

## La LDIP et les conventions de droit international privé

La Suisse est liée par un grand nombre de conventions internationales bilatérales et multilatérales de droit international privé<sup>1</sup>. Nous étudierons dans le cadre de cette présentation l'influence des conventions sur la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)<sup>2</sup>. Nous nous intéresserons plus spécifiquement à la manière dont elles sont intégrées dans la loi. Mais avant d'aborder cette question, quelques remarques introductives permettront de rappeler les bases du système conventionnel de droit international privé.

### 1. Introduction

#### 1.1. Les caractéristiques des conventions de droit international privé

Les conventions de droit international privé contiennent des règles qui permettent d'organiser les relations internationales entre particuliers. Elles ont pour but d'offrir la sécurité juridique nécessaire aux rapports juridiques de droit privé s'inscrivant dans un contexte international.

Dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, les règles de droit international privé sont codifiées au niveau international au moyen de conventions multilatérales plutôt que bilatérales. Les conventions multilatérales sont en effet plus adéquates pour atteindre un objectif d'unification, dès lors qu'elles ont pour vocation de s'appliquer dans plusieurs Etats. Cette codification se fait au sein d'institutions internationales dont le but est d'unifier le droit international privé au niveau régional ou mondial. La très grande majorité des conventions de droit international privé ont été adoptées sous l'égide de la Conférence de La Haye de droit international privé<sup>3</sup> qui a été créée en

<sup>1</sup> Professeur ordinaire de droit privé et de droit international privé à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

<sup>2</sup> Le site de l'Office fédéral de la justice (OFJ) recense les principales conventions bilatérales et multilatérales de droit international privé ratifiées par la Suisse: <http://www.rhf.admin.ch/hh/fr/home/zivil/recht.html>. La liste intégrale des traités internationaux en vigueur pour la Suisse peut être consultée sur le site du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) qui contient une banque de données des traités internationaux: <http://www.eda.admin.ch/leda/fr/home/topics/intla/intrea/dbsstv.html>.

<sup>3</sup> RS 291.

<sup>4</sup> L'art. 1 du Statut de la Conférence de La Haye de droit international privé prévoit que «La Conférence de La Haye a pour but de travailler à l'unification progressive des règles de

1893. Mais il arrive également de temps en temps qu'une convention de droit international privé soit négociée au sein d'un autre cadre institutionnel, tels que notamment l'ONU<sup>4</sup>, le Conseil de l'Europe<sup>5</sup> et la Commission internationale de l'état civil<sup>6</sup>. Dans la suite de cet exposé, nous nous concentrerons sur les Conventions de La Haye.

Le système d'adhésion aux Conventions de La Haye a évolué au cours du siècle passé<sup>7</sup>. Dans un premier temps, la participation à une convention n'était possible que pour quelques Etats qui s'accordaient une confiance mutuelle sur le fonctionnement de leurs ordres juridiques réciproques. Ces conventions étaient «fermées» en cela que le cercle des Etats contractants était déterminé à l'avance<sup>8</sup>. Par la suite, des conventions «semi-ouvertes» ou «semi-fermées» sont apparues: les Etats contractants devaient accepter l'adhésion de tout nouvel Etat, alternativement pouvaient opposer un veto à toute nouvelle adhésion<sup>9</sup>. Ce système d'adhésion

droit international privé». Le site de la Conférence de La Haye contient toutes les Conventions de La Haye: <http://www.hcch.net>.

<sup>4</sup> Par exemple: la Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger (RS 0.274.15); la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne) (RS 0.221.211.1). L'état des traités déposés auprès du Secrétaire général des Nations Unies peut être consulté sur le site: <http://treaties.un.org>. Dans le domaine spécifique du droit commercial international, des conventions (et d'autres instruments internationaux) sont élaborées sous l'égide de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI): <http://www.uncitral.org>. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) s'occupe de la négociation des conventions relatives à la propriété intellectuelle: <http://www.wipo.int/treaties>.

<sup>5</sup> Par exemple: la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (RS 0.211.230.01); la Convention européenne du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger (RS 0.274.161). Tous les traités du Conseil de l'Europe peuvent être consultés sur le site: <http://conventions.coe.int>.

<sup>6</sup> Par exemple: la Convention du 12 septembre 1962 relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels (RS 0.211.222.1); la Convention du 8 septembre 1976 relative à la délivrance d'extraits plurilingues d'actes de l'état civil (RS 0.211.112.112). Le site de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) recense les conventions internationales en matière d'état civil qui ont été négociées en son sein: <http://ciec1.org>. A ce sujet, voir KNOEPFLER F., *Les nouvelles conventions de La Haye de droit international privé*, Neuchâtel 1968, pp. 13-27; JESSURUN D'OLIVEIRA H.U., «Universalisme ou régionalisme de la Conférence de La Haye», *Revue critique de droit international privé* 1964, pp. 347-386, spéc. pp. 367-371.

<sup>8</sup> Par exemple: l'art. 27 al. 1 de la Convention de La Haye du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile (RS 0.274.11) stipule que «Les Etats représentés à la quatrième Conférence de droit international privé sont admis à signer la présente Convention [...]».

<sup>9</sup> Par exemple: l'art. 27 al. 1 de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> mars 1954 relative à la procédure civile (RS 0.274.12) prévoyant que «La présente Convention est ouverte à la signature des Etats représentés à la Septième session de la Conférence de droit international privé» est complétée par l'art. 31 al. 1 selon lequel «Tout Etat, non représenté à la Septième ses-

sième ou quasi-fermé garantissait aux Etats membres de se retrouver dans un cercle juridique connu, entre *a few good friends*. Quoique satisfaisant du point de vue de la sécurité juridique, ce système d'adhésion aux Conventions de La Haye ne permettrait pas d'atteindre l'objectif d'unification du droit. Pour cette raison, il a peu à peu cédé sa place à un système d'adhésion plus libéral: les Conventions de La Haye sont aujourd'hui ouvertes à la signature de tous les Etats, sans possibilité d'opposition de la part des Etats contractants<sup>10</sup>. Cette évolution du système d'adhésion aux Conventions de La Haye est le reflet d'un accroissement de la marge de tolérance des Etats eu égard à des systèmes juridiques différents des leurs.

La même évolution peut être constatée en relation avec le champ d'application territorial des Conventions de La Haye<sup>11</sup>. Les premières conventions négociées à La Haye ne s'appliquent qu'aux relations entre les Etats contractants<sup>12</sup> ou à l'égard de particuliers rattachés à un Etat contractant<sup>13</sup>. Ces conventions trouvent leur fondement dans le principe de réciprocité. Elles illustrent l'idée de confiance mutuelle entre les Etats contractants. Par la suite sont apparues des conventions pour lesquelles les Etats contractants ont renoncé au principe de réciprocité<sup>14</sup>. Les dispositions de droit international privé qu'elles contiennent sont appliquées par les Etats contractants de façon universelle, soit également dans le cadre des relations avec un Etat non contractant<sup>15</sup>. Ces conventions sont donc applicables *erga omnes*. Plus récemment, des conventions qui séparent de cette dichotomie réciprocité / *erga*

sion de la Conférence, est admis à adhérer à la présente Convention, à moins qu'un Etat ou plusieurs Etats ayant ratifié la Convention ne s'y opposent, dans un délai de six mois [...]».

<sup>10</sup> Par exemple: l'art. 17 al. 1 de la Convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire prévoit que «La présente convention est ouverte à la signature de tous les Etats».

<sup>11</sup> VON OVERBECK A. E., *La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1992 II (Tome 233), pp. 11-98, spéc. pp. 33-39.

<sup>12</sup> Par exemple: l'art. 1 de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (RS 0.211.212.3) limite le champ d'application territorial de la convention aux décisions rendues dans un Etat contractant.

<sup>13</sup> Par exemple: l'art. 13 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (RS 0.211.231.01) limite le champ d'application territorial de la convention aux mineurs ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'un Etat contractant.

<sup>14</sup> VAN HOUTTE H., «La réciprocité des règles de conflit dans les conventions de La Haye», *Revue belge de droit international* 1991, pp. 491-503.

<sup>15</sup> Par exemple: l'art. 3 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.01) précise que «La loi désignée par la convention s'applique indépendamment de toute condition de réciprocité, même s'il s'agit de la loi d'un Etat non contractant».

omnes ont été négociées. Elles présentent la particularité d'avoir un champ d'application territorial différent d'une disposition à l'autre<sup>16</sup>.

Le champ d'application matériel des conventions de droit international privé est limité à une matière déterminée du droit privé<sup>17</sup>. Au sein de cette matière, elles offrent des règles de droit international privé permettant de déterminer le droit applicable<sup>18</sup>, la compétence directe et/ou indirecte des autorités<sup>19</sup>, ou de fixer une procédure d'entraide ou de coopération internationale entre les autorités administratives ou judiciaires des Etats<sup>20</sup>. Certaines conventions contiennent des règles relevant de plusieurs de ces catégories<sup>21</sup>. Une seule convention multilatérale comportant des règles de conflit de lois, des règles de compétence directe et indirecte, ainsi que des règles d'entraide internationale a vu le jour<sup>22</sup>. La codification du droit international privé au niveau international se fait par conséquent de manière fragmentée, au moyen d'une méthode que l'on peut qualifier de «pointillisme juridique»<sup>23</sup>. L'objectif original, énoncé au moment de la création de la Conférence de La Haye, d'établir une sorte de code international de droit international privé n'a jamais été atteint<sup>24</sup>. Toutefois, cette idée est réapparue récemment, sous une forme quelque peu différente: le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye envisage d'élaborer une loi modèle de droit international privé que les Etats pourraient reprendre dans leur législation nationale<sup>25</sup>. Ce projet ambitieux n'a pas encore été concrétisé.

<sup>16</sup> Par exemple: l'art. 2 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (Convention de Lugano) (RS 0.275.11) ne s'applique que si le défendeur a son domicile dans un Etat contractant, alors que l'art. 16 de cette même convention s'applique sans considération du domicile des parties dans un Etat contractant (soit *erga omnes*).

<sup>17</sup> Par exemple: l'adoption, les obligations alimentaires, les contrats de vente, les trusts, etc.

<sup>18</sup> Par exemple: la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (RS 0.221.211.4); la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.01).

<sup>19</sup> Par exemple: la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (RS 0.211.212.3); la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (Convention de Lugano) (RS 0.275.11).

<sup>20</sup> Par exemple: la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (RS 0.274.132); la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice (RS 0.274.131).

<sup>21</sup> Par exemple: la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (RS 0.211.231.01).

<sup>22</sup> 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 (RS 0.211.231.011).

<sup>23</sup> VAN HOUTTE H., «La modélisation substantielle», in: Loquin E./Kessedjian C. (éd.), *La mondialisation du droit*, Dijon 2000, pp. 207-236, spéc. p. 213.

<sup>24</sup> Voir JESSURUN D'OLIVEIRA, *supra* note 7.

<sup>25</sup> BUREAU PERMANENT, *Plan stratégique de la Conférence de La Haye d'avril 2002*, p. 37.

Des conventions de droit international privé, il faut distinguer les conventions multilatérales qui contiennent des normes de droit matériel<sup>26</sup>. Ces conventions sont négociées en vue d'une uniformisation du droit matériel des Etats contractants<sup>27</sup>. Elles poursuivent un but antinomique des conventions de droit international privé, dès lors que des règles de conflit ne sont plus nécessaires dans une matière traitée de manière uniforme dans le droit privé des Etats. Nous laisserons ce type de conventions de côté dans le cadre de cette étude, même si certaines contiennent quelques règles subsidiaires de droit international privé.

## 1.2. Le principe de l'applicabilité directe

La Suisse applique le système moniste, selon lequel une norme internationale n'a pas besoin d'être transposée dans le droit interne pour être directement applicable<sup>28</sup>. Dès lors, un traité international est partie intégrante de l'ordre juridique suisse dès sa ratification<sup>29</sup>. Ses dispositions sont directement applicables par les

<sup>26</sup> Par exemple: la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne) (RS 0.221.211.1); la Convention du Cap du 16 novembre 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (pas encore ratifiée par la Suisse).

<sup>27</sup> La plupart de ces conventions sont négociées aujourd'hui sous l'égide de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT). Voir <http://www.unidroit.org>.

<sup>28</sup> ATF 122 II 234; «Rapports entre le droit international et l'ordre juridique suisse», *JAAC* 2000, pp. 272-274; FÜRER A./GIRSBERGER D./SIEHR K., *Schweizerisches Privatrecht XI/1 - Internationale Privatrecht - Allgemeines Lehren*, Bâle 2008, no 122, p. 39, et réf. citées; BUCHER A./BONOMI A., *Droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle/Genève/Munich 2004, no 33, pp. 85; MICHEL N., «L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international», in: Thüser D./Aubert J.-F./Müller J.P. (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, pp. 63-75, spéc. pp. 66s; VON OVERBECK, *supra* note 11, p. 28. Sur les différences entre le monisme et le dualisme, voir par exemple: PARROT K., *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Paris 2006, pp. 36-41; DAILLIER P., «Monisme et dualisme: un débat dépassé?», in: Ben Achour R./Laghmani S. (éd.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Rencontres Internationales de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Colloque des 16-17-18 avril 1998, Paris 1998, pp. 9-21; FROWEN J.A./OELLERS-FRAHM K., «L'application des traités dans l'ordre juridique interne», in: Eisenmann P.M. (éd.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national - Etude de la pratique en Europe*, La Haye/Londres/Boston 1996, pp. 11-25.

<sup>29</sup> En Suisse, la compétence de conclure des traités internationaux revient principalement à la Confédération (art. 54 Cst.). L'Assemblée fédérale approuve expressément les traités qui ont été signés et négociés par le Conseil fédéral, avant que ce dernier ne ratifie le traité. L'approbation parlementaire est donnée sous la forme d'un arrêté fédéral. S'agissant de traités d'importance secondaire, la ratification peut intervenir sans l'approbation de l'Assemblée fédérale (procédure simplifiée). Dès la ratification par le Conseil fédéral, le traité est intégré dans l'ordre juridique suisse et publié au recueil officiel (art. 3 de la Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, RS 170.512). Voir «Conclusion des traités internationaux - Délimitations entre la procédure ordinaire et la procédure simplifiée», *JAAC* 1987, IV, pp. 386-401; DOMINICÉ Ch./NOEFFRAY F., «Suisse», in: Eisenmann P.M. (éd.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national* -

autorités suisses, sans dispositions internes d'exécution<sup>30</sup>. Ce n'est que dans les cas exceptionnels où une convention de droit international privé n'est pas suffisamment précise et détaillée pour pouvoir être appliquée sans autre par les autorités suisses que son entrée en vigueur est accompagnée d'une loi fédérale d'exécution<sup>31</sup>. Tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de délimiter la compétence des autorités fédérales et cantonales. A ce jour, seules quatre Conventions de La Haye ont nécessité l'adoption d'une loi fédérale d'exécution<sup>32</sup>.

## 2. L'intégration des conventions de droit international privé dans la LDIP au moment de son élaboration

Les conventions de droit international privé ont eu une forte influence sur le législateur suisse au moment de l'élaboration de la LDIP. Il s'est appliqué à tenir compte du régime conventionnel non seulement en intégrant dans la LDIP les règles de droit international privé figurant dans les conventions, mais aussi en s'inspirant de ces règles et en les complétant quand cela était nécessaire.

### 2.1. Les deux systèmes d'intégration

Comme les conventions internationales sont d'applicabilité directe en Suisse, elles n'ont pas besoin d'être mentionnées dans la LDIP pour être parties intégrantes de l'ordre juridique suisse<sup>33</sup>. Mais le législateur suisse était animé d'une préoccupation aiguë de rendre le droit international privé accessible à tous<sup>34</sup>. Un des principaux buts de la codification était en effet de simplifier – autant que faire se peut – un

*Etude de la pratique en Europe*, La Haye/Londres/ Boston 1996, pp. 529-570; WILHELM CH., *Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, Zurich 1993; WILDHABER L., «Conclusion and Implementation of Treaties in Switzerland», in: *Rapports suisses présentés au XIII<sup>ème</sup> Congrès International de droit comparé*, Zurich 1990, pp. 173-194; DICKE D., «Les traités internationaux et le droit interne dans le système juridique suisse», in: *Pouvoir exécutif et pouvoir législatif – La responsabilité pré- et post-contractuelle*, Recueil des travaux présentés aux deuxièmes journées juridiques yougoslavo-suisse, Zurich 1986, pp. 91-106.

<sup>30</sup> Voir BUERENHALL Th., *Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 1992 IV (Tome 235), pp. 305-400.

<sup>31</sup> Voir JAMETTI GREINER M., «Das Haager Adoptionsübereinkommen und seine Umsetzung im schweizerischen Recht», *Revue du droit de tutelle* 1997, pp. 171-184, spéc. pp. 176-178.

<sup>32</sup> Il s'agit de la Loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (RS 211.221.31) et de la Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (RS 211.222.32).

<sup>33</sup> FÜRERER/GIRSBERGER/SIEHR, *supra* note 28, no 125, p. 40.

<sup>34</sup> Message concernant une Loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255, no 112 (Message LDIP).

système par essence complexe car constellé d'une multitude de conventions internationales. Il fallait dès lors trouver un moyen pour rendre visibles les conventions de droit international privé. Pour remplir cet objectif, le législateur suisse a décidé d'intégrer les conventions dans la LDIP. Il a mis en place deux systèmes distincts pour ce faire: le système de signalisation et le système de réserve générale des traités.

### 2.1.1. Le système de signalisation

Le système de signalisation consiste à insérer dans la LDIP une disposition signalant l'existence d'une convention de droit international privé réglant une matière particulière<sup>35</sup>. Par exemple, l'art. 118 al. 1 LDIP prévoit que «Les ventes mobilières sont régies par la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels»<sup>36</sup>. Cette règle de signalisation n'a qu'un effet déclaratoire: elle ne fait que mentionner l'existence de la convention.

Ce système est simple et efficace. La règle de signalisation incorpore implicitement tout le texte de la convention dans la LDIP, sans qu'il soit nécessaire de le reproduire expressément. Cette méthode garantit une bonne lisibilité de la loi. En outre, l'existence d'une convention apparaît spontanément sans qu'il soit nécessaire de faire des recherches approfondies. Le panneau de signalisation étant visible de tous, l'objectif poursuivi par le législateur d'offrir un système accessible même à un non spécialiste est parfaitement atteint.

Mais le système de signalisation ne peut être utilisé que pour les conventions applicables *erga omnes*<sup>37</sup>. Ce type de conventions ne laisse en effet aucune place à des règles de droit international privé nationales dans les Etats contractants. Leurs règles de conflit s'appliquent dans tous les cas où le droit international privé suisse est applicable, sans égard au fait que la cause ait des liens avec un Etat contractant ou non contractant. Ces conventions peuvent par conséquent être intégrées sans autre dans la LDIP, par une règle de signalisation rappelant expressément leur existence.

Le système de signalisation a été appliqué pour toutes les conventions ratifiées par la Suisse qui ont un effet *erga omnes*. Outre l'art. 118 al. 1 LDIP<sup>38</sup> précité, l'art. 49

<sup>35</sup> VON OBERBECK, *supra* note 11, p. 29.

<sup>36</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 27 octobre 1972; RS 0.221.211.4.

<sup>37</sup> BUCHER A., «La LDIP et les Conventions internationales», in: Stoffel W.A./Volken P. (éd.), *Conflits et harmonisation – Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, pp. 265-278, spéc. p. 266; KELLER M., «Hinweise auf Staatsverträge im IPRG», in: Stoffel W.A./Volken P. (éd.), *Conflits et harmonisation – Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, pp. 279-285; SIEHR K., «Multilaterale Staatsverträge *erga omnes* und deren Inkorporation in nationale IPR-Kodifikationen – Vor- und Nachteile einer solchen Rezeption», *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 27 (1986), pp. 45-146.

<sup>38</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 282-24.

LDIP<sup>39</sup> et l'art. 83 LDIP<sup>40</sup> renvoient à la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires<sup>41</sup>, l'art. 93 al. 1 LDIP<sup>42</sup> à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires<sup>43</sup>, l'art. 134 LDIP<sup>44</sup> à la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière<sup>45</sup> et l'art. 194 LDIP à la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>46</sup>. Le législateur suisse a aussi utilisé une règle de signalisation, à l'art. 85 al. 1 LDIP<sup>47</sup>, pour la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs<sup>48</sup>. Or, cette convention n'est pas à proprement parler applicable *erga omnes*, dès lors que son art. 13 limite son champ d'application aux mineurs ayant leur résidence habituelle dans un Etat contractant. Le législateur suisse a toutefois admis que la convention est «presque une loi uniforme applicable *erga omnes*»<sup>49</sup>. Il a par conséquent décidé d'étendre son champ d'application territorial en l'appliquant par analogie aux mineurs n'ayant pas leur résidence habituelle dans un Etat contractant<sup>50</sup>.

## 2.1.2. Le système de réserve générale des traités

En complément au système de signalisation, le législateur suisse a inséré dans la LDIP une réserve générale des traités internationaux. L'art. 1 al. 2 LDIP précise ainsi que «les traités internationaux sont réservés». Cette disposition poursuit deux objectifs différents.

Le premier objectif est de rappeler le principe de primauté des traités internationaux sur le droit interne. Ce principe est acquis en droit suisse, même s'il ne figure pas expressément dans la Constitution fédérale, non seulement dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, mais aussi dans la pratique des autorités fédérales et dans la doctrine<sup>51</sup>.

<sup>39</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 233.3.

<sup>40</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 245.2.

<sup>41</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> octobre 1977; RS 0.211.213.01.

<sup>42</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 264.

<sup>43</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 17 octobre 1971; RS 0.211.312.1.

<sup>44</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 284.31.

<sup>45</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 2 janvier 1987; RS 0.741.31.

<sup>46</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 30 août 1965; RS 0.277.12.

<sup>47</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 252.

<sup>48</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 4 février 1969; RS 0.211.231.01.

<sup>49</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 251.

<sup>50</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 251. Sur l'application par analogie des règles conventionnelles, voir *infra* 2.2.3.

<sup>51</sup> Voir par exemple: ATF 96 II 4; ATF 122 II 485; «Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique Suisse», *JAC* 1989, pp. 437-479; «Rapports entre le droit international et l'ordre juridique suisse», *JAC* 2000, pp. 274-277; MICHEL, *supra* note 28, pp. 69s; WILHELM, *supra* note 29, pp. 179-255, et réf. citées.

Le second objectif est d'intégrer dans la LDIP toutes les conventions de droit international privé bilatérales et multilatérales ratifiées par la Suisse. Comme toutes les conventions multilatérales applicables *erga omnes* sont déjà rappelées expressément dans des dispositions spécifiques de la loi, la réserve générale vise essentiellement les conventions bilatérales et les conventions multilatérales fondées sur le principe de réciprocité. Celles-ci ne peuvent pas être incorporées dans la LDIP au moyen d'une règle de signalisation, dès lors qu'elles ne sont applicables qu'aux relations entre Etats contractants ou à l'égard de particuliers rattachés à un Etat contractant. L'art. 1 al. 2 LDIP ne les intègre pas à proprement parler dans la LDIP: cette disposition rappelle simplement que des conventions existent à côté de la loi suisse. Elle n'a qu'un effet déclaratoire, en ce sens que les conventions internationales auxquelles la Suisse a adhéré sont de toute façon directement applicables dès leur ratification. En soi, cette disposition est superflue, même si elle a le mérite – qui n'est pas moindre – de rappeler l'existence de conventions de droit international privé. L'art. 1 al. 2 LDIP reprend l'idée du panneau de signalisation, lequel prend ici la forme d'un triangle «Attention aux conventions internationales».

Le recours à une réserve générale des traités a permis au législateur suisse d'éviter de généraliser le système de signalisation. L'application systématique de ce système aurait considérablement encombré la LDIP et serait très vite devenu ingérable. Il aurait en effet fallu insérer dans la loi des règles de signalisation non seulement pour les conventions fondées sur le principe de réciprocité, mais aussi pour les conventions bilatérales conclues par la Suisse, ainsi que pour toutes les conventions qui contiennent une règle de droit international privé ou qui ont une importance, d'une manière ou d'une autre, dans les rapports internationaux de droit privé. La formulation de ces règles de signalisation aurait été plus complexe que pour les conventions applicables *erga omnes*, dès lors qu'il aurait fallu préciser leur champ d'application territorial. Mais force est d'avouer que, déjà à ce stade, le système n'est plus accessible à un non spécialiste. Le risque est en effet grand d'ignorer l'existence d'une convention ratifiée par la Suisse dans une matière particulière. A titre d'exemple, on peut citer le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière civile. La seule disposition figurant dans la LDIP en la matière est l'art. 11 LDIP. Cette disposition, qui traite essentiellement du droit applicable à l'entraide, dissimule de nombreuses conventions internationales bilatérales et multilatérales<sup>52</sup>. Sans doute l'objectif du législateur sur ce point était-il utopique.

<sup>52</sup> Pour la liste des conventions ratifiées par la Suisse dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière civile, voir les pages du site de l'OFJ consacrées à l'entraide: [http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/sicherheit/internationale\\_rechtshilfe/rechtshilfe\\_in\\_zwilsachen.html](http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/sicherheit/internationale_rechtshilfe/rechtshilfe_in_zwilsachen.html).

## 2.2. L'influence des conventions sur la LDIP

L'influence des conventions de droit international privé sur la LDIP se manifeste essentiellement de trois manières. Premièrement, par l'assimilation de principes communs de droit international privé qui se sont cristallisés dans le cadre conventionnel. Deuxièmement, par la reprise de règles de conflit figurant dans des conventions ratifiées ou non par la Suisse. Troisièmement, par l'extension du champ d'application de certaines conventions.

### 2.2.1. L'assimilation de principes communs de droit international privé émanant des conventions

La négociation de conventions multilatérales de droit international privé a permis aux Etats d'affirmer certains principes de droit international privé. Les Conventions de La Haye en particulier ont joué un rôle majeur dans le développement de principes reflétant une sorte de droit international privé commun des Etats<sup>53</sup>.

Parmi les principes dont le législateur suisse s'est inspiré lors de la rédaction de la LDIP, on peut citer notamment le principe de proximité (qui a guidé la rédaction de toutes les règles de conflit de lois)<sup>54</sup>, l'exclusion de principe du renvoi<sup>55</sup> et le principe de l'autonomie de la volonté (que l'on retrouve notamment en matière contractuelle, en matière successorale, en matière de régime matrimonial, en matière de droits réels et en droit des sociétés)<sup>56</sup>. Les réserves de l'ordre public et des lois d'application immédiate trouvent leur source dans les dispositions y relatives figurant systématiquement dans les Conventions de La Haye<sup>57</sup>. Toutefois, le législateur suisse a anticipé l'admission d'une prise en compte des lois d'application immédiate étrangères. Ce principe, qui ne figure que dans deux Conventions de La Haye<sup>58</sup>, n'est jamais parvenu à s'imposer comme un principe commun de droit international privé<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> VON OVERBECK, *supra* note 11.

<sup>54</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 214.1.

<sup>55</sup> L'exclusion du renvoi figure systématiquement dans les Conventions de La Haye. Voir par exemple l'art. 10 de la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire. La Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, qui n'est jamais entrée en vigueur, a même tenté de régler de manière générale la problématique du renvoi.

<sup>56</sup> VON OVERBECK, *supra* note 11, pp. 76-91.

<sup>57</sup> VON OVERBECK, *supra* note 11, pp. 47-51.

<sup>58</sup> L'art. 16 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation (non signée par la Suisse) permet de donner effet «aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif». Une règle semblable figure à l'art. 16 al. 2 de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (RS 0.221.371), dont la portée est toutefois affaiblie par la possibilité de faire une réserve. Les Conventions de La Haye

L'influence des conventions internationales se manifeste aussi au niveau des critères de rattachement choisis par le législateur suisse. Le rattachement de principe au domicile reflète la solution suivie dans les Conventions de La Haye. Il en va de même du rattachement subsidiaire à la résidence habituelle<sup>60</sup>. Ce dernier critère de rattachement a été développé dans le cadre des Conventions de La Haye, mais n'y a jamais été défini<sup>61</sup>. En droit international privé suisse, l'art. 20 al. 1 lit. b LDIP précise qu'une personne «a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée».

### 2.2.2. La reprise de règles de conflit conventionnelles

Le législateur suisse s'est directement inspiré des règles de conflit figurant dans certaines conventions internationales en vigueur pour la Suisse. Par exemple, la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps<sup>62</sup> a inspiré l'art. 59 LDIP<sup>63</sup> et l'art. 65 LDIP<sup>64</sup>. L'art. 63 al. 2 LDIP<sup>65</sup> reprend la solution de l'art. 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires<sup>66</sup>. La Convention de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption a influencé les art. 75 à 78 LDIP<sup>67</sup>. La Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels<sup>68</sup> a influencé l'art. 116 al. 2 *in fine* LDIP<sup>69</sup>.

Certaines règles de conflit figurant dans des conventions qui n'étaient pas encore entrées en vigueur ont aussi été reprises, par anticipation, dans la LDIP. A ce titre, on peut citer notamment la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et

postérieures ont limité la réserve des lois d'application immédiate à celles du for (voir par exemple l'art. 11 al. 2 de la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire).

<sup>59</sup> Par exemple, en droit communautaire, l'art. 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ne prévoit que la prise en compte des lois de police du for, presque trente ans plus tard, l'art. 9 al. 3 du Règlement CE no 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome II) élargit cette réserve aux lois de police étrangères, mais uniquement celles du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être exécutées.

<sup>60</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 215.3. L'art. 20 al. 2 deuxième phrase LDIP prévoit que «Si une personne n'a nulle part de domicile, la résidence habituelle est déterminante».

<sup>61</sup> VON OVERBECK, *supra* note 11, pp. 54 s.

<sup>62</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 17 juillet 1976; RS 0.211.212.3.

<sup>63</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 235.1.

<sup>64</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 235.7.

<sup>65</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 235.5.

<sup>66</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> octobre 1977; RS 0.211.213.01.

<sup>67</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 244.

<sup>68</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 27 octobre 1972; RS 0.221.211.4.

<sup>69</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 282.22.

commerciale (CI)<sup>70</sup> qui a exercé une influence profonde sur les règles de for de la LDIP. Plus précisément, le législateur suisse s'est inspiré de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (CB) – qui s'appliquant entre les Etats de la CEE – pour rédiger plusieurs règles de compétence directe. Par exemple, l'art. 2 LDIP reprend la compétence de base du domicile du défendeur prévue à l'art. 2 CB, l'art. 112 al. 2 LDIP est inspiré du for du lieu de l'établissement du défendeur prévu à l'art. 5 ch. 5 CB, l'art. 113 LDIP reprend le for du lieu de l'exécution du contrat consacré à l'art. 5 ch. 1 CB, et l'art. 5 LDIP a une formulation proche de celle de l'art. 17 CB. En établissant des règles de compétence directe compatibles à celles figurant dans la Convention de Bruxelles, le législateur suisse avait pour objectif d'ouvrir la voie à une adhésion de la Suisse à cette convention<sup>71</sup>. Cette méthode s'est avérée efficace: elle a permis non seulement de négocier rapidement une convention multilatérale parallèle à la Convention de Bruxelles (à contenu quasiment identique)<sup>72</sup>, mais encore de ratifier cette nouvelle convention sans devoir procéder à des modifications de la LDIP.

La LDIP est aussi influencée par certaines conventions internationales qui n'ont pas été signées par la Suisse, mais dont les règles de conflit reflètent une tendance sur le plan international. Par exemple, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages a inspiré au législateur suisse les art. 43 à 45 LDIP<sup>73</sup>. Les art. 52 à 54 LDIP trouvent leur source dans la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux<sup>74</sup>. La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits a servi de base pour la rédaction de l'art. 133 LDIP<sup>75</sup>. Cette disposition a repris la solution conventionnelle d'un rattachement en matière d'acte illicite à la loi du lieu de commission de l'acte ou à la loi du lieu du résultat de l'acte. Mais pour le surplus, cette convention a été jugée trop compliquée par le législateur suisse qui a choisi de déroger au système qu'elle met en place en matière de responsabilité du fait des produits à l'art. 135 LDIP<sup>76</sup>. La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a également eu une influence importante sur les règles de conflit de lois en matière contractuelle<sup>77</sup>.

<sup>70</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> janvier 1992; RS 0.275.11.

<sup>71</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 213.

<sup>72</sup> L'adhésion de la Suisse à la Convention de Bruxelles s'est révélée impossible compte tenu des liens particuliers existant entre cette convention et les Etats de la CEE. Pour cette raison, les Etats qui faisaient partie de la CEE et les Etats membres de l'AELE ont négocié une convention parallèle: la Convention de Lugano.

<sup>73</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 232.2.

<sup>74</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 234.31.

<sup>75</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 284.21.

<sup>76</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 284.32.

<sup>77</sup> Voir par exemple l'art. 120 LDIP et l'art. 5 Convention de Rome; l'art. 121 LDIP et l'art. 6 Convention de Rome. KNOEPFLER F., «Le contrat dans le nouveau droit international privé

### 2.2.3. L'extension du champ d'application de certaines conventions

A plusieurs reprises, le législateur suisse a étendu le champ d'application de conventions ratifiées par la Suisse en prévoyant que leurs règles de conflit s'appliquent par analogie à des personnes ou des matières autres que celles entrant dans leur champ d'application<sup>78</sup>. Dans un tel cas, les règles de conflit conventionnelles subissent une mutation et deviennent du droit national<sup>79</sup>. Elles ont en effet le rang de droit fédéral lorsqu'elles sont appliquées par analogie par les autorités suisses à des situations où elles ne seraient pas applicables selon la convention. Les règles de conflit conventionnelles sont appliquées dans ce cas par les autorités suisses comme toute autre règle de conflit figurant dans la LDIP, et non pas en qualité de règles de conflit figurant dans un traité international.

Par exemple, l'art. 83 al. 2 LDIP étend le champ d'application de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires<sup>80</sup> aux prestations auxquelles la mère célibataire a droit pour son entretien et les dépenses occasionnées par la naissance «parce qu'il n'est pas certain que cette convention régit aussi ces questions»<sup>81</sup>. La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs<sup>82</sup> s'applique par analogie aux majeurs en vertu de l'art. 85 al. 2 LDIP<sup>83</sup>. L'art. 93 al. 2 LDIP permet l'application de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires<sup>84</sup> aux pactes successoraux<sup>85</sup>. En vertu de l'art. 24 al. 1 LDIP, la Convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides<sup>86</sup> s'applique par analogie à toute personne n'ayant pas ce statut selon la convention mais dont les relations avec son Etat national sont rompues «au point que sa situation équivaut à celle d'un apatride»<sup>87</sup>.

<sup>78</sup> *suisses*, in: *Le nouveau droit international privé suisse*, CEDIDAC, Lausanne 1989, pp. 79-105; PATOCCHI P.M., «Le nouveau droit international privé suisse des contrats», in: *Droit international privé/Convention de Lugano, Publication FSA, Zurich 1989*, pp. 61-121.

<sup>79</sup> BUCHER, *supra* note 37, pp. 271-274.

<sup>80</sup> VON OBERBECK, *supra* note 11, p. 31; KELLER, *supra* note 37, p. 282.

<sup>81</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> octobre 1977; RS 0.211.213.01.

<sup>82</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 245.2.

<sup>83</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 4 février 1969; RS 0.211.231.01.

<sup>84</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 253.

<sup>85</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 17 octobre 1971; RS 0.211.312.1.

<sup>86</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 264.

<sup>87</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> octobre 1972; RS 0.142.40.

<sup>88</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 215.7.

## 2.3. Le complètement des conventions

Lorsque le champ d'application des conventions internationales est limité à certaines questions de droit international privé, le législateur suisse a pris l'habitude de les compléter par des règles de conflit régissant les autres questions. Ainsi, toutes les matières traitées dans la partie spéciale de la loi contiennent des règles de conflit déterminant la compétence internationale directe des autorités suisses, la loi applicable et la compétence internationale indirecte des autorités étrangères.

A titre d'exemple, les art. 46 et 47 LDIP<sup>88</sup> complètent la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires<sup>89</sup> et la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires<sup>90</sup> pour ce qui est de la compétence internationale directe.

## 3. L'intégration des conventions de droit international privé dans la LDIP après son entrée en vigueur

La codification de la LDIP n'a pas figé l'état du droit international privé suisse. Bien au contraire, cette matière continue à évoluer, notamment (mais pas uniquement) lors de la conclusion de nouvelles conventions. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1989, date de l'entrée en vigueur de la LDIP, la Suisse a ratifié douze conventions multilatérales de droit international privé. Ce nombre conséquent de ratifications est révélateur du fait que «la codification nationale des principes de DIP et la conclusion de conventions multilatérales de DIP [...] ne s'excluent pas mais se complètent mutuellement»<sup>91</sup>. A l'heure du bilan des vingt ans de la LDIP, il est intéressant d'examiner si le législateur suisse a rempli son objectif d'«intégrer dans un ensemble harmonieux aussi bien les conventions internationales existantes que les futures»<sup>92</sup>.

### 3.1. L'application du système de signalisation

Seules trois modifications de la LDIP ont été nécessaires pour y intégrer de nouvelles conventions. Ces modifications sont intervenues consécutivement à l'application du système de signalisation lors de la ratification de trois conventions applicables *erga omnes*.

<sup>88</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 233.2.

<sup>89</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> octobre 1977; RS 0.211.213.01.

<sup>90</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> août 1976; RS 0.211.213.02.

<sup>91</sup> Message sur la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 21 février 1990, FF 1990 II 269, no 12 (Message CL).

<sup>92</sup> Message LDIP, *supra* note 34, no 112.

#### 3.1.1. La Convention sur les trusts

La ratification de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance<sup>93</sup> a introduit le trust dans le droit international privé suisse, mais pas dans le droit matériel suisse. Le législateur suisse n'a finalement pas profité de l'entrée en vigueur de cette convention ni pour créer un droit suisse des trusts ni pour codifier la fiducie<sup>94</sup>. Cette convention n'a par conséquent entraîné aucune modification du droit matériel suisse<sup>95</sup>. La manière dont elle a été intégrée dans la LDIP présente plusieurs particularités.

Le législateur suisse a créé dans la LDIP un nouveau chapitre 9a entièrement consacré aux trusts. Cela s'explique par le fait que le trust est une institution juridique d'une nature particulière, difficile à qualifier en droit suisse. Il n'était dès lors pas possible de le faire entrer dans l'un des chapitres existant de la LDIP. Le nouveau chapitre a été intégré entre celui consacré aux obligations et celui traitant des sociétés, ce qui montre la tendance du législateur suisse à considérer le trust comme une institution juridique comparable aux sociétés malgré son absence de personnalité juridique<sup>96</sup>. Avant la ratification de la convention, le trust était en effet qualifié de société s'il était suffisamment organisé au sens de l'art. 150 LDIP<sup>97</sup>. A défaut d'organisation suffisante, il était qualifié de contrat<sup>98</sup>.

La règle de signalisation figure à l'art. 149c al. 1 LDIP: «Le droit applicable aux trusts est régi par la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance». Cette disposition paraît limiter le champ d'application de la convention à la question de la détermination du droit

<sup>93</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> juillet 2007; RS 0.221.371.

<sup>94</sup> Voir THÉVENOZ L., *Trusts en Suisse, Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Zurich 2001.

<sup>95</sup> La seule modification du droit interne est intervenue dans la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP), laquelle a été complétée par deux nouvelles dispositions traitant, d'une part, des poursuites relatives aux dettes du trust (art. 284a LP) et, d'autre part, de la faillite du trustee (art. 284b LP).

<sup>96</sup> Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance du 2 décembre 2005, FF 2005 p. 1735, no 2.2 (Message ClAT-Trusts).

<sup>97</sup> Le Tribunal fédéral a ainsi qualifié de patrimoine organisé au sens de l'art. 150 LDIP un trust constitué selon la Trusts (Jersey) Law 1984 (SJ 2000 I 269), ainsi qu'une *Treuhandgesellschaft* constituée selon le droit liechtensteinois (Arrêt du TF du 14 septembre 2005 no 4C.94/2005). Cette même qualification a été retenue par un juge zurichois s'agissant d'un trust constitué selon la loi de Guernesey (ZR 98 (1999), no 52, p. 225). Voir GUILLAUME F., *Lex societatis – Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Zurich 2001, pp. 26-39.

<sup>98</sup> Le Tribunal fédéral n'a jamais qualifié un trust de contrat au niveau du droit international privé. En revanche, il a dû appliquer dans une affaire le droit matériel suisse à un trust, ce qui l'a amené à le qualifier de contrat mixte relevant du droit des obligations (ATF 96 II 79, *Harrison*). Voir GUILLAUME F., «Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'éffrite», *RSDI/E* 1/2000, pp. 1-36.

applicable au trust. Toutefois, malgré cette formulation maladroite, il est clair que le champ d'application de la convention ne peut pas être réduit de cette manière et qu'elle s'applique donc également à la question de la reconnaissance des trusts. Le fait qu'un trust étranger est reconnu en Suisse en tant que tel – et peut donc avoir une existence juridique sur territoire suisse identique à celle qu'il a dans son Etat d'origine s'il remplit les conditions fixées par la convention – est le principal effet de l'entrée en vigueur de la convention pour la Suisse. Il faut donc admettre que le principe de la reconnaissance automatique des trusts consacré par la convention figure implicitement à l'art. 149c al. 1 LDIP<sup>99</sup>. L'art. 149c al. 2 LDIP précise d'ailleurs que le régime de la reconnaissance automatique s'applique même à l'égard des trusts internes<sup>100</sup> en écartant expressément l'application de l'art. 13 ClAH-Trust.

Le législateur suisse a étendu sensiblement le champ d'application de la convention en prescrivant son application par analogie lorsque ses règles de conflit désignent la loi d'un Etat qui ne connaît pas l'institution du trust, comme par exemple le droit suisse (art. 149c al. 2 LDIP). La convention prévoit en effet qu'elle cesse de s'appliquer dans un tel cas (art. 5 ClAH-Trust). Dans cette situation particulière, les règles de conflit de la convention deviennent des règles de droit international privé nationales<sup>101</sup>.

Plusieurs règles de conflit ont été incorporées dans le nouveau chapitre 9a pour compléter la convention dans les domaines sortant de son champ d'application. Les art. 149b et 149e LDIP traitent de la compétence directe et indirecte des tribunaux. Ces règles sont compatibles avec celles figurant dans la Convention de Lugano, ce qui permet de conserver le parallélisme entre ce texte et la LDIP<sup>102</sup>. L'art. 149a LDIP définit la notion de trust au sens du droit international privé suisse en se référant à la notion consacrée dans la convention, mais en l'élargissant substantiellement<sup>103</sup>. Cette disposition étend ainsi le champ d'application de la convention. Lorsque les autorités suisses appliquent les règles de conflit conventionnelles par analogie à un trust n'entrant pas dans son champ d'application, elles les appliquent en qualité de règles de conflit nationales et non pas internationa-

les<sup>104</sup>. La définition de la notion de trust en droit international privé suisse était inévitable dès lors que le trust n'existe pas en droit matériel suisse. *Last but not least*, le législateur suisse a intégré une norme de conflit à contenu matériel relative à la publicité du trust (art. 149d LDIP) dont on peut douter de l'opportunité de sa présence dans la LDIP<sup>105</sup>.

Les différentes mesures adoptées pour intégrer la Convention sur les trusts dans la LDIP constituent une voie médiane entre la simple ratification de la convention assortie d'une règle de signalisation et la création de règles de droit international privé s'inspirant de la convention. Le législateur suisse a en effet envisagé de reprendre les règles de rattachement développées dans la convention sans la ratifier<sup>106</sup>. Cette option a été écartée pour deux motifs: premièrement, la ratification de la convention permet à la Suisse de participer à une «unification du droit à l'échelon international» et, deuxièmement, elle donne un signal clair à la communauté internationale que la Suisse «a créé la sécurité juridique nécessaire s'agissant du régime applicable aux trusts étrangers»<sup>107</sup>. Le législateur a en outre souligné qu'il était possible de ratifier la convention, dès lors que «les règles de rattachement découlant de la convention sont tout à fait compatibles avec les principes fondamentaux qui sous-tendent la LDIP»<sup>108</sup>.

### 3.1.2. Les Conventions sur la protection des enfants et des adultes

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, ainsi que la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes<sup>109</sup> ont été intégrées dans la LDIP au moyen de deux nouvelles règles de signalisation figurant à l'art. 85 al. 1 et 2 LDIP. Ces deux conventions présentent la particularité de ne pas contenir de précision quant à leur champ d'application territorial: celui-ci varie d'une disposition à l'autre<sup>110</sup>. Il ne s'agit donc pas à proprement parler de conventions applicables *erga omnes*<sup>111</sup>.

<sup>104</sup> Voir *supra* 2.2.3.

<sup>105</sup> Voir GULLAUME, *supra* note 100, pp. 41-43.

<sup>106</sup> Message ClAH-Trust, *supra* note 96, no 1.7.4. Cette voie a été suivie par la Belgique qui a renoncé à ratifier la Convention sur les trusts, mais a néanmoins introduit certaines de ses dispositions dans son Code de droit international privé (art. 122 à 125).

<sup>107</sup> Message ClAH-Trust, *supra* note 96, no 1.7.4.

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> Ces deux conventions sont en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009 (RS 0.211.231.011 et RS 0.211.232.11).

<sup>110</sup> LAGARDE P., *Rapport explicatif de la Convention 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*, Actes et documents de la Dix-huitième session (1996) – Tome II – Protection des enfants, pp. 514 ss, no 17, spéc. pp. 544-546; LAGARDE P., *Rapport explicatif de la Convention du 13 janvier 2000 sur la*

<sup>99</sup> On retrouve ainsi, en matière de trust, le principe de la reconnaissance automatique applicable en matière de société (art. 154 LDIP). Voir GULLAUME, *supra* note 97, pp. 68-70.

<sup>100</sup> Un trust interne est un trust qui entretient des liens étroits avec l'ordre juridique suisse. L'exemple extrême est celui d'un trust constitué par une personne domiciliée en Suisse, qui a désigné un trustee également domicilié en Suisse, lequel administre les biens en trust en faveur de bénéficiaires aussi domiciliés en Suisse. Voir GULLAUME F., «Trust, réserves héritières et immeubles», *PJA* 2009, pp. 33-46, spéc. p. 36.

<sup>101</sup> Voir *supra* 2.2.3.

<sup>102</sup> Message ClAH-Trust, *supra* note 96, no 2.2.

<sup>103</sup> L'art. 149a LDIP précise que les trusts dont la preuve ne peut pas être apportée par écrit entrent également dans la notion de trust retenue en droit international privé suisse, contrairement à ce que prévoit l'art. 3 ClAH-Trust.

Pour la mise en œuvre de ces deux nouvelles conventions, le législateur suisse a repris la voie inaugurée pour la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale<sup>112</sup> en édictant une loi fédérale d'exécution. La Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes<sup>113</sup> concrétise les normes de ces conventions en mettant en place les autorités centrales fédérale et cantonales, en répartissant les tâches entre ces autorités, en instaurant un système de coopération entre elles et en réglementant la procédure en Suisse. A terme, les dispositions de procédure prévues dans cette loi fédérale devraient être intégrées dans le Code de procédure civile suisse<sup>114</sup>. Cette loi d'exécution n'a pas une portée limitée aux Conventions sur la protection des enfants et des adultes: elle contient également des dispositions concernant la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants<sup>115</sup>. Ces dispositions visent à améliorer la procédure en cas d'enlèvement international d'enfants. En particulier, la procédure amiable prévue par la convention est renforcée de manière à inciter le ravisseur à rendre volontairement l'enfant. En cas de refus, une instance unique est compétente au niveau cantonal pour prendre toutes les décisions à l'égard d'un enfant déplacé ou retenu illicitement en Suisse.

La Convention de 1996 a été négociée dans le but de réviser la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs<sup>116</sup>. Conformément à l'art. 51 de la Convention de 1996, la nouvelle convention remplace l'ancienne dans les rapports entre Etats contractants. On remarquera à ce sujet que le nouvel art. 85 LDIP ne comporte plus de mention de la Convention de 1961. Dès lors qu'elle n'a pas été

*protection internationale des adultes*, Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique de septembre - octobre 1999 - Protection des adultes, pp. 389 ss, no 17, p. 400.

<sup>111</sup> Voir *infra* 3.3.2.

<sup>112</sup> Voir *infra* 3.2.3.

<sup>113</sup> RS 211.222.32.

<sup>114</sup> Message 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 du 28 février 2007, FF 2007 p. 2433, no 2.4 [Message Clah-Protection].

<sup>115</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> janvier 1984; RS 0.211.230.02. Si elle n'est pas applicable, la décision étrangère accordant le droit de garde sur l'enfant peut être reconnue en Suisse en application de la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> janvier 1984; RS 0.211.230.01) si elle émane d'un Etat contractant, sinon selon les règles de reconnaissance de la LDIP.

<sup>116</sup> Voir *supra* 2.1.1.

dénoncée par la Suisse, elle demeure néanmoins en vigueur<sup>117</sup>. Toutefois, comme elle ne bénéficie plus d'une règle de signalisation dans la LDIP, son champ d'application est désormais limité aux mineurs ayant leur résidence habituelle dans un Etat contractant conformément à son art. 13. L'entrée en vigueur de la Convention de 1996 pour la Suisse a par conséquent restreint le champ d'application de la Convention de 1961 sur deux plans: d'une part, la Convention de 1961 n'est désormais applicable que dans le cadre des relations avec des Etats contractants qui n'ont pas ratifié la Convention de 1996<sup>118</sup> et, d'autre part, ses dispositions ne peuvent s'appliquer que lorsque la Convention de 1996 ne contient pas une disposition applicable *erga omnes*. Les autorités suisses détermineront ainsi en principe toujours la loi applicable aux mesures de protection des mineurs en appliquant la Convention de 1996, dès lors qu'il s'agit de règles de conflit universelles<sup>119</sup>.

### 3.1.3. La Convention sur les titres intermédiaires

Pour intégrer dans la LDIP la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, le législateur suisse a emprunté une voie particulière. L'entrée en vigueur de cette convention sera en effet accompagnée de l'introduction des titres intermédiaires dans le droit matériel suisse au moyen de la nouvelle Loi fédérale sur les titres intermédiaires (*Bucheffektengesetz*). Cette loi a été élaborée parallèlement à la négociation de la convention à La Haye, en s'inspirant notamment des travaux en cours au sein d'UNIDROIT visant à adopter une convention sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiaires<sup>120</sup>. La Convention de La Haye et la Loi fédérale sur les titres intermédiaires entreront en vigueur en Suisse simultanément, en date du 1<sup>er</sup> janvier 2010.

La Convention sur les titres intermédiaires étant applicable *erga omnes*, son intégration dans la LDIP peut être réalisée par une règle de signalisation. Cette règle est prévue dans le futur art. 108c LDIP. Or, il est probable que la convention ne soit pas encore en vigueur au niveau international le 1<sup>er</sup> janvier 2010, faute d'avoir été ratifiées par trois Etats (art. 19 al. 1 Clah-Titres). La Suisse est le premier Etat à avoir ratifié cette convention, en date du 14 septembre 2009<sup>121</sup>. L'île Maurice l'a rejointe en ratifiant en date du 15 octobre 2009. En outre, les Etats-Unis ont signé, en même temps que la Suisse, mais n'ont pas encore ratifié à ce jour. Le législateur

<sup>117</sup> Message Clah-Protection, *supra* note 114, no 6.14.

<sup>118</sup> A ce jour, l'Allemagne, l'Australie, l'Espagne, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal et la Turquie ont ratifié la Convention de 1961, mais pas celle de 1996.

<sup>119</sup> L'art. 20 de la Convention de 1996 prévoit que «les dispositions du présent chapitre sont applicables même si la loi qu'elles désignent est celle d'un Etat non contractant».

<sup>120</sup> Cette convention a été adoptée, en date du 9 octobre 2009, lors d'une Conférence diplomatique qui s'est déroulée à Genève.

<sup>121</sup> La Convention sur les titres intermédiaires a été signée par la Suisse en date du 5 juillet 2006.

suisse a néanmoins prévu que la convention sera applicable par anticipation, en qualité de droit interne, en attendant son entrée en vigueur au niveau international<sup>122</sup>. Ses règles de conflit seront donc converties en règles de conflit nationales. Comme pour toute autre convention applicable *erga omnes* faisant l'objet d'une règle de signalisation, le texte de la Convention sur les titres intermédiaires sera implicitement intégré dans la LDIP «derrière» l'art. 108c LDIP. Cette voie exceptionnelle permettant d'appliquer la convention par anticipation a été choisie par le législateur suisse «en raison de l'urgence qu'il y a à moderniser le DIP des titres intermédiaires»<sup>123</sup>.

La règle de signalisation sera intégrée dans la LDIP au sein d'un nouveau chapitre 7a entièrement consacré aux titres intermédiaires. Ce chapitre est situé juste après les droits réels, car il s'applique à des droits et obligations ayant des effets sur les tiers mais qui ne peuvent pas tous être qualifiés de droits réels au sens traditionnel du terme retenu en droit suisse<sup>124</sup>. Il contient des règles de conflit complétant la convention dans les domaines sortant de son champ d'application, soit la compétence directe et indirecte des autorités (futurs art. 108b et 108d LDIP). En outre, le législateur suisse a complété ces règles par une définition de la notion de titres intermédiaires sous la forme d'un renvoi à la définition figurant dans la convention (futur art. 108a LDIP). Ce renvoi permet de préciser que la notion de titres intermédiaires en droit international privé est autonome de celle existant en droit matériel suisse, ce qui permet de qualifier de titres intermédiaires des institutions juridiques étrangères n'existant pas dans le droit interne suisse<sup>125</sup>.

### 3.2. L'application du système de réserve générale des traités

Le peu de modifications de la LDIP intervenues consécutivement à l'entrée en vigueur de conventions internationales de droit international privé montre que le système de réserve générale des traités figurant *pro memoria* à l'art. 1 al. 2 LDIP fonctionne parfaitement bien. La LDIP est restée claire et facile d'accès malgré le nombre élevé de conventions ratifiées par la Suisse ces vingt dernières années.

<sup>122</sup> Message relatif à la Loi fédérale sur les titres intermédiaires et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiaires du 15 novembre 2006, FF 2006 8817, no 2.2.1.5.1 (Message Clah-TI).

<sup>123</sup> Message Clah-TI, *supra* note 122, no 2.2.1.5.1. Pour un commentaire de cette manière de procéder, voir *infra* 3.3.3.

<sup>124</sup> Message Clah-TI, *supra* note 122, no 2.2.1.5.2. Voir GUILLAUME F., «Les titres intermédiaires en droit international privé», in: Michel J.-T. (éd.), *Placements collectifs et titres intermédiaires – Le renouveau de la place financière suisse*, Lausanne 2008, pp. 145-173, spéc. pp. 160s.

<sup>125</sup> Message Clah-TI, *supra* note 122, no 2.2.3.1. Pour une appréciation critique, voir *infra* 3.3.1.

#### 3.2.1. La Convention de Lugano

Nous avons déjà mentionné le fait que la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale est entrée en vigueur en Suisse sans qu'il soit nécessaire d'apporter la moindre modification à la LDIP<sup>126</sup>. Dès lors que le législateur suisse s'était inspiré des règles de for de la future Convention de Lugano, sa compatibilité avec la LDIP était acquise avant sa ratification. Il a ainsi pu souligner que «cette convention prévoit, sur toutes les questions importantes, des règles semblables à notre nouvelle LDIP»<sup>127</sup>. La Convention de Lugano n'a jamais cessé d'influencer la LDIP: le législateur suisse est resté attentif à conserver dans la LDIP des règles de for compatibles avec celles figurant dans cette convention<sup>128</sup>.

Les Conventions de Bruxelles et de Lugano ont fait l'objet d'une révision par les Etats de l'Union européenne et de l'AELE. La révision a été intégrée dans le Règlement CE n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22 décembre 2000 (Bruxelles I), lequel s'applique depuis le 1<sup>er</sup> mars 2002 entre les Etats membres de l'Union européenne à la place de la Convention de Bruxelles. Un texte parallèle a été adopté pour les relations entre les Etats membres de l'Union européenne, la Suisse, le Danemark, la Norvège et l'Islande: la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Clrév.). L'entrée en vigueur de la Convention de Lugano révisée est prévue pour la Suisse en date du 1<sup>er</sup> janvier 2011, simultanément à celle du Code de procédure civile suisse. Elle entrainera des adaptations ponctuelles de la LDIP de manière à harmoniser cette dernière à la convention et au nouveau Code de procédure civile suisse. Dès l'entrée en vigueur de la Convention de Lugano révisée, l'ancienne Convention de Lugano deviendra obsolète<sup>129</sup>. Il est intéressant de relever que la Convention de Lugano révisée présentera une particularité au niveau de son champ d'application territorial: celui-ci se modifiera automatiquement à chaque nouvelle adhésion d'un Etat à l'Union européenne (art. 1 al. 3 Clrév.). Cela s'explique par le fait que l'Union européenne est partie à la convention<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> Voir *supra* 2.2.2.

<sup>127</sup> Message CL, *supra* note 91, no 31.

<sup>128</sup> Voir par exemple: Message Clah-Trust, *supra* note 96, no 2.2, p. 597; Message Clah-TI, *supra* note 122, no 2.2.3.3, p. 8909.

<sup>129</sup> L'art. 69 al. 6 Clrév. prévoit que la Convention de Lugano révisée remplace la Convention de Lugano dès son entrée en vigueur.

<sup>130</sup> Message 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 du 18 février 2009, FF 2009 1497, no 2.1 (Message Clrév.).

### 3.2.2. Les Conventions sur l'entraide judiciaire internationale en matière civile

Le système de réserve générale des traités internationaux s'est appliqué sans autre pour les quatre conventions internationales modernisant l'entraide judiciaire internationale en matière civile. Ces quatre conventions, fondées sur le principe de réciprocité, ne sont applicables qu'entre les Etats contractants. Il s'agit de trois Conventions de La Haye qui ont été élaborées pour réviser et remplacer le régime mis en place par la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> mars 1954 relative à la procédure civile<sup>131</sup>; la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale<sup>132</sup>; la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale<sup>133</sup> et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice<sup>134</sup>. Elles sont complétées par l'Accord européen du 27 janvier 1977 sur la transmission de demandes d'assistance judiciaire<sup>135</sup>.

Dès l'entrée en vigueur de ces quatre conventions, le champ d'application de la Convention de 1954 relative à la procédure civile s'est retrouvé limité aux domaines non couverts par leurs champs d'application. Toutefois, la Suisse applique la Convention de 1954 par analogie pour accorder l'entraide à des Etats non contractants avec lesquels elle n'est pas liée par une convention internationale<sup>136</sup>.

### 3.2.3. La Convention sur l'adoption internationale

La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale<sup>137</sup> a été insérée dans la LDIP au moyen de la réserve générale des traités. Cette convention fondée sur le principe de réciprocité présente la particularité d'instituer des autorités centrales au sein des Etats contractants. Son entrée en vigueur pour la Suisse a par conséquent dû être accompagnée d'une loi fédérale d'exécution: la Loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale<sup>138</sup>.

Cette loi fédérale règle l'attribution des tâches entre la Confédération et les cantons et coordonne la procédure prévue par la convention avec les institutions et la procédure suisses. Elle sert en quelque sorte de charnière entre la convention et les règles de procédure interne prévues essentiellement dans l'Ordonnance réglant le

<sup>131</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 5 juillet 1957; RS 0.274.12.

<sup>132</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> janvier 1995; RS 0.274.131.

<sup>133</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> janvier 1995; RS 0.274.132.

<sup>134</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> janvier 1995; RS 0.274.133.

<sup>135</sup> Cet Accord européen est en vigueur pour la Suisse dès le 2 janvier 1995; RS 0.274.137.

<sup>136</sup> Sur l'application par analogie des règles conventionnelles, voir *supra* 2.2.3.

<sup>137</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> janvier 2003; RS 0.211.221.311.

<sup>138</sup> RS 211.221.31. Voir JAMETTI GREINER, *supra* note 31.

placement d'enfants à des fins d'entretien et en vue d'adoption<sup>139</sup>, laquelle fixe les détails d'une procédure d'adoption se déroulant en Suisse<sup>140</sup>. L'application de la convention nécessite par conséquent d'appliquer en parallèle la loi fédérale et l'ordonnance<sup>141</sup>. En outre, la loi fédérale prévoit des mesures de protection des enfants qui sont accueillis en Suisse en vue de leur adoption, lesquelles s'appliquent même si l'enfant provient d'un Etat non contractant de la convention.

### 3.3. Un bilan positif

Les deux systèmes mis en place par le législateur suisse pour intégrer les conventions dans la LDIP se sont avérés efficaces. Ils ont permis d'incorporer douze conventions multilatérales de droit international privé dans la LDIP tout en conservant sa convivialité et sa lisibilité. Mais le système de signalisation, prévu initialement pour les conventions *erga omnes*, commence à présenter des failles.

#### 3.3.1. Un bémol s'agissant du complètement des conventions

L'intégration dans la LDIP des conventions *erga omnes*, dont le champ d'application est limité à certaines questions de droit international privé, paraît impliquer inévitablement un effort de complètement de la loi en plus de l'insertion d'une règle de signalisation. Le législateur suisse a exprimé plusieurs fois son attachement au système tripartite offrant des règles de conflit de juridictions, des règles de conflit de lois et des règles de compétence internationale indirecte pour chaque matière du droit privé. Sa volonté de conserver une loi aussi complète que possible apparaît clairement en relation avec la Convention sur les trusts et celle sur les titres intermédiaires.

Ce souci d'exhaustivité pousse cependant le législateur suisse à introduire un système quadripartite contenant en plus une définition des notions utilisées en droit international privé. Si cette démarche est compréhensible s'agissant d'une institution juridique inconnue du droit matériel (comme c'est le cas pour les trusts) ou fondamentalement différente de celle existant en droit matériel (comme c'est le cas pour les sociétés)<sup>142</sup>, elle est superflue s'agissant d'une institution juridique existant en droit matériel mais dont l'acceptation doit être plus large en droit inter-

<sup>139</sup> RS 211.222.338.

<sup>140</sup> Message concernant la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ainsi que la Loi fédérale relative à la Convention de La Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale du 19 mai 1999, FF 1999 p. 4565, no 221 (Message ClAH-Adoption).

<sup>141</sup> Message ClAH-Adoption, *supra* note 140, no 151.

<sup>142</sup> L'art. 150 al. 1 LDIP définit la notion de société en droit international privé suisse. Cette définition a paru nécessaire au législateur suisse pour marquer le fait que la notion retenue en droit international privé s'écarte résolument de celle existant en droit matériel, en particulier parce que le principe du *numerus clausus* des sociétés n'est pas applicable en droit international privé. Voir GUILLAUME, *supra* note 97, pp. 135.

national privé (comme c'est le cas pour les titres intermédiaires). La notion de titres intermédiaires retenue en droit matériel<sup>143</sup>, bien que plus limitée que celle de la Convention sur les titres intermédiaires, n'est pas à ce point différente de celle valable en droit international privé pour qu'il soit justifié d'introduire une définition dans la LDIP. Il n'est en effet pas nécessaire de rappeler que les institutions juridiques figurant dans la LDIP s'interprètent de façon autonome à celles existant en droit interne<sup>144</sup>. Le recours à la qualification est en effet un principe de base du droit international privé.

### 3.3.2. Une formulation plus nuancée de la règle de signalisation

De plus en plus de nouvelles conventions ont un champ d'application territorial qui varie d'une disposition à l'autre. Si les règles de conflit de lois sont désormais en principe applicables même si la loi désignée n'est pas celle d'un Etat contractant, les règles de conflit de juridictions, de reconnaissance et de coopération restent en principe limitées aux relations entre Etats contractants.

Or, le législateur suisse continue à intégrer dans la LDIP les conventions dont le champ d'application varie d'une disposition à l'autre au moyen d'une règle de signalisation. Il l'a fait récemment à l'art. 85 al. 1 et 2 LDIP pour les Conventions sur la protection des enfants et des adultes. La règle de signalisation donne ainsi l'impression que ces conventions s'appliquent sans préoccupation de réciprocité. Cette impression est toutefois trompeuse, dès lors que seules certaines des règles figurant dans ces conventions sont applicables *erga omnes*, alors que les autres ne s'appliquent que dans le cadre des relations entre Etats contractants ou à l'égard de particuliers rattachés à un Etat contractant. Une utilisation correcte du système de signalisation impliquerait de préciser dans la règle de signalisation quelles dispositions de la convention sont applicables *erga omnes*. Cela permettrait d'éviter toute incertitude quant à la portée des règles de conflit conventionnelles.

### 3.3.3. Une transformation des règles de conflit conventionnelles en règles de conflit nationales

En principe, une convention de droit international privé n'est en vigueur pour la Suisse que lorsqu'elle est entrée en vigueur conformément à ses clauses finales. Dès cet instant, elle fait partie intégrante de l'ordre juridique suisse en tant que traité international et prime les normes internes telles que notamment les lois fédérales<sup>145</sup>. Le législateur suisse a choisi de suivre une voie différente s'agissant de la Convention sur les titres intermédiaires. Il est en effet prévu que cette convention

entre en vigueur pour la Suisse avant son entrée en vigueur au niveau international<sup>146</sup>.

Comme la Convention sur les titres intermédiaires est une convention applicable *erga omnes*, elle sera incorporée dans la LDIP au moyen d'une règle de signalisation après sa ratification par la Suisse. Le texte de la convention sera inséré implicitement dans la LDIP «derrière» la règle de signalisation. Le futur art. 108c LDIP intégrera à proprement parler les règles de la convention dans la LDIP en les transformant en règles de conflit purement nationales. Les règles conventionnelles changeront ainsi de nature et deviendront du droit fédéral. Elles feront partie intégrante de l'ordre juridique suisse et seront appliquées par les autorités suisses de la même manière que toute autre règle de conflit de la LDIP. Au moment où la convention entrera en vigueur au niveau international conformément à ses clauses finales, ses règles se retransformeront en droit international. A partir de cet instant, la convention acquerra le statut de traité international.

La portée du futur art. 108c LDIP sera exactement la même que celle des autres règles de signalisation: purement déclaratoire. Mais cette disposition aura une particularité importante: dès l'entrée en vigueur de cette modification de la LDIP, les dispositions de la Convention sur les titres intermédiaires deviendront du droit suisse. Elles ne seront en vigueur qu'à partir de ce moment-là, au titre de droit fédéral (et non pas international). En cela, le futur art. 108c LDIP se distingue des autres règles de signalisation figurant dans la LDIP, dès lors que ces règles intégrées dans la LDIP des conventions de droit international privé en vigueur et qui ont donc le rang de droit international (et non pas de droit interne). Ces conventions impliquent des obligations internationales pour la Suisse, alors que tel ne sera pas le cas de la Convention sur les titres intermédiaires aussi longtemps qu'elle ne sera pas en vigueur. Pour cette raison, on peut regretter que la formulation du futur art. 108c LDIP soit identique à celle de toutes les autres règles de signalisation. Il aurait été préférable que le texte de la disposition fasse transparaître le fait que ce n'est pas la *convention* en tant que telle qui est appliquée, puisqu'elle n'est pas en vigueur, mais bien ses *dispositions* au titre de droit national<sup>147</sup>. Le futur art. 108c LDIP se distingue également des dispositions de la LDIP qui étendent le champ d'application d'une convention de droit international privé en décrétant l'application par analogie de ses règles de conflit à des personnes ou des matières sortant de son champ d'application<sup>148</sup>. Ces dispositions transforment aussi les règles conventionnelles en règles de conflit nationales, mais elles se réfèrent à des

<sup>146</sup> Voir *supra* 3.1.3.

<sup>147</sup> Par exemple: «Le droit applicable aux titres intermédiaires est régi par les dispositions de la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire». En ajoutant les mots «les dispositions de», cela permet de marquer une différence par rapport aux conventions appliquées en tant que telles.

<sup>148</sup> Voir *supra* 2.2.3.

<sup>143</sup> Voir l'art. 3 de la Loi fédérale sur les titres intermédiaires.

<sup>144</sup> FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, *supra* note 28, no 408s, pp. 137s; BUCHER/BONOMI, *supra* note 28, no 538, p. 145.

<sup>145</sup> Voir *supra* 1.2.

règles en vigueur au niveau international. Le futur art. 108c LDIP aura néanmoins un effet identique à celui de ces dispositions: il imposera l'application des règles de conflit de la Convention sur les titres intermédiaires à une situation où elles ne seraient autrement pas applicables (dès lors qu'elles ne sont pas en vigueur).

Cette manière de procéder – tout à fait exceptionnelle – permet de donner vie aux règles de la Convention sur les titres intermédiaires avant que celle-ci ait réuni le nombre de ratifications nécessaires à son entrée en vigueur. La convention sera ainsi applicable par acte unilatéral de la Suisse qui déclare son intention d'appliquer ses dispositions par anticipation. Cette procédure peut être rapprochée de l'application à titre provisoire d'un traité, sur décision du Conseil fédéral, en attendant l'approbation de l'Assemblée fédérale. Le Conseil fédéral peut prendre une telle décision lorsque la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent<sup>149</sup>. Mais elle s'en distingue fondamentalement en cela qu'elle n'entraîne pas de conséquences au niveau du droit international public, comme cela pourrait être le cas d'une application (ou d'une non-application) provisoire d'un traité<sup>150</sup>. L'application par anticipation n'est pas une question relevant du droit international public, mais uniquement du droit interne. En droit suisse, rien ne s'oppose à ce que les dispositions de la Convention sur les titres intermédiaires soient applicables au titre de droit national, dans l'attente de son entrée en vigueur au niveau international<sup>151</sup>.

On peut se demander s'il est approprié d'utiliser une règle de signalisation pour intégrer dans la LDIP une convention qui n'est pas encore entrée en vigueur au niveau international. Est-ce qu'il n'aurait pas été préférable de reprendre les dispositions topiques de la Convention sur les titres intermédiaires dans la LDIP en attendant son entrée en vigueur? Dès lors que le législateur suisse a conçu un chapitre entier relatif aux titres intermédiaires pour compléter la convention, il aurait pu poursuivre son effort en rédigeant des règles de conflit de lois sur le modèle de celles de la convention. Il aurait ainsi pu considérer la Convention sur les titres intermédiaires comme une sorte de loi modèle dont les dispositions topiques pouvaient être reprises dans la LDIP en attendant son entrée en vigueur au niveau international. Toutefois, il faut bien avouer que la rédaction de ces règles de conflit de lois n'aurait pas été aisée compte tenu du système de rattachement mis

<sup>149</sup> Art. 7b de la Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010).

<sup>150</sup> Au niveau international, l'art. 25 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111) règle l'application provisoire d'un traité par un Etat avant son entrée en vigueur. Voir MATTHY D., «Commentaire de l'art. 25», in: Corten O./ Klein P. (éd.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, Tome I, Bruxelles 2006, pp. 1047-1073; GESLIN A., *La mise en application provisoire des traités*, Paris 2005; LEFEBER-R., «The Provisional Application of Treaties», in: Klabbers J./ Lefeber R. (éd.), *Essays on The Law of Treaties – A Collection of Essays in Honour of Bert Verdag*, La Haye/Boston/Londres 1998, pp. 81-95.

<sup>151</sup> Message ClaH-TI, *supra* note 122, no 2.2.1.5.1.

en place par la convention. Celle-ci n'a pas du tout été conçue dans une optique de loi modèle. En outre, si cette voie avait été suivie, elle n'aurait pas dû se substituer à une ratification de la convention par la Suisse. Il est en effet important que la Suisse soit partie à cette convention, notamment pour pouvoir profiter de l'interprétation qui en sera donnée par la jurisprudence de tous les Etats contractants. Vu la grande technicité de la matière régie par cette convention, elle ne peut être efficace que si elle est interprétée de façon aussi uniforme que possible au niveau international. En effet, même en l'absence de juridiction supranationale chargée de veiller à une interprétation uniforme de cette convention, les tribunaux des Etats contractants doivent en principe veiller à l'interpréter de façon autonome en tenant compte, dans une certaine mesure, de la jurisprudence des tribunaux des autres Etats contractants<sup>152</sup>. Il aurait donc dû être clair qu'il ne s'agissait que d'une solution temporaire impliquant une modification de l'art. 108c LDIP en simple règle de signalisation dès l'entrée en vigueur de la Convention sur les titres intermédiaires au niveau international.

L'application par anticipation des dispositions d'une convention qui n'est pas encore entrée en vigueur au niveau international est une solution pragmatique qui devrait être réservée à des situations exceptionnelles. Toutefois, il n'est pas exclu que le recours à cette méthode se révèle nécessaire dans un proche avenir pour d'autres conventions de droit international privé rencontrant des difficultés à entrer en vigueur au niveau international. La transformation de règles de conflit conventionnelles en règles de conflit nationales pourrait devenir un processus courant. On précisera à ce sujet qu'une règle de signalisation est nécessaire pour intégrer dans l'ordre juridique suisse les dispositions d'un traité qui n'est pas en vigueur au niveau international et qui n'ont par conséquent pas le rang de dispositions conventionnelles. En effet, la réserve générale des traités de l'art. 1 al. 2 LDIP ne vise que les traités internationaux en vigueur. Dans l'hypothèse où une règle de signalisation serait utilisée pour une convention qui n'est pas applicable *erga omnes*, la disposition devrait être supprimée de la loi au moment de l'entrée en vigueur de la convention au niveau international de manière à éviter toute incertitude quant à son champ d'application. Les règles de signalisation doivent en effet être réservées aux conventions applicables *erga omnes*.

<sup>152</sup> Ce principe s'applique à toutes les conventions internationales, mais ne garantit bien entendu pas une interprétation uniforme des conventions au sein des Etats contractants. Voir PARROT, *supra* note 28; WILHELM, *supra* note 29, pp. 101-130; VAN GYSEL A.C., «Le concept de «notion autonome» dans la Convention du 27 septembre 1968 et le droit international conventionnel en général», in: *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Tome 2, Bruxelles 1986, pp. 801-810.

## 4. Remarques finales

Il est indéniable que les conventions multilatérales de droit international privé, et en particulier les Conventions de La Haye, ont eu une influence significative sur la LDIP. Cette influence a été marquée au moment de l'élaboration de la loi et a persisté après son entrée en vigueur. Mais plusieurs indices permettent de penser que la négociation de nouvelles conventions de droit international privé n'est plus une priorité pour les États. On assiste actuellement à un mouvement de balancier qui ramène l'unification du droit matériel sur le devant de la scène internationale. Si ces démarches se concrétisent, les conventions de droit international privé occupent une place sensiblement moins importante à l'avenir.

### 4.1. Vers une diminution de l'influence des conventions de droit international privé?

«Quoi qu'il en soit, depuis l'édiction de la LDIP, toute impulsion nouvelle en droit international privé suisse aura son origine dans une Convention internationale<sup>153</sup>. Cette affirmation, incontestable en 1990, est-elle encore d'actualité? Nous nous permettons d'en douter. Il n'est en effet pas certain que les conventions continuent à jouer un rôle central à l'avenir dans l'édification du droit international privé. On peut identifier en tout cas trois facteurs qui pourraient entraîner un risque de diminution de l'influence des conventions.

Premièrement, les États européens ont toujours joué un rôle central dans le cadre de la négociation des Conventions de La Haye. Or, leurs efforts se concentrent actuellement sur l'élaboration du droit communautaire. Le développement du droit international privé va par conséquent inévitablement être freiné en Europe. Cela se ressent déjà à La Haye: la frénésie d'édiction de conventions qui caractérise la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle s'est subitement calmée. Proportionnellement, peu de conventions ont été adoptées ces vingt dernières années.

Le désintérêt des États de l'Union européenne a cependant aussi un effet positif: il entraîne un nécessaire élargissement du rayonnement des Conventions de La Haye<sup>154</sup>. Elles doivent désormais inévitablement rallier des États d'autres continents pour obtenir un nombre significatif de ratifications. Mais il y a bien entendu un revers de la médaille: la négociation de ces conventions mondiales de droit international privé est plus compliquée compte tenu de la difficulté à trouver un compromis entre États de cultures juridiques fondamentalement différentes<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> BUCHER, *supra* note 37, p. 278.

<sup>154</sup> Cette mondialisation est sensible: en mars 2009, 129 États du monde entier étaient parties à une ou plusieurs Conventions de La Haye.

<sup>155</sup> Le récent échec de projet de convention mondiale sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale a montré qu'il est

Ce qui est bien plus préoccupant, c'est qu'il n'y a pas à l'heure actuelle de grand projet de convention en cours<sup>156</sup>. L'essentiel de l'activité de la Conférence de La Haye est, pour l'instant, centré sur le suivi et la promotion des conventions existantes. Le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye a récemment précisé que bien qu'il «avait été initialement mis en place aux fins d'élaborer de nouveaux instruments, il est estimé que les services post-conventionnels [...] représentent désormais 70% de la charge de travail de son personnel. En raison de l'augmentation de la portée mondiale de la Conférence et de ses travaux, de l'apparition de nouvelles Conventions et des besoins croissants des pays en développement et des pays en transition en matière d'assistance technique, ces services seront de plus en plus demandés»<sup>157</sup>.

Deuxièmement, l'entrée en vigueur des Conventions de La Haye est toujours soumise à la condition d'un nombre minimal de ratifications. Le nombre de ratifications exigées pour qu'une convention puisse entrer en vigueur a diminué au fil du temps. Des cinq ratifications requises dans les années 1950, plus que trois sont exigées un demi-siècle plus tard, voire deux dans les conventions les plus récentes<sup>158</sup>. On constate ainsi une possible réapparition, par la petite porte, des conventions bilatérales de droit international privé. Cette diminution du nombre de ratifications exigées est inévitable, notamment eu égard à la compétence exclusive de l'Union européenne pour conclure des traités internationaux dans toutes les matières où elle a une compétence externe<sup>159</sup>. Cela a pour conséquence directe que les États européens ne peuvent désormais ratifier une convention internationale relevant de la compétence externe de l'Union européenne qu'après sa signature

difficile de surmonter certaines différences au niveau de la conception du droit. Voir VON MEHREN A. T., «La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers: le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir?», *Revue critique de droit international privé* 2001, pp. 85-99; BUCHER A., «Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers?», *SJ* 2000 II, pp. 77-133.

<sup>156</sup> Plusieurs nouveaux instruments font actuellement l'objet d'études de faisabilité, en particulier dans les domaines suivants: médiation familiale transfrontière, choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, coopération transfrontière concernant l'information sur le contenu du droit étranger. Toutefois, ces instruments ne prendront probablement pas la forme d'une convention, mais plus vraisemblablement celle de principes ou de guides. Voir BUREAU PERMANENT, *Mise à jour du plan stratégique*, Document préliminaire no 5 de mars 2009, pp. 5s.

<sup>157</sup> BUREAU PERMANENT, *Programme de travail du Bureau permanent pour le prochain exercice financier (1<sup>er</sup> juillet 2009 – 30 juin 2010)*, Document préliminaire no 2 de février 2009, p. 3.

<sup>158</sup> Voir l'art. 31 al. 1 de la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, et l'art. 60 al. 1 de la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille (ces deux conventions n'ont pas encore été signées par la Suisse).

<sup>159</sup> Voir l'Avis de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) 1/03 du 7 février 2006, rendu en relation avec la compétence de l'Union européenne pour négocier la révision de la Convention de Lugano.

par cette dernière<sup>160</sup>. Ce processus est susceptible de ralentir, voire d'entraver la ratification des conventions internationales par les Etats européens. Or, les conventions de La Haye ont été ratifiées en grande majorité par les Etats européens. Il y a par conséquent un risque accru que les conventions ne parviennent pas à réunir un nombre suffisant de ratifications pour pouvoir entrer en vigueur<sup>161</sup>.

La dernière Convention de La Haye qui a pu entrer en vigueur avec trois ratifications est la Convention sur la protection des adultes qui a été ratifiée par trois Etats européens<sup>162</sup>. La signature et la ratification par ces trois Etats étaient possibles en raison du fait que la protection des adultes est une des rares matières n'entrant pas dans la compétence externe de l'Union européenne. Il s'agit d'un exemple, parmi beaucoup d'autres, qui montre l'importance des Etats européens pour réunir le nombre de ratifications nécessaires à l'entrée en vigueur des Conventions de La Haye. Ainsi, la Convention sur les titres intermédiaires pourrait être la première à faire les frais de cette nouvelle donne au niveau européen. Quand bien même tous les Etats s'accorderaient sur l'urgence à adopter des règles de conflit de lois applicables aux titres intermédiaires au moment de la négociation de la convention, seuls trois Etats (non membres de l'Union européenne) l'ont signée à ce jour et deux l'ont ratifiée. Il n'est dès lors pas certain qu'elle réunisse un jour les trois ratifications nécessaires à son entrée en vigueur.

Troisièmement, la convention multilatérale n'est pas un instrument facile à réviser. Toute révision suppose l'élaboration d'une nouvelle convention, ce qui entraine les Etats dans un processus qui prend beaucoup de temps. A titre d'exemple, les négociations relatives à la révision de la Convention de Lugano ont commencé une dizaine d'années après son adoption et ont abouti à un texte révisé en dix autres années. La révision de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs a été négociée en trois ans, mais cette décision a été prise plus de trente ans après son entrée en vigueur alors que le besoin de révision s'était fait sentir depuis longtemps. En outre, l'entrée en vigueur de l'instrument révisé entraîne des difficultés, car il doit être ratifié par les Etats. Or, il ne sera pas nécessairement ratifié par les mêmes Etats que la convention qu'il remplace. Sans parler du fait que certains

Etats ratifieront la nouvelle convention sans pour autant dénoncer l'ancienne. Cela entraîne inévitablement des difficultés de coordination dans l'application des textes. La convention internationale n'est donc pas un instrument qui s'adapte facilement à l'évolution du droit. Son absence de réactivité est un défaut majeur au sein d'une société caractérisée par l'intensité et la rapidité des échanges internationaux.

Ces constatations nous amènent à penser qu'il est probable que le nombre de nouvelles conventions multilatérales de droit international privé va encore diminuer ces prochaines années. Toutefois, les conventions pourraient continuer à jouer un rôle central en matière d'entraide administrative ou judiciaire. Elles paraissent être un excellent moyen pour mettre en place la coopération entre les Etats. Le fait que les Conventions de La Haye les plus ratifiées concernent ce domaine est un indice qu'il s'agit d'un instrument adéquat. Mais même dans le domaine de l'entraide internationale, il n'est pas exclu que la préférence soit donnée à l'avenir à des instruments non contraignants plus faciles à intégrer dans les ordres juridiques nationaux. Même la Conférence de La Haye commence à envisager l'utilisation d'autres instruments législatifs que la convention, comme le montre par exemple le récent projet de Guide de bonnes pratiques sur la médiation familiale transfrontière<sup>163</sup>. Le recours à d'autres instruments que la convention internationale est révélateur de l'émergence d'une nouvelle méthode d'harmonisation du droit international privé<sup>164</sup>.

#### 4.2. Vers une augmentation de l'influence du droit matériel?

Si l'influence des conventions de droit international privé sur la LDIP diminue, quelle sera la source du développement de cette loi à l'avenir? A notre avis, cette source doit être recherchée dans le droit matériel dont le rôle sera vraisemblablement de plus en plus prépondérant.

L'histoire de la LDIP montre qu'elle est en interaction constante avec le droit matériel suisse. Des quinze modifications de cette loi intervenues en vingt ans, seules trois sont la conséquence de l'entrée en vigueur d'une convention de droit international privé, alors que douze trouvent leur origine dans le droit matériel. La LDIP a ainsi été modifiée notamment suite à l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la

<sup>160</sup> BUREAU PERMANENT, *supra* note 157. Voir aussi BUREAU PERMANENT, *Plan stratégique de la Conférence de La Haye d'avril 2002*, pp. 365.

<sup>161</sup> La question de l'utilisation d'autres instruments législatifs que la convention – et notamment de lois modèles – n'est pas nouvelle à la Conférence de La Haye. La préférence a toutefois toujours été donnée à la convention. Voir JESSURUN D'OLIVEIRA, *supra* note 7, spéc. pp. 363-367; DROZ G.A., «La Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit: traités internationaux ou lois modèles?», *Revue internationale de droit comparé* 1961, pp. 507-521.

<sup>160</sup> Le Conseil de l'Union européenne a rendu une décision, en date du 5 octobre 2006, relative à l'adhésion de la Communauté européenne à la Conférence de La Haye de droit international privé [2006/719/CE] précisant notamment que «La Communauté européenne est compétente, sur le plan interne, pour adopter des mesures générales et particulières relatives au droit international privé dans différents domaines au sein de ses Etats membres.» (ch. 2 de l'Annexe II).

<sup>161</sup> Peu de conventions n'ont jamais obtenu le nombre de ratifications nécessaires à leur entrée en vigueur. On peut citer par exemple la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort, et la Convention européenne du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales.

<sup>162</sup> Cette convention est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009, grâce à la ratification de l'Allemagne, de la France et du Royaume-Uni.

fusion<sup>165</sup> et de la Loi fédérale sur le partenariat enregistré<sup>166</sup>, ainsi que lors de la modification du droit du mariage et du divorce<sup>167</sup>. Elle a aussi été modifiée lors de l'adoption de la Loi fédérale sur le transfert des biens culturels<sup>168</sup>, laquelle a permis de mettre en œuvre en Suisse la Convention de l'UNESCO du 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels<sup>169</sup>. En revanche, la ratification de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne)<sup>170</sup> n'a pas entraîné de modification de la LDIP.

L'influence du droit matériel suisse sur la LDIP pourrait augmenter à l'avenir. On constate en effet l'émergence d'un courant important d'unification du droit privé qui se ressent non seulement au niveau régional européen, mais aussi au niveau mondial. L'activité au sein d'UNIDROIT s'est nettement intensifiée ces dernières années. Il devient difficile de répertorier le nombre de groupes de travail, qui se réunissent dans des cadres plus ou moins institutionnels, réfléchissant à l'élaboration de règles communes aux Etats dans les différents domaines du droit privé. L'unification du droit paraît davantage accessible avec le développement de nouveaux instruments législatifs internationaux plus souples que la convention multilatérale, comme par exemple les lois modèles, les principes, les recommandations, les guides, les règlements ou même les *best practices*<sup>171</sup>. Ces instruments non contraignants pour les Etats sont plus faciles à mettre en vigueur. Toutefois, ils ne garantissent pas l'établissement d'un régime juridique parfaitement unifié entre les Etats, dès lors que ceux-ci conservent la liberté d'adapter les règles prescrites au moment de leur intégration dans le droit interne. Si cette tendance à l'unification du droit privé se concrétise, elle aura pour conséquence directe que le droit international privé perdra de son importance.

A nouveau, l'exemple de la Convention sur les titres intermédiaires est révélateur de la tendance des Etats à préférer la voie de l'unification du droit à celle de

<sup>165</sup> Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301).

<sup>166</sup> Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (RS 211.231).

<sup>167</sup> Loi fédérale du 26 juin 1998 modifiant le Code civil (RO 1999 1118) et Loi fédérale du 7 octobre 1994 modifiant le Code civil (RO 1995 1126).

<sup>168</sup> Loi fédérale sur le transfert international des biens culturels (RS 444.1).

<sup>169</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 3 janvier 2004; RS 0.444.1.

<sup>170</sup> Cette convention est en vigueur pour la Suisse dès le 1<sup>er</sup> mars 1991; RS 0.221.211.1.

<sup>171</sup> Les textes adoptés au sein d'UNIDROIT sont révélateurs de cette évolution: la convention internationale, même si elle continue à être utilisée, cède de plus en plus sa place aux lois modèles, principes ou guides. Au niveau européen, on peut citer par exemple l'adoption de principes de droit européen en matière de contrats, de responsabilité civile, de trust et de droit de la famille. Sur la diversification des instruments législatifs internationaux, voir LECUVER S., *Appréciation critique du droit international privé conventionnel – Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Paris 2007, pp. 162-164.

l'harmonisation du droit international privé. Partis pour négocier à La Haye une convention de droit international privé, les Etats ont très rapidement senti le besoin d'élaborer des règles de droit matériel uniformisées. Leur attention s'est ainsi focalisée sur la négociation de ces règles, ce qui explique – en partie – leur manque d'empressement à ratifier la Convention de La Haye. L'entraîn des Etats pour l'élaboration d'un droit matériel uniforme à la place de règles de droit international privé uniformes s'explique aisément: l'application des règles de conflit ne se fait pas sans peine et conduit à un résultat qui n'est pas toujours prévisible. Cette difficulté se ressent particulièrement dans une matière complexe, comme par exemple celle des titres intermédiaires. Le besoin d'unification au niveau du droit matériel est alors renforcé, car cela paraît être le seul moyen d'assurer la sécurité des transactions internationales.

La Suisse participe activement aux travaux d'unification du droit privé au niveau mondial. L'élaboration d'une Loi fédérale sur les titres intermédiaires, en marge des travaux se déroulant au sein d'UNIDROIT, montre sa volonté de contribuer à – voire d'anticiper – la création de règles de droit matériel uniformes. En outre, le législateur suisse s'inspire depuis les années 1980 de la réglementation européenne pour adapter son droit matériel. Il vérifie systématiquement l'européanité de toute modification du droit suisse. On peut par exemple citer à cet égard les efforts actuels du groupe de travail chargé de la révision de la partie générale du droit des obligations pour rendre cette révision, si elle devait intervenir, eurocompatible. L'accroissement du nombre de points de convergence entre le droit matériel suisse et le droit matériel d'autres Etats aura inévitablement pour corollaire un rétrécissement du rôle du droit international privé suisse. Néanmoins, les nouveautés introduites dans le droit matériel devront souvent être reportées dans la LDIP. On peut en conclure que la LDIP se développera probablement ces prochaines années davantage par le bas sous l'impulsion du droit matériel que par le haut sous l'influence de conventions de droit international privé.

Andrea Bonomi / Eleanor Cashin Ritaine (éds)

**La loi fédérale  
de droit international privé:  
vingt ans après**

Actes de la 21<sup>e</sup> Journée de droit international  
privé du 20 mars 2009 à Lausanne