétence des tribunaux suisses de la résidence habituelle de l'enfant ou du domicile du parent attaqué. Appliquant l'article 20 al. 1b LDIP, la Cour cantonale arriva à la conclusion que le demandeur avait sa résidence habituelle à Fribourg en Brisgau. Le fait qu'il avait, le cas échéant, son domicile au sens des articles 23ss CC dans le district de Rheinfelden n'y changeait rien. En l'occurrence, le parent attaqué (le père) n'ayant pas son domicile dans le district de Rheinfelden, aucun for n'était donné en ce lieu selon le tribunal argovien.

Pour le Tribunal fédéral, il convient en premier lieu de déterminer si la Convention de Lugano s'applique, le séjour du demandeur à Fribourg en Brisgau donnant au litige une connotation internationale. Elle s'applique d'après notre cour suprême si le demandeur a sa résidence habituelle en Allemagne, l'article 5 ch. 2 CL donnant un for au domicile ou à la résidence habituelle du créancier d'aliments. A ce stade, il est intéressant de relever que le Tribunal fédéral part du principe – qui ne va pas de soi – de l'absence de subsidiarité de la résidence habituelle face au domicile, puisqu'il entend déterminer le lieu de résidence habituelle du demandeur, tout en retenant que son domicile est en Suisse.

En partant de l'état de fait retenu par la Cour cantonale – le demandeur avait, quelques mois avant le dépôt de sa demande, pris un studio à Fribourg en Brisgau, où il étudiait, pour rentrer les week-ends chez sa mère dans le district de Rheinfelden – le Tribunal fédéral examine si l'on peut retenir un lieu de résidence habituelle du demandeur en Allemagne. La question devant être résolue selon la loi du for en vertu de l'article 52 al. 1 CL¹⁴, le Tribunal fédéral considère qu'il convient, comme en matière de domicile, de retenir le concept "international" de résidence habituelle, telle que définie à l'article 20 al. 1 LDIP¹⁵. Est ainsi déterminant le centre d'existence de la personne, même si en matière de résidence l'on tient moins compte de l'élément subjectif qu'en matière de domicile¹⁶. Le demandeur a tant son domicile que sa résidence habituelle dans le district de Rheinfelden selon le Tribunal fédéral, puisque ses retours hebdomadaires chez sa mère, et non seulement ses liens affectifs, démontrent qu'il a son centre d'existence à cet endroit. Le Tribunal fédéral relève encore que l'on ne saurait détacher entièrement la notion suisse internationale de résidence habituelle de celle retenue en matière interne¹⁷. Or la jurisprudence nie une résidence habituelle au lieu des études en cas de retour hebdomadaire chez les parents¹⁸. Notre Cour suprême arrive à la conclusion que, à défaut de résidence habituelle en Allemagne, l'affaire n'est pas internationale, d'où l'examen de la cause sous l'angle de la LFors. L'article 17a de cette loi consacrant un for impératif au domicile du créancier d'entretien, la compétence pour prononcer des mesures provisoires est également donnée à ce lieu, en vertu de l'article 33 LFors.

IV. Les dispositions générales en matière de fors

a. La résidence

L'absence de for de la résidence habituelle au sens de l'article 4 LFors ne signifie pas nécessairement que ce for n'est pas donné en matière internationale: alors que la LFors n'exclut pas les domiciles légaux de l'article 25 CC, ceux-ci sont mis de côté par la LDIP¹⁹, également déterminante sur ce point en cas d'application de la Convention de Lugano²⁰. Ainsi, on peut fort bien imaginer que les parties aient leur [58] domicile en Suisse au sens de la LFors, mais que l'une d'elles ait son domicile, le cas échéant sa résidence habituelle, à l'étranger, en vertu de la LDIP. Dans un tel cas, c'est bien l'analyse internationale qui prévaut, comme le retient le Tribunal fédéral dans un arrêt du 26 septembre 2002²¹, discutée ci-dessus²². En d'autres termes, on ne peut faire abstraction de l'élément d'extranéité en raisonnant exclusivement à l'aide du concept de domicile pertinent selon la LFors²³.

Sur la problématique de la résidence, il convient encore de relever que reste entière la question de savoir si le for subsidiaire de l'article 4 LFors vaut également à défaut de domicile du demandeur – ce qui est le cas à notre sens²⁴ –, cette disposition ne palliant expressément que l'absence de domicile du défendeur. Dans l'arrêt précité du Tribunal fédéral, la question était bien relative à la résidence habituelle du demandeur, mais en matière internationale.

b. L'établissement

L'article 5 LFors crée un for au lieu de situation de la succursale ou de l'établissement pour tout litige portant sur leurs activités industrielles, commerciales ou professionnelles. On se demandait, depuis l'entrée en vigueur de la LFors, si le Tribunal fédéral allait maintenir sa jurisprudence qui déclarait conforme à l'ancienne constitution les dispositions cantonales donnant un for non seulement au lieu de la succursale, conformément aux anciens articles 642 al. 3, 782 al. 3 et 837 al. 3 CO, mais également au lieu d'une succursale en apparence²⁵.

Le Message du Conseil fédéral semblait aller dans ce sens puisqu'il se réfère à la jurisprudence rendue sous l'ancien droit²⁶, mais en précisant que le for de la succursale est repris du droit fédéral, alors que le for de la succursale apparente découle en réalité du droit cantonal²⁷, il laissait planer un doute sur ce point.

Dans un arrêt publié du 4 septembre 2002²⁸, le Tribunal fédéral, qui rappelle comme le Message²⁹ que la notion d'établissement recouvre celle de succursale d'une société commerciale ou d'une coopérative et celle d'établissement professionnel ou commercial d'une personne physique (médecin, avocat), d'une raison individuelle ou d'une société de personne, déclare maintenir sa jurisprudence selon laquelle il faut, pour une succursale, une certaine autonomie commerciale et de gestion, sans préciser si l'apparence de ces éléments suffit. On ne peut que le regretter, même s'il est vrai que cette question – comme d'ailleurs celle, plus générale, de la définition de la succursale – n'avait pas à être résolue en l'occurrence, l'existence d'un établissement n'étant pas contestée. A notre sens, l'ancienne jurisprudence demeure applicable à cet égard également, en particulier en vertu du principe de la confiance, sur lequel le Tribunal fédéral se fondait essentiellement³⁰.

Il convient encore de relever que le Tribunal fédéral laisse entendre que l'établissement commercial d'une raison individuelle pourrait comprendre des succursales³¹. L'expression "succursale" est sans doute utilisée de manière non technique: comme l'indique le Tribunal fédéral peu avant dans son arrêt, cette expression vise spécifiquement les sociétés commerciales et les coopératives. Pour les personnes physiques, il convient de parler d'établissement uniquement, étant entendu qu'une même raison individuelle peut détenir plusieurs établissements. Dans une telle hypothèse, le for est donné au lieu de l'établissement ou des établissements mis en cause.

Reste le point central tranché par le TF, en accord avec la doctrine majoritaire³²: le for de l'établissement et de la succursale du défendeur étant consacré dans la partie générale de la loi, il est donné dans tous les cas où le domicile du défendeur est énoncé dans la partie spéciale. Ainsi, en particulier, l'employé peut agir contre son employeur au lieu de l'établissement pour lequel il travaille, lieu qui peut diverger de celui où ses services sont fournis habituellement. Le principe est parfaitement exact, et il s'accorde, dans le domaine du droit du travail, avec les solutions retenues par la LDIP et la Convention de Lugano en matière internationale³³.

c. La demande reconventionnelle

Dans un arrêt publié du 24 janvier 2003³⁴, le Tribunal fédéral examine la notion de connexité, dont dépend la recevabilité d'une demande reconventionnelle d'après l'article 6 LFors. En l'occurrence, le Tribunal cantonal zougais avait admis sa compétence locale pour une demande reconventionnelle portant sur des prétentions cédées à la demanderesse reconventionnelle découlant d'un contrat de coopération entre la demanderesse et une société fille de la demanderesse reconventionnelle. Le Tribunal zougais a en [59] effet considéré que même si la demande, qui portait sur des prétentions découlant d'un contrat de garantie, n'était pas fondée sur les mêmes motifs juridiques que la demande reconventionnelle, l'état de fait à la base des deux demandes était le même, puisqu'il était allégué que le contrat de garantie sur lequel se fondait la demande principale avait été conclu grâce aux contacts entre les parties générés par le contrat de coopération entre la demanderesse et la société fille de la demanderesse reconventionnelle, dont les actions étaient alors sur le point d'être acquises par celle-ci.

Après avoir rappelé que le for de la demande reconventionnelle vise à éviter les jugements contradictoires et à permettre un traitement rapide et efficace des litiges entre les mêmes parties grâce à un examen conjoint, le Tribunal fédéral indique qu'il suppose un lien de connexité entre demande et demande reconventionnelle, comme la jurisprudence l'avait imposé sous l'empire de l'article 59 al. 1 aCst. féd. Si le Message renvoie aux exigences des articles 8 LDIP et 6 chiffre 3 CL³⁵, le Tribunal fédéral relève que la notion de connexité conventionnelle de l'article 6 chiffre 3 CL est plus étroite que celle qui résulte de l'article 8 LDIP, identique à la notion de connexité tirée de l'article 59 al. 1 aCst féd³⁶.

Ainsi, le Tribunal fédéral rappelle que la jurisprudence consacrée à l'article 59 al. 1 aCst. féd. a considéré comme insuffisant le fait que les demandes portent sur le même type de prétentions. La connexité n'a pas plus été admise lorsque seuls des motifs d'économie procédurale expliquent le traitement conjoint des demandes. En revanche, elle l'a été lorsque les deux prétentions concernaient le même acte juridique, se fondait sur le même état de fait, découlaient d'une relation juridique commune ou avaient entre elles un lien juridique étroit, par exemple une demande en paiement suite à un séquestre, et une demande reconventionnelle en dommages et intérêts pour cause de séquestre injustifié, ou encore lorsque les prétentions découlaient de divers contrats devant être considérés comme une unité en vertu de la volonté des parties³⁷.

En revanche, l'article 6 chiffre 3 de la Convention de Lugano exige que la demande reconventionnelle se fonde sur le même contrat ou le même état de fait que la demande, ce qui va plus loin que les exigences posées par la jurisprudence sous l'empire de l'article 59 al. 1 aCst. féd.

Une fois posées ces distinctions, le Tribunal fédéral indique toutefois qu'il n'est pas nécessaire dans le cas d'espèce de déterminer si un lien juridique étroit entre une demande et une demande reconventionnelle suffit sous l'empire de l'article 6 LFors ou s'il faut encore, comme l'exige l'article 6 chiffre 3 CL, un état de fait commun. Les doutes suscités par le Message demeurent donc entiers, ce qui est regrettable. A tout le moins, il conviendrait que la notion de connexité corresponde à celle

retenue en matière de consorité. Mais dans ce domaine également, la jurisprudence n'est pas encore clairement établie³⁸. En l'occurrence la demande et la demande reconventionnelle n'étaient ni fondées sur un état de fait commun, ni ne présentaient de lien juridique étroit, d'où l'absence irrémédiable de for pour la demande reconventionnelle. En particulier, le Tribunal fédéral considère le fait que la demanderesse se soit contentée d'une garantie signée par F., agissant comme organe de fait de la demanderesse reconventionnelle, eu égard aux liens issus du contrat de coopération (dont découlent les prétentions de la demande), alors que généralement elle exigeait un accréditif, comme insuffisant pour admettre que la demande et la demande reconventionnelle se fondaient sur le même état de fait. Au contraire, l'examen de la demande n'impliquait en aucun cas une analyse des faits à la base du contrat de coopération, sur lequel se fonde les prétentions de la demande reconventionnelle.

d. La consorité

1. La portée de l'article 7 al. 1 LFors

L'article 7 al. 1 LFors dispose que "Lorsque l'action est intentée contre plusieurs consorts, le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est également à l'égard de tous les autres". Se référant au Message³⁹, le Tribunal fédéral⁴⁰ rappelle que cette disposition a pour but d'éviter la survenance de jugements contradictoires et d'assurer une administration de la justice efficace et économe, en créant un for unique pour les prétentions dirigées contre plusieurs défendeurs entre lesquels existe un certain rapport matériel. Pour notre haute cour, cette disposition est non seulement une règle de for, mais elle fixe également les conditions de la consorité simple, sa tâche étant de déterminer l'intensité nécessaire de la relation interne et externe entre les prétentions dirigées contre les défendeurs. Le Tribunal fédéral s'inspire à cet égard du projet d'article 6 ch. 1 CL révisée, qui reprendra les conditions de l'article 22 al. 3 CL, comme le retient déjà la pratique⁴¹. La connexité suppose selon cette disposition des demandes "liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément". Il en [60] déduit qu'un lien suffisant existe lorsque les prétentions contre les divers défendeurs reposent pour l'essentiel sur les mêmes faits et sur les mêmes fondements juridiques, ce qui est le cas de prétentions en reddition de comptes et en paiement du bénéfice réclamé en relation avec une construction immobilière, fondée sur un même contrat, les allégations du demandeur étant déterminantes à cet égard⁴².

Ainsi sans s'y référer, le Tribunal fédéral suit la doctrine majoritaire qui considère que l'article 7 al. 1 LFors fixe tant les conditions de la consorité nécessaire, en les reprenant du droit matériel, que celles de la consorité simple⁴³. Nous n'étions pas de cet avis⁴⁴. La LFors n'a pas pour fonction à notre sens de déterminer les conditions auxquelles plusieurs personnes peuvent être attaquées ensemble, ou peuvent attaquer ensemble; elle règle exclusivement la compétence à raison du lieu⁴⁵. Les conditions de l'action commune découlent, en matière de consorité nécessaire, du droit matériel, qu'il s'agisse du droit civil fédéral ou du droit civil cantonal, en matière de consorité simple, du droit cantonal de procédure, qui reste dans la compétence des cantons jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi de procédure civile fédérale. Les cantons devraient demeurer libres de déterminer dans quelle mesure ils admettent la consorité simple.

Il faut insister sur le fait que la consorité ne soulève pas nécessairement des questions de for, puisqu'il est fréquent que plusieurs personnes soient attaquées au même lieu sans recours au for de la consorité, désormais codifié à l'article 7 al. 1 LFors. Ainsi, bien que la LFors ne prévoie pas de compétence particulière en cas de consorité active, certaines dispositions cantonales accordent à deux demandeurs la possibilité d'agir de consort contre l'auteur d'un acte illicite à leur encontre. A

suivre les commentateurs, ceci ne serait plus possible, puisque à leur sens l'article 7 al. 1 LFors règle non seulement la question du for, mais également les conditions auxquelles deux ou plusieurs personnes peuvent être attaquées ensemble. Par extension, on pourrait en déduire que la LFors ne prévoyant pas de disposition en matière de consorité active, celle-ci serait tout bonnement exclue en matière de consorité simple⁴⁶.

Ce qui précède signifie également que selon la doctrine majoritaire, le droit fédéral impose aux cantons de refuser l'action conjointe contre deux co-défendeurs, lorsque les conditions déduites de l'article 7 al. 1 LFors en matière de consorité simple ne sont pas réunies. Et ceci, alors même que le canton admettrait plus largement les cas de consorité passive et que, par hypothèse, le for serait donné contre les défendeurs indépendamment des règles de la LFors sur la consorité.

L'avant-projet de loi fédérale de procédure civile démontre du reste que notre théorie n'est pas sans fondement, puisque s'il reprend à son article 13 al. 1, l'article 7 al. 1 LFors, il comprend également à son article 63 al. 1, comme on pouvait s'y attendre, une définition de la consorité simple. Ceci montre bien, si nécessaire, que l'article 7 al. 1 LFors ne définit pas la consorité simple. Si tel avait été le cas, l'article 63 al. 1 de l'avant-projet aurait été sans intérêt. Il convient au surplus de relever que cette disposition admet non seulement la consorité simple passive, mais également la consorité active, quand bien même l'avant-projet, tout comme l'article 7 al. 1 LFors, ne prévoit pas de for spécifique pour les cas de consorité active. Cela montre bien que les deux questions sont séparées, même s'il se serait justifié d'admettre un for spécifique en cas de consorité active également⁴⁷.

Certes, comme l'indique le Tribunal fédéral, le message renvoie à l'article 6 ch. 1 CL, combiné à l'article 22 CL qui définit la connexité, mais le texte du Conseil fédéral n'est pas limpide. D'ailleurs, l'accord des commentateurs est loin d'être complet, certains allant jusqu'à considérer que l'article 7 al. 1 LFors régit également la compétence matérielle du tribunal⁴⁸, ou le type de procédure applicable⁴⁹, ce qui est pour le moins audacieux, la LFors n'étant pas un code de procédure civile.

Quant aux conditions de la consorité simple, les auteurs sont d'ailleurs bien démunis, puisque d'une manière générale, ils renvoyaient aux législations cantonales ou à la future jurisprudence fédérale, plusieurs⁵⁰ indiquant que la consorité simple devait être admise d'une manière large et comprendre non seulement les cas de consorité simple matérielle, qui réunit des plaideurs dont les prétentions ont le même fondement en fait et en droit, mais également les cas de consorité simple formelle, cas dans lesquelles les prétentions sont [61] de même nature et soulèvent les mêmes questions⁵¹. Le Tribunal fédéral semble être plus strict, et il est probable que seule la consorité simple matérielle corresponde au concept en cours d'élaboration.

Relevons toutefois que dans un arrêt ultérieur du 13 novembre 2002 rendu dans une affaire vaudoise⁵², le Tribunal fédéral admet, sans discussion, que la consorité éventuelle entre dans les hypothèses de l'article 7b al. 1 LFors. En bref, le Tribunal fédéral admet la compétence du Tribunal cantonal vaudois sur la base de l'article 7 al. 1 LFors, les demandeurs ayant fait valoir à titre très subsidiaire des prétentions financières contre le directeur général d'une société anonyme, contre laquelle ils dirigeaient leurs conclusions principales.

Faute de précision dans l'arrêt, il est difficile de déterminer quels étaient les liens entre les conclusions à l'égard de la défenderesse principale et celles à l'égard du défendeur subsidiaire. Les prétentions avaient-elles les mêmes fondements en fait et en droit? A défaut, on devrait en déduire que les conditions de l'arrêt 129 III 80 ont déjà été relativisées...

A notre sens, si la jurisprudence indique clairement que les conditions de la consorité simple sont désormais définies par le droit fédéral, on doit malgré tout admettre que lorsque deux ou plusieurs

personnes peuvent attaquer ou être attaquées au même lieu indépendamment des règles sur la consorité, la possibilité d'une action commune demeure régie par le droit cantonal. Comme relevé ci-dessus, on ne voit en effet pas pour quelle raison le droit cantonal ne pourrait pas autoriser deux ou plusieurs personnes à agir en commun contre un défendeur ou inversement, lorsque le for résulte à l'égard des intéressés d'autres dispositions de la loi sur les fors.

2. L'articulation entre l'article 7 al. 1 LFors et les autres dispositions générales en matière de for

Dans son arrêt précité du 24 septembre 2002⁵³, le Tribunal fédéral se demande si le for de la consorité, les liens nécessaires ayant été admis, est également donné lorsque le for contre le "premier" consort résulte d'une clause de prorogation de for. Après quelques hésitations⁵⁴, le Tribunal fédéral répond justement par l'affirmative, rappelant que l'article 7 al. 1 LFors ne prévoit pas d'exception au principe qu'il pose ("(...) le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est également à l'égard des autres"⁵⁵, et en se référant à sa jurisprudence relative à l'article 129 al. 3 LDIP.

De même, si le demandeur agit au domicile d'un défendeur non lié par une clause de prorogation de for, il peut également attaquer à ce for, en cas de connexité, un défendeur lié à une telle clause, prévoyant un for exclusif en un autre lieu. Le principe vaut également en cas de for impératif, le for de la consorité ne représentant pas une "dérogation" mais bien un for donné par la loi.

e. La prorogation de for

Aucun arrêt n'a encore été rendu en matière de clause de prorogation de for, en tant que celle-là serait soumise aux conditions des articles 8ss LFors. En revanche, deux arrêts récents⁵⁶ du Tribunal fédéral se penchent sur l'application des articles 59 al. 1 aCst. féd. et 30 al. 2 Cst. féd. aux clauses de prorogation de for régies par l'ancien droit, conformément à l'article 34 LFors. Ces deux décisions seront commentées au moment d'examiner la portée des dispositions transitoires de la LFors⁵⁷. Nous en discuterons également lors de l'examen des voies de recours⁵⁸. En particulier, nous verrons qu'à notre sens la jurisprudence dite "typographique" du Tribunal fédéral⁵⁹ devrait continuer à s'appliquer sous l'empire de la LFors.

Les liens entre le for prorogé et le for de la consorité ont été examinés ci-dessus⁶⁰.

V. Les dispositions spéciales en matière de fors

a. Le for et la litispendance en matière matrimoniale (renvoi)

Sur cette question voir le chapitre VII, section b).

b. Le for en matière immobilière

Aux termes de l'article 19 al. 1c LFors, "Le tribunal du lieu où est situé le registre foncier dans lequel un immeuble est immatriculé ou devrait l'être est compétent pour connaître des autres actions en rapport avec l'immeuble telle que l'action visant au transfert de la propriété foncière ou à la constitution de droit limité sur les immeubles; ces actions peuvent également être portées devant le tribunal du domicile ou du siège du défendeur". Selon le Message⁶¹, cette lettre apporte une innovation pour les actions purement obligatoires (droit contractuel) concernant les immeubles, [62] en particulier pour celles relatives au transfert de la propriété foncière ou à la constitution de réels restreints⁶². Le Conseil fédéral précise que le rapport entre l'action et l'immeuble doit avoir une certaine intensité. Ainsi, l'action intentée par un entrepreneur contre le propriétaire foncier à cause des travaux de réparations dans une maison serait couverte, mais non l'action dirigée contre un tiers quelconque. Le Tribunal fédéral⁶³ a déjà eu l'occasion, avant même son entrée en vigueur,

d'indiquer que ce for, dispositif, vise aussi les prétentions issues d'un contrat d'entreprise concernant les travaux réalisés dans un bâtiment. Dans la mesure où la demande était dirigée contre le propriétaire de l'immeuble, on ne sait pas si le principe retenu par le Tribunal fédéral vise aussi les prétentions de l'entrepreneur à l'égard de l'architecte par exemple. La doctrine majoritaire se distancie justement du message et considère que le for du lieu de l'immatriculation de l'immeuble est également donné dans ce cas⁶⁴. Il se pourrait bien que le Tribunal fédéral juge dans ce sens, ce d'autant que dans son arrêt précité, il semble accorder à la disposition fédérale une portée identique à celle de l'article 16 ch. 2 aCPC val., dont Donzallaz indique qu'elle recouvre également cette hypothèse⁶⁵.

VI. Les mesures provisoires

Lors d'une récente affaire, passablement médiatisée, qui concernait une demande d'interdiction de diffusion en Suisse du livre intitulé "Ben Laden, La vérité interdite", formé par Yeslam Bin Ladin contre deux sociétés ayant leur siège respectivement à Zurich et à Fribourg, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se pencher sur diverses questions intéressantes concernant la fixation du for dans le cadre de mesures provisoires⁶⁶.

La Cour de justice du canton de Genève avait annulé une ordonnance de mesures provisoires urgentes faisant droit aux conclusions de Yeslam Bin Ladin et de Saudi Investment Company, SICO SA, en retenant étrangement l'incompétence locale du tribunal de première instance dans la mesure où aux défenderesses suisses s'étaient jointes, au stade du recours devant la Cour de justice, les éditions Denoël Sàrl d'une part, Jean-Claude Brisard et Guillaume Dasquié, à savoir les deux auteurs de l'ouvrage, d'autre part, tous domiciliés en France. En bref, la Cour de justice partit du principe que le litige présentait désormais un caractère international et qu'il était dès lors soumis aux dispositions de la Convention de Lugano, ce qui, en l'occurrence, excluait un for dans le canton de Genève.

Si cette décision a de quoi de surprendre, tant le principe de la *perpetuatio fori* est établi⁶⁷ – le Tribunal fédéral s'y est encore référé il y a quelques mois dans deux arrêts commentés ci-dessus⁶⁸ –, le raisonnement de la Cour de justice revenant de plus à permettre à un défendeur ou à un intervenant de modifier les conditions de recevabilité de la demande en cours d'instance, le prononcé du Tribunal fédéral suscite également des interrogations.

Laissant de côté la question de la *perpetuatio fori*, le Tribunal fédéral casse la décision dont recours pour un autre motif, fort contestable. La compétence du tribunal genevois résulterait du principe de l'acceptation tacite (*Einlassungsprinzip*), retenu tant par la CL que par la LFors, les intervenants, procédant au stade du recours, n'ayant pas contesté la compétence du tribunal, leurs moyens étant relatifs au fond. Hormis le fait que le principe de la *perpetuatio fori* rendait cette question sans objet, le raisonnement ne convainc pas, une acceptation tacite ne pouvant se concevoir pour des fors impératifs⁶⁹, comme ceux de l'article 33 LFors. Certes, cette disposition retient la compétence du juge du fond, qui peut, suivant les domaines, résulter d'une acceptation tacite. Mais cela suppose que les mesures provisoires soient requises parallèlement ou postérieurement à la demande, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence.

VII. Les actions identiques

a. En général

L'article 35 al. 1 LFors dispose que "Lorsque des actions portant sur le même objet de litige entre les mêmes parties sont introduites devant plusieurs tribunaux, tout tribunal saisi ultérieurement

surseoit à la procédure jusqu'à ce que le tribunal saisi en premier lieu ait statué sur sa compétence". Dans un arrêt publié du 8 mai 2002⁷⁰, le Tribunal fédéral s'interroge sur l'identité entre une demande condamnatoire et une demande en constat négatif au sens de cette disposition. On s'en souvient, notre cour suprême avait nié leur caractère identique dans un arrêt 105 II 229⁷¹, le [63] jugement tranchant une question préalable à une autre demande pouvant revêtir l'autorité de la chose jugée pour celle-ci sans que l'action correspondante ne donne l'ouverture à l'exception de litispendance. En revanche, l'identité a été admise récemment dans le champs d'application de la CL, au vu de la jurisprudence de la Cour de justice consacrée à l'article 21 CL, cette disposition visant à éviter le prononcé de décisions exécutoires contradictoires, but ne pouvant être atteint que si l'article 21 entre en jeu pour chaque procédure présentant ce risque⁷².

Qu'en est-il désormais en matière interne? Si la condition subjective ne fait l'objet d'aucune controverse – le rôle des parties dans chaque procédure, soit, en l'occurrence, demanderesse et appelée en cause d'une part, défenderesse et demanderesse d'autre part, ne joue aucun rôle -, c'est l'identité objective qui retient l'attention du Tribunal fédéral. Après avoir exposé les avis divergents de la doctrine, il retient que l'article 35 al. 1 LFors poursuivant le même but que l'article 21 CL, comme le souligne le Conseil fédéral⁷³, et vu l'analogie entre les deux dispositions, une action négatoire et condamnatoire doivent être considérées comme identiques lorsqu'elles opposent les mêmes parties et reposent sur le même complexe de faits, peu importe l'ordre dans lequel elles sont intentées. La solution est convaincante. Le Tribunal fédéral ajoute encore que cette solution s'impose indépendamment du parallélisme entre l'article 35 al. 1 LFors et l'article 21 CL, l'article 35 al. 1 LFors visant à éviter les jugements contradictoires. Mais les deux dispositions ayant la même finalité, l'argument supplémentaire du Tribunal fédéral n'en est pas un.

Un dernier point doit être précisé: l'identité objective suppose selon nous que le litige ait le même objet (dans le sens de "ce qui est prétendu matériellement") et la même cause (dans le sens de "complexe de faits à la base de la demande"). En effet, la notion d'objet regroupe parfois celles "d'objet au sens étroit" et de cause⁷⁴, celle-ci étant elle-même souvent entendue comme le fondement juridique de la demande. Dans son arrêt précité, le Tribunal fédéral utilise d'ailleurs ces notions dans un sens ou dans l'autre, indiquant que l'identité de l'objet du litige suppose "la même prétention (...) se fondant sur les mêmes causes juridiques et les mêmes faits"⁷⁵, puis qu'il y a identité des demandes si celles-ci reposent sur le même objet et la même cause⁷⁶.

Le juge appliquant le droit d'office, il y a à notre sens litispendance entre, par exemple, une demande en dommage et intérêts pour violation du devoir de diligence d'un employé et une demande portant sur le même complexe de faits ayant pour fondement l'acte illicite. La cause juridique n'est pas déterminante. C'est bien le complexe de fait à la base de la demande qui la circonscrit et qui permet, par exemple, de distinguer une réintégrande d'une demande en revendication.

b. En procédure de divorce

Bien que ne traitant pas spécifiquement de l'article 35 LFors, l'arrêt du Tribunal fédéral **5C.249/2001** du 20 décembre 2001 consacré à l'exception de litispendance en matière de procédure de divorce contentieuse et non contentieuse nous paraît d'un intérêt suffisant pour être relaté ici. Après avoir rappelé le but de l'exception de litispendance – empêcher la conduite simultanée de plusieurs procès portant sur le même objet -, son lien avec l'exception de chose jugée, en laquelle elle se transforme lorsque l'une des procédures pendantes acquiert l'autorité de la chose jugée avant un prononcé sur l'exception, le Tribunal fédéral confirme la portée respective des droit cantonal et fédéral dans ce domaine. Selon la jurisprudence⁷⁷, dans la mesure où il convient d'éviter tout

prononcé contradictoire portant sur une prétention fondée sur du droit matériel fédéral, c'est ce droit qui détermine si deux procès concurrents opposant les mêmes parties portent sur des prétentions identiques fondées sur le droit matériel fédéral.

Par ailleurs, mais en matière matrimoniale uniquement, le droit fédéral (**art. 136 CC**) détermine à quel moment une requête commune en divorce ou une demande en divorce sont pendantes⁷⁸. Pour le reste, l'art. 35 LFors réservé, dont la portée n'est pas discutée dans cet arrêt⁷⁹, c'est le droit cantonal qui s'applique⁸⁰, et qui détermine, notamment, dans quelles formes, devant quelle instance et à quel moment le moyen doit être soulevé, s'il est examiné d'office et s'il aboutit, le cas échéant, à la suspension de l'instance ou l'irrecevabilité de la demande.

En l'occurrence, la demande en divorce de l'épouse déposée le 7 juin 1999, et qui avait fait apparemment par la suite l'objet d'un accord partiel, avait été retirée le 30 mars 2000, le tribunal étant saisi d'une nouvelle demande fondée sur l'article 115 CC le 8 juin 2000. Or, selon le droit cantonal applicable, l'instance ne prenait fin qu'à la décision de classement dûment notifiée, ce qui, pour la demande du 7 juin 1999, n'avait été le cas qu'en avril 2001. Dans l'intervalle, le mari avait soulevé l'exception de litispendance, moyen rejeté par les instances cantonales, dont les prononcés sont confirmés par le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en réforme.

[64] Notre cour suprême retient en substance que le droit fédéral prohibe exclusivement les jugements contradictoires, aucun risque n'existant en l'occurrence, la première demande ayant été formellement retirée avant le dépôt de la seconde, même si matériellement la première instance ne devait prendre fin qu'ultérieurement.

L'argument subsidiaire du Tribunal fédéral nous paraît moins convaincant: selon lui, il ne saurait y avoir litispendance entre une procédure en cas d'accord complet ou partiel (**art. 111 ss CC**) et une demande unilatérale, faute d'identité des prétentions; il ne peut y avoir de jugement contradictoire puisque savoir laquelle des deux procédures aboutira dépend finalement de la volonté de l'autre conjoint. A notre avis ces deux procédures ne peuvent coexister: l'époux qui dépose une demande unilatérale après que le tribunal a été saisi d'une requête conjointe avec accord complet ou partiel, ou après qu'un acquiescement est intervenu suite à une demande unilatérale antérieure, ne remet pas en cause le principe du divorce et l'on doit considérer qu'il n'y a pas d'intérêt pour un conjoint d'obtenir le divorce sur la base d'une disposition spécifique du code. C'est même une évidence en cas d'accord sur le principe du divorce, puisque dans un tel cas une demande fondée sur l'article 114 ou 115 CC est traitée comme une requête commune avec accord partiel⁸¹. Sa demande porte nécessairement sur le même objet que la procédure pendante. Si elle fait suite à un accord complet, elle n'est qu'une remise en cause des modalités du divorce, qui devrait intervenir dans les formes prévues par le droit cantonal (et non sous la forme d'une nouvelle demande). En cas d'accord partiel, elle fait double emploi avec la détermination du conjoint sur les points ne faisant pas l'objet d'un accord.

Dès lors de deux choses l'une: soit l'acte peut être considéré comme un mémoire par lequel un conjoint modifie sa prise de position antérieure, soit une conversion est exclue d'après le droit cantonal applicable, formalisme excessif réservé, et l'exception de litispendance doit être accueillie.

Si la seconde demande est déposée devant un autre tribunal (tribunal du domicile de l'autre conjoint), elle doit être déclarée irrecevable faute de compétence ratione loci selon le Tribunal fédéral⁸², un for impératif existant au lieu du dépôt de la première demande. Le caractère duplex de l'action en divorce ne nous paraît pas entraîner l'incompétence du juge saisi en second. C'est bien la saisine du premier juge qui l'empêche de se prononcer, et non une question de for. A défaut le même principe pourrait être retenu dans n'importe quel domaine, pour les demandes en constat

négatif par exemple. C'est l'exception de litispendance qui doit être soulevée ici, et non le déclinatoire.

VIII. Les dispositions transitoires

a. LFors et action pendante

L'article 38 LFors prévoit que, pour les actions pendantes lors de l'entrée en vigueur de la LFors, le for donné subsiste. Il consacre le principe de la *perpetuatio fori*, applicable de manière générale en matière civile, dont il a été question ci-dessus⁸³. La nouvelle loi est en revanche muette sur la question de savoir si les actions pendantes lors de son entrée en vigueur lui sont immédiatement soumises. Aux termes d'une analyse historique et téléologique, le Tribunal fédéral⁸⁴ arrive à la conclusion, en accord avec la doctrine majoritaire⁸⁵, que la LFors s'applique dès son entrée en vigueur, si bien que la compétence locale est donnée pour les actions pendantes, que celle-là résulte du droit cantonal ou de la LFors. Le Tribunal fédéral rappelle en particulier que, d'après un principe général de procédure civile, les conditions de recevabilité d'une demande doivent être réalisées au moment du jugement au fond⁸⁶.

Ainsi, de manière générale, il suffirait pour la compétence, que celle-ci soit donnée au moment du jugement au fond. On en déduit que la compétence doit être reconnue également lorsqu'elle résulte d'une disposition entrée en vigueur après l'introduction de l'instance. Posé d'une manière aussi générale, le principe nous paraît contestable, en particulier lorsque le vice, qu'il soit relatif à l'instance ou à l'action⁸⁷, est invoqué d'entrée de cause. Dans une telle hypothèse, on ne peut en effet exiger du juge qu'il fasse oeuvre d'oracle et détermine sa compétence au moment d'un éventuel jugement au fond.

Pour ce qui relève plus spécifiquement de la compétence à raison du lieu, il convient encore de noter qu'à notre sens, l'article 34 LFors permet aux parties d'exiger un examen immédiat⁸⁸ de la compétence, et l'on ne voit pas comment le juge pourrait se prononcer sur une compétence qui résulterait de l'état de fait au moment du jugement au fond. Certes, un des arrêts mentionné ci-avant⁸⁹ fait référence au prononcé du juge, sans préciser "prononcé au fond"⁹⁰, ce qui est mieux mais reste selon nous imprécis, l'examen du juge devant en [65] bonne logique porter sur les circonstances existant au moment où le moyen est soulevé. A défaut, un demandeur pourrait, dans les domaines où la LFors prévoit un for à son domicile, déposer par exemple une demande dans le canton Y, en anticipant un déménagement dans celui-ci. Il est à notre sens insuffisant de ne réserver que le domaine du divorce et de la séparation de corps, comme le fait le Tribunal fédéral⁹¹.

b. LFors et prorogation de for antérieure

Aux termes de l'article 39 LFors, "La validité du choix d'un for se détermine d'après l'ancien droit si le for a été choisi avant l'entrée en vigueur de la présente loi". Ce n'est pas seulement la validité formelle de la clause de prorogation de for qui se détermine d'après l'ancien droit, mais également sa validité matérielle: elle s'examine selon les anciennes règles applicables en matière de compétence locale, entre autres l'article 59 al. 1 aCst. féd. Le Tribunal fédéral pose clairement ce principe dans un arrêt du 5 mars 2003⁹².

L'article 39 LFors ne tranche pas la question de savoir si la validité d'une clause prorogation de for se détermine d'après les règles en vigueur au moment de son adoption ou celles applicables la veille de l'entrée en vigueur de la LFors.

Logiquement, la question relève des dispositions transitoires relatives à l'entrée en vigueur des règles de compétence adoptées après la signature de la clause de prorogation de for⁹³. A défaut de

règles adoptées spécifiquement, un principe général veut que les règles de procédure soient d'application immédiate⁹⁴. Qu'en est-il en matière constitutionnelle? On peut en effet se demander si la validité d'une clause de prorogation de for convenue par exemple en 1995 s'examine d'après l'article 59 al. 1 aCst. féd. ou d'après l'article 30 al. 2 Cst. féd., entré en vigueur une année avant la LFors. La question n'est pas sans intérêt, la portée de ces deux dispositions constitutionnelles n'étant pas identique⁹⁵. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer à deux reprises sur ce point, tranchant hélas dans les deux sens, sans apparemment avoir pris conscience de son incohérence.

Dans un arrêt du 5 mars 2003⁹⁶, la première Cour civile du Tribunal fédéral examine la validité d'une clause de prorogation de for conclue en 1996 sous l'angle de l'article 30 al. 2 Cst. féd., alors que trois mois plus tôt⁹⁷, la même Cour, certes dans une composition différente, retenait que l'article 59 al. 1 aCst. féd. s'applique pour l'examen d'une clause de prorogation de for signée en 1998! Le Tribunal fédéral relevait d'ailleurs expressément à cette occasion que l'ancienne disposition constitutionnelle s'applique lorsque la clause est antérieure à l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution.

Si ce flou est regrettable, il convient toutefois de relever que le Tribunal fédéral part en tout cas du principe que les conditions générales de validité d'une clause de prorogation de for⁹⁸ demeurent identiques sous l'empire du nouveau droit constitutionnel, en particulier sous l'angle du principe de la confiance⁹⁹. Mais en revanche n'est pas tranchée la question du maintien de cette jurisprudence sous l'empire de la LFors, dont le message¹⁰⁰ relevait que l'interdiction des prorogations de fors dans les domaines sociaux mettait un terme à la jurisprudence "typographique" du Tribunal fédéral¹⁰¹. Comme Meier¹⁰², nous sommes d'avis que cette jurisprudence demeure dans son essence applicable en tant qu'elle se fonde sur le principe de la confiance, et se rattache désormais à l'article 9 LFors¹⁰³, d'où, le cas échéant, l'ouverture du recours en réforme, subsidiairement en nullité. La réglementation des articles 9 et 21 LFors ne règle en effet de loin pas tous les problèmes. Par exemple, une clause de prorogation de for incluse dans les conditions d'octroi d'un crédit hypothécaire ne tombe probablement pas dans l'usage courant spécifiquement protégé, mais elle doit malgré tout à notre sens être placée de manière clairement reconnaissable pour le débiteur.

Le Tribunal fédéral distingue la validité d'une clause de prorogation de for de ses effets: Il indique dans un arrêt publié du 24 septembre 2002¹⁰⁴, commenté ci-dessus¹⁰⁵, que si la validité de la convention se détermine selon l'ancien droit, le nouveau droit régit ses effets. A vrai dire, on ne sait pas exactement quelle portée le Tribunal fédéral accorde au principe qu'il pose. Il faut sans doute se référer à Felix Dasser et Fridolin M.R. Walther auxquels il renvoie. Toutefois, si Walther¹⁰⁶ retient bien la règle énoncée par notre cour suprême, il ne l'explique aucunement, indiquant à cet égard qu'une clause de prorogation de for invalide [66] d'un point de vue de la forme sous l'ancien droit doit être considérée comme valide si elle répond aux critères de l'article 9 al. 2 LFors (forum negotii). L'auteur va même plus loin: selon lui, la jurisprudence typographique du Tribunal fédéral¹⁰⁷ ne s'appliquerait plus même aux clauses convenues avant l'entrée en vigueur de la LFors¹⁰⁸. Or ces deux points concernent bien la validité de la clause, et non ses effets. Dasser¹⁰⁹ est plus précis: relèvent de cette question le caractère exclusif ou facultatif de la clause, l'examen d'office de la validité de la clause, l'interdiction conventionnelle d'une demande reconventionnelle au for prorogé ou encore la validité du for prorogé pour les mesures provisoires. Déterminer si les effets de la clause – encore faut-il s'entendre sur ce que l'on entend par là – s'apprécient selon l'ancien ou le nouveau droit n'est pas évident¹¹⁰. Mais à notre sens le Tribunal fédéral n'avait pas à examiner

cette question en l'occurrence: savoir si une personne peut être atraite au for donné à l'encontre d'un défendeur partie à une clause de prorogation de for ne dépend pas des effets de cette clause, mais des règles sur le for en cas de consorité.

IX. Les voies de recours

a. Le recours en réforme

Depuis l'entrée en vigueur de la LFors, le recours en réforme est devenu la voie de recours fédérale principale en matière de compétence à raison du lieu. Il est recevable pour toute violation d'une disposition de LFors lorsque la décision attaquée est finale au sens de l'article 48 OJ, qu'il s'agisse d'une affaire non pécuniaire au sens de l'article 44 OJ, d'une affaire pécuniaire pour laquelle ce recours est ouvert sans égard à la valeur litigieuse selon l'article 45 OJ, ou d'une affaire portant sur un autre droit de nature pécuniaire lorsque d'après les conclusions des parties, les droits contestés devant la dernière instance cantonale atteignent une valeur d'au moins CHF 8000.- (art. 46 OJ). Auparavant, le recours en réforme n'était ouvert en matière de compétence locale interne que pour les fors éparpillés dans le droit matériel fédéral, par exemple en matière matrimoniale ou dans le domaine de la responsabilité civile¹¹¹. Ainsi, alors que sous l'ancien droit il était très largement fait usage du recours de droit public, en cas de violation de l'article 59 al. 1 aCst. féd.¹¹² et en cas d'application arbitraire des dispositions cantonales en matière de fors, c'est aujourd'hui le recours en réforme qui s'impose.

Lorsque les tribunaux ou autres autorités suprêmes des cantons se prononcent de manière préjudicielle ou incidente sur la compétence, ou lorsque la décision est prise par un tribunal inférieur aux conditions de l'article 48 al. 2 OJ, le recours en réforme doit être dirigé contre cette décision, sous peine de forclusion. L'article 49 al. 1 OJ prévoit en effet que le recours en réforme est recevable contre les décisions préjudicielles et incidentes prises séparément du fond pour violation des prescriptions de droit fédéral sur la compétence à raison de la matière ou sur la compétence territoriale, soit locale, soit internationale. De plus, l'article 48 al. 3 OJ précise que le principe selon lequel le recours dirigé contre la décision finale se rapporte aussi aux décisions qui l'ont précédée ne s'applique pas pour des décisions qui auraient pu être déférées au Tribunal fédéral en vertu de l'article 49 OJ. Ainsi, le recours en réforme doit être immédiatement interjeté, que la décision préjudicielle ou incidente admettent¹¹³ ou non¹¹⁴ la compétence du tribunal saisi¹¹⁵.

Le recours en réforme est-il ouvert contre le refus d'une juridiction visée à l'article 48 OJ de se prononcer séparément sur la question de la compétence locale?

La réponse n'est pas évidente. L'article 34 al. 1 LFors, aux termes duquel: "Le tribunal examine d'office la compétence à raison du lieu" ne répond pas spécifiquement à cette question. Pour Donzallaz¹¹⁶, l'obligation faite au juge de statuer d'entrée de cause sur la compétence doit être déduite de la finalité même de l'article 34 LFors. Ainsi, selon cet auteur, la partie qui soulève l'exception d'incompétence a le droit d'exiger des tribunaux qu'ils la tranchent d'entrée de cause, comme le Tribunal fédéral l'avait admis sous l'empire de l'article 59 al. 1 aCst. féd. Dans son dernier arrêt sur la question¹¹⁷, notre Cour suprême rappelle que le juge est obligé, lorsqu'il reçoit une déclaration écrite du défendeur par laquelle celui-ci conteste le for en invoquant l'article 59 al. 1 aCst. féd., de se prononcer, en vertu de la Constitution, sur cette exception avant d'instruire le fond. D'où la conclusion du Tribunal fédéral: le défendeur peut introduire un recours de droit public pour violation de l'article 59 al. 1 aCst. féd. si le juge refuse de se prononcer sur sa [67] compétence par un jugement préjudiciel. Or depuis cet arrêt, le contexte juridique a évolué à trois égards. Tout d'abord, l'article 86 al. 2 OJ a été modifié en ce sens que le recours de droit public pour violation de

l'article 59 al. 1 aCst. féd. exige depuis le 15 février 1992¹¹⁸ l'épuisement des instances cantonales. Ensuite, l'article 59 al. 1 aCst. féd. a été remplacé par l'article 30 al. 2 Cst. féd. au 1er janvier 2000, disposition dont la portée n'est pas identique¹¹⁹. Enfin, depuis le 1er janvier 2001, la compétence locale en matière civile fédérale interne est régie par la LFors. Ainsi, l'ancienne jurisprudence ne peut être reprise sans autre. On peut en effet se demander si la question du moment de l'examen de la compétence n'est pas régie par le droit cantonal¹²⁰ et si, la disposition constitutionnelle ayant perdu toute portée propre¹²¹, la loi pouvant y déroger, un prononcé préalable peut encore être exigé pour le for du domicile du défendeur. Il est regrettable que la loi sur les fors en matière civile ne réponde pas expressément à cette question. Tout comme Donzallaz, nous sommes tentés de voir dans l'éventuel refus du juge de se prononcer une violation de l'article 34 LFors, d'où, après épuisement des voies de recours cantonales, la possibilité d'un recours en réforme au sens de l'article 49 OJ, le cas échéant d'un recours en nullité si la valeur litigieuse n'est pas atteinte. Considérer que seul le recours de droit public pour violation de l'article 30 al. 2 Cst. féd., fondé sur l'article 87 al. 1 OJ, est ouvert ne nous paraît pas satisfaisant, ce d'autant que la protection contre le refus du juge de statuer préalablement ne serait alors donné que dans des cas limités, pour lesquels la garantie du for du domicile ou du siège serait remis en cause¹²².

Il convient enfin de relever que si l'on admet que le recours en réforme est ouvert dans une telle hypothèse, pour violation de l'article 34 LFors, le recours de droit public pour violation de l'article 30 al. 2 Cst. féd. ne l'est plus, la portée des deux dispositions n'étant plus indépendante¹²³.

Quant à ses conclusions, le recours en réforme doit indiquer quel poste de la décision attaquée doit être annulé et quelle modification du dispositif est requise¹²⁴.

Une conclusion en renvoi de la cause à l'instance précédente pour nouvelle décision ou uniquement en annulation ne suffit en principe pas et entraîne l'irrecevabilité du recours. Toutefois, une conclusion limitée au renvoi est recevable selon la jurisprudence dans l'hypothèse où le Tribunal fédéral ne pourrait pas se prononcer au fond en cas d'admission du recours et devrait de toute manière renvoyer l'affaire à l'instance précédente pour complément d'instruction. Cela peut être le cas si par exemple l'instance cantonale a refusé sa compétence en se fondant sur un certain critère de rattachement mais qu'elle devrait peut-être l'admettre sur un autre, nécessitant un examen complémentaire de l'état de fait¹²⁵.

b. Le recours en nullité

Alors que sa disparition est programmée dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale¹²⁶, le recours en nullité a vu son intérêt pratique augmenter avec l'entrée en vigueur de la LFors en janvier 2001, puisque cette voie de recours est en particulier ouverte en cas de violation de prescriptions de droit fédéral quant à la compétence des autorités à raison de la matière ou quant à la compétence territoriale¹²⁷.

Ainsi, le recours en nullité est ouvert en cas de violation d'une disposition de la LFors, lorsque la décision de la dernière juridiction cantonale ne peut faire l'objet d'un recours en réforme, par exemple parce que la valeur litigieuse de CHF 8000.- n'est pas atteinte, ou parce que la décision prise en dernière instance cantonale, ne l'est pas par une autorité suprême¹²⁸. Comme pour le recours en réforme, le recours en nullité doit être introduit immédiatement contre une décision incidente en matière de compétence, sous peine de péremption (art. 68 al. 2 OJ).

Le recours en nullité est également ouvert contre les décisions rendues en matière de mesures provisoires lorsqu'une question de compétence est en jeu¹²⁹. A vrai dire, il ne ressort pas immédiatement de l'article 49 al. 1 OJ que les décisions relatives à la compétence en matière de

mesures provisoires ne peuvent faire l'objet d'un recours en réforme, mais ceci ressort de l'articulation entre les articles 48 et 49 OJ. On ne peut en effet concevoir que le recours en réforme soit ouvert contre la décision concernant la compétence en [68] matière de mesures provisoires, mais qu'elle ne le soit pas en revanche contre la décision de mesures provisoires elle-même, celle-ci n'étant pas finale¹³⁰.

c. Le recours de droit public

En matière de compétence locale, le recours de droit public demeure la voie ouverte en cas d'application arbitraire des dispositions cantonales dans ce domaine. Les cas sont désormais restreints. Outre les dispositions cantonales relatives à l'appel en cause¹³¹, à la compétence du juge civil en matière d'action pénale¹³² et à la preuve à futur au sens étroit¹³³, on songe avant tout aux dispositions en matière de fors relatives au droit civil cantonal¹³⁴. A cet égard, il convient de relever que les règles de fors cantonales le reste même si la législation cantonale renvoie aux dispositions fédérales en matière de fors¹³⁵.

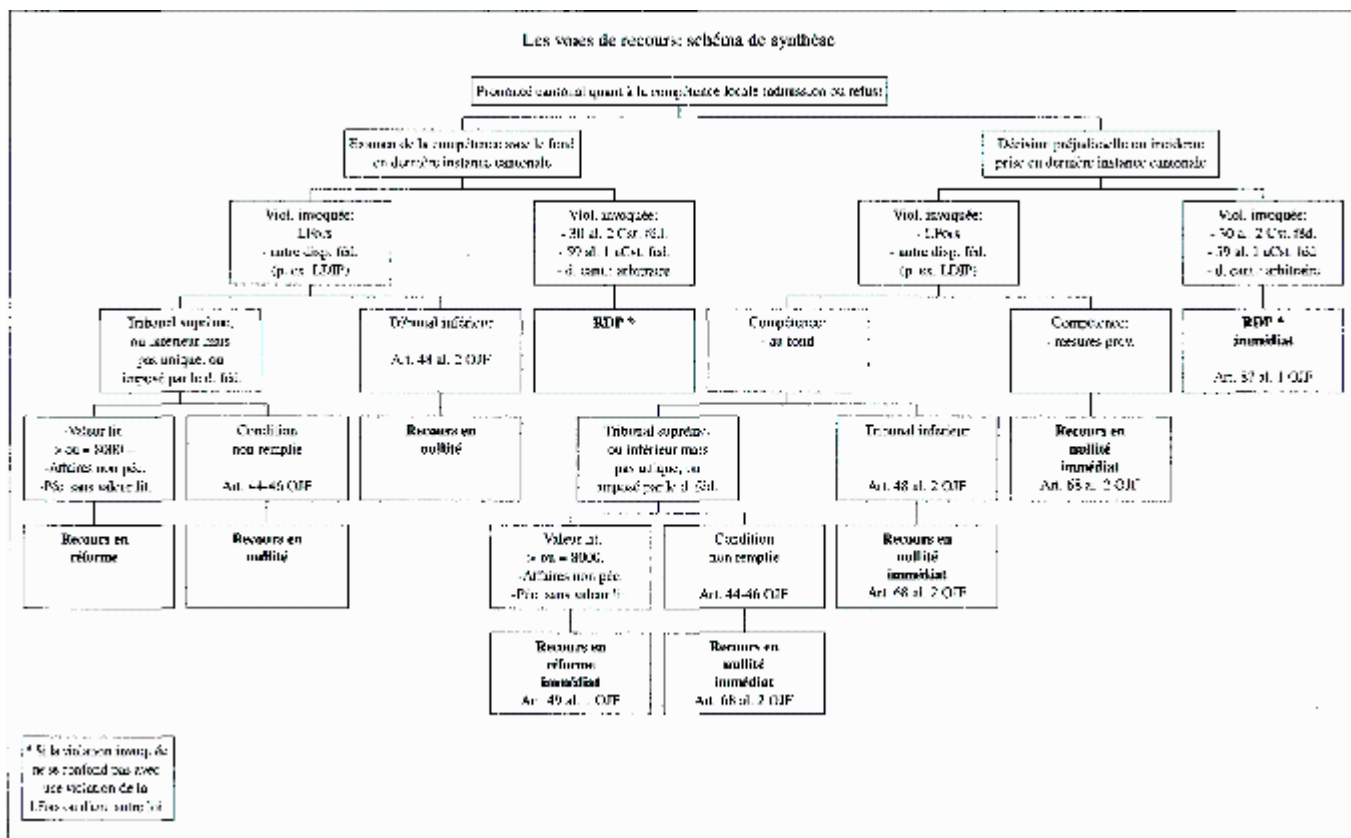
Une violation de l'article 30 al. 2 Cst. féd. doit être invoquée par le biais du recours de droit public¹³⁶, mais cette voie n'est pas ouverte si la violation invoquée se confond avec la violation d'une disposition de la LFors. C'est une des leçons d'un arrêt non publié du Tribunal fédéral du 24 janvier 2003¹³⁷. Ainsi, par exemple, le recours de droit public pour violation de l'article 30 al. 2 Cst. féd. n'est pas ouvert lorsque le recourant peut invoquer par le biais du recours en réforme une violation de l'article 6 LFors qui n'ouvre le for de la reconvention qu'en cas de connexité entre la demande principale et la demande reconventionnelle. En effet, de deux choses l'une: soit l'article 6 LFors est violé, et à l'article 30 al. 2 Cst. féd. l'est également à défaut d'une autre disposition octroyant un for au lieu donné, ou l'article 6 LFors n'est pas violé, et l'article 30 al. 2 Cst. féd. ne l'est pas non plus, puisque cette disposition réserve les fors prévus par la loi. Le même principe vaut en cas de violation d'une autre loi fédérale, en particulier la LDIP, ou d'un traité international. En bref, on ne conçoit pratiquement pas de cas, depuis l'entrée en vigueur de la LFors, où la violation de l'article 30 al. 2 Cst. féd. peut être indépendante¹³⁸.

Le recours de droit public demeure également ouvert en cas de violation de l'article 59 al. 1 aCst féd., lorsque cette disposition reste applicable, ce qui est en particulier le cas pour les clauses de prorogation de for convenues avant l'entrée en vigueur de la LFors¹³⁹. C'est bien le recours de droit public et non le recours en réforme, subsidiairement le recours en nullité (voir art. 68 al. 1e OJ in fine), qui est ouvert, même lorsque le recourant invoque, en relation avec une clause de prorogation de for, une violation du principe de la confiance, de l'article 18 CO, du fardeau de la preuve (art. 8 CC) ou encore de l'article 27 CC, dans la mesure où ces institutions s'appliquent comme droit cantonal supplétif¹⁴⁰.

Tout comme le recours en réforme et le recours en nullité, le recours de droit public doit être interjeté immédiatement lorsqu'une décision incidente se prononce sur la compétence, que celle-ci soit admise ou rejetée. La question est réglée par l'article 87 al. 1 OJ¹⁴¹. Le principe vaut également en matière de mesures provisoires¹⁴². Si le recours de droit public est généralement de nature cassatoire, la jurisprudence a admis, sous l'empire de l'article 59 al. 1 aCst. féd., la recevabilité d'une conclusion en constat de l'incompétence du tribunal saisi¹⁴³. Le même principe vaut avec l'article 30 al. 2 Cst. féd.¹⁴⁴.

Enfin, il convient de relever, quant à l'ordre d'examen des recours par le Tribunal fédéral, que selon l'article 57 al. 5 OJ (applicable également au recours en nullité, vu le renvoi de l'article 74 OJ), c'est

le recours de droit public qui doit être examiné en premier lieu. Selon la jurisprudence, il se justifie de déroger à ce principe lorsque le recours en réforme, respectivement le recours en nullité, paraît devoir être admis indépendamment des griefs soulevés dans le recours de droit public¹⁴⁵.



d. Schéma de synthèse

[69] X. Conclusion

Peut-être le libre accès accordé aujourd'hui online à un bon nombre des arrêts non publiés (mais cette notion a-t-elle encore en sens?) du Tribunal fédéral permet de déceler plus de zones d'ombre, si ce n'est des contradictions, qu'auparavant, dans la jurisprudence de notre Cour suprême – de qualité, si l'on songe seulement aux nombres de décisions rendues chaque année. Mais en matière de LFors, où la production du Tribunal fédéral est encore marginale, on aurait espéré moins de sujets d'étonnement (Einlassung en mesures provisoires; portée de l'article 30 al. 2 Cst. féd.; droit transitoire et prorogation de for; divorce et litispendance; moment de l'examen des Prozessvoraussetzungen) à la lecture des premiers arrêts rendus.

Fussnoten:

- 1 FF 1997 I 186.
- 2 FF 1997 I 186.
- 3 O. Vogel/K. Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des Internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7ème éd., Berne 2001, ch. 13, 61; K. Spühler/P. Reetz, Die allgemeinen Gerichtsstandsvorschriften des Gerichtsstandsgesetz (GestG), in: Christoph Leuenberger (edit.), Das Gerichtsstandsgesetz – La loi sur les fors, Berne 2001, 13-14. Voir également, plus récemment, Pascal Mahon in J.-F. Aubert/P. Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, no 10 ad art. 30 Cst. féd.

H.U. Walder-Richli/B. Grob-Andermacher, *Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit*, RSJ 97 (2001), 32, note 23; BSK-Reto Andrea Surber, **art. 30 Cst.**, Bâle 2001, no 20-21.

5 Georg Naegeli, *Komm. GestG*, Zurich 2001, no 11 et 30 ad Einleitung.

6 Voir également l'interprétation donnée à la théorie de cet auteur par Yves Donzallaz, L'art. 30 al. 2 nCst. Féd., **PJA/AJP 2002, 537**.

7 TF **4P.174/2000**, cons. 3b), bb).

8 Voir François Bohnet, *LFors et CPCN: que reste-t-il des dispositions neuchâtelaises relatives à la compétence locale en matière civile*, RJN 2001, 17.

9 Yves Donzallaz, l'article 30 al. 2 nCst. Féd., **PJA/AJP 2002, 530** ss; du même avis sur la portée de l'**art. 30 al. 2 Cst. féd.**: G. Leuch/O. Marbach/F. Kellerhals/M. Sterchi, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, 5ème éd., Berne 2000, no 2b ad art. 34; R. Frank /H. Sträuli/G. Messmer, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Ergänzungsband*, Zurich 2000, no 2 § 2.

10 **ATF 129 III 230** (TF **4C.309/2002**) du 24 janvier 2003.

11 **ATF 129 III 80** (TF **4C.327/2001**) du 24 septembre 2002. Le Tribunal fédéral rappelle sans plus de précision que la loi et les traités peuvent déroger à la garantie, et renvoie au Message du Conseil fédéral à l'appui de la nouvelle Constitution.

12 Sur le droit transitoire, voir ci-après, chapitre VIII.

13 TF **5C.139/2002**, **Pra 2003, 54**.

14 Contra, Andreas Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Genève, Bâle, Munich et Paris, 2003, no 69, selon lequel le renvoi de l'**art. 52 CL** ne concerne que le domicile.

15 Le Tribunal fédéral renvoie à l'**ATF 117 II 334**, JT 1995 I 56.

16 Sur cette question, voir Andreas Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Genève, Bâle, Munich et Paris, 2003, no 63 ss; F. Bohnet/S. Othenin-Girard, *Le for du domicile et de la résidence habituelle: comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors*, in SJ 2001 II 150.

17 Comp., en matière de domicile, **ATF 119 II 64**; **ATF 120 III 7**; Andreas Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Genève, Bâle, Munich et Paris, 2003, no 54; F. Bohnet/S. Othenin-Girard, *Le for du domicile et de la résidence habituelle: comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors*, in SJ 2001 II 147-148.

18 **ATF 82 III 12**. Voir également **BSK ZGB I-Daniel Staehelin, art. 23 CC**, 2ème éd. Bâle 2002, no 15.

19 Voir **BSK ZGB I-Daniel Staehelin, art. 23 CC**, 2ème éd. Bâle 2002, no 4; F. Bohnet/S. Othenin-Girard, *Le for du domicile et de la résidence habituelle: comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors*, in SJ 2001 II 145 ss.

20 Voir **art. 52 al. 1 CL**.

21 TF **5C.139/2002**, **Pra 2003, 54**.

22 Voir le chapitre III.

23 Voir F. Bohnet/S. Othenin-Girard, *Le for du domicile et de la résidence habituelle: comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors*, in SJ 2001 II 164.

24 Voir F. Bohnet/S. Othenin-Girard, *Le for du domicile et de la résidence habituelle: comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors*, in SJ 2001 II 160 ss.

25 Voir **ATF 101 Ia 39**, JT 1975 I 344.

26 FF 1999, 2608.

27 Voir **ATF 101 Ia 39**, JT 1975 I 344

- 28 [ATF 129 III 31](#) (TF [4C.219/2002](#)).
- 29 FF 1999, 2608.
- 30 [ATF 101 Ia 39](#), JT 1975 I 344, cons. 3.
- 31 Voir cons. 3.1, 2ème par.
- 32 Fabio Soldati, GestG – Kommentar, Berne 2001, no 10 ad art. 5; Fridolin M.R. Walther, GestG – Kommentar, Berne 2001, no 9 ad art. 24; Thomas Müller, Komm. GestG, Zurich 2001, no 27 ad art. 5; Balz Gross, Komm. GestG, Zurich 2001, no 72 ad art. 24; Yves Donzallaz, Commentaire, Berne 2001, no 49 ad art. 5, no 27 ad art. 24, F. Bohnet/S. Othenin-Girard, Le for du domicile et de la résidence habituelle: comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors, in SJ 2001 II 161. Contra: BSK-Dominik Infanger, art. 5, Bâle 2001, no 21.
- 33 Voir les références au cons. 3.2, 3ème par.
- 34 [ATF 129 III 230](#) (TF [4C.309/2002](#)).
- 35 Voir FF 1999, 2609.
- 36 Voir Yves Donzallaz, Commentaire, Berne 2001, no 24 ad art. 6.
- 37 Voir par exemple TF in SJ 1975, 399: "Il convient d'admettre la connexité non seulement lorsque la demande principale et la demande reconventionnelle résultent du même acte juridique, mais aussi quand il existe entre elles un lien interne, par exemple quand elles résultent d'un complexe d'affaires intéressant les deux parties, de telle sorte que les intérêts des parties se trouvent enchevêtrés au point qu'en statuant sur les uns on statue sur les autres".
- 38 Voir ci-après, section d).
- 39 FF 1999, 2609-2610.
- 40 [ATF 129 III 80](#), SJ 2003 I 288 (TF [4C.327/2002](#)) du 24 septembre 2002, cons. 2.1. Voir également un arrêt du 30 juillet 2001, TF [4P.29/2001](#) cons. 5b) in fine.
- 41 Voir Yves Donzallaz, Commentaire, Berne 2001, no 9 ad art. 7.
- 42 Le fait qu'un consort conteste être obligé par le contrat n'y change rien: il ne s'agit que d'une question de fond, sans incidence sur la compétence du tribunal basée exclusivement sur les allégués de la demande (cons. 2.2 in fine). Sans l'indiquer expressément, le Tribunal fédéral examine ici un fait de double pertinence. Sur cette question, voir [ATF 128 III 50](#); [ATF 122 III 249](#), JT 1997 I 25.
- 43 Voir Yves Donzallaz, Commentaire, Berne 2001, no 8 ss ad art. 7; BSK-Peter Reetz, art. 7, Bâle 2001, no 8; Thomas Müller, Komm. GestG, Zurich 2001, no 11-12 ad art. 7; F. Kellerhals/A. Güngerich, GestG – Kommentar, Berne 2001, no 17 ad art. 7.
- 44 Voir François Bohnet, LFors et CPCN: que reste-t-il des dispositions neuchâtelaises relatives à la compétence locale en matière civile, RJN 2001, 9; CPCN commenté, Bâle 2003, no 5 ad art. 27.
- 45 De cet avis, Ivo Schwander, Streitgenossenschaft, interkantonal und international, Mélange Bernard Dutoit, Genève 2002, 263-264.
- 46 La consorité nécessaire active, régie par le droit matériel, demeure évidemment réservée.
- 47 Du même avis, BKS-Peter Reetz, art. 7, Bâle 2001, no 18.
- 48 BSK-Peter Reetz, art. 7, Bâle 2001, no 12. Contra: Yves Donzallaz, Commentaire, Berne 2001, no 17-18 ad art. 7; Thomas Müller, Komm. GestG, Zurich 2001, no 27 ad art. 7.
- 49 BSK-Peter Reetz, art. 7, Bâle 2001, no 13; Thomas Müller, Komm. GestG, Zurich 2001, no 28 ad art. 7. Contra: Yves Donzallaz, Commentaire, Berne 2001, no 17 ad art. 7, à notre sens mal interprété par Th. Müller.

- 50 Thomas Müller, Komm. GestG, Zurich 2001, no 21 ad art. 7; Yves Donzallaz, Commentaire, Berne 2001, no 8 ad art. 7.
- 51 Voir par exemple Thomas Müller, GestG, Zurich 2001, no 20 ad art. 7; F. Kellerhals/A. Güngerich, GestG – Kommentar, Berne 2001, no 17 ad art. 7.
- 52 TF [4C.238/2002](#).
- 53 [ATF 129 III 80](#), SJ 2003 I 288 (TF [4C.327/2001](#)).
- 54 La doctrine est partagée, Thomas Müller, Komm. GestG, Zurich 2001, no 25/34 ad art. 7 et Yves Donzallaz, Commentaire, Berne 2001, no 6 ad art. 7, admettant le for, F. Kellerhals/A. Güngerich, GestG – Kommentar, Berne 2001, no 8 ad art. 7 le contestant.
- 55 Contrairement à l'article 6 al. 1 CL, qui ne donne le for de la consorité qu'au domicile d'un consort, voir cons. 2.3.4.
- 56 TF [4P.135/2002](#) du 28 novembre 2002 et TF [4P.258/2002](#) du 5 mars 2003.
- 57 Voir ci-après chapitre VIII, section b).
- 58 Voir ci-après chapitre IX, section c).
- 59 [ATF 118 Ia 294](#); [ATF 109 Ia 55](#).
- 60 Voir chapitre IV, section d), ch. 2.
- 61 FF 1999, 2618.
- 62 Il convient de préciser que les baux immobiliers sont régis par l'art. 23 LFors.
- 63 Arrêt [4P.174/2000](#) du 26 septembre 2000, cons. 3.b) aa.
- 64 Yves Donzallaz, commentaire, Berne 2001, no 28 ss ad art. 19; BSK-Luca Tenchio, art. 19, Bâle 2001, no 33-34; Georg Naegeli, Komm. GestG, Zurich 2001, no 31 ad art. 19. Contra: Nicolas von Werdt, GestG – Kommentar, Berne 2001, no 67 ad art. 19.
- 65 Yves Donzallaz, commentaire, Berne 2001, no 37 ad art. 19.
- 66 TF [5C.110/2002](#) du 4 juillet 2002, résumé in SJ 2003 I 14.
- 67 Voir, par exemple, Fabienne Hohl, Procédure civile, tome II, Berne 2002, no 1772; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3ème éd., Zurich 1979, 229, 234; Walther J. Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, 2ème éd., Genève 1981, 155, 270.
- 68 Voir TF 4C 238/2002 du 13 novembre 2002, cons. 3; [ATF 129 III 80](#), SJ 2003 I 288 (TF [4C.327/2001](#)) du 24 septembre 2002.
- 69 Aux termes de l'art. 2 al. 2 LFors, "Les parties ne peuvent déroger à un for impératif".
- 70 [ATF 128 III 284](#), SJ 2002 I 476, JT 2003 I 29 (rés) (TF [4C.385/2001](#)).
- 71 JT 1980 I 280.
- 72 [ATF 123 III 414](#), JT 1999 I 251; [ATF 125 III 346](#), JT 2001 I 67.
- 73 FF 1999, 2632-2633.
- 74 L'art. 35 al. 1 LFors procède de la sorte.
- 75 Cons. 3a) et aa).
- 76 Cons. 3bb).
- 77 [ATF 114 II 183](#), JT 1990 II 130; plus récemment, [ATF 127 III 279](#).
- 78 Il convient de relever que le projet de LFors du Conseil fédéral comprenait une définition de la litispendance, dont les chambres n'ont pas voulu, voir [ATF 128 III 284](#) (TF [4C.385/2001](#)) du 28 mai 2002, cons. 4a).
- 79 Selon l'alinéa 1 de cette disposition, "Lorsque des actions portant sur le même objet de litige entre les mêmes parties sont introduites devant plusieurs tribunaux, tout tribunal saisi ultérieurement surseoit à la procédure jusqu'à ce que le tribunal saisi en premier lieu ait statué sur sa compétence".

- 80 Le Tribunal fédéral renvoie aux [ATF 96 II 447](#) et [ATF 114 II 183](#), JT 1990 II 130.
- 81 Voir [art. 116 CC](#); pour des précisions, TF in SJ 2002 I 17.
- 82 Qui renvoie au message, FF 1996 I 137-138, ch. 234.2.
- 83 Voir Chapitre VI.
- 84 [ATF 129 III 230](#), cons. 2 (TF [4C.309/2002](#)) du 24 janvier 2003; voir également TF [4C.238/2002](#) du 13 novembre 2002 cons. 3; [ATF 129 III 80](#), SJ 2003 I 288 (TF [4C.327/2001](#)) du 24 septembre 2002, cons. 1.
- 85 BSK-Alex Wittman, art. 38, Bâle 2001, no 5; Felix Dasser, Komm. GestG, Zurich 2001, no 3 ss ad art. 38; Nicolas von Werdt, GestG – Kommentar, Berne 2001, no 1 ss ad art. 38. Contra: Yves Donzallaz, Commentaire, Berne 2001, no 8 ss ad art. 38.
- 86 Notre Cour suprême renvoie à l'[ATF 116 II 209](#), JT 1993 I 169.
- 87 Voir F. Bohnet/Ph. Schweizer, Les vices relatifs à l'instance et à l'action, RJN 1997, 13 ss; François Bohnet, CPCN commenté, no 2 ad art. 161, no 1 ad art. 162.
- 88 Voir ci-après, chapitre IX, section a.
- 89 TF [4C.238/2002](#) du 13 novembre 2002, cons. 3.
- 90 Mais il renvoie à l'[ATF 116 II 209](#), JT 1993 I 169 qui parle de "Sachurteil".
- 91 TF [4C.238/2002](#) du 13 novembre 2002, cons. 3.
- 92 Voir TF [4C.392/2002](#), cons. 2.1.
- 93 Contra: Fridolin M.R. Walther, GestG – Kommentar, Berne 2001, no 4 ad art. 39; BSK-Peter Reetz, Art. 39, Bâle 2001, no 8, qui appliquent les règles en vigueur au moment de la conclusion de l'accord. L'avant projet de procédure civile fédérale retient cette règle à son article 393.
- 94 Voir TF [4C.238/2002](#) du 13 novembre 2002, et les références; ATF 62 II 217, JT 1937 I 188; ATF 62 II 348, JT 1937 I 270.
- 95 Voir ci-dessus, chapitre II.
- 96 TF [4P.258/2002](#).
- 97 TF [4P.135/2002](#) du 28 novembre 2002.
- 98 Voir TF [4P.135/2002](#) du 28 novembre 2002, qui renvoie aux fameux [ATF 118 Ia 294](#) et [ATF 109 Ia 55](#).
- 99 Voir TF [4P.258/2002](#) du 5 mars 2003, cons. 2.
- 100 FF 1999, 2612.
- 101 [ATF 118 Ia 294](#).
- 102 Isaak Meier, Revue de l'avocat 1/2001, 29. Contra: BSK- Peter Reetz, art. 9, Bâle 2001, no 28; Markus Wirt, Komm. GestG, Zurich 2001, no 48-49 ad art. 9; Fabio Soldati, GestG – Kommentar, Berne 2001, no 15 ad art. 9; nuancé, Yves Donzallaz, Commentaire, Berne 2001, no 146 ss ad art. 9.
- 103 Pour un avis plus nuancé, voir Yves Donzallaz, L'art. 30 al. 2 nCst. Féd., [PJA/AJP 2002, 548](#).
- 104 [ATF 129 III 80](#), SJ 2003 I 288 (TF [4C.237/2001](#)).
- 105 Chapitre IV, section d).
- 106 Fridolin M.R. Walther, GestG – Kommentar, Berne 2001, no 3 ss ad art. 39.
- 107 [ATF 118 Ia 294](#) et [ATF 109 Ia 55](#).
- 108 Le Tribunal fédéral a jugé l'inverse, voir ci-dessous, même section, in fine.
- 109 Felix Dasser, GestG, Zurich 2001, no 12 ad art. 39 LFors.
- 110 Contrairement aux auteurs précités, BK-Peter Reetz, art. 39, Bâle 2001, no 13, applique l'ancien droit. Avec raison selon nous.

- 111 Pour une liste complète, voir l'annexe à la LFors mentionnant l'ensemble des dispositions modifiées lors de son adoption.
- 112 Voir le rappel in TF [4P.258/2002](#) du 5 mars 2003, cons. 1.1.
- 113 Voir par exemple [ATF 129 III 230](#) (TF [4C.309/2002](#)) du 24 janvier 2003; [ATF 129 III 31](#) (TF [4C.219/2002](#)) du 4 septembre 2002.
- 114 Voir par exemple TF [4C.238/2002](#) du 13 novembre 2002.
- 115 L'art. 49 OJ admettant le recours immédiat dans les deux hypothèses, il est inutile de déterminer si la décision séparée par lequel le tribunal se déclare incompétent est une décision finale au sens de l'art. 48 OJ, ou incidente au sens de l'art. 49 OJ. Voir TF [4C.189/2001](#) du 1er février 2002, cons. 1b, qui résume l'état de la jurisprudence et de la doctrine sur ce point. Voir également TF [4C.238/2002](#) du 13 novembre 2002 cons. 1 qui évite la question.
- 116 Yves Donzallaz, Commentaire, Berne 2001, no 10 ad art. 34.
- 117 [ATF 102 Ia 188](#), JT 1977 I 357.
- 118 LF du 4 octobre 1991, voir FF 1991 II 461.
- 119 Voir ci-dessus, chapitre II.
- 120 Voir Maria Orelli, GestG, Zurich 2001, no 37 ad art. 34 LFors.
- 121 Voir H.U. Walder-Richli/B. Grob-Andermacher, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, RSJ 97 (2001), 32; F. Bohnet/S. Othenin-Girard, Le for du domicile et de la résidence habituelle: comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors, in SJ 2001 II 156.
- 122 Voir BSK-Dominique Infanger, art. 34, Bâle 2001, no 8, selon lequel le défendeur a droit à un examen immédiat de la compétence uniquement lorsqu'il invoque une violation de l'article 30 al. 2 Cst. féd., sur le modèle de l'ancien article 59 al. 1 aCst. Le résultat est toutefois insatisfaisant.
- 123 Voir ci-dessous, section c.
- 124 Voir art. 55 al. 1b OJ.
- 125 Voir également pour un exemple récent [ATF 129 III 31](#), cons. 3.2 (TF [4C.219/2002](#)) du 4 septembre 2002.
- 126 Voir le projet de loi sur le Tribunal fédéral du 28 février 2001, art. 68 ss.
- 127 Voir art. 68 al. 1e OJ.
- 128 Voir Jean-François Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, volume 2, Berne 1990, no 2.4-2.5 ad art. 68 OJ.
- 129 Voir par exemple TF [5C.110/2002](#) du 4 juillet 2002, cons. 1.3: "En tant qu'il statue sur la compétence rationae loci pour ordonner des mesures provisionnelles, l'arrêt attaqué n'est pas une décision finale au sens de l'article 48 OJ; seul le recours en nullité est ainsi recevable en vertu de l'article 68 al. 1e OJ, qui au contraire de l'article 48 OJ n'exige pas que la décision attaquée soit finale". Voir également TF [5C.131/2002](#) du 26 septembre 2002 cons. 1, et les références, en matière de mesures provisoires rendues en vertu de l'article 281 CC.
- 130 Pour des développements, voir Jean-François Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, volume 2, Berne 1990, no 1.2 ad art. 49 OJ, no 2.1 et 2.3 ad art. 68 OJ.
- 131 Voir art. 8 LFors.
- 132 Voir art. 28 LFors.
- 133 Voir FF 1999, 2631-2632.

- 134 Pour des développements en droit neuchâtelois, voir François Bohnet, LFors et CPCN: Que reste-t-il des dispositions neuchâtelaises en matière de compétence à raison du lieu, RJN 2001, 18ss. Le droit cantonal règle encore d'autres points, voir François Bohnet, op. cit., 17; Yves Donzallaz, L'art. 30 al. 2 nCst. Féd., [PJA/AJP 2002, 541](#).
- 135 Comp. TF [4C.392/2002](#) du 5 mars 2003, cons. 2.2., et les références; Yves Donzallaz, L'art. 30 al. 2 nCst. Féd., [PJA/AJP 2002, 546](#), et les réf.
- 136 Voir par exemple TF [4C.392/2002](#) du 5 mars 2003, cons. 2.
- 137 TF [4P.213/2002](#), cons. 2 in fine.
- 138 Comp. Y. Donzallaz, L'art. 30 al. 2 nCst. Féd., [PJA/PJA 2002, 542](#).
- 139 Voir, pour plus de précision, ci-dessus, chapitre VIII, section b).
- 140 Voir TF [4C.392/2002](#) du 5 mars 2003, cons. 2.2; Yves Donzallaz, L'art. 30 al. 2 nCst. Féd., [PJA/AJP 2002, 536](#), et les références jurisprudentielles.
- 141 Teneur au 8 octobre 1999, entré en vigueur le 1er mars 2000. Voir par exemple TF [4P.258/2002](#) du 5 mars 2003, cons. 1.
- 142 Voir TF [4P.135/2002](#) du 28 novembre 2002, implicitement.
- 143 Voir [ATF 101 Ia 141](#), cons. 4, JT 1977 I 226, et les références.
- 144 Voir TF [4P.258/2002](#) du 5 mars 2003, cons. 1.2.
- 145 Voir TF [5C.110/2002](#) du 4 juillet 2002 et les références.