

Le droit civil dans le contexte international

Journée de droit civil 2011

Edité par
Margareta Baddeley,
Bénédict Foëx, Audrey Leuba et
Marie-Laure Papaux Van Delden

Avec les contributions de

Marie-Laure Papaux Van Delden
Joëlle Küng
Jennifer Lamesta & Margareta Baddeley
Audrey Leuba
Delphine Pannatier Kessler
Nicolas Jeandin & Aude Peyrot
Bénédict Foëx
Christine Chappuis



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Margareta Baddeley / Bénédicct Foëx / Audrey Leuba /
Marie-Laure Papaux Van Delden (éds)

Le droit civil dans le contexte international

Journée de droit civil 2011



Droit civil

Le droit civil dans le contexte international

Journée de droit civil 2011

Edité par
Margareta Baddeley,
Bénédict Foëx, Audrey Leuba et
Marie-Laure Papaux Van Delden

Avec les contributions de

Marie-Laure Papaux Van Delden
Joëlle Küng
Jennifer Lamesta & Margareta Baddeley
Audrey Leuba
Delphine Pannatier Kessler
Nicolas Jeandin & Aude Peyrot
Bénédict Foëx
Christine Chappuis



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

§ 2012

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2012

ISBN 978-3-7255-6653-2

ISSN Collection genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

Avant-propos

Fidèle à sa volonté d'offrir un regard actuel et précis sur quelques-unes des grandes problématiques juridiques, la *JOURNÉE DE DROIT CIVIL 2011* a réuni des juristes de nombreux horizons pour discuter du droit civil dans le contexte international.

La réalité mondiale s'imposant à la pratique en Suisse, il n'est pas un jour sans que l'avocat, le notaire et le juge, de même que le praticien dans l'économie privée et dans l'administration, ne doivent se poser la question d'un éventuel élément d'extranéité dans les affaires qu'ils traitent. Ces thématiques sont souvent complexes et redoutées par les juristes. Elles rappellent dans tous les cas l'importance de l'interaction entre droit interne et droit international. Que cette interaction repose sur des conventions internationales ou sur le seul droit international privé, elle implique en règle générale un regard nouveau sur le droit interne afin de pouvoir résoudre correctement le cas concret.

Les présents Actes reprennent pour l'essentiel le texte des conférences prononcées lors de la Journée de 2011. Ils entendent aider le praticien dans ce travail exigeant, tout en inspirant les réflexions des chercheurs et étudiants. Les contributions traitent de questions englobant les droits de la personne et de la famille, de la planification patrimoniale, de la procédure et la protection du client bancaire, comme des droits réels et de la vente internationale.

Les éditeurs des présents Actes et co-organisateurs de la *JOURNÉE DE DROIT CIVIL 2011* réitèrent leurs remerciements aux participants au colloque de leur intérêt pour cette manifestation. Ils remercient en outre les conférenciers et les présidents de séance de leur apport. Nous sommes également gré aux Magistrats du Pouvoir judiciaire de Genève d'avoir soutenu notre Journée pour la troisième fois, après les éditions de 2006 et de 2008. Pour la présente publication, nous tenons à remercier les participants au colloque de leur patience et l'équipe des secrétaires et d'assistants, ainsi que la Commission des publications de la Faculté de droit de leur travail et soutien. Un merci tout particulier s'adresse à Mesdames F. Pinget, N. Crausaz et E. Pralong, secrétaires et à nos assistants Mesdames O. Jubin et F. Ranzanici et Messieurs B. Nuzzo, M. Vedovatti et A. Alvarez.

Margareta Baddeley, Bénédict Foëx,

Audrey Leuba et Marie-Laure Papaux Van Delden

Sommaire

Avant-propos.....	V
Sommaire	VII
MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN	
Familles et Convention européenne des droits de l’homme: Incidences en droit de la filiation en droit civil suisse.....	1
JOËLLE KÜNG	
L’enlèvement international d’enfant: deux ans d’expériences avec la loi fédérale et développements récents à l’étranger	57
JENNIFER LAMESTA & MARGARETA BADDELEY	
Au nom du père et de la mère - Etude comparative sur le droit du nom dans la perspective du droit du nom 2013.....	77
AUDREY LEUBA	
Le partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d’un divorce comportant des éléments d’extranéité.....	109
DELPHINE PANNATIER KESSLER	
Trust, droit de suite et mention au Registre foncier selon l’article 149d LDIP.....	133
NICOLAS JEANDIN & AUDE PEYROT	
Convention de Lugano: for et droit élu à l’épreuve de la protection du consommateur dans l’activité transfrontalière des banques.....	153
BÉNÉDICT FOËX	
L’eurohypothèque: une cantatrice chauve au registre foncier ?	169
CHRISTINE CHAPPUIS	
La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) a-t-elle pénétré le droit suisse ?	183
Table des matières.....	211

Familles et Convention européenne des droits de l'homme : Incidences en droit de la filiation

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN

I. Introduction

Familles - la forme plurielle devant être soulignée - et Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH¹), ce thème est à la fois effrayant et passionnant. Effrayant, étant donné qu'il tisse des liens entre droit international et droit interne, droit public et droit privé, tout en impliquant des considérations tirées de la philosophie du droit, sans occulter un aspect de sociologie juridique et politique. Sujet passionnant parce qu'il pose le problème des interrelations entre d'une part les droits fondamentaux, élément transcendant et fédérateur des sociétés modernes, et d'autre part le droit de la famille, droit du statut et pilier culturel de chaque société. S'ajoute ainsi la contradiction fondamentale entre le caractère universel, inné des droits de la personne, fondés sur le droit naturel, et la relativité des droits et cultures familiales, la famille étant un concept de droit par essence artificiel.

Les thèmes ne sont en conséquence pas dociles à traiter, chacun étant conflictuel en soi, qu'il s'agisse de la famille, en pleine mutation, confusion aux yeux des plus pessimistes, le pluriel retenu étant le témoin de la pluralité des formes de familles qui distinguent nos sociétés contemporaines, ou des droits fondamentaux, dont l'invocation permanente peut être porteuse d'ambivalence. Le constat que nous avons fait en 2006 se confirme : « alors que le droit international des droits de l'homme garantit un standard de protection minimum, qui devrait théoriquement faire l'unanimité, il est au contraire en droit de la famille difficile de déterminer avec certitude les conditions nécessaires au respect des droits fondamentaux »².

Au jour de la ratification de la CEDH, les Etats pensaient certainement avoir parachevé ses exigences depuis un nombre confortable d'années, alors

¹ RS 0.101. La CEDH a été conclue le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974 ; elle a été amendée par le Protocole n° 11 du 11 mai 1994 portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention (RS 0.101.09).

² PAPAUX VAN DELDEN, Droits, p. 378 s, l'article dans son ensemble analysant les interrelations entre droits de la personne et droit de la famille. Sur ce *Grundrechtlicher Mindeststandard* et les tensions y relatives : PFIFFNER/BOLLINGER, N 7 s.

que la jurisprudence de ses organes a su créer la surprise. Notre examen du droit international des droits de l'homme se focalisera au demeurant sur la CEDH qui reste l'instrument le plus emblématique du point de vue de la conception de la famille, de ses fondements, et de son organisation. Le sujet exigera également un regard porté sur la Convention sur les droits de l'enfant (ci-après : CDE³).

Enfin, la confrontation de nos thèmes doit se faire sous un angle de droit comparé, une nécessaire harmonisation des droits nationaux s'effectuant par le biais de l'œuvre des droits fondamentaux, qui se trouvent au centre des préoccupations contemporaines sur l'évolution des droits de la famille.

Dans un premier temps, notre attention sera retenue par les rapports entre le droit interne et la CEDH, afin de circonscrire les obligations de nos autorités judiciaires et législatives (chap. II). A cet effet, le principe de la primauté du droit international sera mis en exergue (let. A), avant d'analyser l'influence des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH) en Suisse (let. B).

Dans un deuxième temps, il s'agira de cerner le droit au respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH (chap. III). Les différents types de liens familiaux protégés par cette disposition (let. A) et l'influence des modes d'interprétation de la Convention sur la définition de la vie familiale seront développés (let. B). L'analyse des liens familiaux sera divisée de la manière suivante : le lien de parenté juridique (ch. 1), le lien de parenté biologique (ch. 2), l'absence de lien de parenté (ch. 3) et enfin le simple désir de fonder une famille (ch. 4). Quant aux modes d'interprétation, l'examen de la CEDH en tant qu'instrument vivant (ch. 1) précédera celui des obligations positives en découlant (ch. 2). Partant d'une approche abstraite sur la place des droits fondamentaux au sein de la famille, l'analyse s'orientera alors vers une démarche concrète, afin de mettre en exergue certaines dispositions et/ou interprétations du droit suisse de la famille qui posent à notre sens un problème de compatibilité avec la CEDH.

En troisième lieu, des aspects choisis du droit de la filiation seront en conséquence passés sous la loupe des exigences posées par la CEDH (chap. IV). L'exposé débutera par l'établissement et la contestation de la filiation, tout d'abord hors adoption (let. A), subdivisé par la cessation de la présomption de paternité (ch. 1), les délais pour établir et contester la filiation, et enfin la qualité pour agir en constatation et en contestation de la paternité (ch. 3). Puis sera traité l'établissement du lien de filiation par le biais de l'adoption (let. B), tout d'abord en se posant la question du droit conventionnel d'adopter (ch. 1), suivie par l'adoption par un couple non marié (ch. 2) et enfin l'interdiction de

³ RS 0.107. La CDE date du 20 novembre 1989 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997.

l'adoption pour les partenaires enregistrés (ch. 3). Ensuite sera analysé l'établissement du lien de filiation par le biais de la procréation médicalement assistée (let. C). Une place sera alors réservée aux pères biologiques (let. D), leur droit à être informé (ch. 1), les obstacles à l'établissement de leur paternité juridique (ch. 2), leur droit de visite (ch. 3). Enfin, nous traiterons de certains effets de la filiation, à savoir l'autorité parentale et le droit aux relations personnelles (let. E), l'examen de l'autorité parentale (ch. 1) précédera celui du droit aux relations personnelles et son exécution (ch. 2), divisé en l'analyse des principes régissant ce droit (let. a) et en son exécution (let. b), avant de conclure (chap. V).

II. Les rapports entre le droit interne et la CEDH

A) *La primauté du droit international*

La protection issue du droit international des droits de l'homme, en particulier de la CEDH, est d'autant plus importante que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer le droit fédéral en vertu de l'art. 190 de la Constitution fédérale (ci-après : Cst.)⁴ La conformité des lois fédérales à la Constitution fédérale n'est ainsi en principe pas revue lors de leur application⁵. Les autorités peuvent en conséquence être tenues d'appliquer des normes de droit fédéral anticonstitutionnelles. Forte du soutien du Conseil fédéral⁶, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a présenté un projet au Parlement levant l'immunité des lois fédérales par la suppression de l'art. 190 Cst. ; le Conseil des Etats a toutefois refusé, en date du 5 juin 2012, d'entrer en matière sur ce projet.

Au contraire, *de lege lata* déjà, les autorités judiciaires et administratives doivent contrôler la conformité du droit fédéral à la CEDH, le principe de la primauté du droit international, lequel comprend en particulier les règles internationales tendant à la protection des droits de l'homme⁷, étant ancré à l'art. 5 al. 4 Cst. Le Tribunal fédéral n'hésite d'ailleurs plus à contrôler la conventionalité des lois fédérales, tout en faisant preuve d'une retenue

⁴ RS 101. La Constitution fédérale date du 18 avril 1999 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

⁵ Par ex. : TF 5A_785/2009, 2.2.2010, c. 5.4 et réf. ; ATF 133 II 305, c. 5.2 et réf. Mais contrôle à tout le moins *de facto* de l'art. 98 al. 4 CC à la lumière de l'art. 14 Cst. *in* TF 2C_349/2011, 23.11.2011.

⁶ Avis du Conseil fédéral du 30 septembre 2011, FF 2011 6995, <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2011/6995.pdf> consulté le 9.4.2012.

⁷ ATF 136 III 168, c. 3.3.2, JdT 2010 I 335 ; ATF 125 II 417, c. 4d. CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport 2010, p. 2112 ss ; HANGARTNER, BV-Kommentar, N 44 *ad* art. 5 ; MEIER/CARANDO, N 41 *in fine*.

certaine, contrôle en conséquence parfois imparfait⁸. La jurisprudence n'est certes pas exempte d'ambiguïté sur la question de savoir si une loi postérieure à un traité international pourrait exceptionnellement l'emporter dans l'hypothèse où le législateur, en pleine connaissance de cause, aurait décidé d'édicter une règle interne contraire au droit international⁹. Une telle pratique ne saurait à notre sens avoir gain de cause à Strasbourg¹⁰. Certains arrêts font d'ailleurs à juste titre clairement primer les traités relatifs aux droits de l'homme, en particulier la CEDH, sur toute norme de droit interne, indépendamment de son caractère antérieur ou postérieur¹¹. L'ensemble des dispositions de la CEDH sont au demeurant *self-executing* et peuvent en conséquence être invoquées directement par les particuliers devant les autorités nationales.

Une norme du droit interne qui s'avère non conforme au droit international ne doit en conclusion pas être appliquée ou doit être interprétée contre sa lettre claire afin d'être en harmonie avec les conventions internationales, en particulier la CEDH¹². Un tel contrôle dit de « conventionalité » s'impose en particulier à l'ensemble des autorités judiciaires et administratives et doit en conséquence les amener à refuser l'application d'une disposition du droit interne contraire au droit international¹³.

⁸ Par ex. : ATF 129 III 656, SJ 2004 I 108, JdT 2004 I 264, *cf.* HOTTELLIER, Jusletter 2008, N 17 ; ATF 128 III 113, c. 3-5, JdT 2002 I 443. PAPAUX VAN DELDEN, Implications, p. 324, note 19.

⁹ Jurisprudence Schubert : ATF 99 Ib 39, c. 4. Le maintien de cette jurisprudence est laissé ouvert *in* ATF 118 Ib 277, c. 3b *in fine* et plus récemment encore *in* ATF 136 III 168, c. 3.3.4 *in fine*. AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1882-1884 ; BAUMANN, p. 1009 ss ; HANGARTNER, BV-Kommentar, N 32 *ad art.* 190 ; PEIFFNER/BOLLINGER, N 36.

¹⁰ Voir d'ailleurs l'ACEDH Losonci Rose et Rose c. Suisse du 9 novembre 2010, par. 50 *in fine* où la CourEDH suite au retranchement du Tribunal fédéral derrière la Constitution précise : « [C]eci ne change toutefois en rien la responsabilité internationale de la Suisse au titre de la Convention ».

¹¹ Par ex. : ATF 131 V 66, c. 3.2 ; ATF 125 II 417, c. 4d ; ATF 122 II 487, c. 3a ; ATF 119 V 178, c. 4b. AEMISEGGER, N 7 et 99 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1882-1884 ; HANGARTNER, BV-Kommentar, N 32 *ad art.* 190.

¹² Il est par ex. soutenu en doctrine que les art. 98 al. 4 et 99 al. 4 CC sont voués à rester lettre morte *cf.* MEIER/CARANDO, N 48 - voire néanmoins pour une tentative d'interprétation conforme à la Constitution et à la CEDH : ATF 138 I 41 et ATF 137 I 351 - alors que les art. 133 al. 3 et 298a CC doivent être interprétés contre leur lettre claire, *cf.* MEIER, Zaunegger, p. 251 et réf. note 3 et p. 256, voir néanmoins TF 5A_497/2011, 5.12.2011, c. 2.5 et TF 5A_420/2010, 11.8.2011, c. 3.2, *cf. infra* chap. IV, let. E, ch. 1.

¹³ AEMISEGGER, N 1 et 7 ; AUBERT/MAHON, N 20 *ad art.* 5, N 9 *ad art.* 190 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1290 ss ; HOTTELLIER, Jusletter 2008, N 16.

B) *L'influence des arrêts de la CourEDH en droit suisse*

Une fois définitifs, les arrêts de la CourEDH sont dotés de l'autorité de la chose jugée (art. 46 CEDH) ; ce caractère contraignant a pu être qualifié de révolutionnaire en droit international¹⁴. En cas de condamnation de la Suisse, le jugement de Strasbourg ne met pas toujours en soi fin au litige et peut nécessiter une procédure de révision pour remédier aux effets de la violation (art. 122 LTF)¹⁵.

Récemment, le Tribunal fédéral a montré quelque mauvaise humeur face à la CourEDH, n'excluant pas que celle-ci ait outrepassé ses compétences¹⁶. Il ne s'est pas pour autant affranchi de la décision rendue, se pliant à la condamnation d'une question qu'il jugeait de l'unique ressort des normes juridiques suisses. Il faut reconnaître que les points de désaccord entre les juges de Mon Repos et leurs homologues de Strasbourg sont nombreux¹⁷.

Il convient enfin de garder un regard aiguisé également sur les décisions de la CourEDH qui, sans condamner la Suisse non partie au litige, indique que notre législation est contraire à la Convention¹⁸. Dans un tel cas, la solution développée à Strasbourg s'impose aux autorités suisses d'application du droit à tous les échelons, en raison du principe susmentionné de la primauté du droit international conventionnel. Ce suivi de l'évolution de la jurisprudence européenne est particulièrement important en droit de la famille et plusieurs exemples concrets illustreront notre propos dans le chapitre IV.

Il sied en conclusion de souligner que le système établi par la Convention a la réputation méritée d'être le plus efficace mécanisme de garantie des droits de l'homme connu jusqu'à nos jours.

¹⁴ Sur la mise en œuvre en droit suisse des ACEDH : PFIFFNER/BOLLINGER, N 18 ss.

¹⁵ RS 173.110 ; la Loi sur le Tribunal fédéral date du 17 juin 2005 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Par ex. : TF 5F_6/2008, 18.7.2008, suite à l'ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007 et TF 1F_1/2007, 30.7.2007 suite à l'ACEDH Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, Recueil 2006-X. HOTTELIER, Jusletter 2008, N 9 ss et réf. ; PFIFFNER/BOLLINGER, N 31 ss.

¹⁶ Ce dans une affaire concernant le remboursement par l'assurance obligatoire des soins d'une opération de changement de sexe : ATF 137 I 86, c. 7.3.3, exécuté ant l'ACEDH Schlumpf c. Suisse du 8 janvier 2009 qui admet notamment une violation du droit au respect de la vie privée *in* TF K 110/05, 5.12.2005. Cet ACEDH est aussi critiqué en doctrine, par ex. : HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 229 s ; PFIFFNER/BOLLINGER, N 14.

¹⁷ Selon la fiche « droits de l'homme » http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/5589075F-1EFF-41FE-9B63-2CC6326C9029/0/PCP_Switzerland_fr.pdf consulté le 9.4.2012 s'agissant de la Suisse : fin 2011, la CourEDH avait rendu 113 arrêts, dont 74 concluant au moins à une violation de la CEDH.

¹⁸ PFIFFNER/BOLLINGER, N 20 et réf. note 50 : dans ce sens, les ACEDH ont un effet *erga omnes*.

III. L'analyse du droit au respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH

A) *Le lien familial protégé*

La protection de la vie familiale nécessite de définir le lien familial, ce qui entraîne la CourEDH à élaborer un véritable droit européen de la famille¹⁹.

1) *Le lien de parenté juridique*

Plutôt que de reconnaître une supériorité juridique à la famille légitime sur la famille naturelle, la pratique de la CourEDH a consisté, très tôt dans sa jurisprudence, à privilégier le lien familial effectif entre les parents et leurs enfants. L'existence ou l'absence d'une « vie familiale » est d'abord une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits²⁰ ; la notion de famille est de surcroît une notion autonome qui s'interprète indépendamment des lois nationales²¹. L'absence de cohabitation ou de liens *de facto* suffisamment étroits n'implique néanmoins pas que toute vie familiale projetée sorte du cadre de l'art. 8 CEDH, la Cour considérant que cette disposition peut aussi s'étendre à la relation potentielle qui aurait pu se développer²² ; dès l'instant et du seul fait de sa naissance, il existe en effet entre l'enfant et ses parents, même si ces derniers ne cohabitent pas, un lien constitutif d'une « vie familiale »²³. Dans un sens similaire, la CourEDH a condamné sur le fondement de l'art. 8 CEDH le fait pour les autorités suisses d'avoir procédé, sans en avertir les parents, à l'inhumation de leur enfant mort-né²⁴.

Progressivement, la Cour a établi que le mode juridique d'établissement du lien de filiation doit demeurer sans effet sur le statut de l'enfant. L'enfant

¹⁹ DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 397 ; WITTINGER, p. 84 ss.

²⁰ ACEDH Todorova c. Italie du 13 janvier 2009, par. 51 ; ACEDH K. et T. c. Finlande du 12 juillet 2001, Recueil 2001-VII, par. 150. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 404 s ; GRABENWARTER/PABEL, p. 235 s, N 16 ss ; LEVINET, Définition, p. 73 ss ; MURAT, p. 170 ss ; MEYER-LADEWIG, p. 207 ss, N 48 ss sur la notion large de vie familiale ; RENCHON, p. 163 craint une « désymbolisation » ; SUDRE, Construction, p. 18 ss ; TIGROUDJA, p. 127.

²¹ ACEDH Van der Heijden c. Pays-Bas du 3 avril 2012, par. 51, N 40. HERINGA/ZWAAK, p. 690 s *ad* art. 8 ; SENAËVE, p. 12 ; WILDHABER/BREITENMOSE, p. 17 s, N 21 s.

²² ACEDH K.A.B. c. Espagne du 10 avril 2012, par. 89 ; ACEDH Todorova c. Italie du 13 janvier 2009, par. 53 ; Décision d'irrecevabilité Nylund c. Finlande du 29 juin 1999, Recueil 1999-VI ; ACEDH Berrehab c. Pays-Bas du 21 juin 1988, série A, n. 138, par. 21. Cf. *infra* chap. III, let. A, ch. 4.

²³ ACEDH Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994, série A, n. 299-A, par. 54 ; ACEDH Berrehab c. Pays-Bas du 21 juin 1988, série A, n. 138, par. 21.

²⁴ ACEDH Hadri-Vionnet c. la Suisse du 14 février 2008, par. 52 ss.

légitime, naturel²⁵, adultérin²⁶, adoptif²⁷, issu d'une méthode de procréation médicalement assistée²⁸, n'a pas à subir les choix de ses parents en matière de modèle familial. Le caractère polygamique du mariage ne constitue pas davantage un obstacle à la reconnaissance d'une vie familiale entre l'époux polygame et tous ses enfants²⁹.

L'affirmation de plus en plus forte du principe de non-discrimination selon le mode d'établissement du lien familial³⁰ réside dans « l'intérêt supérieur de l'enfant », la CourEDH se référant souvent à cette notion clé au cœur de la protection de l'enfance, essentielle dans le cadre de la CDE³¹. L'autorité strasbourgeoise se charge ainsi de la mission de faire respecter une partie des droits de l'enfant proclamés par la CDE, suivant la logique contemporaine selon laquelle « l'enfant fait famille »³². L'art. 3 CDE oblige en effet les Etats à vérifier que l'intérêt supérieur de l'enfant est examiné prioritairement dans toute décision le concernant. Le juge national doit garder ce paramètre en ligne directrice de sa décision.

2) *Le lien de parenté biologique*

La CourEDH n'exige pas que le lien de parenté soit consacré par le droit pour lui accorder protection. Elle a ainsi fait produire des effets aux liens

²⁵ ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 31.

²⁶ ACEDH Merger et Cros c. France du 22 décembre 2004 ; ACEDH Mazurek du 1^{er} février 2000, Recueil 2000-II ; ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A, n. 297-C.

²⁷ ACEDH Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg du 28 juin 2007, par. 121 ; ACEDH Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie du 22 juin 2004, Recueil 2004-IV, par. 140 ; ACEDH Pla et Puncernau c. Andorre du 13 juillet 2004, Recueil 2004-VIII.

²⁸ ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, par. 72 ; ACEDH de Grande Chambre Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, Recueil 2007-V, par. 66.

²⁹ Requête n. 14501/89, Alilouch El Abasse c. Pays-Bas du 6 janvier 1992, DR 72, p. 118. En Suisse, n'est toutefois autorisée la venue que d'une épouse au titre de regroupement familial, ce qui peut poser problème au regard de l'art. 8 CEDH, tant par rapport aux épouses non acceptées que par rapport aux droits des enfants.

³⁰ ACEDH Genovese c. Malte du 27 juillet 2011, par. 22 ss ; ACEDH Brauer c. Allemagne du 28 mai 2009, par. 25 ss ; ACEDH Pla et Puncernau c. Andorre du 13 juillet 2004, Recueil 2004-VIII, par. 27 ss ; ACEDH Merger et Cros c. France du 22 décembre 2004, par. 29 ss ; ACEDH Mazurek du 1^{er} février 2000, Recueil 2000-II, par. 44 ss ; ACEDH Camp et Bourimi c. Pays-Bas du 3 octobre 2000, Recueil 2000-X, par. 38 ss ; ACEDH Inze c. Autriche du 28 octobre 1987 série A, n. 126, par. 36 ss ; ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 32 ss. GRABENWARTER/PABEL, p. 262, N 56.

³¹ ACEDH Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, par. 72 ; ACEDH Pontes c. Portugal du 10 avril 2012, par. 75 et 98 ; ACEDH K.A.B. c. Espagne du 10 avril 2012, par. 100 et 115 ; ACEDH A.M.M. c. Roumanie du 14 février 2012, par. 58 et 64 ; ACEDH Maumousseau et Washington c. France du 6 décembre 2007, par. 66 ss ; ACEDH Söderbäck c. Suède du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VII, par. 30 et 34.

³² Dans ce sens : DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 392 et 403 s. Voir également : GALLUS, p. 63.

biologiques existant entre un enfant et son père en l'absence de reconnaissance et de vie commune³³.

La CourEDH n'admet en principe pas qu'une simple parenté biologique, dépourvue de tous éléments juridiques ou factuels indiquant l'existence d'une relation personnelle étroite, doive être considérée comme suffisante pour entraîner la protection de l'art. 8 CEDH³⁴. Elle ne se montre toutefois pas très exigeante en ce qui concerne l'effectivité de la vie familiale. Déjà dans l'arrêt Keegan, la CourEDH admet l'existence d'une vie familiale entre un père naturel et son enfant dont les relations se sont limitées à une visite à la maternité ; ce lien est surtout déduit de l'existence d'une vie familiale à un moment donné entre les parents³⁵. En 2010, la CourEDH reconnaît l'existence d'une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH entre le père biologique et ses jumeaux, nés après la séparation d'avec la mère et qu'il n'a jamais rencontrés : une vie familiale projetée suffit lorsque le fait qu'elle n'existe pas encore n'est pas imputable au requérant mais au refus de la mère et du père juridique³⁶. Et même à considérer que les relations du requérant avec ses enfants, issus d'une relation qui n'est pas fortuite, mais a duré deux ans, ne constituent pas une vie familiale, elles concerneraient une partie importante de son identité, et donc sa vie privée, le père biologique ayant exprimé dès avant leur naissance le désir d'avoir des contacts avec eux³⁷.

Enfin, récemment, la CourEDH a estimé que les décisions des juridictions internes refusant d'autoriser un père à avoir des contacts et des nouvelles de l'enfant, qu'il présume être son fils, constitue une ingérence dans ses droits au regard de l'art. 8 CEDH ; s'il n'est pas exclu que les relations que le requérant tente d'établir avec l'enfant relèvent de la « vie familiale », il est certain que le droit au respect de la vie privée est atteint³⁸. L'exigence de l'effectivité de la

³³ ACEDH Schneider c. Allemagne du 15 septembre 2011, par. 79 ss, reconnaissance sans effet vu la paternité juridique du mari de la mère ; ACEDH Lebbink c. Pays-Bas du 1^{er} juin 2004, Recueil 2004-IV, par. 35 ss ; ACEDH Görgülü c. Allemagne du 26 février 2004, par. 41 ss. Sur la place du père biologique : cf. *infra* chap. IV, let. D.

³⁴ ACEDH Schneider c. Allemagne du 15 septembre 2011, par. 80 ; ACEDH Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, par. 56 ; ACEDH Lebbink c. Pays-Bas du 1^{er} juin 2004, Recueil 2004-IV, par. 37 *in fine*. Voir également : Requête n. 22920/93, M.B. c. Royaume-Uni, DR 77-B, p. 108.

³⁵ ACEDH Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, série A, n. 290, par. 45. Voir par analogie pour un enfant né après le divorce de ses parents : ACEDH Berrehab c. Pays-Bas du 21 juin 1988, série A, n. 138, par. 21. GOUTTENNOIRE, p. 44 ; MURAT, p. 172.

³⁶ ACEDH Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, par. 57 et 60. Voir également : ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, N 58 ; ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, N 61 ; ACEDH Görgülü c. Allemagne du 26 février 2004, par. 41 ss : le père sollicitait l'exercice de l'autorité parentale et un droit de visite sur un enfant dont il avait ignoré la naissance et avec lequel il n'avait jamais eu de contact, la mère ayant décidé de le faire adopter.

³⁷ ACEDH Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, par. 58 et réf.

³⁸ ACEDH Schneider c. Allemagne du 15 septembre 2011, par. 90. Dans le même sens encore plus récemment : ACEDH K.A.B. c. Espagne du 10 avril 2012, par. 90 ; ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, N 60 ; ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, N 63. MURAT, p. 174 s,

relation est ici encore plus atténuée ; elle est déduite de la liaison entre la mère et le père potentiel biologique et de l'intérêt que ce dernier a montré pour l'enfant, qu'il avait reconnu avant même la naissance, la présomption de paternité du mari de la mère l'ayant emporté. La force du droit de connaître son ascendance est à notre sens aussi à l'origine de la reconnaissance de la paternité biologique³⁹. En droit suisse, l'action *sui generis* en recherche de ses origines, ici de sa descendance, créée par la jurisprudence dans un arrêt révolutionnaire, permettrait au préalable de faire établir la vérité biologique, à laquelle par hypothèse s'oppose le couple marié, sans remettre en cause le lien de paternité juridique⁴⁰. La pesée des intérêts en présence devrait pencher en faveur de la demande, sous réserve de l'intérêt supérieur de l'enfant à l'incertitude, ce dont nous doutons qu'il puisse être admis.

Selon une approche comparable, la CourEDH a qualifié de vie familiale la relation entre une mère ayant accouché sous X et son enfant dont elle voulait obtenir la restitution, sans sentir au demeurant le besoin de le motiver⁴¹.

En son temps, la Commission avait tranché qu'un donneur de sperme, dont l'identité et la paternité n'étaient pas contestées, ne pouvait invoquer l'existence d'une vie familiale avec l'enfant en l'absence de rapports personnels avec ce dernier⁴². Cette jurisprudence a, à notre sens, encore cours, dans la mesure où l'accord du donneur porte sur la création d'une vie familiale exclusivement entre l'enfant et le couple bénéficiaire, en l'absence corrélative de tout projet parental entre lui-même et l'enfant⁴³.

3) *En l'absence d'un lien de parenté*

La relation parent-enfant peut également exister en l'absence de lien de parenté juridique et/ou biologique. La CourEDH a ainsi admis l'existence d'une vie familiale entre un transsexuel, qui se comportait en tous points comme un père, et l'enfant de sa compagne, conçu par insémination artificielle avec donneur⁴⁴. Peu surprenant à notre sens, cet arrêt est jugé comme le plus

apercevait déjà en 2002 que le critère biologique pourrait à l'avenir avoir un rôle plus important à jouer.

³⁹ ACEDH Pascaud c. France du 16 juin 2011 ; ACEDH Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, Recueil 2006-X ; ACEDH Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, Recueil 2002-I. RIGAUD, p. 105 note que le droit de connaître ses origines a connu les bouleversements les plus radicaux.

⁴⁰ ATF 134 III 241. MEIER, Résumé juillet à octobre 2011, p. 472.

⁴¹ ACEDH Kearns c. France du 10 janvier 2008, par. 72. Voir également : ACEDH Todorova c. Italie du 13 janvier 2009, par. 51 ss dûment motivé ici. Sur la disparité apparente de la jurisprudence : MURAT, p. 173 s.

⁴² Requête n. 16944/90, J. M. R. c. Pays-Bas, DR 74, p. 120. SENAËVE, p. 13.

⁴³ Sur l'importance du consentement au projet parental, voir l'ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I.

⁴⁴ ACEDH X, Y et Z c. Royaume-Uni du 20 mars 1997, Recueil 1997-II.

révéléateur de l'extension de la notion de vie familiale concernant les relations parent-enfant⁴⁵.

Dans l'analyse des liens *de facto*, la détermination de leur caractère familial doit tenir compte en particulier du temps vécu ensemble, de la qualité des relations ainsi que du rôle assumé par l'adulte envers l'enfant⁴⁶. L'effectivité de la relation est ainsi déterminante, les juges de Strasbourg se montrant souvent moins exigeant à cet effet que les autorités nationales⁴⁷.

A ces conditions, le défaut de parenté ne prétérite pas la position des parents nourriciers, dont le droit à la vie familiale peut être opposé au droit à la vie familiale des parents biologiques et juridiques⁴⁸. La diversité du fondement de la relation parent-enfant peut ainsi aboutir à une concurrence entre deux vies familiales ; dans la recherche de l'équilibre à trouver entre ces différents intérêts difficilement conciliables, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale⁴⁹.

4) *Le désir de fonder une famille*

La CourEDH a plusieurs fois affirmé que le simple désir de fonder une famille n'est pas protégé par le biais de l'art. 8 CEDH, lequel présuppose l'existence d'une famille⁵⁰. Toute vie familiale projetée ne sort néanmoins pas du cadre de l'art. 8 CEDH, cette disposition pouvant aussi s'étendre à la relation potentielle

⁴⁵ GOUTTENOIRE, p. 43. Voir également : KARPENSTEIN/MAYER, p. 228, N 44 ; LEVINET, Couple, p. 143 ss, N 27 ss ; MURAT, p. 168, note que depuis cet arrêt, l'accent est mis sur l'apparence comme critère privilégié de la filiation paternelle.

⁴⁶ ACEDH Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, par. 48 ; Décision d'irrecevabilité Giusto et autres c. Italie du 15 mai 2007, Recueil 2007-VII : absence de vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH.

⁴⁷ GOUTTENOIRE, p. 42. *In* TF 5A_822/2010, 13.5.2011, c. 3.3, le Tribunal Fédéral se montre aussi trop restrictif à notre sens dans son interprétation d'une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH, *cf. infra* chap. IV, let. D, ch. 2.

⁴⁸ ACEDH Saleck Bardi c. Espagne du 24 mai 2011 ; ACEDH Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010 ; ACEDH Söderbäck c. Suède du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VII. TF 5A_762/2010, 7.3.2011 : refus de restituer le droit de garde à la mère, dont la capacité éducative est mise en doute par les experts, le lien étroit créé durant les 6 ans de placement auprès de la famille d'accueil l'emportant à l'aune du bien de l'enfant.

⁴⁹ ACEDH Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, par. 67. Dans l'ACEDH Söderbäck c. Suède du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VII, prime, sur le lien de filiation entre l'enfant et son père biologique, l'effectivité des liens unissant depuis l'âge de 8 mois cet enfant à son père adoptif, marié avec la mère. Adoption contre la volonté des parents naturels conforme à l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Aune c. Norvège du 28 octobre 2010, violation en revanche des droits du père juridique *in* ACEDH Görgülü c. Allemagne du 26 février 2004.

⁵⁰ ACEDH Fretté c. France du 26 février 2002, Recueil 2002-I, par. 32 ; ACEDH Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A, n. 94, par. 62 ; ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 31.

qui aurait pu se développer, notamment entre un père naturel et un enfant né hors mariage⁵¹.

Plus récemment, les juges de Strasbourg ont reconnu l'existence d'une vie familiale en l'absence d'effectivité de la relation lorsque le parent a clairement manifesté sa volonté d'établir des liens avec son enfant ; un jugement d'adoption a suffi à caractériser la vie familiale, malgré l'absence de relations entre l'enfant et ses parents adoptifs, dès lors que les adoptants avaient été empêchés d'établir des liens avec leur fille adoptive⁵². L'un des derniers arrêts de l'instance alsacienne en matière d'adoption laisse d'ailleurs ouverte la question d'un droit d'adopter contenu à l'art. 8 CEDH pris isolément⁵³. Une reconnaissance du droit de devenir parent génétique peut enfin être lue dans l'arrêt Dickson sur l'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée⁵⁴.

La jurisprudence sur le caractère effectif de la relation familiale a en conclusion évolué pour admettre que le désir de fonder une famille est déjà protégé au titre de la vie privée et familiale en dehors de tout lien familial effectif.

B) Les modes d'interprétation de la Convention

1) Un instrument vivant

C'est en particulier s'agissant de la notion de vie familiale, que la CourEDH dès 1979, soit déjà dans son arrêt Marckx, dont la valeur fondatrice est à souligner, n'en fige pas la définition, lui donnant la souplesse nécessaire pour qu'elle puisse s'adapter aux conditions de vie d'aujourd'hui⁵⁵. La CourEDH insiste pour que le texte de 1950 soit un instrument vivant⁵⁶. Par cette

⁵¹ Cf. *supra* réf. note 22 et chap. III, let. A, ch. 1. De même s'agissant de la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie : ACEDH Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A, n. 94, par. 62.

⁵² ACEDH Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie du 22 juin 2004, Recueil 2004-IV, par. 141.

⁵³ ACEDH de Grande Chambre E. B. c. France du 22 janvier 2008, par. 43 et 46. Voir également : ACEDH Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, par. 72 et décision sur la recevabilité Gas et Dubois (note 152) du 31 août 2010. PAPAUX VAN DELDEN, Implications, p. 333 s. Pour plus de détails, cf. *infra* chap. IV, let. B, ch. 1.

⁵⁴ ACEDH de Grande Chambre Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, Recueil 2007-V, par. 66 et réf., qui s'inscrit dans le prolongement de l'ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I. Dans ce sens également : GOUTTENOIRE, p. 41.

⁵⁵ ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 41. BERGER, p. 441 ss, réf. bibliographiques p. 445 s, arrêt qui a fait couler beaucoup d'encre.

⁵⁶ ACEDH de Grande Chambre Vo c. France du 8 juillet 2004, par. 82 ; ACEDH Pla et Puncernau c. Andorre du 13 juillet 2004, Recueil 2004-VIII, par. 62 ; ACEDH Inze c. Autriche du 28 octobre 1987 série A, n. 126, par. 41 ; ACEDH Tyrer du 25 avril 1978, série A, n. 26, par. 31. MATSCHER, p. 440 ; TIGROUDJA, p. 129.

approche dynamique, elle s'est ainsi livrée à une véritable « construction »⁵⁷ au fil des ans s'agissant de l'interprétation du texte de l'art. 8 CEDH, qui au fond n'est guère loquace. Pour certains, dont nous faisons partie⁵⁸, il s'agit d'être admiratif à l'égard de cette œuvre créatrice exceptionnelle, l'exigence d'une interprétation constructive permettant non seulement de protéger les droits garantis mais aussi de les promouvoir. « A la question 'Bazar ou Cathédrale?', il nous paraît évident que la réponse ne peut être que 'Cathédrale' »⁵⁹. Le rôle de l'interprétation évolutive de l'art. 8 CEDH est en particulier déterminant pour la protection des droits de l'enfant⁶⁰. Pour d'autres en revanche, le caractère démocratique de la jurisprudence dite « évolutive » laisse songeur, la CourEDH étant dénoncée comme s'arrogeant un pouvoir politique et quasi législatif⁶¹.

Les juges de Strasbourg ne procèdent en principe à des interprétations dynamiques que lorsqu'ils font préalablement le constat d'un certain consensus qui émerge dans la plupart des Etats signataires de la Convention⁶². A défaut, ils préfèrent laisser à chacun des Etats leur marge d'appréciation⁶³. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est certes de façon générale restreinte⁶⁴. Il y a néanmoins des exceptions à ce raisonnement et

⁵⁷ Selon la terminologie consacrée par SUDRE, *Construction*, p. 11 ss. La notion de vie familiale est emblématique de l'approche dynamique, cf. PFIFFNER/BOLLINGER, N 4 *in fine*, N 10. Voir également : LEVINET, *Définition*, p. 61 ss, *Couple*, p. 113 ; WILDHABER/BREITENMOSER, p. 16 ss, N 17 ss ; WITTINGER, p. 92 ss.

⁵⁸ Dans le même sens : BESSON, p. 44, conclut au bilan positif du rôle joué par la CEDH en droit privé ; HOTTELLIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 178, se réfère à la jurisprudence « remarquable » relative à l'art. 8 CEDH.

⁵⁹ DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 406.

⁶⁰ KILKELLY, p. 13 ss, 17 ; SPRECHER, p. 303 relevant que la notion large de famille est source de protection pour des enfants vivant dans des milieux non conformistes.

⁶¹ RENCHON, p. 160 ss. Pour une approche aussi critique : MEIER, *Résumé mars à juin 2010*, p. 293, dénonçant l'ACEDH S.H. et autres c. Autriche du 1^{er} avril 2010 comme une étape de plus dans la dérive dirigiste de la CourEDH ; PFIFFNER/BOLLINGER, N 2, 5 s, 12 et note 30 ; SCHÜRMANN, *Regierung*, p. 122 dénonçant des cas où la CourEDH s'est érigée en 4^e instance ; SUDRE, *Construction*, p. 53 s, se référant à une potentialité de « déconstruction ». Voir également : CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport 2010*, p. 2067 ss et les remarques y relatives de HOTTELLIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 179.

⁶² ACEDH L. et V. c. Autriche, *Recueil 2003-I*, par. 50 ; ACEDH Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, *Recueil 2002-VI*, par. 85 ; ACEDH Dudgeon c. Royaume-Uni du 22 octobre 1981, série A, n. 45, par. 60 ; ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 31.

⁶³ ACEDH Stübing c. Allemagne du 12 avril 2012, par. 60 ; ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, N 68 ss et 89 ; ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, N 70 ss et 78 ; ACEDH de Grande Chambre S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, par. 97 et 115 ; ACEDH Chavdarov c. Bulgarie du 21 décembre 2010, par. 56 ; ACEDH Schwizgebel du 10 juin 2010, par. 92 ; ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, *Recueil 2007-I*, par. 77 ss ; ACEDH de Grande Chambre Vo c. France du 8 juillet 2004, par. 82 ; ACEDH Nuutinen c. Finlande du 27 juin 2000, *Recueil 2000-VIII*, par. 127 ; ACEDH Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni du 30 juillet 1998, *Recueil 1998-V*, par. 58 ; ACEDH Rees c. Royaume-Uni du 17 octobre 1986, série A, n. 106, par. 37 ; ACEDH Rasmussen c. Danemark du 28 novembre 1984, série A, n. 87, par. 41 s.

⁶⁴ ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, N 68 ; ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, N 70 ; ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, *Recueil 2007-I*,

nous regrettons en particulier que la CourEDH ait récemment refusé d'inclure dans la garantie offerte par l'art. 8 CEDH le droit à l'avortement en cas de risque pour la santé ou le bien-être de la mère et ce, bien qu'elle ait constaté l'existence d'un consensus européen très net⁶⁵. Les juges de Strasbourg demeurent en conclusion mal à l'aise lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, l'ampleur de la marge d'appréciation laissée alors aux Etats étant souvent source de critiques⁶⁶.

2) *Des obligations positives*

Est décisive dans l'approche dynamique de la CourEDH, la déduction d'obligations positives inhérentes au respect de l'art. 8. CEDH⁶⁷. Selon une jurisprudence constante, si cette disposition tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, elle ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale, lesquelles impliquent le cas échéant l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée et familiale jusque dans les relations des individus entre eux. La frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre de l'art. 8 CEDH ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont de surcroît comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents et l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation⁶⁸.

par. 77 ; ACEDH *Pretty* du 29 avril 2002, Recueil 2002-III, par. 71 ; ACEDH *Goodwin* c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, Recueil 2002-VI, par. 90.

⁶⁵ ACEDH de Grande Chambre *A, B et C* c. Irlande du 16 décembre 2010, par. 235. Egalement critique : MEIER, Résumé novembre 2010 à février 2011, p. 118. Autre exemple : ACEDH *Johnston* c. Irlande du 18 décembre 1986, série A, n. 112.

⁶⁶ ACEDH de Grande Chambre *Evans* c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, sur le choix de donner la vie lorsque la communauté de vie a disparu, soit sur l'étendue des exigences du consentement et de son retrait en matière de PMA, la Cour faisant primer les intérêts de l'homme refusant l'implantation d'embryons à ceux de la femme. Critiques : AZOUX BACRIE, p. 104, qui aurait souhaité une approche allant dans le sens de la vie, alors que la Cour, levier en bien des matières, s'est muée ici en serre-frein ; voir également réf. p. 102 note 18 ; RENCHON, p. 165 s. La marge d'appréciation accordée à l'Etat face à l'accouchement sous X *in* ACEDH de Grande Chambre *Odièvre* c. France du 13 février 2003, Recueil 2003-III, laisse aussi songeur, cf. RIGAUX, p. 108 notant que le crédit de cet ACEDH est mince vu le nombre élevé d'opinions dissidentes.

⁶⁷ HERINGA/ZWAAK, p. 739 ss *ad* art. 8 ; SUDRE, *Construction*, p. 37 ss. Voir plus largement sur les obligations positives des Etats au titre de la CEDH : BESSON, p. 19 ss ; SUDRE, *Obligations*, p. 1359 ss. Selon PFIFFNER/BOLLINGER, N 26 *in fine* : « *Positive Leistungszusprachen werten wir als ultra vires Entscheidungen* » ; SENAËVE, p. 16, remarque que le seul but des auteurs de la Convention était la protection contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics.

⁶⁸ ACEDH *K.A.B.* c. Espagne du 10 avril 2012, par. 95 ; ACEDH *A.M.M.* c. Roumanie du 14 février 2012, par. 53 ; ACEDH *Assunção Chaves* c. Portugal du 31 janvier 2012, par. 100 ; ACEDH de Grande Chambre *S.H.* et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, par. 87 ; ACEDH de Grande Chambre *Evans* c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, par. 75 ; ACEDH *Mizzi* c. Malte du 12 janvier 2006, Recueil 2006-I, par. 105 ss ; ACEDH de Grande Chambre *Odièvre* c. France du 13 février 2003, Recueil 2003-III, par. 40.

Lorsque l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance, l'intégration de l'enfant dans sa famille ; divers moyens s'offrent pour ce faire aux Etats, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint l'art. 8 par. 1 CEDH sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du par. 2⁶⁹. A cet égard, le principe énoncé à l'art. 7 CDE rappelle qu'un enfant a, dans la mesure du possible, le droit d'être élevé par ses parents⁷⁰.

Les obligations positives des Etats visent en conclusion tant la consécration juridique du lien de parenté que l'obligation de protéger concrètement la relation parent-enfant. Il convient certes de ne pas se méprendre sur cette intégration qui s'impose là où une densité suffisante a donné sens au lien⁷¹.

IV. Des aspects choisis du droit civil suisse sous la loupe de la CEDH

La relation parent(s)-enfant bénéficie de la protection vigilante de la Cour strasbourgeoise, fondée sur le droit au respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH, appliqué seul ou en lien avec l'art. 14 CEDH consacrant l'interdiction de la discrimination, en particulier fondée sur la naissance.

A) *L'établissement et la contestation de la filiation hors adoption*

L'obligation juridique de rendre possible, dès la naissance, l'intégration de l'enfant dans sa famille implique en particulier la possibilité d'établir sa filiation⁷². Or, la doctrine soutient que l'action judiciaire en recherche de paternité exige l'établissement préalable de la filiation maternelle ; l'action en faveur d'un enfant trouvé ne peut en conséquence être engagée tant que la mère n'a pas été identifiée⁷³. Cette restriction à la possibilité d'établir la filiation paternelle ne nous paraît pas résister à la jurisprudence de Strasbourg. L'intérêt de l'enfant se concilie également mal avec cet obstacle à l'action⁷⁴.

⁶⁹ ACEDH A.M.M. c. Roumanie du 14 février 2012, par. 55 ss ; ACEDH Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, série A, n. 290, par. 44 ; ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A, n. 297-C, par. 30 ; ACEDH Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, série A, n. 31, par. 31.

⁷⁰ La CourEDH s'y réfère expressément *in* ACEDH Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, série A, n. 290, par. 50.

⁷¹ MURAT, p. 176, *cf.* également p. 185 s.

⁷² Egalement par rapport à un enfant mort-né : ACEDH Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, et ce fondé sur le droit au respect de la vie privée, *cf.* par. 27. MEYER-LADEWIG, p. 209, N 54.

⁷³ MEIER/STETTLER, p. 70, N 133. SANDOZ, p. 1489, constate qu'en droit suisse, sans mère pas de père.

⁷⁴ Egalement d'un avis plus nuancé selon l'intérêt de l'enfant : BIDERBOST, p. 63 s.

Au cœur des questions liées à l'établissement et à la contestation de la filiation paternelle, se trouve le conflit potentiel entre réalités juridique et biologique. Le cas échéant, la CourEDH fait prévaloir la réalité biologique et sociale sur une présomption légale de paternité légitime heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne⁷⁵. En d'autres termes : « la réalité sociale jointe à la véracité biologique doit être tenue pour supérieure au titre légal nu »⁷⁶. Les droits des requérants ayant cherché à faire invalider, sur le fondement de preuves biologiques, leur lien de paternité existant légalement avec un enfant sont également dûment protégés. Selon la CourEDH, une situation dans laquelle une présomption légale peut prévaloir sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec l'obligation de garantir le « respect » effectif de la vie privée et familiale ; il appartient à l'Etat de ménager un juste équilibre entre l'intérêt général à la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques⁷⁷. La nécessité de protéger les tiers peut néanmoins exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à des analyses médicales, notamment à des tests ADN, en particulier quand il s'agit d'un enfant bénéficiant d'une filiation légitime de longue date⁷⁸. L'intérêt supérieur de l'enfant et le principe de la sécurité juridique prévalent alors sur les intérêts du père juridique qui doute⁷⁹. Il est néanmoins à craindre que des tests privés sans consentement soient tentés d'être obtenus aux fins de faire triompher la preuve biologique.

Il ressort de la jurisprudence européenne une volonté claire de faire coïncider père juridique et géniteur, au risque de se méprendre sur le lien de filiation, lequel est avant tout un concept juridique, qui ne s'est jamais réduit au seul lien biologique⁸⁰. L'intérêt supérieur de l'enfant doit à notre sens pouvoir tendre au maintien du lien juridique de filiation, même si celui-ci ne

⁷⁵ ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A, n. 297-C, par. 40. Sur cet arrêt : BERGER, p. 450 ss, réf. bibliographiques p. 452 ; HERINGA/ZWAAK, p. 691 s *ad art.* 8. Voir également : ACEDH T.Ç. et H.Ç. c. Turquie du 26 juillet 2011, par. 72 ; ACEDH Tavli c. Turquie du 9 novembre 2006, par. 35 ; ACEDH Mizzi c. Malte du 12 janvier 2006, Recueil 2006-I, par. 113 ; ACEDH Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, par. 31 ; ACEDH Shofman c. Russie du 24 novembre 2005, par. 44.

⁷⁶ MURAT, p. 181.

⁷⁷ Juste équilibre non ménagé *in* ACEDH Mizzi c. Malte du 12 janvier 2006, Recueil 2006-I, par. 113 s, ACEDH Tavli c. Turquie du 9 novembre 2006, par. 36 et ACEDH Shofman c. Russie du 24 novembre 2005, par. 45.

⁷⁸ ACEDH Iyilik c. Turquie du 6 décembre 2011, par. 33 ; décision d'irrecevabilité I.L.V. c. Roumanie du 24 août 2010, par. 42 ss ; ACEDH Mikulic c. Croatie du 7 février 2002, Recueil 2002-I, par. 64 *in fine*.

⁷⁹ Voir également la Décision d'irrecevabilité Nylund c. Finlande du 29 juin 1999, Recueil 1999-VI, dans laquelle il se justifie de donner plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à ceux d'un demandeur cherchant à faire établir un fait biologique. Voir TF 5A_240/2011, 6.7.2011, pour le refus de restituer pour justes motifs le délai subjectif d'un an (art. 256c ch. 1 et 3 CC) alors que le test ADN prouve que l'enfant n'est pas du père légal.

⁸⁰ Cette volonté de la CourEDH est partant excessive selon GUILLOD, CR-CC, N 2 *in fine ad art.* 256c.

valide pas la réalité biologique. Deux arrêts récents de la CourEDH vont toutefois dans cette direction et indiquent une volonté moins intransigeante de cette instance⁸¹.

Les principes énoncés amènent à s'interroger sur des questions précises relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation hors adoption, étant précisé que la problématique du père biologique est traitée sous la lettre D du présent chapitre.

1) *La cessation de la présomption de paternité*

Heurtant le principe de la non-rétroactivité des effets de l'annulation du mariage, l'art. 109 al. 3 CC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008, prévoit que la présomption de paternité du mari cesse lorsque le mariage est annulé du fait qu'il était fictif⁸². L'action en annulation du mariage fondée sur l'art. 105 ch. 4 CC n'est soumise à aucun délai et peut être introduite même une fois le mariage déjà dissous par une autre cause⁸³ ; elle crée en pratique une extension extraordinaire et sans limite des conditions de l'action en désaveu de paternité, étant donné qu'elle accorde la qualité pour agir à tout intéressé, contrairement à l'art. 256 al. 1 CC, et permet d'obtenir la dissolution du lien de filiation sans limite dans le temps, en porte-à-faux avec l'art. 256c CC⁸⁴. L'application de l'art. 109 al. 3 CC est de surcroît un effet automatique du jugement en annulation du mariage de complaisance et ne laisse aucune chance à l'enfant de défendre sa filiation. Cette suppression d'office du lien de paternité, sans le moindre égard à la réalité biologique du lien, est partant insoutenable à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant, victime direct du comportement de ses parents, alors que la CourEDH a établi que le mode juridique d'établissement du lien de filiation doit être sans effet sur le statut de l'enfant. Cette disposition est à notre sens manifestement contraire aux art. 8 et 14 CEDH et à la CDE⁸⁵.

L'importance de la protection de l'enfant en ce domaine prend tout son sens en matière de regroupement familial. Lorsque le litige porte sur l'octroi ou la prolongation de l'autorisation de séjour d'un parent étranger détenant

⁸¹ ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012 et ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, dans lesquels le refus des juridictions allemandes d'autoriser deux pères biologiques présumés à contester la paternité d'un autre homme est jugé légitime à l'unanimité. Voir également : ACEDH Iyilik c. Turquie du 6 décembre 2011, dans lequel le refus de l'enfant de se soumettre à un test ADN est respecté en présence d'une filiation de longue date et avec les conséquences patrimoniales que l'action en désaveu pourrait entraîner.

⁸² FANKHAUSER/WÜSCHER,, p. 766 ; MEIER/STETTLER, p. 33, N 57.

⁸³ MEIER/STETTLER, p. 46, note 149 *in fine*.

⁸⁴ A MARCA, N 30 *ad art.* 109.

⁸⁵ Pour une critique approfondie : FANKHAUSER/WÜSCHER, p. 763 ss ; FISCHER, p. 12 ; PAPAUX VAN DELDEN, Jusletter 2007. Voir également : MEIER/STETTLER, p. 33, note 92, qualifiant cette disposition de « malheureuse ».

l'autorité parentale sur son enfant de nationalité suisse, des indices d'abus liés à un mariage fictif ou à une reconnaissance de complaisance ne l'emportent en règle générale pas sur l'intérêt privé de l'enfant à pouvoir demeurer dans son pays ; il faut dans ce cas qu'existent d'autres motifs, tenant en particulier à l'ordre et à la sécurité publics, pour que les graves conséquences qu'un départ de Suisse entraînerait pour l'enfant apparaissent justifiées et que partant l'intérêt public à combattre l'abus de droit prévale⁸⁶. Cette interprétation est soutenue par la jurisprudence de Strasbourg⁸⁷. Si les autorités n'agissent pas en annulation du mariage fictif, avec pour effet la suppression de la présomption de paternité du mari de la mère, l'intérêt de l'enfant à demeurer en Suisse reste en principe prépondérant⁸⁸. A notre sens, l'art. 109 al. 3 CC doit toutefois rester lettre morte.

2) *Les délais pour établir et contester la filiation*

L'obligation de prévoir dans la loi nationale une restitution du délai pour agir en établissement ou en contestation de la filiation découle des obligations au titre de l'art. 8 CEDH⁸⁹. Cette restitution est liée en droit suisse à la réalisation de justes motifs rendant le retard excusable (art. 256c al. 3, 260c al. 3 CC et 263 al. 3 CC).

Selon le Tribunal fédéral, il convient d'interpréter restrictivement la notion de justes motifs⁹⁰. Dans le cadre d'une action en contestation de la filiation, constituent pourtant de tels motifs le fait pour le demandeur de n'avoir pas eu de raison suffisante de douter de sa paternité⁹¹. Ce faisant, les juges de Mon Repos rejettent l'opinion doctrinale minoritaire selon laquelle seuls des empêchements d'ordre objectif, telle la maladie, ou subjectifs, comme l'espoir de pouvoir continuer à vivre avec la mère, permettraient la restitution des délais, mais non la simple ignorance de faits qui font douter de la paternité⁹². L'interprétation retenue par le Tribunal fédéral rejoint certes celle de la

⁸⁶ Regroupement familial dit « à l'envers » ou inversé : TF 2C_349/2011, 23.11.2011, c. 3.1 ; TF 2C_173/2011, 24.6.2011 ; ATF 137 I 247 ; TF 2C_54/2011, 16.6.2011, confirmant les ATF 136 I 285 et 135 I 143.

⁸⁷ Récemment : ACEDH Nunez c. Norvège du 28 juin 2011, le renvoi d'une mère étrangère de deux jeunes enfants étant jugé contraire à l'art. 8 CEDH. Voir également : Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas du 31 janvier 2006, Recueil 2006-I, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant l'emportant.

⁸⁸ TF 2C_841/2009, 19.5.2011, dans lequel le mariage fictif, et partant l'abus de droit, étaient établis. MEIER, Résumé mars à juin 2011, p. 311.

⁸⁹ ACEDH Tavli c. Turquie du 9 novembre 2006 ; ACEDH Shofman c. Russie du 24 novembre 2005. Sur ces ACEDH : AEBI-MÜLLER, p. 103 ss.

⁹⁰ Sur la notion de justes motifs au sens des art. 256c al. 3, 260c al. 3 CC et 263 al. 3 : TF 5A_240/2011, 6.7.2011 ; TF 5A_47/2011, 19.4.2011 ; ATF 136 III 593 ; TF 5A_298/2009, 31.8.2009 ; ATF 132 III 1.

⁹¹ ATF 132 III 1 ; TF 5C.113/2005, 29.9.2005 ; TF 5C.130/2003, 14.10.2003, c. 1.2, confirmant la jurisprudence rendue sous l'ancien droit de la filiation, cf. ATF 91 II 153.

⁹² HEGNAUER, BK-K, N 57 ad art. 256c ; SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 6 ad art. 256c.

CourEDH, qui admet la simple ignorance comme un juste motif⁹³. Elle tend selon nous néanmoins à vider en pratique de son sens les délais de péremption des art. 256c al. 3 CC et 260c al. 3 CC, sous réserve d'une pesée des intérêts en présence dans l'appréciation des justes motifs afin de respecter l'intérêt supérieur de l'enfant⁹⁴. A l'instar de notre remarque sur les conséquences pratiques de la jurisprudence strasbourgeoise, l'interprétation stricte des justes motifs retenue par le Tribunal fédéral pourrait pousser les intéressés au test ADN privé dès le moindre doute, voire au besoin sans les consentements nécessaires, alors que cette interprétation va de surcroît à l'encontre des tendances en Europe⁹⁵.

S'agissant de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans les actions d'état de la filiation, le Tribunal fédéral apparaît de manière générale peu à l'aise⁹⁶. Nous nous réjouissons que l'intérêt de l'enfant à l'aboutissement de l'action puisse exceptionnellement conduire à admettre un juste motif dans des circonstances pourtant insuffisantes⁹⁷. Le Tribunal fédéral accepte également, de manière plus discutable à notre sens, qu'un juste motif soit admis plus largement si l'intérêt du demandeur l'emporte de manière incontestable sur celui de l'enfant⁹⁸. Nous ne sommes pas davantage convaincues par la jurisprudence refusant que l'intérêt de l'enfant constitue une condition supplémentaire qui serait mise à l'admission d'une restitution du délai pour ouvrir l'action du père en contestation de la reconnaissance de paternité ; selon le Tribunal fédéral, et contrairement à la motivation de la Cour de Justice genevoise, l'intérêt de l'enfant à la restitution intervient seulement comme un élément d'appréciation lorsque les circonstances ne suffisent pas à fonder un juste motif⁹⁹. Le Tribunal fédéral accepte ce faisant que l'intérêt de l'enfant au maintien du lien de filiation n'est pas supérieur à celui du père à voir aboutir son action en contestation de la reconnaissance. Or, conformément à l'art. 3 CDE, les autorités suisses doivent vérifier que l'intérêt supérieur de l'enfant est examiné prioritairement dans toute décision le concernant.

Selon MEIER toutefois, l'existence d'éventuels justes motifs de restitution du délai est une question indépendante des intérêts en présence, l'intérêt prépondérant de l'enfant ne pouvant être pris en compte que si l'enfant agit

⁹³ ACEDH Shofman c. Russie du 24 novembre 2005.

⁹⁴ Dans ce sens également : GUILLOD, CR-CC, N 9 *ad* art. 256c ; voir également : N 6 *ad* art. 260c.

⁹⁵ BÜCHLER *in* FamPra 2004, p. 147 ss. *Cf. supra* chap. IV, let. A *in fine*.

⁹⁶ Dénoncé par MEIER, Résumé juillet à octobre 2011, p. 475, suite à TF 5A_240/2011, 6.7.2011.

⁹⁷ TF 5A_240/2011, 6.7.2011, c. 7.1 ; ATF 136 III 593, c. 6.2.

⁹⁸ Pas le cas *in* TF 5A_240/2011, 6.7.2011, c. 7.2, étant donné le risque que l'enfant reste longtemps sans père, les intérêts financiers et successoraux du mari, ainsi que sa volonté de faire coïncider situation juridique, vérité biologique et absence de lien psychoaffectif, ne l'emportant pas clairement sur l'intérêt de l'enfant.

⁹⁹ ATF 136 III 593, c. 6.2.

tardivement, non lorsque l'action est intenté par le père juridique¹⁰⁰. Cette interprétation ne nous semble pas en harmonie avec les droits fondamentaux de l'enfant. La notion de justes motifs doit en tout état être largement admise dans l'hypothèse d'une action intentée par l'enfant, qui doit être possible sans sévère restriction temporelle, l'enfant manifestant clairement la volonté de connaître ses origines¹⁰¹.

S'agissant du respect des délais, un arrêt cantonal neuchâtelois mérite d'être cité. Il s'agit de la révision d'un jugement de paternité, prononcé par défaut du défendeur, suite à la production d'une expertise ADN réalisée hors procédure ultérieurement et qui révèle la non-paternité biologique du défendeur ; l'action en « contestation de paternité » introduite par l'enfant a été traitée comme une demande de révision du premier jugement¹⁰². Il en découle que l'intérêt personnel de l'enfant visant à faire coïncider sa filiation paternelle biologique avec sa filiation juridique prime l'intérêt de la collectivité à la sécurité des rapports juridiques et au respect des décisions de justice. Ainsi, la péremption du droit à la révision d'un jugement, telle que prévue par l'art. 430 de l'ancien Code de procédure civile neuchâtelois lorsque le délai de trois mois dès la découverte du fait nouveau n'est pas respecté, doit céder le pas devant la CEDH ; la limite plus large des dix ans instaurée à l'art. 329 al. 2 du Code de procédure civile (ci-après : CPC)¹⁰³ ne s'applique au demeurant pas davantage au regard de la jurisprudence de la CourEDH¹⁰⁴.

L'institution d'un délai pour l'ouverture d'une procédure en recherche de paternité est également justifiée par le but de garantir la sécurité juridique et la stabilité des relations familiales. Les restrictions au droit d'engager une procédure pour faire établir juridiquement un lien de filiation doivent toutefois rester proportionnées au but consistant à assurer la sécurité juridique¹⁰⁵. La tendance est à une plus grande protection du droit de l'enfant à voir sa filiation paternelle établie. Des contingences juridiques, en particulier l'institution d'un délai pour l'ouverture d'une procédure en recherche de paternité, ne devraient ainsi pas l'emporter sur des faits biologiques, en particulier lorsque les tests génétiques ont confirmé la paternité. La CourEDH

¹⁰⁰ MEIER, Résumé juillet à octobre 2011, p. 475.

¹⁰¹ GUILLOD/BURGAT, p. 36 : cf. ACEDH Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, Recueil 2006-X et Paulik c. Slovaquie du 10 octobre 2006, Recueil 2006-XI. Voir une décision du Tribunal neuchâtelois du 13 mars 2011 in RMA 2011, p. 424, jugeant irrecevable une action en paternité tardive d'une dizaine d'années, admettant, de manière discutable à notre sens, que l'art. 8 CEDH n'y fait pas obstacle, les origines du demandeur étant établies par une expertise.

¹⁰² Jugement de la IIe Cour de cassation civile du 4 mai 2009 en la cause J. c/ M., in RJN 2009 p. 89-91.

¹⁰³ RS 272. Le CPC date du 19 décembre 2008 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

¹⁰⁴ ACEDH Paulik c. Slovaquie du 10 octobre 2006, Recueil 2006-XI, admettant la révision d'un jugement de paternité 35 ans plus tard. Sur cet ACEDH : GUILLOD/BURGAT, p. 19 ss.

¹⁰⁵ ACEDH Grönmark c. Finlande du 6 juillet 2010 et Backlund c. Finlande du 6 juillet 2010, admettant une violation de l'art. 8 CEDH, de même in ACEDH Turnali c. Turquie du 7 avril 2009.

observe qu'il est fondamental d'obtenir les résultats d'un test ADN afin de résoudre le conflit dans l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰⁶. La jurisprudence strasbourgeoise implique à notre sens que l'interprétation des justes motifs permettant d'intenter une action en recherche de paternité après l'expiration du délai au sens de l'art. 263 al. 3 CC doit rester très large.

Enfin, la jurisprudence relative à la célérité extrême qui doit être respectée pour agir après restitution des délais, soit au grand maximum dans le mois¹⁰⁷, n'est selon nous pas davantage conforme à la CEDH¹⁰⁸.

3) *La qualité pour agir en constatation et en contestation de la paternité*

En droit suisse, la reconnaissance est un droit strictement personnel absolu, qui ne peut être exercé par représentation¹⁰⁹. Or, dans l'arrêt Krušković du 21 juin 2011, la CourEDH a jugé que l'impossibilité pour un homme privé de sa capacité juridique de reconnaître sa paternité, la seule autre option étant de défendre à une action en constatation de paternité, violait l'art. 8 CEDH. Il découle de cette jurisprudence à notre sens que le père incapable de discernement, représenté par son mandataire tutélaire, doit se voir reconnaître la qualité pour agir en constatation de paternité, en sus de la mère et de l'enfant¹¹⁰. Il convient de corriger dans ce sens l'art. 261 al. 1 CC.

Le droit suisse limite la qualité pour agir à l'action en désaveu¹¹¹. Considérée par le législateur comme un tiers, la mère n'a pas qualité pour agir (art. 256 CC). Or, une différence de traitement entre les droits civils accordés au mari et à la femme pour contester la paternité s'accorde à notre sens mal aux exigences de l'art. 8 lu à la lumière de l'art. 14 CEDH, seules des raisons très fortes pouvant amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe¹¹². S'agissant de la famille fondée sur le mariage, l'art. 5 du Protocole n. 7, qui prévoit l'égalité

¹⁰⁶ ACEDH Kalacheva c. Russie du 7 mai 2009, violation de l'art. 8 CEDH pour ne pas avoir ordonné un second test ADN, la fiabilité des résultats du premier étant douteuse. Voir également : ACEDH Pascaud c. France du 16 juin 2011, violation de l'art. 8 CEDH compte tenu du refus d'admettre la production d'une expertise constatant la paternité, au motif de sa nullité à défaut de consentement valable dû à une altération des facultés mentales.

¹⁰⁷ ATF 132 III 1, c. 3.2 ; TF 5C.113/2005, 29.9.2005 ; ATF 85 II 305, JdT 1960 I 573. GUILLOD/BURGAT, p. 35.

¹⁰⁸ Dans l'ACEDH Shofman c. Russie du 24 novembre 2005, par. 40, la CourEDH laisse entendre qu'introduire une action dans les trois mois à partir de la connaissance de la non-paternité est agir sans retard.

¹⁰⁹ GUILLOD, CR-CC, N 8 *ad* art. 260 ; MEIER/STETTLER, p. 56 s, N 101.

¹¹⁰ Dans ce sens : SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 9 *ad* art. 261.

¹¹¹ Sur l'absence de qualité pour agir en désaveu du père biologique, *cf. infra* chap. IV, let. D, ch. 2.

¹¹² Ce depuis longtemps déjà : ACEDH Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A, n. 94, par. 78. Voir néanmoins l'ACEDH Rasmussen c. Danemark du 28 novembre 1984, série A, n. 87, dans lequel l'absence de consensus l'emporta encore sur l'inégalité entre maris et femmes.

fondamentale des droits de caractère civil entre les époux, vient de surcroît soutenir cette quête d'égalité. Le législateur est d'ailleurs sur ce point critiqué en doctrine¹¹³. Nous concluons que la qualité pour agir de la mère en désaveu s'impose au nom du respect de ses droits fondamentaux.

Le droit suisse restreint considérablement l'action en désaveu de l'enfant, légitimé à agir seulement si la vie commune de ses parents a pris fin pendant sa minorité (art. 256 al. 1 ch. 2 CC). Cette condition signifie que si la communauté domestique a pris fin après le dix-huitième anniversaire de l'enfant, celui-ci est privé du droit d'agir, et ce même si le délai fixé à l'art. 256c al. 2 CC n'est pas périmé¹¹⁴. Cette limitation à l'action de l'enfant majeur ne nous apparaît pas compatible avec le droit de connaître son ascendance au sens des art. 7, 8 CDE et 8 CEDH, droit qui connaît dans la jurisprudence de Strasbourg un essor considérable¹¹⁵. L'enfant majeur doit pouvoir à notre sens agir de manière inconditionnelle, à tout le moins dès sa majorité, voire dès qu'il devient capable de discernement. Il convient certes de rappeler que le Tribunal fédéral, par le biais d'un arrêt fondamental, a créé une action *sui generis* tendant à la connaissance de ses origines, sans conférer néanmoins le droit de faire transformer la filiation biologique en une filiation juridique¹¹⁶. Une pesée d'intérêts est de surcroît requise dans les cas où l'enfant, même majeur, se fonde sur la CDE et l'art. 28 CC, en l'absence de disposition spéciale¹¹⁷; même s'il faut admettre largement que l'intérêt de l'enfant l'emporte sur d'éventuels intérêts privés contraires, nous ne pensons pas que cette possibilité puisse suffire à garantir le droit au respect de l'identité. La connaissance de ses origines biologiques a en effet une importance essentielle, les relations familiales «cachées» ne contribuant pas au bien-être de l'enfant¹¹⁸. L'accès à cette connaissance et la coïncidence des réalités biologique et juridique, à analyser à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque celui-ci est mineur, sont toutefois deux problématiques distinctes¹¹⁹. Nous doutons que l'action *sui generis* justifie la restriction à l'action de l'enfant.

L'enfant incapable de discernement ne dispose pas d'un droit inconditionnel à entamer une procédure de désaveu par le biais d'un curateur ;

¹¹³ BÜCHLER, p. 437 ss ; MEIER/STETTLER, p. 46, N 82 et note 149 ; SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 6 *ad art.* 256.

¹¹⁴ MEIER/STETTLER, p. 43, N 76 *in fine*.

¹¹⁵ BÜCHLER, p. 437 ss ; MEIER/STETTLER, p. 43, N 77 ; SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 5 et réf. *ad art.* 256. Voir réf. *supra* note 39.

¹¹⁶ ATF 134 III 241, *cf. supra* chap. III, let. B, ch. 2 et réf. note 40. Voir également : ATF 137 I 154, c. 3.4.1, JdT 2012 II 229, dans lequel l'action en annulation de l'adoption intentée par l'enfant en vue de faire établir la filiation juridique de son père biologique est refusée, seule une nouvelle adoption pouvant y parvenir. Pour MEIER/STETTLER, p. 43 N 77 *in fine*, cette action *sui generis*, *cf.* N 379 ss, suffit.

¹¹⁷ MEIER/STETTLER, p. 217 N 382. Très inquiète sur tout schématisme faisant fi de cette pesée des intérêts : AEBI-MÜLLER, p. 116 ss.

¹¹⁸ *Obergericht des Kantons Luzern*, 10.11.2008 *in FamPra* 2009, p. 784 ss.

¹¹⁹ *Cf. supra* chap. IV, let. A ch. 2.

l'autorité tutélaire doit peser les intérêts de l'enfant, et exclusivement ceux-ci¹²⁰, en comparant sa situation avec et sans le désaveu. Il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'introduire l'action lorsqu'il est incertain qu'il puisse avoir un autre père légal, lorsque la contribution d'entretien sera notablement moindre ou lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre que l'enfant sera en mesure d'entretenir une relation positive sur le plan socio-psychique¹²¹. Le Tribunal fédéral accorde une importance croissante au droit de l'enfant majeur à la connaissance de ses origines, mais maintient la pesée des intérêts comme critère décisif s'agissant des enfants mineurs¹²². Cette approche nuancée nous apparaît conforme à l'intérêt de l'enfant, ce d'autant que l'action susmentionnée *sui generis* en recherche de ses origines reste disponible.

Enfin, que la qualité pour agir en vue de contester le lien de filiation diverge pour l'enfant de parents mariés et non mariés n'est à notre sens pas compatible avec la CEDH. De tout intéressé à l'action en contestation de la reconnaissance (art. 260a al. 1 CC), le cercle est fortement restreint quand il s'agit de contester la présomption de paternité du mari de la mère (art. 256 CC). Le mariage subséquent des parents voit le cercle des potentiels demandeurs également se resserrer pour l'enfant dont la filiation paternelle est établie (art. 259 al. 2 CC). Cette importance déterminante du modèle familial des parents sur la stabilité de l'état de l'enfant ne saurait à notre sens trouver une justification raisonnable et objective au sens de l'art. 14 CEDH en lien avec l'art. 8 CEDH. Le législateur suisse s'attache à réaliser l'égalité des effets des liens de filiation indépendamment de leur mode d'établissement, ce qui est louable et conforme à la jurisprudence strasbourgeoise, mais cette réflexion doit se poursuivre du point de vue des règles d'établissement et de contestation de la filiation, la distinction fondamentale entre l'enfant né dans ou hors mariage persistant en cette matière. Sous cet angle, notre droit de la filiation doit être revu.

¹²⁰ ATF 121 III 1. Voir également : TF 5A_593/2011, 10.2.2012 et TF 5A_150/2011, 29.6.2011.

¹²¹ TF 5A_128/2009, 22.6.2009, dans lequel l'intérêt des enfants à agir en désaveu est admis alors que les époux s'y étaient opposés ; intérêt en revanche non étayé par le prétendu père naturel *in* TF 5A_150/2011, 29.6.2011, ni davantage par le père biologique avec lequel l'enfant entretenait de bonnes relations *in* TF 5A_593/2011, 10.2.2012. HEGNAUER, *Interesse*, p. 377, relève qu'avoir un « faux » père constitue une situation en principe toujours plus avantageuse que de ne pas avoir de père du tout.

¹²² ATF134 III 241 ; ATF 128 I 63. *Cf.* MEIER *in* RMA 2009, p. 401. *Cf. supra* note 39 pour des réf. à la jurisprudence européenne.

B) *L'établissement de la filiation découlant de l'adoption*

1) *Un droit conventionnel d'adopter*

Dans de nombreux arrêts, la CourEDH a répété qu'un droit d'adopter ne figure pas en tant que tel à l'art. 12 CEDH, ni davantage aux art. 8 et 14 CEDH¹²³. Un couple non marié en particulier ne peut déduire du droit de fonder une famille au sens de l'art. 12 CEDH un droit à l'adoption sous une forme non prévue par la loi interne¹²⁴. L'un des derniers arrêts de l'instance alsacienne en la matière laisse toutefois espérer quelque évolution, en maintenant ouverte la question d'un droit d'adopter contenu à l'art. 8 CEDH pris isolément¹²⁵. A notre sens, un tel droit en sera déduit dans un proche avenir.

Indépendamment de la reconnaissance d'un tel droit, si la législation nationale accorde le droit de demander l'agrément d'adopter à une personne célibataire, l'Etat doit veiller à ne pas prendre des mesures discriminatoires dans la mise en application de la loi ; la Cour a reconnu une violation des art. 8 et 14 CEDH dans la décision de refus du droit d'adopter fondée sur l'orientation sexuelle¹²⁶. Le Tribunal fédéral examine ainsi à raison s'il y a des indices de préjugés quant à l'adoption par une personne seule de sexe masculin, qui pourrait constituer une violation de l'interdiction de la discrimination au sens des art. 8 al. 2 Cst. et 14 CEDH ; ce dernier ne pouvant être appliqué seul, notre autorité suprême fait sienne la jurisprudence strasbourgeoise selon laquelle le projet parental entre sous le champ de l'art. 8 CEDH, même s'il juge inconsistant en l'espèce le moyen tiré du droit au respect de la vie privée et familiale¹²⁷.

¹²³ ACEDH Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, par. 47 ; ACEDH de Grande Chambre E. B. c. France du 22 janvier 2008, par. 41 ; ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 66 et 92 ; ACEDH Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg du 28 juin 2007, par. 121 ; ACEDH Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie du 22 juin 2004, Recueil 2004-IV, par. 140 ; ACEDH Fretté c. France du 26 février 2002, Recueil 2002-I, par. 32. KARPENSTEIN/MAYER, p. 221, N 17.

¹²⁴ ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 92.

¹²⁵ ACEDH de Grande Chambre E. B. c. France du 22 janvier 2008, par. 43 et 46. Voir également : ACEDH Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, par. 72 et décision sur la recevabilité Gas et Dubois (note 152) du 31 août 2010.

¹²⁶ ACEDH de Grande Chambre E. B. c. France du 22 janvier 2008, par. 49. Cf. *infra* chap. IV, let. B, ch. 3.

¹²⁷ TF 5A_881/2010, 13.5.2011, c. 4. Examen de l'absence de discrimination très érudé *in* TF 5A_207/2012, 25.4.2012, c. 7, décision illustrant le caractère extrêmement restrictif de la jurisprudence relative à l'autorisation d'accueillir un enfant en vue d'adoption requise par un homme seul.

2) *L'adoption par un couple non marié*

Selon l'art. 267 al. 2 CC, les liens de filiation antérieurs à l'adoption sont rompus, sauf à l'égard du conjoint de l'adoptant, ce sous réserve des circonstances spéciales retenues par la CourEDH dans son arrêt Emonet. Au vu des circonstances très particulières de ce cas, à savoir une fille majeure handicapée adoptée par le compagnon de sa mère avec lequel elle vit, bénéficiant de soins permanents accordés par le couple, alors que le père biologique et juridique est décédé, la Cour a jugé que l'adoption ne mettait pas un terme au lien juridique maternel, en dépit de l'article précité, jugé contraire en l'espèce à l'art. 8 CEDH ; la rupture du lien de filiation entre les deux requérantes ne répondait pas à un « besoin social impérieux » et n'était pas « nécessaire dans une société démocratique »¹²⁸. En doctrine, il est soutenu qu'il s'agit d'une décision étroitement liée au cas d'espèce, qui ne remet pas le choix du législateur comme tel en cause¹²⁹.

Pourtant, nous en doutons. En effet, aux yeux de la CourEDH, l'argument du Gouvernement selon lequel l'institution du mariage garantit à la personne adoptée une stabilité accrue par rapport à l'adoption par un couple de concubins n'est plus forcément pertinent de nos jours¹³⁰. Les juges de Strasbourg sont de surcroît récalcitrants aux arguments du Gouvernement fondés en grande partie sur des motifs tirés des travaux préparatoires du Code civil afin de justifier la différence de traitement entre les couples mariés et les concubins. Ils rappellent à cet égard qu'il convient d'interpréter les droits découlant de la Convention de manière autonome. Par ailleurs, ils ont à maintes occasions souligné l'importance d'une approche évolutive dans l'interprétation de la Convention, à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui, écartant ainsi la prise en compte excessive de l'interprétation historique¹³¹.

Or, dans la mesure où les conditions d'une adoption de l'enfant du conjoint de fait sont réalisées, il existe une vie familiale effective et harmonieuse, l'autre parent est inexistant, consent à l'adoption ou il peut être fait abstraction de son consentement (art. 265c CC) ; dans une telle constellation, l'intérêt supérieur de cet enfant dicte à notre sens la création d'un lien de filiation double, afin de tenir compte des réalités, tant biologiques

¹²⁸ ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 87. L'ATF 129 III 656 a été révisé par TF 5F_6/2008, 18.7.2008, publié in SJ 2009 I 53.

¹²⁹ MEIER/STETTLER, p. 128 s, N 268 et note 475 ; SCHÜRMAN, Adoption, p. 265 ; SCHÖBI, p. 99 ss. *Contra* : HENRICH, in FamRZ 2008, p. 379 ; voir également : HOTTELLIER, Jusletter 2008.

¹³⁰ ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 81. La conception conservatrice adoptée par le Tribunal fédéral in ATF 126 III 656, c. 4.3, est en porte à faux avec la conception européenne.

¹³¹ ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 83. Voir également : ACEDH Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, par. 61. Cf. *supra* chap. III, let. B, ch. 1.

que sociales, et éviter une application mécanique et aveugle de la loi selon les termes mêmes de la CourEDH¹³².

La question qui demeure est celle de savoir jusqu'où va l'interprétation de la CourEDH. Tendrait-elle à imposer *de lege lata* une adoption conjointe par des concubins, voire après un certain nombre d'années de vie commune, étant précisé que dès 35 ans, aucune durée du mariage n'est exigée de conjoints mariés ? Certes, il est plus communément soutenu qu'une telle adoption est envisageable uniquement *de lege ferenda*, de préférence dans le cadre d'une réflexion globale sur le statut des couples concubins¹³³. Dans ce sens, le Tribunal fédéral a refusé d'appliquer la jurisprudence Emonet à l'adoption par le beau-père suite au divorce d'avec la mère juridique. Après avoir admis que la loi présente une lacune proprement dite (art. 1 al. 2 CC), qui doit être comblée en ce sens que le veuf ou la veuve peut adopter l'enfant du parent décédé aux conditions (art. 264a al. 3 CC) et avec les effets (art. 267 al. 2 *in fine* CC) de l'adoption conjointe, il exclut l'adoption de l'enfant du conjoint, selon l'art. 264a al. 3 CC, si la demande est déposée postérieurement au divorce, à défaut dans cette hypothèse d'une lacune proprement dite¹³⁴. Les juges de Mon Repos nient que l'art. 8 CEDH soit applicable en l'espèce, étant donné l'absence d'une cellule familiale au sens retenu par la CourEDH. Leur raisonnement se fonde sur l'absence de relation fondée sur le mariage entre la mère biologique de l'enfant et le requérant, ni de liens familiaux *de facto* tels qu'une cohabitation en dehors de tout lien marital, puisque, si l'enfant vit avec l'ancien mari de sa mère, celle-ci et sa demi-sœur n'habitent pas avec eux. Nous ne pouvons suivre ce raisonnement. Il y a, à notre sens, incontestablement vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH tant entre l'enfant et sa mère et demi-sœur, même sans cohabitation, qu'entre l'enfant et son beau-père. La jurisprudence de la CourEDH relative à la notion de vie familiale est nettement moins restrictive que ce que laisse entendre le Tribunal fédéral dans cet arrêt¹³⁵. Or, en présence d'une vie familiale, les autorités nationales ont l'obligation d'agir de manière à permettre à ce lien familial de se développer¹³⁶. En l'espèce, à l'instar de l'ACEDH Emonet, l'intérêt de l'enfant était manifestement de pouvoir établir un lien de filiation juridique avec sa mère et son beau-père, alors que son père biologique ne s'était plus manifesté depuis plusieurs années, y compris en terme de contribution d'entretien, et était sans domicile connu.

Les concubins, en particulier lorsque leur union présente une certaine stabilité et lorsque leur âge et situation personnelle leur permettent d'élever un

¹³² ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 86.

¹³³ MEIER/STETTLER, p. 128 s, N 268. Voir également *supra* réf. note 129.

¹³⁴ TF 5A_822/2010, 13.5.2011, c. 3.2.2.3.

¹³⁵ Cf. *supra* chap. III, let. A et réf. note 47.

¹³⁶ ACEDH Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, par. 82 *in fine* et réf.

enfant jusqu'à la majorité, bénéficiant de la garantie conventionnelle consacrée à l'art. 8 CEDH. Celle-ci, cumulée à l'art. 14 CEDH, leur permet de bénéficier du droit au respect de la vie familiale, qui doit être garanti de manière non discriminatoire en particulier par rapport aux couples formellement mariés. La déduction d'un droit d'adopter de l'art. 8 CEDH ouvrira sans controverse à notre sens la voie à l'adoption pour un couple non marié¹³⁷.

Nous renouvelons notre souhait de voir le législateur ne pas tarder à entrer en matière sur un accès à l'adoption indépendant du modèle familial choisi par les parents, ce au nom de l'interdiction de la discrimination, qu'il s'agisse de l'adoption conjointe par un couple non marié ou de l'adoption de l'enfant du concubin (art. 8 et 14 CEDH)¹³⁸. Il convient de donner rapidement suite à la motion déposée au Conseil fédéral par le Conseil national le 15 décembre 2011, dans le but d'ouvrir l'adoption aux concubins, de limiter à trois ans la durée de vie commune requise et d'abaisser l'âge minimum des parents adoptifs¹³⁹.

3) *L'interdiction de l'adoption pour les partenaires enregistrés*

L'art. 28 de la loi sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (ci-après : LPart)¹⁴⁰ refuse aux partenaires enregistrés le droit de fonder une famille, soit d'avoir des enfants communs, par adoption ou par procréation médicalement assistée. Selon le Message du Conseil fédéral, l'interdiction porte tant sur l'adoption conjointe, sur l'adoption de l'enfant du partenaire enregistré que sur l'adoption à titre individuel pendant la durée du partenariat enregistré, afin de ne pas permettre un détournement de la loi¹⁴¹. Les partenaires enregistrés se voient en conséquence privés du droit d'adopter, alors que cette possibilité reste ouverte à chacun individuellement s'ils renoncent à officialiser leur union. Cette conséquence a pour effet paradoxal d'inciter les couples de partenaires de même sexe à ne pas donner un cadre juridique, source de protection, d'assise à leur union, dans la mesure où ils

¹³⁷ Cf. *supra* chap. IV, let. B, ch. 1. Sur le traitement discriminatoire réservé aux concubins dont l'accès à l'adoption conjointe est fermé : PAPAUX VAN DELDEN, Implications, p. 335 et note 87 sur les propositions *de lege ferenda* d'assouplissement du droit de l'adoption.

¹³⁸ PAPAUX VAN DELDEN, Osmose, p. 264 ss, Implications, p. 335 et réf. notes 86 s. Voir également : HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 208, la distinction absolue faite par le droit suisse entre l'adoption effectuée par un concubin et celle faite par un conjoint semble difficilement défendable sous l'angle de l'interdiction de la discrimination ; KUHN, p. 248 et 279.

¹³⁹ Par 116 voix contre 45 ; Motion 09.3026 Prelicz-Huber Katharina, dont le texte a été élargi, BO CN, Session d'hiver 2011, 7^{ème} séance : http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4901/370196/f_n_4901_370196_370346.htm consulté le 9.4.2012. SANDOZ, p. 1489 et 1498, propose cinq ans de ménage commun.

¹⁴⁰ RS 211.231. La LPart date du 18 juin 2004 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

¹⁴¹ Message LPart, p. 1245, 2.3.3 *in fine*. Dans ce sens également : MEIER/STETTLER, p. 128 s, N 268 ; SCHWENZER, FamKomm PartG, N 9 *ad* art. 28. HOTTELIER, Constitution, p. 345, N 16, note que le législateur fédéral a soigneusement évité d'assimiler les partenaires enregistrés à une famille au sens constitutionnel du terme. Confirmé par le Tribunal fédéral s'agissant de l'adoption de l'enfant du partenaire *in* ATF 137 III 241, c. 4, JdT 2012 II 142.

envisagent d'élever ensemble un enfant, à tout le moins tant que leur projet n'est pas concrétisé. Au nom en particulier du droit au respect de la vie familiale cumulé à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'état civil, l'interdiction de fonder une famille imposée lors de l'entrée dans une union reconnue par l'Etat nous apparaît difficilement soutenable¹⁴². Nous rejetons en conséquence l'interprétation de l'art. 28 LPart voulant que l'adoption par une personne seule soit fermée du fait de la conclusion du partenariat, source de surcroît d'une forme de discrimination à rebours !

Dans un avenir pas si lointain, il n'est nullement exclu que la CourEDH reconnaisse que l'interdiction pour les partenaires de même sexe d'avoir des enfants en commun heurte les droits fondamentaux. Une partie de la doctrine soutient depuis longtemps déjà que cette interdiction porte atteinte à l'art. 8 al. 2 Cst. sans qu'elle soit justifiée par un motif objectif prépondérant¹⁴³. Sa compatibilité avec le droit de fonder une famille au sens des art. 14 Cst. et 12 CEDH est de surcroît aussi mise en doute¹⁴⁴. Une révision de la Constitution n'est au demeurant, à notre sens, nullement un préalable à la consécration du mariage homosexuel¹⁴⁵.

Une tendance croissante vise au moins à permettre l'adoption par le second parent pour les couples homosexuels, ce qui est justifié par la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 CDE), selon un raisonnement similaire à celui défendu précédemment s'agissant de l'adoption de l'enfant du conjoint de droit comme de fait¹⁴⁶. Les tenants de la solution contraire se fondent certes également sur l'intérêt de l'enfant¹⁴⁷ !

La question est en effet de déterminer s'il existe des raisons de nier au second parent la possibilité de devenir le deuxième « parent juridique » de l'enfant, et donc d'officialiser les liens qui l'unissent *de facto* à l'enfant. Avoir

¹⁴² SCHWENZER, FamKomm PartG, N 15 *ad* art. 28, admet une violation de l'art. 8 al. 2 Cst. Voir également : SANDOZ *in* JdT 2012 II 144, note sur l'ATF 137 III 241.

¹⁴³ Dans ce sens : GRÜTTER/SUMMERMATTER, p. 466 ; HANGARTNER, Paare, p. 254 ss ; HOCHL, p. 65 ss ; SCHWEIGHAUSER N 26 *ad* art. 28. *Contra* : PICHONNAZ, p. 415 ; SANDOZ *in* JdT 2012 II 144, note sur l'ATF 137 III 241.

¹⁴⁴ Dans ce sens : AMSTUTZ/GÄCHTER, N 25 ; KUHN, p. 103 ; PAPAUX VAN DELDEN, Restrictions, p. 621 ss.

¹⁴⁵ AUBERT, Avis de droit ; AUBERT/MAHON, N 7 ; MÜLLER/SCHEFER, 230 ; PAPAUX VAN DELDEN, Influence, p. 405 et réf. note 17. *Contra* : BIAGGINI, N 9 *in fine ad* art. 14 ; Message LPart, p. 1210 ; SCHWEIZER, N 25.

¹⁴⁶ Cf. *supra* chap. IV, let. B, ch. 2. COPUR, Homoparentalité, p. 305, conclut, en 2007 déjà, que dans l'optique du bien de l'enfant, la légalisation de la parentalité exercée en commun par les couples homosexuels est des plus urgentes ; COPUR, Kindeswohl, p. 121 ss et 189 ss, Orientierung, p. 1443 s. Voir également : HOCHL, p. 79 ; SCHWEIGHAUSER N 25 *ad* art. 28 ; SCHWENZER, FamKomm PartG, N 13 *ad* art. 28.

¹⁴⁷ MEIER/STETTLER, p. 128 s, N 268, et réf. note 476 sur les risques liés au « fantasme de l'engendrement unisexe » ; MURAT, p. 203 ss, sur la remise en cause de la place des sexes et leur valeur respective. Voir également : SANDOZ *in* JdT 2012 II 144, note sur l'ATF 137 III 241, se demandant « s'il est compatible avec le droit de la personnalité d'un enfant d'avoir, à l'état civil, deux parents de même sexe, ce qui trahit en outre immédiatement une adoption, en violation du principe du secret ».

deux « parents juridiques » plutôt qu'un seul relève à notre sens de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisque cela implique le doublement de la protection qui en découle, dont les obligations de soutien financier, les droits successoraux, et, dans la vie courante, le partage de l'autorité parentale. Cela permet également d'asseoir juridiquement la position du parent de fait en cas de décès du parent biologique et/ou juridique de l'enfant, sans devoir envisager la solution alors possible de l'adoption par une personne seule. Autoriser l'adoption par le second parent signifie adapter le régime juridique à la réalité de la vie de l'enfant.

S'agissant de la jurisprudence européenne, prévaut désormais le principe selon lequel les autorités ne sauraient barrer la route à un adoptant au seul motif qu'il est homosexuel ; l'instance alsacienne est revenue sur un arrêt rendu en 2002 dans une nouvelle décision, prise en Grande Chambre, au début 2008¹⁴⁸. Une partie de la doctrine soutient qu'il ne peut être déduit de cet arrêt l'obligation pour les Etats d'admettre l'adoption conjointe par des partenaires enregistrés, puisqu'il en allait ici d'une adoption par une personne seule ; elle admet néanmoins que l'interprétation dynamique de la CEDH pourrait un jour y contraindre la Suisse, si elle n'a pas agi sur le plan législatif d'ici là¹⁴⁹. Plusieurs Etats, comme le Danemark, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède, l'Espagne, la Norvège, admettent l'adoption par un couple homosexuel, avec ou sans restrictions. Depuis le 1^{er} janvier 2005, l'Allemagne a ouvert le droit à l'adoption de l'enfant du partenaire homosexuel (*cf.* art. 9 par. 7 *Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft*). Le projet de Convention européenne en matière d'adoption des enfants prévoit d'ailleurs que les Etats ont la possibilité d'étendre la portée de la Convention aux couples homosexuels (art. 7 al. 2) et témoigne de l'évolution en cours. Le débat va rebondir à Strasbourg, même plus rapidement qu'escompter par certains¹⁵⁰. La Cour EDH a en effet récemment déclaré recevable la requête d'un couple de même sexe qui se plaignait d'un refus d'adoption par la partenaire de la mère, concluant à l'applicabilité de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH ; elle admet sans surprise que les relations des deux partenaires, vivant sous un régime de PACS, avec l'enfant, né d'une procréation médicalement assistée avec donneur anonyme,

¹⁴⁸ Respectivement : ACEDH Fretté c. France du 26 février 2002, Recueil 2002 - sur cet ACEDH, critiques : MURAT, p. 194 ss ; VANWINCKELEN, p. 574 ss - puis E. B. c. France du 22 janvier 2008, par. 91 ss : lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement s'agissant de droits tombant sous l'empire de l'art. 8 CEDH ; un refus d'agrément en vue d'adopter fondé uniquement sur des considérations tenant à l'orientation sexuelle consiste en une distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention, ACEDH critiqué par MEIER/STETTLER, p. 130, note 478.

¹⁴⁹ JÄGGI, N 19 ss ; MEIER/STETTLER, p. 130, N 268 et note 479.

¹⁵⁰ MARGUÉNAUD, p. 27, prédit au mariage homosexuel, en 2008, un renvoi aux calendes grecques, sauf coup de théâtre devant une Grande Chambre, suite aux déc. d'irrecevabilité R. et F. et Parry c. Royaume-Uni du 28 novembre 2006. Voir au demeurant : ACEDH Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, par. 61 ss.

relèvent de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH¹⁵¹. Dans un arrêt de Chambre du 15 mars 2012, la CourEDH a toutefois admis que le refus d'accorder le droit d'adopter l'enfant de sa compagne n'était pas discriminatoire, rappelant que ni l'art. 12, ni les art. 14 et 8 CEDH n'imposent aux Etats l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels¹⁵². Déçues par cet arrêt, nous adhérons pleinement à l'opinion dissidente du juge Villiger qui au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant reconnaît une violation des art. 8 et 14 CEDH ; nous relevons également l'appel vibrant des juges Costa, Spielmann et Berro-Lefèvre exhortant le législateur français de ne pas se contenter de cette conclusion de non-violation et de revoir la question, le statut juridique de l'enfant demeurant empreint de précarité, ce qui n'est assurément pas dans l'intérêt de l'enfant. Et nous gardons espoir, un ACEDH de Grande Chambre concernant l'adoption par le second parent au sein d'un couple homosexuel dans l'affaire X et autres c. Autriche étant attendu.

Quant au Tribunal fédéral, il vient de refuser à une femme pacsée le droit d'adopter l'enfant de sa compagne, confirmant le refus des autorités zurichoises, tout en précisant que l'art. 28 LPart interdit toute forme d'adoption aux partenaires enregistrés, y compris l'adoption de l'enfant du partenaire¹⁵³. La question d'une discrimination créée par l'art. 28 LPart, qui serait contraire à la Constitution ou au droit international, est néanmoins laissée ouverte, car le couple n'était ici partenariatisé que depuis trois ans au moment du dépôt de la requête ; la demande d'un couple marié aurait été refusée également, faute d'atteindre les cinq ans de mariage exigés aujourd'hui encore par la loi (art. 264a al. 3 CC). Voici à notre sens l'occasion de porter cette question à Strasbourg.

C'est en conclusion par le biais de l'adoption de l'enfant du partenaire que l'adoption au sein d'un couple de partenaires de même sexe fera selon nous son entrée. Même si « gérer le fait accompli – la présence d'enfants élevés dans des foyers homosexuels – ne relève pas nécessairement de la même logique institutionnelle que la consécration *ex nihilo* d'une filiation bilinéaire à l'égard d'un couple constitué de personnes de même sexe »¹⁵⁴, l'admission par ce biais de la famille homosexuelle permettra qui suive à plus ou moins brève échéance l'adoption conjointe. Depuis qu'il est admis par principe qu'un candidat homosexuel puisse adopter un enfant, il n'y a de surcroît qu'un pas

¹⁵¹ Décision sur la recevabilité Gas et Dubois (note 152) du 31 août 2010.

¹⁵² ACEDH Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012, par. 66.

¹⁵³ ATF 137 III 241, JdT 2012 II 142.

¹⁵⁴ MURAT, p. 206 s, qui poursuit : « prendre appui sur l'un pour revendiquer l'autre constituerait une approximation critiquable ».

pour ouvrir l'adoption aux couples homosexuels¹⁵⁵, l'adoption par une personne seule dérogeant déjà aux réalités biologiques¹⁵⁶.

C) *L'établissement de la filiation par procréation médicalement assistée*

Un droit à la procréation médicalement assistée n'a dans un premier temps pas été déduit de l'art. 8 CEDH, ni davantage du droit de fonder une famille au sens de l'art. 12 CEDH, du moins sous une forme absolue ; la jurisprudence européenne a toutefois évolué sur ce point¹⁵⁷. La Cour strasbourgeoise reconnaît désormais que les notions de « vie privée et familiale » au sens de l'art. 8 par. 1 CEDH incluent le droit au respect de la décision de devenir parents génétiques¹⁵⁸.

Si la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA)¹⁵⁹, fondée sur l'art. 119 Cst., réserve les méthodes de procréation médicalement assistée aux couples hétérosexuels, elle n'en limite pas l'accès aux couples mariés, sous réserve de l'insémination hétérologue (art. 3 al. 2 et 3 LPMA). Dès lors que la loi accorde un privilège fondé sur l'état civil des bénéficiaires, la compatibilité de cette restriction avec la CEDH se pose à notre sens pour les exclus, en particulier sous l'angle de l'interdiction de la discrimination, cumulée à l'art. 8 CEDH¹⁶⁰. Que l'adoption par une personne seule soit admise remet aussi en doute à notre sens l'exigence d'un couple pour bénéficier de l'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée.

A l'instar de l'art. 4 LPMA, en raison en particulier d'un risque dit de « maternité éclatée », le droit autrichien interdit le don d'ovules. Par référence notamment à l'adoption, qui crée elle aussi des relations familiales qui ne s'inscrivent pas dans le schéma classique parent-enfant reposant sur un lien biologique direct, la CourEDH a dans un premier temps estimé cette

¹⁵⁵ MURAT, p. 204 s. Pour des réf. favorables à l'adoption par les couples homosexuels, *cf. supra* note 146.

¹⁵⁶ MEIER/STETTLER, p. 131, note 479.

¹⁵⁷ ACEDH de Grande Chambre Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, Recueil 2007-I, par. 72. BERGER, p. 511 ss, réf. bibliographiques p. 514. En détail sur le droit de fonder une famille : PAPAUX VAN DELDEN, Implications, p. 332 ss.

¹⁵⁸ ACEDH de Grande Chambre S. H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, par. 81 s ; ACEDH de Grande Chambre Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, Recueil 2007-V, par. 66 et réf.

¹⁵⁹ RS 810.11. La LPMA date du 18 décembre 1998 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

¹⁶⁰ Pour une approche critique : KUHN, p. 249 ss ; PAPAUX VAN DELDEN, Osmose, p. 263 ss, Implications, p. 334 ; VAN DIJK, p. 857 *ad* art. 12. Voir également : MEIER/STETTLER, p. 114, N 246 et réf. note 422. *Contra* : REUSSER, N 27 *ad* art. 14, restriction compatible avec l'art. 14 Cst. au nom de l'intérêt de l'enfant.

interdiction contraire à l'art. 8 CEDH¹⁶¹. En droit suisse, l'interdiction du don d'ovules a eu un parcours chahuté ; d'abord exclu du projet du Conseil fédéral, le don d'ovules a été introduit par le Conseil des Etats, puis rejeté par le Conseil national, refus qui l'a finalement emporté¹⁶². L'interdiction est critiquée en particulier au nom de l'égalité de traitement entre homme et femme (art. 8 al. 3 Cst.), l'insémination hétérologue étant admise, certes à condition que le couple soit marié (cf. art. 3 al. 3 LPMA)¹⁶³. Dans un arrêt de Grande Chambre du 3 novembre 2011, la CourEDH est revenue en arrière et a rejeté une violation de l'art. 8 CEDH ; elle conclut que ni l'interdiction du don d'ovules à des fins de procréation artificielle ni la prohibition du don de sperme à des fins de fécondation *in vitro* n'excèdent la marge d'appréciation dont le législateur disposait à l'époque pertinente, tout en appelant les Etats contractants à examiner de manière permanente les évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides en cette matière¹⁶⁴. Une condamnation de l'art. 4 LPMA, qui ne trouve au demeurant pas sa source dans l'art. 119 Cst., n'est ainsi que partie remise.

La Cour européenne est en outre confrontée à sa première affaire concernant l'accès au dépistage d'embryons pour un couple porteur d'une maladie génétique ; invoquant une violation des art. 8 et 14 CEDH, ce couple souhaite avoir un enfant par fécondation *in vitro* de manière à ce que l'embryon puisse être soumis au préalable à un dépistage génétique¹⁶⁵. Le diagnostic préimplantatoire reste à ce jour une technique interdite en Suisse et un second projet de loi, dont la consultation a pris fin le 30 septembre 2011, envisage de l'autoriser dans le respect de limites strictes¹⁶⁶. En juillet 2012, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'intérieur d'élaborer les dispositions légales nécessaires ainsi que le Message y relatif d'ici au printemps 2013 ; la nouvelle approche nécessite une modification de l'art. 119 Cst. Le législateur devrait à notre sens ne pas tarder.

¹⁶¹ ACEDH S. H. et autres c. Autriche du 1^{er} avril 2010. Critiqué en doctrine : MEIER, Résumé mars à juin 2010, p. 293, dénonçant une étape de plus dans la dérive dirigiste de la CourEDH, mais également salué dans son résultat : RÜTSCH/WILDHABER, p. 805.

¹⁶² Respectivement : Message LPMA, ch. 322.12, BOCE 1997 p. 685, puis BOCN 1998 p. 1331 et enfin BOCE 1998 p. 944.

¹⁶³ FOUNTOLAKIS, p. 257 ; KUHN, p. 286 ss, 358 ss. Voir également : AUBERT/MAHON, N 22 *in fine ad art. 119*.

¹⁶⁴ ACEDH S. H. et autres c. Autriche du novembre 2011, par. 115 ss, accompagné de l'opinion dissidente de quatre juges.

¹⁶⁵ Affaire Costa et Pavan c. Italie (requête n° 54270/10). A noter l'ACEDH R. R. c. Pologne du 26 mai 2011 admettant un traitement inhumain du fait d'un refus d'amniocentèse, la détermination de la Cour étant saluée par MEIER *in RMA* 2011, p. 290.

¹⁶⁶ Explications relatives à la modification de l'art. 119 Cst. et de la LPMA (Diagnostic préimplantatoire), 14 février 2011 : http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2007/PID_Explications_f_.pdf consulté le 9.4.2012. Pour une analyse du projet du Conseil fédéral de mai 2011 et une comparaison avec la réglementation adoptée en Allemagne : DÖRR/MICHEL.

D) *La place du père biologique*

1) *Le droit du père biologique à être informé*

Le Tribunal fédéral a reconnu une violation de l'interdiction de l'arbitraire car l'autorité tutélaire n'avait pas pris contact avec le père naturel pour lui expliquer que son consentement à l'adoption dépendait de l'établissement du lien de filiation avec son enfant¹⁶⁷. L'obligation de prendre contact avec le père biologique pour l'informer que la reconnaissance est une condition au droit de s'opposer à l'adoption, lorsque le père est connu, doit en effet être admise. Le respect des droits de la personnalité du père biologique en dépend.

Un droit du père biologique à être informé et partant à être entendu peut à notre sens être déduit des obligations inhérentes à un respect effectif de la vie familiale et privée au sens de l'art. 8 CEDH.

2) *Les obstacles à l'établissement de la paternité juridique du père biologique*

La CourEDH a récemment constaté qu'il n'y a pas de consensus à l'échelle européenne sur le point de savoir si la législation interne doit permettre au père biologique de contester la présomption de paternité du mari ; dans le cas d'espèce, même si le requérant n'a pas qualité pour agir en contestation de la filiation paternelle des enfants, elle constate que le droit interne ne le prive pas de toute possibilité d'établir un lien de paternité en sollicitant l'adoption des enfants ou en demandant leur placement chez lui comme parent nourricier. Les juges de Strasbourg en déduisent que le juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux des personnes concernées n'est pas méconnu et qu'il n'y a en conséquence pas violation de l'art. 8 CEDH¹⁶⁸. Plus récemment encore, le refus des juridictions allemandes d'autoriser deux pères biologiques présumés à contester la paternité d'un autre homme a été jugé légitime à l'unanimité¹⁶⁹.

En droit suisse, l'art. 256 al. 1 CC ne permet pas davantage au père biologique d'agir en désaveu de paternité¹⁷⁰. Le père biologique peut certes tenter d'amener l'enfant, ou son curateur dans la mesure où l'enfant est incapable de discernement, à agir lui-même, mais seulement si la vie commune

¹⁶⁷ ATF 113 Ia 271. Confirmé in ATF 137 I 154, c. 3.3.1, JdT 2012 II 229. MEIER/STETTLER, p. 142 s, N 288 et note 536.

¹⁶⁸ ACEDH Chavdarov c. Bulgarie du 21 décembre 2010, par. 56. MEIER in RMA 2011, p. 117 s, salue cette heureuse retenue.

¹⁶⁹ ACEDH Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012 et ACEDH Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012. Cf. *supra* chap. IV, let. A *ab initio* et réf. note 81.

¹⁷⁰ Ce que le Tribunal fédéral a confirmé in ATF 108 II 344. Voir également : TF 5A_593/2011, 10.2.2012 et TF 5A_150/2011, 29.6.2011, sur la demande refusée du père biologique de voir instituer une curatelle de représentation (art. 392 ch. 2 CC) pour agir en désaveu.

des époux a pris fin pendant sa minorité (art. 256 al. 1 ch. 2 CC). Il est par ailleurs habilité à soutenir l'action en désaveu comme intervenant accessoire au sens des art. 74 à 77 CPC¹⁷¹, et est souvent entendu en qualité de témoin dans le procès¹⁷². La jurisprudence reconnaît au père biologique le droit de recourir contre une décision négative ou un retard à statuer (art. 420 al. 2 CC), pour autant qu'il défende les intérêts de l'enfant¹⁷³.

Se basant sur l'ACEDH Kroon, dans lequel l'impossibilité de contester la paternité fondée sur une présomption découlant du mariage, ce tant pour le père biologique que pour la mère, alors même que le père juridique a disparu, a été condamnée, une partie de la doctrine suisse s'est montrée critique face à l'absence de la qualité pour agir en désaveu du père biologique, soutenant une violation de l'art. 8 CEDH¹⁷⁴. La CourEDH a infirmé ce raisonnement dans les ACEDH susmentionnés Chavdarov du 21 décembre 2010, Ahrens et Kautzor du 22 mars 2012. Au nom des droits fondamentaux des intéressés, si le père biologique vit avec l'enfant et la mère, il faut néanmoins admettre que l'autorité tutélaire doit reconnaître l'intérêt de l'enfant à agir en désaveu afin d'ouvrir la voie à une reconnaissance par le géniteur¹⁷⁵.

Il n'en demeure pas moins qu'un assouplissement de l'art. 256 CC s'impose à notre sens ; nous l'avons déjà admis pour la mère et l'enfant¹⁷⁶. Il n'est en effet pas certain que la soumission des intérêts du père biologique à ceux de l'enfant respecte sur le long terme le droit à la vie familiale du géniteur. Un élargissement de la qualité pour agir en désaveu doit à notre sens être envisagé, à tout le moins dans le but de faire coïncider la filiation juridique avec le lien génétique, si celui-ci se double d'une relation socio-affective vécue¹⁷⁷.

3) *Droit de visite du père biologique ?*

Le droit allemand a été sanctionné car il ne permettait pas d'accorder un droit de visite au père biologique dont l'absence de vie familiale avec ses enfants était imputable au refus de la mère et du père juridique. La CourEDH note que les relations existantes doivent certes être protégées, en l'espèce entre le mari de la mère et les enfants, dont il est présumé le père juridique, mais qu'il faut ménager un juste équilibre entre les droits concurrents au regard de l'art. 8

¹⁷¹ GUILLOD, CR-CC, N 9 *ad* art. 256 ; MEIER/STETTLER, p. 46, N 82.

¹⁷² GUILLOD/BURGAT, p. 27.

¹⁷³ TF 5A_150/2011, 29.6.2011, c. 3.4.2 ; ATF 121 III 1, JT 1996 I 662. MEIER/STETTLER, p. 46, note 151.

¹⁷⁴ SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 7 *in fine ad* art. 256, se fondant sur l'ACEDH Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, série A, n. 297-C, par. 38. *Contra* : GUILLOD, CR-CC, N 9 *ad* art. 256.

¹⁷⁵ Dans ce sens : GUILLOD, CR-CC, N 9 *in fine ad* art. 256.

¹⁷⁶ Cf. *supra* chap. IV, let. A, ch. 3.

¹⁷⁷ Dans ce sens : GUILLOD, CR-CC, N 2 *ad* art. 256. Voir également : GROSSEN, Père de droit, p. 321 ss.

CEDH lorsque plusieurs individus sont concernés. Elle admet une violation de l'art. 8 CEDH pour ne pas avoir examiné si, dans les circonstances particulières de l'espèce, une relation entre les jumeaux et le requérant aurait été dans l'intérêt des enfants¹⁷⁸.

En droit suisse, l'art. 274a CC permet dans des « circonstances exceptionnelles » d'octroyer un droit de visite à un tiers si ce droit est nécessaire au vu de l'intérêt de l'enfant¹⁷⁹. Il est cependant douteux qu'une autorité suisse aurait octroyé un tel droit de visite au père biologique dans un cas comme celui susmentionné¹⁸⁰. Le Tribunal fédéral est en effet très exigeant, ce droit ne pouvant être octroyé que s'il a des effets positifs pour l'enfant ; il ne suffit pas qu'il ne paraisse pas préjudiciable à ses intérêts¹⁸¹. Or, la leçon à tirer de l'ACEDH Anayo est qu'il convient de veiller de manière attentive au droit au respect de la vie familiale du tiers, ici du père biologique, dans la mise en balance des différents intérêts. Selon une approche comparable, la jurisprudence européenne a accepté la suppression d'un droit de visite accordé en particulier à des grands-parents, si l'intérêt de l'enfant l'exige, mais également si cette ingérence dans leur droit à la vie familiale est une nécessité et ne présente pas un caractère disproportionné¹⁸².

L'arrêt du Tribunal fédéral, qui certes date de 1982, ne pourrait à notre sens plus être rendu aujourd'hui dans la mesure où il reconnaissait le droit de la mère et de l'enfant à ce que le père biologique ne les importune pas ; le juge lui avait interdit, sous la menace des peines pénales, de continuer à prétendre qu'il était le père de l'enfant et de prendre contact avec celui-ci, raisonnement fondé en partie sur l'impossibilité pour le père biologique d'intenter une action en désaveu¹⁸³. Cet arrêt accorde une importance démesurée à la filiation juridique, refusant tout droit à la filiation biologique, ce contrairement à la jurisprudence de la CourDEH.

¹⁷⁸ ACEDH Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, par. 21 s. KARPENSTEIN/MAYER, p. 221, N 18.

¹⁷⁹ Refus d'un droit de visite aux grands-parents *in* TF 5A_355/2009, 3.7.2009 et refus à un beau-père étant donné les rapports conflictuels aigus entre celui-ci et la mère de l'enfant, qui avaient débouché sur des comportements pénalement répréhensibles de la part du recourant *in* TF 5A_831/2008, 16.2.2009, c. 3.3. En revanche, droit de visite accordé à des tiers malgré l'opposition de la mère, privée du droit de garde, et les soupçons de prosélytisme religieux desdits tiers, témoins de Jehovah *in* ATF 129 III 689, critiqué en doctrine : MEIER/STETTLER, p. 535, note 1973.

¹⁸⁰ Dans ce sens également : MEIER *in* RMA 2011, p. 117 s.

¹⁸¹ TF 5A_100/2009, 25.5.2009, c. 2.3, faisant peu cas de la relation nouée par les parents nourriciers avec l'enfant âgé de 8 ans et demi et placé 7 ans chez eux, arrêt dont la conventionnalité est à notre sens partant douteuse. Voir : ACEDH Kopf et Liberda c. Autriche du 17 janvier 2012, la durée de la procédure viole l'art. 8 CEDH et a mené au refus du droit de visite aux parents nourriciers.

¹⁸² Requête n. 12763/87, Lawlor c. Royaume-Uni, DR 57, p. 216 ; Requête n. 8924/80, X. c. Suisse, DR 24, p. 183. GALLUS, p. 80 ss ; VASSEUR-LAMBRY, p. 320.

¹⁸³ ATF 108 II 344.

E) De l'autorité parentale et du droit aux relations personnelles

Avant de cibler ces deux effets spécifiques du lien de filiation, il sied de noter de manière valable pour toutes décisions y relatives que la CourEDH a fondé sur l'art. 8 CEDH des garanties procédurales des droits parentaux ; elle impose aux Etats de donner les moyens aux personnes dont la vie familiale est susceptible d'être atteinte par une décision judiciaire de pouvoir défendre leurs droits dans la procédure¹⁸⁴. Les parents doivent être dûment impliqués dans le processus décisionnel, avoir accès à tous les éléments du dossier et pouvoir présenter leurs arguments¹⁸⁵. Un règlement doit en outre intervenir particulièrement rapidement au vu des enjeux¹⁸⁶. La CourEDH veille à maintenir un juste équilibre entre les souhaits exprimés par les enfants et d'autres facteurs, en particulier les droits du parent¹⁸⁷. Une audition de l'enfant ou une expertise psychologique n'est pas systématiquement requise¹⁸⁸. Le Tribunal fédéral s'inspire d'une approche similaire¹⁸⁹ ; dans la procédure d'exécution du droit de visite, l'audition n'est en principe pas à nouveau nécessaire, sous réserve d'une mise en danger grave de l'enfant, en particulier en présence de soupçons d'abus sexuels¹⁹⁰. Malgré l'absence de fondement

¹⁸⁴ GOUTTENNOIRE, p. 46 s. Sur ces garanties procédurales : GRABENWARTER/PABEL, p. 263, N 57 ss ; HERINGA/ZWAAK, p. 700 s *ad* art. 8 ; MEYER-LADEWIG, p. 215 s, N 78-80, p. 224, N 116.

¹⁸⁵ Respectivement : ACEDH McMichael c. Royaume-Uni du 24 février 1995, série A, n. 307-B, ACEDH T. P. et K. M. c. Royaume-Uni du 10 mai 2001, par. 82, mise à disposition d'office et ACEDH Hoppe c. Allemagne du 5 décembre 2002. GALLUS, p. 76 et réf. note 37.

¹⁸⁶ ACEDH Pontes c. Portugal du 10 avril 2012, par. 80 ; ACEDH K.A.B. c. Espagne du 10 avril 2012, par. 97 ; ACEDH Koudelka c. République Tchèque du 20 juillet 2006, par. 63 ; ACEDH Maire c. Portugal du 26 juin 2003, Recueil 2003-VII, par. 74 ; ACEDH Covezzi et Morselli c. Italie du 9 mai 2003, par. 136 ss ; ACEDH W. c. Royaume-Uni du 8 juillet 1987, série A, n. 121, par. 64 s.

¹⁸⁷ ACEDH Comet c. Finlande du 9 mai 2006 : l'absence de prise en compte de tout autre critère que l'avis de l'enfant enfreint l'art. 8 CEDH. Voir néanmoins sur l'impact de la volonté de l'enfant : ACEDH Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, par. 82 ss ; ACEDH Siemianowski c. Pologne du 6 septembre 2005.

¹⁸⁸ Absence d'audition par le Tribunal conforme l'art. 8 CEDH *in* ACEDH de Grande Chambre Sahin c. Allemagne du 8 juillet 2003, Recueil 2003-VIII, par. 73 ss, invalidant l'ACEDH du 11 octobre 2001. Refus d'ordonner une expertise psychologique conforme à l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Sommerfeld c. Allemagne du 8 juillet 2003, Recueil 2003-VIII, par. 71 ss, et contraire à l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Elsholz c. Allemagne du 13 juillet 2000, Recueil 2000-VIII.

¹⁸⁹ TF 5A_402/2011, 5.12.2011, c. 5.1, indépendamment d'une requête des parties et de l'établissement des faits, le juge a l'obligation d'informer l'enfant de son droit d'être entendu ; audition requise en principe dès l'âge de 6 ans : TF 5A_756/2009, 29.1.2010, c. 3.1 ; ATF 131 III 553, audition par le curateur rejetée, pourtant admise *in* TF 5A_793/2010, 14.11.2011. La renonciation à l'audition d'un enfant de bientôt 7 ans, avant une mesure de placement en institution, compte tenu de l'absence d'influence déterminante sur l'issue du litige, ne respecte pas l'art. 314 ch. 1 CC : Décision de l'autorité tutélaire neuchâteloise du 13 mai 2009 *in* RJN 2009 97. Pour un refus d'une nouvelle audition : TF 5A_859/2009, 25.5.2010 ; TF 5A_566/2009, 29.9.2010 ; dans le sens contraire : TF 5A_50/2010, 6.7.2010. S'agissant de l'expertise, pas de droit subjectif des parties, absence de violation du droit d'être entendu dans le seul fait de renoncer à une expertise au cours d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale *in* TF 5A_160/2009, 13.5.2009 ; refus d'une expertise non arbitraire *in* TF 5A_22/2011, 16.2.2011 ; voir également : TF 5A_146/2011, 7.6.2011, c. 4.2 ; TF 5A_910/2010, 13.7.2011, c. 7 ; TF 5A_793/2010, 14.11.2011, c. 2.

¹⁹⁰ TF 5A_63/2011, 1.6.2011. Cf. MEIER *in* RMA 2011, p. 297.

exprès dans la CEDH d'un droit d'audition et de représentation de l'enfant dans les procédures le concernant, contrairement au texte explicite de l'art. 12 CDE, la jurisprudence de la CourEDH y pallie, belle illustration de son œuvre constructive en faveur de l'enfant.

En matière procédurale, sujet qui dépasse largement le cadre traité ici, on notera que le statut marital des parents de l'enfant influence encore en droit suisse le sort de l'enfant. En effet, le contentieux financier de l'enfant de parents non mariés est soumis au juge alors que l'autorité tutélaire, qui deviendra l'autorité de protection de l'enfant dès le 1^{er} janvier 2013, est en charge de régler les questions liées à l'autorité parentale et aux relations personnelles. Le projet de révision du Code civil conserve cette dichotomie (art. 298b al. 3 P-CC)¹⁹¹. Dans le cadre d'une procédure matrimoniale, l'enfant de parents mariés a en revanche accès à un tribunal unique pour trancher l'entier du contentieux. Cette différence de traitement est à notre sens sujette à caution au regard des art. 8 et 14 CEDH.

1) *L'autorité parentale*

Selon la CourEDH, le droit national doit permettre aux tribunaux d'examiner si l'exercice en commun de l'autorité parentale est dans l'intérêt de l'enfant même en cas de refus de la mère de consentir à cette attribution conjointe¹⁹².

Au regard de cette jurisprudence, les art. 298a et 133 al. 3 CC sont contraires à l'art. 14 CEDH en lien avec l'art. 8 CEDH, en ce qu'ils exigent dans tous les cas l'accord des deux parents pour l'institution ou le maintien de l'autorité parentale conjointe¹⁹³. A teneur du texte légal, l'autorité tutélaire dans le premier cas et le juge du divorce dans le second n'ont en effet pas la possibilité d'examiner à la demande d'un parent si l'autorité parentale conjointe est dans l'intérêt de l'enfant malgré le refus opposé par l'autre parent.

L'autorité saisie suisse doit corriger ce vice en instruisant, à la demande du père, une requête d'autorité parentale conjointe même en l'absence d'accord de la mère ; l'existence de conflits importants entre les parents ou une absence totale de coopération seront prises en compte dans le cadre de l'appréciation de l'ensemble des circonstances importantes pour le bien de l'enfant¹⁹⁴. La

¹⁹¹ Projet, FF 2011 8351 : <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2011/8351.pdf> consulté le 9 avril 2012.

¹⁹² ACEDH Sporer c. Autriche du 3 mai 2011 lequel confirme l'ACEDH Zaunegger du 3 décembre 2009 condamnant l'Allemagne pour inégalité de traitement au détriment du père non marié séparé ; ce pays a mis six mois pour rendre sa législation compatible avec la CEDH. KARPENSTEIN/MAYER, p. 230, N 53.

¹⁹³ TF 5A_246/2010, 9.7.2010, cf. MEIER, Résumé juillet à octobre 2010, p. 450 relevant que le Tribunal fédéral s'en tient à tort à la solution légale de l'art. 298a CC non conforme à la jurisprudence de Strasbourg. Déjà critique sur la conventionnalité des conditions posées à l'autorité parentale conjointe : PAPAUX VAN DELDEN, Osmose, p. 272 ss et réf., critique détaillée *in* Droits, p. 394.

¹⁹⁴ MEIER, Zaunegger, p. 255.

Cour d'appel de Bâle-Ville, dans une décision du 12 avril 2011 qui peut être saluée, a fait sienne cette interprétation¹⁹⁵. Le Tribunal fédéral a tout d'abord laissé la question ouverte s'agissant de l'art. 133 al. 3 CC¹⁹⁶. Dans un arrêt du 11 août 2011, de manière surprenante, il semble néanmoins réserver les effets de l'ACEDH Zaunegger aux parents non mariés et rejeter une potentielle application par analogie aux parents divorcés ; il refuse partant la demande du père d'entrer en matière sur une autorité parentale conjointe au nom de l'égalité entre les parents dans le cadre d'une attribution exclusive selon l'art. 133 al. 1 CC¹⁹⁷. Les conséquences des ACEDH Sporer et Zaunegger s'étendent sans conteste à notre sens à l'enfant de parents divorcés au risque de créer une discrimination entre parents non mariés séparés et parents mariés en instance de divorce¹⁹⁸.

A nouveau se pose la question de l'ampleur des effets de cette jurisprudence. Iraient-ils jusqu'à imposer le maintien automatique de l'autorité parentale conjointe pour les parents divorcés et/ou l'institution automatique d'une telle autorité pour les parents non mariés ?

« Que de nos jours l'exercice de l'autorité parentale conjointe reste dépendant du statut des parents est un anachronisme »¹⁹⁹. L'égalité de principe des parents légitimes ou naturels dans l'exercice de l'autorité parentale, après séparation également, doit faire l'objet à notre sens d'une affirmation sans réserve au nom du « principe de l'égalité des liens de famille de l'enfant naturel »²⁰⁰. Nous pensons ainsi que la non-institution automatique de l'autorité parentale conjointe pour les parents non mariés et l'absence du maintien de l'autorité parentale conjointe pour les parents divorcés ne sont guère compatibles avec les art. 14 et 8 CEDH²⁰¹. Le maintien de la coparentalité en cas de séparation ou de divorce du couple marié fait d'ailleurs l'objet de peu de controverse²⁰². L'exercice par principe conjoint des responsabilités parentales, l'exercice unilatéral pouvant se justifier au nom de l'intérêt de l'enfant, découle au demeurant également pour les époux séparés

¹⁹⁵ Arrêt de la Cour d'appel de Bâle-Ville, 12.4.2011 (VD.2010.206), relatif à l'application de l'art. 298a CC, in RMA 2011, p. 430. Voir également un arrêt du *Bundesgericht* allemand du 21 juillet 2010 : BvR 420/09, in FamPra 2010, p. 936 ss.

¹⁹⁶ TF 5A_72/2011, 22.6.2011, c. 2.2.2 in fine.

¹⁹⁷ TF 5A_420/2010, 11.8.2011, c. 3.2. Voir également : TF 5A_497/2011, 5.12.2011, c. 2.5.

¹⁹⁸ MEIER, Zaunegger, p. 256, ch. 11 : « on créerait une véritable discrimination (à rebours) » ; PAPAUX VAN DELDEN, Restrictions, note 217.

¹⁹⁹ Déjà soutenu il y a environ dix ans : PAPAUX VAN DELDEN, Influence, p. 270.

²⁰⁰ VASSEUR-LAMBRY, p. 417. Voir également : HAUSER, p. 326. Néanmoins sur l'admission d'un système permettant d'identifier les pères « méritants » vis-à-vis de leur enfant naturel : ACEDH McMichael c. Royaume-Uni du 24 février 1995, série A, n. 307-B, certes déjà contesté à l'époque, cf. SENAËVE, p. 28 ; Requête n. 22920/93, M.B. c. Royaume-Uni, DR 77-B, p. 108.

²⁰¹ *Contra* : MEIER, Zaunegger, p. 255, ch. 5.

²⁰² Le constatant : GALLUS, p. 72.

ou divorcés de l'art. 5 du Protocole n° 7, qui prévoit l'égalité fondamentale des époux notamment quant aux droits parentaux²⁰³.

De la question du partage de l'autorité parentale découle celle du partage de la garde. Le droit à une résidence alternée a accédé selon nous au rang de principe sous le prisme des art. 8 et 14 CEDH, soit à la lumière du droit à l'égalité dans l'effectivité des droits parentaux²⁰⁴. Un tel principe permet d'imposer une garde alternée contre la volonté d'un parent, au nom de l'intérêt de l'enfant, conclusion qui poursuit celle à tirer de l'ACEDH Zaunegger, lequel certes traite du seul partage de l'autorité parentale mais « relativise la portée de l'opposition d'un parent et rappelle que toute décision doit se prendre à l'aune du bien de l'enfant »²⁰⁵. La jurisprudence de Strasbourg remet en cause à notre sens la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle une garde alternée présuppose l'accord des deux parents²⁰⁶. L'arrêt des juges de Mon Repos, qui reste muet sur l'exigence de cet accord et partant pourrait laisser entendre une relativisation de cette condition, suit la bonne direction²⁰⁷.

A la lumière des principes énoncés, la modification en cours du Code civil doit être analysée. Dans le rapport relatif à la révision du Code civil (autorité parentale) et du Code pénal (art. 220), l'instauration de l'autorité parentale conjointe comme principe, tant pour les parents divorcés que pour les parents non mariés, apparaissait comme évidente²⁰⁸. Pour les parents non mariés ensemble, l'avant-projet prévoyait ainsi qu'en cas de reconnaissance, l'autorité parentale était octroyée de plein droit aux deux parents. Cet automatisme était en harmonie avec la jurisprudence strasbourgeoise. La dernière proposition du Conseil fédéral de modifier le Code civil afin que l'autorité parentale soit conjointe indépendamment de l'état civil des père et mère (art. 296 al. 2 P-CC) est à saluer ; le Conseil fédéral revient néanmoins sur l'automatisme dans l'attribution de l'autorité parentale à des parents non mariés dès lors que le père reconnaît l'enfant, en exigeant une déclaration commune (art. 298a P-CC)²⁰⁹. Bien que solution dite évidente, il est renoncé à l'instauration d'une attribution automatique. Le remaniement du projet a pour conséquence que la

²⁰³ HAUSER, p. 324. L'art. 5 du Protocole 7 n'est pas applicable en dehors des liens du mariage, *cf.* également : PETTITI, p. 33, 37 ss sur les garanties spécifiques de cette disposition.

²⁰⁴ A tout le moins en passe de devenir un principe selon GALLUS, p. 75 et HAUSER, p. 328.

²⁰⁵ MEIER, Résumé juillet à octobre 2011, p. 486 *in fine*, lequel ne voit pas en quoi cet ACEDH pourrait imposer une garde alternée, alors qu'il porte à son avis sur l'autorité parentale et non sur la garde effective.

²⁰⁶ TF 5C.11/2006, 9.2.2007 ; TF 5P.345/2005, 23.12.2005 ; TF 5P.103/2004, 7.7.2004.

²⁰⁷ TF 5A_63/2011, 1.6.2011. *Cf.* MEIER *in* RMA 2011, p. 297.

²⁰⁸ Rapport p. 2, *cf.* http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/elterliche_sorge/vn-ber-f.pdf consulté le 9 avril 2012.

²⁰⁹ Message du Conseil fédéral concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale) du 16 novembre 2011 : <http://www.admin.ch/ch/ff/2011/8315.pdf> consulté le 9 avril 2012. Pour le projet, *cf. supra* note 191.

mère seule détient l'autorité parentale si elle est célibataire, comme c'est le cas actuellement (art. 298 al. 1 CC). L'autorité parentale sera partagée uniquement si la mère déclare qu'elle y consent ou si le juge en décide ainsi sur demande du père (art. 298a et 298b P-CC). Or, seules de très fortes raisons peuvent conduire à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur la naissance hors mariage²¹⁰. Là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit en effet agir de manière à permettre l'intégration de plein droit de l'enfant dans la cellule familiale, et ce dès la naissance²¹¹. Dans le projet du Conseil fédéral, le mariage continue à créer une présomption de capacité à la titularité de l'autorité parentale qui ne trouve pas son pendant dans la famille naturelle²¹². En cas de désaccord de la mère, le père supportera la charge probatoire. Or, de la jurisprudence de la Cour EDH se dégage l'exigence d'égalité entre parents légitimes et naturels dans la titularité de l'autorité parentale, et ce même après séparation ; les art. 5 et 18 CDE ne font de surcroît aucune différence entre parents mariés ou concubins s'agissant de la responsabilité commune des père et mère d'élever l'enfant²¹³. Nous regrettons ainsi cette nouvelle teneur.

Enfin, dans le cadre de l'attribution exclusive de l'autorité parentale, les autorités nationales doivent veiller à motiver *in concreto* leur conclusion sans se laisser guider par des appréciations générales et abstraites liées en particulier aux orientations spirituelles, sexuelles ou personnelles du père ou de la mère²¹⁴. L'intérêt supérieur de l'enfant exige un examen du cas particulier à la lumière de la spécificité des circonstances concrètes. Le Tribunal fédéral reconnaît que l'attribution des enfants à l'un des parents en cas de divorce ou de séparation constitue une atteinte grave au droit au respect de la vie familiale de l'autre parent²¹⁵. La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre

²¹⁰ ACEDH Sommerfeld c. Allemagne du 8 juillet 2003, Recueil 2003-VIII, par. 93 ; ACEDH Mazurek du 1^{er} février 2000, Recueil 2000-II, par. 49 ; ACEDH Camp et Bourimi c. Pays-Bas du 3 octobre 2000, Recueil 2000-X, par. 37 s.

²¹¹ Cf. *supra* chap. III, let. B, ch. 2.

²¹² Dénonçant de telles différences : GALLUS, p. 74 ; VASSEUR-LAMBRY, p. 441.

²¹³ Le notant également : GALLUS, p. 75.

²¹⁴ ACEDH Salegueiro Da Silva Mouta c. Portugal du 21 décembre 1999, Recueil 1999-IX, violation des art. 8 et 14 CEDH compte tenu de la distinction fondée sur l'orientation sexuelle ; ACEDH Palau-Martinez c. France du 16 décembre 2003, Recueil 2003-XII et ACEDH Hoffmann c. Autriche du 23 juin 1993, série A, n. 255-C, violation aussi des art. 8 et 14 CEDH, la différence de traitement étant fondée sur l'appartenance à la communauté religieuse des témoins de Jéhovah, cf. BERGER, p. 464 ss, réf. bibliographiques p. 466 s. GALLUS, p. 77 ss ; PETTITI, p. 36 s.

²¹⁵ ATF 136 I 178, c. 5.2, selon lequel en présence de capacités éducatives égales, l'attribution de la garde de l'enfant à la mère ne viole pas l'art. 8 CEDH, quand bien même la mère ne favorise pas les contacts avec le père ; voir le commentaire de cet arrêt par BURGAT *in* RDAF 2011 I 389 s.

parent ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel²¹⁶. Cette pesée concrète des intérêts en présence respecte les exigences de la CourEDH.

2) *Le droit aux relations personnelles et son exécution*

a) Les principes régissant le droit aux relations personnelles

Le droit aux relations personnelles fait partie des droits de la personnalité et du droit au respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH tant du parent que de l'enfant²¹⁷. La CourEDH ont eu maintes occasions de se prononcer sur les obligations positives à la charge des Etats au titre de cette disposition pour faire respecter le droit de l'enfant et du parent à entretenir des relations²¹⁸. L'art. 9 al. 3 CDE oblige de même chaque Etat partie à respecter le droit de l'enfant séparé de ses deux parents, ou de l'un d'eux, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sous la seule réserve de son intérêt supérieur. Les art. 273 et suivants CC concrétisent en droit interne le droit fondamental aux relations personnelles protégé par l'art. 8 par. 1 CEDH et qui peut être limité aux conditions de l'art. 8 par. 2 CEDH. Ce droit n'est en effet pas absolu (*cf.* art. 273 al. 1 *in fine* CC), mais guidé par les exigences du bien de l'enfant²¹⁹.

En cas de séparation parentale, l'art. 8 CEDH inclut ainsi le droit pour le parent non investi du droit de garde de rendre visite à son enfant ou d'avoir des contacts avec lui²²⁰. Le juge en fixant les modalités du droit de visite doit veiller à respecter la situation concrète, en particulier à prévoir un moment compatible avec l'horaire de travail du parent et un lieu adéquat²²¹. Lorsque

²¹⁶ TF 5A_793/2010, 14.11.2011, c. 4.1 ; TF 5A_381/2011, 10.11.2011, c. 3.3.1 ; TF 5A_602/2011, 10.11.2011, c. 2.2 ; TF 5A_831/2010, 14.11.2011, c. 3.1.2 ; ATF 136 I 178, c. 5.3 ; TF 5A_823/2008, 27.3.2009.

²¹⁷ MEIER/STETTLER, p. 398 s, N 689 et note 1480, le Tribunal fédéral ayant admis qu'il s'agissait aussi d'un droit de l'enfant *in* ATF 127 III 295 c. 4.

²¹⁸ Violation de l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Zawadka c. Pologne du 23 juin 2005 et ACEDH Koudelka c. République Tchèque du 20 juillet 2006.

²¹⁹ TF 5A_432/2011, 20.9.2011 c. 2.2 ss, si le Tribunal fédéral examine librement la conformité de la décision à l'art. 8 CEDH, il s'impose une certaine retenue face aux jugements fondés sur le pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure, recours admis en l'espèce vu l'impossibilité de déterminer les éléments qui avaient mené à instituer un droit de visite accompagné limité à 1 jour par mois sur un enfant âgé d'un an.

²²⁰ ACEDH Fourchon c. France du 28 juin 2005, par. 25 ; ACEDH Berrehab c. Pays-Bas du 21 juin 1988, série A, n. 138, par. 20 s. MEYER-LADEWIG, N 53 *ad* art. 8 CEDH.

²²¹ ACEDH Gluhakovic c. Croatie du 12 avril 2011, violation de l'art. 8 CEDH. TF 5A_160/2011, 29.3.2011, pour un droit de visite de 4 heures le soir une fois par mois jugé adéquat ; TF 5A_644/2010, 28.2.2011 : inadéquation d'un droit de visite s'exerçant un week-end sur deux et impliquant un trajet d'environ 850 km en train. Sur le lien entre vacances et droit de visite et la

l'enfant est privé de tout contact avec l'un de ses parents depuis ses premières années, des exigences peu élevées doivent être posées pour modifier le jugement de divorce sur ce point, les démarches introduites par le père constituant un fait nouveau suffisant pour instaurer un droit de visite minimal en vue de permettre à l'enfant de le connaître²²². Les conditions mises à l'exercice du droit de visite aux fins de pallier un risque concret d'enlèvement de l'enfant sont au demeurant compatibles avec l'art. 8 CEDH²²³. Le droit aux contacts personnels sert en priorité l'intérêt de l'enfant, un droit de visite surveillé devant être privilégié par rapport à une suppression totale, qui constitue l'*ultima ratio*²²⁴. L'Etat a en effet également un devoir de protéger l'enfant²²⁵. Ainsi, des mesures d'éloignement fondées sur l'art. 28b CC en raison de violences et de harcèlement impliquent une mise en danger concrète du bien des enfants ; l'autorité ne saurait sans arbitraire attribuer un droit de visite libre et non surveillé au père violent²²⁶. Si des enfants plus âgés refusent la relation personnelle en raison d'expériences violentes, il y a lieu de le respecter²²⁷.

L'enfant n'est certes pas libre de décider s'il veut ou non du droit de visite, en particulier lorsque son choix est fortement influencé par le parent gardien ; son avis doit cependant être pris en compte et il joue un rôle déterminant lorsque l'enfant est déjà âgé²²⁸. Le droit aux relations personnelles étant aujourd'hui reconnu comme aussi lié à la personnalité de l'enfant, les désirs et

licéité d'une réglementation excluant la compensation des jours de visite manqués : TF 5A_381/2010, 21.7.2010.

²²² TF 5A_101/2011, 7.6.2011, c. 3.2.1.

²²³ TF 5A_830/2010, 30.3.2011, c. 5.5 et réf. jurisprudentielles.

²²⁴ TF 5A_716/2010, 23.2.2011 ; TF 5A_101/2011, 7.6.2011 ; TF 5A_833/2010, 3.3.2011 ; TF 5A_92/2009, 22.4. 2009 ; TF 5A_398/2009, 6.8.2009.

²²⁵ ACEDH Z.et autres c. Royaume-Uni du 10 mai 2001, Recueil 2001-V, violation de l'art. 3 CEDH, selon lequel nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, pour ne pas avoir retiré les enfants de la famille. Placement et limitation des droits parentaux justifiés *in* Couillard Maugery c. France du 1^{er} juillet 2004. Sur la suspension du droit de visite fixé par le juge matrimonial en cas de danger grave pour le bien de l'enfant selon l'art. 315a ch. 2 CC : TF 5A_805/2009, 26.2.2010, et pour une mise en œuvre de la clause péril par les services genevois aux fins de prendre à temps les mesures immédiatement nécessaires à la protection de l'enfant : TF 5A_242/2009, 9.9.2009.

²²⁶ TF 5A_377/2009, 3.9.2009.

²²⁷ TF 5A_716/2010, 23.2.2011 : exclusion du droit de visite envers des enfants de 12, 14 et 16 ans.

²²⁸ ACEDH Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994, série A, n. 299-A, par. 61 s : un enfant de 12 ans est suffisamment mûr pour que l'on n'autorise pas des visites contre son gré ; ACEDH Bronda c. Italie du 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, par. 62, où la Cour attache une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, âgée de 14 ans, a toujours manifesté fermement sa volonté de ne pas quitter sa famille d'accueil, l'intérêt de l'enfant l'emportant sur celui de ses grands-parents. Limites de mesures fixées d'autorité sur un enfant de 16 ans : TF 5A_350/2009, 8.7.2009. Respect de la volonté d'enfants de 12 ans et plus *in* TF 5C.298/2006, 21.2.2007, TF 5C.250/2005, 3.1.2006 et TF 5C.293/2005, 6.4.2006. Pour une opposition non suivie d'un enfant de 12 ans : TF 5A_331/2009, 6.7.2009.

opinions justifiés de ce dernier prennent en effet plus d'importance²²⁹. La jurisprudence de la CourEDH en est le témoin²³⁰. Dans l'affaire citée en marge, la portée accordée à la volonté de l'enfant reste néanmoins critiquable, dans la mesure où elle fait subir au père les conséquences préjudiciables d'une situation de fait née de l'inertie procédurale des autorités pendant un délai, de surcroît jugé déraisonnable²³¹. Il convient de se garder de donner à la parole de l'enfant un pouvoir de veto absolu²³². Dans ce sens, la seule volonté de l'enfant, même capable de discernement, ne suffit pas à fonder une modification du jugement de divorce²³³. En outre, dès que l'enfant est capable de discernement, soit en principe dès 12 ans, il peut agir seul en justice pour faire valoir des droits relevant de sa personnalité, dont la réglementation du droit de visite²³⁴.

b) L'exécution du droit aux relations personnelles

Les autorités ont la charge de prendre des mesures suffisantes et adéquates pour faciliter l'exercice des droits parentaux²³⁵. Le droit de visite tel qu'il est prévu doit être respecté au risque de violer les droits de son titulaire. L'effectivité de ce droit conduit la CourEDH à imposer aux Etats une obligation positive de prendre les mesures propres à assurer son exécution. Les juges de Strasbourg ont en effet à cœur de garantir des droits concrets et effectifs, et non pas seulement théoriques et illusoire²³⁶. Les autorités ont ainsi la charge de fixer un calendrier des rencontres ; elles sont responsables de l'ineffectivité des décisions ou mesures qui auraient été prises et ne sauraient se retrancher derrière l'animosité entre les parents et le refus de l'enfant de

²²⁹ MEIER/STETTLER, p. 401 s, N 691 et note 1495. Sur le refus des relations parentales de la part de l'enfant et sur les stratégies de traitement : STAUB, p. 369 ss.

²³⁰ ACEDH Siemianowski du 6 septembre 2005, rejet du recours fondé sur l'art. 8 CEDH car l'enfant, ayant atteint 13 ans, était capable de prendre ses propres décisions quant à ses contacts avec son père, lesquels ne dépendaient alors plus de la seule volonté de la mère.

²³¹ ACEDH Siemianowski du 6 septembre 2005, admission d'une violation de l'art. 6 par. 1 CEDH compte tenu d'une procédure relative au droit de visite ayant duré près de 5 ans. Aussi critique : GALLUS, p. 66.

²³² ACEDH C. c. Finlande du 9 mai 2006 condamnant sur la base de l'art. 8 CEDH le processus décisionnel qui avait donné de fait un droit de veto absolu aux enfants. Sur l'impact de la parole de l'enfant : GALLUS, p. 83 ss.

²³³ TF 5A_697/2009, 4.3.2010, c. 3.2.

²³⁴ ATF 120 Ia 369, c. 1, recourant âgé de 12 ans que l'on attendait contraindre à voir son père. La capacité de discernement peut être acquise plus tôt selon les circonstances, cf. TF 5C.51/2005, 2.9.2005, c. 2.2, à 10 ans et demi sur la base d'une attestation médicale d'un pédopsychiatre.

²³⁵ Mesures jugées insuffisantes entraînant une violation de l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Küçük c. Turquie et Suisse du 17 mai 2011, ACEDH K. c. Slovaquie du 7 juillet 2011 et ACEDH Zoltán Németh c. Hongrie du 14 juin 2011. MEIER/STETTLER, p. 398 s, N 689 note 1481 pour des réf. à l'abondante jurisprudence de la CourEDH en cette matière. Pour une suppression justifiée d'une surveillance du droit de visite : TF 5A_220/2009, 30.6.2009.

²³⁶ ACEDH K.A.B. c. Espagne du 10 avril 2012, par. 96 ; ACEDH Cengiz Kılıç c. Turquie du 6 décembre 2011, par. 124 ; ACEDH Kuşcuoglu c. Turquie du 3 novembre 2011, par. 107. Et ce depuis longtemps : ACEDH Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, série A, n. 32, par. 24 et réf.

voir le parent²³⁷. Il est ainsi attendu de l'Etat que soient prises des mesures pratiques visant à encourager les parties à coopérer dans l'exécution des modalités de visite et à assurer l'assistance d'agents étatiques, au besoin dans l'accompagnement pour l'exercice du droit de visite²³⁸. Partant, la CourEDH procède à un contrôle de l'exécution par les autorités étatiques des décisions de justice octroyant un droit de visite à un parent et elle examine s'il peut être reproché aux autorités une responsabilité fautive dans le défaut d'exécution²³⁹. Les juges de Strasbourg reconnaissent néanmoins que l'obligation à charge des Etats n'est pas absolue ; ils admettent en particulier que des mesures coercitives à l'égard des enfants « ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat »²⁴⁰. La jurisprudence du Tribunal fédéral est peu claire, le recours à la force publique semblant néanmoins exclue depuis une décision de 2007²⁴¹.

Pour la CourEDH, les réserves face à un droit de visite exercé par la contrainte ne valent en revanche pas pour les injonctions à l'intention du parent gardien qui fait obstruction. Il appartient à chaque Etat de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent en vertu de l'art. 8 CEDH, consistant en particulier à permettre le maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents, ce par le biais de mesures incitatives et le cas échéant répressives. Les Etats disposent à cet effet d'une large marge d'appréciation quant au choix des moyens. Le recours à des sanctions ne doit toutefois pas être écarté en cas de comportement manifestement illégal du parent avec lequel vit l'enfant, le caractère adéquat d'une mesure se jugeant également par la rapidité de sa

²³⁷ ACEDH Kuşçuoğlu c. Turquie du 3 novembre 2011 et ACEDH Bove c. Italie du 30 juin 2005 : violation de l'art. 8 CEDH. Décision d'irrecevabilité Zuodar c. Suisse du 7 septembre 2000, pour défaut manifeste de fondement d'une requête tendant à voir dans une décision d'exécution du droit de visite du père à l'encontre de son fils une violation de l'art. 8 CEDH, privant de manière regrettable d'une décision sur le fond, cf. dans ce sens également : HOTTELLIER/MOCK/PUÉCHAVY, p. 196, note 6.

²³⁸ ACEDH Cengiz Kılıç c. Turquie du 6 décembre 2011, sur l'exigence d'une médiation civile déduite de l'art. 8 CEDH ; ACEDH Zawadka c. Pologne du 23 juin 2005 : violation de l'art. 8 CEDH, l'Etat n'ayant pas davantage pu arguer de ce que le requérant avait tenté de faire justice lui-même en enlevant l'enfant pendant plus d'une année.

²³⁹ Violation de l'art. 8 CEDH vu l'observation du droit de visite du père auquel les grands-parents ont fait totale obstruction *in* ACEDH Hokkanen c. Finlande du 23 septembre 1994, série A, n. 299-A, par. 62. Egalement violation de l'art. 8 CEDH *in* ACEDH Fiala c. République Tchèque du 18 juillet 2006, ACEDH Reigado Ramos c. Portugal du 22 novembre 2005 et ACEDH Karadžić c. Croatie du 15 décembre 2005. Violation de l'art. 6 CEDH *in* ACEDH Plasse-Bauer c. France du 28 février 2006 en raison de l'inexécution de l'arrêt de la Cour d'appel concernant les modalités du droit de visite accordé à la requérante. GALLUS, p. 76 et réf. note 38 ; MEYER-LADEWIG, p. 224, N 116 relève qu'il n'est pas rare que si l'art. 8 CEDH est violé, il en va de même de l'art. 6 CEDH.

²⁴⁰ ACEDH Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, par. 70 ; ACEDH Cengiz Kılıç c. Turquie du 6 décembre 2011, par. 124 ; ACEDH Nistor c. Roumanie du 2 novembre 2010, par. 104 ; ACEDH Zavřel c. République Tchèque du 18 janvier 2007, par. 52 ; ACEDH Fiala c. République Tchèque du 18 juillet 2006, par. 100 ; ACEDH Karadžić c. Croatie du 15 décembre 2005, par. 61 ; ACEDH Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, CEDH 2000-I, par. 106.

²⁴¹ TF 5A_107/2007, 16.11.2007. Sur la procédure d'exécution forcée du droit de visite : MEIER/STETTLER, p. 450 ss, N 770 ss et réf. notes 1695 à 1698 à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

mise en œuvre²⁴². Le montant des sanctions doit être suffisamment important pour être susceptible d'amener le parent à changer d'attitude²⁴³. L'inaction est injustifiable ; une mesure coercitive à l'encontre du parent qui fait obstruction, telle une astreinte, doit être prise ou toute autre mesure de nature à faire évoluer la situation de blocage²⁴⁴.

On peut d'ailleurs se demander si de l'ACEDH Nistor ne découle pas une obligation d'exécution du droit de visite. Dans ce cas extrême, une tentative d'exercice forcé de ce droit par huissier judiciaire et avec l'aide de la police échoua ; l'enfant aurait même menacé de se suicider. Il était donc recommandé de ne plus le contraindre à la réalisation du droit de visite. Ce constat aurait cependant dû, non pas arrêter les autorités compétentes dans leurs démarches, mais les motiver pour organiser des contacts préparatoires entre les parties et l'enfant et solliciter davantage le concours de pédopsychiatres ou de psychologues afin de remédier à la situation. Or, aucune mesure n'a été proposée par la suite pour rendre effectif le droit de visite qui n'avait pas été exercé depuis plusieurs mois. La CourEDH, tout en étant consciente que les difficultés provenaient pour une large part de l'animosité entre les parties, note que plus particulièrement lorsque la situation est conflictuelle les autorités sont appelées à intervenir, sans toutefois qu'une obligation de résultat pèse à leur charge. Nonobstant la marge d'appréciation dont jouissent les autorités compétentes en la matière, l'impossibilité pour les requérants d'exercer leur droit de visite s'est analysée en une atteinte disproportionnée au droit au respect de leur vie familiale²⁴⁵.

Or, en Suisse, les praticiens dénoncent qu'une décision, instituant un droit de visite en faveur du parent non gardien et de l'enfant, ne garantit de loin pas, dans tous les cas, que des contacts personnels aient bel et bien lieu²⁴⁶. En règle

²⁴² ACEDH Cengiz Kılıç c. Turquie du 6 décembre 2011, par. 125 et 131 ; ACEDH Kuşçuoğlu c. Turquie du 3 novembre 2011, par. 108 ; ACEDH Mincheva c. Bulgarie du 2 septembre 2010, par. 84 ; ACEDH Zavřel c. République Tchèque du 18 janvier 2007, par. 52 ; ACEDH Fiala c. République Tchèque du 18 juillet 2006, par. 98 ; ACEDH Maire c. Portugal du 26 juin 2003, Recueil 2003-VII, par. 76. S'agissant de la nécessité de prendre des mesures préparatoires : ACEDH Lyubanova c. Bulgarie du 18 octobre 2011, par. 60 ; ACEDH Bergmann c. République tchèque du 27 octobre 2011, par. 59 ; ACEDH Mincheva c. Bulgarie du 2 septembre 2010, par. 83 ; ACEDH Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, CEDH 2000-I, par. 105 et 112.

²⁴³ ACEDH Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, par. 81 ; ACEDH Bordeianu c. Moldavie du 11 janvier 2011, par. 78 ; ACEDH Reigado Ramos c. Portugal du 22 novembre 2005, par. 55 sur le caractère trop modeste de l'amende, inapte à satisfaire les obligations positives au sens de l'art. 8 CEDH.

²⁴⁴ ACEDH Tsikakis c. Allemagne du 10 février 2011, par. 81 s.

²⁴⁵ ACEDH Nistor c. Roumanie du 2 novembre 2010, par. 110. Voir également : ACEDH Bergmann c. République Tchèque du 27 octobre 2011 ; ACEDH Cengiz Kılıç c. Turquie du 6 décembre 2011 et ACEDH Kuşçuoğlu c. Turquie du 3 novembre 2011. Pour un cas récent à la conclusion opposée : ACEDH Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012.

²⁴⁶ Sur les critiques de la pratique s'agissant du respect du droit de visite et de l'absence de véritables sanctions, *cf.* Rapport de synthèse portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs, publié en mai 2005 par l'OFJ, ch. 11.8. MEIER/STETTLER, p. 450, note 1692.

générale, l'exécution du droit de visite se limite en pratique à une injonction par l'autorité²⁴⁷, voire sous la menace de peine fondée sur l'art. 292 du Code pénal (ci-après : CP)²⁴⁸, soit une amende en cas de récidive.

L'Etat, en particulier par le biais des autorités tutélaires, doit tout entreprendre pour faire comprendre au parent réfractaire l'importance de relations personnelles continues et harmonieuses avec l'enfant²⁴⁹. Le parent négligent peut être rappelé à ses devoirs par l'autorité tutélaire au sens des art. 307 CC et 273 al. 2 CC, lorsque le non-exercice du droit de visite porte préjudice à l'enfant ; on est toutefois loin d'une exécution forcée et une telle approche ne suffit pas au titre des obligations positives découlant de l'art. 8 CEDH²⁵⁰. Le Tribunal fédéral s'est récemment montré plus directif dans deux arrêts ordonnant aux parents sur la base de l'art. 307 al. 3 CC, et sous les peines de droit pénal, dans le cadre de mesures de protection de l'enfant même contre l'avis d'un des deux parents, et dans une procédure de divorce à une mère, de suivre une thérapie spécialisée²⁵¹. Il a également précisé qu'une curatelle éducative pour la surveillance des relations personnelles au sens de l'art. 308 CC devrait toujours être instituée en présence d'un grave danger que des difficultés surgissent dans l'exercice du droit de visite²⁵². La direction prise par ces décisions est appuyée par la jurisprudence de Strasbourg. Un retrait du droit de garde en raison de difficultés dans l'exercice du droit de visite peut également être prononcé dans le respect du principe de proportionnalité²⁵³. Lorsqu'un déménagement met le bien de l'enfant sérieusement en danger, l'autorité tutélaire a en outre la faculté d'interdire le départ à l'étranger sur la base de l'art. 307 al. 3 CC²⁵⁴. En doctrine, des mesures sont proposées pour

²⁴⁷ TF 5A_656/2010, 13.1.2011 : suspension du droit de visite pour 6 mois dans le but d'un retour à la normale, menace de mesures complémentaires des art. 273 al. 2 et 307-311 CC. Sur l'insuffisance d'une injonction : ACEDH Cengiz Kiliç c. Turquie du 6 décembre 2011, par. 131 *in fine*.

²⁴⁸ RS 311.0. Le CP date du 21 décembre 1937 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1942.

²⁴⁹ GUGLIEMONI/MAURI/TREZZINI, p. 45 ss.

²⁵⁰ *Kantonsgericht St. Gallen* du 11 mai 2009, BF.2009.5 (SG) *in Fampra* 2009, p. 1085 : les instructions au sens de l'art. 273 al. CC, ayant pour objet d'inciter les parents à faire preuve de manière générale d'un bon comportement l'un envers l'autre ainsi qu'envers le curateur, ne sont ni nécessaires ni efficaces ; la menace de sanctions pénales liées à celles-ci viole ainsi le principe de la légalité des délits et des peines.

²⁵¹ Respectivement : TF 5A_457/2009, 9.12.2009, c. 4.3 et TF 5A_140/2010, 11.6.2010, c. 3 : obligation de suivre une thérapie auprès d'un thérapeute spécialisé dans le *Parental Alienation Syndrom* (PAS). Voir également : TF 5A_615/2011, 5.12.2011.

²⁵² TF 5A_793/2010, 14.11.2011, c. 5.

²⁵³ TF 5A_238/2010, 11.6.2010 où il est renoncé à une telle mesure. Sur le lien entre des enfants victimes du *Parental Alienation Syndrome* et le transfert du droit de garde : TF 5A_354/2010, 6.4.2011. La CourEDH accepte l'application de ce syndrome : ACEDH Zavřel c. République Tchèque du 18 janvier 2007, par. 52 ; ACEDH Koudelka c. République Tchèque du 20 juillet 2006, par. 62. Cette théorie ne fait toutefois pas l'unanimité, cf. pour les plus extrêmes réserves : MEIER/STETTLER, p. 451 ss, N 771 et note 1703.

²⁵⁴ ATF 136 III 353, c. 3.3, JdT 2010 I 491. Des circonstances particulières mettant en danger le bien de l'enfant doivent être établies pour que le dépôt du passeport soit ordonné : TF 5A_425/2011,

tendre à l'exercice effectif du droit de visite, comme l'augmentation ponctuelle de la pension alimentaire ou des dommages et intérêts, en particulier si le parent gardien doit recourir à une garde extérieure pour pallier les carences du titulaire du droit²⁵⁵.

Enfin, l'enfant fait l'objet d'une protection du droit pénal. Les art. 123 ch. 2 al. 2 et 126 al. 2 CP prévoient une protection particulière pour l'enfant sur lequel sont commises des lésions corporelles simples ou des voies de fait ; une violation du devoir d'éducation tombe au demeurant sous le coup de l'art. 219 CP si le comportement délictueux met en danger le développement physique ou psychique du mineur²⁵⁶. Il est controversé de savoir si le refus du droit de visite constitue une violation de l'art. 219 CP ; le Conseil fédéral l'admet si le développement physique ou psychique de l'enfant devait être perturbé par un tel comportement²⁵⁷. Sous cette réserve, le droit pénal suisse ne permet pas de sanctionner le détenteur de l'autorité parentale ou le tuteur qui ne respecte pas le droit de visite de l'ayant droit. Or, pour satisfaire aux exigences de la jurisprudence strasbourgeoise, les injonctions faites au parent gardien de permettre l'exercice du droit de visite, le cas échéant sous menace des peines de l'art. 292 CP²⁵⁸, nous apparaissent insuffisantes, alors que le recours aux sanctions pénales reste de surcroît en pratique exceptionnel²⁵⁹. Une frilosité certaine entoure en effet la présente problématique ; l'idée reste largement ancrée qu'un droit de visite de qualité ne saurait être imposé par la contrainte²⁶⁰. Il est trop rapidement admis, à notre sens, que l'exécution forcée du droit de l'enfant contre la volonté du parent serait contraire à l'intérêt du mineur²⁶¹.

Il n'est en conclusion pas certain que, sans une meilleure utilisation de l'art. 292 CP, soit une réelle mise à l'amende, d'un montant qui soit dissuasif, du parent qui a la garde de l'enfant et qui entrave le droit de visite, la jurisprudence de la CourEDH soit respectée. L'avant-projet de révision du Code pénal qui modifiait l'art. 220, en permettant que soit également

8.8.2011. Voir également : TF 5A_483/2011 et 5A_504/2011, 31.10.2011 ; TF 5A_643/2011, 22.11.2011.

²⁵⁵ BÜCHLER/WIRZ, N 8 ss *ad* art. 273 ; SCHWENZER, BSK ZGB-I, N 16 *ad* art. 275. Pour des recherches de solution en cas de conflits aigus : GABAGLIO, p. 923 ss ; VOGEL STRÄSSLER, p. 47 ss.

²⁵⁶ TF 6B_539/2010 du 30 mai 2011 pour un cas de violation de l'art. 219 CP.

²⁵⁷ Rapport du Conseil fédéral en marge de la révision du droit de l'autorité parentale, ch. 2.3 *cf.* www.admin.ch/ch/f/jg/pc/documents/1661/Bericht.pdf consulté le 14 avril 2012. *Contra* : MEIER/STETTLER, note 1489 *in fine*.

²⁵⁸ Les obligations à respecter doivent alors être décrites avec précision, *cf.* ATF 127 IV 119, c. 2a. *Cf. supra* note 250.

²⁵⁹ MEIER/STETTLER, p. 448 s, N 769 et 453, note 970 *in fine*. Il s'agit surtout de poursuites fondées sur l'art. 220 CP relatif à l'enlèvement : TF 6B_168/2007, 24.8.2007 ; ATF 128 IV 154, JT 2005 IV 165 ; ATF 125 IV 14, JT 2000 IV 29.

²⁶⁰ MEIER/STETTLER, p. 399 s, N 690 et notes 1484, 1489 s. Très critique quant à l'absence de contrainte légale : BUCHER, p. 45 ss.

²⁶¹ Message CDE *in* FF 1994 V p. 34 s.

punissable celui qui refuse sans raison justifiée de confier un mineur au détenteur du droit de visite, était en phase avec les exigences de la CourEDH en la présente matière²⁶² ; le projet fait toutefois marche arrière et s'en tient au *statu quo*.

V. Conclusion

L'idée selon laquelle le droit de la famille relèverait de la compétence exclusive des Etats doit être définitivement battue en brèche. Elle est en effet magistralement démentie par l'analyse de la jurisprudence de la CourEDH. Celle-ci témoigne du souci de faire protéger la vie familiale et son effectivité par les Etats, lesquels conservent toutefois en principe le choix des moyens à mettre en œuvre pour ce faire.

La CourEDH a pour mission d'interpréter de façon évolutive la Convention pour juger de la conformité des législations nationales à ce texte. Si ce travail d'interprétation est parfois limité par les divergences des droits internes et donc par l'absence de consensus, il n'en demeure pas moins qu'elle a accompli un travail considérable pour la reconnaissance des droits des enfants, en particulier par le biais du principe de l'égalité des filiations et la consécration de l'égalité parentale. Un droit supranational européen de la famille, auquel il convient d'apporter une attention suffisante, se profile.

Aujourd'hui, il peut être affirmé que toute forme de vie familiale, et à notre sens cette affirmation s'appliquera dans un avenir pas si lointain également aux couples homosexuels, est protégée de façon égale au plan de l'intégration de l'enfant, de la protection de son lien avec chacun de ses parents, ce qui implique le maintien de ce lien au-delà de la rupture du lien « conjugal », pris dans son sens le plus large²⁶³. La jurisprudence de la CourEDH permet également de conclure à une égalité de principe entre père et mère quant à la titularité des droits parentaux et à leur exercice effectif, nonobstant la séparation.

Le droit européen de la famille tel qu'il se dessine au travers des arrêts de la CourEDH est coordonné autour de principes forts et clairs : l'égalité des filiations et l'intérêt supérieur de l'enfant. Si un consensus en droit suisse quant à l'application de ces principes existe, leur mise en œuvre mérite quelque évolution, en particulier en matière d'établissement et de contestation du lien de filiation. L'égalité des effets du lien de filiation quel que soit son mode de création mérite également encore une oreille attentive.

²⁶² www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1661/Vorlage_Code_civile.pdf consulté le 14 avril 2012.

²⁶³ Dans ce sens : GALLUS, p. 87.

Bibliographie :

- AEBI-MÜLLER Regina, Persönlichkeitsschutz und Genetik : einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrechts, *in* RSJB 144 (2008), n. 2, p. 82-125
- AEMISEGGER Heinz, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, *in* Jusletter du 20 juillet 2009
- A MARCA Jean-Christophe, *in* Code civil I, (Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX, éd.), Genève 2010 (A MARCA, CR-CC)
- AMSTUTZ Esther, Thomas GÄCHTER, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, *in* Jusletter du 31 janvier 2011
- AUBERT Jean-François, La Constitution fédérale et les unions d'homophiles, Avis de droit adressé à l'Office fédéral de la Justice, avril 1998 (AUBERT, Avis de droit)
- AUBERT Jean-François/MAHON Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003
- AUER Andreas/MALINVERNI Giorgio/HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, volume I : l'Etat, 2^e éd., Berne 2006
- AZOUX BACRIE Laurence, Du consentement à la procréation médicalement assistée et de son retrait : une approche contestable, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 91-104
- BAUMANN Robert, Die Tragweite der Schubert-Praxis, *in* PJA 19 (2010), n. 8, p. 1009-1019
- BERGER Vincent, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 12^e éd., Paris 2011
- BESSON Samantha, Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l'homme, *in* Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme, (Franz WERRO éd.), Genève Zurich Bâle 2006, p. 1-45
- BIAGGINI Giovanni, BV : Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2007
- BIDERBOST Yvo, Findelkinder : Gedanken zum Thema aus juristischer Sicht : hier und dort angereichert durch die drei letztjährigen Fälle, insbesondere desjenigen im Zürcher Universitätsspital, *in* RDT 54 (1999), n. 2, p. 49-74

- BUCHER Andreas, Aspects internationaux du nouveau droit du divorce, *in* SJ 2001 II p. 25-64
- BÜCHLER Andrea, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, *in* FamPra.ch 6 (2005), n. 3, p. 437-470
- BÜCHLER Andrea, Annatina WIRZ, *in* Fam Kommentar Scheidung, Stämpfli 2011
- CONSEIL FEDERAL, Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre le droit international et le droit interne, du 5 mars 2010, FF 2010 2067-2144 <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2010/2067.pdf> consulté le 15 avril 2012 (CONSEIL FEDERAL, Rapport 2010)
- COPUR Eylem, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Kindeswohl, thèse, Berne 2008 (COPUR, Kindeswohl)
- Homoparentalité, *in* Droits des gays et des lesbiennes en Suisse, (Andreas ZIEGLER *et al.*, éd.), Berne 2007, p. 283-307 (COPUR, Homoparentalité)
 - Die Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung, *in* PJA 20 (2011), n. 11, p. 1436-1444 (COPUR, Orientierung)
- DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, Conclusions, *in* Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric SUDRE éd.), Bruxelles 2002, p. 387-407
- DÖRR Bianka/MICHEL Margot, Beschränkte Zulassung der Präimplantationsdiagnostik : Aktuelle Entwicklungen in der Schweiz und in Deutschland, *in* Jusletter du 29 août 2011
- FANKHAUSER Roland/WÜSCHER Kathrin, Die neuen Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes, *in* FamPra.ch 9 (2008), n. 4, p. 750-771
- FISCHER Cora, Suppression du lien de filiation en cas de mariage de complaisance, *in* Bulletin suisse des droits de l'enfant 15 (2009), n. 1, p. 12
- FOUNTOULAKIS Christiana, L'impact de la procréation médicalement assistée sur l'établissement et la destruction du lien de filiation, *in* FamPra.ch 12 (2011), n. 2, p. 247-269
- GABAGLIO Franziska *et al.* (éditrices), Neue Wege für Hochkonfliktfamilien in Trennung und Scheidung, *in* RSJB 147 (2011), n. 11, p. 923-932
- GALLUS Nicole, La séparation du couple, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 55-87

- GOUTTENOIRE Adeline, La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Informations sociales 5/2008, n. 149, p. 40-51
- GRABENWARTER Christoph/PABEL Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention : ein Studienbuch, 5^e éd., Bâle 2012
- GROSSEN Jean-Michel, Père de droit et père de fait : sur trois arrêts concernant la filiation paternelle de l'enfant adultérin non désavoué, *in* Famille et droit, mélanges offerts à Bernhard Schnyder à l'occasion de son 65^e anniversaire, Fribourg 1995, p. 315-323
- GRÜTTER Myriam/SUMMERMATTER Daniel, Das Partnerschaftsgesetz, *in* FamPra.ch 5 (2004), n. 3, p. 449-474
- GUGLIELMONI Mario/MAURI Lorenzo/TREZZINI Francesco, Besuchsrecht und Kinderzuteilung in der Scheidung : zur Aufgabe von Dogmen und zur Begehung neuer konstruktiver und evolutiver Wege, *in* PJA 8 (1999), n. 1, p. 45-59
- GUILLOD Olivier, *in* Code civil I, (Pascal PICHONNAZ et Bénédicte FOËX, éd.), Genève 2010 (GUILLOD, CR-CC)
- GUILLOD Olivier, Sabrina BURGAT, Les actions tendant à la destruction du lien de filiation, spécialement l'action en désaveu de paternité, *in* Quelques actions en annulation, Neuchâtel 2007, p. 1-49
- HANGARTNER Yvo, *in* Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar (Bernhard EHRENZELLER, Philippe MASTRONARDI, Rainer J. SCHWEIZER, Klaus A. VALLENDER, éd.), 2^e éd., Zurich 2008 (HANGARTNER, BV-Kommentar)
- Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, *in* PJA 10 (2001), n. 3, p. 252-263 (HANGARTNER, Paare)
- HAUSER Jean, L'égalité des parents en cas de séparation, *in* Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric SUDRE éd.), Bruxelles 2002, p. 315-334
- HEGNAUER Cyril, Interesse des Kindes an der Anfechtung eines unwahren Kindesverhältnisses, *in* RDT 64 (2009) p. 377-379 (HEGNAUER, Interesse)
- Die Entstehung des Kindesverhältnisses : Art. 252-269c ZGB, *in* BK-Kommentar, (Heinz HAUSHEER *et al.*, éd.), Berne (HEGNAUER, BK-K)

- HERINGA Aalt Willem/ZWAAK Leo, *ad art. 8 ECHR, in Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Pieter VAN DIJK *et al.*, éd.), 4^e éd., Antwerpen Oxford 2006
- HOCHL Karin, *Gleichheit - Verschiedenheit: die rechtliche Regelung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in der Schweiz im Verhältnis zur Ehe*, St Gall 2002
- HOTTELIER Michel, *Constitution et famille(s)*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2008, vol. 24, p. 341-354 (HOTTELIER, *Constitution*)
- *Couples de concubins et adoption: une avancée jurisprudentielle originale*, in *Jusletter 6 octobre 2008* (HOTTELIER, *Jusletter 2008*)
- HOTTELIER Michel, Hanspeter MOCK, Michel PUECHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Genève Zurich Bâle 2011
- JÄGGI Matthias, *EGMR-Entscheid Paulik v. Slovakia: Ein weiteres Urteil über die Abstammung*, in *Jusletter 25 juin 2007*
- KARPENSTEIN Ulrich/MAYER Franz, *EMRK: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*, Munich 2012
- KILKELLY Ursula, *The child and the European Convention on Human Rights*, Aldershot 1999
- KUHN Mathias, *Recht auf Kinder? Der verfassungsrechtliche Schutz des Kinderwunschs*, Zurich 2008
- LEVINET Michel, *La définition de la vie familiale dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme*, (Franz WERRO éd.), Genève Zurich Bâle 2006, p. 53-80 (LEVINET, *Définition*)
- *Couple et vie familiale*, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, (Frédéric SUDRE éd.), Bruxelles 2002, p. 107-160 (LEVINET, *Couple*)
- MARGUENAUD Jean-Pierre, *La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 15-27

- MATSCHER Franz, *Wie sich die 1950 in der EMRK festgeschriebenen Menschenrechte weiterentwickelt haben*, in *Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat*, Liber amicorum Luzius Wildhaber, Zurich 2007, p. 437-455
- MEIER Philippe, *L'autorité parentale conjointe, L'arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne - quels effets sur le droit suisse?* in *RMA 65* (2010), n. 3, p. 246-256 (MEIER, Zaunegger)
- *Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) mars à juin 2010*, in *RMA 65* (2010), n. 4, p. 292-311 (MEIER, Résumé mars à juin 2010)
 - *Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) juillet à octobre 2010*, in *RMA 65* (2010), n. 6, p. 445-461 (MEIER, Résumé juillet à octobre 2010)
 - *Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) novembre 2010 à février 2011*, in *RMA 66* (2011), n. 2, p. 116-136 (MEIER, Résumé novembre 2010 à février 2011)
 - *Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) mars à juin 2011*, in *RMA 66* (2011), n. 4, p. 288-311 (MEIER, Résumé mars à juin 2011)
 - *Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) juillet à octobre 2011*, in *RMA 66* (2011), n. 6, p. 471-492 (MEIER, Résumé juillet à octobre 2011)
- MEIER Philippe/CARANDO Laura, « Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse » ? in *Jusletter* 14 février 2011
- MEIER Philippe/STETTLER Martin, *Droit de la filiation*, 4^e éd., Genève 2009
- MESSAGE sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant du 29 juin 1994, FF 1994 V p. 1 ss (Message CDE)
- MESSAGE relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 29 novembre 2002, FF 2003 I p. 1192 ss (Message LPart)
- MEYER-LADEWIG Jens, *Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 3^e éd., Baden-Baden 2011
- MÜLLER Jörg Paul/SCHEFER Markus, *Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^e éd., Berne 2008
- MURAT Pierre, *Filiation et vie familiale*, in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, (Frédéric SUDRE éd.), Bruxelles 2002, p. 161-208

- PAPAU VAN DELDEN Marie-Laure, *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*, thèse, Genève 2002 (PAPAU VAN DELDEN, Osmose)
- Osmose des modèles familiaux et droits de la personne, *in* Les droits de l'homme au centre, (Samantha BESSON, Michel HOTTELIER, Franz WERRO, éd.), Genève 2006, p. 377-413 (PAPAU VAN DELDEN, Droits)
 - Mariages fictifs, *in* Jusletter 22 octobre 2007 (PAPAU VAN DELDEN, Jusletter 2007)
 - Le droit au mariage et à la famille : contours et implications en droit civil, *in* FamPra.ch 12 (2011), n. 2, p. 321-348 (PAPAU VAN DELDEN, Implications)
 - Le droit au mariage et à la famille : analyse critique des restrictions, *in* FamPra.ch 12 (2011), n. 3, p. 589-632 (PAPAU VAN DELDEN, Restrictions)
- PETITTI Christophe, *L'égalité entre époux*, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 29-46
- PIFFNER Brigitte/BOLLINGER Suzanne, *Ausweitung konventionsgeschützter Rechte durch den EGMR und Probleme der innerstaatlichen Umsetzung*, *in* Jusletter 21 novembre 2011
- PICHONNAZ Pascal, *Le partenariat enregistré : sa nature et ses effets*, *in* RDS 123 (2004), n. 1, p. 389-433
- RENCHON Jean-Louis, *Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme*, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 145-168
- REUSSER Ruth, *in* Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, (Bernhard EHRENZELLER, Philippe MASTRONARDI, Rainer J. SCHWEIZER, Klaus A. VALLENDER, éd.), 2^e éd., Zurich 2008
- RIGAUX François, *Le droit de connaître ses origines*, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 105-111
- RÜTSCHKE Bernhard/WILDHABER Isabelle, *Verbote der Eispende und der Samenspende für In-Vitro-Fertilisation verletzen Art. 14 EMRK i. V. m. Art. 8 EMRK*, *in* PJA 19 (2010), n. 6, p. 803-808

- SANDOZ Suzette, Adoption d'un majeur par une personne seule ou les « vagues » de l'affaire Emonet, *in* Private law : national, global, comparative : Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Berne 2011, p. 1485-1498
- SCHÖBI Felix, Stiefkindadoption und Konkubinatsverhältnis : Bemerkungen zum Urteil des EGMR vom 13. Dezember 2007 i.S. Emonet et al. gegen die Schweiz (3905/03), *in* Recht 26 (2008), n. 3, p. 99-108
- SCHÜRMAN Frank, Adoption im Konkubinatsverhältnis : zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Emonet u.a. gegen die Schweiz vom 13. Dezember 2007, *in* RSJB 144 (2008), n. 3, p. 262-267 (SCHÜRMAN, Adoption)
- Prozessbevollmächtigter der schweizerischen Regierung vor dem EGMR, Wichtige Schweizer Fälle in der neueren EGMR-Rechtsprechung, *in* La CEDH et la Suisse : exposés du séminaire du 5 juin 2009 à Berne, (Stephan BREITENMOSE et Bernhard EHRENZELLER., éd.), Saint Gall 2010, p. 107-123 (SCHÜRMAN, Regierung)
- SCHWEIGHAUSER Jonas, *in* Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, (Thomas GEISER *et al.*, éd.), Zurich 2007
- SCHWEIZER Rainer, Recht auf Ehe und Familie, *in* Handbuch der Grundrechte in Österreich, der Schweiz und in Liechtenstein, (Detlef MERTEN et Hans-Jürgen PAPIER, éd.), Heidelberg 2007, p. 327-349
- SCHWENZER Ingeborg, *in* Basler Kommentar, 4^e éd., Bâle 2010 (SCHWENZER, BSK ZGB-I)
- *in* Fam Kommentar Eingetragene Partnerschaft, Berne 2007 (SCHWENZER, FamKomm PartG)
- SENAEVE Patrick, Le lien de filiation et les droits de l'homme, *in* Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation, actes du 2^e Colloque de droit européen, 15-17 septembre 1997, Strasbourg 1999, p. 11-33
- SPRECHER Franziska, Die Stellung des Kindes in der EMRK, *in* 30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz : Erfahrungen und Perspektiven, Berne 2005, p. 289-308
- STAUB Liselotte, Kontaktwiderstände des Kindes nach der Trennung der Eltern : Ursache, Wirkung und Umgang, *in* RMA 65 (2010), n. 5, p. 349-362

- SUDRE Frédéric, La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric SUDRE éd.), Bruxelles 2002, p. 11-54 (SUDRE, Construction)
- Les « obligations positives » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, (Paul MAHONEY *et al.*, éd.), Cologne Berlin 2000, p. 1359-1376 (SUDRE, Obligations)
- TIGROUDJA Hélène, La discrimination entre enfants, *in* Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, (Frédéric KRENC et Michel PUECHAVY, éd.), Bruxelles 2008, p. 127-141
- VAN DIJK Peter, *ad art. 12 ECHR*, *in* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, (Pieter VAN DIJK *et al.*, éd.), 4^e éd., Antwerp Oxford 2006
- VANWINCKELEN Koen, Die Entscheidung Fretté und das europäische Familienrecht : Der EuGHMR fällt aus seiner (Vorreiter-)Rolle, *in* FamPra.ch 4 (2003), n. 3, p. 574-587
- VASSEUR-LAMBRY Fanny, La famille et la Convention européenne des droits de l'homme, Paris 2000
- VOGEL STRÄSSLER Renate, Interdisziplinäre Zusammenarbeit im Umgang mit strittigen Besuchsrechts *in* RMA 65 (2010), n. 1, p. 47-53
- WILDHABER Luzius/BREITENMOSER Stephan, Kommentierung des Artikels 8, *in* Internationaler Kommentar zur EMRK, (Heribert GOLSONG *et al.*, éd.), 2^e éd., Cologne Berlin 2002
- WITTINGER Michaela, « Europäisches Familienrecht » : Die familienrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in jüngerer Zeit - Altbekanntes und Neues, *in* FamPra.ch 10 (2009), n. 1, p. 84-111

L'enlèvement international d'enfants : deux ans d'expérience avec la loi fédérale et développements récents à l'étranger

JOËLLE KÜNG¹

I. Introduction

La présente contribution se base sur la présentation donnée lors de la Journée de droit civil de l'Université de Genève en juin 2011, soit près de deux ans après l'entrée en vigueur en Suisse de la Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (LF-EEA)². Cette loi porte principalement sur la mise en œuvre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH 80)³ ainsi que sur la mise en œuvre de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH 96)⁴, entrée en vigueur pour la Suisse le même jour que la LF-EEA, soit le 1^{er} juillet 2009.

Le temps semble dès lors opportun pour détailler, bien que de manière restreinte, la nouvelle jurisprudence liée à l'entrée en vigueur de la LF-EEA et son impact sur les procédures de retour d'enfants selon la CLaH 80.

Après un bref exposé de statistiques récentes concernant l'application au niveau mondial et suisse de la CLaH 80 (II), la section III portera sur quelques généralités concernant la CLaH 80 : conditions, exceptions au retour et notions clé. La section suivante (IV) traite du cœur du sujet : l'application de la LF-EEA et plus particulièrement des quatre sujets suivants : la concentration d'instances, la conciliation ou médiation obligatoire, la représentation de l'enfant et l'exécution de la décision de retour. Enfin, une dernière partie (V) présentera quelques développements récents à l'étranger, à savoir de la jurisprudence étrangère notable, la Sixième réunion de la Commission spéciale

¹ Le point de vue présenté ici est celui de l'auteure. Les références ont été arrêtées à janvier 2012.

² RS 211.222.32, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009.

³ RS 0.211.230.02, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1984.

⁴ RS 0.211.231.011, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2009.

sur le fonctionnement pratique de la CLaH 80 et la CLaH 96 et un très bref aperçu de la CLaH 96.

II. Quelques statistiques

A) *Statistiques globales*

En préparation de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la CLaH 80 et de la CLaH 96, dont la première partie s'est tenue à La Haye en juin 2011, le Professeur Nigel Lowe de l'Université de Cardiff a établi une « Analyse statistique des demandes déposées en 2008 en application de la Convention de 1980 » (ci-après « le rapport »)⁵. C'est la troisième fois que le Prof. Lowe et son équipe présentent une analyse détaillée basée sur des données fournies par les États contractants à la CLaH 80. Les précédentes enquêtes concernaient les années 1999 et 2003. Sur les 81 États parties à la CLaH 80, 60 ont rempli le questionnaire du Prof. Lowe.

Il ressort du rapport que des informations détaillées ont été communiquées portant sur un total de 1965 demandes de retour⁶. Sur cette base, le rapport estime à un maximum de 2080 le nombre de demandes de retour envoyées en 2008 entre États contractants, ce qui représente une augmentation de 45% des demandes de retour par rapport à 2003⁷. L'augmentation qui avait été estimée en 2003 par rapport à 1999 était de 14%.

L'enlèvement ou non-retour d'un enfant est majoritairement le fait de la mère, dans 69% des cas, un chiffre constant avec les précédentes analyses de 2003 et 1999⁸. Les demandes de retour concernent en moyenne 1.38 enfant, soit un total de 2703 enfants concernés par les 1965 demandes de retour. Le pourcentage global de retours est de 46% et comprend 19% de retours volontaires et 27% de retours ordonnés par décision judiciaire. Enfin, environ 44% des demandes de retour en 2008 ont été réglées en justice.

⁵ Document préliminaire No 8A de mai 2011 à l'attention de la Commission spéciale de juin 2011, consultable en ligne sur le site www.hcch.net sous « Espace enlèvement d'enfants », puis « Commissions spéciales sur le fonctionnement de la Convention » et « Documents préliminaires ».

⁶ Le questionnaire portait également sur les demandes en protection du droit de visite en vertu de l'art. 21 de la CLaH 80, qui selon le rapport se sont portées à 361 en 2008.

⁷ Para. 26 et 27.

⁸ Para. 11.

B) *Statistiques suisses*

L'Office fédéral de la justice (OFJ), en tant qu'Autorité centrale suisse sous la CLaH 80, publie chaque année ses statistiques concernant les demandes de retour traitées⁹. En 2010, l'OFJ a transmis 59 demandes de retour à d'autres États contractants et a reçu 42 nouvelles demandes de retour de la part d'autres États contractants. L'enlèvement ou non-retour a été dans 71% des cas le fait de la mère, un chiffre proche des statistiques globales évoquées ci-dessus. La tendance générale est à la hausse du nombre de demandes de retour, particulièrement concernant les cas d'enlèvement de l'étranger vers la Suisse¹⁰.

III. La Convention de La Haye de 1980

A) *Généralités*

La CLaH 80, conclue le 15 octobre 1980 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1984, est une convention d'entraide entre États signataires. Dans le but de protéger les enfants au plan international contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites, la CLaH 80 met en place des procédures et mécanismes de coopération en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle ainsi que d'assurer la protection du droit de visite. Au 31 décembre 2011, la CLaH 80 comptait 87 États contractants¹¹. En Suisse, l'Office fédéral de la justice (OFJ) est l'autorité centrale fédérale pour la CLaH 80 (cf. art. 1 LF-EEA). Le site internet de la Conférence de La Haye contient une section spécialisée consacrée à la CLaH 80 avec de nombreuses informations, dont une bibliographie, des versions pdf des divers Guides de bonnes pratiques édités ainsi que les coordonnées de toutes les autorités centrales.

B) *Conditions de la Convention*

Un bref rappel des conditions posées par la CLaH 80 pour requérir et ordonner le retour d'un enfant s'impose.

⁹ Les statistiques de l'OFJ sont consultables sur son site internet www.ofj.admin.ch dans la rubrique « Thème » puis « Société », « Enlèvement international d'enfants » et « Statistique ».

¹⁰ Passant de 18 demandes en 2003 à 33 demandes en 2011, données disponibles sur le site internet de l'OFJ, *ibidem*.

¹¹ Andorre, la Fédération de Russie et la Guinée sont les derniers États à avoir adhéré à la CLaH 80.

La première condition est celle de l'âge de l'enfant, qui doit être âgé de moins de 16 ans (art. 4 CLaH 80).

La deuxième condition est que l'enfant ait eu sa résidence habituelle (cf. *infra* III.D.3) dans un État contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde (art. 4 CLaH 80), et que l'enfant ait été enlevé ou retenu dans un autre État contractant (art. 1 CLaH 80). La nationalité ne joue aucun rôle dans l'application de la Convention.

Enfin, la dernière condition concerne le requérant : le déplacement ou non-retour d'un enfant est considéré comme illicite lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (art. 3 lit. a CLaH 80, cf. *infra* III.D.2). De plus, ce droit de garde, au sens de l'art. 5 de la Convention, devait être exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus (art. 3 lit. b CLaH 80)¹².

Si les conditions posées par la Convention sont remplies, l'autorité judiciaire saisie de la requête doit ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'une des exceptions prévue par la CLaH 80 ne s'applique (art. 12 CLaH 80).

C) *Exceptions au retour*

La CLaH 80 prévoit une série d'exceptions au principe du retour immédiat de l'enfant.

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 CLaH 80, le tribunal saisi du retour peut renoncer à ordonner le retour de l'enfant si une période de plus d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant le tribunal compétent, et qu'il est établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (art. 12 par. 2 CLaH 80).

Le juge saisi de la requête de retour peut également renoncer à ordonner le retour de l'enfant si une des exceptions de l'article 13 est remplie. La première hypothèse (art. 13 al. 1 lit. a CLaH 80) est celle du consentement ou de l'acquiescement a posteriori au déplacement ou non-retour de la part de la personne qui avait le soin de la personne de l'enfant (au sens de l'art. 3 et 5 CLaH 80)¹³. Le premier alinéa traite également de l'hypothèse dans laquelle

¹² La question de l'exercice effectif du droit de garde a été soulevée dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 février 2011, 5A_27/2011, c. 5.

¹³ Cf. par exemple l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 mars 2011, 5A_119/2011, c. 6 ; arrêt du 25 mai 2011, 5A_257/2011, c. 3 ; arrêt du 21 février 2011, 5A_27/2011, c. 6 ; arrêt du 31 août 2010, 5A_520/2010, c. 3 ; arrêt du 10 août 2010, 5A_535/2010, c. 5.

cette personne n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour¹⁴.

Le deuxième cas de figure visé par l'article 13 à l'alinéa 1 *litera* b est celui du « risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ». Deux arrêts récents du Tribunal fédéral se sont penchés sur cette question mais ont rejeté l'application de cette exception dans ces cas concrets, illustrant l'application restrictive faite de cet article¹⁵.

La troisième exception prévue par l'article 13 est celle de l'opposition de l'enfant au retour. L'alinéa 2 prévoit ainsi que l'autorité saisie de la requête de retour peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant « si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion ». Un arrêt du Tribunal fédéral du 11 janvier 2010 a rappelé la jurisprudence en la matière, dans le cadre d'une affaire concernant une enfant de 9 ans ayant exprimé son opposition au retour¹⁶. La maturité requise au sens de l'article 13 par. 2 est ainsi atteinte lorsque l'enfant a la capacité de déterminer sa volonté de manière autonome, c'est-à-dire lorsqu'il arrive à former sa propre opinion sans influence extérieure. Dans le cadre de procédures de retour, l'enfant doit pouvoir comprendre qu'il ne s'agit pas de décider de la garde mais du retour ou non au lieu de résidence habituelle afin de rétablir le *status quo ante*. Le Tribunal fédéral a ainsi estimé qu'une telle maturité était en règle générale atteinte à partir de 11 à 12 ans¹⁷.

Enfin, la dernière exception, et la moins appliquée en pratique, est celle de l'article 20 CLaH 80. Celui-ci prévoit que « le retour de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 12 peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'Etat requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Dans sa décision du 5 mai 2010, la Cour suprême du canton de Berne a ainsi estimé qu'au vu du fait que l'asile avait été octroyé à la mère et à son enfant en Suisse, un retour de l'enfant serait contraire au principe de non-refoulement de l'article 33 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés^{18/19}. Se basant sur l'article 20

¹⁴ Cf. par exemple l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 février 2011, 5A_27/2011, c. 5.

¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 11 janvier 2011, 5A_764/2009, c. 4, et arrêt du Tribunal fédéral du 4 février 2011, 5A_913/2010, c. 5.

¹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 11 janvier 2010, 5A_764/2009, c. 5 ; cf. également ATF 131 III 334 et ATF 133 III 146.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Décision de la Cour suprême du canton de Berne du 5 mai 2010, APH-10 81, publiée en août 2010 sur le site http://www.justice.be.ch/justice/fr/index/entscheide/entscheide_rechtsprechung/entscheide/zivilabteilung_obergericht.html.

¹⁹ RS 01.142.30.

CLaH 80, la Cour a dès lors refusé de prononcer le retour de l'enfant, sans se pencher plus en avant sur les autres conditions et exceptions de la CLaH 80.

D) *Notions clé de la Convention*

1) *Des notions autonomes*

Le « droit de garde » (art. 5 CLaH 80) et la « résidence habituelle » (art. 3 et 4 CLaH 80) sont deux notions clé de la CLaH 80 qui ont dans ce contexte une portée autonome, étant appelées à s'appliquer à tous les États parties à la CLaH 80 de manière distincte des interprétations faites en droit interne. Ainsi, la deuxième réunion de la Commission spéciale de 1993 sur le fonctionnement de la CLaH 80 a adopté la conclusion suivante : « Les concepts clés qui circonscrivent le champ d'application de la Convention ne sont pas dans la dépendance de leur acception dans quelque système juridique particulier. Par exemple, la signification de l'expression « droit de garde » au regard de la Convention ne coïncide pas avec l'un quelconque des concepts de « droit de garde » reçu dans les États parties, mais voit ses contours propres tracés par les définitions, la structure et le but de la Convention elle-même »²⁰.

La base de données INCADAT²¹ est un outil de recherche comprenant le résumé de décisions, des liens vers les textes intégraux de jugements, ainsi qu'un compendium d'analyses juridiques en anglais, français et espagnol. Elle peut ainsi fournir de précieux renseignements sur l'application de la CLaH 80 dans d'autres juridictions aux Autorités centrales, juges et avocats confrontés à l'application de la Convention, et en particulier sur les deux notions discutées *infra*.

2) *Le droit de garde*

La CLaH 80 définit le droit de garde comme « [comprenant] le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence » (art. 5 CLaH 80). Afin de déterminer si un droit de garde au sens de la CLaH 80 a été violé, il convient de se référer au droit en vigueur dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement ou le non-retour²².

²⁰ Rapport de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la CLaH80 tenue du 18 au 21 janvier 1993, conclusion 2, p. 4 ; ce rapport peut être consulté sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé, www.hcch.net, dans l'« Espace Enlèvement d'enfants ».

²¹ www.incadat.com.

²² Cf. par exemple l'arrêt du Tribunal fédéral du 7 juillet 2010, 5A_441/2010, c. 4.1 ; arrêt du 2 février 2010, 5A_25/2010, c. 2.

En droit suisse, le Tribunal fédéral a indiqué que l'autorité parentale n'est pas définie par la loi mais est appréhendée par la doctrine comme « la responsabilité et le pouvoir légal des parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur »²³. Le droit de garde au sens du droit suisse est une composante de l'autorité parentale, qui « comprend en particulier la faculté de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant. En cas de vie séparée des père et mère, le domicile légal de l'enfant se trouve auprès de celui des parents auquel la garde a été attribuée (art. 25 al. 1 CC). Le titulaire unique du droit de garde peut donc, sous réserve de l'abus de droit – par exemple s'il n'a pas de motif plausible ou si son seul but est de rendre plus difficiles les relations entre l'enfant et l'autre parent – déménager à l'étranger avec l'enfant sans l'accord de l'autre parent, le droit de visite devant alors être adapté en conséquence »²⁴. Le Tribunal fédéral ajoute toutefois que « en cas de menace sérieuse pour le bien de l'enfant, l'autorité tutélaire – respectivement le juge des mesures protectrices ou provisoires (cf. art. 315a al. 1 CC) – peut toutefois interdire le départ à l'étranger, en se fondant sur l'art. 307 CC. Si tel n'est pas le cas, le parent seul titulaire du droit de garde ne se rend coupable d'aucune infraction en s'installant à l'étranger ; le parent qui ne bénéficie pas du droit de garde n'a, quant à lui, pas qualité pour former une demande de retour au sens de la CLaH 80 »²⁵. Dès lors, un parent n'ayant pas le droit de garde sur son enfant, et bien qu'étant titulaire de l'autorité parentale conjointe, ne pourra s'opposer au déménagement de l'autre parent (titulaire unique du droit de garde) et de son enfant à l'étranger, à moins de prouver l'abus de droit, ce qui ne lui sera toutefois guère utile une fois le déménagement effectué. Une révision du code civil relative à l'autorité parentale est toutefois en cours et aurait pour conséquence, en l'état actuel du projet, que l'autorité parentale conjointe deviendrait la règle, indépendamment de l'état civil des parents (art. 296 al. 3 P-CC), et que l'autorité parentale incluerait désormais le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a P-CC)²⁶.

3) *La résidence habituelle*

La notion de « résidence habituelle » n'est quant à elle pas définie dans la CLaH 80, ni dans la CLaH 96 ou dans la LF-EEA. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 11 novembre 2009, a ainsi noté que cette notion doit être interprétée

²³ Arrêt du Tribunal fédéral du 21 février 2011, 5A_456/2010, cons. 3.2 ; cf. également ATF 136 III 353.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Pour plus d'informations voir le dossier de l'OFJ consacré à la révision du CC et du CP relative à l'autorité parentale, disponible sur le site internet de l'OFJ sous <http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge.html>

« de manière autonome »²⁷. Il a précisé qu'est déterminant « le centre effectif de vie de l'enfant et de ses attaches. Celui-là peut résulter soit de la durée de fait de la résidence et des relations ainsi créées, soit de la durée envisagée de la résidence et de l'intégration attendue. Un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle ; la résidence peut également devenir habituelle sitôt après le changement du lieu de séjour, si elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêt. La résidence habituelle se détermine d'après des faits perceptibles de l'extérieur et doit être définie pour chaque personne séparément. La résidence habituelle d'un enfant coïncide le plus souvent avec le centre de vie d'un des parents au moins. Pour un nouveau-né et un jeune enfant, ses relations familiales avec le parent en ayant la charge sont décisives en tant qu'indice de sa résidence habituelle ; les liens d'une mère avec un pays englobent en règle générale également l'enfant »²⁸.

IV. La loi fédérale LF-EEA

A) Généralités

La LF-EEA est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009. Elle traite principalement de questions de procédure pour les demandes de retour déposées devant les tribunaux suisses en vertu de la CLaH 80 ainsi qu'en vertu de la Convention européenne de 1980 sur la reconnaissance et l'exécution en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (CE 80)²⁹, celle-ci étant toutefois nettement moins utilisée en pratique. La LF-EEA contient également quelques dispositions sur les autorités centrales chargées de la mise en œuvre des Conventions de La Haye de 1980, 1996 et 2000 ainsi que de la CE 80.

La genèse de cette loi remonte à plusieurs interventions parlementaires dans les années 2003-2004 critiquant l'application de la CLaH 80 en Suisse³⁰. Ces critiques portaient notamment sur la prise en compte insuffisante de l'intérêt de l'enfant dans les procédures, sur la longueur de ces procédures et sur le fait que la résolution amiable des conflits n'était pas assez encouragée. Le Département fédéral de justice et police a institué en mars 2005 une

²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 2009, 5A_650/2009, c. 5.2.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Conclue à Luxembourg le 20 mai 1980 (RS 0.211.230.01) ; pour un cas d'application récent de la CE 80 voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 31 mars 2011, 5A_131/2011.

³⁰ Notamment la motion Vermot-Mangold du 7 mai 2003 (03.3214 ; Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants, Protection des enfants) et la motion Leuthard du 8 mai 2003 (03.3235 ; Bien de l'enfant. Adapter la Convention de La Haye) ; voir les références complètes dans le Message du Conseil fédéral concernant la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en œuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes (07.029), FF 2007 2433, p. 2439.

commission d'experts, dont le rapport final a été approuvé par le Conseil fédéral et publié le 22 février 2006³¹. Après la procédure de consultation, le message du Conseil fédéral du 28 février 2007 a été transmis à l'Assemblée fédérale qui, par arrêté du 21 décembre 2007³², a approuvé et autorisé le Conseil fédéral à ratifier la CLaH 96 et la CLaH 2000 et a adopté la LF-EEA.

En presque 2 ans d'existence, la LF-EEA s'est appliquée à 45 nouveaux cas portant sur des enlèvements d'enfants en provenance de 21 différents pays vers la Suisse³³. La majorité des enlèvements, 33 pour être exact, étaient du fait de la mère. 22 requêtes ont été portées devant les tribunaux supérieurs de 12 cantons. Des décisions ont été rendues dans 13 de ces cas (dont 7 retours ordonnés) et 3 cas étaient encore en cours au 15 juin 2011. Les décisions cantonales ont été sujettes à un recours au Tribunal fédéral dans 9 cas.

Les sections suivantes se concentrent sur les principales nouveautés apportées par la LF-EEA.

B) Concentration d'instances

L'article 7 LF-EEA prévoit que le tribunal supérieur du canton où l'enfant résidait au moment du dépôt de la demande connaît en instance unique des demandes portant sur le retour d'enfants. Cette solution présente plusieurs avantages. Tout d'abord, cette concentration d'instances permet de raccourcir notablement la durée totale de la procédure, particulièrement dans les cas où les parties font recours, ce qui est très souvent le cas. Avant la LF-EEA les procédures cantonales réglaient la question de la compétence et en règle générale deux instances cantonales pouvaient être saisies avant de pouvoir porter l'affaire devant le Tribunal fédéral.

Afin de promouvoir une plus grande consistance dans l'application de la Convention et de la LF-EEA ainsi que pour discuter des difficultés pratiques, l'OFJ a organisé en novembre 2010 une première rencontre nationale de juges dédiée uniquement à la CLaH 80. Une prochaine rencontre est prévue en mars 2012.

La LF-EEA prévoit également que le tribunal saisi soit compétent pour ordonner des mesures de protection (art. 6 al. 1 LF-EEA). Celles-ci peuvent inclure une interdiction de quitter le territoire du canton ou du pays, le dépôt des documents d'identité, une enquête sociale, le placement temporaire de

³¹ Le Rapport final de la Commission fédérale d'experts en matière de protection des enfants en cas d'enlèvement du 6 décembre 2005 est disponible sur le site internet de l'Office fédéral de la justice http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/internationale_kindesentfuehrungen/ber-expertenkommission-f.pdf.

³² FF 2008 33.

³³ Ces nombres portent sur les nouveaux cas portés à l'attention de l'Autorité centrale suisse entre le 1^{er} juillet 2009 et le 31 mai 2011, données non publiées de l'OFJ.

l'enfant ou encore le droit de visite du parent résidant à l'étranger pendant la durée de la procédure.

C) *Conciliation ou médiation obligatoire*

Dans le but de promouvoir l'aboutissement rapide et durable à un accord amiable, dans l'intérêt de l'enfant, la LF-EEA introduit une obligation de tenter une procédure de conciliation ou de médiation dans le cadre de procédures de retour. L'article 4 prévoit tout d'abord que l'autorité centrale peut engager une procédure de conciliation ou de médiation³⁴, en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable. Si l'autorité centrale ne l'a pas fait, l'article 8 énonce que « le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation ». L'autorité centrale et le tribunal saisi peuvent s'appuyer sur un réseau d'experts incluant des médiateurs (art. 3 LF-EEA) afin de mener la conciliation ou la médiation.

La pratique des tribunaux cantonaux à ce jour diverge : certains juges tentent eux-mêmes la conciliation lors d'une audience en présence des parties, alors que d'autres tribunaux ordonnent une médiation et nomment à cet effet un médiateur, membre du réseau ou non, ou encore confient la médiation au Service social international. Concernant le déroulement de la procédure de conciliation ou de médiation, le message du Conseil fédéral souligne que les parties respecteront les règles fixées par le tribunal et les pratiques usuelles de la négociation et de la médiation³⁵. Le tribunal doit tenir compte de la maxime de célérité de la CLaH 80 et fixer un terme aux tentatives de médiation³⁶.

Une procédure de conciliation ou de médiation est également possible lors de la phase d'exécution³⁷.

Dans un arrêt du 10 août 2010, le Tribunal fédéral a indiqué que le tribunal cantonal avait rempli ses obligations au sens de l'article 8 al. 1 LF-EEA en tentant une conciliation lors d'une audience et au vu du refus d'un des parents de tenter une médiation³⁸. Le tribunal cantonal a dès lors eu raison de ne pas ordonner de médiation qui n'aurait pas eu de sens et aurait uniquement été une perte de temps³⁹.

Enfin se pose le problème de l'homologation de l'accord de médiation et de son effet dans les divers États concernés. En effet, en raison de l'article 16

³⁴ Depuis l'entrée en vigueur de la LF-EEA et en date du 31 mai 2011, 8 procédures de médiations pré-judiciaires ont été menées sur initiative de l'Autorité centrale, dont 6 ont abouti à un accord complet, 1 à un accord partiel et une dernière a échoué (données non publiées de l'OFJ).

³⁵ Message du Conseil fédéral, FF 2007 2466.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 2010, 5A_154/2010, c. 3.

³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 10 août 2010, 5A_535/2010, c. 3.

³⁹ *Ibidem*.

CLaH 80, les autorités de l'État où un enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la CLaH 80 pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies. Si l'accord entre les parents prévoit le retour de l'enfant dans le pays de la résidence habituelle, ni le tribunal saisi de la requête de retour ni un autre tribunal ordinairement compétent de l'État où l'enfant a été déplacé ne pourra homologuer l'accord obtenu. La CLaH 96 lie la compétence des tribunaux à la résidence habituelle de l'enfant et n'offre ainsi comme seule solution que la possibilité de transfert de juridiction (art. 8 et 9 CLaH 96), ce qui dans le cas d'un accord prévoyant le retour de l'enfant n'est pas sans problème, et qui de plus peut entraîner des délais supplémentaires. En plus du problème de la compétence en raison de la résidence habituelle de l'enfant se pose le problème de la compétence matérielle ; en effet, les accords résultant d'une médiation englobent souvent des questions de garde, droit de visite et pensions alimentaires, qui ne relèvent pas forcément de la même autorité. Il n'y a dès lors, pour l'instant, pas de solution simple à la question de l'homologation, de la reconnaissance et de l'exécution d'accords issus de la médiation ou d'autres modes similaires de résolution amiable des conflits.

D) Représentation de l'enfant

La LF-EEA prévoit la représentation obligatoire de l'enfant dans le cadre de procédures de retour. L'article 9 al. 3 prévoit ainsi que le tribunal « ordonne la représentation de l'enfant et désigne en qualité de curateur une personne expérimentée en matière d'assistance et versée dans les questions juridiques. Celle-ci peut formuler des requêtes et déposer des recours ». A ces fins, la LF-EEA impose à l'autorité centrale fédérale d'établir un « réseau d'experts et d'institutions aptes à fournir des conseils, à procéder à une conciliation ou à une médiation ainsi qu'à représenter l'enfant et disposés à intervenir d'urgence » (art. 3).

Le curateur ainsi désigné représente l'enfant tout au long de la procédure et jusqu'à la fin de l'exécution du retour⁴⁰. Il peut recourir contre la décision du tribunal cantonal, indépendamment des autres parties⁴¹.

Sur les 22 procédures judiciaires initiées depuis l'entrée en force de la LF-EEA, la représentation de l'enfant a été ordonnée 16 fois. Dans 3 autres cas, la procédure a été interrompue (en général par un retrait de la requête) à un stade précoce de la procédure et avant qu'une représentation de l'enfant n'ait été ordonnée. Enfin, dans les 3 derniers cas, aucun représentant n'a été

⁴⁰ Message du Conseil fédéral, FF 2007 2467.

⁴¹ Voir ainsi l'arrêt du Tribunal fédéral du 10 novembre 2009, 5A_569/2009, c. 1.2 dans lequel seul le curateur a recouru contre la décision du tribunal cantonal.

nommé, pour diverses raisons⁴², mais ces décisions cantonales n'ont pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral sur ce point précis⁴³.

Un arrêt du Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir s'il fallait également ordonner la représentation de l'enfant dans le cadre d'une procédure de modification (art. 13 LF-EEA)⁴⁴. Le Tribunal fédéral a estimé que dans le cas d'espèce, les conditions pour une modification de la décision de retour en vertu de l'article 13 n'étaient clairement pas remplies et que le but clair de la recourante était de retarder l'exécution du retour. Il a conclu que l'enfant n'avait ainsi pas de droit à un curateur et que l'avocate de la mère ne pouvait pas recourir au nom de l'enfant⁴⁵.

E) Exécution de la décision

La LF-EEA apporte de nettes améliorations quant à l'exécution d'une décision de retour, simplifiant la procédure tout en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

L'article 11 prévoit tout d'abord que la décision ordonnant le retour de l'enfant doit également régler les modalités de l'exécution, de telle sorte que celle-ci n'exige plus de nouvelle procédure judiciaire. A titre d'exemple, une décision du Tribunal cantonal de Zurich⁴⁶ prévoyait les modalités suivantes : tout d'abord, la décision ordonnait le retour des enfants dans les 20 jours suivant la notification de la décision, aux frais de la défenderesse, sous menace de l'article 292 Code pénal et d'exécution forcée en cas de non-respect ; les documents d'identité restaient aux mains du Tribunal cantonal et la mère avait défense de sortir les enfants du canton de Zurich, sauf aux fins du retour. Les trois points suivants portaient sur les modalités d'une exécution volontaire du retour (information sur le vol de retour à communiquer au tribunal, instructions à la police cantonale, restitution des documents d'identité, confirmation du retour et rôle de l'Autorité centrale fédérale). Les deux points suivants réglaient une éventuelle exécution forcée du retour et ses modalités, l'autorité cantonale d'exécution selon l'article 12 en étant chargée. Enfin, la question du droit de visite jusqu'à l'exécution du retour et la répartition des coûts étaient abordées.

⁴² Une décision s'est ainsi référée au jeune âge de l'enfant (2 ½ ans) mais s'est réservé la possibilité de nommer un représentant plus tard dans la procédure si nécessaire ; une autre décision a estimé que les conditions de la CLaH 80 n'étaient manifestement pas remplies et a rejeté la requête moins de deux semaines après sa réception.

⁴³ Voir ainsi l'arrêt du Tribunal fédéral du 10 août 2010, 5A_535/2010.

⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 22 mars 2010, 5A_80/2010, c. 2.2.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Décision non publiée du Tribunal cantonal de Zurich du 13 juillet 2010, NH 100003/U.

Dans un cas intéressant mais aux circonstances particulières, le Tribunal cantonal de Zurich a ordonné l'exécution immédiate du retour au terme de l'audience à laquelle les deux parents étaient présents⁴⁷.

L'article 11 LF-EEA prévoit également que la décision de retour et les mesures d'exécution ont effet sur l'entier du territoire suisse. Le simple fait de déménager de canton après qu'un retour ait été ordonné ne peut dès lors plus remettre en cause la décision de retour et son exécution.

Chaque canton doit désigner une autorité cantonale unique chargée de l'exécution des décisions de retour (art. 12 al. 1) dans le but de concentrer le savoir-faire et les capacités nécessaires à cet égard. L'autorité d'exécution doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant et s'efforcer d'obtenir l'exécution volontaire de la décision (art. 12 al. 2).

Dans la pratique, les cas d'exécution forcée d'une décision de retour restent heureusement rares, mais l'autorité cantonale d'exécution peut également avoir un rôle à jouer dans le cadre de l'organisation volontaire du retour, en coopération si nécessaire avec l'Autorité centrale fédérale.

Enfin, deux jurisprudences fédérales ayant trait à des questions d'exécution soulèvent des questions intéressantes. Dans un arrêt du 22 juin 2010, le Tribunal fédéral a dû se pencher sur une requête d'exécution d'une décision de retour datant de 5 ans déjà⁴⁸. La mère n'avait jamais retourné l'enfant en Argentine, comme le tribunal d'arrondissement de Brugg l'avait ordonné, mais s'était établie en Allemagne. Le père, apprenant que la mère et l'enfant seraient en visite en Suisse pour une durée de deux semaines en avril 2010, a demandé l'exécution de l'ordonnance de retour auprès de l'autorité d'exécution du canton d'Argovie. Celle-ci a rejeté la requête et le père a recouru auprès du Tribunal fédéral, qui a confirmé la décision de l'autorité d'exécution, se basant principalement sur l'intérêt de l'enfant au vu des circonstances concrètes⁴⁹. Un autre arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 2010 traite également de questions d'exécution⁵⁰. Le Tribunal fédéral avait ordonné par arrêt du 16 avril 2009 (soit avant l'entrée en vigueur de la LF-EEA) le retour de l'enfant aux États-Unis, à certaines conditions⁵¹. Estimant que les conditions étaient désormais remplies, le père a requis l'exécution du retour auprès de l'autorité d'exécution du canton de Zurich, qui a admis sa requête.

⁴⁷ Décision non publiée du Tribunal cantonal de Zurich du 4 décembre 2009, NL 090171/U.

⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral du 22 juin 2010, 5A_293/2010 et 5A_385/2010.

⁴⁹ Bien que la mère et l'enfant aient déjà quitté la Suisse lors de la procédure de recours devant le Tribunal fédéral, celui-ci a admis que le père avait un intérêt juridique actuel au recours (au sens de l'art. 76 al. 1 *lit.* b LTF), dès lors que les grands-parents de l'enfant résident en Suisse et que de futures visites ne sont pas à exclure, dans quel cas un recours au Tribunal fédéral interviendrait à nouveau trop tard, une fois l'enfant déjà reparti de Suisse (cf. *idem*, c. 1).

⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 2010, 5A_154/2010.

⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 16 avril 2009, 5A_105/2009.

La mère a recouru contre cette décision auprès du Tribunal fédéral, qui a confirmé la décision de l'autorité d'exécution cantonale⁵².

V. Développements internationaux récents

A) *Jurisprudence étrangère*

Plusieurs arrêts importants dans le domaine de l'enlèvement international d'enfants ont été rendus récemment par la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, par la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que par la Cour de justice européenne.

1) *Cour suprême des États-Unis*

La Cour suprême des États-Unis d'Amérique a pour la première fois traité d'une affaire d'enlèvement international d'enfants dans son arrêt *Abbott v. Abbott*⁵³. La question centrale était de savoir si un droit de « *ne exeat* » constitue un « droit de garde » au sens de l'article 3 de la CLaH 80. Les époux Abbott avaient déménagé au Chili puis se sont séparés. Les tribunaux du Chili ont accordé la garde de leur fils à la mère et un droit de visite au père, ainsi qu'un droit de « *ne exeat* » de donner son consentement, ou non, à tout départ à l'étranger de leur fils. Mme Abbott ayant emmené son fils au Texas sans le consentement du père ou d'un tribunal, M. Abbott a déposé une requête en retour de son fils sous la CLaH 80 auprès de tribunal compétent au Texas. Se basant sur la Convention, sur un avis du Département des affaires étrangères des États-Unis, sur de la jurisprudence étrangère à ce sujet et sur les objectifs généraux de la Convention, la Cour suprême est arrivée à la conclusion qu'un droit de « *ne exeat* » est un droit de garde au sens de la CLaH 80 qui donne ainsi droit à requérir le retour selon les mécanismes de cette Convention⁵⁴.

2) *Cour européenne des droits de l'homme*

La Cour européenne des droits de l'homme est régulièrement saisie de requêtes concernant un enlèvement international d'enfant. Un arrêt récent particulièrement important est celui rendu le 6 juillet 2010 par la Grande

⁵² Arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 2010, 5A_154/2010.

⁵³ *Abbott v. Abbott*, arrêt de la *Supreme Court* des États-Unis d'Amérique du 17 mai 2010, affaire n° 08-645, disponible sur à l'adresse internet suivante : <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf>.

⁵⁴ *Idem*, section III.

Chambre dans l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*⁵⁵, renversant une première décision par la première section de la Cour. Les requérants, Mme Neulinger et son fils Noam, âgé alors de 7 ans, ont invoqué notamment que la décision du Tribunal fédéral⁵⁶ d'ordonner le retour de Noam en Israël constituait une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Grande Chambre, ainsi que les instances précédentes, ont constaté que le déplacement de Noam en Suisse malgré un droit de garde (*guardianship*) partagé et une ordonnance d'interdiction de sortie du territoire constituait clairement un enlèvement au sens de la CLaH 80. La question était dès lors de savoir si un retour de l'enfant en Israël, comme l'avait ordonné le Tribunal fédéral, était dans l'intérêt supérieur de l'enfant, compte tenu de l'exception prévue à l'article 13 al. 1 *lit. b*. La Grande Chambre a noté que l'ordre de retour du Tribunal suisse entrerait dans la marge d'appréciation des autorités nationales en la matière⁵⁷. Toutefois, il y aurait violation de l'article 8 CEDH concernant les deux requérants si l'ordre de retour en Israël était exécuté⁵⁸. La Cour a examiné si un retour de l'enfant serait dans l'intérêt supérieur de celui-ci, et a pour ce faire pris en compte des développements qui se sont produits entre l'arrêt du Tribunal fédéral et l'arrêt de la Cour, soit presque trois ans de procédures auprès de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁹. La Cour a également examiné le refus de la mère de retourner en Israël, refus que la Cour a estimé justifié, et les conséquences pour l'enfant d'un retour seul en Israël, au vu également de la situation du père (droit de visite restreint et surveillé, problèmes de non-paiement de pensions alimentaires concernant un autre enfant)⁶⁰.

Suite à l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne, une demande de révision de l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007 a été déposée auprès du Tribunal fédéral. Celle-ci a toutefois été jugée irrecevable, l'art. 13 LF-EEA permettant de demander la modification d'une décision de retour en cas de modification durable des circonstances et constituant ainsi une voie ordinaire permettant aux requérants d'obtenir une situation conforme à l'arrêt de la Cour européenne⁶¹.

L'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* a fait l'objet de diverses discussions au niveau international⁶², ce qui a amené le Président de la Cour européenne des

⁵⁵ *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 6 juillet 2010, requête n° 41615/07, disponible sur le site internet hudoc.echr.coe.int.

⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007, 5A_285/2007.

⁵⁷ *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, voir *supra* note 55, para. 145.

⁵⁸ *Idem*, para. 151.

⁵⁹ *Idem*, para. 145 à 147.

⁶⁰ *Idem*, para. 147 à 150.

⁶¹ ATF 137 III 332.

⁶² Notamment lors de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la CLaH 80 et de la CLaH 96 qui s'est tenue en juin 2011 à La Haye, voir *infra* note 66.

droits de l'homme à expliciter les considérations de Neulinger et de faire le lien avec trois autres jurisprudences de la Cour dans ce domaine⁶³.

3) *Cour de justice européenne*

Enfin, la Cour de justice européenne s'est penchée sur la question délicate de la définition de « résidence habituelle » en relation avec la situation particulière d'un nourrisson. Le Règlement Bruxelles IIbis⁶⁴ en vigueur au sein de l'Union européenne (à l'exception du Danemark) ne contient pas de définition de la « résidence habituelle », tout comme la CLaH 80. Dans son arrêt *Mercredi c. Chaffe*⁶⁵, la Cour de justice a estimé que la notion de « résidence habituelle » au sens des articles 8 et 10 du Règlement Bruxelles IIbis « doit être interprétée en ce sens que cette résidence correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. A cette fin, et lorsque est en cause la situation d'un nourrisson qui séjourne avec sa mère depuis quelques jours seulement dans un État membre autre que celui de sa résidence habituelle, vers lequel il a été déplacé, doivent notamment être pris en considération, d'une part, la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire de cet État membre et du déménagement de la mère dans ledit État, et, d'autre part, en raison notamment de l'âge de l'enfant, les origines géographiques et familiales de la mère ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par celle-ci et l'enfant dans le même État membre. Il appartient à la juridiction nationale d'établir la résidence habituelle de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières de chaque cas d'espèce ».

B) *Commission spéciale de juin 2011 et de janvier 2012*

En juin 2011 s'est tenue la première partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la CLaH 80 et de la CLaH 96. Cette réunion périodique (en moyenne tous les 4 à 5 ans) de tous les États contractants permet de discuter le fonctionnement pratique de la Convention et de prendre des conclusions et recommandations à l'intention des États contractants et du Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye.

⁶³ Le discours est disponible sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E6F5D437-C49A-47C5-9772-578F54FB5C86/0/20110514_COLLOQUE_Dublin_FR.pdf.

⁶⁴ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil de l'Union européenne du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2005, disponible sur le site internet de EUR-Lex à l'adresse eur-lex.europa.eu/fr/index.htm.

⁶⁵ *Mercredi c. Chaffe*, arrêt de la Cour de justice européenne du 22 décembre 2010, affaire C-497/10 PPU, disponible sur le site internet curia.europa.eu, para. 56.

En raison des nombreux sujets à traiter lors de cette Commission spéciale, la décision exceptionnelle a été prise pour la première fois de tenir la réunion en deux parties. Plus de 300 experts et observateurs de 69 États et de 19 organisations ont participé à la première partie de la Commission spéciale.

A cette occasion, le Japon et la Fédération de Russie ont fait part de progrès significatifs en vue de signer la Convention de 1980. Depuis lors, la Russie a signé la Convention qui est entrée en vigueur dans cet Etat le 1^{er} octobre 2011.

Les principaux thèmes discutés lors de la Commission spéciale étaient les suivants :

- la coopération entre Autorités centrales ainsi que le rôle et travail des autorités centrales en vertu des Conventions de 1980 et de 1996 ;
- les allégations de violence conjugale dans le cadre de procédures de retour ;
- les questions concernant l'accès à la justice et le droit à être traité de manière égale ;
- l'étude de la jurisprudence en vertu de la Convention de 1980 et l'interprétation de concepts clé, notamment *Abbott c. Abbott*, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, et *Raban c. Roumanie* ;
- l'avis de l'enfant / opinions concernant le retour et autres procédures ;
- l'étude du projet de Manuel pratique concernant la Convention de 1996 ;
- la coopération judiciaire et les communications judiciaires directes ;
- L'étude du projet de Guide de bonnes pratiques sur la médiation en vertu de la Convention de 1980 et les principes de médiation élaborés dans le cadre du processus de Malte.

A l'issue de la première partie de la Commission spéciale, 75 Conclusions et Recommandations ont été émises par les délégués, portant sur tous les thèmes abordés lors de la réunion⁶⁶.

La deuxième partie de la Sixième réunion de la Commission spéciale aura lieu à La Haye en janvier 2012. Elle examinera en particulier l'opportunité et la faisabilité de poursuivre des travaux dans les domaines suivants : la reconnaissance et l'exécution sur le plan international des accords résultant d'une médiation ; l'établissement d'une base juridique pour les communications judiciaires directes ; le traitement des allégations de violence conjugale dans le contexte d'une procédure de retour. La Commission spéciale

⁶⁶ Les Conclusions et Recommandations ainsi qu'un rapport sur la première partie de la Commission spéciale sont disponibles sur le site internet de la Conférence de La Haye, www.hcch.net, sous la rubrique « Travaux en cours » puis « Enlèvement d'enfants ».

de janvier 2012 examinera également le thème du déménagement familial international, l'avenir du « Processus de Malte » ainsi que les services offerts par le Bureau permanent en lien avec les Conventions de 1980 et de 1996. Les Conclusions et Recommandations seront également publiées sur le site internet de la Conférence de La Haye⁶⁷.

C) *Convention de La Haye de 1996*

La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH 96) est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2009. La LF-EEA établit une Autorité centrale fédérale (l'OFJ) et charge les cantons de nommer une Autorité centrale cantonale chacun (art. 1 et 2 LF-EEA)⁶⁸.

Au 31 décembre 2011, 33 États ont ratifié la CLaH 96 et 6 autres l'ont signée⁶⁹. La plupart des États membres de l'Union européenne ont ratifié la Convention de 1996 et les quelques États manquant à l'appel devraient bientôt les rejoindre⁷⁰. Tous les États ayant ratifié ou signé la CLaH 96 à ce jour sont également partie à la Convention de 1980.

La CLaH 96 complète sur certains aspects la CLaH 80. Tout d'abord, elle clarifie la question de la compétence concernant les cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant. L'article 7 détermine ainsi dans quelles circonstances les autorités de l'État contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle conserve sa compétence en cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant, tel que défini au paragraphe 2. Ce paragraphe reprend à cet égard la définition de la CLaH 80. Les autorités de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu peuvent néanmoins prendre les mesures urgentes nécessaires à la protection de la personne ou des biens de l'enfant, conformément à l'article 11 de la CLaH 96. Un autre mécanisme utile est celui prévu à l'article 34 de la Convention qui permet aux autorités envisageant une mesure de protection de demander à toute autorité d'un autre État contractant qui détient des informations utiles pour la protection de l'enfant de les lui communiquer. Dans un cas où le retour serait refusé en vertu de la CLaH 80, l'autorité saisie par la suite du litige sur la garde pourrait

⁶⁷ Les Conclusions et Recommandations ainsi qu'un rapport sur la deuxième partie de la Commission spéciale sont disponibles sur le site internet de la Conférence de La Haye, *ibidem*.

⁶⁸ La liste des autorités centrales cantonales se trouve sur le site internet de l'OFJ, www.bj.admin.ch.

⁶⁹ La Belgique, les États-Unis d'Amérique, la Grèce, l'Italie, le Royaume-Uni et la Suède ; la liste des États contractants se trouve sur le site de la Conférence de La Haye, www.hcch.net.

⁷⁰ La décision du Conseil de l'Union européenne du 5 juin 2008 autorise les États membres à ratifier la Convention de 1996, si possible avant le 5 juin 2010 (décision 2008/431/CE), mais plusieurs États ont pris du retard.

requérir des informations de la part des autorités de l'État contractant où résidait l'enfant avant son déplacement ou non-retour.

La plupart des États contractants à cette Convention ne l'ayant ratifiée que récemment, il n'y a pour l'instant encore que peu de pratique concernant la CLaH 96.

VI. Conclusion

La LF-EEA a amené de nombreux changements procéduraux au traitement des requêtes de retour provenant de l'étranger et soumises à l'Autorité centrale suisse ou directement aux tribunaux suisses. Parmi ces changements, quatre ont été exposés ci-dessus : la concentration d'instances, la conciliation ou médiation obligatoire, la représentation de l'enfant et l'exécution des décisions de retour. Les quelques exemples de jurisprudence cités permettent déjà de voir l'impact de la LF-EEA dans la pratique, notamment concernant la durée des procédures et l'introduction de la médiation dans de nombreux cas. Les pratiques, notamment concernant la médiation ou la place de l'enfant dans la procédure, vont continuer de se mettre en place et s'affiner au fur et à mesure des expériences. Il est espéré que les rencontres organisées par l'OFJ entre les juges et autres acteurs de la Convention contribuent à un échange d'idées et une harmonisation des pratiques dans ce domaine.

Au nom du père et de la mère

Étude comparative sur le droit du nom
dans la perspective du droit du nom 2013 */**

JENNIFER LAMESTA & MARGARETA BADDELEY

I. Introduction

Le Conseil fédéral vient d'annoncer la mise en application dès le 1^{er} janvier 2013 de la loi en matière de droit du nom et de droit de cité, votée le 30 septembre 2011.¹ Cette loi a passé très facilement l'épreuve des deux Chambres en 2010 après l'échec de deux tentatives précédentes, en 2001 et en 2009, et après 17 années de travail législatif qui a suscité des débats souvent passionnés au Parlement, dans le peuple et dans la littérature juridique. Ce ne sont pas ces débats qui étonnent, mais l'acceptation quasi-inaperçue de la troisième tentative de réforme du droit du nom. Car le droit du nom dépasse les frontières étroites du droit.

Le nom n'est pas une création juridique. Longtemps, sa réglementation relevait essentiellement des us et des coutumes locaux.² Si, en Suisse, comme dans de nombreux autres pays, l'épouse prenait, autrefois, de plein droit le nom de famille³ du mari, ce n'était que la conséquence logique, dans l'esprit

* Cet article a également paru dans FamPra 3/2012 et est reproduit dans le présent ouvrage avec l'aimable autorisation des deux comités d'éditeurs.

** Les auteures remercient M. Bernard Nuzzo, avocat et assistant en droit civil à l'Université de Genève, de son aide précieuse dans la préparation du présent article.

¹ Cf. <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=44233>. Toutes les citations aux sites web sont tirées de visites en mars/avril 2012.

² <http://www.tsr.ch/info/suisse/1032041-la-reforme-du-nom-de-famille-divise.html>.

³ Cf. art. 161 CC (1907). Sur l'évolution législative, cf. JORNOD, *La femme et le nom en droits suisse et français*, 1991, 55 ss ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, *Les effets du mariage* 2^e éd., Berne 2009, 104 ss ; DUTOIT, *Le divorce en droit comparé* 3^e vol., Genève 2000-2003, 23 ss. Pour certains auteurs, seul le nom transmissible (art. 160 al. 1, 30 al. 2 CC) constitue le nom de famille ; cf. SCHERER, *Le nom en droit international privé : étude de droit comparé français et allemand*, Paris 2004, 39, et les autres références aux auteurs dans DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (cf. ci-dessus), 105 s.

du 19^e et début du 20^e siècle, de l'entrée de celle-ci dans la famille de son époux et de la prévalence de celui-ci en tant que chef de famille.⁴

Les mœurs et notre système légal ont considérablement changé depuis la fin de la II^e Guerre Mondiale, partiellement en raison des changements sociaux profonds accompagnant et suivant celle-ci, pour se diriger de plus en plus vers une égalité des sexes et pour donner plus de place à l'individualité au sein de la famille et de la société. Ces postulats sont réalisés dans nombre de nos textes législatifs, mais n'ont pas pu l'être en droit du nom de famille.⁵

Ce ne sont que les modifications du Code civil (CC) votées en 2011 qui consacrent aussi en matière de nom de famille la libre volonté des époux et le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, relayant, du même coup, au second plan le principe de l'unité du nom de famille. Ce dernier principe, cher au législateur de 1988, contrastait pourtant, déjà au moment de son adoption et encore plus depuis, avec les législations libérales de la plupart des pays occidentaux, résultat de l'évolution des modèles familiaux et de la philosophie au regard de l'individu dans la société. L'égalité des sexes dans le domaine du nom de famille était devenue une réalité dans les ordres juridiques occidentaux que la Suisse ne pouvait plus continuer à ignorer.

Nous présenterons, dans le chapitre II. ci-dessous, le droit du nom suisse actuel. Les tentatives de réforme de cette législation seront étudiées dans le chapitre III. Les solutions de quelques ordres juridiques étrangers feront ensuite l'objet du chapitre IV. Enfin, nous discuterons la nouvelle loi, les difficultés pour y parvenir, ses avantages et ses défauts non négligeables (V.A et B), ainsi que son éventuelle interprétation évolutive (V.C). Cela nous amènera à une conclusion sous forme d'une brève appréciation de la situation future, sous VI.

II. Droit suisse actuel

Il s'agira, dans le présent chapitre, de dépeindre la situation juridique actuelle des époux en droit suisse, quant à leur nom de famille et à celui de leurs enfants.

⁴ Commission des affaires juridiques du Conseil national, Rapport sur l'initiative Nom et droit de cité des époux. Egalité (initiative parlementaire Leutenegger Oberholzer), du 22 août 2008, FF 2009 365, ch. 2.1, ainsi que Conseil fédéral, Avis à propos du rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national sur l'initiative Nom et droit de cité des époux. Egalité, du 22 août 2008, datant du 12 décembre 2008, FF 2009 389. Cf. également : SCHÄRER, L'évolution du droit de cité et du droit du nom fondé sur un événement du droit de la famille depuis l'introduction du registre des familles en 1929, REC 1992, 281.

⁵ Comme pour le droit de cité (cf. art. 161) et pour les partenaires enregistrés qui, en l'absence d'une disposition spécifique à cet égard, ne peuvent adopter un nom de famille commun.

A) *Le nom des époux*

1) *Le nom de famille commun (art. 160, 30 al. 2⁶)*

En vertu du *principe de l'unité du nom de famille*, les couples mariés et leurs enfants portent un nom commun.⁷ Ce dernier peut être un seul nom pour les deux époux (art. 160 al. 1) ou ne l'être que pour l'un d'eux alors que l'autre époux porte un double nom dont le deuxième élément est le nom commun (art. 160 al. 2). Dans le régime ordinaire, le nom de famille commun est celui du mari.⁸ En vertu de l'article 30 al. 2, les fiancés peuvent toutefois déroger à ce régime et opter pour le nom de la femme comme nom commun.⁹

Le droit du nom des couples mariés viole incontestablement le principe de l'égalité des hommes et des femmes entériné par l'article 8 al. 3 de la Constitution fédérale (Cst.) et le droit international. Ce constat résulte des formalités prévues pour adopter le nom du mari ou celui de la femme, comme de la systématique de la loi et de l'influence de celle-ci sur le choix des époux.

Pour les époux voulant adopter le seul nom du mari, aucune formalité n'est nécessaire (art. 160 al. 1). Une simple déclaration de la femme suffit pour que celle-ci puisse porter le nom de son mari en combinaison avec son propre nom (art. 160 al. 2). La situation est beaucoup plus compliquée lorsque le couple veut adopter comme nom de famille le nom de la femme : en vertu de l'article 30 al. 2, il faut l'accord entre les époux qui doivent de surcroît obtenir l'autorisation du gouvernement du canton de domicile ; cette autorisation est délivrée si le couple peut faire valoir un intérêt légitime.¹⁰ L'intérêt légitime est notamment reconnu si la femme est connue dans le public, si le nom du mari est difficile à prononcer ou à orthographier, ou encore si la femme a un enfant non commun qui porte son nom.¹¹ Une large partie de la doctrine préconise d'interpréter l'article 30 al. 2 de manière très souple, la seule expression de volonté du couple démontrerait l'intérêt légitime requis.¹² Mais cela n'est pas

⁶ Sauf précision spécifique, les références aux dispositions légales sont faites au CC.

⁷ ATF 127 III 193. Message du 11 juin 1979, FF 1979 II 1179-1378, ch. 212.1 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 88 ; SCHERER (n. 3), 184 ; VAN DER MEER, *Familienrecht*, Zurich 2006, 35. Notons que les partenaires enregistrés du même sexe n'ont pas la possibilité d'adopter un nom de famille commun (unique ou dans un double nom), ce qui viole l'article 8 al. 2 Cst.

⁸ Le nom de famille est alors un patronyme.

⁹ Le nom de famille est alors un matronyme.

¹⁰ Initialement, des émoluments, parfois conséquents, étaient perçus par les gouvernements cantonaux, autre facteur contraire à l'égalité des sexes et décourageant qui plus est. Par l'ATF 126 I 1, le TF a mis un terme à cette pratique.

¹¹ HEGNAUER/BREITSCHMID, *Grundriss des Eherechts*, Berne 2000, 132 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 92 ; HÄFLIGER, *Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB*, Zurich 1996, 116.

¹² BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^e éd., Bâle/Genève/Munich 2009, N 792 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 92 ss. ; DUTOIT, *Jusqu'ou le délitement du nom de famille ? Les exemples suisse et français*, in : PIOTET/TAPPY (éds), *L'arbre de la méthode et ses fruits civils - Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz*, Genève/Zurich/Bâle 2006,

suffisant pour éliminer l'inégalité de traitement inhérente à la construction législative.¹³ Même si l'autorisation peut, dans certains cas, être obtenue facilement, on peut encore reprocher à l'article 30 al. 2 que les formalités exigées sont susceptibles de décourager les futurs mariés de ce choix.¹⁴

Par ailleurs, le fait de placer les dispositions sur l'adoption du nom de la femme comme nom de famille dans le cadre des dispositions sur la procédure en changement de nom donne un caractère dérogatoire et exceptionnel au nom de la femme comme nom de famille, sans motif qui saurait justifier ce choix législatif.

Malgré les défauts manifestes du droit du nom suisse, la Cour européenne avait jugé en 2001 que l'interprétation large de l'article 30 al. 2 permettait d'arriver à un résultat satisfaisant que, de ce fait, le droit suisse n'était pas contraire au principe de l'égalité des sexes.¹⁵ Il est douteux que les juges strasbourgeois adopteraient la même position aujourd'hui.¹⁶

2) *Le double nom de l'un des époux*

L'un des époux, l'homme ou la femme, peut porter un double nom légal, sur la base des articles 160 al. 2 CC et 12 al. 1 de l'Ordonnance sur l'état civil (OEC)¹⁷ : Ce nom se compose du nom de l'époux concerné et du nom commun, soit le nom du conjoint qui n'a pas changé de nom. Pour acquérir un double nom, il suffit d'une (simple) déclaration de l'époux concerné à l'officier de l'état civil.

L'inégalité de traitement entre femmes et hommes tient ici à la base légale : initialement pas prévu dans la loi de 1988, le droit pour les hommes de porter un double nom découle de l'OEC, alors que le même droit de la femme est inscrit dans le CC. Ce droit existe depuis 1994, grâce aux époux BURGHARTZ-SCHNYDER qui ont porté la demande du mari devant la Cour européenne des droits de l'homme.¹⁸ Selon la Cour, l'impossibilité, pour les maris, de se prévaloir de l'article 160 al. 2 ou d'une solution analogue ne respectait pas les exigences du droit international et équivalait à une violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Cette solution

241, 242 ss ; STETTLER/GERMANI, Droit civil III, Effets généraux du mariage (art. 159-180 CC), 2^e éd., Fribourg 1999, 30.

¹³ HEGNAUER, Vom Treten an Ort beim Namensrecht : Der Nationalrat und die Europäische Menschenrechtskonvention, Neue Zürcher Zeitung, 14 avril 2009, 11.

¹⁴ Voir également n. 10.

¹⁵ ACourEDH G.M.B. et K.M. c. Suisse du 27 septembre 2001 (Requête n° 36797/97).

¹⁶ Voir ci-dessous les développements au sujet de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire ÜNAL TEKELI c. Turquie du 16 novembre 2004 (Requête n° 29865/96), commenté *infra* III.B.

¹⁷ Ordonnance sur l'état civil, 28.4.2004 (RS 211.112.2). La disposition adoptée initialement était l'art. 177a OEC.

¹⁸ ACourEDH BURGHARTZ c. Suisse du 22 février 1994 (Requête n° 16231/90).

est critiquable du point de vue de la hiérarchie des normes en ce qu'une norme inférieure ne peut corriger une norme supérieure.

3) *Les noms à choix pour constituer le nom légal (art. 160 et 30 al. 2)*

Dans toutes les hypothèses, le nom légal – seul ou à titre de double nom – peut être soit le nom de célibataire¹⁹, soit le nom conservé par l'époux ou l'épouse à la suite de la dissolution d'un mariage antérieur par divorce, décès ou jugement d'annulation, soit enfin le nom acquis à la suite d'une procédure en changement de nom selon l'article 30 al. 1.²⁰

4) *Le nom d'alliance, nom extra-légal*

Ce nom est formé du nom de famille (légal) commun, suivi du nom (légal) antérieur ou de célibataire de l'époux qui a abandonné son nom ; les deux noms étant reliés par un trait d'union. Il peut être porté par un seul ou par les deux époux pour autant qu'il ou elle ne porte qu'un nom de famille simple.

Le nom d'alliance n'est consacré par aucune loi ; il s'agit donc d'un nom non officiel qui bénéficie cependant d'une certaine reconnaissance par les autorités dans la mesure où il peut être inscrit sur une pièce d'identité (art. 14 al. 1 et 6 OLDI²¹), le permis de conduire ou encore un diplôme académique.²²

Il s'agit d'une pratique répandue parmi les personnes mariées, de surcroît parfaitement égalitaire, puisqu'elle s'offre à l'homme comme à la femme. Toutefois, le nom d'alliance ne peut être le même pour les époux que dans l'hypothèse où les deux portent un seul nom de famille commun. En revanche, les deux noms n'ont pas le même ordre si l'un des époux a opté pour le double nom au sens des articles 160 al. 2 CC et 12 al. 1 OEC et que l'autre porte le nom d'alliance.

5) *En cas de dissolution du mariage et de remariage*

Au divorce, l'époux qui a changé de nom au moment du mariage conserve ce nom.²³ Le droit suisse considère que le nom est un prolongement de la personnalité, raison pour laquelle la loi permet à cet époux de conserver son nom à la fin du mariage.²⁴ Cependant, l'époux qui a changé de nom au mariage peut, dans le délai d'un an à compter du jugement passé en force,

¹⁹ Quant à la définition du nom de *célibataire*, cf. Rapport 2008 de la CAJ-CN (n. 4), 378 ad 160. Voir également la discussion à l'égard de ce nom, ci-après sous V.

²⁰ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 96.

²¹ Ordonnance sur les documents d'identité des ressortissants suisses, 20.9.2002 (RS 143.11).

²² BUCHER (n. 12), 170 ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 100 ; HEGNAUER, Usage officiel du nom d'alliance, REC 1992, 158 ss, 160.

²³ Les mêmes règles s'appliquent en cas d'annulation du mariage, cf. art. 109 al. 2 CC.

²⁴ DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 102.

déclarer vouloir reprendre le nom qu'il portait avant le mariage ou son nom de célibataire (art. 119 al. 1).

Par contre, aucune modification du nom, obligatoire ou facultative, n'est prévue dans la loi actuelle en cas de *décès* de l'un ou l'autre des époux. En effet, les veuves et veufs conservent le nom qu'ils portaient pendant le mariage sans possibilité analogue à l'article 119 al. 1, c'est-à-dire sans la possibilité de reprendre le nom porté avant le mariage ou le nom de célibataire.

Enfin, en cas de *remariage*, ce sont les mêmes règles que lors d'un premier mariage qui s'appliquent. Le choix des époux est le même qu'au premier mariage avec la particularité tout de même pour l'épouse ou l'époux qui porte déjà un double nom légal et qui désire porter à nouveau un double nom, de faire précéder le nouveau nom de famille uniquement du premier des deux double noms antérieurs (art. 160 al. 3 CC).

B) Le nom des enfants

En vertu de l'article 270 al. 1, l'enfant de *parents mariés* porte le nom de famille, soit le nom unique que portent les deux époux, soit le nom commun des époux dont l'un porte un double nom.

L'enfant de *parents non mariés* prend le nom de la mère, même si l'enfant est reconnu par le père (art. 270 al. 2). De l'éventuel double nom légal de la mère, l'enfant ne prend que le premier. Cette règle s'applique également en cas d'autorité parentale exercée conjointement.²⁵ Dans des cas exceptionnels, le nom de l'enfant est celui du père (art. 271 al. 3 *cum* 30 al. 1).

L'enfant *adopté* acquiert selon l'article 267 le statut juridique d'un enfant de ses parents adoptifs et porte donc le nom des parents adoptifs. En principe, cette règle s'applique sans égard à l'âge de l'enfant au moment de l'adoption.²⁶

En aucun cas, le nom d'alliance ne peut être transmis aux enfants.

C) Le changement ordinaire du nom légal (art. 30 al. 1)

Le nom légal ne peut être modifié qu'en présence de *justes motifs* au sens de l'article 30 al. 1, disposition interprétée en règle générale de manière sévère. Deux décisions du Tribunal fédéral en la matière sont d'intérêt général pour le droit du nom.

²⁵ ATF 121 III 145/JT 1996 655. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 107 ; GERMANI/STETTLER (n. 12), 39 ; PAPAUX VAN DELDEN, L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux, Genève/Bâle/Munich 2002, 292.

²⁶ ATF 137 III 97.

Parmi les rares cas admis par le Tribunal fédéral figure celui d'une adoptée, âgée de 57 ans au moment de son adoption. A juste titre, les juges soulignent dans cette décision le *lien étroit entre le nom et la personnalité*, de même que l'importance, dans le cas particulier, des intérêts privées de la requérante qui priment sur les intérêts publics généralement invoqués.²⁷

Sans diverger de sa politique stricte, le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence de l'année 2011, déboute une femme divorcée qui tentait de reprendre son nom d'avant le mariage après l'écoulement du délai de l'article 119, mais la renvoie à une procédure sous le droit futur²⁸ : l'article 30 al.1 du futur droit n'exigera, en effet, plus que des motifs *légitimes*, contrairement aux justes motifs de l'actuel article 30 al. 1. Il faut déduire de cette jurisprudence que les changements de nom devraient pouvoir être admis plus facilement sous le nouveau droit. L'approche jurisprudentielle sera plus en phase avec l'évolution des conceptions en matière de changement de nom dans la société.

D) *Conclusion*

De ce bref aperçu, on retiendra en substance que le droit du nom actuel se caractérise par le *principe de l'unité du nom de famille* au détriment de celui de *l'égalité des sexes*. Il n'est, en effet, pas possible de satisfaire pleinement aux exigences de ces deux principes à la fois.²⁹ Le droit du mariage en vigueur a sacrifié le principe de l'égalité des sexes et le législateur n'a pu inverser cette situation que tout récemment, malgré l'évolution des conceptions en la matière dans la société comme le démontrent d'ailleurs les tentatives de réforme entreprises dès 1994 et les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁷ ATF 137 III 97, cons. 3.3.1. et 3.4.3. Pour un deuxième cas récent où le TF se montre moins strict, cf. TF 5A_424/2010, 2.11.2010, ainsi que les commentaires de MEIER, Le point sur le droit des personnes physiques et le droit de la tutelle, RSJ 2001, 442, pt. IV, et BUCHER, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_424/2010, 2.11.2010, PJA 2011, 845.

²⁸ TF 5A_695/2011, 12.12.2011, cons. 5. Sur cette jurisprudence, voir également : MEIER, RSJ 2001, 442, pt. IV.

²⁹ Dans ce sens également, mais aboutissant à des conclusions très différentes aux nôtres, DUTOIT (n. 12), 249. Pour les motivations sous-tendant la loi, cf. Message du CF 1979 (n. 7), ch. 212.1 et 2.

III. Révision du droit du nom³⁰

A) *L'initiative parlementaire SANDOZ*

L'initiative parlementaire intitulée « *Nom de famille et droit de cité des époux* », a été déposée le 14 décembre 1994³¹ par la Conseillère nationale Suzette SANDOZ, en réponse immédiate à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette initiative proposait un remaniement intégral du droit du nom de famille, avec comme but notamment l'égalité complète des époux en la matière.³²

Le projet final du 31 août 1998 élaboré par la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-CN) élargissait de manière considérable le choix du nom des époux et des enfants et supprimait le double nom légal. Le projet laissait la possibilité à chacun des époux de conserver, au moment du *mariage*, son nom de famille antérieur ou de reprendre son nom de célibataire ; le couple devait aussi pouvoir opter pour un nom de famille commun.³³ Le nom d'alliance, tout en restant extra-légal, devait toujours servir de solution d'appoint. Le nom commun des parents devait se transmettre aux *enfants*, alors que les enfants de parents qui ne portaient pas le même nom devaient recevoir l'un des deux noms des parents. Un double nom pour ces enfants, composé des noms des deux parents, n'a été admis ni dans ce projet de réforme, ni dans les suivants, et ce en dépit d'exemples en droit étranger et une certaine sympathie dans la population pour cette solution.

Après sept ans de travail, le projet de loi a finalement été rejeté le 22 juin 2001 par les Chambres fédérales lors du vote final.³⁴ La pierre d'achoppement était la détermination du nom de l'enfant de parents portant des noms différents dans les (de toute vraisemblance très rares) cas où le couple ne pouvait ou ne voulait pas choisir l'un de leurs noms. La loi de 1988 restait alors en vigueur avec toutes les inégalités entre mari et épouse qu'elle comporte.

³⁰ Pour plus de détails, cf. *Curia vista* du site de l'Assemblée fédérale, n° objet 03.428, ainsi que DESCHENAUX/STENAUER/BADDELEY (n. 3), 104 ss.

³¹ Cf. Commission des affaires juridiques du Conseil national, Rapport sur l'initiative Nom et droit de cité des époux. Egalité (initiative parlementaire SANDOZ), du 31 août 1998, FF 1999 4565 ; voir également FF 1999 4580, ainsi que 4894.

³² L'initiative incluait un volet droit de cité avec le but d'atteindre sur ce plan également l'égalité de traitement des hommes et des femmes.

³³ Cf. Rapport 1999, n. 31.

³⁴ Au Conseil des États : rejet du projet par 25 voix contre 16 ; au Conseil national : rejet du projet par 97 voix contre 77 (BO 2001 N 949).

B) *L'initiative parlementaire LEUTENEGGER OBERHOLZER*³⁵

La seconde initiative parlementaire a été déposée le 19 juin 2003 par la Conseillère nationale Suzanne LEUTENEGGER. Intitulée « *Nom et droit de cité des époux. Égalité* », elle s'est inspirée de l'initiative précédente visant à réaliser l'égalité des sexes et mettait également l'accent sur le libre choix du nom de famille.

En 2004, pendant les travaux en vue du nouveau projet de réforme en Suisse, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu l'arrêt ÜNAL TEKELI c. Turquie.³⁶ La Cour y constatait la violation de la CEDH de la part de la Turquie dans le cas d'une femme mariée se voyant refuser de conserver son seul nom de jeune fille. Selon la Cour, le principe de l'unité du nom de famille ne devait plus, dans la société du début du troisième millénaire, se manifester obligatoirement par le port d'un nom de famille commun. La législation turque violait ainsi les articles 8 et 14 CEDH. Comme le droit turque était calqué sur le droit suisse en matière de nom, cette jurisprudence ne pouvait être ignorée par la Suisse. Notre législation continuant à imposer aux époux un nom commun, avec la possibilité de porter un double nom, il devenait impératif d'entreprendre une réforme générale du droit du nom en tenant compte des postulats de l'arrêt ÜNAL TEKELI.

Le projet final de la CAJ-CN prévoyait essentiellement ceci³⁷ :

- Au *mariage*, les époux auraient dû choisir d'adopter un nom commun ou de conserver leurs noms de *célibataire*, mais non les noms acquis lors de mariages antérieurs. Par ailleurs, le *double nom légal* était supprimé.³⁸ En revanche, le nom d'alliance devait subsister, restant, toutefois, toujours un nom extra-juridique. Cette proposition, à contre-courant des pratiques présentes dans la société, fut mal accueillie lors des débats aux Chambres.
- Au *divorce*, l'époux qui avait changé de nom pendant le mariage devait pouvoir conserver ce nom ou reprendre son nom de *célibataire*. Ce choix devait également être ouvert au conjoint survivant.
- Le nom de famille des enfants devait être le nom commun des parents ou l'un des noms de parents portant des noms différents. Dans cette dernière hypothèse, le choix des (futurs) parents devait intervenir au moment du mariage ; les parents disposaient toutefois du droit de modifier ce choix, en

³⁵ Cf. *Curia vista* du site de l'Assemblée fédérale, n° objet 03.428 ; Rapport 2008 (n. 4), ainsi que Conseil fédéral, Avis du 12 décembre 2008, à l'égard de l'initiative parlementaire *Nom et droit de cité des époux. Égalité*, et au Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 22 août 2008, FF 2008 2442.

³⁶ ACourEDH ÜNAL TEKELI c. Turquie du 16 novembre 2004 (Requête n° 29865/96).

³⁷ Rapport 2008, n. 4, 9.

³⁸ Cf. Association suisse des officiers de l'état civil, Consultation sur l'avant-projet du CCS en matière de nom et du droit de cité des époux et des enfants, prise de position du comité du 5 octobre 2007, REC 2007, 123.

faveur de l'autre des deux noms, dans l'année suivant la naissance du premier enfant. Seul le nom de célibataire de l'un des parents auraient pu être choisi. Le double nom pour les enfants était d'emblée exclu comme pour le premier projet. L'exigence du choix du nom des enfants au moment du mariage était - et est encore, vu qu'elle est également ancrée dans la loi nouvelle - problématique et l'on peut se poser la question de sa compatibilité avec le droit au mariage consacré par les articles 14 Cst. et 12 CEDH.³⁹

Le projet fut accueilli avec des sentiments mitigés. Aux réserves citées aux paragraphes précédents, s'en ajoutait une autre relative à l'intransmissibilité de noms acquis pendant le mariage aux enfants nés après le mariage et aux conjoints subséquents. Dans la doctrine, mais aussi lors des débats aux Chambres, s'est exprimé le souci que ce principe ne constitue une atteinte à la personnalité de l'époux concerné. En effet, celui-ci allait se trouver entravé dans son choix par rapport à son nom ; or, le nom acquis par mariage, comme le nom de naissance, constitue indéniablement un élément de la personnalité.⁴⁰ Le même souci persiste par rapport au texte finalement voté, comme cela sera discuté dans le chapitre V. ci-dessous.

Le 11 mars 2009, après six années supplémentaires de travail consécutives à l'échec de l'initiative SANDOZ, donc après treize ans de travail en tout, et quinze ans après l'arrêt BURGHARTZ-SCHNYDER, le deuxième projet de réforme du droit du nom a échoué à son tour : le Conseil national a renvoyé le projet à la Commission avec comme mandat de le limiter aux seules modifications rendues absolument nécessaires par l'arrêt susmentionné.⁴¹ En d'autres termes, la Commission était priée de soumettre un nouveau projet de loi se limitant à l'introduction dans le Code civil de la possibilité pour le mari de porter un double nom.

C) *Etat des lieux intermédiaire*

Les deux tentatives de réforme, malgré leur échec, ont permis de constater que la règle de base selon laquelle le mariage ne doit pas avoir d'effet sur le nom des époux, combinée avec la possibilité pour les époux de choisir un nom commun, était largement approuvée par les Chambres, par le public et dans la littérature juridique. La question principale qui demeurait litigieuse cependant, en raison de son importance émotionnelle et de sa complexité, était la détermination du nom des enfants. Sans doute, une lassitude certaine a

³⁹ DESCHENAUX/STENAUER/BADDELEY (n. 3), 107 ; MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2009, 374.

⁴⁰ Voir à ce sujet : Message du CF de 1979 (n. 7), ch. 212.1, 4^e par.) ; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY (n. 3), 102.

⁴¹ BO 2009 N 275 ss ; Commission des affaires juridiques du Conseil national, 27 août 2009, 6844.

mené au mandat restrictif donné à la CAJ-CN à l'issue du vote sur le deuxième projet de loi. Mais ce mandat soulève la question de savoir si notre Parlement pouvait raisonnablement s'attendre à en rester à la loi de 1988, à peine améliorée cosmétiquement. Il paraît intéressant, face à ces constats et interrogations, de brosser un tableau des solutions appliquées dans quelques ordres juridiques occidentaux de culture comparable à la nôtre.

IV. Droit comparé⁴²

Le droit du nom de famille suisse, resté inchangé depuis 1988 malgré les tentatives de réforme dans l'intervalle, contraste avec les solutions légales adoptées par nos pays voisins et d'autres pays comparables. Il existe différents régimes, mais presque tous ont opté pour le principe selon lequel chaque conjoint garde son nom au moment du mariage. Les aménagements possibles sont notamment le nom commun, le double nom, le changement de nom consensuel ou encore, à l'image de la France, le fait de reconnaître un droit d'usage sur le nom du conjoint.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt LOCONCI ROSE du 9 novembre 2010,⁴³ a d'ailleurs confirmé qu'« un consensus se dessine au sein des États membres du Conseil de l'Europe quant au choix du nom de famille des époux sur un pied d'égalité et, à l'échelle internationale, les développements au sein des Nations unies quant à l'égalité des sexes se dirigent dans ce domaine spécifique vers la reconnaissance du droit pour chaque conjoint de conserver l'usage de son nom de famille original ou de participer sur un pied d'égalité au choix d'un nouveau nom de famille » (§ 47).

Contrairement au droit du nom des personnes mariées, celui des enfants présente une plus grande diversité, à l'exception du principe selon lequel tous les enfants issus de parents communs portent le même nom de famille.

⁴² Pour les références aux textes législatifs des divers pays traités, voir outre les sources électroniques indiquées les Rapports de la Commission des affaires juridiques du Conseil national cités aux n. 4 et 31.

⁴³ ACourEDH LOSONCI ROSE et ROSE c. Suisse, du 9 novembre 2010 (Requête n° 664/06), relatif à TF 5A.4/2005, 24.5.2005.

A) *Pays de tradition germanique : Allemagne, Autriche*⁴⁴

1) *Le nom des personnes mariées*

Les droits allemand et autrichien prévoient que les époux ont la possibilité de choisir lors de leur mariage l'un ou l'autre de leurs noms comme nom de famille commun (« Ehename ») (§§ 93 ABGB, § 1355 BGB). Il peut s'agir du nom de célibataire de l'époux concerné ou encore du nom porté par ce dernier lors d'une union précédente. La situation est ainsi identique à celle qui prévaut en droit suisse actuel, s'y ajoutant, toutefois, la possibilité pour les couples allemands de faire ce choix également postérieurement au mariage ; leur choix est alors irréversible. Dans les deux pays, le nom de famille acquis en raison du mariage est transmissible même s'il s'agit du nom de l'ex-époux. Dans ces ordres juridiques, le nom de famille est considéré comme un véritable attribut de la personnalité de chaque époux.⁴⁵ Comme on le verra ci-dessous, cette philosophie n'est pas partagée par la France et l'Espagne, en particulier.

En cas de choix d'un nom commun, le conjoint dont le nom n'a pas été choisi a le droit, tant en Autriche (§§ 93 al. 2 ABGB) qu'en Allemagne (§ 1355 al. 4 *in fine* BGB), de porter un double nom, en faisant suivre ou précéder le nom conjugal de son nom de célibataire, les deux noms étant reliés par un trait d'union.

Si les époux ne font pas de choix en matière de nom de famille, le droit allemand prévoit qu'ils conservent le nom porté au moment du mariage (§ 1355 al. 1 BGB). Le droit autrichien, en revanche, prévoit qu'à défaut de choix, le nom du mari devient automatiquement le nom de famille commun (§§ 93 al. 1 *in fine* ABGB). Dans cette hypothèse toutefois, la fiancée peut déclarer à l'officier de l'état civil qu'elle désire garder son nom de jeune fille ; les deux époux conservent alors le nom porté au moment du mariage.⁴⁶

Le droit allemand prévoit un régime particulièrement libéral pour l'époux divorcé ou veuf. Il ou elle peut soit garder son nom de famille, soit reprendre le nom porté au moment du mariage - qui peut être celui pris lors d'un

⁴⁴ Pour le Code civil allemand, cf. <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>, et pour le Code civil autrichien, cf. http://www.jusline.at/Allgemeines_Buergerliches_Gesetzbuch_%28ABGB%29.html.

⁴⁵ A cet égard, il est intéressant de savoir, en vue du droit suisse nouveau, qu'en 2004, le Tribunal constitutionnel fédéral allemand a déclaré inconstitutionnel l'ancien § 1355 al. 2 BGB qui prévoyait que les futurs époux ne pouvaient choisir comme nom conjugal que l'un de leurs deux noms de célibataire. Selon cette juridiction, toute personne possède un droit subjectif sur son ancien nom conjugal. BVerfG, 18 février 2004, cité par LARDEUX, *Droits civils français et allemand : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle*, RRJ 2/2006, 16, 18.

⁴⁶ VEILLARD, *La dévolution du nom de famille (aspects de droit comparé)*, *Etudes suisses de droit comparé*, Institut suisse de droit comparé, 2006, 3 (<http://www.isdc.ch/d2wfiles/document/4426/4018/0/ESDC%202006-1%2020.4.06.pdf>)

mariage antérieur – ou son nom de célibataire, soit encore combiner l’un de ces noms avec son nom porté pendant le dernier mariage, en déterminant librement l’ordre de ses noms (§ 1355 al. 5 BGB). Dans les cas où l’époux ne conserve pas son nom, une déclaration devant l’officier de l’état civil est nécessaire et la perte du nom abandonné est alors irréversible. Dans l’hypothèse inverse où l’époux désire continuer à porter le nom conjugal, ni son ex-conjoint (en cas de divorce), ni les héritiers de celui-ci (en cas de décès) ne peuvent le lui interdire.⁴⁷ Le droit autrichien prévoit, en substance, la même solution avec la seule différence qu’en cas de divorce, l’époux ne peut reprendre le nom d’un mariage antérieur que si une descendance est issue de cette précédente relation (§§ 93a ABGB).

2) *Le nom des enfants*

En matière de transmission du nom de famille aux *enfants*, le droit allemand et le droit autrichien présentent une solution simple pour les parents ayant choisi un nom commun : ils transmettent ce nom à leurs enfants (§ 139 al. 1 ABGB, art. 1616 BGB).

En droit allemand, les parents qui ne portent pas de nom commun choisissent l’un de leurs noms pour leur enfant, au moment de la naissance du premier enfant (§ 1617 al. 1 BGB). Si les parents investis d’un droit de garde commun ne parviennent pas à un accord, le Juge aux affaires familiales désigne qui du père ou de la mère a le droit de choisir le nom de l’enfant (§ 1617 al. 2 BGB). Si le parent désigné par le Tribunal ne se décide pas dans le délai imparti par le Juge, l’enfant prend d’office le nom de ce parent (§ 1617 al. 2 BGB). Lorsqu’un seul des parents (mariés ou non) est détenteur de l’autorité parentale, il lui incombe de choisir le nom de l’enfant (§ 1617a BGB). Cette solution a été suggérée et étudiée dans le cadre de la deuxième réforme du droit suisse du nom, mais n’a pas été retenue.

En droit autrichien, l’enfant prend le nom du père lorsque les parents mariés n’ont pas de nom commun et ne parviennent pas à se mettre d’accord sur l’un de leurs noms au moment du mariage (§§ 139 al. 3 ABGB). Contrairement à la loi allemande qui ne connaît presque pas de distinction entre enfants de parents mariés et enfants de concubins, la législation autrichienne prévoit que l’enfant non légitimé porte le nom de sa mère (§§ 165 ABGB). La légitimation par le mariage des parents ou par la reconnaissance de l’enfant par le père entraîne l’application par analogie des dispositions relatives aux parents mariés décrites ci-dessus (§§ 161b, 162a, 139 ABGB).

Comme la plupart des droits nationaux analysés dans la présente contribution, les droits allemand et autrichien prévoient que tous les enfants

⁴⁷ SCHERER (n. 3), 26.

issus du même mariage doivent porter le même nom de famille (§ 1617 al. 1 BGB, §§ 139 al. 2 ABGB).

B) Les pays de tradition romaine : France et Espagne⁴⁸

1) Le nom des époux

Les droits français (art. 264 Code civil français) et espagnol laissent subsister dans tous les cas les noms de célibataire des époux, comme le font d'ailleurs également les droits belge (art. 216 Code civil belge), néerlandais (art. 1 : 8 et 1 : 9 Code civil néerlandais) et irlandais (Civil Registration Act 2004). Ces droits sont fondés sur le *principe de l'immutabilité du nom de famille* tout en reconnaissant, en pratique et de manière plus ou moins large, un *droit d'usage* de chaque époux sur le nom du conjoint et d'autres aménagements du système de base.

En France, la loi ne contient pas de disposition sur l'effet du mariage sur le nom des époux ; les époux préservent comme noms légaux leurs noms de célibataire (nom de naissance). La loi française, contrairement à la loi suisse, ne confère donc pas un droit subjectif aux époux d'acquérir le nom du conjoint. L'usage admet toutefois que l'épouse peut choisir soit de porter le nom de son conjoint, soit d'ajouter ce dernier à son nom. Toujours sur la base de l'usage, l'époux, quant à lui, ne bénéficie que de la possibilité de faire suivre son nom de celui de l'épouse. Les noms d'usage, extra-légaux comme le nom d'alliance suisse, ne remplacent donc pas le nom légal – de célibataire –, et à juste titre, mais contrairement au nom d'alliance suisse, ne sont pas inscrits dans les registres de l'état civil.⁴⁹

En vertu de l'article 264 al. 1 du Code civil français (CCF), chaque époux retrouve, après le divorce, son nom d'avant le mariage. L'al. 2 de l'article 264 CCF prévoit toutefois que chacun des époux peut, sur autorisation du juge ou avec l'accord de son ex-conjoint, continuer à porter le nom adopté lors du

⁴⁸ Pour le Code civil espagnol, cf. <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T5.htm>. Pour le Code civil français, cf. http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do ;jsessionid=AE8C75AAA5FB43B244B30F05229CFEBD.tpdjo17v_3?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20111010. Pour le droit irlandais, cf. Irish legal information initiative, <http://www.ucc.ie/law/irlii/index.php>. Pour le Code civil belge, cf. http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1804032130%2FF&caller=list&row_id=1&numero=11&rech=14&cn=1804032130&table_name=LOI&nm=1804032150&la=F&dt=C&ODE=CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=34&imgcn.y=10%23LNK0054.

⁴⁹ Sur ce sujet, de manière générale également : LARDEUX, RRJ 2/2006, 16 ss.

mariage s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants.⁵⁰ En cas de remariage, cette autorisation devient caduque de plein droit.⁵¹

Le droit espagnol ressemble de très près au droit français. En effet, chaque époux garde son nom (art. 137 du Règlement de la loi sur le registre de l'état civil du 14 novembre 1958). L'épouse peut toutefois, si elle le souhaite, acquérir le nom de son mari dans le cadre notamment de ses activités commerciales ou artistiques à titre de nom d'usage, soit comme nom non légal (art. 137 du Règlement précité). Après le divorce du couple, la femme peut continuer à utiliser le nom de son ex-époux, à moins que ce dernier n'en subisse un préjudice.⁵² En cas de veuvage, elle est autorisée à continuer à porter le nom de son époux jusqu'à un éventuel remariage.

2) *Le nom des enfants*

En matière de transmission du nom de famille à l'enfant, le Code civil français, à son article 311-21 al. 1, consacre le principe du libre choix des parents, mariés ou non, en la matière.⁵³ L'enfant peut recevoir le seul nom du père, celui de la mère ou les deux noms⁵⁴ accolés dans l'ordre choisi par les parents. Le double nom de l'enfant ne peut comporter qu'un nom de famille de chacun des parents (art. 311-21 al. 1 CCF) ; les parents qui possèdent eux-mêmes un double nom de famille doivent, de ce fait, déterminer lequel de leurs deux noms sera transmis à leur descendance. Le choix du nom de l'enfant s'opère à la naissance du premier enfant et vaut également pour les enfants communs ultérieurs du couple ; il est en principe définitif (art. 311-24 CCF).

Lorsque les parents ne choisissent pas le nom de l'enfant, celui-ci prend le nom du père marié à la mère ou le nom de celui des parents non mariés qui a reconnu l'enfant en premier. L'enfant reconnu simultanément par ses deux parents non mariés acquiert le nom du père (art. 311-21 al. 1 *in fine*).

Le droit espagnol prévoit que les enfants possèdent un double nom de famille, composé du nom du père et du nom de la mère. Les parents transmettent le premier de leurs deux noms de famille à leurs enfants dans l'ordre choisi par les parents (art. 109 du Code civil espagnol, CCE). En l'absence d'un accord, la loi prévoit que le nom du père précédera celui de la

⁵⁰ Cet alinéa a été introduit afin de tenir compte des inconvénients que pouvait rencontrer une femme connue dans son domaine professionnel sous le nom de son ex-conjoint, cf. www-cdpf.u-strasbg.fr/nomefra.htm.

⁵¹ LARDEUX, RRJ 2/2006, 18 ; JORNOD (n. 3), 173.

⁵² DUTOIT (n. 12), 144.

⁵³ Ce principe vaut également en cas d'adoption, VEILLARD (n. 46), 3.

⁵⁴ Ce triple choix : nom du père, nom de la mère ou le double nom, a été dicté pour éviter des conflits entre époux. Comme le relève LARDEUX, RRJ 2/2006, 20, citant le législateur français, « un tel dispositif (...) évite les rapports de force, qui peuvent être résolus par le double nom ».

mère (art. 194 du Règlement précité).⁵⁵ Dans les deux hypothèses toutefois, l'enfant peut, à sa majorité, modifier l'ordre des éléments de son nom de famille à son gré et décider ainsi laquelle des deux parties il transférera à ses propres enfants. Ainsi, le droit espagnol, en vertu de la protection de la personnalité, contient un mécanisme de changement de nom aussi applicable aux majeurs et, ce, indépendamment d'un éventuel mariage.

Pour une égalité juridique et morale absolue, le Code civil espagnol stipule à son article 108 que l'ensemble des effets de la filiation s'applique également aux enfants nés hors mariage ainsi qu'aux enfants adoptés, ce qui est généralement le cas dans les autres pays également.⁵⁶ Cependant, en Espagne, il existe également la possibilité pour l'adopté de garder son nom d'avant l'adoption, précédé du nom de l'adoptant s'il s'agit d'une adoption par le conjoint du géniteur (art. 108 CCE). Comme en droit français, si la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent, l'enfant portera le double nom de famille de ce parent (art. 109 CCE).⁵⁷

Le système espagnol présente l'avantage que les enfants possèdent un nom qui provient tant de leur mère que de leur père, et ce, en principe dans l'ordre choisi par les parents.

C) *Deux extrêmes : Italie, Portugal*⁵⁸

L'Italie et le Portugal se trouvent aux deux extrêmes de l'échelle en termes de flexibilité des solutions légales.

1) *Le nom des époux*

Le droit italien prévoit que les époux gardent leur nom au moment du mariage. Cependant, selon l'article 143^{bis} du Code civil italien (CCI), l'épouse doit ajouter le nom de son époux au sien. Contrairement au droit français et comme en droit suisse, il ne s'agit pas d'un simple usage, mais d'un double nom officiel et juridiquement reconnu.⁵⁹ Le droit italien ne reconnaît pas de

⁵⁵ Récemment, un projet de réforme selon lequel, en cas de désaccord entre les parents au sujet de l'ordre dans lequel leur nom sera transmis aux enfants, l'officier de l'état civil inscrira l'enfant avec ses noms de famille dans l'ordre alphabétique a été accueillie de manière mitigée par le public, en raison de craintes pour la pérennité des noms de famille commençant par « R » ou « Z ». Cf. <http://www.20minutes.fr/ledirect/618065/monde-espagne-enfants-porteront-plus-forcement-nom-pere-premier->.

⁵⁶ AUTORINO STANZIONE, *Attribuzione e trasmissione del cognomen, Profili comparatistici*, juin 2010, 17 s. ; http://www.comparazionediritto civile.it/sezioni.asp?cod_cat=3&nome_cat=Famiglia.

⁵⁷ Rapport 208 (n. 4), 375.

⁵⁸ Pour le Code civil italien, cf. http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib1.htm. Pour le Code civil portugais, cf. <http://www.verbojuridico.com>.

⁵⁹ VEILLARD (n. 46), 3. L'art. 143^{bis} CCI repose sur l'art. 29 de la Constitution italienne qui stipule que « le mariage se fonde sur l'égalité morale et juridique des époux », mais ce postulat n'est pas vraiment réalisé en matière de nom de famille des époux.

double nom pour le mari, ce dernier conserve uniquement son nom de célibataire.

Au moment du divorce, la femme reprend le seul nom qu'elle portait au moment du mariage (art. 5 al. 2 de la Loi sur la discipline des causes de dissolution du mariage du 1^{er} décembre 1970, LDD).⁶⁰ Elle peut toutefois conserver son double nom si son ex-mari ne s'y oppose pas ou, en cas d'opposition de ce dernier, moyennant un intérêt légitime pour elle ou pour ses enfants, avec l'accord du juge du divorce (art. 5 al. 3 LDD).⁶¹ En cas de veuvage, la femme conserve son double nom qu'elle perd lors d'un remariage au profit d'un nouveau double nom. Ce dernier est composé du nom qu'elle portait au moment du mariage antérieur et du nom de son nouveau mari.

Le droit italien ne laisse ainsi aucun choix aux personnes mariées concernant leurs noms de famille. A l'opposé, le droit portugais est particulièrement libéral : au moment du mariage, chacun des époux conserve son nom et peut y ajouter un ou deux noms du conjoint dans l'ordre qu'il a choisi ; chaque personne peut porter jusqu'à quatre noms de famille (art. 72 et 1677 Code civil Portugal, CCP). Au moment du divorce, les époux peuvent garder les noms de famille de leur ex-conjoint pour autant que ce dernier ou un Tribunal ait précédemment donné son accord (art. 1677-B CCP).⁶² L'article 1677-A CCP prévoit qu'en cas de veuvage, le conjoint peut également garder les noms de son défunt époux et ce, même en cas de remariage.

2) *Le nom des enfants*

Les mêmes philosophies sous-tendent le droit du nom des enfants italien et portugais. L'article 262 CCI prévoit que l'enfant d'un couple marié prend le nom du père. Si les parents ne sont pas mariés au moment de sa naissance, l'enfant prend le nom du parent qui l'a reconnu en premier. Lorsque la reconnaissance intervient simultanément, l'enfant portera le nom de son père. Si le père le reconnaît plus tard, l'enfant majeur peut soit ajouter le nom du père à celui de la mère, soit substituer le nom du père à celui de la mère (art. 262 al. 2 CCI). Pour l'enfant mineur, la décision appartient au juge (art. 262 al. 3 CCI).

Cette très large liberté de choix accordée aux personnes mariées au Portugal se retrouve au niveau du nom des enfants (art. 1875 ss CCP). En effet, chaque enfant biologique ou adopté⁶³ de parents mariés, comme l'enfant

⁶⁰ La LDD complète les articles 143 ss CCI.

⁶¹ www.ciec1.org/GuidePratique/Pays/etatsmembres/Italie/Italie-Chap6a9-sept2006.pdf, pt. 7.1 ss.

⁶² VEILLARD (n. 46), 3.

⁶³ Le droit portugais connaît l'adoption plénière (art. 1977, 1979 CCP) et l'adoption simple dite « restreinte » (art. 1994 CCP). Dans le premier cas, le lien avec la famille d'origine est brisé et l'adoptant transmet son nom à l'adopté. Dans la deuxième hypothèse, l'adopté maintient ses liens

reconnu né hors mariage peut avoir un maximum de quatre noms de famille choisis parmi les noms de ses parents, de ses grands-parents et de ses arrière-grands-parents. L'ordre dans lequel ces noms de famille se succèdent est déterminé par les parents au moment de la naissance de l'enfant, avec la particularité que le nom du père doit toujours être placé à la fin.⁶⁴ Si les parents ne s'entendent pas sur la composition du nom de l'enfant, un tribunal décide à leur place dans l'intérêt de l'enfant (art. 1875 CCP).

D) *Les pays anglo-saxons : Angleterre, Canada, États-Unis*

Pour compléter le panorama, mentionnons les droits anglais, américain et canadien qui se caractérisent par la très large liberté de choix en matière de nom de famille. Il n'est pas possible, en raison de la variété des ordres juridiques concernés et des solutions possibles, de donner plus qu'un éclairage au sujet des problématiques principales traitées dans notre étude. La liberté de choix évoquée concerne le nom des personnes mariées et le nom que peuvent choisir les parents pour leurs enfants. Dans ces pays, les *époux* peuvent en principe librement conserver le nom qu'ils portaient avant le mariage,⁶⁵ ou combiner ce nom avec le nom du conjoint, généralement dans l'ordre choisi, ou encore prendre le nom d'un époux comme nom de famille. Les *enfants* portent le nom choisi par leurs parents. Si rien n'a été décidé, en Angleterre par exemple, l'enfant de parents mariés porte généralement le nom de famille du père.⁶⁶

De surcroît, les droits anglais et américain reconnaissent une très large liberté à chaque personne majeure de modifier son nom de famille, indépendamment d'une modification de l'état civil et ce, pour autant que cela ne provoque aucun dommage aux tiers.⁶⁷ Cette possibilité témoigne de l'importance accordée, dans ces ordres juridiques, à l'individualité des personnes et aux incidences du nom sur la personnalité de chacun. Des considérations portant sur un éventuel intérêt public à régler le droit du nom de manière plus restrictive sont largement reléguées à un rang inférieur.

avec sa famille d'origine ; le juge peut alors faire suivre le nom de famille de l'adoptant au nom de naissance de l'adopté (art. 1995 CCP).

⁶⁴ VEILLARD (n. 46), 4.

⁶⁵ Pour le Canada : cf. DUTOIT (n. 3), 44 ; pour les USA : cf. loi de chaque état dans DUTOIT (n. 3) ; MEAD, *Change of name*, 15^e éd., London 1995, 60. Le droit anglais ne contient pas de dispositions formelles de fond ; le droit du nom repose sur la *common law* non écrite ; cf. THURNHEER, *Die Namensänderung in England und der Schweiz*, Jusletter 6 février 2012, II.3 et II.6, IV.

⁶⁶ MEAD (n. 65), 60. Cf. également <http://www.legislation.gov.uk/>.

⁶⁷ THURNHEER, Jusletter 6 février 2012, VI et IX.1 ; AUTORINO STANZIONE, *Profili comparatistici*, juin 2010, 19.

E) *Conclusion*

Ce tour d'horizon du droit du nom de quelques pays du monde occidental permet de constater que les solutions prévues, tout en étant très diverses, montrent clairement la tendance générale - sauf en droit italien - à un large choix du nom pour les personnes mariées et pour les enfants. Ainsi, l'égalité des sexes est souvent réalisée de par la loi ou découle du choix à la disposition des époux et des parents. Pour atteindre ce but en Suisse aussi, une réforme du droit du nom était nécessaire et ce dès l'entrée en vigueur du droit du mariage de 1988 et plus encore par la suite. Une évolution aurait pu aussi émaner ou du moins être amorcée par le Tribunal fédéral. A plusieurs reprises cependant, celui-ci s'est refusé d'entamer le processus, tout en soulignant l'incompatibilité du droit en vigueur avec la Constitution et le droit conventionnel international.⁶⁸ La tâche revenait donc au législateur qui s'en est acquitté en automne 2011.

V. **La nouvelle loi en matière de nom de famille du 30 septembre 2011**

A) *2009-2011 : le passage à vide et la naissance de la loi nouvelle*

A la suite du renvoi par le Conseil national du deuxième projet de réforme du droit du nom en 2009 (cf. *supra* III.), la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-CN) a, dans la même année encore, soumis un nouveau projet de loi au Parlement. Comme nous le disions ci-dessus, le mandat restrictif du Parlement ne pouvait aboutir qu'à une modification cosmétique du droit actuel, soit rétablir la hiérarchie des normes ; elle n'aurait pas changé la situation quant au fond.⁶⁹

Il semblait, à ce moment-là, qu'en dépit de la pratique dans la population suisse, des nombreuses voix critiques du droit restrictif actuel et du droit en préparation et de la tendance internationale générale en matière de nom,⁷⁰ le

⁶⁸ ACourEDH BURGHARTZ c. Suisse du 22 février 1994 (Requête n° 16213/90) ; ACourEDH ÜNAL TEKELI c. Turquie du 16 novembre 2004 (Requête n° 29865/96) ; ACourEDH LOSONCI ROSE et ROSE c. Suisse du 9 novembre 2010 (Requête n° 664/06).

⁶⁹ Commission des affaires juridiques du Conseil national, Rapport sur l'initiative Nom et droit de cité des époux. Egalité, du 27 août 2009, FF 2009 6843, 6847.

⁷⁰ La tendance internationale est de permettre aux personnes mariées de garder leurs noms d'avant le mariage, tout en offrant un choix en la matière, comme nous le démontrons dans le chapitre IV. ; voir également RIETIKER, Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahre 2010, PJA 2011, 549 ss, 565, et BUCHER, PJA 2011, 845. Les sept conseillers fédéraux en fonction en automne 2011, dont plusieurs portaient des noms d'alliance (E. Widmer-Schlumpf, M. Calmy-Rey, J. N. Schneider-Ammann), voire un nom

Parlement suisse n'était pas prêt à rompre avec la *tradition de l'unité du nom de famille*. De ce fait, la législation ne pouvait évoluer dans la direction tracée par la Constitution et le droit international.

Peu après le retour du projet de loi en commission, au printemps 2010, le Tribunal fédéral, dans un arrêt de principe concernant un couple sri-lankais, appliquait le droit du nom en vigueur, mais soulignait la nécessité d'élaborer le droit futur conformément au droit international.⁷¹ Dans cet arrêt, la Cour constate expressément que le projet mis en œuvre ne réglerait pas le problème de l'inégalité de l'homme et de la femme sur l'ensemble du droit du nom, rendant le projet du même coup obsolète. Pour être compatible avec la CEDH sur ce point, la loi ne devait obliger aucun des époux à porter le nom du conjoint, ne fût-ce qu'à travers le double nom.

Encore en 2010, une décision de la Cour européenne, qui s'inscrit dans le prolongement des arrêts BURGHARTZ-SCHNYDER et ÜNAL TEKELI, condamnait une nouvelle fois la Suisse pour discrimination fondée sur le sexe en matière de droit du nom. Un ressortissant hongrois, M. LONCONI ROSE et son épouse suisse, Mme ROSE, n'avaient pas obtenu des autorités administratives et judiciaires suisses l'autorisation de continuer chacun à porter leurs seuls noms, comme ils auraient pu le faire en droit hongrois.⁷² La Cour européenne, dans son analyse, estimait que les décisions suisses, appliquant l'article 160 CC, étaient contraires à la Convention (§ 49) et que « *le régime en vigueur en Suisse engendre une discrimination entre les couples binationaux, selon que c'est l'homme ou la femme qui possède la nationalité suisse* » (§ 53). Dans sa décision, le Tribunal fédéral avait reconnu que la législation relative au droit du nom, prise dans son ensemble, est contraire au principe d'égalité des sexes concrétisé par l'article 8 de la Constitution, mais argumentait, comme il l'avait fait déjà dans l'affaire BURGHARTZ-SCHNYDER, « *qu'il ne pouvait pas introduire des modifications du droit du nom qui avaient été refusées par le législateur* » (§ 14). Sans surprise, les juges de la Cour rétorquaient que « *cela ne change rien en la responsabilité internationale de la Suisse au titre de la Convention* » (§ 50). Ils saisirent également l'occasion de souligner que les législations des pays qui entourent la Suisse se dirigeaient toutes vers « *la reconnaissance du droit pour chaque conjoint de*

non légal (D. Leuthard, mariée, apparemment sans avoir adopté un double nom légal, mais utilisant officiellement son seul nom de célibataire), illustrent de manière flagrante le décalage entre la loi formelle et les pratiques des sujets du droit en matière de nom de famille. Les annonces de décès constituent un autre exemple du fait que le nom est, en Suisse aussi, modifié selon les désirs de son titulaire ou de sa famille, parfois en contradiction totale avec la loi (citons comme exemple une annonce du décès d'une femme mariée, indiquant le double nom légal de la défunte, signée du mari avec un double nom également, sans trait d'union, mais inversant les deux composantes).

⁷¹ TF 5A_712/2009, 25.1.2010.

⁷² ACourEDH LOSONCI ROSE et ROSE c. Suisse du 9 novembre 2010 (Requête n° 664/06). Cet arrêt soulevait, en outre, la question de l'égalité de traitement des couples étrangers avec les couples dont l'un ou les deux époux sont suisses, voire avec les couples de partenaires enregistrés. Cf. également : ACourEDH BURGHARTZ c. Suisse du 22 février 1994 (Requête n° 16213/90) ; ACourEDH ÜNAL TEKELI c. Turquie du 16 novembre 2004 (Requête n° 29865/96). Cf. à ce sujet, BUCHER, (n. 27).

conserver l'usage de son nom de famille original ou de participer sur un pied d'égalité au choix d'un nouveau nom de famille » (§ 47).

Sensible aux problèmes sociétaux et juridiques à résoudre par la future loi, la CAJ-CE a refusé en mai 2011 un avant-projet minimal, qui avait été accepté initialement par la CAJ-CN. Elle a empoigné une nouvelle fois, dès le 22 avril 2010, ce dossier avec, pour mission, de trouver des solutions permettant un droit égal des conjoints à conserver leur nom après le mariage et à le transmettre à leurs enfants, au détriment, si besoin, du principe de l'unité du nom de famille. Un *projet de loi*, basé sur ces postulats – identiques à ceux à la base du projet de 2009 – a été soumis et finalement accepté à l'unanimité par le Conseil des États le 7 juin 2011,⁷³ et par le Conseil national, par 97 voix contre 65, en date du 30 septembre 2011.⁷⁴

Le texte adopté réforme le *droit du nom* des époux et des enfants (art. 30a, 119, 160, 270, 270a, 270b), *l'article 30 al. 1*, le *droit de cité* (art. 161, 267a, 271 ; art. 4 al. 2 à 4 de la Loi sur la nationalité, LN), ainsi que le *droit du nom des partenaires enregistrés* (art. 12a et 30a LPart) ; il contient en outre des dispositions transitoires concernant le droit du nom (8a, 13d T.fin.CC ; art. 37a LPart). A la surprise de tous, les débats précédant ce vote ont été extrêmement brefs et, contrairement aux débats concernant les deux projets antérieurs, dépourvus d'éclats émotionnels.⁷⁵

La nouvelle loi sur le nom de famille⁷⁶ modifie considérablement les articles topiques du Code civil. Elle se base sur la *libre volonté des personnes mariées* et privilégie ainsi *l'égalité des sexes* au détriment du principe de l'unité de la famille. Elle établit *l'égalité des couples mariés et des partenaires enregistrés* en matière du nom. *L'égalité des parents mariés et non mariés* par rapport au choix du nom de leurs enfants est largement réalisée également. Néanmoins, tous les problèmes posés par la loi actuelle n'ont pas trouvé de solution et de nouveaux problèmes se posent.

⁷³ BO CE du 7 juin 2011 ; http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/s/4819/355543/f_s_4819_355543_355717.htm.

⁷⁴ BO 2011 N 1756. Cf. également Rapport 2009 (n. 69).

⁷⁵ Pour les débats passionnés en 2009 au Conseil national, cf. BO 2009 N 278. Il est intéressant de constater que nos affirmations sur les tendances dans la société et les critiques que soulève, à notre avis le nCC, ont toutes été évoquées lors de ces débats.

⁷⁶ Assemblée fédérale de la Confédération suisse, Code civil (Nom et droit de cité), modification du 30 septembre 2011, FF 2011 6811 ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013 ; <http://www.admin.ch/ch/ff/ff/2011/6811.pdf>.

B) *Examen de la nouvelle loi*

1) *Le choix du nom des époux au mariage*

L'article 160 nCC stipule ceci :

- *al. 1 Chacun des époux conserve son nom.*
- *al. 2 Les fiancés peuvent toutefois déclarer à l'officier de l'état civil vouloir porter un nom de famille commun ; ils peuvent choisir entre le nom de célibataire de l'un ou de l'autre.*

La nouvelle loi intègre, comme il était attendu (cf. ci-dessus III.), le droit des personnes mariées de *conserver leur nom acquis à la naissance* pendant toute leur vie et consacre ainsi le *principe de l'immutabilité du nom* pour tous. L'abolition du principe de l'unité du nom de famille ne devrait pas poser de problèmes, comme nous le déduisons, aux chapitres II. et III., de l'évolution des conceptions dans la société, ce d'autant moins que les couples attachés à un nom de famille commun ont toujours ce choix (art. 160 al. 2 nCC). Pour les personnes qui le désirent, leur nom de célibataire sera donc mis « hors service » pour la durée de leur mariage.

D'apparence simple,⁷⁷ les deux premiers alinéas de l'article 160 nCC suscitent néanmoins des inquiétudes quant à leur adéquation.

La simplicité de la nouvelle loi, pêche-t-elle par l'excès ? Le choix du *nom commun* n'est offert que parmi deux possibilités bien définies : le nom de célibataire de l'épouse ou du mari, sans permettre le maintien d'un nom acquis lors d'un mariage antérieur.⁷⁸ Tenant aussi compte du fait que ce nom ne pourra plus non plus être transmis aux enfants (cf. *infra* 2 et 3), force est de constater que la nouvelle loi a créé une nouvelle catégorie de noms qui ne tardera pas à être ressentie comme étant de 2e classe par rapport au nom acquis par filiation.

La *non transmissibilité du nom acquis légalement lors d'un mariage* pose en outre la question cruciale, à notre avis, de la violation du droit du détenteur à son nom consacré par l'article 28. Le nom de famille, notamment, mais pas seulement, quand il a été porté pendant de nombreuses années, constitue un élément de la personnalité de son détenteur. Il détermine l'identité intérieure et extérieure de ce dernier, ses relations avec son entourage familial et

⁷⁷ La simplicité de la loi a été l'un des postulats aussi pour la deuxième tentative de réforme ; cf. Rapport 2008 (n. 4), ch. 3.2, al. 1, 5.1.4. Les mêmes solutions sont prévues pour les couples de partenaires enregistrés, cf. art. 12a nLPart.

⁷⁸ Cette possibilité était préconisée par la minorité de la commission ; cf. Rapport 2008 (n. 4), 378 ad Art. 160.

professionnel.⁷⁹ Sous le droit actuel, ce nom peut rester acquis à son détenteur, contrairement au droit futur. La loi nouvelle prévoit ainsi une atteinte à la personnalité des personnes mariées dont on a de la peine à saisir la justification. L'importance du nom pour la personnalité des personnes mariées, comme pour celles non mariées, a été soulignée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt LOSONCI ; ni les exigences du droit interne, ni celles de la CEDH paraissent satisfaites par le seul choix pour les personnes mariées de transmettre le nom de célibataire de l'un d'eux.⁸⁰

Les problèmes évoqués se posent naturellement aussi pour les personnes divorcées, les veuves et les veufs (*infra* 2) et s'étendent aussi aux relations entre parents et enfants (*infra* 3 et 4).

La possibilité de porter un *double nom légal*, selon le modèle des actuels articles 160 al. 2 CC et 12 al. 1 OEC, n'existera plus. Le législateur a opté pour une solution primaire où les individus n'auront, à l'avenir, qu'un seul nom de famille. Cette solution est toutefois contraire à la pratique des couples, répandue et actuelle, de porter des doubles noms.⁸¹ Comme préconisé par de nombreuses voix dans le public et parmi les juristes, il y aurait eu plutôt lieu de maintenir le double nom légal exempt de contraintes formelles.⁸² En supprimant le double nom, le législateur met un trait définitif sur une pratique répandue et acceptée, renvoyant les personnes qui désirent manifester leur état civil à une construction extra-légale, le *nom d'alliance*. Le fait que le nom d'alliance ait obtenu un statut particulier, par son inscription sur la majorité des documents officiels, rend la solution légale encore plus paradoxale, voire absurde : l'on a banni dans l'espace extra-légal une pratique qui, vu la réalité sociale, ne s'arrêtera pas à l'entrée en vigueur du droit nouveau et qui, de par sa reconnaissance en droit, continuera à occuper officiels et théoriciens du droit. On aura donc chassé par la grande porte ce qui nous revient, par la petite porte et ce depuis des années, *sur invitation du législateur* ! Il aurait été préférable, à notre sens, de prévoir le libre choix d'un double nom *dans la loi*.⁸³

Les restrictions du choix du nom pour les personnes mariées dans la nouvelle loi s'inscrivent à contre-courant de la tendance dans la société suisse, comme d'ailleurs dans la plupart des pays comparables. Elles posent la

⁷⁹ DESCHENAUX/STENAUER/BADDELEY (n. 3), N 74. Dans ce sens également, BUCHER, PJA 2011, 845, en particulier 847 ss.

⁸⁰ Cf. ACourEDH LOSONCI ROSE et ROSE c. Suisse du 9 novembre 2010 (Requête n° 664/06). Dans notre sens également, RIETIKER, PJA 2011, 549, 564 s.

⁸¹ Un petit exemple permet d'illustrer la situation : Selon l'Office fédéral de la statistique, en 2009, env. 20 % des femmes et 4 % des hommes avaient adopté le double nom légal lors de leur mariage ; cf. Neue Zürcher Zeitung, 12.6.2011, 13. Il s'y ajoute les – nombreuses – personnes mariées qui portent un nom d'alliance. L'on peut en déduire un pourcentage aux alentours des 50 % pour les personnes mariées qui désirent rendre visible leur état civil.

⁸² DESCHENAUX/STENAUER/BADDELEY (n. 3), 107.

⁸³ Dans ce sens également, l'initiatrice de la deuxième tentative de réforme, la Conseillère nationale LEUTENEGGER OBERHOLZER, cf. BO 2004 N 1729.

question de leur justification qui ne peut, à notre avis et contrairement à celui de la CAJ-CN, se trouver dans le seul fait que dorénavant les époux ne seront plus obligés de porter un nom commun.⁸⁴

2) *Le nom des époux en cas de dissolution du mariage*

La loi votée est innovatrice, en ce sens qu'elle permet aux veuves et veufs, à l'instar des divorcés, de revenir à leur nom de célibataire. L'égalité de traitement entre les personnes divorcées et les veufs et veuves, absente dans le droit actuel et contraire aux articles 8 al. 2 et 13 al. 1 Cst., de même qu'aux articles 8 et 14 CEDH, est établie par les articles 119 et 30a nCC qui prévoient :

Article 119 :

L'époux qui a changé de nom lors de la conclusion du mariage conserve ce nom après le divorce ; il peut toutefois déclarer en tout temps à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire.

Article 30a :

En cas de décès d'un des époux, le conjoint qui a changé de nom lors de la conclusion du mariage peut déclarer en tout temps à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire.

Là encore, le nouveau droit ne permet pas à celui qui entend abandonner son nom du mariage dissout de reprendre un autre nom que son *nom de célibataire*. Ce choix législatif est aussi regrettable que celui exprimé par l'article 160 al. 1 et 2 nCC. Le souhait de personnes dans de telles situations de vie de revenir au nom porté lors d'un mariage antérieur peut être parfaitement légitime, notamment en cas de présence d'enfants issus de ce dernier. Plus de souplesse, en permettant aux époux divorcés et veufs de reprendre soit leur nom de célibataire, soit un nom acquis lors d'unions précédentes, aurait été bienvenue.

Le choix du législateur d'intégrer dans les dispositions sur le changement de nom l'option des veuves et veufs surprend ; sa justification de la *systématique de la loi nouvelle*, à savoir que « le CC ne contient pas de chapitre spécifique relatif à la situation de personnes veuves », ne convainc guère.⁸⁵ En effet, la déclaration que pourra faire le veuf ou la veuve en application de l'article 30a nCC n'a pas de lien logique avec la procédure formelle de changement de nom de l'article 30 CC. Elle s'apparente, par contre, à celle des époux en début de mariage (art. 160 al. 2 nCC) et celle des époux divorcés

⁸⁴ Cf. Rapport 2008 (n. 4), 379, ch. 5.2.1 ad Art. 160, 6^e alinéa. Les rapports ultérieurs ne mentionnent plus le double nom des époux, qui fut toutefois encore proposé par la CAJ-CN en 2009, mais éliminé du projet de loi par le Conseil des Etats le 7 juin 2011 ; cf. récapitulatif du projet joint à l'ordre du jour de la session d'été du CN, e-par 7.6.2011.

⁸⁵ Cf. Rapport 2008 (n. 4), 377, pt. 5.2.1 ; la proposition était maintenue telle quelle dans la suite du parcours parlementaire.

(art. 119 nCC). Par ailleurs, vu son lien logique évident avec le droit du mariage et le droit des successions, le choix des veuves et veufs devrait être inséré dans l'une ou l'autre de ces parties du Code civil.

3) *Le nom des enfants de parents mariés*

Reflétant le nouvel article 160, les articles 270 et 160 al. 3 nCC prévoient nouvellement le choix du nom des enfants par les parents mariés qui ne portent pas le même nom. Ces dispositions reprennent, en revanche, la solution du droit actuel pour les enfants de parents mariés qui portent un nom de famille commun et qui, de manière logique, transmettent ce dernier à leurs enfants.

Article 270 :

al. 1 L'enfant de conjoints qui portent des noms différents acquiert celui de leurs deux noms de célibataire qu'ils ont choisi de donner à leurs enfants communs lors de la conclusion du mariage.

al. 2 Les parents peuvent toutefois demander conjointement, dans l'année suivant la naissance du premier enfant, que l'enfant prenne le nom de célibataire de l'autre conjoint.

al. 3 L'enfant de conjoints qui portent un nom de famille commun acquiert ce nom.

Article 160 al. 3 :

Les fiancés qui conservent leur nom choisissent lequel de leurs deux noms de célibataire leurs enfants porteront. L'officier de l'état civil peut les libérer de cette obligation dans des cas dûment motivés.

Plusieurs remarques s'imposent à l'égard des nouveautés législatives concernant le nom de l'enfant :

Le choix accordé aux parents qui portent des noms différents de décider du nom de leurs enfants est à saluer sans réserve. Même sans l'obligation d'opérer ce choix au moment du mariage, l'écrasante majorité des parents devrait vouloir et pouvoir décider cette question.

En revanche, l'impossibilité découlant de l'article 270 al. 1 et 2 nCC pour les parents de transmettre le *nom acquis lors du mariage antérieur* (art. 160 al. 3, première phrase, nCC) doit être accueillie avec des réserves sérieuses tenant à la protection de la personnalité garantie par l'article 28 (cf. *supra* 1). L'identité du parent et de l'enfant, comme leurs liens avec l'entourage familial se trouvent touchés par cette restriction légale sans justification valable. Le même raisonnement s'applique bien entendu à la même restriction prévue à l'égard de parents non mariés (art. 270a nCC ; *infra* 4).

L'article 160 al. 3 nCC qui impose le *choix* du nom de l'enfant *au moment du mariage* suscite, en outre, des réserves quant à la restriction du droit au

mariage qui en résulte et dont la compatibilité avec les articles 14 Cst. et 12 CEDH n'est pas établie. Le doute reste permis malgré les deux échappatoires prévues dans la loi, soit le droit des époux de modifier leur choix au cours de l'année de la naissance ou de l'adoption de leur premier enfant (art. 270 al. 2 nCC), d'une part et de l'autre, la possibilité de demander un changement de nom judiciaire à des conditions allégées par rapport au droit actuel (art. 30 al. 1 nCC).⁸⁶

Par ailleurs, du point de vue de la société, se pose la question de savoir si le moment du mariage est le *meilleur moment pour le choix* du nom des enfants, face au constat que ce n'est peut-être qu'au moment où l'enfant s'annonce réellement, éventuellement des années après le mariage, que les parents sont sensibles aux enjeux de leur choix. Le droit de modifier le nom choisi au mariage dans l'année de la naissance du premier enfant, n'est qu'un remède partiel – et peu commode – au choix initial : il exige l'accord des deux époux et il implique des formalités à un moment dans la vie du couple où celles-ci sont les moins bienvenues. Lesdites formalités s'ajouteront d'ailleurs à la surcharge des autorités.

L'article 160 al. 3 nCC pose, hélas, aussi des problèmes juridiques importants au niveau de son *application*, spécialement celui de l'étendue du pouvoir de l'officier de l'état civil pour accorder des dispenses au choix des époux au moment de leur mariage. Les tribunaux devront donc déterminer avec justesse ce qu'il faut entendre par « *cas dûment motivé* ». Quels seront les critères à prendre en compte par le juge (l'absence d'envie de se décider des fiancés, des problèmes avec leurs familles, leur situation de vie, la décision du couple de ne pas avoir d'enfants, les attestations ou autres preuves à apporter, etc. ?) et comment l'égalité de traitement des couples à travers la Suisse sera-t-elle garantie ? Il faut craindre par ailleurs un nombre important de requêtes en changement de nom par des parents qui ne se satisfont pas de leur situation, ce qui occasionnera un travail administratif considérable. Les dispenses données ou refusées, quant à elles, suscitent de nouvelles questions à élucider : quelles voies de droit existeront contre le refus d'une dispense ? Quelle sera la situation en l'absence d'un choix préalable du nom de l'enfant, en raison d'une dispense au moment du mariage des parents ou de la célébration de leur mariage avant 2013 ou à l'étranger p.ex., lorsque l'enfant, naturel ou adopté, arrive dans la famille par la suite ?

L'absence d'une *solution par défaut* pour le cas où les parents qui, sans avoir fait un choix préalable du nom de leur premier enfant, ne s'entendent pas sur cette question au moment de la naissance ou l'adoption de ce dernier est problématique par rapport aux droits de l'enfant. Ce constat ne peut être

⁸⁶ Cf. aussi *supra* 1) et conclusion.

ignoré malgré la probabilité qu'il devrait s'agir de peu de cas.⁸⁷ Le nouveau-né se retrouvera inéluctablement sans nom jusqu'à ce que les parents aient finalement trouvé un accord ou que l'autorité intervienne (par des mesures protectrices de l'enfant ?), ce qui est contraire à l'article 7 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui prévoit le droit de l'enfant à un nom et à l'enregistrement de ce nom dès sa naissance, ce que les Etats-Parties se sont engagés à mettre en œuvre selon l'al. 2.⁸⁸

Le législateur a écarté une solution par défaut dans le but de respecter l'égalité entre les hommes et les femmes, mais n'a pas pu, en ce faisant, éliminer les problèmes évoqués. Comme solutions par défaut s'offraient notamment le nom de la mère – à l'instar de la solution adoptée pour les enfants de parents non mariés et établissant ainsi l'égalité de traitement entre enfants de parents mariés et ceux de parents non mariés – ou celui du père, ou encore des solutions moins traditionnelles, comme le tirage au sort ou celle du droit allemand qui prévoit qu'un juge désigne qui du père ou de la mère, lorsque les parents ont un droit de garde commun, a le droit de choisir le nom de l'enfant (§ 1616 al. 3 BGB). Si le parent désigné ne parvient pas à se décider dans le délai imparti par le juge, l'enfant prendra le nom du parent à qui le choix a été délégué (§ 1617 BGB). Enfin, une autre solution plus libérale, respectueuse du principe d'égalité des sexes, aurait été d'autoriser le double nom de l'enfant, choisi par les parents ou donné par défaut, composé du nom de la mère et du père, comme cela se pratique en l'Espagne et au Portugal.

4) *Le nom des enfants de parents non mariés*

Le législateur a souhaité mettre sur un pied d'égalité les enfants de couples mariés et les enfants de concubins, ce qui se concrétise aux articles 270a et 270b nCC comme suit :

Article 270a

al. 1 L'enfant dont la mère n'est pas mariée avec le père acquiert le nom de célibataire de la mère.

al. 2 Lorsque l'autorité tutélaire attribue l'autorité parentale conjointement aux deux parents, ces derniers peuvent, dans le délai d'une année, déclarer à l'officier de l'état civil que l'enfant portera le nom de célibataire du père.

al. 3 Le père peut faire la même déclaration s'il est le seul détenteur de l'autorité parentale.

⁸⁷ Ne peuvent en principe se trouver dans cette situation que les couples mariés à l'entrée en vigueur du droit nouveau et, pour les couples mariés après le 1^{er} janvier 2013, ceux dispensés du choix de l'art.160 al. 3, ainsi que ceux qui se sont mariés à l'étranger sans être soumis à l'exigence dudit choix. Ce problème a été évoqué dans le Rapport 2008 (n. 4), 380, mais seulement pour justifier la dispense.

⁸⁸ CNUDE, RS 0.107.

Article 270b :

Si l'enfant a douze ans révolus, il n'est plus possible de changer son nom sans son consentement.

La loi présente, sur ce sujet, des solutions équilibrées qui paraissent justifiées. Les enfants de parents non mariés porteront, en principe, le *nom de leur mère*. Cependant, à l'instar des enfants de parents mariés, ils peuvent porter le *nom du père* si telle est la volonté des deux parents détenteurs en commun de l'autorité parentale ou celle du père, seul détenteur de l'autorité parentale. La solution par défaut, soit le nom de la mère, s'impose de toute manière lorsque le père est inconnu. Elle nous paraît satisfaisante aussi dans les situations où seule la mère est investie de l'autorité parentale, puisque le lien juridique entre l'enfant et la mère découle de la naissance et est plus fort que celui de l'enfant avec son père nécessitant une reconnaissance ou une procédure judiciaire. Laisser le *choix aux parents* en bonne entente, comme c'est le cas des parents mariés, va dans le sens de l'intérêt de l'enfant.

L'article 270b nCC introduit une nouvelle norme justifiée par *les droits de la personnalité de l'enfant* qui ne doit plus se voir imposer un changement de nom au-delà de l'âge de 12 ans. En effet, la personnalité de l'enfant est, à ce stade, largement établie et l'enfant s'identifie avec son nom. Le respect de la personnalité de l'enfant, par le biais de la protection de son nom, est dicté par l'intérêt de l'enfant, critère principal dans tout débat autour de décisions à l'égard d'enfants. On peut s'étonner, dans ce débat, que la personnalité de l'enfant et sa relation avec son nom aient, à juste titre, été prises en compte par le législateur, mais pas la personnalité des personnes mariées, notamment celle de nombreuses femmes, qui ont changé de nom au moment du mariage et les effets du nouveau nom sur l'identité de ces personnes.

5) Article 30 al. 1 nCC

Pour tempérer les rigueurs du droit nouveau, le législateur a atténué celles de l'article 30 al. 1 actuel, en adoptant le texte suivant, proposé par le Conseil des Etats⁸⁹ :

Le gouvernement du canton de domicile peut, s'il existe des motifs légitimes, autoriser une personne à changer de nom.

Cet article devrait apporter également plus de souplesse en droit du nom en général, ce qui paraît particulièrement souhaitable étant donné les contraintes de la nouvelle loi. Des questions se posent toutefois, comme toujours à l'adoption d'une nouvelle norme, sur l'interprétation et la portée de l'article 30 al. 1 nCC.

⁸⁹ Cf. récapitulatif du projet joint à l'ordre du jour de la session d'été du CN, e-par 7.6.2011.

Quelle sera l'interprétation donnée aux *motifs légitimes* qui se situent entre les justes motifs – sévères – de l'actuel article 30 al. 1 et les intérêts légitimes – très permissifs, si l'on suit la doctrine – de l'article 30 al. 2 ? Des justifications d'ordre purement subjectif suffiront-elles à autoriser un changement de nom ? Pourra-t-on unifier le nom des membres d'une famille recomposée grâce à ce moyen ? Trouvera-t-on en l'article 30 al. 1 nCC le remède aux rigueurs de la future loi, notamment en permettant aux parents de transmettre leurs noms d'un mariage antérieur et non leurs noms de célibataire à leurs enfants ? Le Tribunal fédéral, dans sa décision du 12 décembre 2011, semble aller dans ce sens.⁹⁰ Les attentes des intéressés seront importantes comme le sera également la mission des juges qui devront concrétiser cette disposition par l'élaboration de critères. Reste à voir si l'article 30 al. 1 nCC amorcera une tendance vers une large liberté en matière de changement de nom à l'image des pays de droit anglo-saxon.

Pendant, même si la nouvelle norme sera interprétée de manière large, elle présentera toujours le problème d'exiger, à l'instar du droit actuel, une *action judiciaire*, soit une procédure en règle générale longue et onéreuse. Les violations du droit du nom des intéressés pourront être réparées de cette manière ; elles auraient pu être largement évitées par une législation plus souple.

C) *L'interprétation évolutive du nom de célibataire ?*

Selon des rapports récents dans la presse, il existerait au niveau fédéral un projet visant à réduire les mentions d'état civil à celles de *célibataire, marié/e et partenaire enregistré/e*, par élimination des états civils de divorcé/e et de veuf/veuve. La motivation d'une telle mesure sera de toute évidence la simplification administrative, mais la terminologie nouvelle ne manquera pas d'influencer l'application du Code civil par les habitudes qu'elle fera prendre aux officiers de l'état civil et par le signal donné à la population en général.

Les *célibataires au sens de l'état civil* seraient alors toutes les personnes non mariées et non partenarisées, soit celles qui ne l'ont jamais été et celles ne le sont plus en raison d'un divorce ou d'un décès, ou encore d'une annulation du mariage. Par voie de conséquence, leur *nom de célibataire* pourra être non seulement le nom de naissance – incluant les noms des enfants qui ont changé de nom de naissance par l'application de l'article 259 al.1 en cas de reconnaissance et de l'article 267 al. 1 dans les cas d'enfants adoptés –, mais aussi le nom obtenu à la suite d'une procédure de changement de nom au sens de l'article 30 al. 1 (CC ou nCC) et le nom acquis lors d'un mariage antérieur dissous !

⁹⁰ TF 5A_695/2011, c. 5.

Certes, les rapports et messages accompagnant les projets de modification du Code civil depuis 1994 identifient clairement le nom de célibataire comme étant celui acquis à la naissance (ou à l'adoption), excluant expressément le nom acquis lors d'un mariage.⁹¹ Une évolution de la notion du nom de célibataire n'est cependant pas à exclure, et serait, de l'avis des auteures du présent article, souhaitable. Elle permettrait d'éliminer de manière délicate un nombre non négligeable de problèmes posés par la nouvelle loi.

VI. Conclusion : quelles perspectives pour la nouvelle législation ?

La présente étude a permis d'établir que la révision du Code civil relative au droit du nom est, à certains égards, et non des moindres, une avancée par rapport au droit actuel. Même si la nouvelle loi n'est pas réellement révolutionnaire, les choix proposés apporteront des solutions satisfaisantes pour de nombreux couples, en cas de mariage ou d'enregistrement de leur partenariat, pour leurs enfants nés dans ou hors du mariage, comme pour les personnes divorcées ou veuves.

Après de longues années de travail et d'hésitations, la Suisse a finalement suivi la tendance générale qui est de reconnaître un droit à chaque conjoint de garder son nom ou, au moins, de participer sur un pied d'égalité au choix du nom commun du couple et de la famille. La presse en a amplement fait écho, mais a négligé de le faire pour les aspects problématiques de la loi nouvelle.

En effet, les nouvelles règles resteront probablement en deçà des attentes pour beaucoup. Elles contiennent de trop nombreuses règles inutilement restrictives, plus que dans le droit en vigueur et plus que ce qui était prévu dans les deux projets de loi rejetés. A certains égards, la loi nouvelle paraît déconnectée de la réalité sociale, comme le prouve l'élimination du double nom légal.

Des problèmes sérieux, pourtant évidents, ne sont pas résolus par le Code civil 2011. Le nom de ses futurs enfants devra être choisi par le couple au moment du mariage déjà. Cette règle est discutable quant à sa compatibilité avec le droit national supérieur et les conventions internationales. Elle créera des inégalités de traitement avec des couples ayant célébré leur mariage à l'étranger et causera inévitablement des complications au regard de la dispense que l'officier de l'état civil pourra accorder. Pire encore, elle laisse néanmoins subsister une lacune dans la loi à l'égard des situations où le choix du nom de l'enfant n'a pas été opéré avant l'arrivée de ce dernier dans la famille et où les parents ne peuvent ou ne veulent procéder au choix du nom

⁹¹ Cf. en particulier Rapport 2008 (nbp 4), ch. 5.1.2 et 3 ; Rapport 2009 (n. 69).

de l'enfant. Par ailleurs, le nom acquis lors d'un mariage précédent ne pourra plus être transmis lors d'un mariage ultérieur, ni même aux enfants. Le nom acquis par le mariage et souvent porté pendant de nombreuses années relève de l'essence même de la personnalité de son détenteur. Comme le nom de naissance, il permet à son détenteur de s'identifier dans sa propre personnalité et dans ses relations avec les tiers. Nier le droit d'utiliser ce nom comme le nom de naissance revient à violer l'article 28 CC et le droit à la vie privée de l'article 8 CEDH.

Les nombreuses restrictions et complications de la nouvelle loi sont difficilement compréhensibles et défendables dans le contexte social actuel en Suisse, comparable à celui des pays qui nous entourent et qui se sont presque tous dotés de législations plus libérales en la matière. Cela surprend après une si longue période de maturation du texte finalement voté et est fort regrettable. La réflexion aurait dû, nous semble-t-il, inciter le législateur à plus de souplesse et à une plus grande liberté de choix. Telle quelle, la loi qui entrera en vigueur dans quelques mois, avec les insécurités quant à sa compatibilité avec notre propre ordre juridique et avec la CEDH, nous exposera à des actions devant nos tribunaux et devant la Cour de Strasbourg. Une éventuelle interprétation souple du terme *nom de célibataire*, mais peut-être contraire aux intentions du législateur de 2011, serait-elle la voie douce vers la résolution d'une partie des problèmes inhérents au nouveau droit du nom ?

Le partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un divorce comportant des éléments d'extranéité

AUDREY LEUBA¹

I. Introduction

Le partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce pose de délicats problèmes dans un contexte international. Or, comme le montrent les statistiques, les divorces internationaux sont de plus en plus fréquents. Il n'est alors pas rare que l'un des époux ou les deux aient des avoirs de prévoyance dans un autre Etat que l'Etat dans lequel la procédure est pendante. Il est donc important que les règles de droit international privé soient aussi claires que possible et qu'elles protègent la confiance des époux, tout particulièrement celle de l'époux créancier qui compte sur le partage de ces avoirs au moment du divorce.

Dans le cadre de la présente contribution, nous commencerons par rappeler, dans une première partie, les différentes règles de conflit applicables en matière de divorce international, en mettant l'accent sur le sort des avoirs de prévoyance professionnelle. Dans une deuxième partie, nous mettrons ensuite en évidence différents cas qui posent problème, en distinguant entre les procédures pendantes devant les tribunaux suisses et les jugements de divorce rendus à l'étranger. Enfin, dans une troisième partie, nous porterons un regard critique sur les modifications proposées par le Département fédéral de justice et police (DFJP) dans un avant-projet de décembre 2009.

¹ Je remercie très chaleureusement mon collègue le Professeur Gian Paolo Romano, de l'Université de Genève, pour les discussions très stimulantes sur le sujet et Mmes Laurence Humbert et Tania Silva, assistantes, pour leur aide précieuse dans la mise en forme et la relecture du texte.

Cette contribution a fait l'objet d'une publication dans la revue Jusletter du 25 juin 2012.

II. Les règles de droit international privé applicables en matière de divorce

A) *Compétence*

La compétence internationale des tribunaux suisses en matière de divorce se fonde exclusivement sur la loi sur le droit international privé (LDIP). Il n'y a en la matière ni traité bilatéral ni convention multilatérale². Cela vaut également pour la plupart des effets accessoires³, notamment pour le partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés durant le mariage. Selon la LDIP, le juge suisse compétent pour prononcer le divorce l'est également pour régler les effets accessoires (art. 63 al. 1 LDIP), y compris le partage de la prévoyance professionnelle ; la réserve de l'art. 63 al. 2, 2^e phr. LDIP ne concerne en effet que le droit applicable⁴. Le législateur reprend ici au niveau des règles de conflit le principe de droit interne de l'unité du jugement de divorce⁵.

La loi prévoit en droit du divorce un for principal découlant du domicile et un for subsidiaire au lieu d'origine en Suisse, pour les Suisses résidant à l'étranger. En vertu de l'art. 59 *lit. a* LDIP, la compétence primaire des tribunaux suisses est une compétence alternative. Elle appartient au juge suisse du domicile du défendeur (art. 59 *lit. a* LDIP) ou au juge suisse du domicile du demandeur, si celui-ci réside en Suisse depuis au moins un an ou s'il est suisse (art. 59 *lit. b* LDIP). Le législateur suisse reconnaît donc le for du domicile du défendeur qui est un for très bien accepté au niveau international et ne pose en principe aucun problème de reconnaissance⁶. Il admet également, mais à des conditions plus strictes, un for au domicile du demandeur, montrant par là une certaine retenue à l'égard de ce for⁷ ; il s'agit en effet d'éviter le tourisme du divorce⁸. Ainsi, lorsque le demandeur n'a pas la nationalité suisse, il ne peut ouvrir action contre le défendeur domicilié à l'étranger que s'il réside lui-même en Suisse depuis une année au moins ; une

² JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 5 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 59 IPRG N. 3.

³ JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 51 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 63 IPRG N. 4 et 12. En matière de contribution d'entretien, sont réservées toutefois les dispositions de la convention de Lugano (art. 5 ch. 2 CLug). Tout comme les prétentions relevant des régimes matrimoniaux ou du droit des successions, les droits en matière de prévoyance professionnelle en cas de divorce ne tombent pas sous le coup de la Convention de Lugano (art. 1 al. 2 Conv. Lugano ; BUCHER, Art. 63 LDIP N. 21 ; cf. également JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 84, 78-79).

⁴ BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 4 ; contra : BUCHER, RSDIE 1999, p. 324.

⁵ BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 1.

⁶ BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 12.

⁷ BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 14.

⁸ Message, du 10 novembre 1982, FF 1983 I 347 ; ATF 119 II 64, JdT 1996 I 66 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 15.

résidence habituelle n'est toutefois pas exigée et un séjour, plus que passager⁹, suffit. Par contre, si le demandeur est suisse, le fait qu'il soit domicilié en Suisse est suffisant ; l'on n'exigera pas ici qu'il y réside depuis une année au moins. Il importe peu à cet égard qu'il soit double national. L'on donnera la préférence à la nationalité suisse, en cas de double nationalité, par une application par analogie de l'art. 23 al. 1 LDIP¹⁰. L'art. 59 *lit. b* LDIP *in fine* donne la possibilité aux ressortissants suisses d'ouvrir action en divorce à leur domicile en Suisse à l'encontre de leur conjoint domicilié à l'étranger¹¹ ; cette disposition est aussi utile aux Suisses de l'étranger qui ne souhaitent pas se soumettre à la juridiction d'un Etat étranger¹².

Il faut que la condition du domicile soit réalisée au moment de l'ouverture de l'action¹³. Il s'agit en effet d'éviter que les éventuels déménagements des parties en cours de procédure aient une influence sur la compétence des tribunaux. La condition d'une résidence en Suisse depuis une année pour le demandeur exige tout particulièrement cette interprétation de la loi si l'on veut éviter que l'art. 59 *lit. b* LDIP ne reste lettre morte¹⁴. Par domicile au sens de l'art. 20 al. 1 *lit. a* LDIP, l'on entend le centre de vie de la personne¹⁵. Si l'époux n'a de domicile ni en Suisse ni à l'étranger, l'on retiendra la résidence habituelle au sens de l'art. 20 al. 2 LDIP. Cette dernière notion doit toutefois être interprétée de manière restrictive, afin qu'elle soit en harmonie avec le concept de résidence habituelle employé tant par la Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces¹⁶ que dans un certain nombre de droits étrangers pour la reconnaissance des décisions étrangères de divorce¹⁷.

Subsidiairement, un for est reconnu devant les tribunaux suisses du lieu d'origine de l'un des époux, mais uniquement si les conjoints sont tous deux domiciliés à l'étranger ou, lorsqu'ils n'ont pas de domicile, si leur résidence habituelle n'est pas en Suisse¹⁸. Il faut de plus que l'action ne puisse être

⁹ BUCHER, Le couple, N. 276 ; VOLKEN, ZK zum IPRG, Art. 59 N. 29 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 15 ; *contra* : DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 7 ; CANDRIAN, p. 54. Un domicile ou selon les circonstances une résidence habituelle au sens de l'art. 20 al. 2 LDIP doit toutefois exister en Suisse au plus tard au bout de cette année (BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 15).

¹⁰ DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 8 ; BUCHER, Le couple, N. 276.

¹¹ Si l'époux n'a de domicile ni en Suisse ni à l'étranger, l'on retiendra la résidence habituelle au sens de l'art. 20 al. 2 LDIP (DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 4).

¹² BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 15 ; DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 8.

¹³ BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 21 ; DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 5. Pour le demandeur uniquement : également BUCHER, Le couple, N. 281 ; JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPRG N. 7. Ces deux derniers auteurs sont d'avis que pour le défendeur, la condition peut encore se réaliser en cours de procès, jusqu'au moment de la décision au fond.

¹⁴ BOPP, BSK IPRG, Art. 59 N. 21 ; BUCHER, Le couple, N. 281.

¹⁵ BUCHER, Le couple, N. 275. Sur la définition du domicile pour la compétence selon l'art. 59 LDIP, cf. ATF du 28 avril 2008, 5A_398/2007 c. 3.2.

¹⁶ RS 0.211.212.3 ; BUCHER, Le couple, N. 275 ; DUTOIT, Art. 59 LDIP N. 4.

¹⁷ BUCHER, Le couple, N. 275.

¹⁸ BUCHER, Art. 60 LDIP N. 1-2.

intentée au domicile de l'un d'eux, respectivement que l'on ne puisse attendre qu'elle le soit (art. 60 LDIP). Ce for concrétise un principe général prévu pour les Suisses de l'étranger, et que l'on trouve également dans d'autres domaines du droit de la famille¹⁹. Si les époux vivent dans des Etats différents, il suffit que la condition de domicile, respectivement de la résidence soit réalisée dans le pays de l'un d'eux²⁰. Si les époux ont plusieurs lieux d'origine, les tribunaux de chacun de ces lieux sont compétents²¹. Le for du lieu d'origine est également donné à celui des conjoints qui n'est pas suisse²². Les conditions doivent être remplies au moment de l'ouverture de l'action, de sorte qu'un changement de domicile en cours de procédure reste sans influence²³.

Un tribunal suisse compétent pour prononcer le divorce, en vertu de l'art. 59 ou 60 LDIP, l'est aussi pour connaître d'une action en complément ou en modification du jugement de divorce (art. 64 al. 1 LDIP). Le droit suisse suit ainsi, jusqu'à un certain point, le principe de la *perpetuatio fori*, permettant au juge suisse qui a prononcé le jugement de divorce de rester compétent pour la modification de celui-ci, même si les parties ont depuis lors quitté la Suisse²⁴. Les tribunaux suisses sont, en outre, toujours compétents pour modifier un jugement, lorsqu'au moment de l'introduction de la demande en complément, ils sont, au regard de la LDIP, aussi compétents pour prononcer un divorce²⁵. Il faut, enfin, admettre un for de nécessité (art. 3 LDIP) lorsqu'aucun des rattachements des art. 59 et 60 LDIP ne permet d'agir en Suisse et qu'il convient d'éviter un déni de justice²⁶. Ce sera notamment le cas lorsque des avoirs de prévoyance sont situés dans une institution suisse, mais que les art. 59 et 60 LDIP ne reconnaissent pas de compétence aux tribunaux suisses²⁷. On peut ici citer, comme exemple, la situation d'époux étrangers, travaillant en Suisse, mais domiciliés en France, dont le divorce prononcé en France ne tient pas compte des avoirs accumulés en Suisse. On reconnaîtra un tel for au siège de l'institution de prévoyance²⁸. A noter que la compétence des tribunaux suisses doit être examinée indépendamment de l'existence dans le cas d'espèce

¹⁹ BUCHER, Art. 60 LDIP N. 2.

²⁰ BOPP, BSK IPRG, Art. 60 N. 5 ; JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 14 ; *contra* : BUCHER, Le couple, N. 293 et Art. 60 N. 6, qui exige que le conjoint ouvre action au domicile de l'autre époux si c'est possible.

²¹ JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 12 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 60 N. 9.

²² JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPRG N. 12 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 60 N. 1 ; BUCHER, Art. 60 LDIP N. 2.

²³ ATF 126 III 327ss, 328 s. ; BUCHER, Art. 60 LDIP N. 2 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 60 N. 4.

²⁴ BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 2 ; DUTOIT, Art. 64 LDIP N. 2 ; SCHWANDER, FamPra.ch 2009, p. 861 ; *contra* : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 1.

²⁵ ATF 128 III 343, 345, JdT 2003 I 66 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 2 ; VOLKEN, ZK zum IPRG, Art. 64 N. 22.

²⁶ BUCHER, Art. 60 LDIP N. 4.

²⁷ SCHWANDER, PJA 1999, p. 1652 ; BUCHER, Art. 64 LDIP N. 17 ; DUTOIT, Art. 64 LDIP N. 2 *bis*.

²⁸ JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPRG N. 65.

d'un droit au complément, cette seconde question relevant d'une décision au fond²⁹.

Dans la mesure où la procédure a trait à une matière patrimoniale, une élection de for est admissible (art. 5 et 6 LDIP)³⁰. Elle est toutefois sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive l'une des parties de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse (art. 5 al. 2 LDIP).

B) *Droit applicable*

Le divorce est en principe soumis au droit suisse (art. 61 al. 1 LDIP). L'art. 61 LDIP incorpore le principe de la *lex fori in foro proprio*³¹. Il y a ici un certain parallélisme entre les règles de compétence et le droit applicable, de sorte qu'en règle générale, les tribunaux suisses compétents appliquent le droit suisse, à une exception près, qui est celle de l'art. 61 al. 2 LDIP³². Le moment déterminant pour fixer le droit applicable est, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le moment de l'ouverture de l'action. Cela permet en effet d'éviter que le déplacement du domicile ait une influence sur le droit applicable ; cette manière de faire est, de plus, conforme à l'idée d'économie de procédure, puisque cela permet d'éviter des situations dans lesquelles une partie des étapes de la procédure devrait être répétée dans le cours de celle-ci pour que les faits allégués et prouvés soient en harmonie avec le droit appliqué. La doctrine conteste toutefois majoritairement cette jurisprudence du Tribunal fédéral, considérant qu'elle n'est pas cohérente avec la possibilité d'invoquer des faits nouveaux jusqu'à un stade avancé du procès³³.

Lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune, l'on applique leur droit national commun si l'un des époux est domicilié à l'étranger et l'autre en Suisse (art. 61 al. 2 LDIP). Cela vaut même si l'un des époux ou les deux ont plusieurs nationalités, tant que la nationalité commune est la nationalité effective de l'un et l'autre (art. 23 al. 2 LDIP)³⁴. Ce rattachement au critère de la nationalité commune met l'accent sur le lien étroit qui subsiste entre les époux à un moment où le domicile commun n'en est plus un³⁵. Il a l'avantage d'avoir en principe la même valeur pour chacun des époux et

²⁹ ATF du 19.10.2001 5C.173/2001, c. 2b ; BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 5 ; BOPP/GROLIMUND, FamPra.ch 2003, p. 504-505.

³⁰ BUCHER, Le couple, N. 351 ; BUCHER, Art. 63 LDIP N. 2 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 5.

³¹ BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 8.

³² BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 8.

³³ BUCHER, Le couple, N. 313 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 21 ; SCHWANDER, PJA 1996, p. 100, 102 ; CANDRIAN, p. 143.

³⁴ DUTOIT, Art. 61 LDIP N. 13 ; BUCHER, Le couple, N. 315 ss. ; BUCHER, IPR II N. 525 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 13 ; VOLKEN, ZK zum IPRG, Art. 61 N. 19.

³⁵ BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 14 ; BUCHER, Le couple, N. 315.

réalise ainsi l'idée d'égalité entre les époux³⁶ ; il a pour désavantage de rendre l'application du droit parfois plus difficile pour les tribunaux suisses qui, en cette matière, seront quelquefois tenus d'appliquer également des principes de procédure étroitement liés au droit de fond³⁷. L'application du droit étranger prévue à l'art. 61 al. 2 LDIP est une norme qui renvoie aux règles de conflit de ce droit et admet ainsi le renvoi au droit suisse au sens de l'art. 14 al. 2 LDIP³⁸. Le renvoi au droit d'un Etat tiers n'est, par contre, pas toléré³⁹.

Une exception à la règle du droit national commun est prévue à l'art. 61 al. 3 LDIP. Elle concerne uniquement le principe du divorce. Si le droit étranger ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions particulièrement sévères, le droit suisse est alors applicable, à la condition toutefois que l'un des époux soit également suisse ou que l'un d'eux réside en Suisse depuis deux ans. Dans un tel cas, le sort des avoirs de prévoyance professionnelle relèvera également du droit suisse.

Une autre exception à la règle du droit national commun découle de l'art. 15 LDIP. Selon cette disposition, le droit étranger applicable selon les règles de la LDIP peut exceptionnellement être écarté si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause ne présente qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit (art. 15 al. 1 LDIP)⁴⁰. L'application de la clause d'exception intervient d'office, elle ne dépend pas de l'appréciation du juge⁴¹. Selon la jurisprudence, il convient de recourir à cette norme de manière restrictive⁴² ; il ne saurait être question d'éviter de cette manière les conséquences indésirables du droit matériel⁴³. Nous reprendrons ce point de manière plus détaillée dans le chapitre III.A.1.

Enfin, lorsque les tribunaux suisses du lieu d'origine sont compétents (art. 60 LDIP), ils appliquent le droit suisse (art. 61 al. 4 LDIP). L'on notera encore que la Suisse est liée par une Convention bilatérale de 1934 avec l'Iran

³⁶ BUCHER, *Le couple*, N. 316.

³⁷ Dans le même sens : BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 9.

³⁸ BUCHER, *Le couple*, N. 319 ; DUTOIT, Art. 61 LDIP N. 5 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 19 ; JAMETTI GREINER, *FamKom*, Anh. IPR N. 21.

³⁹ BUCHER, *Le couple*, N. 319 ; DUTOIT, Art. 61 N. 5 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 61 N. 19 ; JAMETTI GREINER, *FamKom*, Anh. IPR N. 21.

⁴⁰ Pour un exemple : ATF 118 II 79, 81, JdT 1995 I 60 ; par contre refusé : ATF 121 III 246, JdT 1997 I 680.

⁴¹ ATF 131 III 289, 292, JdT 2006 I 74 ; ATF du 8 mars 2007, 5C.297/2006 ; BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 28.

⁴² ATF 131 III 289, JdT 2006 I 74, ATF 121 III 246, JdT 1997 I 680 et ATF 118 II 79, JdT 1995 I 60 ; BUCHER, Art. 15 LDIP N. 3.

⁴³ ATF 131 III 289, 292, JdT 2006 I 74 ; ATF du 8 mars 2007, 5C.297/2006.

qui prévoit que si les parties sont toutes les deux exclusivement de nationalité iranienne, le droit applicable est celui de leur nationalité commune⁴⁴.

Pour les effets accessoires, l'art. 63 al. 2 LDIP pose le principe selon lequel le droit applicable au divorce régit aussi les effets accessoires ; il réserve toutefois, dans une 2^e phrase, un régime spécifique pour la plupart d'entre eux. Le sort des avoirs de la prévoyance professionnelle n'est pas mentionné. Cela n'est pas étonnant puisque le nouveau droit du divorce n'était pas encore en vigueur au moment de l'adoption de la loi, en 1987. Se pose donc la question du droit qu'il convient d'appliquer à cet effet accessoire. Il n'est pas contesté que le partage des avoirs de prévoyance professionnelle ne relève pas des règles sur les régimes matrimoniaux, ni des dispositions sur l'entretien après divorce. Le partage de ces avoirs est en effet une institution *sui generis* du droit suisse, distincte des autres effets accessoires du divorce et ce sous l'angle du droit international privé également⁴⁵. Selon certains auteurs, l'art. 63 al. 2 LDIP comporte donc une lacune, qu'il convient de combler en soumettant le partage de la prévoyance professionnelle au droit applicable à l'institution de prévoyance, respectivement au rapport de prévoyance⁴⁶. En effet, « il serait artificiel de fixer le sort des avoirs selon le droit suisse alors qu'il n'existe aucun dépôt dans une caisse suisse et que, dans le cas particulier, il s'agit de décider uniquement de répartir des prétentions à l'égard d'une institution [étrangère]. On ne saurait imposer un tel partage « suisse » de droits de prévoyance à une institution de prévoyance étrangère qui est à l'origine de tels droits et qui ne reconnaît pas, par hypothèse, une telle répartition, voire aucune répartition. Inversement, lorsque le divorce est régi par une loi étrangère, il ne serait pas justifié (...) de refuser l'application de l'art. 122 CC à des époux affiliés à une institution suisse de prévoyance et de les priver d'une participation pour laquelle ils ont payé des cotisations, et cela dans le cas tout au moins où la loi étrangère ne connaît pas une compensation des droits de pension ou qu'il y existe un mécanisme impossible à appliquer par rapport aux prestations de sortie de type suisse »⁴⁷.

Le Tribunal fédéral a préféré suivre l'opinion d'une autre partie de la doctrine⁴⁸. Dans son raisonnement, il s'est appuyé sur la clause générale de l'art. 63 al. 2, 1^e phrase qui soumet les effets accessoires au droit applicable au divorce⁴⁹. A défaut de dispositions spéciales soumettant le partage de la prévoyance professionnelle à un régime particulier, c'est donc le droit relatif

⁴⁴ BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 3.

⁴⁵ ATF 131 III 289ss, 291, JdT 2006 I 74 ; ATF du 10 août 2008, 5A_49/2008 c. 6.2.1 ; BUCHER, Art. 63 LDIP N. 22 ; BOPP/GROLIMUND, FamPra.ch 2003, p. 513-514 ; CANDRIAN, p. 148-149.

⁴⁶ BUCHER, Le couple, N. 381 ; VOLKEN, ZK zum IPRG, Art. 63 N. 32 ; GEISER, p. 67 ss.

⁴⁷ BUCHER, Art. 63 LDIP N. 26-27 ; cf. également BUCHER, Le couple, N. 381.

⁴⁸ BOPP/GROLIMUND, FamPra.ch 2003, p. 513 ss ; BOPP, BSK IPRG, Art. 63 N. 27 ; JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 55 ; SUTTER/FREIBURGHAN, Vor Art. 122-124/141-142 ZGB N. 20.

⁴⁹ ATF 131 III 289/290, JdT 2006 I 74.

au divorce qu'il convient d'appliquer, sous réserve bien sûr de la clause d'exception de l'art. 15 LDIP susmentionné et sur laquelle nous reviendrons.

III. Quelques cas en particulier

A) *Lorsque l'action en divorce est pendante devant les tribunaux suisses*

1) *Le divorce est soumis au droit étranger et les avoirs de prévoyance sont situés en tout ou en partie en Suisse*

Tel est le cas lorsque le droit national commun des époux est applicable, que les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse (art. 61 al. 2 LDIP). Une telle situation pose de délicats problèmes, car la plupart des pays ne connaissent pas de régime de partage de la prévoyance en cas de divorce comparable au partage prévu aux art. 122 ss CC. Seuls quelques pays font exception ; c'est le cas par exemple de l'Allemagne, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, de l'Irlande, du Canada et de certains Etats des Etats-Unis.

Le Tribunal fédéral a choisi, à plusieurs reprises, d'appliquer la clause d'exception de l'art. 15 LDIP à une telle situation. Selon cette disposition, le droit désigné par la LDIP n'est exceptionnellement pas applicable si la cause n'a manifestement qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec le droit suisse. L'on constate que, dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral examine les conditions d'application de l'art. 15 LDIP non pas au regard de la cause prise dans son ensemble, mais sous l'angle de la prévoyance uniquement, ce qui peut surprendre. C'est toutefois, à notre avis, possible. En droit international privé, les différents effets du divorce sont pour la plupart soumis à un statut qui leur est propre. Il est donc, à notre avis, normal de se poser la question de l'application de l'art. 15 LDIP pour un effet accessoire en particulier.

Dans l'examen concret des conditions posées par l'art. 15 LDIP, le Tribunal fédéral se demande si les avoirs de prévoyance des époux sont *déterminants* pour eux en matière de prévoyance⁵⁰. Pour ce faire, il se fonde sur les circonstances suivantes : 1) la durée relativement longue du mariage, 2) le travail en Suisse de l'un des époux depuis de longues années, 3) l'obligation afférente d'affiliation à une caisse de pension, 4) le fait que l'un des époux se soit occupé de l'éducation des enfants et de la tenue du ménage, de sorte qu'il

⁵⁰ ATF 131 III 289, JdT 2006 I 74 ; nié dans l'ATF du 19 août 2008, 5A_49/2008.

n'a pas exercé d'activité lucrative et, enfin, 5) l'absence de constitution d'un capital de prévoyance approprié pour l'autre époux⁵¹.

On peut se demander si ces critères sont bien choisis. Le recours à l'art. 15 LDIP exclut en effet que l'on écarte par ce biais-là le droit auquel la LDIP renvoie, dans le but de donner la préférence à un droit qui donne un résultat plus satisfaisant dans le cas d'espèce⁵². Or, s'il est vrai que l'examen effectué par la Tribunal fédéral intervient sur la base des faits du cas d'espèce, et non du droit qui est appliqué, l'on constate que, selon l'idée qui sous-tend l'examen, le droit suisse permet le partage des avoirs de prévoyance professionnelle, à la différence du droit étranger. En effet, c'est bien parce que l'on a un mariage de longue durée, une solidarité intense entre les époux, un avoir de prévoyance professionnelle partageable en droit suisse – et donc important pour le créancier – que l'on admet un lien lâche avec le droit étranger qui ne connaît pas le partage et un lien étroit avec le droit suisse qui, au contraire, le prévoit. L'on est donc très proche d'une application de l'art. 15 LDIP qui cherche à écarter un droit matériel insatisfaisant. Par ailleurs, la plupart des critères retenus par le Tribunal fédéral, en particulier ceux de la durée du mariage ou du partage traditionnel des tâches au sein du couple, sont des critères qui, en droit suisse, sont sans pertinence en matière de partage de la prévoyance en cas de divorce, que ce soit au regard de l'art. 122, de l'art. 123⁵³ ou de l'art. 124 CC. Il apparaît dès lors artificiel de les utiliser dans l'application de l'art. 15 LDIP. Alors, le Tribunal fédéral aurait-il dû poser d'autres critères dans ce domaine de la prévoyance ?

Reprenons le contenu de l'art. 15 LDIP. Il pose deux conditions : 1) des liens manifestement très lâches avec le droit désigné par la LDIP, et 2) une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit⁵⁴. En limitant l'application de cette disposition à un effet accessoire du divorce, comme le préconise le Tribunal fédéral, c'est uniquement sous l'angle de la prévoyance que l'on examine ces deux conditions. Pour savoir s'il y a des liens manifestement très lâches, respectivement beaucoup plus étroits, avec l'un ou l'autre des ordres juridiques concernés, il semble juste, comme le fait la Haute Cour, de regarder si, dans le cas d'espèce, les avoirs accumulés par les époux durant le mariage sont déterminants pour eux au moment du divorce. Selon nous, sur ce point, l'on doit alors nécessairement tenir compte du sort des expectatives acquises par les époux durant le mariage selon le droit de la nationalité commune, respectivement le droit suisse. Ne pas en tenir compte aurait en effet pour conséquence d'écarter l'un des principaux éléments d'appréciation du

⁵¹ ATF 131 III 289, 293, JdT 2006 I 74 ; ATF du 19 août 2008, 5A_49/2008 ; ATF du 8 mars 2007, 5C.297/2006.

⁵² BUCHER, Art. 15 LDIP N. 11.

⁵³ ATF 136 III 449, JdT 2011 II 352 et ATF 136 III 455, JdT 2011 II 276, résumés in LEUBA, Colloque de la FSA 2011, p. 148.

⁵⁴ BUCHER, Art. 15 LDIP N. 2.

caractère déterminant ou non des avoirs pour la prévoyance des époux au moment du divorce. Le fait que le droit suisse connaisse en la matière un instrument juridique spécifique qui permet le partage de la prévoyance professionnelle, instrument qui n'existe pas dans le droit de la nationalité commune, et qu'une partie importante, respectivement très importante, des avoirs accumulés par les époux durant le mariage l'a été auprès d'une institution relevant de ce premier ordre juridique, est ici très important. Cela met en évidence le fait que les avoirs, s'ils sont soumis à partage, permettront d'assurer directement, par le biais d'une prestation de sortie, la prévoyance des époux, en particulier celle de l'époux dont la prévoyance accumulée durant le mariage est défaillante. Cet instrument du droit suisse – le partage – doit donc nécessairement être comparé avec celui connu du droit étranger. C'est dans le cadre de cette comparaison du sort réservé à la prévoyance par l'un et l'autre des ordres juridiques que l'on pourra apprécier le caractère déterminant de la prévoyance pour les époux au moment du divorce.

Cette manière de comprendre l'art. 15 LDIP ne permet pas d'écarter, comme on le voit, le reproche d'une application de la disposition qui tient compte du contenu du droit étranger. Elle permet toutefois d'éviter que l'on passe sous silence l'importance, pour la prévoyance des époux, de la possibilité de retirer un avantage direct et peu sujet à appréciation des avoirs accumulés durant le mariage. Le caractère déterminant de la prévoyance tient en effet en grande partie à cela. De plus, elle s'abstient de faire usage de critères qui ne sont pas pertinents dans notre ordre juridique pour le partage de la prévoyance.

Il subsistera cependant toujours des situations dans lesquelles, comme aujourd'hui⁵⁵, l'art. 15 LDIP n'est pas applicable bien qu'il existe des avoirs de prévoyance en Suisse. Pensons par exemple au cas d'époux étrangers ayant accumulé une grande partie de leurs avoirs de prévoyance professionnelle dans le pays de leur nationalité commune et une plus petite partie en Suisse, lorsque l'art. 61 al. 2 LDIP désigne leur droit étranger commun comme applicable (art. 61 al. 2 LDIP). Une intervention du législateur est, sur ce point, fort souhaitable. Nous y reviendrons dans le cadre du chapitre IV.

2) *Le divorce est soumis au droit suisse et les avoirs de prévoyance sont situés uniquement auprès d'institutions de prévoyance non soumises à la Loi fédérale sur le libre passage (LFLP)*

L'art. 122 CC prévoit le partage de la prestation de sortie, calculée selon les dispositions de la LFLP, et ne permet dès lors pas le partage d'avoirs de prévoyance professionnelle qui ne sont pas soumis à la LFLP. Or, seuls les avoirs déposés auprès d'une institution de prévoyance professionnelle suisse

⁵⁵ L'actuelle jurisprudence relative à l'art. 15 LDIP pose d'ailleurs le même problème : BUCHER, Art. 63 LDIP N. 28.

sont soumis à la LFLP. Ce n'est pas le cas des prétentions acquises auprès d'institutions étrangères, que ces prétentions soient partageables ou non, ni d'ailleurs des droits accumulés auprès des caisses des organisations internationales. Il n'est, de plus, pas envisageable d'appliquer l'art. 122 CC par analogie, même si les avoirs sont partageables en vertu du droit étranger, car l'art. 124 CC règle précisément le sort d'avoirs pour lesquels un partage au sens de l'art. 122 CC n'est pas possible. Seule une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC est, dès lors, envisageable.

Au demeurant, un partage d'avoirs étrangers en vertu du droit suisse pourrait poser des problèmes d'exécution. Les décisions relatives au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce ne sont soumises ni à la Convention de Lugano ni à la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires du 2 octobre 1973. Il est, au surplus, loin d'être certain qu'une institution de prévoyance étrangère, qui sera en règle générale de droit public, accepte de se soumettre à l'exécution d'un jugement suisse auquel elle n'était pas partie⁵⁶.

Toutefois, lorsque l'Etat étranger admet une action en complément, comme c'est le cas du droit allemand, qui permet d'agir en Allemagne même si l'action en divorce est encore pendante à l'étranger⁵⁷, on peut, à notre avis, conseiller au juge suisse de suspendre la procédure jusqu'à droit connu à l'étranger⁵⁸. Une telle suspension devrait intervenir avec l'accord des époux. Il est en effet délicat de prolonger la procédure de plusieurs mois dans une action d'état sans leur accord. A défaut d'accord des époux, ou lorsque la procédure à l'étranger ne peut être ouverte qu'après le prononcé du divorce en Suisse, il faut envisager de renvoyer la question à un règlement *ad separatum* (art. 283 CPC)⁵⁹, en exception au principe de l'unité du jugement de divorce⁶⁰. Les questions de contribution d'entretien et de partage du 2^e pilier étant étroitement liées, il n'est toutefois pas exclu qu'une révision du jugement de divorce sur la question de la contribution d'entretien doive ensuite être envisagée.

Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsque les avoirs ne sont pas partageables à l'étranger, l'on appliquera l'art. 124 CC et le juge fixera une indemnité équitable. La difficulté rencontrée, alors, est bien entendu celle d'établir la valeur de l'avoir accumulé durant le mariage. Il n'est pas rare que la

⁵⁶ Dans le même sens : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 36.

⁵⁷ WINKLER VON MOHRENFELS, Münchener Kommentar, Art. 17 EGBGB N. 244-246.

⁵⁸ Dans le même sens : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 36.

⁵⁹ L'on admet que l'art 283 CPC permet de renvoyer *ad separatum* en cas de justes motifs d'autres questions patrimoniales encore que celles de liquidation du régime matrimonial mentionnées dans le texte de l'alinéa 2, comme par exemple le partage des avoirs de prévoyance professionnelle, à condition toutefois qu'elles soient bien distinctes et que leur résultat n'influence pas le règlement du reste des effets du divorce (VOUILLOZ, SJ 2010 p. 69 ; TAPPY, Art. 283 CPC N. 17).

⁶⁰ Dans le même sens : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 36.

prévoyance en question comprend également une prévoyance de type 1^{er} pilier, comme c'est le cas pour les fonctionnaires internationaux. Dans un tel cas, il convient de déduire la part de l'avoir qui constitue, au regard du droit suisse, un 1^{er} pilier. Cela peut se faire en établissant la rente à laquelle l'époux aurait droit au titre de 1^{er} pilier en Suisse, compte tenu de ses années de cotisations, puis, sur cette base-là, en calculant les proportions respectives des 1^{er} et 2^e piliers⁶¹. Dans bien des situations, les informations données par les institutions de prévoyance seront très sommaires. Le cas échéant, il ne faut pas hésiter à avoir recours à un expert.

En tout état de cause il est important de bien mettre en évidence l'étendue des avoirs pris en compte dans le règlement de la prévoyance professionnelle étrangère, de manière à éviter une action en complément.

3) *Le divorce est soumis au droit suisse et les avoirs de prévoyance sont situés non seulement en Suisse, mais aussi auprès d'institutions de prévoyance non soumises à la LFLP*

Il n'est pas possible d'appliquer cumulativement les art. 122 et 124 CC. Si le partage est impossible pour une partie seulement des avoirs des époux, l'on appliquera en principe l'art. 124 CC à l'ensemble de leurs avoirs⁶². Il faut toutefois, à notre avis, réserver le cas dans lequel l'un des époux ou les deux ont des avoirs dans un pays qui admet un partage complémentaire. Les avoirs partageables en Suisse doivent alors être soumis à l'art. 122 CC, si le conjoint créancier le demande. Il n'y a en effet pas de raison de s'écarter du principe du partage des avoirs situés en Suisse, puisque les avoirs situés à l'étranger sont également partageables dans une procédure séparée.

Lorsque le partage prend la forme d'une indemnité équitable au sens de l'art. 124 CC, le juge doit, pour en fixer le montant, tenir compte des avoirs situés à l'étranger. Si une prestation de sortie existe encore auprès de la caisse de compensation, l'art. 22b LFLP offre la possibilité de régler le versement de l'indemnité équitable par un transfert de tout ou partie de cette prestation auprès de l'institution de prévoyance du créancier. Il faut toutefois pour cela que la situation du débiteur soit serrée, c'est-à-dire que ses revenus et sa fortune ne lui permettent pas de régler la créance sous la forme d'une rente ou d'un versement en capital non lié⁶³. Un transfert de plus de la moitié de l'avoir accumulé en Suisse pourrait, dans une telle hypothèse, permettre de tenir compte des expectatives non partagées à l'étranger.

⁶¹ Selon la méthode utilisée par la Cour de justice du canton de Genève : arrêt de la Cour de justice ACJC/468/2008 c. 5.2 du 18 avril 2008 publié sur le site internet du pouvoir judiciaire, et arrêts de la Cour de justice ACJC/707/2005 du 10 juin 2005, ACJC/1576/2007 du 14 décembre 2007 ou encore JTPI/5592/2010 du 4 mai 2010 non publiés. Le Tribunal fédéral n'a pas considéré cette méthode comme arbitraire dans l'ATF du 28 avril 2008, 5A_83/2008 c. 4 et 5.4.

⁶² ATF 127 III 433, JdT 2002 I 346.

⁶³ ATF 129 III 481, c. 3.5.2, JdT 2003 I 760.

B) Lorsque le jugement de divorce a été rendu à l'étranger

1) Reconnaissance et exécution

Pour être reconnu, un jugement étranger doit remplir les conditions posées par les articles 25 ss LDIP. Il faut que la décision ait été rendue par une autorité compétente, qu'elle ne soit plus susceptible de recours ordinaire, respectivement qu'elle soit définitive, et enfin, qu'il n'y ait pas de motifs de refus au sens de l'art. 27 LDIP, notamment qu'elle ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public suisse.

Selon certains auteurs, le jugement étranger tenant compte des avoirs de prévoyance professionnelle autrement que dans le cadre d'un partage au sens du droit suisse peut heurter l'ordre public matériel. C'est le cas en particulier si la répartition faite par le juge étranger est manifestement inéquitable au regard des avoirs qui ont été accumulés par les époux en Suisse durant le mariage. Une telle décision est, dans ces circonstances, incompatible avec l'art. 122 CC qui est d'ordre public⁶⁴. L'ordre public matériel tend à sauvegarder les valeurs essentielles de justice qui sont à la base de l'ordre juridique⁶⁵. Il vise à écarter le droit étranger qui « heurterait de manière intolérable le sentiment du droit tel qu'il existe généralement en Suisse et violerait les règles fondamentales de l'ordre juridique suisse »⁶⁶. En tant que clause d'exception, la réserve d'ordre public doit être interprétée de manière restrictive, tout spécialement en matière de reconnaissance de jugements étrangers⁶⁷. Sur la question du partage des avoirs de prévoyance professionnelle, l'on soulignera tout d'abord que l'on a affaire à une institution de notre ordre juridique qui est récente ; elle n'a été introduite qu'en 2000. Il est dès lors difficile de considérer qu'elle a déjà acquis la force d'une règle d'ordre public⁶⁸. De plus, il faut rappeler que, jusque là, l'ordre juridique suisse tenait aussi compte des attentes de prévoyance professionnelle dans le cadre de la fixation de la contribution d'entretien, d'une manière comparable à celle du droit français, avec un résultat qui était également plus avantageux pour le débiteur que pour le créancier. Dès lors, il nous semble difficile de dire – au surplus dans un domaine qui est de nature patrimoniale – qu'un droit comparable au droit qui était le nôtre il y a encore quelques années

⁶⁴ BUCHER, Art. 64 LDIP N. 21.

⁶⁵ BUCHER, Art. 17 LDIP N. 8.

⁶⁶ ATF 102 Ia 574 ss, 581.

⁶⁷ ATF 134 III 661, 665, c. 4.1, JdT 2009 I 179 ; ATF 122 III 344, JdT 1997 I 296 ; 120 II 87 s., JdT 1997 I 646 ; JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 29.

⁶⁸ VOLKEN, ZK zum IPRG, Art. 64 N. 38 ; *contra* : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 21.

est contraire à l'ordre public. Le Tribunal fédéral est également d'avis qu'il n'y a pas d'atteinte à l'ordre public⁶⁹.

Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si l'art. 65 LDIP devait s'appliquer en plus des art. 25ss LDIP⁷⁰. La doctrine dominante y est favorable⁷¹. Nous sommes du même avis. Si, en vertu de l'art. 63 al. 2 LDIP, le droit applicable au divorce régit le partage de la prévoyance professionnelle, il est normal d'appliquer également l'art. 65 LDIP qui a pour objet la reconnaissance des décisions de divorce. Selon l'art. 65 al. 1 LDIP, la décision est reconnue lorsqu'elle a été rendue dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des époux, ou si elle est reconnue dans l'un de ces Etats. Avec la reconnaissance d'une décision reconnue dans l'Etat de domicile ou de la résidence habituelle, le législateur suisse a choisi une règle ayant la nature d'une règle de conflit. Cette règle est extraordinairement large, puisqu'il n'est pas exigé que la décision ait été rendue dans l'Etat de domicile, de séjour ou de la nationalité d'un des époux. Il est donc envisageable que la décision soit rendue dans un Etat avec lequel aucun des époux n'a de liens étroits, décision qui, par hypothèse, serait reconnue dans l'Etat de séjour de l'un des époux.

L'art. 65 al. 2 LDIP apporte toutefois une restriction à cette reconnaissance très large. Lorsque la décision n'a pas été rendue dans l'Etat de la nationalité commune des époux ou de la nationalité du défendeur, il faut qu'au moment de l'introduction de la demande, l'un des époux au moins soit domicilié ou ait sa résidence habituelle dans cet Etat et que l'époux défendeur n'ait pas de domicile en Suisse. Alternativement, la reconnaissance est donnée si l'époux défendeur s'est soumis sans faire de réserve à la compétence du tribunal étranger ou lorsqu'il a expressément consenti à la reconnaissance de la décision en Suisse (art. 65 al. 2 *lit.* b et c LDIP). Cette restriction empêche que le conjoint domicilié en Suisse soit contraint de reconnaître un jugement de divorce rendu dans un Etat dont il n'a pas la nationalité.

L'on soulignera encore que les art. 280 et 281 CPC sont applicables au jugement étranger. Ainsi, pour qu'un jugement étranger puisse être contraignant envers les institutions de prévoyance suisses concernées, il faut qu'une attestation du caractère réalisable du partage prévu par les époux dans leur convention ou ordonné par le juge ait été établie par lesdites institutions et produite dans le cadre de la procédure étrangère. A défaut, le juge étranger ne peut que fixer la clé de répartition des avoirs entre les époux. C'est ensuite devant le tribunal suisse des assurances sociales, qu'il faudra introduire action pour faire fixer le montant exact de la prestation de sortie à transférer, de manière contraignante pour les institutions concernées. Il est toutefois

⁶⁹ ATF 134 III 661 ss, JdT 2009 I 179 ; cf. à ce propos le commentaire critique de BUCHER, PJA 2009, p. 1 ss.

⁷⁰ ATF 130 III 336, 342 ; 134 III 661 ss, JdT 2009 I 179.

⁷¹ JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 62 ; BUCHER, Art. 65 LDIP N. 37.

conseillé de regarder, au préalable, si l'institution concernée n'accepte pas de se soumettre directement au jugement étranger, ce qui n'est pas rare, semble-t-il⁷².

Pour cette action, le for ne peut être au lieu du divorce (art. 25a LFLP) qui est à l'étranger ; comblant une lacune, le Tribunal fédéral a admis un for au domicile du défendeur au moment de l'introduction de la demande, en application de l'art. 73 al. 3 LPP⁷³.

2) Complément

Il est possible, à certaines conditions, de compléter un jugement de divorce qui se révèle incomplet (art. 64 LDIP), lorsque les juridictions suisses sont compétentes au regard des art. 59 et 60 LDIP⁷⁴. La révision au fond est toutefois prohibée (art. 27 al. 3 LDIP), ce qui n'est pas le cas si le jugement présente une lacune.

Une lacune existe lorsque le juge, par erreur, omission ou ignorance, n'a pas réglé une question qui devait nécessairement être tranchée dans le cadre du divorce⁷⁵. Tel n'est pas le cas s'il est établi que la partie réclamant le complément a renoncé à ses droits⁷⁶. C'est sur la base du droit matériel que l'on examine la question d'une éventuelle lacune⁷⁷. On la soumet au même droit que le complément lui-même, c'est-à-dire le droit applicable au divorce (art. 64 al. 2 LDIP)⁷⁸. Il ne peut y avoir lacune que si le jugement étranger ne tient pas compte des avoirs de prévoyance, ou pas suffisamment⁷⁹, au regard du droit applicable au complément du jugement de divorce (art. 61, 63 al. 2 et 64 al. 2 LDIP). Si, par contre, le droit applicable au complément ne connaît pas le partage, il n'y aura pas de lacune.

C'est au demandeur d'établir que le jugement est incomplet⁸⁰. S'il n'y arrive pas ou si l'on constate qu'au regard du droit applicable au complément, le jugement étranger tient suffisamment compte des avoirs de prévoyance, celui-ci doit, dans les limites de l'ordre public, être respecté ; c'est le cas, même si le partage prend une autre forme que celle qui aurait été prévue par le droit

⁷² TRACHSEL, FamPra.ch 2010, p. 241 ss, 255.

⁷³ ATF 135 V 425, 426, JdT 2010 I 188.

⁷⁴ Le principe de l'unité du jugement de divorce – qui fondait la pratique rendue sous l'ancien droit international privé – ne fait désormais plus obstacle au complément par les juridictions suisses (ATF 128 III 343, 345, JdT 2003 I 66 ; ATF du 19 octobre 2001, 5C.173/2001, résumé in FamPra.ch 2002, p. 166 ; BUCHER, Art. 64 LDIP N. 1 et 2).

⁷⁵ BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 7.

⁷⁶ BUCHER, Art. 64 LDIP N. 7.

⁷⁷ BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 5, 7.

⁷⁸ ATF du 10 octobre 2001, 5C.173/2001 c. 2b ; BOPP, BSK IPRG, Art. 64 N. 8.

⁷⁹ Dans le même sens : BUCHER, Art. 64 LDIP N. 14.

⁸⁰ JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 63.

applicable au complément⁸¹. L'on ne peut plus, alors, parler de lacune ; ce serait contraire à l'interdiction de revoir le jugement au fond (art. 27 al. 3 LDIP).

Pour savoir s'il y a lacune dans le cas d'espèce, il faut examiner le contenu du jugement étranger. La situation est claire lorsqu'il n'est fait aucune mention des avoirs de prévoyance⁸². Elle est plus délicate lorsque le jugement étranger y fait référence, sans procéder toutefois à un partage au sens du droit suisse. Une attestation des institutions de prévoyance concernées doit avoir été produite dans le cadre de la procédure ; une simulation des pensions de retraite des époux effectuée sur la base d'une fiche de salaire ne suffit pas⁸³. Selon le Tribunal fédéral, il n'est toutefois pas nécessaire que le juge étranger procède à un partage des avoirs de prévoyance *stricto sensu*⁸⁴. Il peut tenir compte desdits avoirs par le biais d'une institution juridique qui est totalement différente du partage prévu dans le droit applicable au complément⁸⁵. Le fait qu'il y ait, dans le résultat, une grande différence entre le montant octroyé dans le jugement étranger et le montant auquel le créancier aurait pu prétendre en vertu du droit applicable à l'action en complément n'y change rien. Ainsi, dans une affaire française dans le cadre de laquelle le juge avait octroyé à l'épouse une prestation compensatoire de Fr. 160'000, bien que la prestation de sortie accumulée durant le mariage en Suisse se montât à Fr. 600'000, le Tribunal fédéral a refusé le complément⁸⁶.

A notre avis, le Tribunal fédéral admet ici trop restrictivement le complément. Il n'est pas suffisant que le juge étranger ait seulement mentionné les avoirs de prévoyance dans son jugement. Le juge suisse doit faire une comparaison attentive de l'institution juridique du droit étranger et de celle prévue dans le droit applicable au complément. Les deux institutions doivent présenter suffisamment de traits communs pour que tout complément soit exclu. Tel n'est pas le cas si l'instrument appliqué par le juge étranger sert un autre but, présente des caractéristiques différentes ou aboutit en règle générale à un résultat qui n'est pas comparable. L'on relèvera d'ailleurs que c'est la voie qui a été suivie par le droit allemand, qui connaît un partage des avoirs de prévoyance comparable à celui du droit suisse et admet le complément – même partiel – d'un jugement étranger ayant pris en compte de manière incomplète les avoirs de prévoyance accumulés en Allemagne⁸⁷.

⁸¹ Dans le même sens : JAMETTI GREINER, FamKom, Anh. IPR N. 63.

⁸² Sur la question de l'identité d'action, cf. VOGEL/SPÜHLER, p. 214 s.

⁸³ ATF du 1^{er} juin 2011 5A_835/2010.

⁸⁴ ATF 134 III 661, 664-665, c. 3.3, JdT 2009 I 179.

⁸⁵ ATF 134 662, 665, JdT 2009 I 179.

⁸⁶ ATF 134 III 661ss, JdT 2009 I 179 ; cf. à ce propos le commentaire critique de BUCHER, PJA 2009, p. 1 ss.

⁸⁷ Münchener Kommentar, Art. 17 EGBGB N. 245 ; THORN, PALANDT, Kurz Kommentar, Art. 17 EGBGB N. 26.

La question se pose notamment avec la prestation compensatoire du droit français (art. 270 ss CCfr). Selon les mots du Tribunal fédéral: « La comparaison entre la prestation compensatoire du droit français et le partage du droit suisse montre des différences fondamentales en ce qui concerne le but politico-juridique, la justification de la prétention et l'aménagement de détail ». De par sa nature alimentaire et, dans une certaine mesure, indemnitaires également⁸⁸, la prestation compensatoire est plus proche de la contribution d'entretien de l'art. 125 CC. Elle vise ainsi à « compenser autant que possible la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives » des époux, comme l'indique clairement le texte de la loi (art. 270 al. 1 CCfr). Comme la contribution d'entretien du droit suisse, la prestation compensatoire du droit français est fixée en tenant compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur (art. 279 al. 2 CCfr.).

Le partage de l'art. 122 CC est différent à bien des égards. Il n'a tout d'abord pas la nature d'une contribution d'entretien, ni même celle des régimes matrimoniaux d'ailleurs⁸⁹. Il vise à accorder à la partie économiquement plus faible un droit au partage par moitié des avoirs de prévoyance accumulés durant le mariage⁹⁰. Le partage est l'expression même de la communauté de destin qui, avec le mariage, se crée entre les conjoints. Il n'est en particulier soumis à aucune condition⁹¹. Le partage par moitié des expectatives de prévoyance accumulées par l'autre époux durant le mariage vient souvent compenser les lacunes de prévoyance⁹² qui se sont formées durant le mariage, mais il n'est pas soumis à une telle condition; il sera effectué même si les époux n'étaient pas organisés de manière traditionnelle durant le mariage⁹³ ou s'il n'y a aucun dommage de prévoyance⁹⁴. A la différence d'une contribution d'entretien et en particulier de la prestation compensatoire du droit français⁹⁵, le partage du droit suisse n'a pas pour fondement une solidarité post-mariage et ne vise pas à pallier les conséquences économiques du divorce⁹⁶. Il vise à un partage en principe par moitié de ce qui a été accumulé au titre de prévoyance professionnelle durant le mariage.

⁸⁸ MALAURIE/ FULCHIRON, p. 324.

⁸⁹ Message, du 15 novembre 1995, FF 1996 I 102; BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm, Vorbem. zu Art. 122-124 N. 8; GEISER, p. 63.

⁹⁰ BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm, Vorb. zu Art. 122-124 ZGB, N. 1.

⁹¹ BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm, Vorb. zu Art. 122-124 ZGB, N. 2.

⁹² ATF 136 III 449, JdT 2011 II 352 et ATF 136 III 455, JdT 2011 II 276, résumés in LEUBA, Colloque de la FSA 2011, p. 148.

⁹³ ATF 136 III 449, JdT 2011 II 352 et ATF 136 III 455, JdT 2011 II 276, résumés in LEUBA, Colloque de la FSA 2011, p. 148.

⁹⁴ ATF 136 III 449, JdT 2011 II 352 et ATF 136 III 455, JdT 2011 II 276, résumés in LEUBA, Colloque de la FSA 2011, p. 148.

⁹⁵ MALAURIE/FULCHIRON, p. 320 ss.

⁹⁶ BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm, Vorb. zu Art. 122-124 ZGB, N. 14.

Les traits caractéristiques mis en évidence ci-dessus ne sont pas réservés au partage de l'art. 122 CC. Ils sont tout aussi pertinents pour l'indemnité équitable de l'art. 124 CC⁹⁷. Le législateur a conçu cette institution comme un tout, distinct de la contribution d'entretien, comme le montrent les notes marginales. Dans les deux cas, il s'agit bien d'un partage de la prévoyance ; l'indemnité équitable de l'art. 124 CC n'est qu'une modalité de partage, différente de celle de l'art. 122 CC ; elle a les mêmes fondements et vise le même objectif. Dans les deux situations, le partage par moitié des avoirs accumulés durant le mariage est le point de départ du raisonnement du juge et l'on ne peut s'en écarter qu'à des conditions strictes.

Comme on le voit, la prestation compensatoire du droit français est très différente du partage de la prévoyance du droit suisse (art. 122 – 124 CC). Elle ne lui correspond dès lors pas suffisamment pour que l'on puisse exclure une action en complément devant les tribunaux suisses même si le juge français a tenu compte des avoirs situés en Suisse dans le cadre de la fixation de la prestation compensatoire. Le caractère alimentaire et indemnitaire de cette prestation y fait obstacle. Il faut donc, à notre avis, admettre, sur la base du droit suisse, un complément total ou partiel du jugement français devant les juridictions suisses.

La question ne se pose d'ailleurs pas seulement pour la prestation compensatoire du droit français, mais pour tous les ordres juridiques qui ne connaissent pas de partage comparable à celui du droit suisse.

IV. L'avant-projet de révision de décembre 2009

Dans un avant-projet, mis en consultation en décembre 2009, le Département fédéral de justice et police (DFJP) propose de réformer les dispositions relatives au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce.

L'avant-projet prévoit l'introduction en droit matériel suisse d'un partage des avoirs existant auprès des institutions de prévoyance, non seulement avant mais aussi après la survenance d'un cas de prévoyance (art. 122 al. 1 AP-CC⁹⁸ en relation avec les art. 22d et 22e LFLP)⁹⁹. C'est l'une des innovations majeures de l'avant-projet. Le principe d'un partage par moitié s'appliquera aussi aux avoirs non soumis à la LFLP, en particulier aux avoirs accumulés auprès des institutions des organisations internationales ou auprès

⁹⁷ BAUMANN/LAUTERBURG, FamKomm, Vorb. zu Art. 122-124 ZGB, N. 14.

⁹⁸ L'article 122 al. 1 AP-CC est mal formulé. Il serait préférable de rédiger cela ainsi : Les prétentions acquises durant le mariage envers une institution de prévoyance professionnelle sont partagées par moitié (partage de la prévoyance).

⁹⁹ Pour plus de détails, cf. Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif de l'avant-projet de modification du Code civil et de différents textes législatifs en matière de partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, Décembre 2009, p. 10-11.

d'institutions étrangères (art. 122 al. 1 AP-CC). Toutefois, comme aujourd'hui, ils donneront lieu à une indemnisation ; celle-ci prendra la forme d'un capital ou – et c'est nouveau – d'une rente d'entretien¹⁰⁰ (art. 124 al. 2 AP-CC)¹⁰¹. Le rapport du DFJP n'est cependant pas très détaillé sur l'application du droit suisse aux situations internationales et c'est dommage. Qu'en est-il par exemple lorsque les époux ont des avoirs tant en Suisse qu'à l'étranger. L'idée est-elle de prévoir, comme aujourd'hui, une indemnisation globale pour l'ensemble des avoirs situés en Suisse et à l'étranger sur la base de l'art. 124 al. 2 AP-CC ou le législateur admettra-t-il désormais l'application conjointe des art. 122 al. 1 respectivement 123 AP-CC, d'une part, pour les avoirs situés en Suisse, et de l'art. 124 al. 2 AP-CC pour les avoirs situés à l'étranger, d'autre part ?

En droit international privé, l'avant-projet propose quelques modifications. Il prévoit tout d'abord de soumettre le divorce exclusivement au droit suisse (art. 61 AP-LDIP). C'est un choix de politique législative qui étonne. Le droit du divorce fait, en effet, l'objet au niveau européen d'efforts importants d'harmonisation qui se sont maintenant traduits par un règlement du Conseil de l'Union européenne, qui entrera en vigueur le 21 juin 2012, règlement qui met en œuvre une coopération renforcée entre 14 Etats dans le domaine de la loi applicable. Les Etats concernés sont notamment l'Allemagne, la France, l'Italie, l'Autriche, le Portugal et l'Espagne. Ce règlement représente une étape importante dans l'harmonisation progressive des droits internes en Europe. Il ne prévoit cependant aucunement d'appliquer exclusivement la loi du for. Il est donc difficile de comprendre la position adoptée par le DFJP sur ce point.

Sur la question du sort des avoirs de prévoyance professionnelle, l'avant-projet n'introduit aucune règle nouvelle. Ce partage restera donc soumis au droit du divorce¹⁰². Réserver le droit suisse au sort des avoirs de prévoyance en cas de divorce en Suisse est une bonne solution. Comme déjà vu, peu d'Etats connaissent un partage du 2^e pilier comparable à celui du droit suisse. Le législateur suisse s'est en effet doté d'un instrument encore fort peu répandu. Il s'agit toutefois d'une institution importante de notre ordre juridique, puisqu'elle contribue à réaliser le principe d'égalité de traitement entre l'homme et la femme, dans un domaine où les femmes sont traditionnellement désavantagées. Cet instrument sera d'ailleurs encore amélioré avec l'avant-projet puisque, désormais, le partage de l'avoir de prévoyance professionnelle interviendra même si un cas de prévoyance est

¹⁰⁰ La version française du texte utilise de manière erronée les mots « contribution d'entretien » ; c'est la rente qui est ici visée (allemand : Unterhaltsrente ; italien : rendita di mantenimento), le capital étant déjà mentionné.

¹⁰¹ Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif p. 16. Le rapport ne mentionne que l'exemple des régimes de retraite. On aurait pu attendre d'autres exemples, notamment celui des avoirs auprès d'institutions étrangères.

¹⁰² Département fédéral de justice et police, Rapport explicatif p. 9 et 17.

déjà survenu ! Compte tenu tant de l'importance que du caractère novateur et peu répandu de cette institution de notre ordre juridique, il n'est pas choquant de soumettre exclusivement au droit suisse le partage des avoirs de prévoyance professionnelle sis en Suisse en cas de divorce demandé en Suisse. Le droit allemand, qui connaît une institution juridique comparable, a d'ailleurs, en matière de droit international privé, un régime juridique qui aboutit normalement à l'application du droit allemand au sort des avoirs sis en Allemagne (art. 17 al. 3 EGBGB)¹⁰³. Ce mécanisme éviterait de devoir appliquer aux avoirs situés en Suisse un droit étranger qui ne connaît pas le partage de la prévoyance professionnelle. S'agissant des avoirs situés à l'étranger, le juge suisse devrait pouvoir conserver, quoiqu'il en soit, la possibilité de renvoyer *ad separatum* la question du partage de ces avoirs (comme le prévoit, dans la sphère purement interne, l'art. 283 CPC)¹⁰⁴, c'est-à-dire d'inviter les parties à saisir le juge étranger de l'Etat de ces avoirs. Un tel renvoi peut, à notre avis, être envisagé lorsque le droit applicable au rapport de prévoyance connaît un système de partage comparable à celui du droit suisse et qu'il apparaît plus facile de réaliser celui-ci et d'en obtenir l'exécution dans cet Etat-là. Il est toutefois soumis à la condition que le droit du rapport de prévoyance connaisse l'action en complément et que le règlement *ad separatum* de cette question n'ait pas d'influence sur le sort des autres effets accessoires du divorce.

Si l'avant-projet convainc sur la question du droit applicable au partage des avoirs de prévoyance, il déçoit sur la forme. Il est en effet difficile de comprendre pourquoi le législateur continue de soumettre cet effet accessoire au droit applicable au divorce, par un renvoi de l'art. 63 al. 2 LDIP, plutôt que de lui réserver un régime autonome qui prévoit expressément l'application du droit suisse. L'importance de ces questions pour les époux et les difficultés qu'elles posent en matière de droit international privé exigent une réglementation claire et expresse¹⁰⁵.

Sur la question du complément, l'avant-projet codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière. C'est dommage, car la situation actuelle n'est pas satisfaisante, comme nous l'avons vu, et l'on aurait pu saisir cette occasion pour améliorer les choses. Nous sommes d'avis que le législateur devrait reconnaître l'action en complément partiel lorsque le jugement étranger ne tient pas suffisamment compte des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés durant le mariage auprès d'une institution de prévoyance suisse. Espérons que la procédure législative donnera au législateur l'occasion d'aller dans ce sens-là.

¹⁰³ EGBGB = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch ; THORN, PALANDT, Kurz Kommentar, Art. 17 EGBGB, N. 19-23. Cf. également BUCHER, Art. 63 LDIP N. 28.

¹⁰⁴ Cf. *supra* note 58.

¹⁰⁵ Dans le même sens : BUCHER, prise de position sur l'avant-projet du DFJP de révision des dispositions relative au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, janvier 2010.

L'avant-projet introduit, enfin, un for subsidiaire au siège de l'institution de prévoyance (art. 64 al. 1bis AP-LDIP). A l'heure actuelle, un tel for est déjà admis par la doctrine et c'est une bonne chose de lui donner un ancrage dans la loi. Sont visées ici les situations dans lesquelles aucun tribunal n'est compétent au sens de l'art. 64 al. 1 LDIP pour connaître d'une action en complément de jugement, bien que des avoirs soient situés en Suisse.

V. Conclusion

La situation actuelle n'est pas satisfaisante. Le rattachement de l'art. 61 al. 2 LDIP n'est pas bon. Il conduit à l'application du droit étranger, alors que la plupart des Etats ne connaissent pas le partage de l'avoir de prévoyance professionnelle au moment du divorce. La jurisprudence du Tribunal fédéral a permis de remédier aux conséquences désavantageuses de cette situation, en recourant à l'art. 15 LDIP. Mais cette jurisprudence entraîne l'application (trop) large d'un instrument réservé à des cas exceptionnels ; de plus, elle ne permet pas de répondre adéquatement à toutes les situations comportant des éléments d'extranéité.

La jurisprudence du Tribunal fédéral est injuste. Notre Haute Cour admet trop restrictivement l'application de l'art. 64 LDIP, ne reconnaissant le complément qu'à la condition que le jugement étranger n'ait, en aucune manière, tenu compte des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés en Suisse durant le mariage. Or, lorsque le droit étranger ne connaît pas de partage de la prévoyance comparable à celui du droit suisse, mais tient tout de même compte de la prévoyance, de manière très partielle, le résultat est inéquitable pour le conjoint créancier, qui ne peut obtenir de prise en compte complémentaire devant un juge suisse.

L'avant-projet de révision des dispositions relatives au partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce apporte quelques améliorations, notamment en supprimant l'art. 61 al. 2 LDIP pour régler la question du droit applicable au partage de la prévoyance professionnelle et en soumettant cette question exclusivement au droit suisse. Il déçoit toutefois sur la question de l'action en complément, se contentant de codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le droit allemand, qui connaît un partage de la prévoyance comparable à celui du droit suisse, admet, lui, l'action en complément partiel. Cela devrait aussi être le cas en droit suisse.

Bibliographie

- BERTI Stephen/HONSELL Heinrich/SCHNYDER Anton/VOGT Nedim Peter, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2e éd., Bâle 2007 (cité : AUTEUR, BSK IPRG, Art.)
- BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/SCHWEIZER Philippe/TAPPY Denis, Code de procédure civile commenté, Bâle 2011 (cité : AUTEUR, Art. CPC)
- BOPP Lukas/GROLIMUND Pascal, Schweizerischer Vorsorgeausgleich bei ausländischen Scheidungsurteilen, in *La pratique du droit de la famille*, 2003, p. 497 ss (cité : BOPP/ GROLIMUND, FamPra.ch 2003)
- BUCHER Andreas, Commentaire romand : Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Bâle 2011 (cité : BUCHER, Art. LDIP)
- BUCHER Andreas, Le couple en droit international privé, Bâle 2004 (cité : BUCHER, Le couple)
- BUCHER Andreas, in *Pratique juridique actuelle*, n°/2009, p. 1 ss (cité : Bucher, PJA 2009)
- BUCHER Andreas, in *Revue suisse de droit international et européen*, 1999 (cité : BUCHER, RSDIE 1999)
- CANDRIAN Daniel, *Scheidung und Trennung im internationalen Privatrecht der Schweiz*, thèse St. Gallen, St. Gall 1994
- DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5^e éd., Bâle 2010 (cité : DUTOIT, Art. LDIP)
- GEISER Thomas, *Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht*, in Hauer, *Vom alten zum neuen Scheidungsrecht*, Berne 1999
- GIRSBERGER Daniel/HEINI Anton/KELLER Max/KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/SIEHR Kurt/VISCHER Frank/VOLKEN Paul, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2^e éd., Zurich 2004 (cité : AUTEUR, ZK zum IPRG, Art)
- LEUBA Audrey, *Développements récents en droit de la famille*, in *Colloque de la FSA 2011* (cité : LEUBA, Colloque de la FSA 2011)
- MALAUURIE Philippe/FULCHIRON Hugues, *La famille*, 4^e éd., Paris 2011
- PALANDT Otto, *Beckerlicher Kurz Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. 7, Munich 2012 (cité : AUTEUR, Palandt Kurz Kommentar, Art.)
- REBMANN Kurt/SÄCKER Franz-Jürgen, *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Internationales Privatrecht*, vol. 10, Munich 2006 (cité : AUTEUR, Münchener Kommentar, Art.)

- SCHWANDER Ivo, Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Scheidungsurteile, in *La pratique du droit de la famille*, 2009, p. 832 ss (cité : SCHWANDER, FamPra.ch 2009)
- SCHWANDER Ivo, Die Anwendung des neuen Scheidungsrechts in internationaler und in intertemporaler Hinsicht, in *Pratique juridique actuelle*, n°12/1999, p. 1647 ss (cité : SCHWANDER, PJA 1999)
- SCHWANDER Ivo, Ehescheidung, IPRG 61 II und III. Ausnahmeklausel, IPRG 15 I. Ordre public. Kognition des Bundesgerichts hinsichtlich des fremden Rechts, OG 43a, in *Pratique juridique actuelle*, n°1/1996, p. 100 ss (cité : SCHWANDER, PJA 1996)
- SCHWENZER Ingeborg, FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, 2^e éd., Berne 2011 (cité : AUTEUR, FamKomm, Art. ZGB)
- SCHWENZER Ingeborg, FamKomm Scheidung, Band II: Anhänge, 2^e éd., Berne 2011 (cité : AUTEUR, FamKomm, Anh. Art.)
- SUTTER Thomas/FREIBURGHANUS Dieter, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurich 1999
- TRACHSEL Daniel R., Der Vorsorgeausgleich im internationalen Verhältnis, in *La pratique du droit de la famille*, 2010, p. 241 ss (cité : TRACHSEL, FamPra.ch 2010)
- VOGEL Oscar/SPÜHLER Karl, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8^e éd., Berne 2006
- VOUILLOZ François, Le partage des prestations de sortie et l'allocation de l'indemnité équitable, in *La semaine judiciaire*, 2010, vol. II, p. 67 ss

Trust, droit de suite et mention au Registre foncier selon l'article 149d LDIP

DELPHINE PANNATIER KESSLER

I. Introduction

A la différence de la plupart des autres thématiques de cette Journée de droit civil 2011 placée sous le signe du droit civil suisse dans un contexte international, le présent sujet traite le cas inverse, à savoir celui où le droit étranger pénètre le droit civil suisse et s'y confronte. La Suisse a ratifié la Convention de La Haye sur le droit applicable au trust et à sa reconnaissance avec entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2007¹ (ci-après « CHT » ou « Convention de La Haye sur les trusts » ou « la Convention »). La ratification ne signifie en aucune manière l'introduction de l'institution du trust dans notre ordre juridique mais uniquement une obligation de reconnaissance de cette institution, laquelle demeure régie par le droit étranger. La reconnaissance des trusts en Suisse selon la Convention provoque la rencontre de deux mondes différents : le droit anglo-saxon oscillant entre *common-law* et *equity* et le droit continental avec le code civil pour fondement. De nombreuses interrogations surgissent de cette confrontation. Dans cette contribution, nous nous concentrerons sur un aspect particulier et particulièrement controversé, celui de savoir si l'institution étrangère du droit de suite peut être reconnue et mise en œuvre en Suisse selon la Convention de La Haye sur les trusts. Notre ordre juridique peut-il accommoder cette institution inconnue ?

Le droit de suite, souvent également appelé *tracing*, est une action du droit des trusts permettant aux bénéficiaires d'un trust² d'aller rechercher les biens faisant partie du patrimoine d'un trust et ayant été aliénés en violation du trust à la manière d'une action en revendication de nature réelle et ainsi d'obtenir le retour de ces biens au patrimoine du trust. Le droit de suite assure dès lors la protection des droits des bénéficiaires et donne toute son efficacité au trust, sortissant ses effets malgré une éventuelle insolvabilité du défendeur. La question qui nous intéresse ici est celle de savoir si la reconnaissance de l'institution du trust découlant de la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts oblige également notre ordre juridique à permettre l'exercice du

¹ RS 0.221.371.

² Ce droit appartient également au trustee de remplacement, c'est-à-dire au trustee nommé à la place d'un *trustee* déloyal, d'exiger le retour des biens dans le patrimoine du trust.

droit de suite dans notre juridiction. Posée de manière plus directe : peut-on aller rechercher en Suisse des biens détournés du patrimoine d'un trust ? Ou encore d'un point de vue économique : la place financière suisse offre-t-elle aux bénéficiaires de trusts la même protection que ses concurrentes ? L'enjeu est grand au regard des valeurs importantes détenues en trust dans des établissements bancaires helvétiques, des œuvres d'art en trust situées physiquement dans notre pays et du nombre important de *trustees* et de *trust companies* actifs en Suisse. Cette question nouvelle n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence et fait l'objet de controverses doctrinales importantes, de sorte que nos pas nous mènent vers des sables quelque peu mouvants.

II. Présentation des concepts

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il nous paraît important de présenter brièvement quelques concepts pour poser les fondements.

Le trust est une institution du droit anglais par laquelle un *settlor* (constituant) transfère la propriété de biens à un *trustee* chargé de les administrer pour des bénéficiaires selon les règles prévues par l'acte de trust. Lorsque le *trustee* viole ses pouvoirs ou devoirs tels que déterminés par l'acte de trust, le droit applicable et les décisions judiciaires, il commet une *breach of trust*. Dans un trust, les rapports de propriété sont doubles, découlant du double système de juridiction : d'une part, le *trustee* est propriétaire légal (*legal owner*) des biens en trust selon les règles de *common law*, d'autre part et en parallèle, les bénéficiaires du trust sont propriétaires des biens du trust en équité (*equitable owners*), ce droit étant protégé par les règles de l'*equity*. Ce phénomène est souvent décrit comme étant un dédoublement des droits de propriété³.

Lorsqu'un *trustee* aliène un bien du trust dans le respect de l'acte de trust, le droit de propriété légal du *trustee* passe à l'acquéreur et le droit de propriété des bénéficiaires en équité cesse de grever le bien du trust et se reporte sur le prix de vente ou le bien acquis en remploi. En revanche, en cas d'aliénation en *breach of trust*, les droits réels des bénéficiaires continuent de grever le bien aliéné et seule la propriété légale du *trustee* passe à l'acquéreur. Par conséquent, sur la base de cet *equitable ownership* qui, à la manière d'un gage, perdure sur le bien, les bénéficiaires peuvent exercer le droit de suite pour

³ Pour une présentation de ces concepts, voir notamment David HAYTON/Paul MATTHEWS/Charles MITCHELL, *Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees*, 18^{ème} éd., Londres 2010, § 1.1 ; Geraint THOMAS/Alastair HUDSON, *The Law of Trusts*, 2^{ème} éd., Oxford 2010, § 1.01 et ss ; Nedim Peter VOGT, in Basler Kommentar Internationales Privatrecht (ci-après BaK IPR), 2^{ème} éd., Heinrich Honsell *et al.* (éd.), Bâle 2007, Vor Art. 149a-e, n. 23-24 ; Florence GUILLAUME, in Commentaire romand Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano (ci-après CR LDIP), Andreas Bucher (éd.), Genève 2011, Intro. Art. 149a-e, n. 11-12.

obtenir la restitution du bien au patrimoine du trust⁴. A ce moyen de droit s'ajoutent d'autres remèdes de nature personnelle, semblables à notre action pour acte illicite (article 41 CO) ou en enrichissement illégitime (article 62 CO). L'intérêt du droit de suite par rapport aux autres moyens de nature personnelle se révèle lorsque le défendeur est insolvable, puisque le bien détourné du patrimoine du trust doit être restitué, sans que le créancier ne soit soumis à la loi du dividende.

Relevons encore que le droit de suite permet de revendiquer non seulement l'objet détourné du patrimoine du trust⁵, mais encore ses emplois et ses produits⁶. En effet, la base conceptuelle du droit de suite est celle de considérer que l'*interest* des bénéficiaires continue de grever le bien malgré ses changements de formes. La démarche pour exercer le droit de suite consiste dès lors à identifier la valeur au fil des changements de formes du bien⁷. L'obstacle le plus important à l'exercice du droit de suite est l'institution juridique de la protection de l'acquéreur de bonne foi, semblable dans ses grands traits à celle du droit suisse, à l'exception du fait que l'acquéreur doit avoir acquis à titre onéreux pour être protégé en vertu du droit anglais⁸.

III. Reconnaissance du droit de suite en Suisse

La Suisse a ratifié la Convention de La Haye sur les trusts avec effet au 1^{er} juillet 2007. La Convention n'instaure pas d'obligation d'introduire l'institution du trust dans l'ordre juridique matériel des Etats contractants mais uniquement celle de reconnaître l'institution du trust *qua trust*, sans tenter de l'adapter aux catégories du droit interne.

A) *Les dispositions topiques de la Convention*

Les articles 6 et 7 de la Convention déterminent le droit applicable au trust en cas d'élection de droit et à défaut d'une telle élection. Quant à l'article 8 de la Convention, il précise le champ d'application du droit applicable, c'est-à-dire quels aspects du trust sont régis par le droit désigné selon les articles 6 et 7 CHT. L'article 8 CHT prévoit de manière générale en son premier alinéa que « la loi déterminée par les articles 6 ou 7 régit la validité du trust, son

⁴ Pour plus de détails et des références, voir Delphine PANNATIER KESSLER, Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts, thèse Genève 2011, p. 18-52.

⁵ Appelé « *following* » dans la doctrine anglaise.

⁶ Que l'on qualifie de « *tracing* » au sens strict du terme dans la doctrine anglaise.

⁷ Voir l'arrêt de la Chambre des Lords en la cause *Foskett v. McKeown*, (2000) 3 All ER (*All England Review*) 97.

⁸ Voir notamment THOMAS/HUDSON (note 3), § 33.111 ; A.J. OAKLEY, *Parker & Mellows The Modern Law of Trusts*, 9ème éd., Londres 2008, § 22-192 et ss.

interprétation, ses effets ainsi que l'administration du trust ». Le deuxième alinéa de cet article prévoit de manière plus spécifique que le droit applicable au trust régit les relations entre le *trustee* et les bénéficiaires, y compris la responsabilité personnelle du *trustee* envers les bénéficiaires (art. 8 al. 2 *lit. g* CHT). De plus, les « effets » du trust visés par l'article 8 al. 1 CHT sont à notre avis également ceux mentionnés à l'article 11 CHT puisque ce dernier article détermine quels sont les aspects fondamentaux de l'institution du trust dont la reconnaissance est obligatoire, au nombre desquels figure le droit de suite. Ainsi, le droit de suite est à notre avis régi par le droit applicable au trust, comme nous le verrons au point III.C.

L'article 11 CHT est la pierre angulaire de la reconnaissance. Il prévoit à son alinéa 3 *lit. d* que « cette reconnaissance implique notamment : (...) que la revendication des biens du trust soit permise, dans les cas où le *trustee*, en violation des obligations résultant du trust, a confondu les biens du trust avec ses biens personnels ou en a disposé. Toutefois, les droits et obligations d'un tiers détenteur des biens du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for ». Cet article fera l'objet d'une analyse plus approfondie au point suivant.

Quant à l'article 15 CHT, il instaure une limite à la reconnaissance de l'institution du trust en donnant la priorité aux règles impératives du droit désigné au for en cas d'incompatibilité. Mentionnons encore les articles 16 et 18 CHT qui sont des dispositions classiques de droit international privé réservant les lois d'application immédiates et l'ordre public du for. Nous ne nous attarderons pas sur ces dernières dispositions dans le cadre de cette contribution.

Comment ces diverses règles doivent-elle être comprises et quelle influence ont-elles sur l'obligation pour notre ordre juridique de reconnaître le droit de suite ?

B) L'article 11 al. 3 *lit. d* CHT

Il convient de nous pencher sur la formulation de l'article 11 al. 3 *lit. d* CHT. Cet article distingue deux cas de figure : celui où le droit de suite s'exerce à l'encontre du *trustee* et celui où il s'exerce à l'encontre d'un tiers. La deuxième phrase de l'article 11 al. 3 *lit. d* CHT, laquelle prévoit que « les droits et obligations d'un tiers détenteurs d'un bien du trust demeurent régis par la loi déterminée par les règles de conflit du for » ne s'applique qu'au cas de figure où le droit de suite vise un tiers. Ainsi, dans la première hypothèse où le droit de suite vise le *trustee*, la revendication est permise sans que la restriction de la deuxième phrase ne s'applique et ainsi la totalité du droit de suite est régie par le droit applicable au trust. Dans la deuxième hypothèse, lorsqu'un tiers est visé par l'exercice du droit de suite, la règle supplémentaire prévue dans la

deuxième phrase de la lettre d s'ajoute et dès lors les droits et obligations des tiers demeurent régis par le droit déterminé par les règles de conflit habituelles au for. Cependant, la portée de cette restriction n'est pas claire. Cela signifie-t-il que le droit de suite visant un tiers est régi dans sa totalité par le droit désigné selon les règles de conflit du for ou faut-il tracer la limite entre le droit applicable au trust et le droit applicable aux droits et obligations du tiers d'une autre manière ?

L'interprétation de cette disposition de la Convention est controversée. D'après le Message du Conseil fédéral (ci-après « le Message ») émis dans le cadre de la ratification de la Convention⁹, le droit de suite contre le *trustee* est couvert par la Convention et doit être reconnu dans les Etats contractants. En revanche, toujours selon le Message, le droit de suite à l'encontre d'un tiers n'est pas couvert par la Convention et par conséquent n'a pas à être reconnu en Suisse¹⁰. Dans ce dernier cas, il y a lieu d'utiliser les moyens de droit de nature personnelle dont nous disposons en droit suisse, tels que l'action en enrichissement illégitime de l'article 62 CO ou celle pour acte illicite de l'article 41 CO pour remédier à la violation du trust¹¹. Relevons encore à cet égard que le Conseil fédéral dans son Message considère, à notre avis à tort, que le droit de suite n'est pas de nature réelle mais personnelle. En relation avec la conception défendue par le Message, la doctrine est partagée ; une partie minoritaire de la doctrine suit le Message¹² alors que la doctrine majoritaire rejette la conception du Message et est d'avis que le droit de suite contre le *trustee* et contre les tiers est couvert par la Convention et doit donc en principe être reconnu dans les Etats contractants, même si cette reconnaissance soulève des problèmes de compatibilité notamment avec la protection des tiers de bonne foi du droit suisse¹³.

⁹ Message du Conseil fédéral du 2 décembre 2005 concernant l'approbation et l'exécution de la Convention relative au droit applicable au trust et à sa reconnaissance paru à la FF 2006 p. 561 et ss.

¹⁰ MCF, FF 2006, § 1.6.2.1, p. 582 et § 1.7.2.2, p. 587.

¹¹ MCF, FF 2005, § 1.6.2.1 et § 1.6.2.2, p. 582-583.

¹² Thomas MAYER, *Neue IPRG-Bestimmungen zum Trust*, Bâle 2009, p. 54-56 ; Mark EICHNER, *Die Rechtstellung von Treugebern und Begünstigten*, Bâle 2007, p. 210-214 ; Stephan WOLF/Nadine JORDI, *in Der Trust - Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommen*, Berne 2008, p. 66.

¹³ Denis PIOTET, *Quelques questions de droit privé suisse sur le trust sous l'empire de la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985*, *in Not@lex* 2008, p. 9 ; Peter Max GUTZWILLER, *Schweizerisches Internationales Trustrecht*, Bâle 2007, n. 11-30 *ad art.* 11 ; VOGT (note 3), *in BaK IPR*, Vor Art. 149a-e, n. 78 ; Bénédicte FOËX, *The Hague Trust Convention and Switzerland : a few remarks concerning movable property*, *in Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz*, Alexander R. Markus *et al.* (éd.), Zurich 2003, n. 3, p. 32 ; Luc THÉVENOZ, *Trusts en Suisse : adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Zurich 2001, p. 98 et 109 ; pour plus de références en particulier d'auteurs étrangers voir PANNATIER KESSLER (note 4), p. 89-95 et p. 99-100.

C) *Proposition d'interprétation en faveur de la reconnaissance*

Il y a lieu de prendre position sur cette question controversée. C'est ce que nous ferons ci-après en proposant une interprétation de l'article 11 al. 3 *lit. d* CHT favorable à la reconnaissance du droit de suite en Suisse.

En se basant sur une lecture littérale de l'article 11 al. 3 *lit. d* CHT, il nous paraît évident que le droit de suite exercé à l'encontre du *trustee* doit être reconnu en Suisse, la restriction prévue par la deuxième phrase de ce même article ne s'appliquant pas. Cet aspect n'est pas controversé en doctrine. Certes, cette reconnaissance ne sera possible que si elle ne contrevient pas aux dispositions générales de la Convention, en particulier à son article 15 mais aussi aux articles 16 et 18 CHT. Cet examen de compatibilité devra être effectué dans une seconde étape de raisonnement.

En ce qui concerne la reconnaissance du droit de suite lorsqu'il est exercé à l'encontre d'un tiers, nous ne partageons pas l'avis du Conseil fédéral exprimé dans le Message selon lequel ce cas de figure n'est pas couvert par la Convention. A notre avis, la restriction prévue par la deuxième phrase de l'article 11 al. 3 *lit. d* CHT n'a pas pour conséquence de soumettre le droit de suite exercé à l'encontre d'un tiers à un droit différent de celui applicable au trust désigné selon les articles 6 et 7 CHT. En effet, il convient de revenir à l'article 8 al. 1 CHT, selon lequel le droit applicable au trust régit également les effets du trust. Parmi les effets du trust, le droit de suite en a été considéré comme un effet fondamental puisqu'il figure expressément dans la liste de l'article 11 CHT contenant le cœur de la reconnaissance. De plus, la doctrine considère le droit de suite comme un élément essentiel et indissociable de l'institution du trust¹⁴. Dès lors, c'est bel et bien le droit applicable au trust qui doit régir le droit de suite sur son principe, même exercé contre un tiers. Par ailleurs, la limitation contenue dans la deuxième phrase de l'article 11 al. 3 *lit. d* CHT doit à notre avis être interprétée de manière restrictive. En effet, d'un point de vue historique, la restriction telle qu'elle a été formulée avait pour but de protéger les banques détenant des actifs en trust et non pas les acquéreurs des biens du trust, d'où la formulation utilisant le terme de *détenteur*¹⁵. Cela étant, au vu de la formulation, en particulier en langue anglaise, consistant à viser « *any third party holder of the assets* », l'interprétation historique ne nous semble pas suffisante pour admettre que cette deuxième phrase ne vise que les détenteurs sur une base contractuelle et non pas les acquéreurs. L'interprétation historique nous paraît néanmoins utile pour démontrer la portée très restreinte de la restriction et non pas l'intention

¹⁴ David HAYTON, *The Hague convention on the law applicable to trusts and on their recognition*, in *International and Comparative Law Quarterly* 36 (1987), p. 266 ; Donovan WATERS, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 252 (1995), p. 229 s ; VOGT (note 3), in *BaK IPR, Vor Art. 149a-e*, n. 78.

¹⁵ Alfred VON OVERBECK, *Rapport explicatif sur la Convention*, 1985, § 113, p. 395.

d'exclure de la reconnaissance l'entière du droit de suite dès lors qu'il vise un tiers. Par conséquent, seule une approche restrictive de la deuxième phrase de l'article 11 al. 3 *lit. d* CHT nous paraît adéquate. De plus, le but général de la Convention vise à obtenir la reconnaissance des trusts dans la mesure la plus large possible, figurant même de manière programmatique dans le titre de la Convention, afin de garantir la prévisibilité et la sécurité du droit¹⁶. La reconnaissance de l'institution du trust implique également la garantie des droits des bénéficiaires¹⁷ et par conséquent nécessite la reconnaissance du droit de suite. Ainsi, toute exception à la reconnaissance ne doit être admise que de manière restrictive.

Pour ces raisons, le droit de suite visant un tiers est à notre avis régi par le droit applicable au trust déterminé selon les articles 6 et 7 CHT mais l'article 11 al. 3 *lit. d* deuxième phrase CHT a pour effet de soumettre les droits et obligations du tiers au droit désigné par les règles de conflit usuelles du for, étant précisé que les « droits et obligations d'un tiers détenteur » sont à interpréter de manière restrictive. Il y a ainsi une dissociation entre le droit applicable au droit de suite et celui applicable aux droits et obligations du tiers¹⁸. Les droits et obligations *stricto sensu* qu'il convient de faire sortir du champ d'application du droit du trust sont à notre avis les droits et obligations du tiers dans le cadre du processus d'acquisition du bien ainsi que lors de sa possession ultérieure. En effet, un tiers acquérant un bien en Suisse d'un *trustee* doit avoir les mêmes droits et obligations que tout autre acquéreur dans cette juridiction. Du fait qu'il ait affaire à un *trustee*, il n'a pas à subir de désavantage ou à avoir à sa charge d'obligation autre que celles imposées par le droit suisse. Il doit ainsi pouvoir se fier aux règles auxquelles il est familier, c'est-à-dire les règles du droit suisse si celles-ci sont applicables dans le cas d'espèce selon les règles de conflit du for.

Plus concrètement, l'acquéreur d'un bien immobilier sis en Suisse a par exemple le droit de se fier au contenu du Registre foncier comme n'importe quel acquéreur d'immeuble en Suisse selon l'article 973 al. 1 CC. Il convient de relever à cet égard que la mention de l'article 149d LDIP aura son rôle à jouer, comme nous le verrons ci-après. L'acquéreur d'un bien mobilier aura quant à lui le droit de se fier à la présomption de propriété découlant de la possession selon l'article 930 al. 1 CC. Il n'aura en principe pas d'obligation de vérifier la provenance du bien mobilier acquis selon le droit suisse, sauf dans les cas que nous verrons au point V.0. Il ne sera en revanche pas tenu à d'autres obligations de vérification que pourrait éventuellement lui imposer le droit du trust. La détermination de la bonne ou mauvaise foi du tiers dépend du

¹⁶ GUTZWILLER (note 13), n. 52, p. 13 ; Alfred VON OVERBECK, *Law Applicable to, and Recognition of Trusts in Switzerland: the Possible Future under the Hague Convention*, in *Trusts & Trustees*, avril 1996, p. 7 et 9.

¹⁷ HAYTON (note 14), in *International and Comparative Law Quarterly* 36 (1987), p. 275.

¹⁸ Pour le raisonnement complet sur ces questions voir PANNATIER KESSLER (note 4), p. 104-117.

respect des obligations imposées par le droit suisse ; elle sera dès lors également régie par notre droit. Par ailleurs, le droit suisse est également applicable aux droits et obligations du possesseur sans droit selon les articles 938 à 940 CC. En effet, en cas d'exercice du droit de suite sur un bien aliéné en violation du trust, si l'acquéreur n'est pas protégé dans son acquisition et qu'il se voit obligé de restituer le bien, cela signifie qu'il en était un possesseur sans droit au sens des articles susmentionnés. Dès lors, les articles 938 à 940 CC régiront notamment son droit au remboursement des impenses et son obligation de restitution des fruits.

En définitive, par l'interprétation proposée, l'on parvient à un équilibre : le tiers ne pâtit pas du fait qu'il a traité avec un *trustee* puisque ses droits et obligations demeurent régis pas le droit local tel que désigné par les règles de conflit habituelles mais l'exercice du droit de suite contre le tiers en application du droit du trust est possible en accord avec la lettre et l'esprit de la Convention.

Toutefois, le raisonnement ne peut pas s'arrêter là. Il convient encore de vérifier dans chaque cas d'exercice du droit de suite si des règles impératives du droit désigné au for, en l'occurrence par hypothèse le droit suisse, ne s'opposent pas à une telle reconnaissance selon l'article 15 CHT. Cet aspect sera traité de manière succincte sous le point V ci-après. La même vérification devrait également avoir lieu dans chaque cas d'espèce à l'aune des articles 16 et 18 CHT en ce qui concerne les règles d'application immédiate et la réserve de l'ordre public, étant précisé toutefois que le champ d'application de ces derniers articles devrait être fort restreint dans la pratique. Nous ne traiterons pas de cette question dans la présente contribution.

IV. Mention de l'article 149d LDIP

Au moment de la ratification de la Convention de La Haye par la Suisse sont notamment entrés en vigueur les articles 149a à 149e LDIP, lesquels mettent en œuvre les nouvelles règles de conflit prévues par la Convention et en précisent les contours. Dans le cadre de cette contribution, nous nous intéresserons en particulier à l'article 149d LDIP.

Rappelons à titre préliminaire qu'il est désormais possible de transférer un immeuble en Suisse au patrimoine d'un trust et que ce faisant, c'est le *trustee* qui en sera inscrit comme propriétaire au Registre foncier. Dans la pratique, il semble toutefois que les Conservateurs des Registres fonciers soient encore réticents à admettre l'inscription d'un tel transfert en trust, malgré l'article 12 CHT et l'article 149d LDIP. Ces réticences devraient être définitivement battues en brèche par l'entrée en vigueur en 2012 de la nouvelle Ordonnance sur le registre foncier, laquelle clarifie les modalités d'un tel transfert.

Certaines de ces nouvelles règles de droit seront présentées au point B ci-après.

Par ailleurs, un transfert en trust présuppose que la *Lex Koller*¹⁹ ne constitue pas un obstacle dans le cas d'espèce. Tel n'est jamais le cas lorsque le *trustee*, le *settlor* et les bénéficiaires du trust sont suisses, comme l'a jugé le Tribunal fédéral dans une affaire relativement récente²⁰. Cela étant, à notre avis, ces trois conditions ne doivent pas nécessairement être remplies pour qu'un transfert ne soit pas assujéti car les autorités devraient avoir une approche différenciée selon les cas et procéder à une analyse *in concreto* de la réalité économique sous-tendant la relation de trust²¹. En particulier, pour autant que les autres conditions de la LFAIE soient remplies, les autorités devraient admettre la détention de logements par le biais d'un *trustee* et ne devraient pas considérer que l'article 8 de l'Ordonnance sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger²², lequel exige une acquisition directement et en nom propre, constitue *per se* un obstacle à tout transfert au patrimoine d'un trust²³. Un assouplissement de la pratique ou mieux encore une révision de la LFAIE et de son Ordonnance seraient souhaitables. Après cette parenthèse, revenons à notre étude de la mention de l'article 149d LDIP.

A) L'article 149d LDIP

L'article 149d LDIP prévoit la possibilité de faire inscrire au Registre foncier la mention qu'un immeuble appartient au patrimoine d'un trust. Certes, le *trustee* apparaît comme étant le propriétaire de l'immeuble en trust mais la mention de l'article 149d LDIP permet de rendre opposable aux tiers le lien de trust. L'alinéa 3 de l'article 149d LDIP précise que le lien avec un trust qui n'a pas fait l'objet d'une mention n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. Les effets de cette mention ne sont pas encore entièrement clairs en droit suisse. Les conditions d'inscription et de radiation de la mention figurent parmi les questions demeurant ouvertes²⁴.

La question qui nous intéresse ici est celle de savoir quel est l'effet de la mention du lien de trust de l'article 149d al. 3 LDIP sur le pouvoir de disposer

¹⁹ Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE), RS 211.412.41.

²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_409/2009 du 15 janvier 2010.

²¹ Voir à ce sujet : Marie-Noëlle ZEN-RUFFINEN, *Lex Koller et trusts*, in AJP/PJA 2009, p. 1138 s. ; David WILSON, *Planification immobilière autour du trust*, in Journée de droit civil 2008 La planification du patrimoine, Margareta Baddeley/Bénédict Foëx (éd.), Genève 2009, p. 138-140.

²² RS 211.412.411.

²³ PANNATIER KESSLER (note 4), p. 188-189.

²⁴ Voir à ce sujet GUILLAUME (note 3), in CR LDIP, ad art. 149d, n. 4 ss. ; Florence GUILLAUME, *Fragen rund um die Eintragung eines im Trustvermögen befindlichen Grundstücks ins Grundbuch*, in RNRF 90 (2009), p. 13 ; Delphine PANNATIER KESSLER, *Die Anerkennung des Trustverhältnis und die Pflichten des Notars*, in RNRF 92 (2011), p. 77 ss.

du *trustee*. Du fait de la mention, le public est rendu attentif au fait que le propriétaire de l'immeuble détient ce dernier sur la base d'un trust et donc qu'il est lié par les dispositions de l'acte de trust et par le droit applicable. Cet aspect est régi par le droit étranger selon l'article 8 *lit. d* CHT. Or, l'acte de trust ou le droit applicable pourraient interdire au *trustee* de disposer de l'immeuble. Quel est l'effet pour le public de la mention du lien de trust pouvant révéler une possible restriction au pouvoir de disposer ?

La doctrine est partagée à ce sujet²⁵. Selon les Lignes directrices destinées au traitement des affaires liées à un trust du 28 juin 2007 de l'Office fédéral de la justice²⁶, « la mention ne restreint pas le pouvoir de disposer du *trustee* (ce dernier étant pleinement propriétaire du bien à titre fiduciaire)²⁷ ». Ainsi, selon cette position, suivie par une partie de la doctrine, même si l'appartenance de l'immeuble au patrimoine d'un trust est connue, cette information n'entraîne aucune restriction au pouvoir de disposer du *trustee* ni d'obligation de vérifier que l'acte de trust et le droit applicable permettent dans le cas d'espèce l'acte de disposition²⁸. Précisons toutefois que les Lignes directrices ne sont que des recommandations qui ne lient pas les autorités du Registre foncier. Pour une autre partie de la doctrine, la mention du lien de trust oblige les tiers à vérifier si le *trustee* peut disposer du bien dans le cas d'espèce²⁹. Sans qu'une réponse définitive ne soit apportée, la nouvelle version de l'Ordonnance sur le Registre foncier mérite que nous nous y attardions.

B) Les nouvelles dispositions en relation avec des trusts de l'ORF révisée

La révision du 23 septembre 2011 de l'Ordonnance sur le Registre foncier (ci-après N-ORF pour nouvelle ORF), laquelle est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2012, tente de clarifier plusieurs questions qui étaient demeurées ouvertes au moment de la ratification de la Convention³⁰. En relation avec le sujet de cet article se pose en particulier la question de savoir si l'existence de la mention a pour effet d'obliger le Registre foncier ou le notaire à vérifier le pouvoir de

²⁵ Bénédicte Foëx, *La mention du trust au registre foncier*, in RNRF 90 (2009) p. 85-86 ; Bénédicte Foëx, *Trust et registre foncier : Quelques remarques sur le transfert de la propriété du settlor au trustee*, in *Successio* 2009 p. 264-265 ; WOLF/JORDI (note 12), p. 74 ; GUILLAUME (note 3), in CR LDIP, ad art. 149d, n. 24-25 ; GUILLAUME (note 24), in RNRF 90 (2009), p. 13-14 ; PANNATIER KESSLER (note 24), in RNRF 92 (2011), p. 77 ss.

²⁶ Téléchargeables sur: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/grundbuchegris/wegl-trust-grundbuch-f.pdf>

²⁷ Lignes directrices du 28 juin 2007, p. 3.

²⁸ WOLF/JORDI (note 12), p. 74 ; GUILLAUME (note 3), in CR LDIP, n. 24-25 ad art. 149d.

²⁹ Foëx (note 25), in RNRF 90 (2009) p. 86 ; Foëx (note 25), in *Successio* 2009 p. 264 ; Luc THÉVENOZ, *Créer et gérer des trusts en Suisse après l'adoption de la Convention de La Haye*, in *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, Luc Thévenoz/Christian Bovet (éd.) Genève 2007, p. 65 ; PANNATIER KESSLER (note 24), in RNRF 92 (2011), p. 78 ss.

³⁰ RS 211.432.1 ; voir en particulier les articles 58, 67, 128 et 137 N-ORF.

disposer du *trustee* à l'occasion de l'instrumentation d'un acte authentique ayant trait à un acte de disposition sur un immeuble en trust, lequel pourrait donner lieu à l'exercice du droit de suite. Avant d'entrer plus avant dans ce débat, précisons que l'effet de la mention de l'article 149d LDIP a une influence déterminante sur les droits et obligations du tiers acquérant un bien appartenant au patrimoine d'un trust, ces droits et obligations demeurant régis par le droit désigné par les règles de conflit habituelles du for selon la deuxième phrase de l'article 11 al. 3 *lit. d* CHT, comme nous l'avons démontré ci-dessus.

L'article 67 N-ORF est une disposition légale nouvelle visant expressément à clarifier la question de la nature du titre exigé lors d'un transfert de propriété d'un immeuble en trust. Cet article prévoit différents justificatifs de la *causa* selon les cas de figure pouvant se présenter en relation avec un trust, à savoir un acte authentique, un certificat d'héritier ou une attestation de l'autorité successorale, une copie de la disposition pour cause de mort accompagnée d'une déclaration d'acceptation du legs par le *trustee* ou encore un document signé par les *trustees* en cas de changement de *trustee*. Cependant, lorsqu'un *trustee* procède à un acte de disposition sur un immeuble faisant partie d'un trust pour le transférer à un tiers, ce qui pourrait potentiellement déclencher l'exercice du droit de suite si l'acte de disposition est fait en violation du trust, l'article 67 al. 2 N-ORF renvoie aux articles 64 et 65 N-ORF qui sont les dispositions générales sur l'acquisition de propriété d'un immeuble au Registre foncier, que l'inscription soit constitutive (article 64 N-ORF) ou déclarative (article 65 N-ORF). L'article 64 al. 1 *lit. a* N-ORF prévoit la nécessité d'un acte authentique en cas de convention de droit privé concernant le transfert de la propriété immobilière. Cela étant, selon l'article 64 al. 2 N-ORF, « la preuve du droit de disposer demeure réservée (art. 84) ». L'article 84 N-ORF précise la question de l'examen par le Registre foncier du droit de disposer du requérant d'un transfert de propriété. Selon cet article, lorsque la réquisition émane du propriétaire inscrit, le Registre foncier s'assure que la personne qui présente la réquisition et le propriétaire inscrit sont la même personne. L'article 84 N-ORF est la concrétisation de la lettre c de l'article 83 al. 2 N-ORF. L'article 83 ORF traite de l'obligation générale de contrôle du Registre foncier et concrétise les articles 963 à 965 CC. A la lumière de ces articles, à quel examen doit procéder l'office du Registre foncier en cas de mention de l'article 149d LDIP ?

C) *L'examen du pouvoir de disposer du trustee en cas de mention*

1. *Examen par le Registre foncier*

A teneur des règles prévues par la version révisée de l'ORF, l'on pourrait être tenté de conclure que le Registre foncier n'a pas à vérifier le pouvoir de disposer du *trustee*, conformément à la position adoptée par les Lignes directrices. En effet, à la lecture de la lettre de l'article 84 al. 1 N-ORF, il apparaît que le seul point que le Registre foncier doit vérifier concernant le pouvoir de disposer soit l'identité entre le disposant et le propriétaire inscrit au registre³¹. Transposé au cas d'un *trustee*, cela voudrait dire que l'examen ne porte que sur la question de savoir si le *trustee* qui présente la réquisition tendant à disposer de l'immeuble en trust est bel et bien la même personne que le *trustee* inscrit en tant que propriétaire, ce nonobstant le fait que sa qualité de *trustee* sur l'immeuble en question est connue par le fait de la mention de l'article 149d LDIP. Il est possible que telle ait été la volonté des auteurs de la révision de l'ORF afin de limiter le devoir d'examen du Registre foncier et donc de faciliter la tâche du Conservateur et en limiter la responsabilité.

Lorsque le lien de trust ne fait pas l'objet d'une mention, il est clair que le Registre foncier n'a pas à procéder à d'autre contrôle que celui de l'identité prévu par l'article 84 al.1 N-ORF. En revanche, en présence d'une mention du lien de trust, nous n'adhérons pas à l'interprétation de la nouvelle ORF consistant à dire que le Registre foncier doit uniquement vérifier l'identité entre le requérant et le *trustee* inscrit³². La disposition par un *trustee* d'un immeuble en trust à un tiers est régie par les règles générales selon l'article 67 al. 2 N-ORF. L'article 83 N-ORF régit l'obligation générale de contrôle du Registre foncier. L'alinéa 1 de l'article 83 N-ORF prévoit de manière générale que le Registre foncier contrôle que les conditions légales de l'inscription soient remplies puis l'alinéa 2 établit une liste des points à vérifier. La disposition topique fondant l'obligation de vérification du Registre foncier se situe à l'article 965 al. 1 CC, lequel prévoit que le requérant doit se légitimer quant à son droit de disposition, c'est-à-dire en prouvant son identité avec la personne légitimée aux termes du registre ou sa qualité de représentant de cette dernière (art. 965 al. 2 CC). Les articles 83 al. 2 *lit.* b et d N-ORF et 84 al. 1 N-ORF reprennent le contenu de l'article 965 CC mais n'y apportent rien de plus. La nouvelle version de l'ORF ne prévoit pas expressément que le Registre foncier n'a pas à vérifier le pouvoir de disposer du *trustee*. Si tel avait été la volonté du législateur, il aurait fallu le dire expressément.

³¹ Concernant le pouvoir d'examen limité du Registre foncier voir également l'arrêt du Tribunal fédéral du 10 décembre 2010 en la cause 5A_383/2010 publié dans la RNRF 92 (2011), p. 345 ss.

³² Pour plus de détails, voir PANNATIER KESSLER (note 4), p. 142-147 et p. 192-194.

A notre avis, le cas du *trustee* apparaissant *ès* qualités par le biais de la mention et disposant d'un immeuble en trust n'a pas été réglé par la nouvelle ORF. Ce cas se trouve à mi-chemin entre le cas du propriétaire disposant d'un immeuble, tombant sous le coup de l'article 84 al. 1 N-ORF et celui d'un représentant dont les pouvoirs doivent être vérifiés selon l'article 83 al. 2 *lit.* d N-ORF. Aucune de ces deux dispositions n'est directement applicable au *trustee*. Ce dernier est certes propriétaire de l'immeuble au Registre foncier mais il est limité par les pouvoirs qui lui ont été conférés par l'acte de trust et le droit applicable, comme l'est un représentant dont les pouvoirs sont limités par l'étendue des pouvoirs figurant dans la procuration. Il y dès lors lieu de revenir à la règle générale de l'article 965 CC, lequel exige du Registre foncier qu'il vérifie avec un plein pouvoir de cognition la légitimation du disposant³³. A cet égard, l'avis de Jürg SCHMID selon lequel le Registre foncier doit tenir compte de toutes les limitations au pouvoir de disposer découlant de l'ordre juridique, notamment du point de vue matrimonial, même si elles n'apparaissent pas au registre, nous paraît pouvoir être transposé en matière de trust³⁴. Ainsi, il ne nous semble pas cohérent que le Registre foncier ne procède à aucune vérification, malgré sa connaissance de la qualité de *trustee* du disposant et donc d'une potentielle limite à son pouvoir de disposer.

Ainsi, à notre avis, une interprétation des articles 83 al. 2 *lit.* b et d N-ORF, 84 al. 1 N-ORF et 965 CC en accord avec l'esprit de l'article 149d LDIP et de la Convention de La Haye sur les trusts est nécessaire. La reconnaissance du droit de suite selon l'article 11 al. 3 *lit.* d CHT est favorisée par la publication du lien de trust selon l'article 149d LDIP. Pour que les bénéficiaires du trust soient efficacement protégés dans leur droit, il serait opportun que les transferts en violation du trust soient empêchés par l'inscription de la mention. Comme le Registre foncier ne peut ignorer qu'un bien immobilier appartient au patrimoine d'un trust dans l'hypothèse où une mention dans ce sens a été prise, il ne devrait à notre avis pas fermer les yeux et admettre sans autre le pouvoir de disposer du *trustee*. De plus, comme le but de la mention de l'article 149d LDIP, selon le Message du Conseil fédéral, est uniquement de détruire la bonne foi des tiers pour empêcher une acquisition de bonne foi au sens des articles 933 et 973 CC³⁵, cela n'a de sens que si le *trustee* est effectivement restreint dans son pouvoir de disposer, puisque la bonne foi

³³ Christian BRÜCKNER, *Sorgfaltspflicht der Urkundsperson und Prüfungsbereich des Grundbuchführers bei Abfassung und Prüfung des Rechtsgrundausses*, in RNRF 64 (1983), p. 70-71 ; Alfred NECKER, *Aperçu de quelques problèmes posés par l'exécuteur testamentaire d'une succession internationale en Suisse*, in RNRF 52 (1971), p. 173 ; Pascal SIMONIUS/Thomas SUTTER, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, vol. 1, Bâle 1990, § 25, p. 195 ; Urs FASEL, *Grundbuchverordnung Kommentar*, Bâle 2008, n. 10-13 *ad* art. 15 ; Roland PFÄFFLI, *Der Ausweis für die Eigentumseintragung*, Langenthal 1999, p. 47-48.

³⁴ Jürg SCHMID, in BaK ZGB II, Heinrich Honseil et al. (éd.), 4^{ème} éd., Bâle 2011, n. 6 *ad* art. 727, n. 5 *ad* art. 965 et n. 35a et ss *ad* art. 963.

³⁵ Message du Conseil fédéral du 2 décembre 2005 concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, FF 2006, p. 606.

guérit précisément l'absence du pouvoir de disposer³⁶. Cela confirme à notre sens que la mention révèle une absence possible de pouvoir de disposer.

Néanmoins, une vérification du pouvoir de disposer selon le droit étranger du trust s'avérerait ardue pour le Registre foncier et peu praticable dans la réalité³⁷. Cette tâche peut parfaitement être déléguée au notaire instrumentant l'acte authentique de transfert de l'immeuble en trust. De même que dans la pratique le Registre foncier n'exige pas une pièce d'identité du requérant-disposant mais se fie à la constatation faite par le notaire de son identité³⁸ ou encore qu'il se fie à l'examen de la capacité civile des parties par le notaire, sauf pièce contraire figurant dans ses registres (article 83 al. 2 *lit. e* N-ORF), le Registre foncier peut déléguer cette vérification au notaire³⁹, laquelle est parfaitement compatible avec les obligations professionnelles de ce dernier, comme nous le verrons ci-après.

2. Examen par le notaire

L'acte par lequel un *trustee* dispose d'un immeuble en trust en faveur d'un tiers nécessite la forme authentique selon l'article 64 al. 1 *lit. a* N-ORF applicable par renvoi de l'article 67 al. 2 N-ORF. Le notaire amené à instrumenter cet acte est soumis à diverses obligations sur la base des règles professionnelles cantonales régissant son activité notariale, en particulier de son obligation de véracité. Cette obligation suppose notamment que le notaire vérifie personnellement la réalité des faits et des déclarations contenus dans l'acte⁴⁰. Les lois notariales cantonales exigent du notaire qu'il vérifie l'identité des parties, leur capacité civile, la validité et l'étendue des pouvoirs des personnes comparant devant lui⁴¹. S'il ne peut établir que toutes les conditions pour la passation de l'acte sont réunies, il doit refuser l'instrumentation⁴².

Lorsque le notaire sait qu'il a affaire à un *trustee* parce que la mention de l'article 149d LDIP figure au Registre foncier ou parce qu'il le sait d'une autre manière, le notaire doit à notre avis vérifier que le *trustee* a bel et bien le

³⁶ PANNATIER KESSLER (note 4), p. 144.

³⁷ Voir également PANNATIER KESSLER (note 24), *in* RNRF 92 (2011), p. 81 ; PANNATIER KESSLER (note 4), p. 193.

³⁸ Telle était la pratique sous l'empire de l'ORF du 22 février 1910. Voir toutefois l'article 51 al. 1 *lit. a* N-ORF, lequel prévoit qu'une copie de la pièce d'identité des comparants doit être jointe aux pièces justificatives pour saisie des données mais que la copie est ensuite détruite. Cette nouvelle manière de procéder n'a pas fait l'objet, semble-t-il, de la procédure d'audition et a été introduite au dernier moment dans la nouvelle version de l'ORF. Elle est loin de faire l'unanimité parmi les praticiens.

³⁹ PANNATIER KESSLER (note 24), *in* RNRF 92 (2011), p. 79-80.

⁴⁰ Michel MOOSER, *Le droit notarial en Suisse*, Berne 2005, § 178, p. 77 ; Christian EICHENBERG, *Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten*, Berne 2009, § 89 ss, p. 40-43.

⁴¹ Voir notamment l'article 39 de la loi vaudoise sur le notariat et l'article 37 de la loi valaisanne sur le notariat ; Peter RUF, *Notariatsrecht*, Langenthal 1995, § 1405, p. 364 ; MOOSER (note 39), § 190, p. 83.

⁴² BRÜCKNER (note 33), § 861, p. 264, § 1039-1040, p. 308, § 1048, p. 310.

pouvoir de disposer dans le cas d'espèce, en application de ses obligations notariales. Pour ce faire, il pourra exiger du *trustee* qu'il lui fournisse la preuve de son pouvoir de disposer, par exemple en produisant l'acte de trust l'autorisant à procéder à l'acte en question, un avis de droit d'un spécialiste du droit du trust ou encore un jugement l'y autorisant⁴³. Sur cette base, le notaire pourra attester dans l'acte avoir établi le pouvoir de disposer du *trustee* dans le cas d'espèce. A défaut d'avoir pu établir le pouvoir de disposer, le notaire ne devra à notre avis pas instrumenter cet acte.

3. Conclusion

L'examen du pouvoir de disposer du *trustee* dans chaque cas d'espèce doit être effectué par le notaire lorsque figure au Registre foncier la mention de l'article 149d LDIP. En soi, le Conservateur du Registre foncier devrait vérifier le pouvoir de disposer du *trustee* selon l'article 965 CC mais il a la possibilité de déléguer cet examen au notaire et peut en principe s'y fier. Le Registre foncier doit toutefois encore vérifier au sens de l'article 965 CC que le notaire a attesté avoir établi le pouvoir de disposer du *trustee* dans le corps de l'acte authentique, à défaut de quoi la réquisition devra être rejetée. Cette conception des effets de la mention de l'article 149d LDIP a pour conséquence que dite mention protège efficacement les bénéficiaires d'un trust puisqu'elle empêche toute aliénation en violation de l'acte de trust, sauf en cas d'erreur d'appréciation par le notaire⁴⁴. De surcroît, elle s'insère dans le respect du système général prévu par l'article 965 CC sans engendrer de difficultés pratiques trop importantes pour les offices du Registre foncier, puisque ces derniers peuvent se décharger sur la responsabilité notariale des officiers publics.

V. Compatibilité avec le droit impératif

Après avoir analysé l'article 11 al. 3 *lit. d* CHT ainsi que les effets de la mention de l'article 149d LDIP, il convient de reprendre le raisonnement où nous l'avions laissé. Une fois le principe admis que le droit de suite, régi par le droit applicable au trust, doit être reconnu en Suisse mais que les droits et obligations des tiers sont régis par le droit suisse, notamment en matière immobilière par l'article 149d LDIP, il convient de passer à la deuxième étape du raisonnement consistant à vérifier que la reconnaissance du droit de suite

⁴³ Pour plus de détails PANNATIER KESSLER (note 24), *in* RNRF 92 (2011), p. 90-91.

⁴⁴ Pour une analyse plus approfondie sur ces questions PANNATIER KESSLER (note 4), p. 147 ; PANNATIER KESSLER (note 24), *in* RNRF 92 (2011), p. 81-82.

ne se heurte pas à des règles impératives de l'ordre juridique suisse⁴⁵, lesquelles ont priorité selon l'article 15 al. 1 CHT.

De nombreuses règles impératives suisses peuvent constituer un obstacle à la reconnaissance du droit de suite. L'on peut penser aux règles en matière de droits réels, par exemple le *numerus clausus* des droits réels, la protection de l'acquéreur de bonne foi, la prescription acquisitive. En ce qui concerne les avoirs bancaires, des obstacles possibles peuvent se trouver dans la Loi fédérale sur les titres intermédiés (LTI)⁴⁶ ou dans la règle de droit commun de la réunion des espèces, laquelle interdit toute revendication sur de la monnaie qui a été transférée à un tiers⁴⁷. Dans chaque cas d'espèce où se pose la question de reconnaître l'exercice du droit de suite sur des biens en Suisse, il faudra encore vérifier si aucune règle impérative de notre ordre juridique n'est violée par la reconnaissance. Un tel examen dépasserait largement le cadre de cette contribution, de sorte que nous n'y procéderons que brièvement⁴⁸.

A) *Protection de l'acquéreur de bonne foi*

A titre d'exemple du raisonnement auquel il convient de procéder, faisons-le au regard des règles des articles 933 et 973 CC sur la protection de l'acquéreur de bonne foi. Il s'agit de règles impératives de notre ordre juridique⁴⁹. L'exercice du droit de suite sur un bien dont l'acquéreur est devenu propriétaire en application des règles de droit suisse sur la protection de la bonne foi se heurte à un obstacle. Rappelons qu'en cas d'incompatibilité, les règles impératives suisses ont priorité selon l'article 15 al. 1 CHT. Examinons cette question de plus près.

Lorsque le droit de suite est exercé sur un bien immobilier ou mobilier dont un *trustee* a acquis la propriété en violation du droit du trust, que la relation de trust ait fait l'objet ou non d'une mention au sens de l'article 149d LDIP s'il s'agit d'un bien immobilier, nous sommes d'avis que le *trustee* déloyal ne pourra jamais invoquer sa bonne foi. En effet, qui mieux que le *trustee* lui-même connaît le contenu de l'acte de trust et du droit applicable et donc sait ou doit savoir que l'aliénation en question viole le trust ? En cas de négligence ou même d'erreur, une éventuelle bonne foi du *trustee* dans son for intérieur ne sera pas compatible avec les exigences de l'article 3 al. 2 CC. Par

⁴⁵ Plus précisément aux règles impératives du droit désigné par les règles de conflit du for. Nous partons de l'hypothèse ci-après que c'est le droit suisse qui est désigné.

⁴⁶ RS 957.1.

⁴⁷ ATF 47 II 267 ; Paul-Henri STEINAUER, Les droits réels, tome 2, Berne 2002, § 2121, p. 326 ; Ivo SCHWANDER, in BaK ZGB II, Heinrich Honsell et al. (éd.), 4^{ème} éd., Bâle 2011, n. 6 ad art. 727.

⁴⁸ Pour cet examen : PANNATIER KESSLER (note 4), p. 205 à 317.

⁴⁹ Pour des références, voir PANNATIER KESSLER (note 4), p. 206.

conséquent, le droit de suite contre un *trustee* ne se heurte pas à la protection de l'acquéreur de bonne foi et peut être reconnu en Suisse.

Lorsque le droit de suite vise un tiers à la relation de trust, nous avons vu que sa bonne foi était déterminée selon le droit suisse puisque les droits et obligations du tiers sont régis par le droit suisse⁵⁰ selon l'article 11 al. 3 *lit. d* deuxième phrase CHT. Lorsqu'il s'agit d'un bien immobilier, la présence ou l'absence de la mention de l'article 149d LDIP a son importance pour déterminer la bonne ou mauvaise foi ainsi que ses conséquences. Comme tant le droit suisse que le droit des trusts protègent l'acquéreur de bonne foi mais permettent l'exercice du droit de suite ou de l'action en revendication contre un acquéreur de mauvaise foi, les solutions de ces deux ordres juridiques sont en harmonie. Dès lors, la reconnaissance du droit de suite ne se heurte pas sur son principe au droit impératif suisse. Seul le cas du donataire de bonne foi est traité de manière différente en droit des trusts et en droit suisse. En droit des trusts, le donataire de bonne foi n'est pas protégé dans son acquisition car le caractère onéreux de l'acquisition est une condition nécessaire pour pouvoir invoquer la protection de la bonne foi. En droit suisse, cette question est controversée en doctrine : selon une partie de la doctrine, les donataires de bonne foi sont protégés dans leur acquisition⁵¹ alors qu'une autre partie de la doctrine considère que la *causa* d'une donation d'un objet qui ne fait pas partie des biens du donateur n'est pas valable, par interprétation littérale de l'article 239 al. 1 CO⁵². Par conséquent, la bonne foi ne peut guérir une *causa* invalide et donc la propriété ne passe pas au donataire de bonne foi⁵³. En s'inscrivant dans ce deuxième courant doctrinal, l'on parvient à réconcilier avec le droit impératif suisse la reconnaissance du droit de suite exercé à l'encontre d'un donataire de bonne foi⁵⁴. Ainsi, la reconnaissance du droit de suite est compatible avec la protection de l'acquéreur de bonne foi du droit suisse.

⁵⁰ L'hypothèse étant que les règles de droit international privé du for suisse désignent le droit matériel suisse dans le cas d'espèce.

⁵¹ Wolfgang ERNST, in BaK ZGB II, Heinrich Honsell et al. (éd.), 4^{ème} éd., Bâle 201, n. 23 *ad art.* 933 ; Susan EMMENEGGER, *Schenkung und Gutgläubensschutz, in Spuren des römischen Rechts, in Festschrift für Bruno Huwiler*, Pascal Pichonnaz et al. (éd.), Berne 2007, p. 226.

⁵² Margareta BADDELEY, in CR CO I, Luc Thévenoz et al. (éd.), Genève 2003, n. 16 et 31 *ad art.* 239 ; Nedim Peter VOGT, in BaK OR I, 4^{ème} éd., Heinrich Honsell et al. (éd.), Bâle 2007, n. 42 *ad art.* 239 ; Andreas VON TUHR/Hans PETER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Tome 1, 3^{ème} éd., Zurich 1984, p. 516.

⁵³ Pour un résultat identique mais se basant sur un raisonnement différent consistant à dire que l'absence de pouvoir de disposer n'est guérie par la bonne foi qu'en cas d'aliénation à titre onéreux : Heinrich HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, 8^{ème} éd., Berne 2006, p. 197.

⁵⁴ Dans le même sens : Foëx (note 13), in *Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz*, p. 33 s. ; Thévenoz (note 13), *Trusts en Suisse*, p. 101 s. ; Vogt (note 3), in BaK IPR, n. 18 *ad art.* 149d.

Cela étant, il convient de ne pas perdre de vue que si l'exercice du droit de suite ne se fait qu'après l'écoulement d'un certain temps⁵⁵, le donataire de bonne foi peut être protégé dans son acquisition par les règles sur la prescription acquisitive du droit suisse, lesquelles empêchent l'exercice du droit de suite selon l'article 15 CHT. En résumé, le droit de suite peut être mis en œuvre dans notre ordre juridique contre un *trustee*, contre un tiers de mauvaise foi ayant acquis à titre onéreux ou gratuit et contre un tiers donataire de bonne foi, à moins qu'il ne soit protégé par les règles sur la prescription acquisitive après l'écoulement du délai prévu par le droit suisse. En revanche, le droit de suite ne peut pas être exercé contre un tiers de bonne foi ayant acquis à titre onéreux ou contre un donataire de bonne foi protégé par les règles sur la prescription acquisitive.

B) *Conséquences pratiques*

La compatibilité de la reconnaissance du droit de suite en Suisse a des conséquences pratiques pour les tiers ayant affaire à des *trustees*. Pour l'acquisition d'un bien mobilier, l'acquéreur peut se fier au fait que le possesseur du bien est présumé en être le propriétaire selon l'article 930 al. 1 CC. S'il acquiert d'un *trustee*, le droit suisse ne lui impose pas d'obligations particulières de vérification, sauf en cas de circonstances insolites⁵⁶. Cela étant, si le bien fait partie de la catégorie des biens à risque où les objets de provenance douteuse foisonnent, telles les œuvres d'art, les antiquités et les voitures d'occasion, l'acquéreur doit faire preuve d'une prudence accrue et a l'obligation de vérifier le pouvoir de disposer du vendeur⁵⁷. Il y a lieu de préciser qu'au vu du nombre important d'œuvres d'art en trust situées en Suisse, cette question pourrait se révéler d'une grande importance pratique. Si le tiers a affaire à un *trustee*, il ne pourra se contenter d'acquérir le bien sans poser de question, au risque de ne pas pouvoir se prévaloir de sa bonne foi. L'acquéreur devra exiger que le *trustee* lui confirme par écrit avoir effectivement le pouvoir de disposer du bien selon l'acte de trust et si nécessaire le lui prouve, par exemple en produisant un avis de droit d'un spécialiste en droit des trusts confirmant que tel est bien le cas. La production de l'acte de trust pourrait également permettre au tiers de vérifier cette question mais cela risque fort de n'être pas possible dans la pratique vu les obligations de confidentialité liant le *trustee*. En cas d'achat d'immeuble en trust, nous avons déjà vu que les obligations de vérification étaient différentes

⁵⁵ 5 ans pour les biens mobiliers (art. 728 al. 1 CC), 10 ans ou 30 ans pour les biens immobiliers (art. 661 et 662 CC) et 30 ans pour les biens culturels soumis à la Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels (LTBC, RS 444.1) (art. 728 al. 1ter CC).

⁵⁶ ERNST (note 51), *in* BaK ZGB II, n. 36 *ad* art. 933 ; STEINAUER (note 47), § 432b, p. 160.

⁵⁷ ATF 122 III 1 ; ATF 113 II 397 ; SJ 2006 I 154 ; ERNST (note 51), *in* BaK ZGB II, n. 36 *ad* art. 933 ; STEINAUER (note 47), § 434, p. 160.

selon que la mention de l'article 149d LDIP figure ou non au Registre foncier. En cas de mention, le notaire devra vérifier le pouvoir de disposer dans le cas d'espèce et ne devrait pas instrumenter s'il ne peut établir ce pouvoir ; en l'absence de mention, il n'y aura pas de vérification autre que celle de l'identité entre le propriétaire inscrit au Registre foncier et l'aliénateur et donc une acquisition de bonne foi protégée par l'article 973 CC pourra facilement avoir lieu. Enfin, en cas d'acquisition de gage par une banque, qu'il s'agisse d'une cédula hypothécaire grevant un immeuble sur le feuillet duquel figure la mention de l'article 149d LDIP ou d'un bien mobilier remis en nantissement par un *trustee* donneur de gage, dont la banque connaît la qualité de *trustee* à cause des obligations découlant de la LBA de clarifier l'arrière-plan économique des transactions, la banque doit à notre avis également vérifier que le *trustee* a le pouvoir de mettre en gage ledit bien selon le droit du trust si elle veut pouvoir se prévaloir de sa bonne foi dans le cadre de l'acquisition du droit de gage⁵⁸.

La reconnaissance du droit de suite en Suisse nécessite la recherche d'un équilibre entre d'une part une obligation de vérification du pouvoir de disposer du *trustee* visant à protéger les bénéficiaires du trust et d'autre part le souci d'éviter d'alourdir de manière excessive toute transaction avec un *trustee* par des contraintes trop importantes. Par les solutions que nous avons proposées, où les droits et obligations selon le droit suisse sont adaptés au contexte des trusts, un équilibre raisonnable entre ces buts contradictoires nous paraît être atteint, permettant par là-même de mettre en œuvre dans notre ordre juridique les engagements conventionnels de la Suisse.

VI. Conclusion

L'institution du droit de suite, aussi étrangère qu'elle puisse paraître à première vue, s'avère sur son principe être compatible avec le droit suisse, quand bien même un examen au cas par cas à la lumière de l'article 15 CHT est encore nécessaire. La reconnaissance dans notre ordre juridique de ce moyen efficace de défense des droits des bénéficiaires est importante. Aux obligations juridiques de reconnaissance découlant de la ratification par la Suisse de la Convention de La Haye sur les trusts s'ajoutent des intérêts économiques. Notre ordre juridique doit être capable d'offrir aux bénéficiaires de trusts une protection comparable à celle offerte par le droit anglo-saxon. Il en va de l'attractivité des *trustees* et des banques suisses par rapport à leurs concurrents étrangers.

⁵⁸ Voir également FoEX (note 25), in RNRF 90 (2009), p. 86 ; LUC THÉVENOZ, *Risques et responsabilités des banques et des négociants dans les opérations avec des trustees*, in Journée 2000 de droit bancaire et financier, Luc Thévenoz/Christian Bovet (éd.), Berne 2001, p. 172. Pour le raisonnement complet sur ces questions PANNATIER KESSLER (note 4), p. 206-234.

Certes, la question de la reconnaissance du droit de suite est nouvelle et n'a pour l'instant pas encore, à notre connaissance, été portée devant les juridictions suisses. Il appartiendra aux plaideurs de se tester ces nouvelles possibilités pour voir la réceptivité de nos juridictions à ces solutions parfois créatives. A l'instar des autres sujets traités lors de cette Journée, la question de la reconnaissance du droit de suite en Suisse confirme une fois encore l'interpénétration croissante du droit interne, du droit étranger et du droit conventionnel international.

Convention de Lugano : for et droit élu à l'épreuve de la protection du consommateur dans l'activité transfrontalière des banques

NICOLAS JEANDIN & AUDE PEYROT*

I. Introduction

Dans le sillage du règlement 44/2001 du Conseil de l'Europe du 22 décembre 2000 (« règlement Bruxelles I »)¹, la Convention de Lugano révisée (« CLrév »)², en vigueur depuis le 1er janvier 2011, s'est donnée pour objectif de renforcer la protection du consommateur. Ce renforcement s'est opéré par un élargissement significatif de la notion de contrat de consommation et, partant, du champ d'application des règles de compétence en matière de contrats conclus avec des consommateurs. Ces règles affectent directement l'efficacité d'une prorogation de for et indirectement, comme on le verra, la portée d'une élection de droit. Dans quelle mesure les établissements bancaires suisses, dont les conditions générales sont systématiquement pourvues de clauses de for et de droit élu, sont-ils touchés par ce renforcement international et européen de la protection du consommateur dans le cadre de leur activité transfrontalière? A quelles conditions et dans quelles circonstances le client retail d'une banque doit-il être considéré comme un consommateur au sens de la CLrév? Quelle est la situation de la banque en conflit avec un client domicilié dans un pays de l'Union européenne se réclamant de sa qualité de consommateur? Telles sont les interrogations qui animent la présente contribution. Celle-ci examine successivement l'efficacité des conventions de for (II) et la portée des élections de droit (III) dans les contrats de services financiers conclus avec un consommateur, avant de proposer une brève conclusion (IV).

* Nicolas Jeandin est Professeur ordinaire à l'Université de Genève, avocat et docteur en droit. Aude Peyrot est chargée de cours à l'Université de Genève, avocate et docteure en droit. La présente contribution se fonde en partie sur l'article de JEANDIN Nicolas, « Banques suisses, droit élu et for prorogé », in *Innovatives Recht : Festschrift für Ivo Schwander*, Zurich, Dike, 2011, p. 711-727.

¹ Publié in *Journal officiel* n° L 177 du 4.7.2008, p. 6-16.

² Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (RS 0.275.12).

II. Quelle efficacité des conventions de for ?

A) *A la recherche d'une certaine prévisibilité juridico-judiciaire...*

Les établissements bancaires suisses ont un intérêt manifeste à faire juger par les tribunaux suisses les différends qui les opposent à leur clientèle étrangère. Outre l'avantage purement pragmatique de ne pas devoir – le cas échéant – se déplacer à l'étranger dans la juridiction de domicile du consommateur (cf. art. 16 CLrév), la soumission du différend à la juridiction locale permet aux banques d'évoluer dans un environnement judiciaire et juridique familier : par la connaissance des précédents judiciaires, elles sont en mesure d'anticiper la façon dont le tribunal fera application des règles contractuelles et légales pertinentes. Les banques ont compris cela depuis longtemps. Leurs conditions générales comprennent invariablement une clause attributive de compétence en faveur des juridictions helvétiques doublée d'une clause d'élection de droit en faveur du droit suisse. Par leurs effets cumulés, ces clauses cherchent à offrir aux banques suisses une prévisibilité maximale dans le règlement des litiges avec leur clientèle étrangère.

B) *Le caractère semi-impératif du for du consommateur*

Les clauses de prorogation de for contenues dans les conditions générales des banques ne sont toutefois efficaces que dans la mesure où des règles légales ou conventionnelles n'en restreignent pas la portée. Or, à l'instar du règlement Bruxelles I, la CLrév comporte des normes qui fixent des limites et des conditions à la validité de telles clauses lorsqu'elles sont conclues avec des parties réputées économiquement plus faibles. Il en va ainsi d'un contrat conclu avec un consommateur, lequel n'a généralement pas le pouvoir de s'opposer efficacement à l'insertion d'une clause attributive de compétence dans le contrat. Ainsi à teneur de l'art. 17 CLrév, une convention de for ne peut intervenir que i) si elle a été conclue après la naissance du différend, ii) si elle ouvre des fors supplémentaires au consommateur, ou iii) si elle attribue la compétence aux tribunaux de l'Etat partie à la Convention dans lequel le consommateur et le professionnel avaient tous les deux leur domicile ou leur résidence habituelle au moment de conclure le contrat. A défaut, les fors compétents sont ceux prévus à l'art. 16 CLrév. L'action intentée *par* le consommateur relève de la compétence alternative des tribunaux de son lieu de domicile ou des tribunaux de l'Etat de domicile de son cocontractant (art. 16 al. 1 CLrév). L'action introduite *contre* le consommateur doit être portée, quant à elle, devant les tribunaux de l'Etat du domicile de ce dernier (art. 16 al. 2 CLrév). Ainsi, dans tous les cas, le consommateur se voit octroyer le bénéfice du for de son domicile. Quoi qu'il en soit, la protection ne

s'applique qu'en présence d'un « contrat conclu avec un consommateur », de sorte qu'il est essentiel de savoir ce que recouvre cette notion.

C) *Notion de « contrat conclu avec un consommateur »*

La CLrév a considérablement élargi la protection du consommateur, auparavant réglementée à l'art. 13 de l'ancienne Convention de Lugano³ (« aCL »). La mesure de cet élargissement peut être utilement appréhendée par une mise en parallèle des anciennes et des nouvelles règles conventionnelles, telles qu'elles ont été interprétées par la jurisprudence suisse et étrangère.

1) *Notion de l'art. 13 aCL*

L'art. 13 al. 1 aCL définissait le contrat de consommation comme un « *contrat conclu par une personne pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle* ». Les contrats entrant dans son champ d'application étaient les suivants : la vente à tempérament d'objets mobiliers corporels (art. 13 al. 1 ch. 1 aCL), le prêt à tempérament ou une autre opération de crédit liés au financement d'une vente d'objets mobiliers corporels (art. 13 al. 1 ch. 2 aCL) ainsi que tout autre contrat ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels, à condition que (i) la conclusion du contrat ait été précédée dans l'Etat du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que (ii) le consommateur ait accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat (art. 13 al. 1 ch. 3 aCL). Les règles conventionnelles s'interprétant de façon autonome, la notion de contrat de consommation de l'art. 13 aCL a été précisée par la jurisprudence suisse et étrangère.

a) *Dans la jurisprudence suisse*

A l'ATF 121 III 336⁴, le Tribunal fédéral jugea qu'une transaction est un contrat de consommation dès lors qu'elle est destinée à répondre à un besoin privé du consommateur. *In casu*, le contrat litigieux portait sur un dépôt de timbres opéré par un collectionneur domicilié en Angleterre auprès d'une société établie en Suisse en vue de leur vente aux enchères. La société ouvrit action en paiement devant les tribunaux zurichois qui déclinerent leur compétence. Saisi de la question de la compétence *ratione loci*, le Tribunal fédéral fit valoir que le contrat de consommation au sens de l'art. 13 aCL comprend tout contrat de fourniture de services, pourvu que ladite prestation soit fournie pour un usage personnel privé ou familial du consommateur, peu importe que la prestation

³ Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (RS 0.275.12).

⁴ ATF 121 III 336, JT 1996 I 78.

soit courante ou non. Pour déterminer si un fournisseur de services a passé un contrat avec un consommateur, il ne faut pas analyser le type de contrat en cause, mais rechercher si celui qui a eu recours à la prestation le fait à des fins privées ou professionnelles. En cas de doute, il y a une présomption en faveur du contrat de consommation. Le Tribunal fédéral précisa en outre que des contrats sont exclus du champ de l'art. 13 aCL « *lorsque ce n'est pas leur caractère commercial qui est au premier plan, mais les relations personnelles, en particulier les rapports de confiance entre les parties* »⁵. En l'espèce, le Tribunal fédéral admit la réalisation des conditions de l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL, quand bien même il s'agissait d'un cas limite. La transaction litigieuse était en effet une combinaison entre un contrat de commission et une opération de crédit. Selon ROMY, cet arrêt a permis de confirmer que « *les contrats de services et de crédits entrent dans la catégorie des contrats de consommation* »⁶.

A l'ATF 133 III 295⁷, le Tribunal fédéral a précisé la notion de consommateur au sens de l'art. 13 aCL en matière de services financiers, en incluant le contrat de compte courant dans les contrats de services appréhendés par la protection conventionnelle. *In casu*, un client domicilié en Grèce avait conclu avec une banque suisse un contrat de compte courant avec ouverture d'une limite de crédit. Les conditions générales de la banque contenaient une prorogation de for en faveur des tribunaux suisses, sur la base de laquelle la banque agit en paiement contre son client à Zurich. La compétence des tribunaux suisses fut toutefois remise en cause par le client jusque par devant notre Haute cour. Le Tribunal fédéral fit valoir que la notion de consommateur devait être interprétée objectivement. Savoir si une personne revêt la qualité de consommateur se détermine, selon lui, « *en fonction de sa position dans la relation contractuelle concrète, en relation avec sa nature et son but, et non pas en fonction de la position subjective de cette personne* ». Une seule et même personne peut ainsi être qualifiée de consommateur dans certaines activités et d'entrepreneur dans d'autres⁸. Selon ROMY, il en découle

⁵ Arrêt précité (n. 4). Sur la base de ce considérant, une partie de la doctrine a indiqué que les contrats impliquant un rapport de confiance entre les parties (notamment gestion de fortune et *private banking*) n'entraient pas dans la notion de contrats conclus avec un consommateur. Cf. notamment MARKUS Alexander, « Die Konsumentenzuständigkeiten der EuGVO und des revidierten LugÜ, besonders im E-Commerce », in Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht 2004, p. 181 ss, p. 185. Ce point de vue a toutefois été contesté à juste titre par d'autres auteurs. Cf. notamment ROMY Isabelle, « "Le for du consommateur" et les contrats de services financiers à la lumière de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral », in Revue suisse de procédure civile 2009/3 p. 317 ss, p. 330, qui relève que le contrat de compte courant a été qualifié de contrat de consommation par le Tribunal fédéral (cf. arrêt cité sous n. 7), lequel est généralement conclu avec un contrat de giro, qui présente lui-même des éléments du contrat de mandat. Du même avis, mais à propos de l'art. 22 aLFors, LEUENBERGER VERZASCONI Christophe, « Konsumentenverträge nach Art. 22 GestG in der Bankpraxis », in Der Weg zum Recht : Festschrift für Alfred BÜHLER, Michael LEUPOLD [*et al.*] (édit.), Zurich (Schulthess) 2008, p. 17 ss, p. 30.

⁶ ROMY (n. 5), p. 326.

⁷ ATF 133 III 295, JT 2008 I 160.

⁸ Arrêt précité (n. 7), cons. 7.2.

qu'« un homme d'affaires averti qui agit dans un but privé est un consommateur alors qu'un commerçant inexpérimenté agissant dans le cadre de ses affaires commerciales ne l'est pas »⁹. En l'espèce, la question déterminante était de savoir si le contrat litigieux poursuivait bien un but privé. Les faits relevés ne permettant pas de trancher cette question, la cause fut renvoyée à l'instance inférieure.

b) Dans la jurisprudence étrangère

Dans une décision du 19 juin 2000¹⁰, la *High Court of Justice* anglaise précisa les contours de l'art. 13 de l'ancienne Convention de Bruxelles¹¹ (dont la teneur était identique à l'art. 13 aCL), remplacée depuis lors par le règlement Bruxelles I. *In casu*, des clients domiciliés en Grèce avaient conclu avec une banque anglaise de nombreux contrats de *foreign exchange*. Ils ouvrirent action à Athènes contre la banque à raison des pertes qu'ils avaient subies. La banque intenta, quant à elle, une action à Londres en s'appuyant sur la clause de prorogation de for en faveur des juridictions anglaises contenue dans ses conditions générales. En l'espèce, la Cour anglaise considéra que les contrats litigieux devaient bel et bien être considérés comme des contrats conclus avec des consommateurs, dès lors qu'ils avaient pour objet le placement de revenus opérés par les clients en vue d'un but privé et non professionnel. Notamment, l'intention de réaliser un gain ne fut pas jugée incompatible avec un tel but. Le juge anglais observa à cet égard que les transactions litigieuses « *were made by a person or persons acting outside his trade, business or profession and were made for a purpose outside his trade, business or profession* » et que les clients « *were using the money in a way which they hoped would be profitable* », tout en ajoutant « *but merely to use money in a way ones hopes would be profitable is not enough, in my view, to be engaging in trade* »¹². En conséquence de quoi, la Cour anglaise nia sa compétence¹³. Cette décision insiste sur l'importance du critère de « l'usage étranger à l'activité professionnelle » visé à l'art. 13 aCL.

Dans un arrêt du 23 juin 2004¹⁴, le *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* précisa la notion de contrat de consommation au sens de l'art. 13 aCL. Un gestionnaire de fortune indépendant, agissant pour une banque suisse, avait démarché un potentiel client, domicilié en Allemagne. Le client ouvrit auprès de la banque un compte de dépôt en rapport avec des contrats spéculatifs à terme de marchandises. Il intenta par la suite une action en dommages-intérêts

⁹ ROMY (n. 5), p. 327.

¹⁰ Arrêt *Standard Bank Ltd v Dimitrios and Styliani Apostolakis* de la Queen's Bench Division Commercial Court, publiée in *International Litigation Procedure* (I.L.Pr.) 2000, p. 766 ss.

¹¹ Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968, publiée in *Journal officiel* n° L 339 du 21.12.2007, p. 3-41.

¹² Arrêt précité (n. 10), I.L.Pr 2000 766, p. 771.

¹³ ROMY (n. 5), p. 328.

¹⁴ Publié in *International Wirtschaftsrecht*, 2004/9, p. 709-710.

contre la banque devant les juridictions allemandes, nonobstant une clause de prorogation de for en faveur des tribunaux suisses contenue dans les conditions générales. L'*Oberlandesgericht* admit sa compétence *ratione loci*, considérant que le client avait contracté en qualité de consommateur, car en dehors de toute activité professionnelle. Le fait que le client ait agi par l'entremise d'un gestionnaire de fortune n'y changeait rien, dans la mesure où la qualification de contrat de consommation ne dépend pas de la personne qui agit directement mais de la nature de la transaction¹⁵.

Dans un arrêt du 31 mai 2011¹⁶, le *Bundesgerichtshof* allemand a qualifié le contrat de gestion de fortune de « contrat conclu avec un consommateur » au sens de l'art. 13 aCL (y compris en cas d'investissement dans les parts d'un *hedge fund*). La Cour suprême allemande a considéré qu'un tel contrat sert par définition un usage étranger à l'activité professionnelle du client, dans la mesure où il porte sur le placement et la gestion d'une fortune privée et qu'il relève par ailleurs de la fourniture de services, étant précisé que cette notion doit être interprétée de façon large. Au surplus, selon la Cour allemande, il suffit qu'une proposition ait été spécialement faite dans l'Etat du domicile du consommateur, sans qu'il soit nécessaire que l'initiative émane du professionnel lui-même.

c) Comparaison avec la notion du droit suisse

L'on relèvera que la notion de contrat de consommation telle que définie à l'art. 13 aCL est plus large qu'en droit suisse. En effet, l'art. 120 LDIP et l'art. 32 CPC ne visent pour leur part que la consommation « courante ». Pour certains auteurs, l'expression se définit par référence aux « besoins usuels courants »¹⁷ et, pour d'autres, aux « besoins élémentaires » du consommateur¹⁸. Selon ROMY, peuvent être qualifiés de contrat de consommation courante les contrats de démarchage à domicile, de vente par acomptes, de vente avec paiement préalables ou de crédit à la consommation¹⁹.

¹⁵ L'arrêt examine en outre les conditions de mise en œuvre de l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL. Ces conditions n'ont toutefois pas été reprises dans l'art. 15 CLRév, de sorte qu'il n'en sera pas question ici.

¹⁶ Arrêt du *Bundesgerichtshof* du 31 mai 2011, VI ZR 754/10, München. Sur cet arrêt, cf. le commentaire de ARTER Oliver et BLOCH Daniel paru in PJA 2012/1, p. 123-130.

¹⁷ HALDY Jacques, art. 32 N 6, in Code de procédure civile commenté, Helbing Lichtenhahn, 2011.

¹⁸ BONOMI Andrea, art. 120, N 11, in Andreas BUCHER (ed.), Commentaire romand : Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Helbing Lichtenhahn, 2011, et références citées.

¹⁹ ROMY (n. 5), p. 322. L'on relèvera par ailleurs l'ATF 132 III 268, rendu sous l'empire de l'art. 22 aLFors, dans lequel le Tribunal fédéral a fait valoir que les contrats de prestation de services financiers peuvent être des « contrats de consommation courante » selon le genre, le but et le volume de l'affaire.

2) Notion de l'art. 15 CLrév

La définition du contrat conclu par un consommateur n'a pas été modifiée en tant que telle par la révision de la Convention de Lugano²⁰. L'art. 15 al. 1 CLrév continue de le définir comme un « *contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle* ». A teneur de l'art. 15 al. 1 CLrév, les contrats appréhendés par la réglementation légale sont la vente à tempérament d'objets mobiliers corporels (*lit. a*), le prêt à tempérament ou une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets (*lit. b*), ainsi que tous les autres contrats, lorsque « *le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat lié par la présente Convention sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités* » (*lit. c*).

La réglementation portant sur la vente à tempérament et les opérations de crédit n'a pas été modifiée par la révision (art. 15 al. 1 *lit. a* et *b* CLrév). En revanche, pour les autres contrats, l'art. 15 al. 1 *lit. c* CLrév a consacré un élargissement majeur de la protection du consommateur²¹. Il n'est en effet plus nécessaire que le contrat en cause porte sur une fourniture de services ou d'objets mobiliers (contrairement à ce que prévoyait l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL). Désormais, la protection du consommateur s'applique à tout contrat, pour autant que les conditions de l'art. 15 al. 1 *lit. c* CLrév soient réalisées²². Selon BONOMI, cette modification offre l'avantage d'écarter la plupart des incertitudes résultant de la qualification du contrat²³. En matière de services financiers, l'abandon de l'exigence d'une fourniture de services signifie que les contrats de pur crédit sont désormais pleinement inclus dans la définition de contrat de consommation au sens de l'art. 15 CLrév²⁴.

²⁰ Rapport explicatif du Conseil de l'Union européenne relatif à la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, Journal officiel n° C 319/1, §80 ; BONOMI Andrea, « Les contrats conclus par les consommateurs dans la Convention de Lugano révisée », in Convention de Lugano : passé, présent et devenir : actes de la 19^e Journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne, Zurich (Schulthess) 2007, p. 65 ss, p. 65.

²¹ Rapport explicatif du Conseil de l'Union européenne (n. 20), §81.

²² Message du 18 février 2009 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, in FF 2009 p. 1497-1550 (ci-après Message CLrév), p. 1511.

²³ BONOMI (n. 20), p. 71. Cf. aussi Message CLrév (n. 22), p. 1511, faisant valoir par voie de conséquence un « *renforcement bienvenu de la sécurité du droit* ».

²⁴ ROMY (n. 5), p. 331. Cf. déjà ATF 133 III 295, JT 2008 I 160, cons. 8.1.

D) Art. 15 al. 1 lit. c CLr v : l'assouplissement des conditions de mise en œuvre de la protection conventionnelle et le cas du commerce électronique

L'art. 15 al. 1 lit. c CLr v, qui a remplacé l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL, a considérablement assoupli les conditions de mise en œuvre de la protection du consommateur pour les contrats autres que la vente ou le prêt à temp ragement d'objets mobiliers (lesquels sont spécifiquement r glement s à l'art. 15 al. 1 lit. a et b CLr v). Outre le fait que le contrat ne doit plus nécessairement relever de la fourniture de services ou d'objets mobiliers, il n'est plus besoin que la conclusion du contrat litigieux ait été précédée d'une « proposition spécialement faite » ou d'une publicité dans l'Etat du domicile du consommateur (cf. art. 13 al. 1 ch. 3 aCL) et que le consommateur ait accompli dans cet Etat les actes nécessaires à la conclusion du contrat (cf. art. 13 al. 1 ch. 3 aCL). Il suffit au contraire que le fournisseur ait exercé ses activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat du domicile du consommateur ou qu'il ait par tout moyen « dirigé ces activités vers cet Etat » et que le contrat ainsi conclu entre dans le cadre des activités du fournisseur.

Cet élargissement trouve son origine dans la volonté claire des rédacteurs de la CLr v d'inclure les transactions électroniques dans le champ de protection conventionnel²⁵. A cet égard, la question se pose de savoir si la simple accessibilité d'une page web à travers le monde équivaut pour le fournisseur à diriger ses activités vers tel ou tel Etat contractant²⁶. Selon le Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la CL, cette question doit être résolue de cas en cas à la lumière de toutes les circonstances du cas d'espèce. Il fait notamment valoir que l'« on se trouve en présence d'un « acte de diriger » si la page web en question ne limite pas son offre à une région spécifique et qu'elle donne à l'usager la possibilité de conclure immédiatement le contrat. »²⁷

Dans un arrêt du 7 décembre 2010 portant sur l'art. 15 du règlement Bruxelles I (dont la teneur est identique à l'art. 15 CLr v), la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que le fait pour une société d'offrir ses services par internet n'impliquait pas, à lui seul, un « acte de diriger » ses services vers d'autres Etats membres²⁸. Selon elle, il faut en outre que le professionnel ait manifesté *via* le site web sa volonté d'établir des relations commerciales avec des consommateurs domiciliés dans d'autres Etats membres. La volonté de conclure un contrat peut être établie sur la base

²⁵ Cf. Message CLr v (n. 22), p. 1512, selon la nouvelle réglementation a « pour but d'englober les modes de conclusion d'un contrat par le biais de moyens de communication tels qu'internet, mais sans pour autant exclure d'autres moyens techniques comme le télémarketing ». Cf. aussi BONOMI (n. 20), p. 75.

²⁶ Message CLr v (n. 22), p. 1512.

²⁷ Message CLr v (n. 22), p. 1512 s.

²⁸ Affaires jointes C-585/08 et C-144/09, *Peter Pammer c. Reederei Karl Schl ter GmbH & Co. KG et Hotel Alpenhof GmbH c. Oliver Heller*.

d'éléments manifestes (tels qu'une offre de services dans des Etats membres nommément désignés) ou sur la base d'un faisceau d'indices qui ne sont pas décisifs à titre individuel mais qui, accumulés les uns aux autres, montrent une telle volonté (par ex. nature internationale de l'activité du professionnel, coordonnées téléphoniques avec indication du préfixe international, nom de domaine, possibilité de consulter le site dans une autre langue ou de convertir les montants indiqués en une autre monnaie, etc.). Par ailleurs, la Cour a précisé qu'il est nécessaire que le site internet invite à la conclusion d'un contrat, sans qu'il ne soit besoin qu'il permette la conclusion du contrat en ligne (site interactif). En revanche, la question de savoir si le contrat doit avoir été *effectivement* conclu à distance²⁹ n'a pas été examinée (par ex. *via* un échange de courriers électroniques ou bons de commande). Elle est controversée en doctrine³⁰.

Sur la base des critères développés dans cette jurisprudence, ROMY fait valoir que les établissements bancaires suisses qui exploitent un site internet accessible dans une langue étrangère (notamment en anglais) et qui visent manifestement une clientèle internationale témoignent d'une volonté de diriger leurs activités vers l'étranger³¹. Dans ce cas, les fors compétents seront ceux prévus à l'art. 16 CLrév.

E) Conclusion intermédiaire

Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 15 al. 1 *lit. c* CLrév, les banques doivent compter avec un élargissement significatif des types de contrats soumis à la protection du consommateur et un assouplissement des conditions de mise en œuvre de celle-ci. Tombent désormais sous le coup de la protection conventionnelle la plupart des contrats de la pratique bancaire³². Il en va notamment ainsi du contrat de compte courant, du contrat de pur crédit, du

²⁹ Telle est la position du Conseil et de la Commission de l'Union européenne ressortant d'une déclaration commune du 1^{er} décembre 2000 concernant les articles 15 et 73 du règlement « Bruxelles I » (disponible sur http://ec.europa.eu/civiljustice/docs/Reg_442000_joint_statement_14139_fr.pdf).

³⁰ Contre la nécessité d'une conclusion à distance, cf. Message CLrév (n. 22), p. 1512 : « *Attendu que la conclusion du contrat dans l'Etat du consommateur ne constitue pas une condition, le consommateur "actif" sera également protégé, soit qu'il utilise un moyen de communication depuis son domicile pour conclure le contrat, soit même qu'il se rende dans l'Etat du cocontractant (ou dans un autre Etat) pour signer le contrat* ». Dans ce sens, cf. aussi MARKUS (n. 5), p. 189. D'un autre avis : ROMY ISABELLE, « Les contrats de services financiers comme contrats de consommation : for et droit applicable », in Journée 2010 de droit bancaire et financier, Zurich (Schulthess) 2011, p. 35, considère que le contrat doit bel et bien avoir été conclu à distance pour que les tribunaux de l'Etat du domicile du consommateur soient compétents. En effet, lorsque le consommateur se déplace dans un Etat autre que celui de son domicile, il a conscience de requérir une prestation d'un professionnel étranger, de sorte qu'il n'est pas justifié de lui accorder la protection du for de son domicile.

³¹ ROMY (n. 30), p. 9.

³² GOSSENS Thomas/FENIELLO Lucien, « Les prestataires de services financiers suisses face à la Convention de Lugano révisée: vers une mise en œuvre en Suisse des règles de conduite MIFID ? », in GesKR 2/2011, p. 217 ss, p. 219.

contrat de garantie bancaire ou du contrat de gestion de fortune³³. Il suffit par ailleurs que la banque dirige ses activités dans l'Etat de domicile de ses potentiels clients, notamment par le biais d'un site web témoignant d'une volonté d'établir des relations commerciales avec de tels clients domiciliés à l'étranger, et que le contrat conclu entre dans le cadre de ces activités.

Dans de telles circonstances, les clauses attributives de compétence en faveur des tribunaux suisses contenues dans les conditions générales des banques seront (le plus) souvent ignorées en cas de litige avec un client *retail* domicilié à l'étranger et agissant à des fins privées. D'un point de vue procédural, cela signifie que la défenderesse, atraite à l'étranger, ne pourra exciper efficacement de l'incompétence des tribunaux de l'Etat du domicile du client. Quant à la compétence des tribunaux suisses, elle ne sera donnée que si elle résulte d'une convention de for postérieure à la naissance du litige, si le consommateur a choisi d'agir en Suisse, qu'il a accepté d'y défendre, ou s'il y était domicilié au moment de la conclusion du contrat (art. 17 CLrév). En définitive, les banques ont de bonnes raisons de craindre qu'elles seront encore davantage appelées à plaider devant des juridictions étrangères dans l'espace CL.

III. Quelle portée de la *professio juris* ?

A) *Problématique*

Une fois attrait devant un juge étranger – nonobstant la clause de prorogation de for qui visait précisément à éviter ce cas de figure – l'établissement bancaire suisse peut tenter de se consoler à l'idée que le juge étranger tranchera le litige en vertu du droit suisse, en application de la clause d'élection de droit contenues dans les conditions générales. A la réflexion, cela n'est toutefois vrai que si l'efficacité de la *professio juris* n'est pas remise en cause par les règles de conflits de loi qui seront appliquées par le juge européen en charge du litige.

En matière contractuelle, les juges des Etats membres de l'Union européenne seront en principe amenés à faire application du règlement 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« règlement Rome I »)³⁴. Si ce texte n'a pas de portée immédiate pour la Suisse, faute d'appartenir à l'Union européenne, cela ne dispense pas les banques suisses d'en connaître les règles, puisque – comme indiqué – le règlement sera appliqué par tout juge européen

³³ ROMY (n. 30), p. 28.

³⁴ Publié in *Journal officiel* n° L 177 du 4.7.2008, p. 6-16.

saisi d'un litige avec un client consommateur domicilié à l'étranger³⁵. C'est à la lumière de ce texte que nous examinerons ci-après la problématique du droit élu en matière de contrat de consommation.

B) *Le règlement Rome I*

Le règlement Rome I a succédé à la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Convention de Rome »)³⁶. Il s'applique à tous les pays de l'Union européenne, à l'exception du Danemark, qui continue d'appliquer la Convention de Rome³⁷. Temporellement, le règlement a vocation à s'appliquer aux contrats conclus après le 17 décembre 2009. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la Convention de Rome³⁸.

1) *Autonomie de la volonté et protection du consommateur*

L'art. 3 du règlement Rome I consacre le principe de l'autonomie de la volonté des parties quant au choix du droit applicable au contrat³⁹. Ainsi et à première vue, un tel principe serait à même de rassurer la banque suisse attraitée devant un juge européen dans le fait qu'elle peut valablement invoquer la *professio juris* en faveur de son droit national. Mais le règlement contient des règles propres aux litiges relevant du droit de la consommation qui sont susceptibles de décevoir de telles attentes.

L'art. 6 du règlement Rome I consacre en effet des rattachements spéciaux tendant à protéger le consommateur. Le règlement a, à cet égard, suivi l'élargissement consacré à l'art. 15 § 1 du règlement Bruxelles I, dont la teneur est identique à l'art. 15 CLrév⁴⁰. L'art. 6 § 1 du règlement soumet ainsi le contrat conclu avec un consommateur à la loi de l'Etat de résidence habituelle de celui-ci. Selon la norme, le « contrat conclu avec un consommateur » se réfère au contrat conclu par une personne physique pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle avec une autre personne agissant dans l'exercice de son activité professionnelle. La norme

³⁵ On relèvera notamment que le règlement s'applique même si la loi à laquelle il conduit est celle d'un Etat tiers, qui ne fait pas partie de l'Union européenne. Cf. GAUDEMET-TALLON Hélène, « Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in Journal de droit européen N°172 (octobre 2010), p. 237 ss, p. 238.

³⁶ Publiée in *Journal officiel* n° C 27 du 26.1.1998, p. 34-46.

³⁷ Pour tous les autres Etats de l'Union européenne, le règlement « Rome I » a remplacé la Convention de Rome. Cf. art. 24 du règlement.

³⁸ Sur le champ d'application spatial et temporel du règlement, cf. GAUDEMET-TALLON (n. 35), p. 237 ss.

³⁹ GAUDEMET-TALLON (n. 35), p. 240.

⁴⁰ MANKOWSKI Peter, « Consumer Contracts under Article 6 of the Rome I Regulation », in Eleanor CASHIN RITAINE, Andrea BONOMI (édit.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles : actes de la 20^e journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zurich (Schulthess) 2008, p. 121 ss, p. 123.*

s'applique sitôt que le professionnel exerce son activité professionnelle dans le pays où le consommateur a sa résidence habituelle ou qu'il dirige par tout moyen cette activité vers ce pays et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité. La protection du consommateur se rapporte ainsi à tous les types de contrats passés entre un consommateur et un professionnel, pour autant que les conditions spécifiques posées par l'art. 6 du règlement soient réalisées⁴¹.

a) Réserve en faveur du droit impératif

Nonobstant la règle de l'art. 6 § 1 du règlement Rome I, son art. 6 § 2 admet sur le principe les clauses d'élection de droit en matière de consommation, à condition qu'elles n'aient pas pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui offrent les dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle⁴². Le juge européen saisi doit ainsi se livrer à un travail de comparaison entre le droit élu (par hypothèse le droit suisse) et le droit de la résidence habituelle du consommateur, ce qui peut se révéler malaisé et ne simplifie en rien la prévisibilité judiciaire⁴³.

L'art. 6 du règlement Rome I peut ainsi conduire à ce que le juge de l'Etat européen concerné écarte l'élection en faveur du droit suisse, malgré ce que prévoient les conditions générales de la banque. De façon générale, il convient de souligner que les droits étrangers connaissent un contrôle sensiblement plus large des conditions générales que le droit suisse. Cela est notamment vrai en Allemagne, où les conditions générales des banques sont uniformes et doivent être annoncées auprès des autorités étatiques ; elles ne peuvent être utilisées que si le *Bundeskartellamt* ne s'y oppose pas. L'exigence de transparence y est en outre appliquée de manière rigoureuse⁴⁴. L'on mentionnera également la Directive européenne 93/13/13 CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

b) Réserve en faveur des lois de police

Le droit international privé européen réserve par ailleurs les lois de police, qui demandent à s'appliquer indépendamment du droit applicable au litige. L'on se référera ici à l'art. 9 du règlement Rome I, à teneur duquel le juge doit faire

⁴¹ GAUDEMET-TALLON (n. 35), p. 240.

⁴² La teneur de l'art. 6 § 2 du règlement « Rome I » est la suivante : « *Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1.* ».

⁴³ L'on peut se demander s'il n'aurait pas été plus simple d'exclure toute élection de droit.

⁴⁴ LOMBARDINI Carlo, *Droit bancaire suisse*, 2^{ème} éd., Zurich (Schulthess) 2008, p. 378.

application des lois de police du for où se plaide l'affaire⁴⁵. La banque suisse attrait devant un juge étranger doit avoir conscience de ce risque. Au demeurant, un tel risque existe indépendamment de la question de savoir si le contrat est conclu ou non avec un consommateur. Il suffit que, pour une raison ou pour une autre, la banque suisse soit attrait devant une juridiction européenne étrangère pour que les lois de police du for lui soient opposables, même si le juge reconnaît une élection de droit opérée en faveur du droit suisse.

Parmi les dispositions susceptibles d'entrer dans cette catégorie, il convient de mentionner l'art. 19 de la Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (« MIFID »)⁴⁶ qui impose des règles de conduite en matière de fourniture de services d'investissements aux clients, et dont certaines exigences sont plus strictes que celles du droit suisse⁴⁷. A cet égard, la banque suisse désireuse d'offrir ses services à l'étranger à partir de la Suisse doit se soumettre à la réglementation étrangère applicable. Cela vaut notamment au sein de l'Union européenne, espace dans lequel les banques suisses doivent veiller à respecter les réglementations locales relatives à l'exercice d'activités bancaires et au démarchage. Certaines législations prévoient l'obligation pour la banque d'obtenir une autorisation avant de prendre contact avec des clients potentiels. L'on se référera notamment aux réglementations française et allemande particulièrement rigoureuses. Dans un arrêt du 3 octobre 2006⁴⁸, impliquant une société suisse s'étant vu refuser l'exercice d'une activité d'octroi de petits crédits à titre professionnel via internet à des clients établis en Allemagne, la Cour de justice des Communautés européennes (désormais Cour de Justice de l'Union européenne) a retenu que ce refus remettait en cause la libre prestation de services, mais non pas la libre circulation des capitaux, dont même un tiers non européen, à l'instar d'une société suisse, aurait pu se prévaloir.

Indépendamment du droit auquel sont soumises les relations contractuelles entre la banque suisse et son client, il se pourrait que la violation de ces obligations par la banque engagée dans des activités transfrontalières entraîne sa responsabilité contractuelle ou civile, voire confère à l'autre partie (le client) la possibilité d'invoquer la nullité des accords ainsi conclus. Cela pourrait entraîner de lourdes conséquences pour la banque suisse, telles que le devoir de restituer les fonds reçus, indépendamment d'une baisse des cours boursiers ayant affecté la valeur des investissements opérés.

⁴⁵ A ce sujet, cf. MANKOWSKI (n. 40), p. 145.

⁴⁶ Publiée au *Journal officiel* n° L 145 du 30.4.2004.

⁴⁷ Voir en particulier l'art. 19 ch. 4 à 6 MIFID sur le devoir d'informer le client. A cet égard, cf. LOMBARDINI (n. 44), p. 389, note 39. Sur l'opposabilité des règles de la MIFID dans le cadre de la protection du consommateur, cf. GOSSENS/FENIELLO (n. 32), p. 220 ss.

⁴⁸ Affaire C.452/04, *Fidium Finanz c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*.

2) *La solution paradoxale du droit suisse*

Il est intéressant de relever qu'en dépit des réserves en faveur du droit impératif et des lois de police contenues à l'art. 6 § 2 du règlement Rome I, ce dernier se montre plus libéral à l'endroit des *professio juris* que la LDIP. L'art. 120 al. 2 LDIP soustrait en effet entièrement à la volonté des parties la question du droit applicable au contrat de consommation, en excluant toute élection en la matière. En application de l'art. 120 al. 1 LDIP, le contrat est impérativement régi par le droit de la résidence habituelle du consommateur. Dès lors, de façon paradoxale, l'attribution de la compétence au juge suisse *via* une convention de for n'apparaît ainsi pas nécessairement favorable à l'établissement bancaire, puisque le juge suisse – tenu d'appliquer l'art. 120 al. 2 LDIP – devra ignorer la clause d'élection en faveur du droit suisse et trancher le litige au regard du droit de la résidence habituelle du client consommateur. La seule atténuation à ce régime découle du fait que la notion de « contrat conclu avec un consommateur » est plus restrictive en droit suisse que dans la CLrév, dans la mesure où elle se limite à la consommation « courante »⁴⁹.

IV. Conclusion

Les règles de droit international privé en matière de protection du consommateur entraînent la situation suivante pour un établissement bancaire suisse exerçant des activités transfrontalières :

(i) Nonobstant une prorogation de for en faveur des tribunaux suisses insérée en bonne et due forme dans ses conditions générales, la banque peut être contrainte de plaider à l'étranger (cf. art. 15 à 17 CLrév). Elle court au surplus le risque de voir sa *professio juris* en faveur du droit suisse limitée ou évincée en cas de contrariété avec des règles impératives protégeant le consommateur ou avec des lois de police (art. 6 § 2 et art. 9 du règlement Rome I)⁵⁰ ;

(ii) Même à supposer que la banque soit admise à plaider à domicile – en raison d'une convention de for conclue après la naissance du différend (art. 17 CLrév) ou parce que le client agit en Suisse ou accepte d'y défendre –, elle verra inévitablement l'élection de droit en faveur du droit suisse écartée au profit du droit étranger de la résidence habituelle du consommateur (cf. art. 120 al. 1 et 2 LDIP).

⁴⁹ Cf. *supra* II.C.1.c.

⁵⁰ Tout cela sans compter le risque supplémentaire lié à l'application par le juge étranger de ses propres lois de police, à l'instar de ce que prévoit l'art. 18 LDIP qui réserve les lois suisses dites d'application immédiate. Cf. LOMBARDINI (n. 44), p. 389. L'art. 9 du règlement Rome I prévoit aussi que le juge fera application des lois de police du for. Cf. MANKOWSKI (n. 40), p. 145.

En d'autres termes, le litige opposant une banque suisse à un client consommateur qui a son domicile et sa résidence habituelle au sein de l'Union européenne, sera soumis alternativement à un tribunal suisse appliquant le droit étranger ou à un tribunal étranger appliquant le droit suisse (sous réserve de règles impératives ou de lois de police étrangères). La combinaison « juge suisse/droit suisse » ne semble, quant à elle, pas pouvoir être réalisée dans de telles circonstances. C'est dire si la quête de prévisibilité juridico-judiciaire, chère aux banques, est particulièrement mise à mal dans l'espace judiciaire européen.

Le risque que le contrat en cause soit qualifié de « contrat conclu avec un consommateur » s'est fortement accru avec l'entrée en vigueur de l'art. 15 CLRév. Est désormais visé tout type de contrat conclu avec un client agissant à des fins privées pour autant que l'activité bancaire ait été *exercée dans* ou *dirigée vers* un pays de l'Union européenne, notamment par le biais d'un site web. En particulier, l'établissement bancaire suisse qui exploite un site web s'adressant manifestement à une clientèle internationale témoigne d'une volonté de diriger ses activités vers l'étranger. Il court ainsi le risque d'être soumis aux règles de protection du consommateur et d'être confronté à une forte insécurité juridico-judiciaire en cas de litige.

Face à ce constat, faut-il conseiller aux banques de se tourner vers des modes de règlement alternatifs de différends? Sortir du cadre incertain des juridictions étatiques revêt assurément l'avantage de garantir une plus grande sécurité du droit et une prévisibilité accrue en matière de gestion des risques, eu égard à des activités que la banque suisse déploie le plus souvent sur une large échelle géographique. Les banques devraient dès lors à tout le moins envisager de tels modes de règlement alternatifs de litige, que ce soit notamment sous la forme de l'ombudsman, de la médiation ou de l'arbitrage.⁵¹

⁵¹ Sur cette question, cf. FAVRE-BULLE Xavier, « Arbitrage et règlement alternatif des litiges (ADR) : une autre justice pour les consommateurs », in *Droit de la consommation = Konsumentenrecht : liber amicorum* Bernd Stauder, Baden-Baden (Nomos) 2006, p. 95 ss. Sur la question de l'arbitrage, cf. aussi GOSSENS/FENIELLO (n. 47), p. 226 s.

L'eurohypothèque : une cantatrice chauve au registre foncier ?

BÉNÉDICT FOËX

I. Introduction

Le titre de cette contribution a évidemment été inspiré à l'auteur de ces lignes par la pièce de théâtre d'Eugène Ionesco intitulée *La cantatrice chauve*, dans laquelle aucune cantatrice chauve n'apparaît jamais.

Pour l'eurohypothèque, c'est un peu la même chose : on en parle depuis des années, mais elle n'apparaît toujours pas et reste fantomatique. A ce jour, l'eurohypothèque n'existe pas et est encore loin d'être introduite. Il a cependant paru intéressant de faire le point à ce sujet lors de la Journée de droit civil 2011 consacrée au droit civil dans un contexte international. La présente contribution reprend le texte de cet exposé prononcé au début de l'été, qui poussait un peu la métaphore, en gardant la cantatrice comme fil conducteur de cet exposé.

En guise d'ouverture, l'on retracera les principales étapes qui ont marqué le projet d'eurohypothèque à ce jour (I). On peut en retenir arbitrairement sept¹. Et cela a tout naturellement rappelé à l'auteur l'opéra de Richard Strauss *Salome*, dans lequel Salome effectue la danse des sept voiles pour le roi Hérode ; mais alors que Salome se dénude en enlevant un voile après l'autre, l'eurohypothèque se couvre et prend de la consistance à chacune des sept étapes.

Nous nous demanderons ensuite quels airs cette cantatrice chauve qu'est l'eurohypothèque pourrait chanter si elle daignait se produire (II). Nous avons retenu sept airs d'opéras. Ils sont tous chantés par des femmes : c'est bien normal, s'agissant d'une cantatrice. Et ces femmes ont chacune donné son titre à l'opéra en cause, sauf les deux dernières : Konstanze est l'héroïne de *l'Enlèvement au Sérail*, tandis qu'Azucena apparaît dans le *Trouvère* de Verdi.

Et finalement, l'on nous permettra de céder la parole à Turandot de Puccini pour les conclusions. Les lignes qui suivent constituent donc plus une fantaisie - que l'on aurait également pu intituler *l'Arlésienne* - qu'un véritable article de doctrine ; nous comptons sur l'indulgence du lecteur.

¹ Pour un historique complet de l'idée d'eurohypothèque, voir notamment : STÖCKER, Die « Eurohypothek », p. 216 ss ; WUNSCH, p. 360 ss ; DÜRR, Syst. T., n. 557 ss.

II. Une cantatrice chauve pour la danse des sept voiles (*Salome*)

A) *Le Rapport Segré (1966)*

Notre premier voile remonte à 1966 : c'est la première fois qu'est émise l'idée d'un gage immobilier européen. Dans un rapport intitulé « Rapport Segré », des experts consultés par la Communauté européenne indiquent que l'harmonisation des gages immobiliers au sein de la CEE constitue une « tâche prioritaire »². Et ils proposent l'introduction d'un gage immobilier commun inspiré par la *Grundschild* allemande³.

B) *Proposition de l'UINL (1987)*

Deuxième voile 20 ans plus tard : dans un rapport remis en 1987 à la CEE, l'Union internationale du notariat latin (qui regroupe plus de 80 pays connaissant le notariat indépendant) recommande l'adoption d'un gage immobilier commun à la Communauté, intitulé eurohypothèque, et dont le modèle serait la cédule hypothécaire suisse⁴.

Cette proposition fit un certain bruit, en tout cas dans les milieux académiques. Un chercheur allemand y consacra même sa thèse de doctorat, intitulée *Die « Eurohypothek »*⁵. L'accueil fut plus discret à Bruxelles⁶, probablement parce qu'il n'était pas évident pour la Communauté de s'enthousiasmer pour une proposition fondée sur le droit d'un pays non-membre⁷. Cette proposition a donc été rangée dans un tiroir.

C) *Rapport du Forum Group on Mortgage Credit (2004)*

Il faut attendre une quinzaine d'années pour le voile suivant : en 2004, un groupe d'experts consulté par l'Union européenne rend un épais rapport sur l'intégration des marchés du crédit hypothécaire dans l'Union européenne. Ce groupe formule 48 recommandations, dont la 38^{ème} invite la Commission européenne à approfondir le concept d'eurohypothèque et à évaluer l'impact que son introduction pourrait avoir sur l'intégration des marchés du crédit

² STÖCKER, L'« eurohypothèque », p. 15.

³ Pour plus de détails, voir notamment KIRCHER, p. 442 ss.

⁴ Voir par exemple : WUNSCH, p. 363 ; FOËX, L'eurohypothèque, p. 486 s.

⁵ Cf. STÖCKER, *Die « Eurohypothek »*, spécialement p. 216 ss. Voir en outre, notamment : KIRCHER, p. 481 ss.

⁶ Cf. WUNSCH, p. 364 : « Die EG reagierte auf den Vorschlag der UINL nicht ».

⁷ Cf. FOËX, L'eurohypothèque, p. 488.

hypothécaire⁸. Le groupe recommande que ce *Euromortgage* soit constitué sous la forme d'un droit non-accessoire⁹.

D) *Basic Guidelines for a Eurohypotheck (2005)*

Les choses se sont alors accélérées quelque peu : l'année suivante, un groupe de spécialistes (des professeurs, mais également des praticiens : notaires, banquiers, etc.¹⁰), publie des lignes directrices pour une eurohypothèque. Ce document trace les grandes lignes de ce que pourrait être le régime juridique de ce gage immobilier européen commun, conçu comme un gage non-accessoire¹¹. Mais de façon assez étonnante, il laisse de nombreuses questions à la compétence du droit national. Ainsi et par exemple, la question de savoir si l'eurohypothèque est ou non incorporée dans un papier-valeur est laissée au droit national¹²; de même, il appartiendrait à chaque droit national de déterminer si le propriétaire peut grever son immeuble d'une eurohypothèque en sa propre faveur¹³.

Ces lignes directrices présentent de nombreuses imperfections. Elles sont néanmoins l'une des propositions les plus élaborées à ce jour¹⁴ et font en quelque sorte encore référence aujourd'hui.

E) *Livre vert sur le Crédit hypothécaire (2005)*

En 2005 également, la Commission des communautés européennes publie un Livre vert sur le Crédit hypothécaire dans l'Union européenne. Ce livre vert consacre deux paragraphes à l'eurohypothèque, notant que, selon ses partisans, l'introduction d'une eurohypothèque aurait « un impact positif sur le marché du crédit hypothécaire »¹⁵; la Commission invite donc « les parties intéressées à se prononcer sur la faisabilité et l'opportunité d'une Eurohypothèque »¹⁶.

⁸ *Report by the Forum Group*, p. 7.

⁹ *Report by the Forum Group*, p. 31 (n° 117).

¹⁰ Cf. *Basic Guidelines*, p. 9 s.

¹¹ *Basic Guidelines*, p. 11 (n° 1.2).

¹² *Basic Guidelines*, p. 14 (n° 3.3).

¹³ *Basic Guidelines*, p. 15 (n° 3.6).

¹⁴ On peut également mentionner la proposition de loi présentée en 1998 par le *Verband deutscher Hypothekenbanken* (devenu en 2005 le *Verband deutscher Pfandbriefbanken*; cf. WUNSCH, p. 365 note 1754), dont le texte est publié en anglais in WOLFSTEINER/STÖCKER, p. 121 ss. Voir aussi à ce sujet : WUNSCH, p. 365 ss ; KIRCHER, p. 530 ss.

¹⁵ Livre vert, p. 14.

¹⁶ Livre vert, p. 14.

F) *Livre blanc et Directive (2007 et 2011)*

Le sixième voile est blanc : il s'agit d'un Livre blanc de la Commission des communautés européennes consacré à « l'intégration du marché européen du crédit hypothécaire ». Il a été concrétisé par notre septième voile, une proposition de Directive « sur les contrats de crédit relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel », qui a été publiée en mars 2011.

Ces deux documents ne mentionnent pas l'eurohypothèque : ils sont consacrés au crédit hypothécaire en général, notamment sous l'angle de la protection des consommateurs ; ils ne visent pas à introduire un gage immobilier nouveau. Ils témoignent toutefois de l'intérêt marqué de l'Union pour l'intégration des marchés du crédit hypothécaire ; ils soulignent également l'importance de faciliter l'octroi de crédits hypothécaires transfrontaliers¹⁷. En ce sens, ils préparent le terrain et constituent des étapes non négligeables vers l'introduction d'une eurohypothèque.

G) *Petit bilan*

Voici donc notre danse des sept voiles : le rythme n'est ni endiablé ni envoûtant, les avancées réalisées depuis 1966 témoignent plus d'un *larghissimo* que d'un *presto*. Force est toutefois de constater que le tempo s'accélère quelque peu ; un site internet est même dédié à l'eurohypothèque : www.eurohypothec.com.

L'eurohypothèque a d'ailleurs trouvé une certaine consécration officielle en Suisse également : elle est mentionnée par le Conseil fédéral dans son Message du 27 juin 2007 à l'appui des modifications des dispositions du Code civil relatives aux droits réels immobiliers¹⁸.

III. **Si la cantatrice chauve se produisait, elle serait...**

Il est temps de se demander à quoi l'eurohypothèque pourrait ressembler si les velléités exprimées pendant près d'une cinquantaine d'années se concrétisaient. En d'autres termes, si la cantatrice chauve daignait se produire devant nous, quels rôles incarnerait-elle et quels airs nous chanterait-elle ?

¹⁷ Voir par exemple : Livre blanc, p. 3 ; Directive, considérant 42.

¹⁸ Message, p. 5032.

A) Lakmé : « Pourquoi ? » (pourquoi une eurohypothèque ?)

Notre cantatrice chauve sera tout d'abord Lakmé, qui chante dans l'opéra de Delibes un air intitulé « Pourquoi ? ». En effet, pourquoi une eurohypothèque ?

Il existe un foisonnement de formes de gages immobiliers en Europe¹⁹. Elles diffèrent dans leurs modalités de constitution, dans leurs effets et dans leurs conséquences, lors de la réalisation notamment. Il n'est pas facile pour les parties, que ce soient les prêteurs ou les emprunteurs, de s'y retrouver dans ce maquis, notamment lorsqu'elles opèrent un crédit transfrontalier. L'introduction d'un gage européen commun, soumis à une même réglementation dans toute l'Europe, pourrait lever une partie de ces difficultés : l'information des parties, la transparence des prêts hypothécaires et la concurrence entre prêteurs s'en trouveraient notamment améliorées²⁰.

A cela s'ajoute que l'introduction d'un gage commun pourrait aussi faciliter le refinancement du crédit hypothécaire²¹. Une banque active dans plusieurs pays pourrait sans autre réunir les eurohypothèques dont elle est titulaire dans ces différents pays pour se refinancer, plutôt que de devoir procéder à des refinancement distincts, par pays et en fonction des particularités du gage local. On indique aussi que l'introduction d'une eurohypothèque emporterait une certaine standardisation des conditions d'octroi du crédit hypothécaire à l'échelle européenne et produirait des effets bénéfiques aux niveaux tant microéconomique que macroéconomique²².

Par ailleurs, on peut aussi espérer que l'adoption d'une eurohypothèque serait l'occasion d'introduire un gage immobilier nouveau, répondant mieux aux besoins et conceptions actuels que les gages existants, qui résultent souvent de codifications déjà anciennes²³.

B) Carmen : « Il n'a jamais, jamais connu de loi » (comment légiférer ?)

Comment introduire une eurohypothèque ? Notre cantatrice chauve se transforme ici en Carmen : l'eurohypothèque, comme l'amour enfant de Bohême, n'a jamais, jamais connu de loi. Dès lors, comment légiférer en la matière ?

¹⁹ Pour des exposés de droit comparé, voir notamment : DÜRR, Syst. T., n. 459 ss ; WUNSCH, p. 59 ss. Voir aussi les tableaux comparatifs d'O. STÖCKER et R. STÜRNER, p. 22 ss.

²⁰ WUNSCH, p. 353 ; NASARRE AZNAR, p. 36 s.

²¹ WUNSCH, p. 353.

²² STÖCKER, Struktur, p. 769.

²³ Cf. notamment STÖCKER/STÜRNER, p. 111 ss.

Suffirait-il par exemple d'intervenir par une simple harmonisation des règles de conflit ? La réponse est négative : en réalité, le droit international privé en la matière est précisément déjà passablement harmonisé *de facto* : les pays prévoient en principe l'application de la *lex rei sitae*²⁴, avec comme conséquence qu'un immeuble ne peut être grevé que de gages relevant du droit local. Il faudrait donc désharmoniser les règles de conflit, pour permettre le choix du droit applicable et ouvrir les frontières aux gages immobiliers de droit étranger ; on mesure le chaos qui en résulterait²⁵. Il deviendrait extrêmement difficile d'apprécier la situation hypothécaire d'un immeuble et les difficultés d'application pratique (notamment en cas d'exécution forcée) seraient nombreuses²⁶.

C'est donc évidemment au niveau du droit matériel qu'il convient d'agir : il conviendrait d'introduire un gage immobilier commun, répondant autant que possible aux mêmes règles dans toute l'Europe²⁷. A cet égard, il nous sera permis d'émettre un vœu. C'est que l'eurohypothèque ne se concrétise pas par une Directive ou un Règlement européens²⁸.

Il faudrait au contraire que ce gage immobilier soit également accessible aux pays non-membres de l'Union européenne. Il serait donc nettement préférable que l'eurohypothèque résulte d'un instrument véritablement international et soit le fruit d'une convention internationale passée entre tous les pays intéressés. De nombreux Suisses sont propriétaires d'immeubles à l'étranger, que ce soient dans les pays limitrophes ou ailleurs ; le financement par le biais d'une eurohypothèque s'en trouverait sans doute facilité. Et nos banques auraient certainement également un intérêt à pouvoir utiliser ce gage, à l'étranger comme en Suisse.

L'eurohypothèque devrait donc être un véritable gage *paneuropéen*, non limité à l'Union européenne. Afin de faciliter son introduction, elle ne remplacerait pas les gages existants, mais viendrait s'ajouter aux institutions existantes dans chacun des pays concernés²⁹. En Suisse, l'eurohypothèque coexisterait avec l'hypothèque et la cédula hypothécaire, qu'elle ne remplacerait donc pas. Enfin, elle ne serait pas destinée à garantir uniquement

²⁴ Cf. en droit suisse : art. 99 al. 1 LDIP. Voir pour le surplus DÜRR, Syst. T., n. 567 ; STÖCKER, Die « Eurohypothek », p. 209.

²⁵ WUNSCH, p. 350 ; voir aussi KIRCHER, p. 385.

²⁶ WUNSCH, p. 351.

²⁷ WUNSCH, p. 379 ; STÖCKER, Die « Eurohypothek », p. 210 ss ; GRESSER, p. 341 ; WEHRENS, p. 775 ; FOËX, L'eurohypothèque, p. 486.

²⁸ Voir au contraire notamment : *Report by the Forum Group*, p. 55.

²⁹ *Basic Guidelines*, p. 22 (n° 11) ; STÖCKER, Die « Eurohypothek », p. 279 ; NASARRE AZNAR, p. 15 ; GRESSER, p. 349 ; FOËX, L'eurohypothèque, p. 486.

des crédits transfrontaliers, mais pourrait également être utilisée pour garantir des opérations purement internes³⁰.

C) Lucia di Lammermoor : « Il tuo scritto sempre viva la memoria » (inscription dans un registre et émission d'un titre)

Il convient désormais de se demander quelles seraient les caractéristiques de ce gage immobilier commun. Notre cantatrice devient à cet effet tout d'abord Lucia di Lammermoor ; elle nous dit que l'essentiel, c'est l'écrit : « Il tuo scritto sempre viva / la memoria in me terrà ». Ton écrit, ta lettre, maintiendront toujours vivant en moi ton souvenir.

C'est une manière de dire que l'eurohypothèque devra naturellement être inscrite dans un registre. C'est d'ailleurs là l'une des règles proposées par les *Guidelines* de 2005³¹. Sans inscription, l'eurohypothèque ne devrait pas exister ou, à tout le moins, ne pas être opposable aux tiers.

C'est plus facile à dire qu'à faire : certains pays européens connaissent des formes de publicité immobilières très différentes du registre foncier, qui ne permettent pas une inscription proprement dite ou qui ne bénéficient pas de la foi publique³². Mais l'on voit mal comment l'eurohypothèque pourrait s'imposer sans être fondée sur une base solide : elle doit résulter d'une inscription opérée dans un registre public bénéficiant de la foi publique. L'inscription aurait lieu dans les registres nationaux actuels, en l'absence de registre immobilier européen³³.

Il serait souhaitable de prévoir un deuxième écrit, et que l'eurohypothèque soit incorporée dans un papier-valeur³⁴. Cela en faciliterait le transfert, en évitant aux parties de devoir procéder à l'inscription du transfert dans le registre à l'étranger ; et cela permettrait d'instaurer le cas échéant une protection de l'acquéreur de bonne foi du titre³⁵.

La situation sera naturellement différente lorsque les registres fonciers européens seront tous informatisés et interconnectés. On pourra alors passer à l'eurohypothèque électronique. Mais il s'agit naturellement là d'une perspective à très long terme, d'une *Zukunftsmusik*...

³⁰ STÖCKER, Die « Eurohypothek », p. 210 ss ; NASARRE AZNAR, p. 20. Voir cependant : GRESSER, p. 341 ; WEHRENS, p. 775 ; STÖCKER, L'« eurohypothèque », p. 17.

³¹ *Basic Guidelines*, p. 13 n° 3.2.

³² Cf. notamment à cet égard : STÖCKER/STÜRNER, p. 25 ss.

³³ WUNSCH, p. 376.

³⁴ Cf. WUNSCH, p. 377 ; plus nuancé : STÖCKER, Die « Eurohypothek », p. 280. On peut rappeler que les *Basic Guidelines* (p. 14 [n° 3.3]) laissent le droit national déterminer si l'eurohypothèque est constatée ou non par un titre (cf. *supra*, II.D).

³⁵ WUNSCH, p. 377.

D) *Isolde* : « *Ewig einig* » (une eurohypothèque non-accessoire ?)

Il est temps d'aborder une question qui passionne les spécialistes de l'eurohypothèque : doit-elle être un droit accessoire de la créance garantie ou un droit non-accessoire ?

C'est ici Iseult qui nous chante un air. « *Ewig einig, ohne End* », dit-elle à Tristan : ensemble, pour toujours, éternellement. Inspirée par la tendance majoritaire³⁶, Isolde penche donc pour l'eurohypothèque non-accessoire, faisant un avec la créance garantie et indissociable de celle-ci.

Il y a des arguments en ce sens. Un gage non-accessoire est plus aisé à constituer, puisqu'il peut naître sans la créance ; il n'y a donc pas besoin de coordonner l'inscription du gage et l'octroi du crédit hypothécaire, opération qui peut se révéler délicat dans un contexte international³⁷. En outre, un gage non-accessoire ne s'éteint pas avec la créance garantie, ce qui permet sa réutilisation, avantage non négligeable du point également du constituant. Enfin, un gage non-accessoire facilite les opérations complexes de financement et de refinancement auxquelles se livrent les banques aujourd'hui, dans lesquelles la banque titulaire du gage n'est pas nécessairement seule titulaire de la créance garantie³⁸.

Cela étant, il faut bien voir que l'accessoriété du gage est un principe ancré dans de nombreux pays européens³⁹. L'accessoriété y est perçue comme une protection importante du constituant, car elle lui permet de conserver un certain contrôle sur le gage, par le biais de la créance garantie⁴⁰.

Et on peut rappeler que ce n'est semble-t-il pas pour rien que l'hypothèque, gage accessoire, s'appelle *mortgage* dans les pays anglo-saxons. L'une des explications de ce terme tient au fait qu'il s'agirait du *gage* de la *mort* : si le débiteur ne rembourse pas, c'est la mort de sa propriété, qu'il perd ; s'il rembourse son créancier, c'est la mort du gage, qui s'éteint avec la créance garantie. Il y a l'idée d'accessoriété dans le mot *mortgage*.

Il nous semble donc qu'il convient d'être prudent avant d'opter pour une eurohypothèque non-accessoire. Poser le principe qu'elle doit être non-accessoire c'est prendre le risque de multiplier les oppositions, notamment émanant des milieux de protection des consommateurs⁴¹. Surtout, il faut être

³⁶ *Basic Guidelines*, p. 11 (n° 1.2) ; WUNSCH, p. 370 ss ; Voir aussi : WOLFSTEINER/STÖCKER, p. 118 ; GRESSER, p. 343 ; STÖCKER, Die « Eurohypothek », p. 281.

³⁷ Cf. par exemple WOLFSTEINER/STÖCKER, p. 119 ; WUNSCH, p. 371.

³⁸ Cf. *Report by the Forum Group*, p. 31 ; WUNSCH, p. 371 s.

³⁹ Pour une présentation des gages immobiliers accessoires en Europe, voir par exemple Dürr, Syst. T., n. 460.

⁴⁰ Voir par exemple KÖNDGEN/STÖCKER, p. 116.

⁴¹ Cf. KÖNDGEN/STÖCKER, p. 117 s. Cf. aussi : Message, p. 5032.

pragmatique : l'essentiel, n'est pas l'étiquette, mais les conséquences pratiques⁴².

A cet égard, on peut rappeler que la question de savoir si la cédula hypothécaire est un gage accessoire est controversée⁴³ ; peu importe, l'essentiel est que l'on s'accorde sur les effets qu'elle produit. La même solution devrait prévaloir pour l'eurohypothèque : plutôt que de débattre abstraitement sur la question de savoir s'il doit s'agir d'un gage accessoire ou non, il serait préférable de s'entendre sur les effets qu'elle doit produire dans les diverses phases de son existence.

E) Elektra : « Triff noch einmal ! » (le remploi de l'eurohypothèque)

Quoi qu'il en soit de la relation entre l'eurohypothèque et la créance qu'elle garantit, l'on peut retenir en tout cas un point. Et ici, la cantatrice chauve prend le rôle d'Electre, qui crie à son frère Oreste, après qu'il a donné un premier coup à Clytemnestre : « Triff noch einmal ! » - frappe encore une fois ; c'est l'un des moments les plus saisissants, mais aussi les plus terrifiants, de l'histoire de l'opéra.

Accessoire ou non accessoire, il importe que l'eurohypothèque puisse - elle aussi - frapper encore une fois. Il faut que l'on puisse procéder à son remploi, après remboursement de la créance garantie⁴⁴. Il serait regrettable que l'eurohypothèque ne soit qu'un pistolet à une cartouche : il ne sera pas nécessairement aisé de constituer une eurohypothèque, notamment si l'on tient compte du fait que l'immeuble et les parties ne seront pas nécessairement situés dans le même pays ; il faut donc qu'une fois créée, ce gage subsiste nonobstant le remboursement de la créance garantie et puisse garantir d'autres créances⁴⁵.

F) Konstanze : « Welcher Wechsel herrscht » (la monnaie de la créance garantie)

C'est maintenant Konstanze qui entre en scène, pour trancher une question délicate : « Welcher Wechsel herrscht in meiner Seele ». La transition est certes ici un peu difficile : Wechsel veut dire changement, mais aussi lettre de change, change et monnaie ! En sollicitant un peu le texte, on peut faire dire à

⁴² Voir aussi, notamment : KÖNDGEN/STÖCKER, p. 120.

⁴³ Voir par exemple (pour l'accessoriété) STEINAUER, n° 2929a ; KUHN, p. 592. Voir en revanche LEEMANN, n. 13 *ad* art. 793 ; ZOBL/THURNHERR, Syst. T., n. 249.

⁴⁴ Cf. *Basic Guidelines*, p. 11 (n° 1.4).

⁴⁵ Cf. WUNSCH, p. 370 ; NASARRE AZNAR, p. 27 ; etc.

Konstanze : mais quel doit être le change qui prévaut, quelle doit être la monnaie de l'eurohypothèque ?

Les *Basic Guidelines* prévoient qu'il peut s'agir de toute monnaie ayant cours dans l'Union européenne⁴⁶. Cela s'explique probablement par le fait que la Cour de justice des communautés européennes a jugé qu'une disposition légale exigeant que les hypothèques soient libellées en monnaie nationale était contraire à la liberté de mouvement des capitaux⁴⁷.

Il est vrai qu'en droit suisse, un gage mobilier peut garantir des créances libellées en francs suisses ou en monnaie étrangère⁴⁸. Mais il est rare qu'une chose mobilière soit grevée simultanément par plusieurs gages. La situation est différente en matière immobilière, où plusieurs gages coexistent fréquemment. Si un immeuble est grevé en premier rang d'un gage en monnaie A, en deuxième rang d'un gage en monnaie B et en troisième rang d'un gage en monnaie C, on imagine les difficultés auxquelles le créancier envisageant de prêter en quatrième rang se trouvera confronté, notamment eu égard à la fluctuation des taux de change des différentes devises en cause. Et l'on imagine également les difficultés pratiques qui peuvent se poser en cas d'exécution forcée.

C'est pourquoi l'art. 794 al. 1 CC prévoit fort sagement que le gage immobilier ne peut garantir qu'une créance en francs suisses. Il s'agit là d'une solution raisonnable, qu'il conviendrait de reprendre pour l'eurohypothèque : elle ne devrait pouvoir garantir qu'une créance libellée en monnaie locale, du lieu de situation de l'immeuble. Cela n'empêche naturellement pas les parties de convenir le cas échéant que la monnaie déterminante entre elles sera celle d'un autre pays⁴⁹.

G) *Azucena* : « *Stride la vampa !* » (la réalisation)

Nous en venons à notre dernière héroïne : Azucena, la gitane du *Trovatore* de Verdi, et son célèbre air « *Stride la vampa* » - la flamme scintille. L'on pense ici aux ventes aux enchères et aux bougies que l'on allume lors des ventes dites « à la bougie ».

Un bon gage est un gage efficace lors de la réalisation. Il convient donc de veiller à ce que l'eurohypothèque soit aussi efficace que possible lorsqu'il s'agit de procéder à la réalisation de l'objet grevé. A cet égard, on peut nourrir certaines craintes : les pays européens connaissent des règles d'exécution

⁴⁶ *Basic Guidelines*, p. 14 (n° 3.4). Voir aussi : NASARRE AZNAR, p. 15.

⁴⁷ Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes, du 16 mars 1999 Trummer (affaire C-222/97).

⁴⁸ FOËX, *Le contrat*, p. 223.

⁴⁹ Cf. DÜRR, 59 *ad art.* 794.

forcée qui varient fortement⁵⁰. L'introduction de l'eurohypothèque pourrait être l'occasion de procéder à un certain nivellement, en limitant les facultés du créancier gagiste lors de la réalisation.

Il faudra résister à cette tentation. A titre d'illustration, certains droits nationaux prévoient qu'il est à certaines conditions possible de procéder à la réalisation privée de l'immeuble grevé du gage⁵¹. Les *Basic Guidelines* proposent au contraire d'interdire la réalisation privée⁵². Mais l'on ne voit pas que l'adoption d'une eurohypothèque impose cette solution et doive entraîner cette perte de flexibilité et d'efficacité dans la réalisation. L'adoption d'une eurohypothèque ne devrait pas être l'occasion d'aligner les réglementations nationales sur les systèmes les moins performants.

IV. Les conclusions de Turandot

Il est temps de conclure. Nous nous en remettons à Turandot et à trois paroles qu'elle chante au deuxième acte de ce très bel opéra :

« Straniero ascolta »

Ecoute, étranger. L'eurohypothèque est un projet de longue haleine. Il ne suffit pas de donner en exemple la Grundsschuld allemande en 1966 ou la cédule hypothécaire suisse en 1981 pour convaincre. Il faut être à l'écoute des solutions dégagées ailleurs. Et qui sait, il y a peut-être des leçons à apprendre des systèmes juridiques scandinaves⁵³, ou des pays de l'Est de l'Europe, dont certains ont modernisé leur droit du gage immobilier après la chute du mur de Berlin⁵⁴.

« Gli enigmi sono tre »

Il y a trois énigmes, soumises à l'étranger Calaf par Turandot. L'eurohypothèque soulève quant à elle toute une série d'énigmes, mais nous nous limiterons ici à en citer trois :

- L'eurohypothèque réussira-t-elle à surmonter l'obstacle que constitue la diversité des institutions de publicité immobilière en Europe ? Des concessions devront sans doute être faites pour que l'eurohypothèque soit compatible avec le plus grand nombre possible de systèmes

⁵⁰ Voir par exemple : STÖCKER/STÜRNER, p. 60 ss ; SAGAERT, p. 1055 ss.

⁵¹ Cf. STÖCKER/STÜRNER, p. 66 ; pour le droit suisse : STEINAUER, n° 2784.

⁵² *Basic Guidelines*, p. 16 (n° 4.2).

⁵³ Cf. DÜRR, Syst. T., n. 512 ss et n. 487 ss (droits danois, finlandais, suédois et norvégien).

⁵⁴ DÜRR, Syst. T., n. 464 ss et 483 ss.

d'enregistrement foncier⁵⁵. Mais la tâche s'avère ardue et il faudra veiller à ce que l'eurohypothèque n'y perde pas son intérêt.

- Comment concilier l'eurohypothèque avec les sûretés légales ? Chaque pays prévoit de nombreux privilèges et sûretés légales, qui naissent souvent sans mesure de publicité et priment non rarement les gages conventionnels. Sur le plan interne déjà, ces gages légaux constituent un facteur d'insécurité juridique. Ces difficultés sont évidemment multipliées pour le créancier et le débiteur confrontés à d'autres ordres juridiques qu'ils ne connaissent pas. L'introduction de l'eurohypothèque supposerait idéalement un certain degré d'harmonisation de ces sûretés légales, pour que le créancier ne soit pas surpris par elles ; mais il s'agit probablement là d'une tâche de fort longue haleine. Aussi faudrait-il vraisemblablement se contenter de prévoir que l'eurohypothèque ne peut pas être primée par des gages légaux non inscrits ou nés postérieurement⁵⁶. C'est là une solution intellectuellement satisfaisante, reste à savoir si elle est réalisable.
- Précisément, voici notre troisième énigme : y a-t-il la volonté politique nécessaire à l'introduction d'une eurohypothèque ? Il faut bien reconnaître qu'il ne s'agit pas là d'un dossier d'une actualité brûlante. L'eurohypothèque pose par ailleurs des questions délicates d'équilibre entre les parties et d'accès aux marchés hypothécaires nationaux. Le pas de sénateur emprunté depuis le Rapport Segré en 1966 en témoigne, on ne se presse pas au portillon pour empoigner ces questions.

« Mai nessun m'avra »

Personne jamais ne m'aura, personne ne réussira à percer les énigmes, personne jamais ne m'épousera, chante Turandot. Et sans vouloir être pessimiste, on peut se demander si ce n'est pas un peu ce qui attend l'eurohypothèque. N'est-elle pas un idéal irréalisable ? Est-elle condamnée à demeurer une cantatrice chauve ? En tout cas, l'on peut retenir avec le Conseil fédéral que l'« on ne saurait escompter la clôture prochaine des délibérations sur l'eurohypothèque »⁵⁷.

⁵⁵ Cf. *Basic Guidelines*, pp. 13 s. (n° 3.2) et 19 (n° 7) ; WUNSCH, p. 376 ; WEHRENS, p. 775.

⁵⁶ WUNSCH, p. 376.

⁵⁷ Message, p. 5032. Voir aussi : WIEGAND, p. 103.

Bibliographie :

- Commission des communautés européennes, Livre blanc sur l'intégration du marché européen du crédit hypothécaire, COM(2007) 807 final, Bruxelles 2007 (cité : Livre blanc)
- Commission des communautés européennes, Livre vert – le crédit hypothécaire dans l'Union européenne, COM(2005) 327 final, Bruxelles 2005 (cité : Livre vert)
- Commission européenne, Proposition de Directive du Parlement et du Conseil sur les contrats de crédit relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, COM/2011/0142 final - COD 2011/0062, Bruxelles 2011 (cité : Directive)
- Commission européenne, The Integration of the EU Mortgage Credit Markets. Report by the Forum Group on Mortgage Credit, Bruxelles 2004, http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf (cité : *Report by the Forum Group*)
- DÜRR D., Das Grundpfand, Zürcher Kommentar, vol. IV.2b, 2e éd., Zurich 2009
- FOËX B., Le contrat de gage mobilier, Bâle 1997 (cité : Le contrat)
- FOËX B., L'eurohypothèque, in L'européanisation du droit privé (F. Werro, éd.), Fribourg 1998, p. 481 ss (cité : L'eurohypothèque)
- GRESSER E., L'eurohypothèque, in RNRF 1993, p. 337 ss
- KIRCHER S., Grundpfandrechte in Europa. Überlegungen zur Harmonisierung der Grundpfandrechte unter besonderer Beachtung der deutschen, französischen und englischen Rechtsordnung, thèse Freiburg, Berlin 2004
- KÖNDGEN J./STÖCKER O., Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?, in Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 2005, RFA, p. 112 ss
- KUHN H., Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Berne 2011
- LEEMANN Hans, Sachenrecht - II. Abteilung, Berner Kommentar, vol. IV.II, Berne 1925
- Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Cédula hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), du 27 juin 2007, in FF 2007 p. 5015 ss (cité : Message)
- Mortgage credit foundation, Basic Guidelines for a Eurohypothec [A. Drewicz-Tulodziecka, éd.], Varsovie 2005 (cité : *Basic Guidelines*)

- NASARRE AZNAR S., Eurohypothec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the integration of EU Mortgage Credit Markets, Brême 2008
- SAGAERT V., Harmonization of Security Rights on Immoveables : An Ongoing Story, *in* Towards a European Civil Code [A. Hartkamp *et al.*, éd.], 4e éd., Nimègue 2011, p. 1043 ss
- STEINAUER P.-H., Les droits réels. Tome II, 3^e éd., Berne 2002
- STÖCKER O., Die « Eurohypothek », thèse Würzburg, Berlin 1992 (cité : Die « Eurohypothek »)
- STÖCKER O., Die « Eurohypothek » - Struktur einer ökonomischen Analyse, *in* Immobilien & Finanzierung n° 21/2005, p. 766 ss (cité : Struktur)
- STÖCKER O., L'« eurohypothèque », pionnier du marché intérieur du crédit hypothécaire, *in* Banque & Droit, France, n° 49/1996, p. 14 ss (cité : L'« eurohypothèque »)
- STÖCKER O./STÜRNER R., Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe, vol. III, 2e éd., Berlin 2010
- WEHRENS H., Real Security Regarding Immovable Objects - Reflections on a Euro-Mortgage, *in* Towards a European Civil Code [A. Hartkamp *et al.*, éd.], 3e éd., Nimègue 2004, p. 769 ss
- WIEGAND W., Die Grundpfandrechte - Die Konzeption des ZGB und ihre Entwicklung in der Praxis, *in* Theorie und Praxis der Grundpfandrechte, Berne 1996, p. 63 ss
- WOLFSTEINER H./STÖCKER O., A non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe, *in* Notarius International 1-2/2003, RFA, p. 116 ss
- WUNSCH G., Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Hypothekarkredits, thèse, Berlin 2009
- ZOBL D./THURNHERR C., Das Fahrnispfand, Berner Kommentar, vol. IV.2.5.1, 3^e éd., Berne 2010

La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) a-t-elle pénétré le droit suisse ?

CHRISTINE CHAPPUIS

Introduction

Fruit d'une collaboration internationale initiée dans les années 1930 sous l'égide de l'Institut de Rome UNIDROIT, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises¹ est entrée en vigueur pour notre pays le 1^{er} mars 1991². Un colloque consacré au droit civil dans le contexte international était l'occasion rêvée de faire le point sur l'application de cet instrument international pendant vingt ans en Suisse.

La Convention de Vienne prévoit un droit uniforme de la vente applicable dans 78 Etats³, ce qui représente environ trois quarts du globe. Les mêmes règles matérielles sont ainsi applicables à la vente internationale dans des pays de toutes traditions juridiques : de l'Europe (y compris l'Europe de l'Est) à l'Asie⁴, en passant par l'Australie et l'Amérique (Nord et Sud), ainsi que quelques pays d'Afrique, avec cependant une exception notable en Europe, celle du Royaume-Uni⁵.

¹ La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (ci-après : la Convention de Vienne) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988 après le dépôt du dixième instrument de ratification conformément à son art. 99 al. 1.

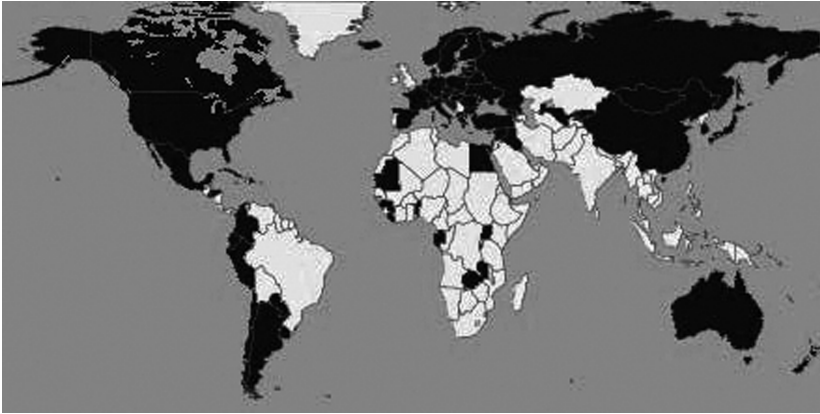
² RS 0.221.211.1 ; RO 1991 307 ; FF 1989 I 709.

³ Etat au 24 février 2012 selon le site de la Commission des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CNUDCI) : http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (consulté le 09.04.2012).

⁴ Le Japon, qui s'est longtemps tenu à l'écart, a rejoint le cercle des Etats membres de la CVIM le 01.08.2009.

⁵ En Europe, le Portugal fait également exception.

La carte reproduite ci-dessous⁶ donne une idée concrète du champ d'application géographique de ces règles.



Enseignée à Genève depuis le milieu des années 1990, la CVIM a-t-elle pour autant pénétré le droit suisse ou reste-t-elle un corps étranger ? Vingt ans après, cette question valait bien quelques réflexions, notamment parce qu'on a longtemps prétendu que les contrats commerciaux internationaux – en particulier s'ils sont conclus avec un vendeur allemand – écarteraient systématiquement la CVIM considérée comme trop favorable à l'acheteur⁷.

Différentes méthodes sont envisageables pour répondre à cette question. La pratique contractuelle serait un bon moyen de vérifier ce qu'il en est. Elle est toutefois difficile d'accès⁸. Le présent article se propose de suivre une autre voie et d'examiner la doctrine et la jurisprudence suisses en tant que baromètres de la domestication du texte uniforme dans notre pays (I.). Après quoi, nous verrons comment les juges suisses traitent deux thèmes fondamentaux auxquels tous les tribunaux sont confrontés : celui de la contravention essentielle permettant de mettre fin au contrat de vente et celui du défaut de conformité (II.). A l'appui du premier point, le lecteur trouvera en annexe au présent texte une bibliographie sélective d'ouvrages suisses et

⁶ Carte tirée de : <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/cisgintro.html> (consulté le 09.04.2012).

⁷ Par exemple, cette clause typique d'exclusion de la CVIM contenue dans un contrat entre un vendeur allemand et un acheteur suisse : « Die Interpretation dieses Vertrags sowie die Anwendung der einzelnen Vertragspunkte erfolgt in Übereinstimmung mit materiellem Schweizer Recht unter Ausschluss des einheitlichen UN-Kaufrechts », qui fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral, 4A 224/2008 du 10.10.2008.

⁸ Voir une étude empirique ayant pour objet le commerce entre les Etats-Unis et l'Allemagne : KOEHLER Martin F., Survey regarding the relevance of the United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG) in legal practice and the exclusion of its application, October 2006, disponible à l'adresse :

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/koehler.html> (consulté le 07.07.2012).

étrangers, ainsi qu'un tableau des décisions cantonales et fédérales rendues en application de la Convention de Vienne.

I. *Vingt ans après l'entrée en vigueur de la CVIM*

Suivant l'injonction de l'art. 1 al. 3 CC, nous commencerons par un examen de la doctrine et poursuivrons avec la jurisprudence. Le constat est celui d'une impressionnante abondance dont la maîtrise passe par quelques outils techniques qui permettent d'aboutir à une application uniforme *de facto*, malgré l'absence d'une cour internationale chargée d'y veiller.

A) *La doctrine suisse*

L'engouement de la doctrine pour cette convention internationale a été remarquable dès l'adoption de celle-ci. L'on ne peut être que frappé par l'extraordinaire proximité des auteurs de tous pays et de toutes langues⁹. Avant même son entrée en vigueur en 1988, la Convention de Vienne faisait déjà l'objet d'un commentaire en langue anglaise de John HONNOLD¹⁰. C'est sur ce type d'ouvrage, les commentaires par articles, rédigés par des auteurs provenant de différentes juridictions, que se sont concentrées les œuvres majeures dans un premier temps¹¹. Parmi les plus importantes, l'on relèvera notamment celui de Peter SCHLECHTRIEM, qu'a rejoint Ingeborg SCHWENZER (auteurs émanant du cercle de droit civil), dont l'immense atout est d'exister en allemand et en anglais, et qui complète utilement l'approche de John HONNOLD (pour la common law). L'abondance de commentaires par article est peut-être due à la structure de la CVIM, qui permet au lecteur de se repérer très facilement.

Les auteurs suisses se sont rapidement joints à ce concert international avec, notamment, le premier commentaire en langue française de Karl NEUMAYER et Catherine MING¹², publié en 1993, peu après l'entrée en vigueur de la CVIM pour la Suisse. L'année suivante voit la parution d'un important commentaire en langue allemande, édité par Heinrich HONSELL, qui réunit tant des auteurs suisses qu'allemands et autrichiens. La deuxième édition de ce commentaire est parue en 2010. Entre les deux éditions de cet ouvrage, l'on

⁹ Voir la bibliographie sélective en annexe I.

¹⁰ HONNOLD John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer (Kluwer) 1982 ; le commentaire a été réédité plusieurs fois, en dernier lieu, HONNOLD JOHN O./FLECHTNER HARRY M., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4e éd., Deventer, Boston (Kluwer) 2009.

¹¹ Cf. Annexe I.B ; BIANCA/BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, Giuffrè, 1987, est le premier du genre.

¹² NEUMAYER KARL H. / MING CATHERINE, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises : commentaire* Lausanne, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1993.

note un autre commentaire en langue allemande sous la plume de Christoph BRUNNER (2004) ; l'ouvrage réalise une intéressante synthèse entre le droit suisse et les décisions rendues de par le monde en application de la CVIM. Des thèses ont également fleuri, d'abord en langue française (par ex., MARCHAND, 1994 ; PICHONNAZ, 1997 ; VULLIETY, 1998 ; DONATIELLO, 2010), puis en langue allemande (par ex., BOTZENHARDT et CERUTTI, en 1998 ; AKIKOL et BENEDICK, en 2008).

Les exposés systématiques des règles sur la vente internationale ont également trouvé leur entrée dans les traités de droit des obligations relatifs à la partie spéciale du CO. Parmi les ouvrages de droit suisse, Pierre TERCIER/Pascal G. FAVRE, Heinrich HONSELL et Claire HUGUENIN, y consacrent des sections séparées, alors que les commentaires romand et zurichoïse ont choisi de traiter des règles de la CVIM à la fin des paragraphes relatifs à chaque article du CO.

Une bibliographie sélective figure en annexe du présent article. Elle vise le double but de rassembler l'essentiel des ouvrages dont on peut avoir besoin pour mener une recherche diversifiée en termes d'origine des écrits, et d'identifier les contributions suisses dans le domaine. Cette bibliographie révèle la vivacité de la doctrine suisse en relation avec la CVIM.

L'engouement de la doctrine, qu'elle soit suisse ou étrangère, pour la Convention de Vienne est à la mesure de la haute ambition des Etats à l'origine de l'adoption de cet instrument international en 1980. Ainsi que l'indique le Préambule, les Etats membres visaient à instaurer « un nouvel ordre économique international », convaincus que le développement du commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels était un élément important dans la promotion de relations amicales entre les Etats. Le moyen choisi est celui de règles uniformes applicables aux contrats de vente internationale de marchandises, qui soient « compatibles avec les différents systèmes sociaux, économiques et juridiques »¹³. Un tel texte, réalisé sur la base d'un important travail de droit comparé visant à réaliser la compatibilité avec des traditions juridiques souvent opposées, ne pouvait que stimuler la doctrine.

B) *La jurisprudence suisse*

Quant aux tribunaux suisses, ils ont été appelés à trancher des litiges en application de la CVIM dès 1991 pour les cours cantonales, et dès 1996 pour le Tribunal fédéral¹⁴. Sur vingt années de jurisprudence, on constate une progression en dents de scie du nombre de décisions, avec une pique en 2002.

¹³ Préambule de la CVIM.

¹⁴ Voir tableau chronologique du nombre de décisions en annexe II : les chiffres par année sont donnés en colonnes, par juridiction en ligne.

En tête de liste, se trouvent Zurich et Zoug, puis, de manière plus surprenante, le Valais. Genève ne vient qu'en septième position des cantons. L'ensemble donne une vision toute relative de l'application de la Convention de Vienne en Suisse. Selon une supposition (difficile à vérifier), tant les parties que les tribunaux peuvent avoir oublié de se référer à la CVIM. En effet, il a fallu plusieurs années avant que l'on ne prenne véritablement conscience du fait que le choix du droit suisse (ou du droit d'un Etat membre), dans un contrat de vente internationale¹⁵, incluait la CVIM. Certains tribunaux avaient considéré une élection de droit comme excluant implicitement la Convention de Vienne selon l'art. 6 CVIM¹⁶. Il est aujourd'hui admis par la grande majorité de la doctrine et des tribunaux que, si l'application de la Convention peut être exclue par les parties en vertu de l'art. 6 CVIM, l'élection du droit d'un Etat membre sans autre précision n'équivaut pas à une exclusion implicite de la Convention de Vienne¹⁷. Ainsi, la clause selon laquelle « Le contrat est régi par le droit suisse » désigne le droit suisse y compris la Convention de Vienne, dans la mesure où celle-ci est applicable selon l'art. 1 CVIM.

Toutefois, il convient de se demander si la pénétration de la CVIM dans la jurisprudence est effective. En effet, comme de nombreux tribunaux de par le monde, le Tribunal fédéral suisse a parfois abordé la convention par le biais d'une interprétation très helvétique des règles uniformes. En témoigne l'utilisation de termes du CO plutôt que les notions du droit uniforme. La terminologie suisse est parfois proche, comme en ce qui concerne la résolution du contrat (art. 49 et 64 CVIM, art. 205 et 214 CO¹⁸), parfois elle ne l'est pas. Le droit suisse ne connaît ainsi pas l'expression, ni la notion, de contravention essentielle qui ouvre le droit à la résolution¹⁹. En témoigne également une référence unique au tout premier commentaire suisse de NEUMAYER/MING²⁰. Même si ces auteurs peuvent être considérés comme les pionniers suisses de langue française, ce qui est certes remarquable, l'ouvrage ne saurait être cité comme seule référence tant les choses ont évolué rapidement depuis la date de parution du commentaire en 1993 dans la compréhension des tensions parfois inattendues entre le texte international et les droits nationaux.

¹⁵ Au sens de l'art. 1 al. 1 let. a) ou b) CVIM.

¹⁶ Par exemple, élection du droit italien interprétée comme excluant la CVIM : Corte Arbitrale ad hoc di Firenze, 19.04.1994, CISG-online 124 ; *idem* pour l'élection du droit français : CA Colmar, 26.09.1995, CISG-online 226, mais la décision a été cassée par CCas, 17.12.1996, CISG-online 220 pour défaut de base légale du fait que le droit français avait été appliqué au lieu de la CVIM).

¹⁷ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, CISG 6 N 22 n. 108 à 111.

¹⁸ Le CO utilise souvent le terme de « résiliation », corrigé en « résolution » par la doctrine : THÉVENOZ LUC, in THÉVENOZ/WERRO (éd.), Commentaire romand du Code des obligations I, Genève, etc. 2003, CR CO I-THÉVENOZ, CO 109 N 4.

¹⁹ Art. 25 CVIM, en combinaison avec l'art. 49 CVIM pour la résolution par l'acheteur, art. 64 CVIM pour la résolution par le vendeur ; voir *infra*, II.A.

²⁰ Cité *supra*, n. 12.

En l'an 2000, dans la première affaire ayant fait l'objet d'une décision du Tribunal fédéral²¹ en langue française²², une société suisse avait vendu du coton à une société italienne en vertu de deux contrats comportant des dates de livraison distinctes (mai et août 1994). La première livraison n'étant pas intervenue à temps, l'acheteuse invita la venderesse à s'exécuter et réserva ses droits. En l'absence de réponse de la venderesse, l'acheteuse informa sa cocontractante qu'elle avait été contrainte de s'adresser à d'autres fournisseurs. La venderesse répondit alors qu'elle pourrait procéder à une livraison courant juillet 1994. L'acheteuse en prit note, mais indiqua qu'elle ne pourrait pas accepter la première livraison dans la mesure où elle avait été contrainte de se procurer des marchandises de remplacement. Une tentative de livraison eut lieu en juillet 1994, mais la marchandise ne correspondait que très partiellement au contrat. Sur ces entrefaites, les contacts entre les parties cessèrent. Ayant procédé aux achats de couverture nécessaires, l'acheteuse réclama des dommages-intérêts pour inexécution. Elle obtint gain de cause devant les juridictions genevoises, du moins pour une partie du dommage allégué sur la base des art. 45 al. 1, 74 et 75 CVIM.

La venderesse fit valoir devant le Tribunal fédéral que la Cour de Justice de Genève avait enfreint les art. 47 et 49 CVIM pour avoir considéré que l'acheteuse avait valablement « résilié »²³ le second contrat. Le Tribunal fédéral lui donna tort dans une décision critiquée pour la coloration nationale donnée à l'interprétation de la Convention de Vienne²⁴. Le biais national apparaît d'abord dans l'utilisation de la terminologie helvétique en relation avec les moyens de l'acheteur en cas de retard du vendeur : la « résiliation » et, plus encore, la « mise en demeure qualifiée » sont étrangères à la Convention de Vienne²⁵. En effet, celle-ci autorise l'acheteur à notifier la « résolution » du contrat si le vendeur ne livre pas dans la période fixée contractuellement (art. 33 (b) CVIM) et que l'absence de livraison est constitutive d'une contravention essentielle au contrat (art. 49(1)(a) CVIM). Lorsque le retard n'est pas suffisamment grave pour constituer une contravention essentielle, l'acheteur peut résoudre le contrat à l'échéance d'un délai supplémentaire de durée raisonnable fixé au vendeur (art. 47 et 49(1)(b) CVIM). En l'espèce, aucun délai supplémentaire n'avait été accordé au vendeur. Il fallait donc examiner si le retard relatif à la seconde livraison, en tant que tel, était

²¹ TF, 4C.105/2000, SJ 2001 I 304, 307 s.

²² La première décision du Tribunal fédéral en langue allemande date de 1996 : ATF 122 III 43, JdT 1996 I 374.

²³ Terme utilisé par la recourante : TF, 4C.105/2000 consid. 2, publié in SJ 2001 I 304, *Adriafil* ; voir *supra*, n. 18.

²⁴ DI MATTEO Larry A. et al., 34 *Northwestern Journal of International Law & Business* (Winter 2004) 299-440, n. 646, disponible à l'adresse : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/dimatteo3.html> (consulté le 07.07.2012)

²⁵ Arrêt cité, consid. 2c, 2c.bb et 3 ; l'« impossibilité d'exécution » à laquelle se réfère le considérant 4 est également inconnue de la CVIM.

constitutif d'une contravention essentielle au sens de l'art. 25 CVIM, ce qui permettait de résoudre le contrat sans attendre. Il s'agit d'une question délicate posée par l'application du droit uniforme. A cet égard, la constatation toute générale de l'arrêt :

« S'agissant d'une vente commerciale portant sur de la matière à l'état brut, la défenderesse ne pouvait ignorer que, pour l'acheteur, le respect des délais de livraison était primordial, comme l'indiquait le laps de temps précis qui était convenu pour la livraison »²⁶,

ne suffit pas. Si l'on voulait se contenter de tels éléments, tout retard d'un vendeur dans le cadre d'une vente internationale serait constitutif d'une contravention essentielle, ce qui n'est clairement pas le cas puisque la résolution est censée constituer le moyen de la dernière chance (*ultima ratio*). D'un biais terminologique, l'on passe ainsi à un biais matériel tenant aux notions spécifiques du droit uniforme, qui ne correspondent pas aux notions sur lesquelles se fonde le droit suisse (cf. art. 108 CO).

Un biais supplémentaire tient à la manière dont les juges ont considéré que le contrat avait pris fin conformément aux art. 49 et 81 CVIM, une question qui met en évidence des divergences particulièrement flagrantes entre les ordres juridiques. Selon le Tribunal fédéral,

« Il ne s'agit pas d'une résolution au sens juridique du terme avec effets *ex tunc*, mais d'une résiliation qui libère les deux parties des obligations contractuelles non encore exécutées et qui s'opère *ex nunc* (Neumayer/Ming, op. cit., n. 1 ad art. 81 CVIM) »²⁷.

La référence à l'effet *ex tunc* ou *ex nunc* n'est pas de mise. En effet, la Convention de Vienne utilise le terme de « résolution », non celui de « résiliation » (art. 109 CO), et elle prend soin d'en préciser les conséquences juridiques à l'art. 81 CVIM : les deux parties sont libérées de leurs obligations et se doivent restitution simultanée de ce qui aurait été exécuté en vertu du contrat résolu. Le problème tient au fait que le Tribunal fédéral a donné pour seul cadre à son raisonnement le commentaire de NEUMAYER/MING sans élargir la vision par des références hors du cercle juridique suisse pour donner droit à l'acheteur.

Plus récemment, un arrêt de décembre 2009²⁸ avait à examiner la prétention en dommages-intérêts de l'acheteur, fondée sur l'art. 74 CVIM. Cet arrêt se réfère notamment aux grands commentaires sur la question des

²⁶ Arrêt cité, consid. 2c.bb, SJ 2001 304, 310 s.

²⁷ Arrêt cité, consid. 2c, SJ 2001 304, 309.

²⁸ Arrêt 4A_440/2009 du 17 décembre 2009 consid. 4 (en français).

dommages-intérêts²⁹ et retient que la question de la preuve du dommage relève du droit national, les conditions strictes de l'art. 42 al. 2 CO n'étant pas réalisées en l'espèce³⁰. L'arrêt n'entre pas en matière, et c'est regrettable, sur l'opinion d'Ingeborg SCHWENZER selon laquelle il conviendrait de développer des règles sur le fardeau et le degré de preuve du dommage conformément aux principes du droit uniforme³¹. Les principes internationaux se contentent d'un préjudice établi avec un degré raisonnable de certitude³², degré de preuve correspondant au critère du raisonnable si souvent utilisé par la Convention de Vienne³³. La proposition aurait mérité examen, afin d'éviter que des exigences nationales divergentes relatives à la preuve n'empêchent une application uniforme de la CVIM. Cependant, considérant que l'acheteuse n'avait de toute façon pas droit à une pleine compensation du fait qu'elle avait violé le devoir de diminuer son propre dommage prescrit par l'art. 77 CVIM, le Tribunal fédéral écarte les arguments développés au sujet de l'estimation du dommage³⁴. Le droit suisse est pauvre en relation avec le dommage contractuel et trop strict quant à la preuve de celui-ci. L'apport de la doctrine et de la jurisprudence relatives à la Convention de Vienne sur ces questions est donc susceptible d'être particulièrement intéressant.

L'on s'arrêtera pour terminer sur une décision de mai 2002³⁵, qui pose une question de pur droit suisse s'agissant d'un litige sur l'avis des défauts de la chose vendue (du bois d'érable). En relation avec l'avis des défauts selon l'art. 201 CO, le Tribunal fédéral examine l'art. 39 al. 1 CVIM³⁶ lequel exige que l'acheteur précise la nature du défaut dénoncé au vendeur, avant de passer en revue la jurisprudence suisse depuis 1895. Et de conclure que l'avis donné en l'espèce était suffisamment spécifique, ce qu'avait méconnu la cour cantonale. Cet exemple montre que la Convention de Vienne fait effectivement partie du droit suisse au même titre que le CO.

²⁹ Outre les commentaires de langue allemande (SCHÖNLE/KOLLER *in* Honsell ; MAGNUS *in* Staudinger ; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER ; BRUNNER) et française (SCHLECHTRIEM/WITZ), l'arrêt cite l'ouvrage de ZELLER, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, de 2009 (voir bibliographie sélective en Annexe I.C).

³⁰ Sur la difficulté excessive de prouver le dommage contractuel, cf. CHAPPUIS Christine/WERRO Franz, *La preuve en droit de la responsabilité civile : panorama de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et questions choisies*, *in* Chappuis/Winiger (éd.), *La preuve*, *Journée de la responsabilité civile* 2010, Genève, 2011, p. 13 ss, 31 ss.

³¹ SCHWENZER, *in* SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, CISG 74 N 65, opinion citée dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_440/2009 du 17 décembre 2009 au considérant 4.

³² Voir art. 7.4.3 Principes d'Unidroit ; art. 9:501(2) Principes du droit européen des contrats.

³³ CHAPPUIS CHRISTINE, *Est-ce bien "raisonnable" ? ou Les prétendues lacunes du droit uniforme de la vente internationale in : Economie, environnement, éthique*, Genève, Schulthess, 2009, p. 95 ss.

³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_440/2009 du 17 décembre 2009 consid. 4 *in fine*. L'on notera une contradiction inhérente à ce raisonnement : les dommages-intérêts ne sont susceptibles de réduction selon l'art. 77 CVIM que si le dommage est préalablement prouvé, donc susceptible de réparation.

³⁵ Arrêt 4C.395/2001 du Tribunal fédéral du 28 mai 2002 consid. 2.

³⁶ Alors même que cette disposition n'est pas applicable.

Dans l'ensemble, la jurisprudence du Tribunal fédéral semble s'être familiarisée avec ce nouvel instrument international et la doctrine s'y rapportant³⁷. Elle pourrait cependant s'inspirer davantage d'outils moins traditionnels exposés ci-après.

C) *Les instruments non juridiques d'uniformisation*

La nécessité d'interpréter la Convention de manière autonome est prescrite par l'art. 7 al. 1 CVIM. En l'absence d'une cour suprême chargée d'assurer une interprétation uniforme, on aurait pu craindre que l'uniformisation du droit de la vente internationale fût vaine. Toutefois, des méthodes non juridiques assurant la transmission et l'analyse des connaissances se sont développées. En premier lieu, diverses banques de données rendent les décisions nationales facilement accessibles aux juristes du monde entier et, dans une certaine mesure au moins, permettent de franchir l'obstacle de la langue³⁸. En second lieu, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a développé un instrument précieux permettant de maîtriser la masse d'informations, le *UNCITRAL Digest*, un répertoire raisonné d'innombrables décisions, accessible sur le site de la CNUDCI³⁹ ou celui que *Pace University* consacre à la Convention de Vienne⁴⁰. Un réseau de correspondants de toutes juridictions transmet les décisions rendues par les tribunaux nationaux en application de la Convention de Vienne. Ces décisions, traduites en anglais, sont classées en fonction des dispositions de la CVIM sur lesquelles elles se fondent. Un accès de premier ordre à la jurisprudence de tous horizons est ainsi assuré.

Il convient de mentionner aussi les avis consultatifs du *CISG Advisory Council*⁴¹, une initiative privée soutenue par le *Pace Institute of International Commercial Law* et le *Centre for Commercial Law Studies at Queen Mary College*, dont le but est de préparer des avis relatifs à l'interprétation et à l'application de la CVIM. Ce Comité consultatif opère le travail de droit comparé indispensable à l'identification et à la compréhension des divergences nationales dans l'application de la Convention de Vienne. La doctrine suisse et étrangère, s'appuyant sur ces différentes ressources et rendue accessible par celles-ci, peut jouer son rôle propre et accompagner le mouvement d'uniformisation dans l'application de la Convention.

³⁷ Voir, par exemple, arrêts du Tribunal fédéral 4C.245/2003 du 13 janvier 2004 (vente de 1300 kg de « Menthol USP Brand, grands cristaux ») et 4A_68/2009 du 18 mai 2009 (vente d'une installation d'emballage).

³⁸ Voir la liste des banques de données citées à la fin de l'Annexe I.F.

³⁹ http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/cisg.html (consulté le 07.07.2012)

⁴⁰ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-toc.html> (consulté le 07.07.2012)

⁴¹ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op.html> ; la liste des neuf opinions disponibles jusqu'ici est mentionnée dans l'Annexe I.E.

L'enseignement participe aussi à ce mouvement d'uniformisation de fait. Un concours international dont le succès ne se dément pas depuis son lancement en 1993, le *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, a lieu chaque année à Vienne et réunit des équipes du monde entier autour des problèmes les plus récents en relation avec l'application de la CVIM. La dernière édition du concours a réuni 282 équipes de 68 pays. Le succès est tel que depuis 2004, le concours a également lieu à Hong Kong (*Vis East Moot*)⁴². Le nombre d'étudiants lancés dans la pratique avec une connaissance et expérience privilégiée de la Convention de Vienne est de plus en plus important.

C'est par le biais de ces outils informatiques et d'enseignement, qui font circuler l'information relative à la CVIM dans le monde entier, que se construit peu à peu une interprétation uniforme du texte uniforme. Un texte dont on ne peut plus dire que, sans une cour suprême susceptible de contrôler l'application des règles uniformes, la tentative de construire un droit de la vente commerciale internationale serait vaine.

II. *Deux notions clés en comparaison avec le droit suisse*

Fruit d'un rapprochement de traditions juridiques diverses et opposées, la Convention de Vienne utilise des notions sans correspondances exactes avec le droit suisse, voire inconnues de celui-ci. Deux d'entre elles seront présentées ci-après.

A) *La contravention essentielle donnant droit à la résolution du contrat*

Le droit uniforme repose sur un concept unique de violation du contrat par une partie, nommée « contravention au contrat », qui donne certains droits à l'autre partie. Les « moyens » de l'acheteur en cas de contravention du vendeur sont énumérés par l'art. 45 CVIM et détaillés dans les dispositions suivantes (art. 46 à 52 CVIM). Parallèlement, les moyens du vendeur en cas de contravention de l'acheteur sont énumérés à l'art. 61 CVIM et précisés par les art. 62 à 65 CVIM. A ces moyens spécifiques s'ajoute le droit de demander des dommages-intérêts, prévu pour les deux parties aux art. 74 à 77 CVIM. Lorsque la contravention au contrat est suffisamment grave pour mériter le qualificatif d'« essentielle » au sens de l'art. 25 CVIM, elle peut conduire à la résolution du contrat par la partie lésée, que ce soit l'acheteur (art. 49 al. 1 let. a CVIM) ou le vendeur (art. 64 CVIM). Une contravention est essentielle lorsqu'une partie est substantiellement privée de ce qu'elle était en droit

⁴² Pour le concours de Vienne : <http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html>, et celui de Hong Kong : <http://www.cisgmoot.org/index.html> (sites consultés le 07.07.2012)

d'attendre du contrat et que ce résultat était prévisible pour la partie en défaut (art. 25 CVIM).

Une contravention essentielle a par exemple été admise par le Tribunal fédéral s'agissant d'une installation dont la performance n'est que de 29% de la prestation promise (emballage de 52 flacons à la minute au lieu des 180 flacons/minute convenus)⁴³. L'écart entre ce qui était promis contractuellement et ce qu'obtient effectivement l'acheteur est suffisant pour admettre que l'acheteur est privé substantiellement de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, partant que la contravention est essentielle. En pareil cas, le vendeur ne peut se prévaloir du fait qu'il pas prévisible pour lui qu'une performance de la machine n'atteignant que 29% priverait substantiellement l'acheteur de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat (art. 25 *in fine* CVIM).

L'interprétation de cette disposition centrale a donné lieu à des divergences considérables entre les tribunaux nationaux ou arbitraux appelés à appliquer celle-ci. C'est ainsi que le Comité consultatif de la Convention de Vienne a adopté un Avis N° 5 du 7 mai 2005⁴⁴, comportant plusieurs directives destinées à favoriser une application uniforme de la notion de contravention essentielle, dont les quatre premières sont examinées ci-après. Il convient, d'abord, de considérer les termes du contrat, d'une part, et la destination pour laquelle les marchandises ont été achetées, de l'autre (points 1 et 2). Ensuite, l'on retiendra qu'une contravention n'est pas essentielle si le vendeur ou l'acheteur peuvent remédier à la non-conformité sans inconvénient ou délai déraisonnable pour l'acheteur (point 3). De plus, les conséquences de la résolution en termes de coûts et d'inconvénients supplémentaires n'ont, en tant que telles, pas d'influence sur le caractère essentiel ou non de la contravention (point 4). Ces principes de base sont ensuite illustrés à l'aide d'exemples tirés de décisions nationales dont la référence exacte est donnée et qui sont accessibles par le biais des bases de données mentionnées plus haut⁴⁵. Une déviation par rapport aux spécificités expressément convenues entre les parties (épaisseur de feuilles d'aluminium⁴⁶) est ainsi considérée comme une contravention essentielle sans que le vendeur puisse faire valoir que le préjudice n'était pas prévisible ; de même le fait que la marchandise pouvait être revendue sera sans pertinence si l'acheteur avait l'intention d'intégrer la marchandise dans ses propres produits (compresseurs pour des installations d'air conditionné⁴⁷). Les nombreux exemples fournis à l'appui de l'Avis

⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_68/2009 du 18 mai 2009 consid. 7.

⁴⁴ Rapporteur : Prof. I. Schwenzer (voir Annexe I.E).

⁴⁵ Cf. la liste dans l'Annexe I.F ; voir *supra*, n. 41.

⁴⁶ CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission), 30 October 1991, CISG-online 842.

⁴⁷ UNITED STATES, *Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corp.*, US Court of Appeals (2nd Circuit), 6 December 1996, CISG-online 140.

consultatif N° 5 facilitent l'interprétation de la disposition et son application dans un cas particulier.

En droit suisse, l'art. 205 al. 2 CO donne au tribunal la possibilité de se borner à réduire le prix s'il estime que « la résiliation n'est pas justifiée par les circonstances ». La gravité du défaut constitue une telle circonstance et peut, si elle n'atteint pas le degré requis, faire obstacle à la résolution du contrat. Ainsi en a jugé le Tribunal fédéral sur la base du droit suisse dans une affaire portant sur la livraison d'un système de traitement de données informatiques (*hardware* et *software*)⁴⁸. Le défaut pouvant être corrigé, il n'a pas été considéré comme suffisamment important pour donner droit à la résolution du contrat. La solution serait la même en application de la troisième règle figurant dans l'Avis consultatif examiné ici. Le passage de conceptions nationales à l'application du droit uniforme est facilité par les Avis du Comité consultatif, ce qui illustre parfaitement la fonction de ces avis, en dépit de leur caractère non officiel.

B) *Le défaut de conformité et sa notification*

La contravention au contrat peut consister, et c'est souvent le cas, en un défaut de conformité. L'acheteur suisse, on le sait, doit se conformer à des exigences sévères pour faire valoir un défaut : il doit vérifier la chose aussitôt que possible et aviser le vendeur sans délai (art. 201 CO). La CVIM, à première vue, est plus généreuse puisqu'il suffit à l'acheteur d'aviser le vendeur dans un « délai raisonnable » (art. 39 al. 1 CVIM). Or, il est bien difficile de déterminer ce qu'est une durée raisonnable.

Si difficile que, dans un premier temps, l'on a constaté une grande diversité dans les décisions rendues en application de l'art. 39 CVIM. Les tribunaux, comme les commentateurs ou les parties d'ailleurs, ont commencé par aborder le texte uniforme du point de vue de leur propre droit. A titre illustratif, l'on mentionnera une décision allemande concernant des textiles, qui considéra une dénonciation intervenue dans le mois comme tardive, à une décision française acceptant sans discussion qu'un délai de six mois respectait la limite de deux ans posée par l'art. 39 al. 2 CVIM⁴⁹. Il n'est pas surprenant de constater que la question a davantage occupé les tribunaux appartenant au cercle germanique que les autres tribunaux, les juges et les parties ne songeant pas spontanément à vérifier le respect de règles qui ne leur sont pas familières comme celle relative au délai de dénonciation d'un défaut.

⁴⁸ ATF 124 III 456, JdT 2000 I 172, SJ 1999 I 212.

⁴⁹ Landgericht Mönchengladbach, 22 mai 1992 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920522g1.html>) ; Tribunal de commerce de Besançon, 19 janvier 1998 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980119f1.html>) ; (consulté le 07.07.2012).

Une proposition doctrinale donna une impulsion décisive afin de sortir de la divergence d'approches observée quant à la durée du délai dans lequel un défaut doit être dénoncé au vendeur. Se fondant sur une analyse de droit comparé, Ingeborg SCHWENZER suggéra dans son commentaire des art. 35 ss CVIM⁵⁰ qu'un délai d'un mois, en l'absence de circonstances particulières, pouvait généralement être considéré comme raisonnable au sens de l'art. 39 al. 1 CVIM. Ses mots « *grosszügiger Monat* » furent rendus en anglais par les termes de « *noble month* »⁵¹. Son idée était de fournir une directive générale qui inciterait les tribunaux du cercle germanique à moins de retenue dans l'appréciation du délai raisonnable, et les autres tribunaux à davantage de sévérité. Semblable directive était précieuse pour les tribunaux. Diverses décisions s'en sont effectivement inspirées⁵², qui trouvèrent leur entrée dans les grands commentaires, traités⁵³ ou banques de données et purent ainsi circuler au sein de la communauté juridique internationale. Le Comité consultatif, dans sa seconde opinion de 2004⁵⁴, n'a cependant pas repris cette proposition, tout en reconnaissant qu'elle avait eu pour conséquence de limiter la sévérité des tribunaux du cercle germanique dans l'appréciation du délai de dénonciation.

Dans le cadre de ce débat sur le temps que l'acheteur peut raisonnablement se donner pour avertir le vendeur d'un défaut de conformité, un exemple est particulièrement intéressant, celui d'une décision du 8 janvier 1997 émanant de l'*Obergericht* du Canton de Lucerne⁵⁵, qui a fait le tour du monde⁵⁶. La situation est classique dans la distribution de marchandises : un fournisseur italien vend à son distributeur suisse des kits de transfusion

⁵⁰ Commentaire paru in : SCHLECHTRIEM P., « Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG » (édition 1995).

⁵¹ SCHWENZER Ingeborg, *European Journal of Law Reform*, Vol. VIII (2006), no. 3/4, p. 353 ss (http://www.globalsaleslaw.org/__temp/Schwenzler.pdf).

⁵² Par exemple, pour l'Allemagne : Bundesgerichtshof, 8 mars 1995, II.2 (*New Zealand mussels*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html> ; Bundesgerichtshof, 3 novembre 1999 (*Machine for producing hygienic tissues*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991103g1.html> ; pour la Suisse : Obergericht Luzern, 8 janvier 1997 (*Blood infusion devices*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108s1.html> ; Hongrie, 5 décembre 1995 (*Waste container case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951205h1.html> (consulté le 07.07.2012)

⁵³ HONNOLD J. O., *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*, La Haye (Kluwer Law International) 1999 ; HEUZÉ V., *La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, Paris (L.G.D.J.) 2000. Réticent, WITZ C., *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris (Daloz) 2008, N. 222, ne conçoit un tel délai que comme un « guide destiné à donner aux juges un ordre de grandeur », ce qui correspond très précisément à l'intention initiale.

⁵⁴ <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html>, N. 5.4, 5.13 (consulté le 07.07.2012).

⁵⁵ OG Kantons Luzern, 8 janvier 1997, SJZ 94, 515-518, CISG-online 228, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108s1.html> (consulté le 07.07.2012).

⁵⁶ La circulation de la décision est assurée par le biais du *UNCITRAL Digest ad art. 39 CVIM*, N 20 n. 117, N 22 n. 145, qui répertorie les décisions rendues en application des dispositions de la CVIM et lorsque qu'une opinion du Comité consultatif la mentionne et l'analyse, comme ce fut le cas en l'espèce (cf. Avis no. 2 du Comité consultatif du 7 juin 2004, N 5.4 et 5.13).

sanguine, que celui-ci revend immédiatement à ses propres clients, sans procéder à une vérification de la marchandise, même par sondage. La livraison au distributeur suisse intervient un 16 juin, le retour de marchandises défectueuses le 23 septembre, et la dénonciation du défaut le 6 octobre. L'intervalle entre la livraison et la dénonciation est donc de trois mois et demi. Un tel délai est-il encore « raisonnable » ? Le tribunal de Lucerne constatant la divergence entre les approches nationales se réfère à la théorie du *noble month* et fait courir ce délai depuis le moment où le défaut aurait dû être découvert, ce qui conduirait à une dénonciation possible du défaut jusqu'à fin juillet au plus tard. Le 6 octobre était donc clairement tardif. L'acheteuse du matériel de transfusion sanguine défectueux en était pour ses frais, mais elle aura fait avancer la science juridique en donnant l'occasion de montrer aux uns que quelques jours c'est trop peu, aux autres que quelques mois c'est trop long.

Conclusion

Il est temps de répondre à la question posée en titre. En ce qui concerne la doctrine suisse, la Convention de Vienne occupe une place de choix dans les commentaires, traités, monographies et articles, où elle a parfaitement pénétré.

La jurisprudence suisse donne une image plus nuancée. A côté de décisions dont le caractère trop national a été relevé⁵⁷, l'on en trouve d'autres qui font application du texte uniforme sans biais national⁵⁸. Les tribunaux suisses ne font cependant pas (encore) un usage suffisant des ressources électroniques de recherche, qui assurent un accès direct, organisé et gratuit à la jurisprudence de tous les pays. Ce formidable réservoir de décisions commentées et mises en perspective dans une optique de droit comparé, constitue une source d'inspiration non négligeable pour les tribunaux suisses. Il permettra à ceux-ci de répondre à l'injonction que leur adresse l'art. 7 al. 1 CVIM de prendre en compte le caractère international de la Convention de Vienne et la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application.

⁵⁷ Cf. *supra*, n. 21 et 28.

⁵⁸ Cf. *supra*, n. et 35, 37 et 55.

Annexe I

Bibliographie sélective sur la CVIM

A. Traités

AUDIT BERNARD, La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris, LGDJ, 1990

BERNSTEIN HERBERT/LOOKOFSKY JOSEPH, Understanding the CISG in Europe, 2e éd., The Hague, Kluwer Law International, 2003

HEUZÉ VINCENT, La vente internationale de marchandises : droit uniforme, Paris, L.G.D.J., 2000

JACQUET JEAN-MICHEL/DELEBECQUE PHILIPPE/CORNELOUP SABINE, Droit du commerce international, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010

KELLER MAX/SIEHR KURT, Kaufrecht : Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verl., 1995

MULLIS ALASTAIR/HUBER PETER, The CISG : a new textbook for students and practitioners, Munich, Sellier European Law Publishers, 2007

OTT FRANÇOIS/MATTEY PASCAL, Le commerce international des marchandises, Genève, Schulthess, 2010

SCHLECHTRIEM PETER/BUTLER PETRA, UN law on international sales : the UN Convention on the International Sale of Goods, Berlin, Springer, 2009

SCHLECHTRIEM PETER/WITZ CLAUDE, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Paris, Dalloz, 2008

SCHWENZER INGBORG/HACHEM PASCAL/KEE CHRISTOPHER, Global Sales and Contract Law, New York : Oxford University Press, 2012

B. Commentaires par article

ACHILLES WILHELM-ALBRECHT, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), Neuwied, Luchterhand, 1999

BIANCA CESARE MASSIMO/BONELL MICHAEL JOACHIM, Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention, Milan, Giuffrè, 1987

- BRUNNER CHRISTOPH, UN-Kaufrecht - CISG : Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 : unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Berne, Stämpfli, 2004
- FERRARI FRANCO, Internationales Vertragsrecht : EGBGB, CISG, CMR, FactÜ : Kommentar, Munich, C.H. Beck, 2007
- FERRARI FRANCO/FLECHTER HARRY/BRAND ROLAND (éd.), The Draft UNCITRAL Digest and Beyond : Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention, Munich, Londres, Selliers, 2004
- HERBER ROLF/CZERWENKA BEATE, Internationales Kaufrecht. Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Munich, Beck, 1991
- HONNOLD JOHN O./FLECHTNER HARRY M., Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4e éd., Deventer, Boston, Kluwer, 2009
- HONSELL HEINRICH (éd.), Kommentar zum UN-Kaufrecht : Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), bearb. von C. Brunner, 2e éd., Berlin, Springer, 2010
- KRÖLL STEFAN/MISTELIS LOUKAS/VISCASILLAS PILAR PERALES (éd.), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Munich, C.H. Beck, 2011
- MAGNUS ULRICH (éd.)/MARTINEK MICHAEL (réd.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch : mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 15e éd., Berlin, Sellier-de Gruyter, 2005
- NEUMAYER KARL H./MING CATHERINE, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises : commentaire Lausanne, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1993
- SCHLECHTRIEM PETER (éd.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht : das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG-Kommentar, Munich, C.H. Beck, 1990
- SCHLECHTRIEM PETER/SCHWENZER INGEBORG (éd.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht : das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG, 4e éd., Munich, C.H. Beck, 2004; 5e éd., Munich, C.H. Beck, Bâle, Helbing

Lichtenhahn 2008 [les trois éditions précédentes sont parues sous la plume du seul Peter Schlechtriem, la première datant de 1989¹]

SCHLECHTRIEM PETER/SCHWENZER INGEBORG (éd.), *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)* 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010

SCHMIDT KARSTEN (éd.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 6, §§ 373-406 Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den Internationalen Warenkauf - CISG. Viertes Buch, Handelsgeschäfte. Zweiter Abschnitt, Handelskauf. Dritter Abschnitt, Kommissionsgeschäft*, 2e éd. Munich, C.H. Beck, 2007

WESTERMANN HARM PETER, *UN-Kaufrecht (CISG)*, in : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vol. 3 : Schuldrecht Bes. Teil, Part I*, 4e éd., Munich (C.H. Beck) 2004.

WITZ WOLFGANG/SALGER HANNS-CHRISTIAN/LORENZ MANUEL, *International Einheitliches Kaufrecht : Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 2000

C. Monographies²

AKIKOL DIANA, *Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf : Obligationenrecht und UN-Kaufrecht (CISG)*, thèse, Zurich, Schulthess, 2008

BAMMARNY BAWAR, *Treu und Glauben und UN-Kaufrecht (CISG) : eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Schwerpunkt auf dem islamischen Rechtskreis*, Frankfurt am Main, P. Lang, 2011

BENEDICK GILLES, *Die Informationspflichten im UN-Kaufrecht (CISG) und ihre Verletzung : unter Berücksichtigung des Zusammenspiels mit dem nationalen schweizerischen Recht*, Berne, Stämpfli, 2008

BERNSTEIN HERBERT/LOOKOFSKY JOSEPH, *Understanding the CISG in Europe*, 3e éd., The Hague, Kluwer Law International, 2008

BETTSCHART SÉBASTIEN (éd.), *Les ventes internationales - Journée d'études en l'honneur du Prof. Karl H. Neumayer*, Lausanne 1998

¹ Cette première édition constitue la suite de l'œuvre d'Ernst von Caemmerer, comme le précise l'avant-propos de la première édition.

² Avec un accent sur la doctrine suisse (notamment les thèses).

- BOTZENHARDT BERTRAND, Die Auslegung des Begriffs der wesentlichen Vertragsverletzung im UN-Kaufrecht, Berne, P. Lang/Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1998
- BUCHER EUGEN (éd.), Wiener Kaufrecht : der schweizerische Aussenhandel unter dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf : Berner Tage für die juristische Praxis, Berne, Stämpfli, 1991
- CERUTTI ROMEO, Das U.S. amerikanische Warenkaufrecht : mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf das schweizerische und das deutsche Recht, das CISG sowie die UNIDROIT Principles, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verl., 1998
- CONRAD PETER, Die Lieferung mangelhafter Ware als Grund für eine Vertragsaufhebung im einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG) : unter Berücksichtigung des öffentlich-rechtlich bedingten Sachmangels, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999
- CORVAGLIA STEFANO, Das einheitliche UN-Kaufrecht, CISG, Berne, Stämpfli, 1998
- DESSEMENTET FRANÇOIS (éd.), Les contrats de vente internationale de marchandises, Lausanne, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1991
- DONATIELLO GIUSEPPE, Responsabilité du débiteur : de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations : codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse, thèse, Genève, Schulthess, 2010
- DRASCH WOLFGANG, Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle vorformulierter Geschäftsbedingungen im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999
- ERDEM H. ERCUMENT, La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne : Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980, Fribourg, Ed. Universitaires, 1990
- FERRARI FRANCO (éd.), The CISG and its impact on national legal systems, Munich, Sellier, 2008
- FERRARI FRANCO (éd.), Quo vadis CISG? : celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Brussels, Bruylant, Munich, Sellier, Paris : Forum européen de la communication, 2005

- FERRARI FRANCO, *International sale of goods : applicability and applications of the United Nations Convention on contracts for the international sale of goods*, Basle, Geneva, Helbing & Lichtenhahn, Brussels, Bruylant, 1999
- GELZER PHILIPP, *Zur Wünschbarkeit der Anpassung des schweizerischen Kaufrechts an die EU-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf und das UN-Kaufrecht*, Bâle, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2003
- GERNY MICHAEL GEORG, *Untersuchungs- und Rügepflichten beim Kauf nach schweizerischem, französischem und US-amerikanischem Recht sowie nach CISG*, Bâle, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1999
- GRIESER SIMON GOTTLIEB, *Die Behandlung von atypischen Kaufverträgen im UN-Kaufrecht : eine Untersuchung der Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts auf den Leasing-, Mietkauf-, Vertriebsvertrag und andere Vertragstypen*, Frankfurt am Main, Berne, P. Lang, 2004
- HAMMER WOLF-HENNING, *Das Zurückhaltungsrecht gemäss Art. 71 CISG im Vergleich zu den Kaufgesetzen der nordischen Staaten unter Einbeziehung transportrechtlicher Aspekte : eine rechtsvergleichende Studie*, Berne, P. Lang/Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1999
- IMBERG ALEXANDER, *Die Verteilung der Beweislast beim Gefahrübergang nach UN-Kaufrecht*, Berne, P. Lang, 1998
- JANSEN JACQUELINE, *Die Haftung des Verkäufers für Vorlieferanten, insbesondere bei mangelhafter Ware, nach CISG, OR und BGB*, Zurich, Bâle, Genève, Schulthess, 2003
- JUNG REINHARD, *Die Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht : insbesondere beim Vertragsabschluss, bei Vertragsverletzungen des Käufers, bei allgemeinen Bestimmungen sowie bei gemeinsamen Bestimmungen über Verkäufer- und Käuferpflichten*, Berne, P. Lang, 1996
- KNETSCH SEBASTIAN, *Das UN-Kaufrecht in der Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main, P. Lang, 2011
- KRÜGER ULRICH, *Modifizierte Erfolgshaftung im UN-Kaufrecht : die Haftungsbefreiung bei Lieferung vertragswidriger Ware gemäss Art. 79 CISG*, Berne, P. Lang/Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1999
- LAUTENBACH BORIS, R. *Die Haftungsbefreiung im internationalen Warenkauf nach dem UN-Kaufrecht und dem schweizerischen Kaufrecht*, Zurich, thèse, 1990

- DE LUKOWICZ DANIELA, *Divergenzen in der Rechtsprechung zum CISG : auf dem Weg zu einer einheitlichen Auslegung und Anwendung?*, Frankfurt am Main, Berne, P. Lang, 2001
- MARCHAND SYLVAIN, *Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale : mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse*, thèse de Genève, Bâle, Francfort-sur-le-Main, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1994
- MORSCHER THOMAS, *Staatliche Rechtssetzungsakte als Leistungshindernisse im internationalen Warenkauf : ihre kollisionsrechtliche Behandlung im schweizerischen IPR-Gesetz und im UN-Kaufrecht*, Bâle, Frankfurt a.M., Helbing & Lichtenhahn, 1992
- PICHONNAZ PASCAL, *Impossibilité et exorbitance : étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM)*, Fribourg Suisse, Ed. Universitaires, 1997
- SCHMUTZ PASCAL, *Die Gefahrentragung beim Kaufvertrag nach schweizerischem und UNCITRAL-Kaufrecht*, Bâle, thèse, 1983
- SCHNEIDER DIRK, *UN-Kaufrecht und Produkthaftpflicht : zur Auslegung von Art. 4 Satz 1 und Art. 5 CISG und zur Abgrenzung vertraglicher und ausservertraglicher Haftung aus der Sicht des CISG*, Bâle, Frankfurt a.M., Helbing & Lichtenhahn, 1995
- SCHÜTZ MARKUS, *UN-Kaufrecht und "Culpa in contrahendo"* Frankfurt a.M., Berne, P. Lang, 1996
- SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (éd.), *International Sales Law*, Londres, New York, Routledge Cavendish, 2007
- TANNÒ PATRICK, *Die Berechnung der Rügefrist im schweizerischen, deutschen und UN-Kaufrecht*, St. Gallen, Dike Verlag, 1993
- VENTURI SILVIO, *La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose : le code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, thèse, Fribourg Suisse, Ed. Universitaires, 1994
- VETTER PETER HERBERT, *Probleme der Sachverschaffung, der Sachqualität und des Sachuntergangs beim Warenkauf nach schweizerischem Obligationenrecht und Wiener Kaufrecht*, Bâle, Novartis, 1998
- VULLIÉTY JEAN-PAUL, *Le transfert des risques dans la vente internationale : comparaison entre le code suisse des obligations et la Convention de*

Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980, Genève, thèse, Helbing & Lichtenhahn, 1998

WEY MARC, Der Vertragsschluss beim internationalen Warenkauf nach 'UNCITRAL' und schweizerischem Recht : mit Einschluss der Anwendungs- und allgemeinen Bestimmungen des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (Wien, 11. April 1980), Bâle, thèse, 1984

WILL MICHAEL R., International sales law under CISG : the UN convention on contracts for the international sale of goods (1980) : the first [...] decisions, Genève, Faculté de droit, Unité de droit allemand, 1994-1995-1998-1999-2000

WILL MICHAEL R. CISG and China : theory and practice : an intercontinental exchange, Genève, Faculté de droit, Unité de droit allemand, 1999

ZELLER Bruno, Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009

D. Contributions et articles³

BETTSCHART SEBASTIEN (éd.), Les ventes internationales - Journée d'études en l'honneur du Prof. Karl H. Neumayer, Lausanne 1998

BUCHER EUGEN (éd.), Wiener Kaufrecht : der schweizerische Aussenhandel unter dem UN-Übereinkommen über den internationalen Warenkauf, Berner Tage für die juristische Praxis, Berne, Staempfli, 1991

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht *in* : Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, Zurich, 1993, 5 p. 653-668 / 1995, 3, p. 269-281 / 1996, 1, p. 43-58 / 1997, 1, p. 129-143 / 1998, 1, p. 75-90 / 1999, 2, p. 177-205 / 2000, 1, p. 109-120 / 2002, 1, p. 139-150 / 2003, 1, p. 101-104 / 2004, 1, p. 103-109 / 2005, 1, p. 115-125 / 2006, 1, p. 193-209 / 2007, 1, p. 147-154 / 2008, 1/2, p. 173-207

CHAPPUIS CHRISTINE, La compatibilité du droit suisse des contrats avec les standards internationaux *in* : Le contrat dans tous ses états, Berne, Staempfli, 2004, p. 305-340

CHAPPUIS CHRISTINE, Est-ce bien "raisonnable" ? ou Les prétendues lacunes du droit uniforme de la vente internationale *in* : Economie, environnement, éthique, Genève, Schulthess, 2009, p. 95-102

³ Contributions et articles d'auteurs suisses, ou parus dans des revues ou ouvrages publiés en Suisse.

- FAVRE-BULLE XAVIER, La vente internationale d'un produit défectueux selon la Convention de Vienne *in* : Christine Chappuis / Bénédicte Winiger (éd.), Responsabilités objectives, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2003, p. 105-144
- GAUCH PETER, Werkvertrag und "Wiener Kaufrecht" (WKR) *in* : Baurecht, Freiburg, 1993, n° 1, p. 23-25
- HONSELL HEINRICH, Das Übereinkommen über den internationalen Warenkauf (Wiener Kaufrecht) *in* : Plädoyer, St. Gallen, année 8 (1990), n° 2, p. 38-44
- JOERIN JEAN-MARC/TREYER CLAUDE, Discrepancies between lack of conformity notification requirements in CISG 39(2) and the statute of limitations in CO 210(1) : gap filling by arbitral tribunals or prerogative of legislator? *in* : Bulletin ASA - Bâle - Année 18(2000), 1, p. 82-91
- KNOEPFLER FRANÇOIS/SCHWEIZER PHILIPPE, Tribunal fédéral, 1re Cour civile, 16 décembre 2009, X. et Y. c/Z., 4A_240/2009, *in* : RSDIE 2011, p. 361-363, n. 22
- KOLLER THOMAS, Aliud und peius : wirklich überholt? - oder : was das CISG und das revidierte deutsche Recht dem OR (noch) voraus haben *in* : Privatrecht und Methode : Festschrift für Ernst A. Kramer, Bâle, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2004, p. 531-550
- KOLLER THOMAS, Das Regressrecht des CISG-Importeurs gegen den CISG-Verkäufer bei Produkthaftungsfällen mit Körperschäden *in* : Norm und Wirkung, Berne, Stämpfli, 2005, p. 421-447
- KOLLER THOMAS/STALDER MICHAEL, Vertragsrecht und internationaler Handel : die Vertragswidrigkeit der Ware im UN-Kaufrecht (CISG) bei national unterschiedlichen öffentlichrechtlichen Beschaffenheitsvorschriften *in* : Gauchs Welt : Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zurich, Bâle, Genève, Schulthess, 2004, p. 477-492
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SCHWANDER IVO, Zum Anwendungsbereich des UN-Kaufrechtsübereinkommens *in* : Emptio - venditio inter nationes, Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1997 p. 33-57
- MEYER JUSTUS, UN-Kaufrecht in der schweizerischen Anwaltspraxis *in* : Schweizerische Juristen-Zeitung 104(2008), H. 18, p. 421-428
- MOHS FLORIAN, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 17.12.2009, BGE 136 III 56 (4A_440/2009), A. gegen B. SA, Beschwerde in Zivilsachen *in* : AJP 2011, p. 425-429

- MOHS FLORIAN/HACHEM PASCAL, Verjährung von Ansprüchen des Käufers wegen Nichtlieferung und Lieferung vertragswidriger Ware aus CISG nach internem Schweizer Recht : zugleich eine Urteilsanmerkung zum Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Mai 2009, CISG-online 1900 *in* : AJP, Lachen, 2009, 12, p. 1541-1549
- NEUMAYER KARL H., Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen und die sogenannte "battle of forms" *in* : Walter J. Habscheid (éd.) Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur Dr. phil. Hans Giger, Berne, Stämpfli, 1989, p. 501-526
- RÜEGG ERICH, Die Leistungsbefreiungen im UN-Kaufrecht (CISG) *in* : Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zurich, Bâle, Genève, Schulthess, 2005, p. 253-270
- SCHAUER MARTIN, Grundprinzipien des Leistungsstörungenrechts im ABGB, UN-Kaufrecht und in den PECL : eine vergleichende Skizze *in* : Privatrecht und Methode : Festschrift für Ernst A. Kramer, Bâle, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2004, p. 627-645
- SCHLECHTRIEM PETER, Die Pflichten des Verkäufers und die Folgen ihrer Verletzung, insbesondere bezüglich der Beschaffenheit der Ware *in* : Wiener Kaufrecht, Berne, Stämpfli, 1991, p. 103-142
- SCHLECHTRIEM PETER, Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des UN-Übereinkommens über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) *in* : AJP, Lachen, 1992, H. 3, p. 339-357
- SCHLECHTRIEM PETER, CISG : Auslegung, Lückenfüllung und Weiterentwicklung *in* : Symposium für Frank Vischer, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 47-69
- SCHWANDER IVO, Urteil des Bundesgerichts, I. zivilrechtliche Abteilung, 18. Mai 2009, X. AG c. Y AG, Beschwerde (4A_68/2009), *in* : RSDIE 2010, p. 410
- SCHWENZER INGEORG, Die "clausula" und das CISG *in* : Tradition mit Weitsicht, Berne, Stämpfli, 2009, p. 723-741
- SCHWENZER INGEORG/HACHEM PASCAL, The scope of the CISG provisions on damages *in* : Contract damages, Oxford, Hart Publ., 2008, p. 91-105
- STALDER MICHAEL, Die Beweislast und wichtige Rügemodalitäten bei vertragswidriger Warenlieferung nach UN-Kaufrecht (CISG) *in* : AJP, Lachen, 2004, 12, p. 1472-1482

- WERRO FRANZ, *La responsabilité du vendeur dans le commerce international et dans le marché intérieur européen in : La Semaine Judiciaire, Genève, 2002 II, p. 289-323*
- WESTERMANN HARM PETER, *Das UN-Kaufrecht im Aufschwung? : Anwendungsbereich und Anwendungsvoraussetzungen in : Privatrecht und Methode : Festschrift für Ernst A. Kramer, Bâle, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2004, p. 717-733*
- WIEGAND WOLFGANG, *Die Pflichten des Käufers und die Folgen ihrer Verletzung in : Wiener Kaufrecht, Berne, Stämpfli, 1991, p. 143-163*
- WILL MICHAEL R., *International sales law under CISG : the UN Convention on contracts for the international sale of goods (1980) : the first 300 or so decisions in : Emptio - venditio inter nations, Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1997, p. 457-579*
- WILL MICHAEL R., *UN-Kaufrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit in : Rudolf Meyer zum Abschied, Genève : Unité de droit allemand/Faculté de droit, 1999, p. 145-163*
- WILL MICHAEL R., *"Meine Grossmutter in der Schweiz... " : zum Konflikt von Verjährung und Rügefrist nach UN-Kaufrecht in : Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, Munich, Sellier, 2001, p. 623-642*

E. Advisory Council Opinions⁴

CISG AC OPINION 1 : Electronic Communications under CISG

CISG AC OPINION 2 : Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39

CISG AC OPINION 3 : Parol Evidence Rule, Plain Meaning Rule, Contractual Merger Clause and the CISG

CISG AC OPINION 4 : Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG)

CISG AC OPINION 5 : The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents

CISG AC OPINION 6 : Calculation of Damages under CISG Article 74

CISG AC OPINION 7 : Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG

⁴ <http://www.cisgac.com/>

CISG AC OPINION 8 : Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76

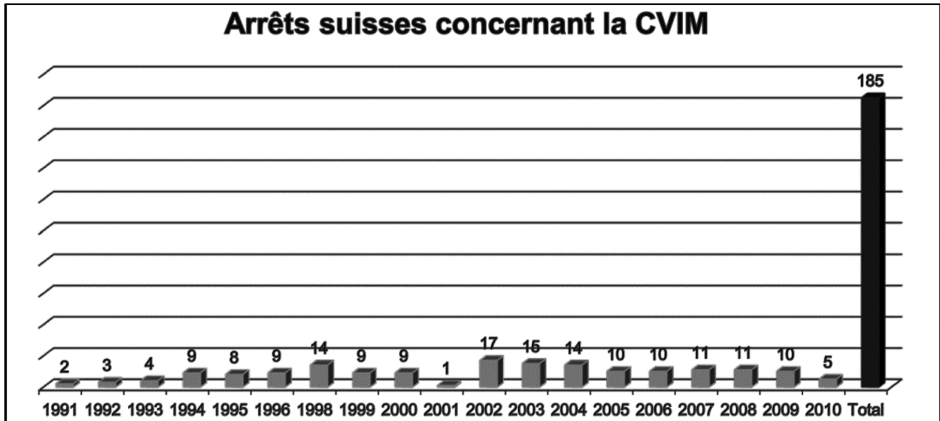
CISG AC OPINION 9 : Consequences of Avoidance of the Contract

F. Banques de données

1. <http://www.unilex.info> (site de doctrine et de jurisprudence sur la CVIM et les Principes d'UNIDROIT)
2. http://www.uncitral.org/uncitral/fr/case_law/digests/cisg.html (précis CNUDCI de jurisprudence concernant la CVIM)
3. <http://cisg-online.ch> (site créé en 1995 par le Prof. Schlechtriem, repris par la Prof. Schwenzer : jurisprudence, doctrine, autres textes, en langue anglaise)
4. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cisg-toc.htm> (Electronic Library on the CISG and International Commercial Law, Pace University School of Law)

Annexes II

- Arrêts suisses concernant la CVIM
- Décisions fédérales et cantonales rendues en application de la CVIM (1991-2010)



Décisions fédérales et cantonales rendues en application de la CVIM (1991-2010)

Années	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total	
Tribunal fédéral							1	1		6		3	2	3	3	2	2	2	4	2	31	
Zürich (ZH)	1		1	1	2	1	1	3	2	1		1	1	1	1	1	2	1	1	1	2	21
Zoug (ZG)				3	2		1	1	2			1	1	2	1	1	1	1	1	1	1	18
Valais (VS)				3			1	2				1	2		2	2	1					15
Argovie (AG)							1	2	1			1	1	1	1		2	2	1			12
Saint-Gall (SG)					3		2	1				1	1	1	1				1	1	1	12
Vaud (VD)		1	2	1			3	1		2		1	1									12
Genève (GE)							2	1				3	1			2						9
Berne (BE)								2	1		1	1	1	2				1	1			8
Tessin (TI)	1	1							2	1		1	1				1					8
Bâle Ville (BS)		1					1					1	1	1	1			1				6
Lucerne (LU)							1					1	1	2				1				6
Thurgovie (TG)				1	1			1				1	1		1							5
Appenzell Rhodes-Extérieures																	1	1	1			4
Fribourg (FR)							1	1						1								4
Schaffhouse (SH)												2	1	1								4
Bâle Campagne (BL)			1					1	1													3
Nidwald (NW)							1	1							1							3
Jura (JU)														1		1						2
Glaris (GL)																		1				1
Obwald (OW)															1							1
Appenzell Rhodes-Intérieures																						
Grisons (GR)																						
Neuchâtel (NE)																						
Soleure (SO)																						
Schwytz (SZ)																						
Uri (UR)																						
Total	2	3	4	9	8	9	14	14	9	9	1	17	15	14	10	10	11	11	10	10	5	185

Sources: bger.ch - swisslex.ch - cisg-online.ch (au 07.11.2011)

Table des matières

Avant-propos	V
Sommaire.....	VII

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN

Familles et Convention européenne des droits de l'homme:

Incidences en droit de la filiation	1
I. Introduction	1
II. Les rapports entre le droit interne et la CEDH	3
A) La primauté du droit international	3
B) L'influence des arrêts de la CourEDH en droit suisse	5
III. L'analyse du droit au respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH	6
A) Le lien familial protégé	6
1) Le lien de parenté juridique	6
2) Le lien de parenté biologique	7
3) En l'absence d'un lien de parenté	9
4) Le désir de fonder une famille	10
B. Les modes d'interprétation de la Convention	11
1) Un instrument vivant	11
2) Des obligations positives	13
IV. Des aspects choisis du droit civil suisse sous la loupe de la CEDH	14
A) L'établissement et la contestation de la filiation hors adoption	14
1) La cessation de la présomption de paternité	16
2) Les délais pour établir et contester la filiation	17
3) La qualité pour agir en constatation et en contestation de la paternité	20
B) L'établissement de la filiation découlant de l'adoption	23
1) Un droit conventionnel d'adopter	23
2) L'adoption par un couple non marié	24
3) L'interdiction de l'adoption pour les partenaires enregistrés	26
C) L'établissement de la filiation par procréation médicalement assistée	30
D) La place du père biologique	32
1) Le droit du père biologique à être informé.....	32
2) Les obstacles à l'établissement de la paternité juridique du père biologique	32
3) Droit de visite du père biologique ?	33
E) De l'autorité parentale et du droit aux relations personnelles	35
1) L'autorité parentale	36

2) Le droit aux relations personnelles et son exécution	40
a) Les principes régissant le droit aux relations personnelles	40
b) L'exécution du droit aux relations personnelles	42
V. Conclusion	47
Bibliographie	48

JOËLLE KÜNG

L'enlèvement international d'enfant: deux ans d'expériences avec la loi fédérale et développements récents à l'étranger	57
I. Introduction	57
II. Quelques statistiques	58
A) Statistiques globales	58
B) Statistiques suisses	59
III. La Convention de La Haye de 1980	59
A) Généralités	59
B) Conditions de la Convention	59
C) Exceptions au retour	60
D) Notions clé de la Convention	62
1) Des notions autonomes	62
2) Le droit de garde.....	62
3) La résidence habituelle	63
IV. La loi fédérale LF-EEA	64
A) Généralités	64
B) Concentration d'instances	65
C) Conciliation ou médiation obligatoire	66
D) Représentation de l'enfant	67
E) Exécution de la décision	68
V. Développements internationaux récents	70
A) Jurisprudence étrangère	70
1) Cour suprême des États-Unis	70
2) Cour européenne des droits de l'homme	70
3) Cour de justice européenne	72
B) Commission spéciale de juin 2011 et de janvier 2012	72
C) Convention de La Haye de 1996	74
VI. Conclusion	75

JENNIFER LAMESTA & MARGARETA BADDELEY

Au nom du père et de la mère - Étude comparative sur le droit du nom dans la perspective du droit du nom 2013	77
I. Introduction	77
II. Droit suisse actuel	78
A) Le nom des époux	79
1) Le nom de famille commun (art. 160, 30 al. 2)	79
2) Le double nom de l'un des époux	80
3) Les noms à choix pour constituer le nom légal (art. 160 et 30 al. 2)	81
4) Le nom d'alliance, nom extra-légal	81
5) En cas de dissolution du mariage et de remariage	81
B) Le nom des enfants	82
C) Le changement ordinaire du nom légal (art. 30 al. 1)	82
D) Conclusion	83
III. Révision du droit du nom	84
A) L'initiative parlementaire SANDOZ	84
B) L'initiative parlementaire LEUTENEGGER OBERHOLZER	85
C) Etat des lieux intermédiaire	86
IV. Droit comparé	87
A) Pays de tradition germanique : Allemagne, Autriche	88
1) Le nom des personnes mariées	88
2) Le nom des enfants	89
B) Les pays de tradition romaine : France et Espagne	90
1) Le nom des époux	90
2) Le nom des enfants	91
C) Deux extrêmes : Italie, Portugal	92
1) Le nom des époux	92
2) Le nom des enfants	93
D) Les pays anglo-saxons : Angleterre, Canada, États-Unis	94
E) Conclusion	95
V. La nouvelle loi en matière de nom de famille du 30 septembre 2011	95
A) 2009-2011 : le passage à vide et la naissance de la loi nouvelle	95
B) Examen de la nouvelle loi	98
1) Le choix du nom des époux au mariage	98
2) Le nom des époux en cas de dissolution du mariage	100
3) Le nom des enfants de parents mariés	101
4) Le nom des enfants de parents non mariés	103
5) Article 30 al. 1 nCC	104

C) L'interprétation évolutive du nom de célibataire ?	105
VI. Conclusion : quelles perspectives pour la nouvelle législation ?	106

AUDREY LEUBA

Le partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un divorce comportant des éléments d'extranéité	109
I. Introduction	109
II. Les règles de droit international privé applicables en matière de divorce	110
A) Compétence	110
B) Droit applicable	113
III. Quelques cas en particulier	116
A) Lorsque l'action en divorce est pendante devant les tribunaux suisses	116
1) Le divorce est soumis au droit étranger et les avoirs de prévoyance sont situés en tout ou en partie en Suisse	116
2) Le divorce est soumis au droit suisse et les avoirs de prévoyance sont situés uniquement auprès d'institutions de prévoyance non soumises à la Loi fédérale sur le libre passage (LFLP)	118
3) Le divorce est soumis au droit suisse et les avoirs de prévoyance sont situés non seulement en Suisse, mais aussi auprès d'institutions de prévoyance non soumises à la LFLP	120
B) Lorsque le jugement de divorce a été rendu à l'étranger	121
1) Reconnaissance et exécution	121
2) Complément	123
IV. L'avant-projet de révision de décembre 2009	126
V. Conclusion	129
Bibliographie	130

DELPHINE PANNATIER KESSLER

Trust, droit de suite et mention au Registre foncier selon l'article 149d LDIP	133
I. Introduction	133
II. Présentation des concepts	134
III. Reconnaissance du droit de suite en Suisse	135
A) Les dispositions topiques de la Convention	135
B) L'article 11 al. 3 lit. d CHT	136
C) Proposition d'interprétation en faveur de la reconnaissance	138
IV. Mention de l'article 149d LDIP	140
A) L'article 149d LDIP	141

B)	Les nouvelles dispositions en relation avec des trusts de l'ORF révisée	142
C)	L'examen du pouvoir de disposer du trustee en cas de mention	144
1)	Examen par le Registre foncier	144
2)	Examen par le notaire	146
3)	Conclusion	147
V.	Compatibilité avec le droit impératif	147
A)	Protection de l'acquéreur de bonne foi	148
B)	Conséquences pratiques	150
VI.	Conclusion	151

NICOLAS JEANDIN & AUDE PEYROT

	Convention de Lugano: for et droit élu à l'épreuve de la protection du consommateur dans l'activité transfrontalière des banques	153
I.	Introduction	153
II.	Quelle efficacité des conventions de for ?	154
A)	A la recherche d'une certaine prévisibilité juridico-judiciaire... ..	154
B)	Le caractère semi-impératif du for du consommateur	154
C)	Notion de « contrat conclu avec un consommateur »	155
1)	Notion de l'art. 13 aCL	155
a)	Dans la jurisprudence suisse	155
b)	Dans la jurisprudence étrangère	157
c)	Comparaison avec la notion du droit suisse	158
2)	Notion de l'art. 15 CLrév	159
D)	Art. 15 al. 1 lit. c CLrév : l'assouplissement des conditions de mise en œuvre de la protection conventionnelle et le cas du commerce électronique	160
E)	Conclusion intermédiaire	161
III.	Quelle portée des <i>professio juris</i> ?	162
A)	Problématique	162
B)	Le règlement Rome I	163
1)	Autonomie de la volonté et protection du consommateur	163
a)	Réserve en faveur du droit impératif	164
b)	Réserve en faveur des lois de police	164
2)	La solution paradoxale du droit suisse	166
IV.	Conclusion	166

BÉNÉDICT FOËX

	L'eurohypothèque: une cantatrice chauve au registre foncier ?	169
I.	Introduction	169
II.	Une cantatrice chauve pour la danse des sept voiles (<i>Salome</i>)	170

A) Le Rapport Segré (1966)	170
B) Proposition de l'UINL (1987)	170
C) Rapport du Forum Group on Mortgage Credit (2004)	170
D) Basic Guidelines for a Eurohypothech (2005)	171
E) Livre vert sur le Crédit hypothécaire (2005)	171
F) Livre blanc et Directive (2007 et 2011)	172
G) Petit bilan	172
III. Si la cantatrice chauve se produisait, elle serait... ..	172
A) Lakmé : « Pourquoi ? » (pourquoi une eurohypothèque ?)	173
B) Carmen : « Il n'a jamais, jamais connu de loi » (comment légiférer ?)	173
C) Lucia di Lammermoor : « Il tuo scritto sempre viva la memoria » (inscription dans un registre et émission d'un titre)	175
D) Isolde : « Ewig einig » (une eurohypothèque non-accessoire ?)	176
E) Elektra : « Triff noch einmal ! » (le emploi de l'eurohypothèque)	177
F) Konstanze : « Welcher Wechsel herrscht » (la monnaie de la créance garantie)	177
G) Azucena : « Stride la vampa ! » (la réalisation)	178
IV. Les conclusions de Turandot	179
Bibliographie	181
 CHRISTINE CHAPPUIS	
La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM) a-t-elle pénétré le droit suisse ?	183
Introduction	183
I. Vingt ans après l'entrée en vigueur de la CVIM	185
A) La doctrine suisse	185
B) La jurisprudence suisse	186
C) Les instruments non juridiques d'uniformisation	191
II. Deux notions clés en comparaison avec le droit suisse	192
A) La contravention essentielle donnant droit à la résolution du contrat	192
B) Le défaut de conformité et sa notification	194
Conclusion	196
Annexe 1 : Bibliographie sélective sur la CVIM	197
Annexe 2 : Décisions fédérales et cantonales rendues en application de la CVIM (1991-2010)	208

Liste des ouvrages

- Alberini, Adrien* 2010
Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution
- Baddeley, Margareta* 1994
L'association sportive face au droit
Les limites de son autonomie
- Baddeley, Margareta (éd.)* 1999
La forme sociale de l'organisation sportive
Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999
- Bellanger, François (éd.)* 2000
L'Etat face aux dérives sectaires
Actes du colloque du 25 novembre 1999
- Bernard, Frédéric* 2010
L'Etat de droit face au terrorisme
- Bino, Maria-Antonella* 2006
Hospitalisation forcée et droits du malade mental
Etude de droit international et de droit comparé
- Botoy Ituku, Elangi* 2007
Propriété intellectuelle et droits de l'homme
L'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH / SIDA en Afrique
- Cattaneo, Daniele* 1992
Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage
Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen
- Chaix, François* 1995
Le contrat de sous-traitance en droit suisse
Limites du principe de la relativité des conventions
- Chappuis, Christine* 1991
La restitution des profits illégitimes
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse
- Chatton, Gregor T.* 2005
Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO
Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven
- Chavanne, Sylvie* 1993
Le retard dans l'exécution des travaux de construction
Selon le Code des obligations et la norme SIA 118

- Converset, Stéphanie* 2009
Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage
 De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'Etat sous l'angle du nouveau droit
- Curat, Philippe* 2006
Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale
- Défago Gaudin, Valérie* 2006
L'immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale
- Donatiello, Giuseppe* 2010
Responsabilité du débiteur: de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations
 Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse
- Droz, Johan* 2008
La substitution dans le contrat de mandat
- Ducrot, Michel* 2005
La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral
- Dunand, Jean-Philippe* 2000
Le transfert fiduciaire: « Donner pour reprendre »
Mancipio dare ut remancipetur
 Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005
Le dommage écologique
 Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998
Les paiements transfrontières dans un espace financier européen
- Fehlbaum, Pascal* 2007
Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?
- Foëx, Bénédicte* 1997
Le contrat de gage mobilier
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992
Le principe de la double incrimination
 En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garibian, Sévane* 2009
Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne
 Naissance et consécration d'un concept
- Garrone, Pierre* 1991
L'élection populaire en Suisse
 Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997
La nature cassatoire du recours de droit public
 Mythe et réalité
- Gonin, Luc* 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
 Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français
- de Gottrau, Nicolas* 1999
Le crédit documentaire et la fraude
 La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000
La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers

- Grodecki, Stéphane* 2008
L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève
- Guibentif, Pierre* 1997
La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Gutzwiller, Céline* 2008
Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse
- Hack, Pierre* 2003
La philosophie de Kelsen
Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000
Le principe de l'universalité en droit pénal international
Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990
L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse
- Hottelier, Michel* 1995
Le Bill of Rights et son application aux Etats américains
Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Issenhuth-Scharly, Ghislaine* 2009
Autonomie individuelle et biobanques
Etude de droit comparé (droit européen, droit français, droit suisse)
- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Jung, Anne* 2008
Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel: Suisse et Belgique
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/Roth, Robert/Sardi, Massimo/Strasser, François Roger* 1994
La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/Robert, Christian-Nils* 2006
L'art de punir
Les représentations sociales d'une «juste» peine

- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
 Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
 Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Marti, Ursula* 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
 Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
 Nature juridique et constitutionnalité
- Ordolli, Stiliano* 2008
Histoire constitutionnelle de l'Albanie des origines à nos jours
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Pavlidis, Georgios* 2012
Confiscation internationale: instruments internationaux, droit de l'Union européenne, droit suisse
- Peter, Henry* 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais

- Rohmer, Sandrine* 2006
Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée
 Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique
- Sambuc Bloise, Joëlle* 2007
La situation juridique des Tziganes en Suisse
 Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme
- Scartazzini, Gustavo* 1991
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
 Avec un aperçu des différentes théories de la causalité
- Schneider, Jacques-André* 1994
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation
 Etude de droit suisse et comparé
- Schröter, François* 2007
Les frontières de la Suisse: questions choisies
- Soma, Abdoulaye* 2009
Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique
- Stieger-Chopard, Arlette* 1997
L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
 Etude de droit allemand et de droit suisse
- Tanquerel, Thierry* 1996
Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis
- Tevini Du Pasquier, Silvia* 1990
Le crédit documentaire en droit suisse
 Droits et obligations de la banque mandataire et assignée
- Tornay, Bénédicte* 2008
La démocratie directe saisie par le juge
 L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse
- Trigo Trindade, Rita* 1996
Le conseil d'administration de la société anonyme
 Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs
- Voïnov Kohler, Juliette* 2006
Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit
- Vulliéty, Jean-Paul* 1998
Le transfert des risques dans la vente internationale
 Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980
- Werly, Stéphane* 2005
La protection du secret rédactionnel
- Wisard, Nicolas* 1997
Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile
- Zellweger, Tobias* 2008
Les transports collectifs de personnes dans l'agglomération francogène-voise: Etude de droit transfrontalier

Recueils de textes

(anciennement « Série rouge »)

*Auer, Andreas/Flückiger, Alexandre/ 2007
Hottelier, Michel (éd.)*

Les droits de l'homme et la constitution. Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni

*Auer, Andreas/Delley, Jean-Daniel/ 2001
Hottelier, Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)*

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du
Professeur Charles-Albert Morand

*Cassani, Ursula/Roth, Robert/
Sträuli, Bernhard (éd.) 2009*

Montrer la justice, penser le droit pénal

Colloque en l'honneur du Professeur
Christian-Nils Robert

*Chappuis, Christine/ 2006
Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)*

Le législateur et le droit privé

Colloque en l'honneur du professeur
Gilles Petitpierre

*Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998
Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)*

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010

**Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?**

L'efficacité entre éthique et droit

Foëx, Bénédicte/Jeandin, Nicolas (éd.) 2011

Le Code de procédure civile

Aspects choisis

*Foëx, Bénédicte/Hottelier, Michel/ 2007
Jeandin, Nicolas (éd.)*

Les recours au Tribunal fédéral

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000

**Insolence, désendettement
et redressement**

Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Hottelier, Michel (éd.) 2011

Albert Cohen

L'écrivain au service de l'Etat de droit

Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

*Kellerhals, Jean/Maniä, Dominique/ 2002
Roth, Robert (éd.)*

Pour un droit pluriel

Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997

**Problèmes actuels de droit
économique**

Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998

De l'autre côté du miroir

Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995

Droit des obligations et droit bancaire

Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006

**Droit de la consommation/
Konsumentenrecht/Consumer Law**

Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs

Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal

Mélanges en l'honneur du Professeur Raoul Oberson 1995

Trigo Trindade, Rita/Peter, Henry/Bovet, Christian (éd.) 2009

Economie Environnement Ethique

De la responsabilité sociale et sociétale Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

Baddeley, Margareta (éd.) 2007

La protection de la personne par le droit

Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler

Baddeley, Margareta/Foëx, Bénédicte (éd.) 2009

La planification du patrimoine

Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher

Baddeley, Margareta/Foëx, Bénédicte/Leuba, Audrey/Papaux Van Delden, Marie-Laure (éd.) 2012

Le droit civil dans le contexte international

Journée de droit civil 2011

Perrin, Jean-François/Chappuis, Christine 2008

Droit de l'association

3^e édition

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/Trechsel, Alexander H. 2001

Voter par Internet?

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/ Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000
Feuerwerk Volksrechte
Die Volksabstimmungen in den
schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement « Droit et Histoire »,
« Les grands juristes »
et « Grands textes »)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/
Walter, François (éd.) 1994
**Le libéralisme genevois, du Code civil
aux constitutions (1804–1842)**

Dufour, Alfred (éd.) 1998
**Hommage à Pellegrino Rossi
(1787–1848)**
Genevois et Suisse à vocation
européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001
Rossi, Pellegrino
Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003
**L'histoire du droit entre philosophie
et histoire des idées**

Dunand, Jean-Philippe 2004
Keller, Alexis (éd.)
Stein, Peter
Le droit romain et l'Europe
Essai d'interprétation historique,
2^{ème} édition

Hottelier, Michel (éd.) 2010
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Manai, Dominique 1990
Eugen Huber
Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002
Bonaparte et la Suisse
Travaux préparatoires de l'Acte
de Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003
Bonaparte, la Suisse et l'Europe
Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Dufour, Alfred/Monnier, Victor (Ed.) 2011
**La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse**
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Quastana, François/
Monnier, Victor (Ed.) 2008
**Paoli, la Révolution Corse
et les Lumières**
Actes du colloque international
organisé à Genève, le 7 décembre 2007

Reiser, Christian M. 1998
**Autonomie et démocratie
dans les communes genevoises**

Schmidlin, Bruno/ 1991
Dufour, Alfred (éd.)
**Jacques Godefroy (1587–1652)
et l'Humanisme juridique à Genève**
Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997
La responsabilité aquilienne romaine
Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002
La responsabilité aquilienne en droit commun
Damnum Culpa Datum

*Hottelier, Michel/
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2001
L'aménagement du territoire
Planification et enjeu

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing immobilier
Deux alternatives au transfert de propriété

*Foëx, Bénédicte /
Hottelier, Michel (éd.)* 2009
La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine

*Foëx, Bénédicte /
Hottelier, Michel (éd.)* 2007
Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier

*Hottelier, Michel/
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2005
Protection de l'environnement et immobilier
Principes normatifs et pratique jurisprudentielle

*Hottelier, Michel/
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2003
La propriété par étages
Fondements théoriques et questions pratiques

*Hottelier, Michel/
Foëx, Bénédicte (éd.)* 1999
Les gages immobiliers
Constitution volontaire et réalisation forcée

Droit administratif

*Bellanger, François/
Tanquerel, Thierry (éd.)* 2002
Les contrats de prestations

*Tanquerel, Thierry/
Bellanger, François (éd.)* 2002
L'administration transparente

Droit de la responsabilité

*Chappuis, Christine/
Winiger, Bénédicte (éd.)* 2005
Le préjudice
Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

*Chappuis, Christine/
Winiger, Bénédicte (éd.)* 2007
Les causes du dommage
(Journée de la responsabilité civile 2006)

Chappuis, Christine/ 2009
Winiger, Bénédicte (éd.)

**La responsabilité pour l'information
fournie à titre professionnel**
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Chappuis, Christine/ 2011
Winiger, Bénédicte (éd.)

**La preuve en droit de la responsabilité
civile**
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Etier, Guillaume 2006

Du risque à la faute
Evolution de la responsabilité civile
pour le risque du droit romain au droit
commun

Winiger, Bénédicte (éd.) 2008

**La responsabilité civile européenne
de demain**
Projets de révision nationaux et
principes européens

Europäisches Haftungsrecht morgen
Nationale Revisionsentwürfe und
europäische Haftungsprinzipien
(Colloque international à l'Université
de Genève)

Winiger, Bénédicte 2009

**La responsabilité aquilienne
au 19^{ème} siècle**
Damnum iniuria et culpa datum

Droit international

Daboné, Zakaria 2012

**Le droit international public relatif aux
groupes armés non étatiques**

Zouré, Théophile Noël 2012

**Le commerce des produits agricoles
dans le droit de l'OMC**

Cet ouvrage rassemble des contributions autour du thème Le droit civil dans le contexte international. La majorité d'entre elles reprennent les conférences présentées à l'occasion de la JOURNÉE DE DROIT CIVIL 2011 de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

Les textes traitent des questions d'actualité qui nécessitent l'application à la fois du droit civil interne et du droit international privé et conventionnel : le droit de la filiation et de la famille à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme, la législation suisse et comparée sur l'enlèvement international d'enfants, les droits du nom suisse actuel et futur en comparaison de quelques législations étrangères en la matière, la prévoyance dans le tourbillon d'un divorce international, le droit de suite en Suisse du trust de droit étranger, les for et droit élu et la protection du client bancaire par la Convention de Lugano, l'eurohypothèque et la pénétration du droit suisse par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.

Les problèmes juridiques et pratiques posés par ces sujets sont complexes. Les auteurs espèrent apporter des éclaircissements utiles aux praticiens et de l'inspiration aux théoriciens du droit et aux étudiants.

ISBN 978-3-7255-6653-2



9 783725 566532