

**LE FOR DU DOMICILE ET DE LA
RÉSIDENCE HABITUELLE:
COMPARAISON DES RÉGIMES DE
LA LDIP ET DE LA LFORS**

par

François BOHNET
docteur en droit, avocat, LL.M.,
chargé de cours à l'Université de Neuchâtel,

et

Simon OTHENIN-GIRARD
docteur en droit, avocat à Neuchâtel

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2001 II 139 ss



**LE FOR DU DOMICILE
ET DE LA RÉSIDENCE HABITUELLE:
COMPARAISON DES RÉGIMES
DE LA LDIP ET DE LA LFORS**

*A Shod Spassky,
Camille Fischer et
Philippe Schweizer*

par

François BOHNET
docteur en droit, avocat,
LL.M., chargé de cours à l'Université de Neuchâtel

et

Simon OTHENIN-GIRARD
docteur en droit, avocat à Neuchâtel

I. PROBLÉMATIQUE

Les règles de compétence se fondant, en Suisse, le plus souvent sur le domicile, la détermination de celui-ci constitue une question essentielle en procédure civile, que l'affaire soit internationale ou pas. Nous nous proposons de comparer le régime de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)¹, appliquée depuis plus de douze ans, avec celui de la Loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors), entrée en vigueur le 1er janvier 2001².

II. LE RÉGIME DE LA LDIP

A. L'importance du for du domicile dans la LDIP

La LDIP confère une place centrale au critère de rattachement du domicile, non seulement pour les conflits de juridictions (détermination de la compétence directe et indirecte), mais également pour les

¹ RS 291.

² RS 272.

conflits de lois (détermination de la loi applicable)³. La loi attache une importance particulière au for du domicile du défendeur. Il n'y a rien d'étonnant à cela, dès lors que le législateur était soumis aux exigences découlant de la garantie constitutionnelle inscrite à l'art. 59 de la Constitution fédérale de 1874, en vigueur lors de l'adoption de la LDIP, et applicable à certaines conditions en matière internationale⁴. L'art. 59 aCst. féd. est également à l'origine de la réserve, formulée par la Suisse lors de la ratification de la Convention de Lugano, et dont les effets ont cessé au 31 décembre 1999⁵. Dans le régime de la nouvelle Constitution fédérale, la LDIP constitue, à l'instar de la LFors⁶, une loi contenant des dispositions dérogeant au for du domicile du défendeur, au sens de l'art. 30 al. 2 Cst. féd.

L'art. 2 LDIP pose le principe du for du domicile du défendeur, au stade de la compétence directe («sauf dispositions spéciales de la présente loi, les autorités judiciaires ou administratives suisses du domicile du défendeur sont compétentes»). Il ne s'agit toutefois que d'une disposition revêtant un caractère symbolique⁷, dès lors que les dispositions spéciales de la LDIP soit consacrent le for du domicile du défendeur⁸, soit écartent celui-ci pour des raisons propres à une matière déterminée, soit encore précisent le critère du domicile⁹. L'art. 2 LDIP pourrait présenter quelque utilité pour combler une lacune de la loi¹⁰; toutefois, l'application analogique de l'une des dispositions de la partie spéciale est souvent préférable¹¹. L'art. 2 LDIP a donc la nature d'une disposition cadre dont s'inspirent les

³ Sur le rôle du domicile dans la LDIP, voir notamment MARCO LEVANTE, *Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz*, th. St-Gall 1998; DENIS MASMEJAN, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, th. Lausanne 1993, Genève 1994.

⁴ Voir FRANÇOIS KNOEPFLER, *La Convention de Lugano au soir du 31 décembre 1999*, in *Mélanges Jean-François Aubert*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 531-541.

⁵ Art. 1^{bis} du Protocole N° 1 relatif à certains problèmes de compétence, de procédure et d'exécution; cf. ATF 126 III 540, *Heinz Fischer AG* et KNOEPFLER (n. 4), p. 539-540.

⁶ Voir *infra*, p. 156.

⁷ Voir ANDREAS BUCHER, *Droit international privé suisse, Tome I/1, Partie générale – Conflits de juridictions*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, N° 92-93.

⁸ Art. 59 al. 1 *lit. a* LDIP (divorce); 98 al. 1 LDIP (actions réelles mobilières); 109 al. 1 LDIP (propriété intellectuelle); 112 al. 1 LDIP (contrats); 115 al. 1 LDIP (contrats de travail); 129 al. 1 LDIP (actes illicites); 130 al. 3 LDIP (protection des données); voir également art. 151 al. 2 et 152 *lit. b* LDIP (sociétés).

⁹ Voir l'énumération de PAUL VOLKEN, in ANTON HEINI / MAX KELLER / KURT SIEHR / FRANK VISCHER / PAUL VOLKEN, *IPRG Kommentar*, Zürich 1993, N° 7-13 ad art. 2.

¹⁰ Voir BERNARD DUTOIT, *Droit international privé: commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, N° 4 ad art. 2.

¹¹ Voir BUCHER, (n. 7), N° 92-93.

dispositions spéciales de la loi; comme le souligne son texte, l'art. 2 LDIP est subsidiaire aux dispositions spéciales, y compris aux fors subsidiaires, de la LDIP¹², et ne l'emporte que sur les art. 3 et 4 LDIP, relatifs respectivement au for de nécessité et au for du séquestre. Pour que l'un de ces deux derniers fors soit donné, il faut que la loi, et donc toutes les dispositions spéciales ainsi que, subsidiairement, l'art. 2 LDIP, ne prévoient pas d'autre for en Suisse¹³.

De nombreuses règles de compétence directe de la partie spéciale de la loi prennent le domicile comme critère de rattachement: la loi instaure parfois la compétence des autorités du domicile, sans autre précision (art. 33 al. 1 LDIP, personnes physiques), du domicile du requérant (art. 38 al. 1 LDIP, changement de nom), du dernier domicile connu (art. 41 al. 1 et 42 LDIP, déclaration d'absence), du domicile de l'un des fiancés (art. 43 al. 1 LDIP, mariage), du domicile de l'un des époux (art. 46 LDIP, effets généraux du mariage), du domicile du demandeur, si celui-ci réside en Suisse depuis une année ou est suisse (art. 59 *lit.* b LDIP, divorce et séparation de corps), du domicile de l'un des parents (art. 66 LDIP, filiation par naissance; art. 71 LDIP, reconnaissance), du domicile de l'époux adoptant ou des époux adoptants (art. 75 al. 1 LDIP, adoption), du dernier domicile du défunt (art. 86 al. 1 LDIP, successions), du domicile du consommateur (art. 114 al. 1 *lit.* a LDIP, contrats conclus avec des consommateurs), du domicile du fournisseur (art. 114 al. 1 *lit.* b LDIP, *idem*).

B. La disparité du concept de domicile en droit comparé

Chaque système juridique national définit sa propre notion de domicile: en droit suisse, le domicile d'une personne se situe «au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir» (art. 23 CC); en droit allemand, «wer sich an einem Orte ständig niederlässt, begründet an diesem Orte seinen Wohnsitz» (§ 7 BGB); «le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement» (art. 102 CCFr.). La jurisprudence relative à ces dispositions, issues de systèmes différents, ne présente aucune unité. Cette diversité se retrouve s'agissant des règles sur le changement de domicile¹⁴, sur les domiciles légaux ou sur la faculté d'avoir plusieurs

¹² Voir VOLKEN, IPRG Kommentar (n. 9), N° 16 ad art. 2.

¹³ Voir DUTOIT, (n. 10), N° 4 ad art. 2; STEPHEN V. BERTI, in HEINRICH HONSELL / NEDIM PETER VOGT / ANTON K. SCHNYDER (édit.), Internationales Privatrecht, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996 (*cité* BaK), N° 4 ad art. 2; VOLKEN, IPRG Kommentar (n. 9), N° 17 ad art. 2. Notons en outre que le for de l'art. 3 est lui-même subsidiaire à celui de l'art. 4 LDIP, voir SIMON OTHENIN-GIRARD, Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse, RSDIE 1999, p. 251ss, p. 262.

¹⁴ Comparer p. ex. les art. 103 ss CCFr et 24 CC.

domiciles simultanément¹⁵. Si l'on examine des systèmes n'appartenant pas au groupe des Etats à tradition civiliste, la disparité est plus grande encore: dans le système de la *common law*, on connaît les notions, très différentes de notre domicile, de *domicil of origin* et de *domicil of choice*. L'enfant se voit attribuer un *domicil of origin*, à sa naissance; il s'agit du domicile de son père, ou de sa mère s'il est illégitime au sens du droit anglais. Le *domicil of choice* est constitué lorsque l'intéressé quitte son domicile d'origine sans esprit de retour¹⁶. Le *domicil of origin* est tenace¹⁷; il est presque aussi constant que la nationalité.

C. Les solutions envisageables

Tous les systèmes n'ayant pas la même définition du domicile, celui qui est confronté à une affaire civile internationale doit décider selon quelles règles matérielles le domicile doit être déterminé lorsqu'il doit appliquer une règle de conflit de lois ou de juridictions faisant appel au critère de rattachement du domicile. Si plusieurs méthodes sont théoriquement envisageables, toutes n'ont pas été reçues avec la même faveur.

1. *Droit matériel uniforme*: on pourrait songer que les Etats adoptent une règle matérielle uniforme définissant le domicile, qui vaudrait tant en droit interne qu'en matière internationale, par le biais d'une convention d'unification du droit privé. En dépit de quelques tentatives de rapprochement des législations¹⁸, cette solution est encore utopique.
2. *Règle conventionnelle matérielle*: les Etats signataires d'une convention internationale portant sur l'unification des règles de conflit de lois et/ou de juridictions dans une matière déterminée adoptent une règle internationale matérielle définissant le domicile aux fins de l'application de la convention. On peut citer l'art. 12

¹⁵ Cf. § 7 al. 2 BGB «Der Wohnsitz kann gleichzeitig an mehreren Orten bestehen»; art. 23 al. 2 CC «Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles».

¹⁶ Sur cette notion et son évolution dans la jurisprudence anglaise, voir DICEY / MORRIS / COLLINS, *The Conflict of Laws*, 13e éd., Londres 2000, p. 107 ss; CHESHIRE / NORTH / FAWCETT, *Private International Law*, 12e éd., Londres 1992, p. 138 ss.

¹⁷ Voir p. ex. CHESHIRE / NORTH / FAWCETT (n. 16), p. 155: «There is the strongest presumption in favour of the continuance of a domicile of origin».

¹⁸ MASMEJAN (n. 3), p. 46-48, commente la Résolution 72(1) du Conseil de l'Europe relative à l'unification des concepts juridiques de «domicile» et de «résidence», du 18 janvier 1972, texte *in* RCDIP 1973, p. 847. Celle-ci est dépourvue d'effet contraignant pour les Etats membres; elle n'a pas été suivie d'une adaptation des droits nationaux.

de la Convention italo-suisse de 1933 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions, qui définit le domicile à l'art. 12¹⁹.

3. *Règle de conflit conventionnelle*: en signant une convention portant sur une matière déterminée, les Etats adoptent une règle de conflit conventionnelle sur le droit applicable à la détermination du domicile. Tel est le cas de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires²⁰: la question de savoir si une personne a un domicile dans un lieu déterminé est régie par la loi de ce lieu (art. 1er al. 3 de la convention). Toutefois, les Etats peuvent se réserver le droit de déterminer le domicile selon la loi du for (art. 9 de la convention).
4. *Règle de conflit de source nationale*: la méthode équivaut à la solution qui précède, mais la règle de conflit est contenue dans une loi nationale et désigne un droit interne (loi du for ou droit étranger) qui s'appliquera à la détermination du domicile²¹.
5. La détermination du domicile s'effectue en application du *droit désigné par la règle de conflit applicable à une autre question*. Ainsi, on pourrait déterminer le domicile de la femme mariée en application de la loi applicable aux effets généraux du mariage²². Cette méthode a été rejetée par le Tribunal fédéral avant l'entrée en vigueur de la LDIP²³.

¹⁹ RS 0.276.194.451, art. 12: «Le mot domicile désigne aux effets de la présente Convention: 1° pour le majeur jouissant de sa capacité, le mineur émancipé, le majeur auquel est seulement imposée l'assistance d'un conseil pour l'accomplissement de certains actes, le lieu où il réside, dans l'un des deux Etats, avec l'intention de s'y établir ou, à défaut d'un tel lieu, le lieu où se trouve dans l'un des deux Etats le siège principal de ses intérêts; 2° pour les personnes sous puissance paternelle ou sous tutelle, le lieu de domicile du représentant légal; 3° pour la femme mariée, le lieu du domicile de son mari. Toutefois, si le domicile du mari est inconnu ou si la femme est séparée de corps ou autorisée à avoir un domicile séparé, le domicile de la femme est déterminé par le n° 1 (...). Voir également l'art. 5 de la Convention de La Haye, du 15 juin 1955, pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile: «Le domicile, au sens de la présente convention, est le lieu où une personne réside habituellement, à moins qu'il ne dépende de celui d'une autre personne ou du siège d'une autorité»; cette convention n'est jamais entrée en vigueur.

²⁰ RS 0.211.312.1.

²¹ En matière de droit applicable, la jurisprudence française applique parfois cette méthode en cas de renvoi: lorsque la règle de conflit de lois du for renvoie à un système qui désigne le domicile comme critère de rattachement, on applique le droit étranger désigné, cf. YVON LOUSSOUARN / PIERRE BOUREL, *Droit international privé*, 6e éd., Paris 1999, N° 276 et arrêts cités.

²² Sous l'empire de la défunte LRDC, voir FRANK VISCHER, *Droit international privé*, TDPS I,4, Fribourg 1974, p. 36.

²³ Voir FRANÇOIS KNOEPFLER / PHILIPPE SCHWEIZER, *Droit international privé*, 2e éd., Berne 1995, N° 411, citant ATF 103 II 6, W. Sur les différentes hypothèses dans lesquelles les autorités suisses sont appelées à appliquer les méthodes étrangères de détermination du domicile, cf. *infra*, p. 149-150.

6. *Règles internes du for*: pour déterminer le domicile, le juge raisonne comme si la situation n'était pas internationale; il applique la notion interne de domicile à la règle de conflit du for. C'est la solution généralement admise en France²⁴. Cette méthode est sans aucun doute la plus simple, mais certainement pas la meilleure, puisqu'elle ne permet pas toujours de prendre en compte la nature internationale de l'affaire. Nous observerons que cet inconvénient est patent lorsque la *lex fori* connaît des domiciles légaux (conjoints, mineurs, interdits, fonctionnaires, etc.).
7. *Règle internationale matérielle de source nationale*: le législateur d'un Etat adopte une règle matérielle définissant le domicile, mais cette définition ne vaut qu'en matière internationale. C'est la solution de l'art. 20 LDIP.

D. Solution de la LDIP

a) Réserve des conventions

Le législateur a souhaité définir, à l'art. 20 LDIP, le domicile, ainsi que la résidence habituelle et l'établissement d'une personne physique. La notion de domicile déterminante est la même pour les conflits de lois et de juridictions. Le législateur n'a pas prévu une règle différenciée comme il l'a fait pour la nationalité multiple (art. 23 LDIP).

Il est primordial de se rappeler que cette définition ne vaut que dans la mesure où aucune convention internationale prévoyant une autre solution ne s'applique²⁵; la règle conventionnelle l'emporte en vertu du principe de la primauté du droit international rappelé à l'art. 1er al. 1 LDIP. Ainsi, le Tribunal fédéral a été amené à préciser que la notion de domicile à laquelle se réfère l'art. 17 de la Convention de La Haye du 1er mars 1954 relative à la procédure civile ne devait pas être interprétée en s'appuyant sur l'art. 20 al. 1 *lit.* a LDIP, mais de façon autonome, eu égard au but du traité²⁶; il a considéré que, pour que l'on puisse admettre l'application de l'art. 17 de la convention, il fallait que le demandeur ait son domicile ou sa résidence habituelle dans l'un des Etats contractants. A l'inverse, d'autres conventions peuvent prévoir que le droit national des Etats contractants s'applique à la définition du domicile. Tel est le cas de l'art. 52 al. 2 de la Convention

²⁴ Voir p. ex. LOUSSOUARN / BOUREL (n. 21), N° 276.

²⁵ Voir le message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255, ch. 215.2.

²⁶ ATF 120 Ia 299 (301), C.

de Lugano (CL), qui précise que pour déterminer si une personne a un domicile sur le territoire de l'Etat contractant dont les tribunaux sont saisis, le juge applique sa loi interne. En Suisse, on peut se demander si c'est l'art. 20 LDIP ou les art. 23 ss CC qui s'appliqueront. La doctrine majoritaire est d'avis que l'art. 20 LDIP l'emporte²⁷: il nous paraît logique d'appliquer à une convention internationale qui renvoie sur ce point aux droits nationaux des Etats contractants le concept de domicile spécialement adapté à la relation civile internationale et non la notion de domicile du droit interne, rejetée par le législateur en matière internationale²⁸.

b) Notion de domicile de la LDIP

Lorsque la LDIP s'applique, une personne a son domicile dans l'Etat dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir (art. 20 al. 1 *lit. a* LDIP).

L'art. 20 al. 2, dernière phrase LDIP, qui précise que les dispositions du code civil relatives au domicile et à la résidence ne s'appliquent pas, vise particulièrement les domiciles fictifs et légaux des art. 24 et 25 CC²⁹ et les présomptions de l'art. 26 CC.

Comme le relève *A. Bucher*³⁰, le caractère artificiel du domicile fictif ou dérivé, tel qu'il se manifeste lorsqu'il ne correspond pas au séjour réel de la personne concernée, se heurte à l'objectif de la règle de conflit qui est de désigner la loi qui présente les liens les plus étroits avec la relation juridique concernée. La même considération s'applique aux conflits de juridictions: lorsqu'elle se réfère au critère du domicile, la loi repose sur l'idée que doit être saisi le juge le plus «proche» de la relation juridique litigieuse, car c'est lui qui a le moins de difficultés à connaître des faits pertinents; pour que cet objectif soit atteint, il faut recourir à un critère correspondant à un rattachement fondé sur la présence réelle de l'individu et non sur des domiciles fictifs.

²⁷ Voir YVES DONZALLAZ, La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Berne 1996-1998, t. I, p. 410; MASMEJAN (n. 3), p. 78.

²⁸ Le même raisonnement intervient pour la détermination du domicile de la Convention de La Haye sur la forme des testaments précitée (n. 20). A notre avis, et pour les mêmes raisons que pour la Convention de Lugano, lorsque la convention désigne le droit suisse, c'est l'art. 20 LDIP qui doit s'appliquer à la détermination du domicile.

²⁹ Voir ATF 119 II 64, X; 119 II 167 (169), M.

³⁰ ANDREAS BUCHER, Droit international privé suisse, Tome II: Personnes, Famille, Successions, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, N° 504.

Il est intéressant de constater que cet impératif était également pris en compte dans la jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur de la LDIP, le Tribunal fédéral ayant été fréquemment appelé à écarter le domicile civil interne lorsque la référence à cette notion conduisait à une solution jugée incompatible avec l'objectif du droit international privé³¹. Enfin, il faut relever que la jurisprudence rendue en application de normes de droit public qui renvoient au domicile civil tend également à écarter, dans les situations internationales, les domiciles fictifs et légaux³².

Quelles sont les conséquences de l'exclusion des art. 24 ss CC?

Le *mineur* n'a pas, comme en droit interne, son domicile légal au domicile de ses père et mère (art. 25 al. 1 CC)³³. L'enfant est domicilié dans l'Etat dans lequel il réside avec l'intention de s'établir; lorsque l'élément intentionnel fait défaut, par exemple faute de capacité de discernement (jeunes enfants), le critère subsidiaire de la résidence habituelle entrera en ligne de compte (art. 20 al. 2 LDIP). Certains auteurs sont d'avis que la capacité de discernement n'est plus une condition du domicile dans la LDIP, la volonté de la personne ne constituant pas un élément indispensable dans la recherche de la localisation objective de l'individu, de sorte que les jeunes enfants et les incapables de discernement pourraient se constituer un domicile³⁴. A nos yeux, cette interprétation est difficilement compatible avec le texte de l'art. 20 al. 1 *lit. a* LDIP qui exige expressément l'intention, dont l'admission suppose la capacité de discernement³⁵. Le fait que, selon la jurisprudence³⁶, l'élément intentionnel doive être interprété à la lumière des circonstances objectives n'y change rien.

Les *interdits* n'ont pas leur domicile au siège de l'autorité tutélaire (art. 25 al. 2 CC), mais dans l'Etat dans lequel ils résident avec

³¹ Voir ATF 89 I 303 (312-315), *Baumberger*; 94 I 235 (243), *Boujon*: résidence habituelle de la femme mariée au lieu du domicile dépendant, au stade de la compétence indirecte; ATF 100 Ia 109, *Benz* (résumant les ATF 94 II 220, *Salcher* et 99 II 363, *Bilger*): domicile de l'enfant illégitime; sur l'ancien droit international privé, voir notamment BERNARD SCHNEIDER, *Le domicile international*, th. Neuchâtel, Neuchâtel 1973, p. 212 ss.

³² ATF 117 Ia 97, *Vincenzo Iaia* (loi thurgovienne sur les allocations pour enfants); 117 Ia 292, X. A.G. (§ 105 CPC/Argovie; sûretés pour les dépens); 119 IV 113, *Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich* (art. 348 CP).

³³ Voir *Direktion des Innern ZG*, 10 mars 1989, GVP-ZG 1989/90, p. 187: in casu, mineur incapable de discernement; utilisation du critère de la résidence.

³⁴ BUCHER (n. 30), N° 119 et 102, qui est du même avis en droit interne (cf. *infra*, n. 35); du même avis, MASMEJAN (n. 3), p. 71.

³⁵ La doctrine majoritaire exige la présence de la capacité de discernement en droit civil interne, voir HENRI DESCHENAUX / PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 3e éd., Berne 1995, N° 375; CHRISTIAN BRÜCKNER, *Das Personenrecht des ZGB*, Zürich 2000; *contra*: ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e éd., Bâle et Francfort 1999, p. 88.

³⁶ ATF 119 II 167 (169), *M.*

l'intention de s'établir, s'ils sont capables de discernement ou dans l'Etat de leur résidence habituelle (art. 20 al. 2 LDIP) si l'élément intentionnel fait défaut³⁷. La nécessité de déterminer le domicile volontaire de mineurs ou d'interdits capables de discernement ne facilitera pas la tâche de l'interprète. Celui qui peut se référer à un domicile légal évite souvent ces difficultés. Toutefois, le surcroît de travail qu'implique l'éviction des domiciles légaux sera largement compensé, en matière internationale, par l'assurance de désigner un for ou une loi applicable proche de la relation juridique concernée.

Enfin, *l'ancien domicile* n'est pas maintenu en cas d'abandon et avant la création d'un nouveau (art. 24 CC)³⁸: dans l'intervalle, c'est la résidence habituelle qui entre en ligne de compte, en tant que critère de rattachement subsidiaire (art. 20 al. 2 LDIP)³⁹.

Le domicile de chaque *époux* doit être déterminé séparément, en fonction de l'ensemble des circonstances, indépendamment du point de savoir si le droit applicable aux effets généraux du mariage autorise les conjoints à vivre séparés⁴⁰.

La jurisprudence a été amenée à préciser la notion de domicile, au sens de l'art. 20 LDIP. Dans un arrêt de 1993, le Tribunal fédéral a considéré que le fait que les dispositions du Code civil relatives aux domiciles fictifs et légaux ne soient pas applicables n'empêchait pas que l'on fasse appel, pour interpréter l'art. 20 al. 1 LDIP à la jurisprudence relative à l'art. 23 CC⁴¹. Cette affirmation n'est pas surprenante si l'on considère que l'art. 20 LDIP est étroitement calqué sur les termes figurant à l'art. 23 CC («réside avec l'intention de s'y établir»). Le Tribunal fédéral est allé encore plus loin en ajoutant, dans un arrêt ultérieur, que l'interprétation de la notion de domicile de l'art. 20 LDIP devait «s'inspirer très étroitement de celle du droit civil»⁴². Dans un arrêt de 1999, le Tribunal fédéral a confirmé cette opinion en précisant que «pour savoir quel est le domicile d'une personne, il faut tenir compte de l'ensemble de ses conditions de vie, le centre de son existence se trouvant à l'endroit, lieu ou pays, où se focalisent un maximum d'éléments concernant sa vie personnelle, sociale et

³⁷ Voir LEVANTE (n. 3), p. 47.

³⁸ Voir, dans la jurisprudence cantonale, Kantonsgericht SZ, 22 mai 1990, EGV-SZ 1990, N° 41, SJZ 1992, p. 370.

³⁹ Cf. *infra*, p. 152ss et Kantonsgerichtsausschuss GR, 4 novembre 1998, PKG 1998 N° 16, p. 56 (57).

⁴⁰ Voir IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, t. I: Allgemeiner Teil, 3e éd., St-Gall/Lachen 2000, N° 197. Dans la jurisprudence cantonale, voir Obergericht ZH, 25 juillet 1991, ZR 90 (1991), p. 193, N° 56; Kantonsgerichtsausschuss GR, 4 novembre 1998, PKG 1998 N° 16, p. 56 (57).

⁴¹ ATF 119 II 64, X.

⁴² ATF 120 III 7, M.

professionnelle, de sorte que l'intensité des liens avec ce centre l'emporte sur les liens existant avec d'autres endroits ou pays»⁴³. Il est intéressant de relever que le chapeau de l'arrêt se réfère à l'art. 23 CC et à l'art. 20 LDIP et que l'extrait qui vient d'être cité traite, en des termes identiques et dans la même phrase, du domicile volontaire interne et international⁴⁴. Le législateur a considéré que la spécificité de la relation civile internationale et du rôle particulier du domicile dans les conflits de lois et de juridictions justifiait que soit adoptée une notion spécifique de domicile international. Cette nature particulière se traduit par l'absence de domiciles fictifs et légaux; en revanche, les éléments de base que constituent la résidence et l'élément subjectif sont des notions très proches de celles du droit civil interne, tout en devant être adaptées au but des règles de conflit s'y référant⁴⁵. On s'abstiendra ici de rapporter l'abondante jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 23 CC⁴⁶ dont il convient de s'inspirer pour l'interprétation de l'art. 20 LDIP.

Dans un arrêt du 23 janvier 1992⁴⁷, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur le point de savoir à quel moment il convenait de se placer pour déterminer le domicile lorsque seul l'un des époux était domicilié en Suisse et si l'on devait tenir compte du départ de l'un des conjoints pour l'étranger durant la litispendance, s'agissant de la détermination du droit applicable au sens de l'art. 61 LDIP. Selon le Tribunal fédéral, la règle de droit qualifiant les faits établis, «il faut la connaître pour savoir quels faits doivent être allégués et prouvés (...). Dès lors, si le droit applicable varie au cours de l'instance, des faits allégués pourront devenir inutiles et il y aura risque que des faits pertinents n'aient pas été allégués. La sécurité du droit commande donc que, comme le for, la règle de droit demeure constante durant toute la procédure»⁴⁸. Au stade de la compétence directe, il est admis qu'une compétence fondée sur le domicile lors de l'introduction de la demande, reste acquise même si les faits cessent d'être réalisés⁴⁹.

⁴³ ATF 125 III 100, G. SA; voir également ATF 119 II 64, X.

⁴⁴ ATF 125 III 100 (102), G. SA: «(...) à l'endroit, lieu *ou* pays (...)»; c'est nous qui mettons en évidence.

⁴⁵ BUCHER (n. 30), N° 108-109 parle ainsi d'interprétation «fonctionnelle» du domicile et de la résidence; voir la critique de LEVANTE (n. 3), p. 48-49.

⁴⁶ Voir les présentations de BUCHER (n. 35), p. 86 ss; DESCHENAUX / STEINAUER (n. 35), p. 112 ss; BRÜCKNER (n. 35), p. 95 ss.

⁴⁷ ATF 118 II 83, W.

⁴⁸ ATF 118 II 83 (86), W.

⁴⁹ Voir BUCHER, DIP I/1 (n. 7), N° 96 citant ATF 116 II 209 (211), P. et signalant l'exception que représente l'ATF 123 III 411, R.H. (Convention de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs).

Le système de la définition du domicile international choisi par le législateur n'exclut pas les conflits positifs et négatifs de compétence. Positif, dès lors qu'il est possible que dans une affaire dans laquelle une personne dispose d'un for en Suisse sur la base de l'art. 20 LDIP, les tribunaux d'un Etat étranger considèrent que le domicile est situé dans cet Etat-ci et rendent un jugement en se fondant sur leur conception du domicile⁵⁰.

A l'inverse, le conflit peut être négatif, lorsqu'aucun for n'est à disposition: les autorités suisses considèrent que le domicile se situe à l'étranger et se déclarent incompétentes; les autorités étrangères considèrent que le domicile est en Suisse et font de même. Le for de nécessité pourrait alors être invoqué par le demandeur⁵¹.

Enfin, on peut relever que les autorités suisses seront parfois appelées à appliquer les méthodes de détermination du domicile utilisées à l'étranger: tel est le cas lorsque la règle de compétence directe suisse suppose que soit examinée la question de la compétence directe ou indirecte d'autorités étrangères. Ainsi, pour savoir si une partie peut saisir les tribunaux suisses en invoquant le for de nécessité (art. 3 LDIP), il est nécessaire d'examiner si l'Etat X, dont la règle de compétence directe ouvre un for au domicile d'une partie déterminée considère qu'elle est domiciliée, dans sa conception, sur son territoire. De même, le juge du for d'origine en matière successorale (art. 87 LDIP) ne peut admettre sa compétence que dans la mesure où les autorités étrangères du dernier domicile, au sens de l'art. 20 LDIP, ne

⁵⁰ *Exemple:* X., épouse de Y., est domiciliée, au sens de l'art. 20 LDIP, en Suisse depuis trois ans; elle peut y ouvrir action en divorce en vertu de l'art. 59 *lit.* b LDIP. Les autorités de l'Etat A. considèrent que l'épouse a un domicile légal auprès de son mari, en A., et se saisissent de la demande en divorce de celui-ci. Le jugement sera reconnu en Suisse, pour autant que la compétence de l'Etat étranger puisse se fonder sur une autre règle de compétence indirecte de la LDIP (dans l'exemple, la décision sera reconnue si les deux époux ont la nationalité de l'Etat A., art. 65 al. 1 LDIP) et à condition qu'aucune procédure (art. 27 al. 1 *lit.* c LDIP) n'ait été introduite en Suisse auparavant au for du domicile, selon la notion suisse.

⁵¹ *Exemple:* Mêmes faits que dans l'exemple précédent, mais l'épouse, qui ne souhaite pas divorcer, habite dans l'Etat A., qui ne connaît que le for du défendeur et le mari est domicilié en Suisse depuis 3 mois seulement et souhaite ouvrir action en divorce. En raison du domicile légal (selon le droit de l'Etat A.) de l'épouse en Suisse, les tribunaux de l'Etat A. se déclarent incompétents pour statuer sur la demande déposée par le mari. Les tribunaux suisses se déclarent également incompétents, l'épouse étant domiciliée (au sens de l'art. 20 LDIP) dans l'Etat A. et le demandeur ne pouvant saisir le tribunal de son domicile en Suisse, dès lors qu'il ne remplit pas la condition temporelle de l'art. 59 *lit.* b LDIP. Peut-on mettre à disposition du demandeur le for de nécessité de l'art. 3 LDIP? A l'évidence, le demandeur entretient un lien suffisant avec la Suisse et ne peut ouvrir action à l'étranger. Toutefois, la prise en compte des considérations d'équité qui sous-tendent l'art. 3 LDIP ne conduira pas nécessairement les autorités suisses à ouvrir le for de nécessité au demandeur. Cela dépendra de l'examen de l'ensemble des circonstances concrètes. Il est probable que le for de nécessité ne sera pas ouvert, dès lors que l'on peut raisonnablement exiger du demandeur qu'il patiente encore quelque mois avant d'ouvrir action en divorce.

s'occupent pas de la succession. Si, par hypothèse, la règle de compétence directe de l'Etat X. (du dernier domicile au sens de l'art. 20 LDIP) ne met de for à disposition des intéressés qu'à condition que le de cujus ait eu son dernier domicile, selon sa conception, sur le territoire de cet Etat, le juge suisse devra résoudre cette question comme le ferait le juge de ce pays et, dès lors, appliquer la méthode de détermination du domicile en vigueur dans cet Etat⁵². L'art. 43 al. 2 LDIP (célébration du mariage) peut également conduire à la prise en compte de la notion de domicile appliquée à l'étranger, mais au stade de la règle étrangère de compétence indirecte cette fois: la célébration du mariage de fiancés étrangers non domiciliés en Suisse est soumise à la reconnaissance de celui-ci dans l'Etat de leur domicile (au sens de l'art. 20 LDIP) ou dans leur Etat national. L'autorité suisse devra appliquer la règle étrangère de détermination du domicile lorsque la règle de compétence indirecte étrangère est fondée sur le domicile⁵³.

c) Notion de résidence habituelle de la LDIP

La résidence habituelle (art. 20 al. 1 *lit. b* LDIP) se situe dans l'Etat dans lequel l'intéressé vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée. Selon le Tribunal fédéral, il faut se fonder, pour déterminer la résidence, sur l'apparence extérieure, plutôt que sur des aspects subjectifs, tels que la volonté; toutefois, comme pour le domicile, l'endroit où se trouve le centre de l'existence de l'intéressé et de ses relations personnelles constitue un critère déterminant⁵⁴.

On peut se demander s'il est possible d'avoir plus d'une résidence habituelle: une partie de la doctrine⁵⁵, à laquelle nous nous rallions, se référant au message du Conseil fédéral⁵⁶, ainsi qu'à la lettre de la loi,

⁵² Un raisonnement similaire pourrait conduire le juge suisse à appliquer la notion étrangère de domicile aux art. 47, 60 et 67 LDIP, la compétence directe des autorités suisses supposant l'impossibilité d'ouvrir action à l'étranger.

⁵³ Au stade du droit applicable, l'art. 77 al. 2 LDIP (adoption) peut également conduire l'autorité suisse à appliquer les règles étrangères de détermination du domicile lorsque la règle de compétence indirecte étrangère recourt à ce critère. Sous l'ancien droit, l'art. 7h LRDC subordonnait la compétence des tribunaux suisses en matière de divorce à la reconnaissance de la juridiction suisse dans le pays d'origine du demandeur. La méthode étrangère de détermination du domicile entrait en ligne de compte, comme l'a admis le Tribunal fédéral: voir, *obiter dictum*, ATF 83 II 491 (496), *H. B.*; 94 II 65 (66), *Cardo*; W. STAUFFER, *Praxis zum NAG*, Zurich 1975, N° 7 ad art. 7h LRDC.

⁵⁴ ATF 117 II 334 (337), *J. D.*

⁵⁵ MASMEJAN (n. 3), p. 120 ss; LEVANTE (n. 3), p. 100-101; WESTENBERG, *BaK* (n. 13), N° 26 ad 20; SCHWANDER (n. 40), N° 207; dans la jurisprudence, voir l'*obiter dictum* de l'Obergericht ZH, 1er novembre 1996, ZR 1997 N° 41, p. 109.

⁵⁶ Message LDIP (n. 25), ch. 215.3.

estime qu'il est possible d'avoir plusieurs résidences habituelles simultanées. En effet, l'art. 20 al. 2 LDIP ne fait allusion qu'au domicile en posant le principe de l'unité du domicile, connu également du droit interne (art. 23 al. 2 CC). L'interprétation littérale et systématique de cette disposition semble conforter celle qui résulte de l'examen des travaux préparatoires. D'autres auteurs, et non des moindres⁵⁷, soulignent que le critère de la résidence intervient à titre subsidiaire en l'absence de domicile, de sorte que la résidence devrait également être soumise au principe de l'unicité. Selon eux, l'admission d'une pluralité de résidences multiplierait les fors et les lois désignés, ce que le législateur n'aurait pas voulu. Cette controverse n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral.

La jurisprudence a été appelée à examiner la question complexe de la détermination de la résidence de l'enfant lorsqu'il est éloigné sans droit. Plusieurs arrêts ont été rendus en application de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et de la Convention du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement des mineurs⁵⁸. Après avoir admis la constitution d'une résidence habituelle dans l'Etat dans lequel le mineur a été déplacé sans droit⁵⁹, le Tribunal fédéral a laissé la question indécise dans un arrêt de 1991 en relevant que le nouveau lieu de résidence de l'enfant est empreint de précarité du fait que le titulaire du droit de garde s'opposera le plus souvent au déplacement illicite, de sorte que l'on ne saurait, en tout cas dans un premier temps, admettre la constitution d'une résidence habituelle en ce nouveau lieu⁶⁰. Dans un arrêt de 1998⁶¹, le Tribunal fédéral s'est abstenu de trancher la question, dès lors qu'«en tous les cas, on ne saurait admettre la constitution d'une résidence habituelle dans le pays où l'enfant a été déplacé illicitement lorsque celui-ci, au moment où l'autorité de ce pays est appelée à statuer, réside à nouveau, pour un temps *a priori* indéterminé, là où il avait sa résidence habituelle immédiatement avant l'atteinte au droit de garde». Enfin, dans un arrêt de 1999⁶², le

⁵⁷ BUCHER, DIP II (n. 30), N° 131-132; DUTOIT (n. 10), N° 9 ad art. 20; KELLER / KREN KOSTKIEWICZ, IPRG Kommentar (n. 9), N° 46 ad art. 20.

⁵⁸ Selon le Tribunal fédéral, il convient d'interpréter la notion de résidence de cette convention de façon autonome, à la lumière du but du traité; toutefois, la notion de résidence habituelle de l'art. 20 *lit. b* LDIP correspond en règle générale au but assigné à la résidence dans la convention (TF, 18 décembre 1998, SJ 1999 I 221, RSDIE 1999, p. 319).

⁵⁹ ATF 109 II 375, *Christ*.

⁶⁰ ATF 117 II 334, *J.D.*

⁶¹ TF, 18 décembre 1998, SJ 1999 I 221, RSDIE 1999 p. 319, note d'ANDREAS BUCHER.

⁶² ATF 125 III 301, *C.*

Tribunal fédéral a admis la constitution d'une nouvelle résidence habituelle dans l'Etat dans lequel un enfant avait été déplacé illicitement, dès lors qu'il s'agissait d'un changement effectif, et selon toute prévision durable, que les autorités de l'ancienne résidence avaient renoncé à réclamer le retour de l'enfant et que «l'ancrage social» de l'enfant au lieu de sa nouvelle résidence était bien plus important que les liens qu'il entretenait avec la Suisse.

d) Le rôle subsidiaire de la résidence habituelle

L'art. 20 al. 2 LDIP revêt une importance primordiale. Cette disposition précise, à l'instar de l'art. 23 al. 2 CC en droit interne, que nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles. En revanche, «si une personne n'a nulle part de domicile, la résidence habituelle est déterminante». Cette dernière phrase a été ajoutée lors du débat parlementaire; selon *M. Keller / J. Kren Kostkiewicz*⁶³, «die Begründung für diese Änderung ist aus den zugänglichen Materialien nicht ersichtlich». Ces auteurs estiment que l'on visait les personnes qui ne sont pas capables de discernement et ne peuvent avoir d'intention (et qui n'ont pas de domicile légal, comme en droit interne), ainsi que celles qui ont abandonné leur ancien domicile et ne s'en sont pas constitué un autre (l'art. 24 CC ne s'appliquant pas).

Comment faut-il articuler la deuxième phrase de l'art. 20 al. 2 LDIP avec les dispositions spéciales de la loi? On peut se demander s'il faut considérer que le critère de la résidence remplace toujours celui du domicile lorsque la personne concernée n'a pas de domicile en Suisse. Comme le mettent en évidence les versions allemande et française de cette disposition, («Hat eine Person *nirgends* einen Wohnsitz / n'a *nulle part* de domicile»); c'est nous qui mettons en évidence), la résidence habituelle ne remplace le critère de rattachement du domicile que lorsqu'il est impossible de déterminer le domicile de l'intéressé, en Suisse et à l'étranger. Il faut toutefois observer que plusieurs dispositions de la partie spéciale fondant la compétence sur le domicile en Suisse prévoient que la compétence est également donnée au lieu de la résidence, à défaut de domicile, formulation qui suppose que l'absence de domicile ne soit examinée que par rapport à la Suisse (art. 46, 79, 98, 112 al. 1, 114, 115 al. 2, 127, 129 al. 1 LDIP). Ces règles offrent un for subsidiaire fondé sur la résidence alors même que l'intéressé est domicilié à l'étranger⁶⁴; en revanche, le remplacement du domicile par la résidence, à l'art. 2 LDIP, n'est possible que si le

⁶³ KELLER / KREN KOSTKIEWICZ, IPRG Kommentar (n. 9), N° 14 ad art. 20.

⁶⁴ Voir LEVANTE (n. 3), p. 104 et note 588.

domicile du défendeur ne peut être déterminé (art. 20 al. 2 LDIP). La résidence habituelle n'intervient comme critère de remplacement du domicile, sur la base de l'art. 20 al. 2 LDIP, que dans l'hypothèse où le domicile de l'intéressé ne peut être déterminé, en Suisse ou à l'étranger⁶⁵. Cette interprétation est renforcée par le fait que l'art. 20 LDIP sert également à déterminer le domicile au stade de l'application du droit étranger. Admettre que la résidence habituelle remplacerait le domicile, en vertu de l'art. 20 al. 2 LDIP, chaque fois que l'intéressé n'a pas son domicile en Suisse mais à l'étranger, conduirait à donner une prééminence injustifiée à l'application du droit suisse en présence d'une résidence en Suisse. Cela reviendrait à faire présumer que le lien que constitue la résidence habituelle en Suisse présente une plus grande proximité avec la cause que celui fondé sur le domicile à l'étranger, pourtant choisi comme rattachement par le législateur. A nos yeux, il est dès lors inexact d'affirmer, comme *C. Christen-Westenberg*⁶⁶, que les dispositions de la partie spéciale prévoyant le for de la résidence habituelle, à titre subsidiaire, seraient devenues obsolètes du fait de l'adoption, par les Chambres fédérales, de la règle remplaçant le critère du domicile par celui de la résidence habituelle, à l'art. 20 al. 2 LDIP.

e) La «superficie» du domicile

Le problème de la «superficie du domicile», pour reprendre l'expression de *D. Masmejan*⁶⁷, se pose de la façon suivante: le domicile international de l'art. 20 LDIP se définit par la localisation à l'intérieur d'un Etat et non à un lieu donné, ainsi que cela ressort de l'art. 20 LDIP («a son domicile *dans l'Etat* dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir»; comp. art. 23 CC: «le domicile de toute personne est *au lieu* où elle réside avec l'intention de s'y établir», c'est nous qui mettons en évidence). Que faire lorsque la règle de conflit de juridictions⁶⁸ suppose une localisation plus précise que la détermination d'un Etat?

⁶⁵ Voir KELLER / KREN KOSTKIEWICZ, IPRG Kommentar (n. 9), N° 47 ad art. 20 «(...) weder in der Schweiz noch im Ausland einen Wohnsitz hat (...)»; voir également, au sujet de l'art. 112 LDIP, AMSTUTZ / VOGT / WANG, BaK (n. 13), N° 9 *i. f.* ad art. 112, qui soulignent que le for de la résidence habituelle de l'art. 112 n'est pas subsidiaire par rapport au domicile étranger, à la différence de l'art. 20 LDIP; SCHWANDER (n. 40), N° 208 et note 20; MASMEJAN (n. 3), p. 67, 72, 112; BUCHER, DIP II (n. 30), N° 96, DIP I/1 (n. 7), N° 95.

⁶⁶ CHRISTEN-WESTENBERG, BaK (n. 13), N° 6 ad art. 20.

⁶⁷ MASMEJAN (n. 3), p. 74.

⁶⁸ A noter que la question de la superficie du domicile se pose également pour l'application des règles de conflit de lois: au stade de la détermination du droit applicable, la localisation du domicile dans un Etat et non dans un lieu déterminé pose

L'art. 20 LDIP ne déterminant le domicile qu'au sein d'un Etat, on pouvait se demander, avant l'entrée en vigueur de la LFors, si les règles de compétence directe de la LDIP se référant au critère du domicile désignaient la Suisse, et devaient être complétées par les règles de for interne (intercantonales et intracantonales). Même si la LDIP n'exprime ce principe que de façon implicite, il a été admis, par la doctrine presque unanime⁶⁹ puis par la jurisprudence⁷⁰, que la LDIP déterminait également la compétence intercantonale et intracantonale. L'art. 1er al. 1 LFors («la présente loi régit la compétence à raison du lieu en matière civile lorsque le litige n'est pas de nature internationale») efface dorénavant tout doute à ce sujet. Lorsque l'affaire est internationale, le critère de rattachement du domicile, qui ne désigne qu'un Etat et non un lieu (art. 20 LDIP), doit être utilisé pour résoudre le conflit de compétence intercantonale et intracantonale.

Au stade de la compétence indirecte, il n'est pas nécessaire que le défendeur ait son domicile dans l'unité territoriale de la juridiction étrangère ayant rendu la décision à reconnaître, pourvu que l'intéressé ait son domicile dans l'Etat dont fait partie l'unité territoriale. Pour la compétence fondée sur le for du domicile du défendeur, cela ressort du texte de l'art. 26 *lit. a* LDIP, qui se contente du domicile dans l'Etat dans lequel la décision a été rendue. Cela découle également de la formulation des règles de compétence indirecte instaurées dans la partie spéciale qui se réfèrent aux décisions rendues dans l'Etat où le domicile est situé. En outre, cela ressort implicitement de la prohibition de la révision au fond (art. 27 al. 3 LDIP), qui a pour conséquence

problème lorsque le pays concerné ne connaît pas de droit unifié. Tel est le cas lorsque l'on a affaire à une personne domiciliée aux Etats-Unis et que la règle de conflit de lois désigne le droit de l'Etat dans lequel la personne est domiciliée (et non le droit de l'entité étatique (State) dans laquelle l'intéressé a son domicile), alors que le droit matériel des Etats-Unis n'est pas unifié (cf. l'ATF 118 II 79, W.) Il s'agit de la problématique classique du conflit interfédéral ou interrégional (cf. p. ex. EDUARDO VITTA, *Interlocal Conflict of Laws*, International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen/La Haye/Paris/New York 1985, vol. III, chap. 9; KNOEPFLER / SCHWEIZER [n. 23], N° 184ss). Faut-il appliquer les règles de conflit interfédérales ou interrégionales de l'Etat désigné? Faut-il faire usage du critère des liens les plus étroits, en relevant que le principe de proximité constitue le principe cardinal de la loi? Si l'on suit cette dernière méthode, la domiciliation dans l'une des entités étatiques composant l'Etat fédéral ou dans l'une des régions connaissant sa propre législation, constituera l'un des principaux indices des liens les plus étroits, mais d'autres éléments entreront également en ligne de compte. On pourrait aller plus loin et soutenir qu'il faut résoudre le conflit interfédéral en déterminant le domicile «interne» à l'aide de la définition figurant à l'art. 20 LDIP; le conflit interfédéral ou interlocal présente suffisamment d'analogies avec le conflit international pour qu'il paraisse raisonnable de se référer à la notion internationale de domicile.

⁶⁹ Voir VOLKEN, IPRG Kommentar (n. 9), N° 6 ad art. 2-12; DUTOIT (n. 10), N° 2 ad art. 2; BUCHER, DIP II (n. 30), N° 112; LEVANTE (n. 3), p. 54.

⁷⁰ ATF 124 III 176 (179), A.: «Die im allgemeinen Teil und in den einzelnen Sachkapiteln enthaltenen Gerichtsstandsbestimmungen des IPRG regeln die schweizerische Zuständigkeit für international gelagerte Sachverhalte international und örtlich abschliessend» (c'est nous qui mettons en évidence); *Kantonsgerichtsausschuss* GR, 29 janvier 1991, PKG 1991 N° 19.

qu'il est interdit de procéder, au stade de la reconnaissance et de l'exécution, au contrôle du respect de la règle de compétence locale appliquée par l'autorité étrangère⁷¹.

E. Résumé

Résumons le système de la LDIP de façon succincte:

1. L'art. 2 LDIP est une norme subsidiaire, norme-cadre qui ne présente d'utilité pratique que pour combler les lacunes de la loi.
2. De nombreuses règles de compétence directe de la partie spéciale instaurent le for du domicile, le cas échéant en le précisant.
3. L'art. 2 LDIP est également subsidiaire par rapport aux fors subsidiaires de la partie spéciale; il ne l'emporte que sur les art. 3 et 4 LDIP.
4. L'art. 20 LDIP contient une définition du domicile international; les domiciles fictifs et légaux instaurés par le Code civil sont exclus en matière internationale. Selon la jurisprudence, l'interprétation de la notion de domicile de l'art. 20 LDIP doit s'inspirer très étroitement de l'art. 23 CC. Cela n'empêche pas qu'il convient de tenir compte de la nature spécifique de la relation civile internationale.
5. Le remplacement du critère du domicile par celui de la résidence habituelle, en vertu de l'art. 20 al. 2 LDIP, ne vaut que s'il n'est pas possible d'établir la présence d'un domicile en Suisse *et* à l'étranger, à moins qu'une disposition de la partie spéciale (dérogeant à l'art. 20 al. 2 LDIP) permette de fonder le for sur la résidence habituelle en Suisse en dépit de la présence d'un domicile à l'étranger.
6. Au stade de la compétence directe, lorsque l'affaire est internationale, le critère de rattachement du domicile, qui conduit à désigner un Etat et non un lieu (art. 20 LDIP), doit être utilisé pour résoudre le conflit de compétence intercantonal et intracantonal. Au stade de la compétence indirecte, il n'est pas nécessaire que le défendeur ait son domicile dans l'unité territoriale de la juridiction étrangère ayant rendu la décision à reconnaître, pourvu que l'intéressé ait son domicile dans l'Etat dont fait partie l'unité territoriale.

⁷¹ Voir DUTOIT (n. 10), N° 4 ad art. 26; BUCHER, DIP I/1 (n. 7), N° 629, qui réserve toutefois le for étranger fondé sur la volonté des parties et la connexité.

III. LE RÉGIME DE LA LFORS

A. L'importance du for du domicile dans la LFors

La LFors régit la compétence à raison du lieu en matière civile lorsque le litige n'est pas de nature internationale⁷². Le domicile constitue le critère de rattachement principal dans la LFors. Il apparaît sous diverses variantes: domicile du défendeur⁷³, domicile de l'une des parties⁷⁴, domicile du requérant⁷⁵, domicile du débiteur⁷⁶, domicile de la personne ayant subi un dommage⁷⁷, dernier domicile du défunt⁷⁸ ou encore dernier domicile connu⁷⁹.

L'art. 3 al. 1 *lit.* a LFors pose le principe du for du domicile du défendeur. Il reprend la règle de l'art. 30 al. 2 Cst. féd. Contrairement à l'ancien art. 59 aCst. féd. qui délimitait les compétences sur les plans intercantonal et international, l'art. 30 al. 2 Cst. féd. contient une véritable règle de for (portée internationale, intercantonale et intracantonale) qui localise exactement le litige⁸⁰. Mais il serait faux de considérer que le for du domicile a été revalorisé comme le soutient le Conseil fédéral dans son message⁸¹. Ce for n'est en effet plus partiellement⁸² garanti comme il l'était sous le régime précédent: l'art. 30 al. 2 Cst. féd. indique expressément que la loi peut y déroger⁸³. Et elle y déroge⁸⁴: la LFors, en particulier, prévoit d'autres facteurs de

⁷² Art. 1 al. 1 LFors.

⁷³ Par exemple art. 19 al. 1 *lit.* c LFors.

⁷⁴ Par exemple art. 12 LFors.

⁷⁵ Art. 11 LFors.

⁷⁶ Par exemple art. 15 al. 2 LFors.

⁷⁷ Art. 25 LFors.

⁷⁸ Art. 18 LFors.

⁷⁹ Art. 13 LFors.

⁸⁰ Voir YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne 2001, ch. 13 ad Partie systématique.

⁸¹ FF 1999, p. 2599.

⁸² L'art. 59 aCst. féd. garantissait au défendeur solvable le droit d'être recherché, pour les contestations personnelles en matière civile, devant les tribunaux du canton de son domicile.

⁸³ Aux termes de l'art. 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». Par loi, il faut entendre une loi de la Confédération ou des cantons ou un traité international, cf. FF 1997 I 186; DONZALLAZ (n. 80), ch. 12 ad Partie systématique.

⁸⁴ L'art. 3 al. 1 LFors indique que «sauf disposition contraire de la présente loi, le for est: a. pour les actions dirigées contre une personne physique, celui de son domicile; b. pour les actions dirigées contre une personne morale, celui de son siège; (...)». Par ailleurs, les cantons peuvent prévoir d'autres fors que celui du domicile du défendeur dans leur sphère de compétence résiduelle (litige relevant du droit privé cantonal, notamment). En matière internationale, voir, entre autres, la LDIP et la Convention de Lugano.

rattachement, notamment le domicile du demandeur⁸⁵, le domicile de la personne ayant subi un dommage⁸⁶, le lieu de situation de l'immeuble⁸⁷, le lieu d'immatriculation de l'immeuble⁸⁸ et le lieu de l'acte ou de son résultat⁸⁹.

Ainsi, bien qu'il traite du for ordinaire, l'art. 3 al. 1 *lit. a* LFors n'intervient qu'à titre subsidiaire: au moment de déterminer où agir, il faut commencer par examiner si le domaine concerné est traité dans la partie spéciale de la LFors, et ce n'est qu'en cas de réponse négative qu'intervient l'art. 3 al. 1 LFors. Cette disposition n'a de portée propre que dans les domaines non réglementés dans la partie spéciale de la loi. Pour les matières énoncées au chapitre 3 LFors⁹⁰, les fors à disposition des plaideurs sont énumérés de façon exhaustive: si le for du domicile du défendeur est ouvert, il est mentionné; s'il ne l'est pas, c'est qu'il a été écarté⁹¹. Dès lors, l'intitulé du chapitre 3 LFors n'est pas approprié: ce chapitre ne traite pas exclusivement de fors spéciaux, mais de l'ensemble des fors à disposition dans les domaines qu'il réglemente. Il aurait mieux valu parler de «règles spéciales en matière de for», en regard du chapitre 2 consacré aux «règles générales en matière de for»⁹².

On ne peut toutefois pas considérer que l'art. 3 al. 1 LFors revête un caractère symbolique comme c'est le cas de l'art. 2 LDIP⁹³. Il détermine le for des actions fondées sur l'enrichissement illégitime et la gestion d'affaires⁹⁴ ainsi que le for des actions fondées sur un contrat lorsque le chapitre 3 LFors ne contient pas de règle spéciale⁹⁵.

85 Par exemple, art. 12, 15, 16 et 17 LFors.

86 Art. 25 LFors.

87 Art. 23 LFors.

88 Art. 19 LFors.

89 Art. 25 LFors.

90 Voir le chapitre 3, sections 1 à 7: droit des personnes; droit de la famille; droit successoral; droits réels; actions fondées sur des contrats spéciaux; actions fondées sur un acte illicite; droit commercial.

91 Mais à défaut d'un for impératif, voire partiellement impératif, le for du domicile du défendeur pourrait être élu par les parties, le cas échéant tacitement, cf. art. 9 et 10 LFors.

92 Notons encore que les chapitres 4 à 7 de la loi traitent également de règles générales en matière de for, dans la mesure où ils ne concernent pas un domaine spécifique du droit privé. On aurait pu les intégrer au chapitre 2, sous forme de sections. YVES DONZALLAZ (n. 80), ch. 30 ad Partie systématique, est d'un autre avis: selon lui, les chapitres 3 à 7 constituent la partie spéciale du droit de la compétence judiciaire.

93 Voir *supra*, p. 140.

94 Voir le message du Conseil fédéral, FF 1999, p. 2627.

95 A savoir, en particulier, lorsque l'action ne relève pas de la section 5 du chapitre 3 consacrée aux contrats spéciaux ou de l'art. 19 LFors applicable entre autres aux actions personnelles en rapport avec un immeuble.

Par ailleurs, il précise le for pour les actions dirigées contre la Confédération (lettre c) et contre des établissements ou des corporations de droit public de la Confédération (lettre d). Il convient de relever que la section 5 du chapitre 3 du projet du Conseil fédéral⁹⁶ n'était pas intitulée «actions fondées sur des contrats spéciaux» mais «actions fondées sur un contrat» et prévoyait à son art. 22 que «le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où la prestation litigieuse doit être fournie en vertu de la loi ou de la convention des parties (lieu d'exécution) est compétent pour connaître des actions fondées sur un contrat», ce qui limitait la portée des lettres a et b de l'art. 3 al. 1 LFors. Les Chambres ayant décidé de ne pas maintenir le for du lieu d'exécution⁹⁷, l'art. 22 du projet a été biffé, et les lettres a et b de l'art. 3 al. 1 LFors ont ainsi acquis une plus grande portée⁹⁸.

Naturellement, l'art. 3 al. 1 LFors ne s'applique pas en matière gracieuse. Dans ce domaine, l'art. 11 LFors dispose que le for est au domicile du requérant. Cette disposition s'applique à moins que le chapitre 3 contienne une règle spéciale⁹⁹.

B. La notion de domicile dans la LFors

La LFors indique à son art. 3 al. 2 que «le domicile est déterminé d'après le code civil (CC). L'art. 24 CC n'est pas applicable». Ainsi, dans le cadre fixé par la LFors, une personne ne conserve pas son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau (art. 24 al. 1 CC), et le lieu où elle réside n'est pas considéré comme son domicile lorsque l'existence d'un domicile antérieur ne peut être établie ou lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse¹⁰⁰ (art. 24 al. 2 CC), contrairement à ce que prévoit l'art. 24 CC. En revanche, l'art 3 al. 2 LFors n'exclut pas les art. 25 et 26 CC¹⁰¹.

⁹⁶ FF 1999, p. 2644.

⁹⁷ Voir BOCN 1999, p. 1032; BOCE 1999, p. 894.

⁹⁸ Le for des actions fondées sur la *culpa in contrahendo* et sur le principe de la confiance devrait également être déterminé par l'art. 3 al.1 LFors, à supposer que l'on rejette toute base délictuelle à ces chefs de responsabilité.

⁹⁹ Voir en particulier les art. 13, 14, 18 al. 2, 30 et 31 LFors. Pour une critique de l'art. 11 LFors, voir DONZALLAZ (n. 80), ch. 30 ad Partie systématique; ch. 1ss ad art. 11, et les références.

¹⁰⁰ Précisons que l'hypothèse dans laquelle une personne a quitté son domicile à l'étranger, n'en a pas acquis un nouveau en Suisse, mais réside à l'étranger et non pas en Suisse implique un élément d'extranéité qui doit conduire le juge à qualifier le litige d'international et à le soumettre aux dispositions d'une convention internationale ou de la LDIP.

¹⁰¹ Voir *infra*, p. 163-164.

Ce texte est source de difficultés: si l'art. 3 LFors s'intitule «domicile et siège», l'art. 3 al. 1 LFors concerne exclusivement le for du domicile ou du siège du défendeur, et l'on peut donc se demander si la définition du domicile de l'art. 3 al. 2 LFors concerne également le domicile du demandeur, le domicile du requérant, le domicile du débiteur, le domicile de la personne ayant subi un dommage, le dernier domicile connu du défunt ou encore le dernier domicile connu.

Il paraîtrait surprenant que l'exclusion de l'art. 24 CC ne vaille que pour le défendeur lorsque la LFors prévoit un for au domicile de l'une des parties¹⁰²: le système perdrait son équilibre. A notre avis, la définition de l'art. 3 al. 2 LFors s'applique donc également au domicile du demandeur. Elle doit logiquement s'appliquer également au domicile du débiteur¹⁰³, au domicile de la personne ayant subi un dommage¹⁰⁴ et au domicile du requérant¹⁰⁵.

L'article 24 CC est-il également exclu lorsque la LFors prévoit un rattachement au *dernier domicile*¹⁰⁶? Dans un tel cas, le for subsidiaire de la résidence habituelle (art. 4 LFors)¹⁰⁷, qui constitue le correctif de l'exclusion de l'art. 24 CC et qui intervient à défaut de domicile du défendeur, ne peut s'appliquer sans autre. Supposons qu'une personne domiciliée à Neuchâtel quitte son domicile pour résider à Morat, sans se constituer de domicile dans cette ville, puis décède. L'art. 18 LFors prévoit la compétence du tribunal du dernier domicile du défunt, en l'espèce les tribunaux neuchâtelois. A notre sens, soit l'on admet que l'art. 24 CC est exclu en cas de rattachement au dernier domicile et l'art. 4 LFors intervient mais uniquement à défaut de *dernier domicile*¹⁰⁸, soit l'on considère que l'exclusion de l'art. 24 CC ne se justifie pas lorsque le rattachement est au dernier domicile, l'art. 4 LFors

¹⁰² Art. 12, 15, 16, 17 et 22 al. 1 *lit.* a LFors.

¹⁰³ Art. 15 al. 2, 30 et 31 LFors.

¹⁰⁴ Art. 25 LFors.

¹⁰⁵ Art. 11 LFors; Voir YVES DONZALLAZ (n. 80), ch. 32 ad Partie systématique, ch. 8 ad art. 11, et implicitement pour le domicile du demandeur, ch. 2 ad art. 12, ch. 3 ad art. 15, ch. 3 ad art. 16. Egalement implicitement pour le domicile du demandeur, KARL SPUEHLER / DOMINIK VOCK, Gerichtsstandsgesetz, Zurich 2000, N° 3 ad art. 12.

¹⁰⁶ Voir en particulier l'art. 13 LFors qui prévoit le dernier domicile connu comme critère de rattachement en matière de déclaration d'absence et l'art. 18 LFors qui prévoit le dernier domicile du défunt comme critère de rattachement en matière de droit successoral.

¹⁰⁷ Voir le message du Conseil fédéral, FF 1999, p. 2607: «pour des raisons d'ordre pratique, l'art. 24 CC n'est pas pris en considération; ainsi, si un défendeur n'a pas de domicile, l'action sera portée devant le tribunal de son lieu de résidence habituelle».

¹⁰⁸ La simple absence de domicile au moment du décès n'entraîne pas l'application par analogie de l'art. 4 LFors, aux termes duquel «lorsque le défendeur n'a pas de domicile, le for est celui de la résidence habituelle», puisque l'art. 18 LFors parle de *dernier domicile*.

n'ayant plus à s'appliquer par analogie puisqu'il découle de l'art. 24 CC qu'une personne a toujours un domicile¹⁰⁹.

Pour que le système conserve sa logique, il vaut mieux admettre que l'art. 24 CC est exclu chaque fois que la LFors se réfère à la notion de domicile, qu'il s'agisse du domicile du demandeur, du défendeur, de la personne ayant subi un dommage, du requérant, du débiteur, de la personne disparue ou du défunt et qu'il s'agisse du dernier domicile, du domicile actuel ou encore du domicile au moment de la naissance ou de l'adoption¹¹⁰. On peut d'ailleurs le déduire de l'art. 31 LFors, qui concerne les emprunts par obligations et qui prévoit notamment un for au domicile actuel ou au dernier domicile du débiteur. La précision ne serait pas nécessaire si l'art. 24 CC s'appliquait à la détermination du domicile, le dernier domicile représentant selon l'art. 24 al. 1 CC le domicile «actuel» à défaut de nouveau domicile.

En bref, l'art. 3 al 2 LFors s'applique quel que soit le domicile en cause. Afin d'éviter toute confusion, il aurait fallu consacrer une disposition spécifique à la définition du domicile, ou, à tout le moins, inverser les al. 1 et 2 de l'art. 3 LFors.

C. La notion de résidence habituelle dans la LFors

Tout comme l'art. 3 al. 2 LFors, l'art. 4 LFors cause quelques difficultés d'interprétation. Selon l'art. 4 al. 2 LFors, la résidence habituelle est le lieu dans lequel la personne vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée¹¹¹. L'art. 4 LFors ne crée un for subsidiaire au lieu de la résidence habituelle qu'en cas d'absence de *domicile du défendeur*, tel que défini à l'art. 3 LFors. Il convient ainsi d'examiner l'articulation entre le for de l'art. 4 LFors et les fors du chapitre 3. Ainsi que nous l'avons observé

¹⁰⁹ Il convient toutefois de relever que l'application de l'art. 24 CC serait sans grande incidence en cas de rattachement au dernier domicile: l'alinéa 1 est sans effet puisqu'il renvoie lui-même au dernier domicile au sens de l'art. 23 CC (éventuellement 25 CC); on tiendra compte d'un élément d'extranéité dans la plupart des cas où l'alinéa 2 devrait entrer en jeu, d'où l'application des règles de la LDIP. YVES DONZALLAZ (n. 80), ch. 2 ad art. 18 (voir également ch. 32 ad Partie systématique et ch. 1 ad art. 31) est d'avis que le lieu de la résidence est dénué de pertinence lorsque la loi renvoie au dernier domicile, sans toutefois préciser si l'art. 24 CC est exclu de la définition du dernier domicile. C'est faire abstraction de l'hypothèse d'une absence de dernier domicile.

¹¹⁰ Art. 16 LFors.

¹¹¹ Comme le relève le message du Conseil fédéral, FF 1999, p. 2607, cette définition correspond à celle de l'art. 20 al. 1 *lit.* b LDIP. Notons toutefois que l'art. 20 al. 1 *lit.* b LDIP fixe l'Etat de résidence et non le lieu de la résidence (cf. *supra*, p. 150). Comme nous l'avons mentionné lors de l'examen de l'art. 20 al. 1 *lit.* b LDIP (cf. *supra*, p. 150-151), il est possible selon nous d'avoir plusieurs résidences habituelles simultanées. Voir également DONZALLAZ (n. 80), ch. 11 ad art. 4.

ci-dessus¹¹², soit le for du domicile du défendeur est expressément mentionné dans les dispositions de la partie spéciale, soit il ne l'est pas, comme par exemple à l'art. 19 al. 1 *lit.* a et b LFors (immeubles), et dans ce cas, il n'est pas ouvert.

Lorsque le for du domicile du défendeur est énoncé dans la partie spéciale, l'action peut être intentée au for de la résidence habituelle lorsque le défendeur ne possède pas de domicile au sens de l'art. 3 al. 2 LFors¹¹³. Cela découle assez logiquement de la structure légale, même s'il est un peu contradictoire de faire apparaître expressément le for ordinaire du domicile du défendeur dans les dispositions spéciales sans y mentionner en revanche le for «ordinaire» subsidiaire de la résidence habituelle, ou le for alternatif «ordinaire» de l'établissement ou de la succursale (art. 5 LFors).

La situation est plus délicate lorsque les dispositions spéciales se réfèrent, entre autres, au *domicile du demandeur*, et c'est le cas de nombreuses dispositions de la loi: art. 12 (protection de la personnalité et protection des données); art. 15 (prétentions et actions fondées sur le droit du mariage); art. 16 (constatation et contestation de la filiation); art. 17 (entretien et dette alimentaire); art. 22 al. 1 *lit.* a (contrats conclus avec des consommateurs); art. 25 (actions fondées sur un acte illicite: domicile de la personne ayant subi un dommage). Doit-on déduire de l'art. 4 LFors, qui fait uniquement allusion au défendeur, qu'il n'existe pas de for subsidiaire à la résidence habituelle du demandeur? Nous ne le pensons pas. Si la définition de l'art. 3 al. 2 LFors s'applique également au domicile du demandeur, le correctif de l'exclusion de l'art. 24 CC, à savoir le for subsidiaire de la résidence habituelle, doit également exister en cas d'absence de domicile du demandeur. On ne comprendrait pas pour quelle raison la victime d'un acte illicite pourrait agir au lieu de la résidence habituelle du défendeur, mais ne pourrait en revanche pas agir à son propre lieu de résidence habituelle, à supposer qu'elle n'ait pas de domicile au sens de l'art. 3 al. 2 LFors. La seule solution praticable revient donc à appliquer la règle de l'art. 4 LFors par analogie en cas d'absence de domicile du demandeur¹¹⁴.

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus¹¹⁵, le même principe doit être retenu lorsque la LFors prévoit comme critère de rattachement le

¹¹² Voir *supra*, p. 157.

¹¹³ Voir DONZALLAZ (n. 80), ch. 32 ad Partie systématique.

¹¹⁴ SPUEHLER / VOCK, (n. 105), N° 3 ad art. 12. l'indiquent pour l'art. 12 LFors; YVES DONZALLAZ (n. 80), ch. 32 ad Partie systématique, ch. 8 ad art. 11, ch. 2 ad art. 12, ch. 3 ad art. 15, ch. 3 ad art. 16, semble l'admettre.

¹¹⁵ Voir *supra*, p. 159-160.

domicile actuel ou le dernier domicile du débiteur¹¹⁶, le dernier domicile du défunt¹¹⁷, le dernier domicile connu d'une personne disparue¹¹⁸ ou encore le domicile au moment de la naissance ou de l'adoption¹¹⁹. L'art. 4 LFors s'applique à défaut de *dernier domicile* en Suisse ou à l'étranger. Lorsque l'intéressé a son dernier domicile à l'étranger¹²⁰, cet élément d'extranéité devrait conduire le juge à qualifier le litige d'international et à le soumettre aux dispositions d'une convention internationale ou de la LDIP.

D. La portée et l'utilité de la notion de domicile retenue dans la LFors

Comme nous venons de l'observer, il n'est pas aisé de déterminer le champ d'application et l'articulation des art. 3 al. 2 LFors et 4 LFors. Examinons quelles conséquences matérielles entraîne l'application de ces dispositions. Selon l'art. 4 al. 2 LFors, la résidence habituelle est le lieu dans lequel la personne vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée¹²¹. Dès lors, si une personne a quitté son domicile suisse sans en acquérir un nouveau, le for ordinaire ne sera pas celui de son ancien domicile (qu'elle conserve selon l'art. 24 al. 1 CC), mais le lieu de sa résidence habituelle en Suisse. C'est là apparemment l'unique conséquence de la règle spéciale introduite par l'art. 3 al. 2 LFors. En effet, dans le cas où un domicile antérieur ne pourrait être établi, le domicile est réputé être le lieu où réside la personne selon l'art. 24 al. 2 CC, d'où un for identique à celui prévu par les art. 3 et 4 LFors combinés, de même, lorsqu'une personne aurait quitté son domicile à l'étranger, n'en aurait pas acquis un nouveau en Suisse, mais résiderait dans notre pays¹²².

L'art. 3 al. 2 LFors n'a qu'une portée extrêmement limitée. De plus, il crée une disparité avec la notion de domicile généralement utilisée en droit privé. A cet égard, il faut noter que la définition du domicile de l'art. 3 al. 2 LFors ne vaut que pour les litiges soumis à la LFors, à savoir les litiges de nature interne en matière de droit privé fédéral qui

¹¹⁶ Art. 31 LFors. Voir également les art. 15 al. 2 et 30 LFors.

¹¹⁷ Art. 18 LFors.

¹¹⁸ Art. 13 LFors.

¹¹⁹ Art. 16 LFors.

¹²⁰ Sur la détermination du domicile à l'étranger, voir *supra*, p. 142ss.

¹²¹ Voir *supra*, p. 160.

¹²² Bien évidemment, la LFors ne serait pas applicable si l'affaire devait être jugée internationale.

ne concernent ni la protection de l'enfant et le droit de la tutelle (art. 1 al. 2 *lit.* a LFors), ni la navigation intérieure, maritime et aérienne (art. 1 al. 2 *lit.* c LFors). L'art. 1 al. 2 *lit.* b LFors réserve également les règles de for fixées dans la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite¹²³. Ainsi, par exemple, la notion de domicile déterminante pour fixer le for tutélaire (cf. art. 376 CC) n'est pas entièrement identique à celle retenue par la LFors pour fixer le for d'une action en entretien (art. 17 LFors). Le domicile déterminant pour fixer le for tutélaire serait l'ancien domicile du parent ayant le droit de garde si celui-ci ne s'en est pas créé un nouveau (domicile légal de l'enfant sous autorité parentale, art. 25 CC et 24 CC combinés), alors que le domicile déterminant pour fixer le for d'une action en entretien serait la résidence de l'enfant (domicile légal au sens de l'art. 25 CC), le parent disposant du droit de garde n'ayant plus de domicile vu l'exclusion de l'art. 24 CC.

Dans son message, le Conseil fédéral précise que la définition de l'art. 3 al. 2 LFors se justifie pour des motifs pratiques¹²⁴. Il est probable que le législateur a exclu l'art. 24 CC parce que la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 59 aCst. féd. avait déclaré l'art. 24 al. 1 CC inapplicable à la détermination du domicile¹²⁵. Or l'art. 30 al. 2 Cst. féd. ne garantit pas le for du domicile du défendeur¹²⁶ et l'on a établi ci-dessus que l'exclusion du seul art. 24 CC pour la détermination du domicile n'avait que peu d'effet.

A nos yeux, les considérations qui précèdent démontrent qu'aucune raison objective n'exigeait l'introduction d'une règle spéciale pour la détermination du domicile dans la LFors. En effet, non seulement elle crée une disparité avec la notion de domicile généralement utilisée en droit privé, mais encore elle n'équivaut en rien à la solution retenue en matière internationale par la LDIP. Nous avons relevé précédemment que la LDIP comprenait une définition internationale du domicile qui, si elle n'est pas éloignée de la définition de l'art. 23 CC, exclut en revanche les domiciles fictifs et légaux des art. 24 et 25 CC et les présomptions de l'art. 26 CC. Or tel n'est pas le cas de l'art. 3 al. 2

¹²³ Notons que si le domicile de l'art. 46 LP s'entend du domicile civil des art. 23ss CC, la fiction du maintien du domicile passé (art. 24 al. 1 CC) ne s'applique pas. De plus la LP prévoit un for spécial au lieu de séjour lorsque le débiteur n'a pas de domicile fixe (art. 48 LP). Voir PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 1-88, Lausanne 1999, N° 9ss ad art. 46 LP, N° 8ss ad art. 48 LP; Hansjörg Peter, Das neue Gerichtsstandsgesetz und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, *in* Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts, Zurich 2000, p. 14.

¹²⁴ FF 1999, p. 2607.

¹²⁵ ATF 117 Ia 292, X. AG; ATF 96 I 145, L; DONZALLAZ (n. 80), note 305 et 306 ad art. 3.

¹²⁶ Voir *supra*, p. 156.

LFors qui n'exclut que l'art. 24 CC: aucune réserve n'est formulée dans cette loi quant aux domiciles légaux de l'art. 25 CC et aux présomptions de l'art. 26 CC. Ainsi, lorsque la LFors s'applique, le domicile de l'enfant sous autorité parentale est celui de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, le domicile de celui de ses parents qui a le droit de garde, subsidiairement, son lieu de résidence; le domicile des personnes sous tutelle est au siège de l'autorité tutélaire. Tel n'est pas le cas lorsque la LDIP intervient¹²⁷.

Il aurait fallu, pour rendre véritablement compatibles les solutions interne et internationale, exclure également les art. 25 et 26 CC pour la détermination du domicile selon la LFors. Quelques rares difficultés auraient ainsi pu être évitées. Prenons le cas suivant: la famille F., de nationalité suisse, décide de déménager en France. L'enfant E., mineur âgé de 16 ans, reste en Suisse pour terminer sa scolarité. Il achète, sans la payer, une chaîne hi-fi à son lieu de résidence habituelle. Le fournisseur, dont le domicile est en Suisse, entend lui intenter une action en paiement. Selon l'art. 22 al. 2 *lit. b* LFors, en cas de litige concernant un contrat conclu avec un consommateur, le for est au domicile du défendeur lorsque l'action est intentée par le fournisseur. Si l'on retient la règle de l'art. 25 CC, le domicile de E. est en France, d'où la présence d'un élément d'extranéité dans un litige qui semblait à première vue exclusivement interne. Or l'art. 20 al. 1 *lit. a* LDIP, désigné par l'art. 52 al. 1 CL, conduit à fixer le domicile en Suisse, E. étant capable de discernement. Le fournisseur doit dès lors agir en Suisse (art. 14 al. 2 CL). L'exclusion de l'art. 25 CC pour la détermination du domicile dans le cadre de la LFors aurait permis d'aboutir au même résultat sans qu'il faille avoir recours de manière relativement artificielle aux règles internationales de compétence. A notre sens toutefois, la possibilité de se référer à un domicile légal évite de plus nombreuses complications en matière interne¹²⁸.

En bref, la solution retenue par la LFors aux art. 3 al. 2 et 4 pour la définition du domicile et les conséquences de l'absence de domicile est difficilement praticable. Elle a été introduite sans véritable nécessité, en se fondant apparemment sur une volonté non réalisée de concordance avec la solution retenue en droit international privé. Autant dire que la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral sur la notion internationale de résidence habituelle ne sera que d'un intérêt limité en matière de LFors, puisque la résidence habituelle n'a de portée dans ce cadre qu'à défaut de domicile (art. 23 CC), le cas échéant légal (art. 25 CC).

¹²⁷ Voir *supra*, p. 146-147.

¹²⁸ Voir *supra*, p. 146-147.

E. Résumé

Résumons le régime de la LFors de manière succincte:

1. L'art. 3 al. 1 *lit.* a et b qui pose le principe du for du domicile et du siège du défendeur est une norme subsidiaire qui n'a de portée propre que dans les domaines non réglementés au chapitre 3 LFors.
2. De nombreuses règles du chapitre 3 LFors instaurent le for du domicile, le cas échéant en le précisant (for du domicile de l'une des parties; dernier domicile connu, etc.).
3. La définition du domicile de l'art. 3 al. 2 LFors vaut à notre sens chaque fois que la LFors se réfère à la notion de domicile, qu'il s'agisse du domicile du demandeur, du défendeur, du requérant, du débiteur, de la personne ayant subi un dommage, de la personne disparue ou du défunt et qu'il s'agisse du dernier domicile, du domicile actuel ou du domicile au moment de la naissance ou de l'adoption.
4. La LFors exclut uniquement l'art. 24 CC en cas de détermination du domicile. Les art. 25 et 26 CC sont pleinement applicables.
5. A notre avis, l'art. 4 LFors qui prévoit un for à la résidence habituelle à défaut de domicile du défendeur s'applique également lorsque la loi prévoit un for au domicile du demandeur, au domicile du requérant, au domicile du débiteur, au domicile de la personne ayant subi un dommage et que ces personnes n'ont pas de domicile. Ce même principe doit être retenu lorsque la LFors prévoit comme critère de rattachement le domicile actuel ou le dernier domicile du débiteur, le dernier domicile du défunt, le dernier domicile connu d'une personne disparue ou encore le domicile d'une partie au moment de la naissance ou de l'adoption.

IV. CONCLUSION

Dans la première partie de cet article, nous avons montré que la disparité des notions de domicile dans le droit matériel des Etats est à l'origine de nombreuses difficultés en droit international, difficultés que l'on tente de résoudre à l'aide de divers mécanismes. En droit interne, l'introduction des art. 3 al. 2 LFors et 4 LFors crée hélas des difficultés que l'on aurait pu éviter.

S'agissant de l'intervention subsidiaire de la résidence, si l'art. 20 al. 2 LDIP peut, nous l'avons vu, prêter à confusion dans une certaine mesure, une interprétation raisonnable lui accorde tout son sens. On

peut s'étonner que, plus de dix ans après l'entrée en vigueur de cette loi, le législateur, sans aucun doute conscient des controverses concernant la portée de l'art. 20 al. 2 LDIP, n'ait pas pris soin d'éviter qu'un problème du même ordre ne surgisse pour les litiges de nature interne. Et cette fois, il ne s'agit pas que du sens d'une disposition légale, mais bien de la cohérence de tout un système.

TABLE DES MATIÈRES

I. PROBLÉMATIQUE.....	139
II. LE RÉGIME DE LA LDIP	139
A. L'importance du for du domicile dans la LDIP	139
B. La disparité du concept de domicile en droit comparé.....	141
C. Les solutions envisageables	142
D. Solution de la LDIP	144
a) Réserve des conventions.....	144
b) Notion de domicile de la LDIP.....	145
c) Notion de résidence habituelle de la LDIP	150
d) Le rôle subsidiaire de la résidence habituelle	152
e) La «superficie» du domicile	153
E. Résumé.....	155
III. LE RÉGIME DE LA LFORS	156
A. L'importance du for du domicile dans la LFors.....	156
B. La notion de domicile dans la LFors.....	158
C. La notion de résidence habituelle dans la LFors	160
D. La portée et l'utilité de la notion de domicile retenue dans la LFors.....	162
E. Résumé.....	165
IV. CONCLUSION	165