Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 136 (2017)

Artikel: Migration et droit privé : influences réciproques, théorie des personnes physiques et morales, impact sur les rapports d'obligation et leur mise en œuvre

Autor: Philippin, Edgar

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895914

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 04.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Migration et droit privé

Influences réciproques, théorie des personnes physiques et morales, impact sur les rapports d'obligation et leur mise en œuvre

EDGAR PHILIPPIN*

* Professeur de droit des sociétés et de principes généraux du droit privé à l'Université de Lausanne, docteur en droit, avocat.

Table des matières

A. Introduction 316
B. Influence des migrations sur l'évolution du droit privé 317
I. Théorie des conflits de lois 318
II. Unification et évolution du droit privé suisse 322
1. Origines de la codification fédérale 322
2. Evolution ultérieure 327
a. Géométrie variable des fondements libéraux du droit privé suisse . . . 327
b. Augmentation du nombre des lois spéciales 328
c. Influence du droit international et du droit étranger 330
III. Synthèse 332
C. Appréhension des migrations par le droit privé 333
I. Domicile, résidence habituelle, siège et établissement 334
1. En droit interne suisse 335
a. Domicile et établissement des personnes physiques 335
aa. Domicile indépendant et établissement 336
bb. Domicile dépendant (ou dérivé) 340
b. Siège des personnes morales (et des entités assimilées) 340
2. En droit international privé suisse 348
a. Domicile, résidence habituelle et établissement des personnes physiques 348
b. Siège des sociétés 351
II. Mutation du rattachement territorial 356
1. Mutation du rattachement territorial des personnes physiques 356
a. A l'intérieur des frontières de la Confédération 356
b. Au travers des frontières de la Confédération 358
2. Mutation du rattachement territorial des sociétés/personnes morales . . . 358
a. A l'intérieur des frontières de la Confédération 358
b. Au travers des frontières de la Confédération 362
aa. Immigration 363
bb. Emigration 367
III. Influence sur les rapports d'obligation 371
1. Exemples en droit interne suisse 371
a. Immigration à des fins de prise d'emploi sans autorisation de travail 371
b. Relocalisation des parties et lieu d'exécution de l'obligation 375
c. Modification du lieu de travail 378
d. Relocalisation transfrontalière du débiteur de l'obligation cautionnée 388
aa. Protection du créancier de la caution simple (art. 495 al. 1er et 3 CO) 388
bb. Protection du recours de la caution contre le débiteur (art. 506 CO) 391
e. Relocalisation transfrontalière des représentants d'une société 392
f. Transfert de siège d'une société après participation à une scission . . 392
2. Le conflit mobile en droit international privé suisse des obligations . . . 393
IV. Mise en œuvre des obligations 402
1. Relocalisation et for de la poursuite 403
a. Fors fondés sur le domicile 403
b. Autres fors 404
2. Relocalisation et séquestre 405

3. Relocalisation et élection de for 405
4. Relocalisation et litispendance 408
5. Relocalisation et arbitrage 408
D. Thèses conclusives 411

A. Introduction

Pour son congrès de cette année, la Société suisse des juristes ne pouvait choisir thème plus actuel que celui de la migration. Quand bien même le phénomène remonte aux origines de l'humanité, il ne se passe pas un jour sans que la presse aborde la question sous un angle ou sous un autre. A tel ou tel endroit dans le monde, des mouvements de population déterminés par des motifs ethniques, religieux ou autres ont en effet des conséquences géopolitiques locales et régionales, voire globales. Ailleurs, des populations entières sont contraintes de quitter leur lieu de séjour pour échapper aux horreurs de la guerre ou à des persécutions, dans l'espoir de trouver sous d'autres latitudes des conditions de vie plus dignes. Partout, les modifications climatiques et leurs conséquences sur l'équilibre écologique et alimentaire planétaire laissent envisager de nouveaux flux migratoires importants. Des catastrophes naturelles, des accidents industriels ou des dangers liés à l'utilisation du sous-sol peuvent également provoquer des mouvements de population d'intensité et de durée variables. A plus ou moins grande échelle, des disparités économiques entre régions incitent les travailleurs à s'exiler pour rechercher une vie meilleure dans un environnement plus prospère, ou simplement à se déplacer, parfois quotidiennement, pour exercer leur activité dans un lieu différent de celui où ils résident. Pour les personnes disposant d'une formation ou d'aptitudes particulières, notamment dans les domaines scientifique, technique ou artistique, des centres d'excellence exercent aussi un certain attrait, au détriment de régions dans lesquelles la formation ou les infrastructures sont – censément ou réellement – de moins bonne qualité. D'autres déplacements, consécutifs ou non à une migration économique ou professionnelle, sont dictés par des motifs familiaux. Dans ses différentes formes, le nomadisme est toujours une réalité. Enfin, la démocratisation des moyens de transport – aérien en particulier – continue d'entraîner une augmentation significative des voyages de tous genres.

Contrainte ou choisie, permanente, temporaire ou saisonnière, intérieure ou transfrontalière, la migration peut entraîner, au lieu de départ, de passage et de destination, des difficultés d'autant plus grandes qu'elles ont été mal anticipées, spécialement lorsque les personnes concernées sont nombreuses et que le rythme des déplacements est soutenu. Les conditions du voyage, les modalités d'accueil, la logistique de l'hébergement, l'intégration culturelle, la cohabitation religieuse, l'impact sur l'économie, l'emploi et la criminalité, la question des infrastructures, parmi d'autres, sont autant de thèmes qui occupent les pro-

grammes politiques et la première page des journaux, d'une manière qui n'est d'ailleurs pas toujours en corrélation avec leur réalité empirique. Attitudes d'ouverture et de repli influencent notamment les politiques publiques d'asile, des relations internationales, d'aide au développement, de la formation et de la recherche, des transports, ainsi que les politiques fiscales et économiques, avec pour but de contrôler les migrants ou de leur porter secours, de limiter les phénomènes migratoires ou de les faciliter.

Dans la mesure où elles suscitent l'intérêt des médias et de l'opinion, les migrations sont ainsi régies essentiellement par le droit public. Toutefois, le déplacement de personnes est évidemment susceptible de mettre celles-ci en contact les unes avec les autres dans un contexte relevant du droit privé. Il est donc naturel que celui-ci prenne en considération les situations de ce type et leurs particularités. Nous commencerons ainsi notre étude par un aperçu de l'influence que les migrations ont pu avoir sur l'évolution du droit privé (B.). Nous nous demanderons ensuite – question en quelque sorte inverse – comment le droit privé appréhende le phénomène de la mobilité (C.). Les observations que nous aurons faites à ces deux égards nous permettront de formuler quelques thèses en guise de conclusion (D.)

Sans exclure quelques coups d'œil vers le Code civil (notamment en relation avec les notions de domicile et de siège), nous mettrons ici un accent particulier sur le Code des obligations et la législation y relative. Pour une étude approfondie des relations entre mobilité et droit civil au sens étroit, à l'exemple des règles du droit de la famille sur le déplacement des enfants, le lecteur voudra bien se référer au rapport de M. Möckli publié ci-avant. Il convient en outre de noter que, compte tenu de l'étendue du domaine du droit des obligations, nos réflexions seront développées, sans prétention d'exhaustivité, sur la base d'un certain nombre d'exemples. Ceux-ci auront en principe la caractéristique commune de se rapporter au domaine de l'entreprise et seront essentiellement tirés du droit des sociétés et du droit du travail. Les sujets que nous évoquerons ne seront pas étudiés dans toutes leurs implications, mais seulement dans la mesure qui nous aura paru nécessaire à notre interrogation sur les relations entre migration et droit privé.

B. Influence des migrations sur l'évolution du droit privé

L'aperception de la mobilité des personnes (et des biens) constitue l'un des fondements de la théorie des conflits de lois[1]. L'intensification des échanges et des

1 Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Kurt Siehr, Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehren, Bâle 2008 (Schweizerisches Privatrecht, vol. XI/1), N 222; François Knoepfler/Philippe Schweizer/Simon Othenin-Girard, Droit international privé suisse, 3e éd., Berne 2004, N 52.

déplacements dans un marché unique compte aussi parmi les facteurs qui ont contribué à l'unification du droit privé au sein de la Confédération[2]. C'est à ces deux observations que nous consacrerons l'essentiel des développements qui suivent. Compte tenu de l'objet du présent rapport, il ne s'agira naturellement pas de retracer de manière compréhensive l'histoire du droit international privé ou de l'élaboration des grandes codifications fédérales de droit privé, mais bien seulement d'exposer dans quelle mesure des phénomènes migratoires ont pu y contribuer.

I. Théorie des conflits de lois

L'Antiquité donne relativement peu d'exemples de règles de conflit de lois[3]. En Grèce, dès l'époque archaïque, des phénomènes de colonisation ont été déterminés notamment par le besoin de terres cultivables[4]. La nécessité de recourir à des échanges commerciaux pour se procurer un certain nombre de biens d'usage courant a également pu donner lieu, dans certains cas, à la fondation de cités nouvelles[5]. En général, celles-ci restaient toutefois assez indépendantes à l'égard de la cité d'origine des colons[6]. Entre nouveaux arrivants et autochtones, il pouvait se créer des relations de patronage[7]. Entre cités, des traités d'isopolitie pouvaient octroyer des droits égaux aux ressortissants de l'une et de l'autre[8], d'ailleurs indépendamment du fait que la première soit, ou non, la métropole de la seconde. Sous ces réserves, les relations entre individus d'origines différentes ne relevaient en principe pas du droit[9].

Les relations entre Rome et ses colonies ont été de nature assez différente. Pour l'essentiel, le *ius civile* s'appliquait aux relations entre citoyens romains[10]. Pour régler les litiges naissant inévitablement entre ceux-ci et les habitants libres des régions occupées, le *ius gentium* a été élaboré, corps de règles d'application générale, mais essentiellement orienté sur les besoins du commerce[11]. Au surplus, le droit local restait applicable aux rapports de droit privé entre autochtones[12]. En octroyant la citoyenneté romaine aux pérégrins, la constitution

2 Pio Caroni/Felix Schöbi, Einleitung. Art. 1–9 ZGB, Berne 2012 (Berner Kommentar, vol. I/1), Introduction générale, N 56.
3 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (n. 1), N 53.
4 Claude Orrieux/Pauline Schmitt Pantel, Histoire grecque, 3e éd., Paris 1995, p. 65.
5 Orrieux/Schmitt Pantel (n. 4), p. 71.
6 Orrieux/Schmitt Pantel (n. 4), p. 71.
7 Henri Batiffol/Paul Lagarde, Traité de droit international privé (tome 1), 8e éd., Paris 1993, p. 19.
8 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 19.
9 Bernard Audit, Droit international privé, 3e éd., Paris 2006, N 71; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (n. 1), N 53.
10 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 21.
11 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 21.
12 Christian von Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht. Bd. I: Allgemeine Lehren, 2e éd., Munich 2003, § 2 N 3.

antonine a étendu le champ d'application du *ius civile*[13]. Compte tenu de l'emprise territoriale de l'Empire romain, la problématique des conflits de lois a ainsi été largement réduite[14].

Dans le contexte des migrations qui ont suivi l'effondrement de l'Empire romain, les populations germaniques ont emporté leur régime juridique avec elles, continuant de se soumettre à celui-ci[15], sans l'imposer aux populations des territoires conquis, qui restaient régies par leur propre droit[16]. C'est l'époque de la personnalité des lois[17].

Autour du Xe siècle, les régimes féodaux se renforcent[18]. Avec eux commence une longue période de territorialité des lois, liée à l'absence presque totale de contacts entre ressortissants de différentes seigneuries[19] organisées sur un mode largement autarcique[20]. Dans ce système, qui est l'exact opposé de celui de la personnalité, un seul droit s'applique sur un territoire déterminé, indépendamment des personnes ou des relations en cause[21]: à cette époque de sédentarisation, en raison aussi de la multiplication des mariages mixtes, le rattachement des individus à une loi d'origine devient en effet de plus en plus difficile[22].

En Italie, où le système féodal ne s'est jamais solidement implanté[23], l'essor des échanges commerciaux entre villes[24] donne lieu à un regain d'intérêt pour le droit romain[25]. Le *ius gentium*, corps de règles applicable à tous, reprend de l'importance, compte tenu de l'impossibilité d'appliquer leur loi personnelle aux nombreux arrivants d'origines diverses entrant en contact les uns avec les autres[26]. Des statuts propres à chaque ville, remplaçant les lois personnelles, commencent toutefois à se développer en parallèle[27]. Pratiques pour régler les situations purement locales, mais trouvant leurs limites face à des litiges concernant plus d'une ville, ces statuts donnent pour la première fois lieu au développement d'une vraie théorie des conflits de lois, œuvre principale des glossateurs de l'école de Bologne[28]. A la question de savoir quel droit s'applique à

13 Audit (n. 9), N 71; von Bar/Mankowski (n. 12), § 2 N 2.
14 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (n. 1), N 54.
15 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 22.
16 Audit (n. 9), N 72.
17 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 227 et 229; Audit (n. 9), N 72.
18 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 23.
19 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 233; Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 24.
20 Audit (n. 9), N 73.
21 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 24.
22 Audit (n. 9), N 73.
23 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 235; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (n. 1), N 57; Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 27.
24 Ce développement économique est d'ailleurs aussi sensible en Europe du Nord avec le développement des villes hanséatiques, de même que dans d'autres régions: Audit (n. 9), N 75.
25 Audit (n. 9), N 76.
26 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 236.
27 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 27.
28 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 239.

un litige opposant des plaideurs de provinces soumises à des coutumes diverses, Aldricus préconise de retenir celle qui paraît préférable *(potior)* et la plus apte à régler opportunément le différend *(utilior)*[29], encourageant le juge à trancher selon le statut qui lui paraîtra meilleur *(melius)*[30]. Encore assez vague, ce principe n'est pas sans rappeler – sous réserve du changement de paradigme que Carl Friedrich von Savigny imposera plus tard – celui que concrétise aujourd'hui l'article 117 alinéa 1er LDIP: « A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits. » Sur ces premières bases, une théorie des conflits, qui repose schématiquement sur une distinction entre statuts réels, personnels et mixtes, est ensuite développée notamment par Bartole et Balde[31].

En France, à la période de la centralisation du pouvoir royal, Charles Dumoulin représente les partisans d'un droit coutumier français commun, destiné à prévenir les conflits de statuts[32]. Bertrand d'Argentré est quant à lui le principal théoricien de la tendance inverse, qui consiste à préserver les coutumes locales et à les articuler par des règles de conflit[33]. A cette fin, il considère la plupart des coutumes comme réelles, d'application territoriale[34]. Les coutumes personnelles, susceptibles de s'appliquer de façon extraterritoriale, doivent pour lui rester l'exception[35].

La prépondérance d'ordres juridiques strictement délimités par des frontières territoriales est aussi la théorie dominante aux Pays-Bas, qui luttent pour leur indépendance[36]. Le principe selon lequel le juge n'applique que son propre droit, à l'exclusion de tout droit étranger, est l'expression de la souveraineté de l'Etat[37]. Chez Huig de Groot, par exemple, la doctrine du droit international privé est ainsi fortement imprégnée de principes de droit international public[38]. Les juristes néerlandais de l'époque constatent toutefois qu'il peut en résulter des situations instables en cas de litiges présentant un élément d'extranéité[39]. Paul Voet, parmi d'autres, suggère dans ce contexte la possibilité d'appliquer un droit différent de celui du for, toutefois essentiellement sur une base volon-

29 Sur l'idée d'équité qui peut être associée au terme *utilis*, voir par ex. D. 13, 5, 5, 9 ou D. 43, 20, 1, 35.

30 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 240; Audit (n. 9), N 77; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (n. 1), N 58.

31 Audit (n. 9), N 77; von Bar/Mankowski (n. 12), § 6 N 11 ss.

32 von Bar/Mankowski (n. 12), § 6 N 20, voient en lui rien moins que l'initiateur de l'unification du droit privé français qui culminera avec le Code civil de 1804. Voir également Audit (n. 9), N 78.

33 Audit (n. 9), N 81.

34 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 380.

35 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 380.

36 Audit (n. 9), N 82; Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 29.

37 Audit (n. 9), N 82.

38 von Bar/Mankowski (n. 12), § 6 N 30.

39 von Bar/Mankowski (n. 12), § 6 N 30.

taire, par courtoisie ou convenance internationale, dans l'espoir de la réciprocité[40].

Sur cette toile de fond, le XIXe siècle est marqué par le développement des Etats nationaux, au sein desquels la tendance est à l'unification et à la codification du droit. C'est aussi l'époque de la révolution industrielle et de l'intensification des échanges commerciaux[41]. La mobilité des personnes et des biens est très fortement accentuée par le développement des réseaux ferroviaires[42]. Apparaît alors l'idée – à vrai dire déjà esquissée chez Dumoulin, mais dans un contexte tout à fait différent[43] – selon laquelle les individus devraient en principe être libres de déterminer les règles s'appliquant à leurs échanges[44]. C'est la théorie de Friedrich Carl von Savigny, qui propose de restreindre cette liberté uniquement en relation avec des questions particulières, à propos desquelles il existerait un intérêt public prépondérant à l'application d'un régime matériel déterminé[45]. En dehors de ces cas, les Etats renonceraient à considérer leur propre droit privé comme préférable à celui de n'importe quel autre ordre juridique[46]. Un système uniforme de règles de conflit assurerait la parfaite articulation d'ordres juridiques fondamentalement considérés comme équivalents[47]. Dans la pensée de Savigny, il ne s'agit plus de déterminer le champ d'application territorial d'un statut en tant que tel, mais bien d'identifier pour chaque rapport de droit le régime auquel il est caractéristiquement soumis[48]. C'est en cela que consiste son apport fondamental[49] au droit international privé moderne, au moins européen[50].

Aux Etats-Unis, en effet, le XXe siècle a vu la remise en question du principe d'équivalence sous-tendant la théorie de Savigny. Avec l'intensification massive des déplacements de population[51], la neutralité de ce système, largement abstrait de toute valeur fondamentale[52], a notamment été critiquée[53]. La

---

40 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 384.
41 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 272.
42 Cf. Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 31.
43 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (n. 1), N 68.
44 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 401 s.
45 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 275.
46 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 281.
47 Batiffol/Lagarde (n. 7), p. 398.
48 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (n. 1), N 74; von Bar/Mankowski (n. 12), § 6 N 55.
49 Paul Heinrich Neuhaus, Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache, RabelsZ 15 (1949/50), p. 366, y voit une révolution copernicienne.
50 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 282.
51 von Bar/Mankowski (n. 12), § 6 N 82; Audit (n. 9), N 97.
52 von Bar/Mankowski (n. 12), § 6 N 82, font allusion notamment au développement de règles inspirées par le sentiment d'équité sociale à l'égard de certains groupes de population (consommateurs, locataires, parties faibles en général); Audit (n. 9), N 101, évoque la prise en considération de l'intérêt des personnes et du résultat social de l'application des règles. Cf. également Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 286.
53 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 285; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (n. 1), N 76.

mécanique pandectiste qui, de manière plus ou moins forte, caractérise aujourd'hui encore les régimes continentaux de droit international privé n'est sans doute pas la seule approche possible des conflits de lois, ni même nécessairement la meilleure[54]. Des contre-propositions ont été formulées consistant à rechercher le juste résultat ou à appliquer le meilleur droit[55], le cas échéant en prenant en considération l'intérêt de l'Etat *(governmental interest)*[56]. Les plus radicales de ces théories – qui reviennent à l'idée d'Aldricus au XIIIe siècle[57] – ont toutefois été critiquées même outre-Atlantique. En réaction à celles-ci, ainsi qu'aux propositions consistant à toujours appliquer la loi du for, la doctrine des « principes de préférence » a été développée[58]: ancrée dans la méthode casuistique de la *common law*, elle avait essentiellement pour but de ne pas rejeter toute réflexion conflictualiste et d'améliorer la prévisibilité du résultat[59].

A ce stade, on peut faire le constat suivant. L'essence même du droit international privé est l'existence d'un élément d'extranéité dans une relation juridique. Il est donc tout à fait logique que la doctrine des conflits de lois connaisse son zéro absolu lorsque la mobilité est pratiquement inexistante[60] et qu'elle se développe en marge de migrations ou avec l'intensification des échanges commerciaux transfrontaliers: l'idée de la personnalité des lois coïncide avec l'importation de leurs lois par les migrants germaniques, la doctrine des statuts fleurit dans l'Italie marchande des XIVe et XVe siècles, la conception moderne du droit international privé naît en parallèle à l'essor du chemin de fer au milieu du XIXe siècle.

C'est précisément à cette dernière époque que commence en Suisse le processus d'unification du droit privé au niveau fédéral, dont la première manifestation sera le Code fédéral des obligations de 1881. Comme son successeur de 1911 sera l'objet de nos réflexions de droit positif, il convient de s'intéresser brièvement au rôle que la mobilité des personnes a pu jouer dans son élaboration et son évolution.

II. Unification et évolution du droit privé suisse

1. Origines de la codification fédérale

En Suisse, l'idée d'une unification du droit au niveau supracantonal émerge assez naturellement avec la République helvétique du 12 avril 1798[61]. Un code

54 Audit (n. 9), N 100 s.
55 von Bar/Mankowski (n. 12), § 6 N 87.
56 von Bar/Mankowski (n. 12), § 6 N 88.
57 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 287. Voir ci-dessus p. 320.
58 von Bar/Mankowski (n. 12), § 6 N 86.
59 Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard (n. 1), N 82.
60 von Bar/Mankowski (n. 12), § 6 N 6.
61 Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14e éd., Zurich 2015, § 1 N 1.

pénal a pu voir le jour en 1799, sur le modèle du code français de 1791. En droit privé, en revanche, les efforts d'unification ont été assez largement vains[62], malgré un objectif constitutionnel explicite[63]. Dans ce domaine, spécialement en l'absence d'un exemple français, il a paru difficile de construire de toutes pièces un droit civil commun sans prendre en considération les traditions locales[64]. Compte tenu du fait que l'Acte de médiation du 10 mars 1803 consacre l'échec du modèle de la république unitaire pour la Suisse moins de cinq ans après le début de l'expérience, le temps aura simplement manqué pour cela[65]. Il n'en reste pas moins que les libertés constitutionnelles reconnues dès 1798 vont avoir un certain impact sur le droit privé à venir[66]. L'idée d'une corrélation entre consolidation politique et unité du droit privé se fait également jour[67].

Comme le débat entre Dumoulin et d'Argentré l'avait déjà mis en évidence au moment de la centralisation du pouvoir entre les mains du roi dans la France du XVIe siècle, un tel lien, certes possible, n'est toutefois pas nécessaire[68]. Avec le retour du modèle fédéraliste dans notre pays, il faut attendre la seconde moitié du XIXe siècle pour que l'idée d'un droit civil unifié comme expression de l'unité d'une nation soit à nouveau évoquée[69]. Elle s'est toutefois heurtée à des réticences, liées notamment au sentiment de légitimité d'un droit civil déterminé démocratiquement au niveau local[70]: une limitation de l'emprise territoriale du droit privé devait permettre de mieux prendre en considération les différences religieuses qui avaient donné lieu à la guerre du *Sonderbund*, ainsi que d'autres sensibilités culturelles ou autres, encore très disparates d'une région à l'autre[71]. Pour les Romands[72], il s'agissait en outre de préserver leurs codifications cantonales[73] généralement perçues comme plus progressistes que le droit

62 Caroni/Schöbi (n. 2), N 27.

63 L'art. 48 de la constitution du 12 avril 1798 avait la teneur suivante: « Les lois civiles de chaque canton, et les usages qui y ont rapport, continueront à servir de règle aux tribunaux, jusqu'à ce que les conseils législatifs aient introduit, par degrés, l'uniformité des lois civiles [...] ».

64 Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (n. 61), § 1 N 1; Caroni/Schöbi (n. 2), N 27. La constitution helvétique de 1798 (citée ci-dessus n. 63) prévoyait d'ailleurs expressément une unification progressive.

65 Caroni/Schöbi (n. 2), N 27; Hans Merz, Das schweizerische Obligationenrecht von 1881. Übernommenes und Eigenständiges, in: Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier (édit.), Le centenaire du Code des obligations, Fribourg 1982, p. 4.

66 Sur l'influence de la période helvétique en matière de droit privé, voir Ferdinand Elsener, Geschichtliche Grundlegung, in: Max Gutzwiller (édit.), Geschichte und Geltungsbereich, Bâle 1969 (Schweizerisches Privatrecht, vol. I), p. 30 ss; Caroni/Schöbi (n. 2), N 28, évoquent la reconnaissance générale de la capacité civile.

67 Caroni/Schöbi (n. 2), N 28.

68 Voir ci-dessus p. 320.

69 Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (n. 61), § 1 N 1; Caroni/Schöbi (n. 2), N 35.

70 Caroni/Schöbi (n. 2), N 46 ss.

71 Caroni/Schöbi (n. 2), N 32 s.

72 Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (n. 61), § 1 N 10.

73 Sur celles-ci: Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (n. 61), § 1 N 2 ss; Pio Caroni, « Privatrecht »: Eine sozialhistorische Einführung, Bâle 1988, p. 35 ss; Elsener (n. 66), p. 47 ss.

civil d'outre-Sarine[74]. Au sein d'une confédération, et à l'exemple des Etats-Unis, il pouvait donc paraître préférable, à plusieurs égards, de retenir un modèle reposant sur des droits cantonaux articulés entre eux par des règles de conflit[75], ou en tout cas une unification légère permettant aux cantons et aux individus de conserver une large autonomie[76].

Dans ce contexte, la Société suisse des juristes a été fondée en 1861 avec l'objectif statutaire de favoriser la plus large harmonisation possible de la législation civile, pénale et de procédure[77]. C'est toutefois seulement au congrès de 1868 – tenu d'ailleurs à Soleure, comme cette année – que l'aile radicale de l'association[78], partisane d'une forte union nationale, a emporté le vote d'une résolution demandant explicitement l'élaboration de « lois obligatoires, pour toute la Suisse, sur certaines parties du droit civil et de la procédure civile »[79]. Même si le *Bürgerliches Gesetzbuch* n'existait pas encore, un mouvement de centralisation du droit civil se profilait aussi en Allemagne à cette époque[80]. Dans ce contexte, à terme, le maintien du morcellement du droit privé en Suisse aurait pu conduire les juristes romands à s'exiler en France, au moins le temps de se former au système du Code civil de 1804, et les juristes de la partie germanophone du pays à fréquenter de leur côté les universités allemandes[81]. Cela aurait entraîné l'existence de deux communautés de juristes bien distinctes, marquée chacune par une culture différente du droit privé[82]. L'unité du pays en aurait été affectée, ce qui était naturellement indésirable pour le parti radical. Sous cet angle, la migration des juristes – même temporaire, à fins d'études – apparaissait inopportune. Dans cette logique, le congrès de la Société suisse des juristes de 1868 s'est aussi intéressé – comme il le fera cette année – à la question de la formation: il est toutefois probable que, cent quarante-neuf ans plus tard, la proposition de créer une école fédérale de droit[83] ne sera pas renouvelée.

Ces impulsions ont certainement contribué, mais non suffi, à l'unification du droit privé dans notre pays. En mai 1872, le peuple et les cantons rejettent encore – à une faible majorité – l'idée d'une compétence fédérale générale en ma-

---

74 Caroni/Schöbi (n. 2), N 49 ss.

75 Caroni/Schöbi (n. 2), N 45. Sur l'idée de concordats intercantonaux, voir Merz (n. 65), p. 5; Richard Eugster, Die Entstehung des schweizerischen Obligationenrechtes vom Jahre 1883, thèse, Zurich 1925, p. 9 ss.

76 Caroni/Schöbi (n. 2), N 52 ss.

77 Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 2e éd., Zurich 1988, p. 17; Elsener (n. 66), p. 234 s.

78 Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (n. 61), § 1 N 9; Caroni/Schöbi (n. 2), N 42.

79 FF 1869 I 97. Sur les relations troublées entre la Revue de droit suisse et la Société suisse des juristes ensuite de cette résolution qui avait fait le désarroi des conservateurs, voir Elsener (n. 66), p. 233.

80 E. Bucher (n. 77), p. 17 s. Cf. également Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (n. 61), § 1 N 12.

81 Sur les inspirations du Code des obligations, voir notamment Merz (n. 65), p. 7 ss.

82 Caroni/Schöbi (n. 2), N 42.

83 FF 1869 I 97.

tière de droit civil, procédure comprise[84]. Il faut attendre la Constitution fédérale de 1874 pour qu'une uniformisation partielle du droit privé soit arrêtée[85]. Les matières concernées comprennent, outre la capacité civile, résurgence libérale des principes de 1798, toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change)[86], la propriété littéraire et artistique[87], ainsi que la poursuite pour dettes et la faillite. C'est seulement en 1898 que la Confédération obtiendra le droit de légiférer dans toutes les matières du droit civil[88].

Il n'est pas étonnant que ce soit principalement[89] en matière de commerce que commence l'unification du droit privé au niveau fédéral[90], avec le Code des obligations de 1881[91]. Dans ce domaine, la demande existait d'ailleurs au moins depuis la Constitution fédérale de 1848. Sous certaines réserves, celle-ci garantissait notamment le libre achat et la libre vente des denrées, du bétail et des marchandises proprement dites, ainsi que des autres produits du sol et de l'industrie, leur libre entrée, leur libre sortie et leur libre passage d'un canton à l'autre (art. 29), de même que le droit des citoyens de s'établir librement dans toute l'étendue du territoire suisse (art. 41). Elle attribuait aussi à la Confédération le droit exclusif de battre monnaie (art. 36), et la responsabilité de l'unité des poids et mesures (art. 37). Le projet avait donc assez naturellement été conçu, dès les ébauches de 1847, d'assortir ces éléments du pouvoir de légiférer de manière uniforme en matière de commerce[92]. Cette intention s'était toutefois heurtée à des résistances libérales, dont l'objet était de limiter l'intervention de l'Etat central à la suppression des barrières au libre exercice des activités commerciales[93].

Durant les vingt-six ans qui séparent la Constitution fédérale de 1848 de celle de 1874, l'industrie et les transports connurent un essor sans précédent, conduisant à des mouvements et à un brassage de population jusqu'alors inimaginables[94]. Ce motif apparaît pour la première fois dans le procès-verbal des

---

84 Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (n. 61), § 1 N 10; Caroni/Schöbi (n. 2), N 36; E. Bucher (n. 77), p. 17; Merz (n. 65), p. 6.

85 Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (n. 61), § 1 N 10.

86 Caroni/Schöbi (n. 2), N 37.

87 A ce sujet, voir aussi Merz (n. 65), p. 5.

88 Caroni/Schöbi (n. 2), N 39.

89 Sur d'autres matières concernées, voir Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (n. 61), § 1 N 10; Merz (n. 65), p. 4.

90 A propos d'un effort antérieur, voir Adrian Staehelin, Der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts von 1864, in: Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier (édit.), Le centenaire du Code des obligations, Fribourg 1982, p. 31 ss. Sur une proposition bernoise et soleuroise restée sans suite auparavant encore, Merz (n. 65), p. 4.

91 Cf. E. Bucher (n. 77), p. 16.

92 Caroni/Schöbi (n. 2), N 35.

93 Caroni/Schöbi (n. 2), N 35.

94 La formule, spécialement intéressante dans le contexte de notre étude, est directement reprise – en traduction française libre – de celle de Caroni/Schöbi (n. 2), N 41.

délibérations du Conseil national des années 1872 et 1873 relatives à la révision de la Constitution fédérale[95]. C'est notamment le chemin de fer[96] qui, créant les conditions matérielles d'une libre circulation des personnes et des biens d'une région à l'autre du pays, a mis en évidence que la réalisation effective du marché unique nécessitait encore l'unification du droit privé, au moins dans la mesure utile au commerce[97]. Une intervention de la Confédération dans ce domaine était vue comme garante de relations d'affaires faciles et sûres, voire du maintien de l'avantage concurrentiel de la Suisse par rapport à d'autres pays[98].

Plus qu'elle n'est le miroir juridique d'ambitions politiques[99], l'unité du droit privé fédéral résulte surtout de la nécessité de répondre de manière pragmatique à de nouveaux besoins concrets des individus[100]. Ce sont des intérêts sectoriels, essentiellement de nature économique, qui ont conduit à l'adoption du Code fédéral des obligations[101] puis, compte tenu notamment des expériences favorables faites avec celui-ci, à l'unification du reste du droit privé[102]. Dans ce contexte, l'un des objectifs du législateur a été de favoriser – ou au moins de ne pas entraver – le mouvement de la population dans le territoire de la Confédération. Dans une certaine mesure aussi, en ce qui concerne le Code des obligations, il s'est agi de doter la Suisse d'un régime qui soit attractif en comparaison internationale, dans le but au moins implicite d'attirer ou de retenir des industries dans notre pays. Ces motifs n'ont sans doute pas été les seuls, mais il nous paraît qu'ils ont joué – en tout cas pour le premier – un rôle déterminant. Le second dénote, dès la fin du XIXe siècle, la perception plus ou moins consciente d'un lien entre l'économie du régime de droit privé interne et la décision des entreprises de s'établir ici ou ailleurs, voire de changer de lieu d'implantation.

---

95 Caroni/Schöbi (n. 2), N 41.

96 Lors des travaux de révision de la Constitution fédérale destinés à étendre la compétence législative fédérale à l'ensemble du droit privé, le président de la commission du Conseil des Etats a décrit les voies ferrées comme un signe d'égalité entre les cantons (« die Eisenbahnschienen sind die Gleichungszeichen zwischen den Kantonen »), cité par Caroni/Schöbi (n. 2), N 34 n. 43. Le motif du brassage de la population est aussi revenu fréquemment, cf. Caroni/Schöbi (n. 2), N 41.

97 Caroni/Schöbi (n. 2), N 41; Merz (n. 65), p. 22.

98 Caroni/Schöbi (n. 2), N 41. Sur l'attractivité de la Suisse au fil des années, principalement depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, voir Heinz Schärer/David Oser, Redomiciliation Transactions, in: Rudolf Tschäni (édit.), Mergers & Acquisitions XIV, Zurich 2012 (Europa Institut, vol. 125), p. 68 ss.

99 Sur celles-ci, voir par ex. Merz (n. 65), p. 6.

100 Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo (n. 61), § 1 N 1; Caroni/Schöbi (n. 2), N 45.

101 Caroni/Schöbi (n. 2), N 33; Merz (n. 65), p. 5.

102 Caroni/Schöbi (n. 2), N 39.

2. *Evolution ultérieure*

Depuis sa codification au niveau fédéral, le droit privé suisse a beaucoup évolué. Trois tendances fondamentales de cette évolution ont été mises en évidence. Nous ne nous intéresserons pas à celles-ci pour elles-mêmes, mais bien seulement dans la mesure nécessaire à la formulation d'un constat lié au rapport que peuvent entretenir droit privé et migration.

a. *Géométrie variable des fondements libéraux du droit privé suisse*

Le Code civil et le Code des obligations ont été initialement élaborés, de manière plutôt abstraite, comme un droit d'organisation des relations entre particuliers[103]. Dans le Code des obligations, cela se traduisait par une réglementation essentiellement supplétive, laissant un très grand espace à l'autonomie privée[104]. Le Code civil était certainement plus imprégné des conceptions sociales de l'époque, mais il avait été édicté de manière à être acceptable pour tout le pays, malgré la diversité des valeurs qui sous-tendaient les divers droits applicables avant le 1er janvier 1912. Dans son état initial, le droit privé fédéral apparaît ainsi globalement plutôt libéral.

Par la suite, cette caractéristique s'est sans doute accentuée dans le Code civil. Dans le domaine du droit de famille, par exemple, le droit actuellement en vigueur, sans être tout à fait égalitaire, est beaucoup moins qu'à l'origine le reflet d'un modèle unique d'organisation de la vie en commun[105].

Pour le droit des obligations, en revanche, on constate plutôt un parcours inverse[106]. De plus en plus d'éléments relevant de la politique économique ou sociale ont été introduits dans la loi, dans le but de favoriser des intérêts particuliers[107]. Les travailleurs, par exemple, ont été mis au bénéfice d'une protection croissante au fil des années[108]. Les locataires et, dans une certaine mesure, les consommateurs ont également vu leurs droits se renforcer progressivement[109]. Dans chaque cas, selon le point de vue, on pourra juger que le code a évolué de manière positive ou non, que la protection instaurée est insuffisante, adéquate ou excessive. Il est en tout cas certain que les règles à caractère impératif

---

103 Caroni/Schöbi (n. 2), N 260, parlent d'« Abstraktion und Entsofflichung »; Merz (n. 65), p. 20, évoque un « offenes System » et une rédaction fondée sur un « Richtlinienstil », éléments dans lesquels il voit l'aptitude fondamentale de notre code à s'adapter à des circonstances nouvelles et à des évolutions de la société.

104 Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7e éd., Berne 2016, N 1.04.

105 Caroni/Schöbi (n. 2), N 265 s.

106 Caroni/Schöbi (n. 2), N 267.

107 Thomas Koller, Die sozial sensiblen Bereiche des Vertragsrechts in der schweizerischen Zivilrechtskodifikation, in: Karel V. Malý/Pio Caroni (édit.), Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung, Prague 1998, p. 49 ss.

108 Caroni/Schöbi (n. 2), N 200.

109 Schwenzer (n. 104), N 1.05; Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9e éd., Zurich 2000, § 1 N 11.

se sont multipliées dans le Code des obligations[110]. Celui-ci apparaît donc globalement moins libéral que par le passé.

On se rappelle que la constitution de 1874 avait posé les bases d'un régime qui se voulait attractif par rapport à l'étranger. En comparaison internationale, le droit privé suisse d'aujourd'hui apparaîtra ici plus libéral, favorable au laissez-faire, là plus conservateur, orienté vers la sauvegarde d'intérêts particuliers, en fonction d'une part du domaine considéré, d'autre part du pays observé. La relativisation des fondements libéraux du droit privé fédéral peut-elle avoir des conséquences sur la décision d'un acteur économique de s'installer en Suisse, d'y rester ou de la quitter? Il semble qu'une telle décision soit plutôt le résultat d'un ensemble de facteurs économiques, politiques et juridiques. Le cours du franc suisse, la politique monétaire de la Banque nationale, le niveau des salaires, la qualité des infrastructures, le coût de celles-ci, la fiscalité des entreprises, la disponibilité de personnel indigène qualifié, l'aptitude des entreprises à engager du personnel étranger, le cadre fixé par les accords passés avec l'Union européenne et la stabilité politique sont donc sans doute au premier plan dans ce contexte[111]. Cela dit, les orientations fondamentales du droit privé[112], en tout cas dans la mesure où elles concernent les entreprises[113] et les échanges commerciaux, contribuent certainement, parmi d'autres éléments[114], à l'appréciation de l'opportunité d'un établissement ou d'un départ[115].

b. Augmentation du nombre des lois spéciales

Un autre axe marquant de l'évolution du droit privé suisse consiste en ceci qu'il fait l'objet de plus en plus de lois spéciales[116]. Il existe à cela plusieurs raisons.

La première est liée à la tendance accrue du législateur à s'affranchir de la distinction entre droit public et droit privé[117]. Pour assurer l'efficacité des objectifs de protection auxquels nous avons fait allusion ci-dessus, non seulement

---

110 Caroni/Schöbi (n. 2), N 262.

111 Nicole Rütti/Natalie Gratwohl, Die Schweiz verliert an Anziehungskraft, NZZ du 19 avril 2016, p. 1; Daniel Gerny/Erich Aschwanden, Standort Schweiz im Sinkflug, NZZ du 11 février 2015, p. 9.

112 Schärer/Oser (n. 98), p. 75.

113 Hansueli Schöchli, Richtungsentscheid in der Fiskalpolitik, NZZ du 10 janvier 2017, p. 1, cite l'importance d'un marché du travail libéral dans les facteurs contribuant à la décision des entreprises relatives à leur établissement: dans ce contexte, le droit du travail joue naturellement un rôle déterminant.

114 Schärer/Oser (n. 98), p. 72 ss.

115 Hansueli Schöchli, Das lange Nachspiel zur Minder-Initiative, NZZ du 30 mai 2015, p. 23.

116 Pour le droit des obligations, voir par ex. Pascal Pichonnaz, Le centenaire du Code des obligations. Un code toujours plus hors du code, RDS 2011 II 136 ss. Cf. également Peter Gauch/Walter R. Schlup/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht (vol. I), 10e éd., Zurich 2014, N 18 ss.

117 Koller (n. 107), p. 85 s.; Fritz Gygi, Die Verfassungsgrundlagen des Schweizerischen Obligationenrechts, in: Pio Caroni (édit.), Das Obligationenrecht 1883–1983), Berne 1984, p. 17.

le parlement édicte-t-il en effet de plus en plus de règles impératives[118], mais il en confie aussi souvent le contrôle à l'Etat[119]. Dans ce contexte, la manière la plus simple d'assurer la cohérence de la matière consiste à regrouper dans un texte législatif distinct du code[120]. Parmi les exemples d'une telle manière de procéder, on peut notamment citer la loi sur la protection des données, le droit foncier rural et la loi sur les cartels[121].

Souvent, ces interventions du législateur sont controversées. Le recours à une loi spéciale permet ainsi, deuxièmement, d'éviter de charger le Code civil ou le Code des obligations de thèmes politiquement sensibles. C'est probablement l'une des raisons pour lesquelles la question de l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger est réglée hors du code[122]. Indépendamment de l'influence d'éléments de droit public, le choix de régler le partenariat enregistré dans une loi spéciale relève également de cette préoccupation[123].

Enfin, l'évolution de la société et de l'économie rend nécessaire de répondre à des besoins qui n'existaient pas – ou dans une moindre mesure – au moment où la grande codification fédérale du droit privé a vu le jour. Le recours à des lois spéciales permet assez facilement d'éviter de remettre en cause l'équilibre originel du Code civil et du Code des obligations. La loi sur la fusion en est, parmi d'autres, un exemple. Celle-ci s'est expressément donné pour but de moderniser des outils existants (fusion et transformation) et d'en créer de nouveaux (scission et transfert de patrimoine): en comparaison avec le régime en vigueur chez nos voisins européens, il apparaissait en effet nécessaire d'offrir aux entreprises suisses un système plus flexible en matière de restructurations[124].

En s'assurant de mettre à disposition des outils comparables à ceux d'autres ordres juridiques[125], le législateur a pour but – comme le constituant de 1874 – de maintenir la compétitivité de la place économique suisse. Entre autres objectifs, il cherche à éviter l'émigration des sociétés et à favoriser l'implantation de nouvelles entreprises dans notre pays.

Faut-il y voir un contraste avec la tendance, que nous avons notée par ailleurs, à l'augmentation du nombre de règles impératives notamment en droit

---

118 Voir ci-dessus p. 327 s.

119 Caroni/Schöbi (n. 2), N 262.

120 A propos de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses (dont les dispositions concernées se trouvent aujourd'hui largement dans la loi fédérale du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers), cf. Roland von Büren, Öffentlichrechtliche Eingriffe in Privatrechtkodifikationen am Beispiel des neuen schweizerischen Börsengesetzes, in: Karel V. Malý/Pio Caroni (édit.), Kodifikation und Dekodifikation des Privatrechts in der heutigen Rechtsentwicklung, Prague 1998, p. 181 ss.

121 Caroni/Schöbi (n. 2), N 256.

122 Caroni/Schöbi (n. 2), N 259.

123 Caroni/Schöbi (n. 2), N 259.

124 Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la fusion, la scission et la transformation de sujets (novembre 1997), p. 8.

125 Caroni/Schöbi (n. 2), N 257.

des obligations et à l'accroissement du rôle d'autorités administratives dans certaines matières relevant du droit privé? Comme nous l'avons exposé, cette tendance pourrait en effet avoir un effet contraire, à tout le moins si elle est combinée avec d'autres facteurs. Aussi forte soit la tentation d'imaginer un ordre juridique au fonctionnement sous-tendu par des principes appliqués de manière systématique, il faut probablement se résoudre à constater que le législateur adopte une approche plus pragmatique et cherche, d'un thème à l'autre, à réaliser l'équilibre entre les attentes des uns et des autres. De cas en cas, le résultat, dicté notamment par le jeu des forces politiques, est plus ou moins réussi. De manière générale, la codification fédérale du droit privé a certes été l'aboutissement d'une réflexion globale menée à la fin du XIXe siècle. Elle a logiquement aussi été le point de départ d'une série de révisions qui, partielles, n'ont pas pu renforcer la cohérence de l'ensemble, mais seulement – dans le meilleur des cas – ne pas nuire à celui-ci. Cela n'est en soi ni une bonne ni une mauvaise chose, seulement la nécessaire évolution d'un système qui, à un certain moment, a cristallisé dans un code ce qui était alors l'état de sa maturité.

On a vu que le droit privé n'est pas le principal facteur d'influence sur le comportement des agents économiques lorsqu'il s'agit de décider s'il convient de s'établir en Suisse, ou d'évaluer l'opportunité d'y rester alors que se présente la possibilité de s'installer ailleurs. A une époque où le rythme des révisions du droit privé suisse s'accélère, se concrétisant souvent par la promulgation de lois spéciales, le législateur doit toutefois veiller à préserver l'équilibre fonctionnel du système[126].

c. *Influence du droit international et du droit étranger*

Dernier trait essentiel de l'évolution que nous retraçons brièvement ici, le droit international et le droit étranger ont une influence croissante sur le droit privé suisse[127].

Il a d'une part été observé que le droit international public a un certain effet sur le droit privé suisse. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme, qui a évidemment une pertinence particulière en droit civil[128], concerne aussi le domaine du droit des obligations[129].

D'autre part, indépendamment de l'effet direct des conventions internationales, la mobilité transfrontalière, facilitée notamment par les accords bilatéraux avec l'Union européenne, contribue indirectement à l'évolution du droit

126 A cet égard, il peut s'inspirer des principes classiques (et à vrai dire abondamment discutés) qui dirigent l'intervention du médecin: « être utile ou ne pas nuire », HIPPOCRATE, Epidémies I (trad. Jacques Jouanna), Paris 2016, c. XI § 2, p. 18.

127 SCHWENZER (n. 104), N 1.10 ss.

128 CARONI/SCHÖBI (n. 2), N 269.

129 Voir par ex. Cour européenne des droits de l'homme, deuxième section, 11 mars 2014, aff. 52067/10 et 41072/11, Renate Anita Howald Moor et al.c. Suisse, rés. JdT 2014 II 165.

interne suisse[130]. Parmi d'autres exemples, on peut citer celui de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et au contrôle des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail. Relevant du droit public dans ses fondements, cette loi a une influence sur le contenu des relations de droit privé entre employeurs et travailleurs, notamment dans la mesure où elle règle le montant du salaire (art. 2 LDét).

Enfin, comme à l'époque où l'unification du droit privé suisse était vue comme un corollaire indispensable à la concrétisation de la liberté des échanges commerciaux dans le marché unique créé par la Constitution fédérale, l'harmonisation matérielle avec le droit communautaire est aujourd'hui régulièrement envisagée dans les révisions du droit privé suisse[131], essentiellement dans le but de tenir compte du caractère international des activités économiques et du fait que les partenaires principaux des entreprises suisses sont situés dans les pays qui nous entourent[132].

Il n'est pas anodin de constater que ce type d'influence suscite aujourd'hui des débats politiques relatifs à la légitimité démocratique des règles de droit applicables en Suisse[133]. Il ne s'agit certes pas ici d'analyser le fondement et la portée de l'initiative populaire fédérale « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) »[134]. On remarque toutefois que celle-ci est symptomatique d'une crainte relative à une perte de maîtrise des citoyens sur le contenu du droit suisse. A une échelle différente, la préoccupation est assez similaire à celle de certains opposants à l'unification du droit privé au niveau fédéral, au XIXe siècle, qui voyaient dans l'octroi d'une compétence législative à la Confédération dans cette matière le risque d'une perte de légitimité démocratique d'un droit civil non déterminé au niveau local[135].

Qu'on le veuille ou non, il faut constater que le développement des relations commerciales transfrontalières entraîne une certaine perméabilité des ordres juridiques. Parler de « migration des règles de droit » relèverait sans doute de la formule, mais il est indéniable que l'élargissement géographique des libertés économiques et d'établissement induit de fortes attentes d'harmonisation, ou au moins de coordination. L'observateur de l'évolution du droit privé suisse depuis les années 1850 ne s'en étonne toutefois pas.

---

130 Caroni/Schöbi (n. 2), N 270.
131 Schwenzer (n. 104), N 1.11.
132 En ce sens, voir par ex., en relation avec la loi sur la fusion, FF 2000 4167.
133 Caroni/Schöbi (n. 2), N 270.
134 FF 2015 1833.
135 Cf. n. 70.

III. Synthèse

Le premier réflexe du juriste est probablement d'associer les migrations au domaine du droit public. Il est incontestable que c'est celui-ci, et notamment le droit d'asile, qui régit les conséquences les plus tragiques du déplacement forcé des populations, aujourd'hui en cruel point de mire en raison de graves conflits dans diverses régions du monde. Si le droit privé régit des situations dénuées d'enjeux humanitaires collectifs, il entretient toutefois des rapports étroits avec la mobilité des personnes. En droit civil, comme le montre le rapport de M. Möckli, la question du déplacement des enfants présente – au niveau d'une famille – une importance fondamentale pour les personnes concernées.

En droit des obligations, objet principal de notre étude, l'intensification des échanges commerciaux transfrontaliers et de la mobilité des personnes au sein d'espaces de libre circulation entraîne un besoin accru de coordination des ordres juridiques, comme en témoigne l'évolution du droit international privé. La création d'un marché unique a quant à elle presque inévitablement pour conséquence (à un moment ou à un autre) l'unification du droit privé (dans une mesure ou dans une autre) dans l'espace concerné, ainsi qu'en atteste l'histoire de notre code et des lois qui lui sont associées.

A une époque et à une échelle différentes, l'harmonisation de nombreuses matières du droit des obligations au niveau de l'Union européenne relève du même phénomène[136]. Les efforts d'instituts comme UNIDROIT ou d'autres groupes de travail reflètent la poursuite d'objectifs semblables, jusqu'à un cadre mondial[137].

Si le rapprochement des règles du droit des obligations résulte fondamentalement d'un besoin du marché plus que d'un postulat politique, il est évident que l'union politique facilite grandement l'harmonisation. En l'absence d'union politique, la demande du marché sera probablement plutôt satisfaite par une démarche de coordination. Les échelles territoriales du commerce se modifiant différemment des frontières nationales (et à un autre rythme), l'unification du droit matériel et l'articulation de systèmes indépendants évoluent inévitablement en parallèle. Aucune de ces approches n'est en soi meilleure, plus claire ou plus sûre que l'autre[138].

En particulier, l'unification du droit n'est pas forcément l'aboutissement idéal d'un accroissement de la mobilité des personnes dans un espace déterminé. La nécessité – à un certain moment – de refléter des réalités sociales[139] ou des valeurs propres à un territoire ou à un groupe de personnes donné doit être prise en considération, comme la légitimité démocratique du droit privé, qui peut dépendre de l'homogénéité du sentiment national dans le temps. C'est

136 Gauch/Schlup/Schmid (n. 116), N 22b et 22c.
137 Schwenzer (n. 104), N 1.12; Gauch/Schlup/Schmid (n. 116), N 22e ss.
138 Cf. Caroni/Schöbi (n. 2), N 25 s.
139 Caroni/Schöbi (n. 2), N 18 ss.

en définitive lorsqu'il existe une volonté partagée de favoriser la mobilité dans un espace déterminé qu'un droit harmonisé et, en principe, libéral peut voir le jour. Au XIXe siècle, des réticences cantonales ont ainsi été surmontées pour parvenir à la codification libérale du droit privé au niveau de la Confédération. Aujourd'hui, la nature fédérale de notre droit civil n'est pas remise en question, et c'est précisément son caractère helvétique qui fonde des réticences face à l'influence d'autres ordres juridiques.

Quand bien même il n'est pas exclu qu'un régime fortement imprégné de préoccupations sociales et/ou de valeurs locales puisse, en combinaison avec d'autres facteurs, entraîner une émigration des entreprises vers des ordres juridiques plus libéraux, le recours à un régime de droit privé restrictif comme moyen délibéré de restreindre l'immigration devrait rester un phénomène exceptionnel. En revanche, l'adoption d'un régime libéral de droit privé est un outil classique de favorisation de la mobilité. Dans une mesure non négligeable, ce sont des considérations liées au mouvement des personnes qui déterminent, dans l'évolution du droit privé, l'articulation entre harmonisation matérielle et coordination par des règles de conflit de lois. L'échelle à laquelle se réalise l'équilibre entre les deux approches dépend de l'espace géographique au sein duquel le sentiment de légitimité démocratique des règles de droit privé l'emporte sur l'aspiration à la mobilité au-delà des frontières.

C. Appréhension des migrations par le droit privé

Dans la première partie de notre rapport, nous nous sommes demandé – question pour ainsi dire macro-juridique – si les migrations influencent la formation du droit privé en tant que système. Nous poursuivrons maintenant notre étude par une interrogation à beaucoup plus petite échelle. Il s'agira de déterminer si le droit positif prend (adéquatement) en considération la possibilité que les parties à une relation de droit privé se déplacent.

A cet égard, les notions de domicile, de résidence habituelle, de siège et d'établissement formeront, assez naturellement, le point de départ de nos réflexions (I.). Nous pourrons ainsi étudier les règles de droit privé qui en régissent le déplacement, aussi bien à l'intérieur des frontières de la Confédération qu'au-delà (II.). L'accent de notre rapport étant principalement mis sur le Code des obligations et les textes qui le complètent, nous examinerons ensuite quelle influence la modification du domicile, de la résidence habituelle, du siège ou de l'établissement peut avoir sur les rapports juridiques relevant du droit des obligations et sur le droit applicable aux relations ressortissant à celui-ci (III.). Enfin, nous ferons quelques observations sur l'influence d'une relocalisation sur la mise en œuvre des droits issus de rapports d'obligation (IV.).

Sous réserve d'observations marginales, nous ne nous intéresserons en principe pas aux règles de droit public que doivent observer les personnes, phy-

siques ou morales, qui entendent déplacer leur domicile, leur résidence habituelle, leur siège ou leur établissement. Il serait certainement intéressant – et sans doute utile – d'en faire au moins le catalogue. Cependant, le cadre fixé au présent rapport en serait excédé, probablement d'assez loin. Nous y renoncerons donc, non sans quelque regret.

I. Domicile, résidence habituelle, siège et établissement

De manière générale, la migration peut se définir comme le transfert passager ou durable du *lieu de vie* au-delà des frontières[140]. Pour cette raison, les notions de base que nous introduirons brièvement seront limitées à celles de domicile, de résidence habituelle, de siège et d'établissement. Par contraste, les notions de lieu d'origine et de nationalité seront laissées de côté.

Pour les personnes physiques, le changement de nationalité est d'ailleurs un processus relevant exclusivement du droit public[141]. Dans ce contexte, en outre, l'aspect migratoire initial est à l'arrière-plan par rapport à la stabilisation dans le pays d'accueil[142]. Enfin, contrairement au droit civil (dans une mesure d'ailleurs limitée)[143], le droit des obligations et le droit des sociétés n'accordent aucune importance matérielle au droit de cité cantonal et communal[144]. De même, en droit international privé, la nationalité joue un rôle non négligeable dans les matières relevant du droit civil[145], mais non dans celles qui ressortissent au droit des obligations et au droit des sociétés.

---

140 La définition est de Minh Son Nguyen, Droit public des étrangers. Présence, activité économique et statut politique, Berne 2003, p. 21; les mots mis en évidence le sont par nous. Cf. également Martina Caroni/Tobias Grasdorf-Meyer/Lisa Ott/Nicole Scheiber, Migrationsrecht, 3e éd., Berne 2014, p. 1.

141 Sur les sources du droit de la nationalité, voir par ex. Karl Hartmann/Laurent Merz, Einbürgerung. Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser (édit.), Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, 2e éd., Bâle 2009, N 12.3 ss.

142 Sur les durées de séjour en Suisse requises pour la naturalisation, voir art. 15, art. 27 al. 1er, art. 28 al. 1er, art. 29 al. 1er et art. 31*a* al. 1er LN.

143 Voir les art. 260 al. 2 ch. 3, 260*a* al. 1er, 269*a* al. 1er, 330 al. 2, 442 al. 4 et 550 al. 2 CC, ainsi que, sur la question de l'acquisition du droit de cité par le mariage, la filiation ou l'adoption, les art. 161, 267*a* al. 1er et 2, ainsi que 271 CC. Cf. également art. 8*b* Tit. fin. CC.

144 Entre autres indications, l'art. 765 al. 2 CO commande l'inscription sur le registre du commerce du lieu d'origine des personnes autorisées à représenter la société en commandite par actions. La même règle s'applique aux associés de la société à responsabilité limitée (art. 791 al. 1er CO). L'indication du lieu d'origine dans les inscriptions de personnes physiques sur le registre du commerce en une qualité ou en une autre est au demeurant prescrite, de manière générale, par l'art. 119 al. 1er let. d ORC (en relation avec l'art. 24*b* al. 1er let. f ORC). Il s'agit toutefois de prescriptions à caractère formel.

145 Qu'il s'agisse de la compétence des autorités, du droit applicable ou de la reconnaissance de décisions étrangères: art. 37 al. 2, art. 38 al. 2 et art. 39 LDIP (nom), art. 42 LDIP (déclaration d'absence), art. 43 al. 1er et 2 LDIP (mariage), art. 45*a* al. 1er LDIP (annulation du mariage), art. 47 et art. 48 al. 3 LDIP (effets du mariage), art. 52 al. 2 et art. 54 al. 2 et 3 LDIP (régimes matrimoniaux), art. 60 et art. 65 al. 1er et 2 LDIP (divorce et séparation de corps), art. 67, art. 68 al. 2 et

Les personnes morales n'ont, elles, ni nationalité ni lieu d'origine[146]. Leur rattachement à un Etat, à un canton ou à une commune dépend exclusivement de leur siège, éventuellement du lieu où elles sont administrées en fait[147] et, à certains égards, de l'endroit où elles déploient des activités présentant un certain degré d'autonomie[148]. La question de la mutation du statut (international) d'une personne morale[149] ne se distingue donc pas de celle du transfert de son siège ou du lieu de son administration. Les règles y relatives entrent naturellement dans le champ de notre étude et seront abordées plus loin[150].

1. En droit interne suisse

a. Domicile et établissement des personnes physiques

En droit interne suisse[151], aux fins des relations relevant du droit privé[152], les personnes physiques ont nécessairement un domicile[153]. La notion en est

---

art. 70 LDIP (établissement, constatation et contestation de la filiation), art. 71 al. 1er, art. 72 al. 1er et art. 73 al. 1er LDIP (reconnaissance), art. 76, art. 77 al. 2, art. 78 et art. 80 LDIP (adoption), art. 82 al. 2 LDIP (relations entre parents et enfants), art. 87, art. 90 al. 2, art. 94 et art. 95 al. 2 et 3 LDIP (successions).

146 Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4e éd., Berne 2016, N 09.05; Jean-François Perrin, La reconnaissance des sociétés étrangères et ses effets, Genève 1969, p. 14 ss.

147 Art. 154 LDIP.

148 Sur les succursales, voir essentiellement l'art. 935 CO et, dans les rapports internationaux, l'art. 160 LDIP. La notion juridique de la succursale est définie par la jurisprudence et vise tout établissement commercial qui, dans la dépendance d'une entreprise principale dont il fait juridiquement partie, exerce d'une façon durable, dans des locaux séparés, une activité similaire, en jouissant d'une certaine autonomie dans le monde économique et celui des affaires; l'établissement est autonome lorsqu'il pourrait, sans modifications profondes, être exploité de manière indépendante; il n'est pas nécessaire que la succursale puisse accomplir toutes les activités de l'établissement principal; il suffit que l'entreprise locale, grâce à son personnel spécialisé et à son organisation propre, soit à même, sans grande modification, d'exercer d'une façon indépendante son activité d'agence locale; il s'agit d'une autonomie dans les relations externes, qui s'apprécie de cas en cas d'après l'ensemble des circonstances, quelle que soit la subordination ou la centralisation interne (ATF 108 II 122 c. 1). Son activité indépendante s'exerce en vue de réaliser les buts commerciaux de l'établissement principal. La succursale n'accomplit pas seulement des affaires auxiliaires, comme la préparation des contrats, la représentation ou la mise à exécution d'affaires conclues, mais peut, tout comme l'établissement principal, traiter elle-même des affaires de façon autonome. Ainsi, ne sont pas des succursales des dépôts de distribution, ni des offices de paiement, ni non plus des filiales qui, même si elles dépendent étroitement de la société-mère, sont des sociétés commerciales juridiquement autonomes (FF 1983 I 311).

149 Au sens de l'art. 155 LDIP.

150 Ci-dessous p. 358 ss.

151 A teneur de l'art. 20 al. 2 *in fine* LDIP, le droit international privé suisse recourt expressément à une notion de domicile autonome par rapport à celle de l'art. 23 CC. Nous y reviendrons ci-dessous p. 349, pour constater qu'il n'y a en réalité pas de différence matérielle.

152 Sur les liens entre le domicile « civil » et le domicile pertinent aux fins de diverses matières du droit public, voir par ex. Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.14 ss.

153 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.18; Antoine Eigenmann, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (édit.), Commentaire romand. Code civil I, Bâle 2010, art. 23 CC N 5; Hans Michael Riemer, Personenrecht des ZGB, 2e éd., Berne 2002, N 196.

définie aux articles 23 ss CC. A teneur de ces dispositions, on distingue notamment le domicile dépendant (ou dérivé) du domicile indépendant[154].

aa. Domicile indépendant et établissement

Principalement, à teneur de l'article 23 CC, le **domicile indépendant** est au lieu où l'on réside avec l'intention de s'y établir:

1° La *résidence* consiste en la présence physique régulière à un endroit déterminé. Le fait de se trouver passagèrement en un lieu – par exemple pour une visite, en transit ou par hasard – ne suffit pas à fonder le domicile[155].

2° L'*intention de s'établir* n'est pas déterminée par la stricte volonté interne de la personne concernée[156], mais bien par l'ensemble des éléments concernant la vie personnelle, sociale et professionnelle[157] qui représentent la manifestation externe de cette volonté[158]. Dans la plupart des cas, l'intention objectivement reconnaissable pour les tiers coïncide sans doute avec la volonté réelle de la personne concernée, mais, dans le cas contraire, c'est la première qui l'emporte[159], en application du principe de la confiance[160]. Parmi les critères pertinents, on peut identifier l'endroit où l'on dort[161], celui où l'on passe son temps libre, celui où l'on conserve ses effets personnels ou encore celui où l'on dispose d'un raccordement téléphonique ou d'une adresse postale[162]. Aucun de ces éléments n'est déterminant en soi[163]: il y a toujours lieu de procéder à une pondération de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas d'espèce[164].

La distinction classique entre élément objectif et élément subjectif du domicile indépendant doit être relativisée comme essentiellement conceptuelle[165]. Comme on l'a vu, la composante volitive est en effet comprise de manière objectivée. Quant à la présence physique caractéristique de la résidence, son caractère régulier implique une orientation dans la durée qui est en général déterminée par la constatation d'une intention de s'établir.

Si l'existence d'une telle intention permet de considérer la résidence comme durable, le domicile peut être constaté dès l'arrivée au lieu considéré[166], sans

154 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.19.
155 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.25.
156 Sur la nécessité du discernement, voir ATF 127 V 237 c. 2c.
157 ATF 125 III 100 c. 3.
158 ATF 137 III 593 c. 5.1.
159 ATF 97 II 1 c. 3.
160 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.27.
161 Christian Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zurich 2000, N 323.
162 TFA, Ire Chambre, 8 août 2005, P 21/04 c. 4.1.1. Pour d'autres critères, voir par ex. Eigenmann (n. 153), art. 23 CC N 16 ss.
163 Eigenmann (n. 153), art. 23 CC N 17.
164 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.31.
165 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.24; Eigenmann (n. 153), art. 23 CC N 10.
166 TF, IIe Cour civile, 25 août 2005, 5C.163/2005 c. 2.

qu'il soit nécessaire d'attendre l'écoulement d'un temps déterminé[167]. Dans certaines circonstances, l'intention de s'établir permet même de fonder le domicile avant l'arrivée sur le lieu de résidence envisagé[168].

Cela dit, l'intention requise ne doit pas nécessairement être définitive[169]. Il suffit en principe qu'elle soit de durée indéterminée[170]. En ce sens, l'article 23 alinéa 1er *in fine* CC dispose que le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constitue en soi pas le domicile. Cette règle avait historiquement pour but d'éviter que les communes ou les cantons dans lesquels se trouvaient de tels établissements ou institutions ne doivent supporter des coûts potentiellement considérables, liés à la concentration sur leur territoire de personnes susceptibles de tomber dans le besoin, lorsque la loi leur en imposait la charge à raison du domicile[171]. En la matière, la compétence et la répartition des charges ressortissent désormais à la loi fédérale en matière d'assistance[172], qui introduit la notion de domicile d'assistance, clairement distinct du domicile civil même s'il se détermine sur la base de critères similaires[173]. Pour cette raison, et compte tenu du fait que l'article 23 alinéa 1er *in fine* CC ne pose qu'une présomption réfragable[174], la jurisprudence récente est encline à admettre plus facilement la constitution d'un domicile civil, notamment au lieu d'un établissement de soins, en tout cas lorsque celui-ci est librement choisi par la personne concernée pour un séjour durable, et cela quand bien même la requête d'admission aurait été influencée par une certaine nécessité (par ex. un besoin d'encadrement ou des raisons financières)[175]. C'est en définitive seulement lorsque le séjour dans l'institution ou l'établissement concerné apparaît d'emblée temporaire qu'il convient, dans la règle, de nier la constitution d'un domicile[176].

---

167 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.25; Eigenmann (n. 153), art. 23 CC N 20.

168 TF, 15 juillet 1925, ZBl 1925, p. 465: un individu ayant formé le projet de prendre un nouveau domicile avec sa sœur est finalement hospitalisé dans une autre commune au moment où le déménagement a lieu, sa sœur s'installant seule dans un premier temps à l'endroit prévu; le domicile du frère ne s'y trouve pas moins dès l'arrivée de sa sœur, même s'il ne la rejoint effectivement que plus tard.

169 Eigenmann (n. 153), art. 23 CC N 21.

170 TFA, Ire Chambre, 8 août 2005, P 21/04 c. 4.1.1: « bis auf Weiteres ».

171 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.38.

172 Loi fédérale du 24 juin 1977 sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin (RS 851.1).

173 Art. 4 ss LAS.

174 ATF 137 II 122 c. 3.6.

175 ATF 137 III 593 c. 4.1.

176 A propos d'un centre d'accueil pour requérants d'asile, TFA, Ire Chambre, 8 août 2005, P 21/04 c. 4.1.3: « vorübergehende Unterbringung ». Dans le cas d'espèce, quoi qu'il en soit, l'intéressé, attribué au canton de Nidwald, ne résidait pas effectivement au centre d'accueil de Stans, mais bien dans la région bâloise, où il avait en fait le centre de ses intérêts depuis des années.

En ce sens, même s'il est destiné à durer quelques années, un séjour à fins d'études[177] n'emporte en principe pas domicile[178]. En présence de circonstances particulières, il est toutefois possible d'admettre le contraire, par exemple lorsque l'intéressé s'installe avec sa famille et déplace ainsi le centre d'une partie substantielle de ses intérêts au lieu de ses études, ou lorsqu'il a d'emblée l'intention d'y demeurer après l'obtention de son diplôme[179].

Au-delà des hypothèses expressément envisagées par l'article 23 alinéa 1er *in fine* CC, l'intention de s'établir doit être présumée faire défaut lorsque la résidence en un lieu donné poursuit un but spécifique temporaire[180]. Ainsi, ne prend en principe pas domicile celui qui, au moment d'établir une présence physique à un endroit déterminé, a d'ores et déjà l'intention de repartir. Exceptionnellement, un séjour d'emblée voulu comme provisoire peut fonder un domicile si l'horizon temporel du retour est indéterminé[181], ou si la perspective en apparaît hypothétique à un autre titre[182].

Il n'est pas nécessaire que la présence au domicile soit permanente, en ce sens notamment que la personne concernée le conserve même si elle s'en éloigne plus ou moins durablement, pour autant qu'elle y conserve le centre de ses intérêts.

Au vu de ce qui précède, la détermination du domicile repose certes sur la constatation objective d'un lieu de résidence, mais surtout sur celle des manifestations extérieures indiquant l'intention d'y ancrer le centre de gravité de son existence[183]. C'est en définitive à une appréciation globale de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas d'espèce qu'il y a lieu de procéder.

En droit civil suisse, nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles (**principe de l'unicité**, art. 23 al. 2 CC)[184]. La détermination du domicile pose ainsi des difficultés particulières lorsque des circonstances de rattachement plus ou moins équivalentes existent avec plusieurs endroits. Il n'est pas toujours aisé de décider lesquelles sont prépondérantes.

Même si l'on y passe la plus grande partie de son temps ou si l'on y a un pied-à-terre pour la semaine, le lieu de travail n'est en principe pas celui avec

---

177 Visé par les versions allemande (« zum Zweck der Ausbildung ») et italienne (« a scopo di formazione ») de l'art. 23 CC, mais de manière très nettement moins explicite par la version française, ce qui n'a pas vraiment d'importance dès lors que la seconde moitié de l'art. 23 al. 1er CC est de toute façon l'expression d'un principe général découlant de la notion de domicile.

178 ATF 137 II 122 c. 3.7: une personne qui, pour une durée fixe de deux ans et sans avoir la possibilité de retourner régulièrement auprès de sa famille en Suisse, à cause de la distance, suit les cours d'une université islamique à Médine, dont les règles ne permettraient quoi qu'il en soit qu'un bref retour annuel dans le pays d'origine, ne prend pas domicile en Arabie Saoudite.

179 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.41; Riemer (n. 153), N 203.

180 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.40.

181 ATF 49 I 188 c. 2.

182 ATF 127 V 237 c. 2c.

183 ATF 137 III 593 c. 5.1 *(Lebensmittelpunkt)*; ATF 125 III 100 c. 3.

184 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.17; Eigenmann (n. 153), art. 23 CC N 6; Riemer (n. 153), N 193 ss. Le principe de l'unicité s'applique au demeurant aussi au domicile dépendant.

lequel on entretient les liens personnels les plus étroits, décisifs pour la fixation du domicile. Celui-ci reste à l'endroit où existent les attaches privées, même si ce n'est pas là que la personne concernée passe le plus souvent la nuit. Sous cet angle, on s'intéressera à l'endroit où réside le reste de la famille, où la personne concernée est membre d'associations locales, où elle interagit avec un cercle d'amis proches, etc.[185]. Dans la logique de l'appréciation globale à laquelle nous avons fait allusion, il est cependant possible que le centre des intérêts personnels soit au lieu de travail, et non au lieu où – par exemple – on retourne pour la fin de la semaine: tel pourrait être le cas notamment lorsqu'une personne occupant une position hiérarchique élevée dans une entreprise entretient la plupart de ses contacts personnels au lieu de travail également[186].

Il peut aussi être difficile de déterminer le domicile des personnes passant par exemple la belle saison à un endroit et l'hiver à un autre. La détermination du centre des intérêts personnels reste l'élément déterminant[187]: outre une éventuelle prépondérance de la durée des séjours respectifs[188], la propriété d'un immeuble à l'un des deux endroits est souvent un indice pertinent[189]. Dans certains cas, l'exercice peut être très ardu[190].

L'article 23 alinéa 3 CC, relatif à l'**établissement industriel ou commercial**, n'est pas une exception au principe de l'unicité du domicile[191]. Il s'agit simplement d'une réserve de dispositions spéciales qui peuvent localiser la personne physique à un endroit, potentiellement distinct de son domicile civil, à des fins spécifiques. Ainsi, à teneur de l'article 934 alinéa 1er CO, le titulaire d'une entreprise individuelle doit s'inscrire sur le registre du commerce au lieu de son exploitation, non de son domicile civil s'il est ailleurs[192]. Dans ce cas, la localité où est inscrite l'entreprise est pertinente aux fins d'une série de dispositions légales particulières[193], pour l'application desquelles le domicile civil distinct n'est alors pas déterminant. Ce régime n'emporte pas dualité du domicile.

---

185 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.28.

186 Paul-Henri Steinauer/Christiana Fountoulakis, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, N 362a; Brückner (n. 161), N 322.

187 Eigenmann (n. 153), art. 23 CC N 25. Pour les travailleurs saisonniers, cf. ATF 99 V 206.

188 Cf. ATF 136 II 405.

189 ATF 131 I 145; ATF 47 I 157.

190 ATF 122 II 56 c. 4.

191 Cf. ATF 53 I 124, spéc. p. 129.

192 Cf. également l'art. 934 al. 2 CO, qui pose la même règle pour les inscriptions non obligatoires sur le registre du commerce. A un établissement (principal) peuvent éventuellement encore s'ajouter des succursales au sens de l'art. 935 CO.

193 Pour les matières du Code des obligations, qui nous intéressent ici, voir par ex. art. 1101 al. 3 CO (lieu de paiement du chèque), art. 1109 al. 5 CO (validité de l'endossement du chèque au tiré comme quittance, lorsque le tiré a plusieurs établissements), art. 1157 al. 1er CO (localisation du débiteur de l'emprunt par obligations) et art. 1165 al. 4 CO (for de la requête en autorisation de convoquer une assemblée des créanciers obligataires). Cf. également art. 12 CPC (for de l'établissement), art. 50 LP (for de la poursuite au lieu de l'établissement suisse d'un débiteur domicilié à l'étranger), art. 64 al. 1er LP (notification du commandement de payer au lieu de l'exercice habituel de la profession, qu'il soit d'ailleurs constitutif ou non d'un établissement).

Dans les hypothèses ici visées, il continue d'exister un seul domicile civil, déterminé par les règles ordinaires, auquel s'ajoute simplement un établissement industriel ou commercial, pour des buts qui lui sont propres[194]. Il en va exactement de même d'éventuels autres « domiciles spéciaux », qui peuvent exister de manière autonome, par exemple à des fins fiscales, d'assurance sociale ou d'assistance: ceux-ci ne coïncident pas nécessairement avec le domicile civil même s'ils sont déterminés par des règles souvent comparables, voire similaires[195].

bb. Domicile dépendant (ou dérivé)

Contrairement au domicile dépendant qui est déterminé par des circonstances imputables à la personne physique concernée[196], le domicile d'une personne physique est considéré comme dérivé s'il est déterminé par référence au domicile d'une autre personne ou au siège d'une autorité dont l'intéressé dépend. Nous ne nous attarderons pas sur ces hypothèses. Dans le cas de l'enfant sous autorité parentale (art. 25 al. 1er CC), le domicile dépend du domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, de celui des parents qui détient la garde. Le lieu de la résidence de l'enfant ne joue qu'un rôle subsidiaire. Dans le cas du mineur sous tutelle ou du majeur sous curatelle de portée générale, le domicile est au siège de l'autorité de protection de l'enfant ou de l'adulte (art. 25 al. 2 CC et art. 26 CC).

b. Siège des personnes morales (et des entités assimilées)

Le siège est une **nécessité** pour les personnes morales, comme le domicile l'est pour les personnes physiques[197].

A la lettre de l'article 56 CC, il faut considérer que le siège des personnes morales est *en principe* au lieu à partir duquel elles sont gérées, *subsidiairement* au lieu, par hypothèse différent, que les statuts désignent. A teneur de cette disposition, le choix statutaire du siège d'une personne morale de droit privé est libre[198]. La seule restriction, sous-entendue par l'article 56 CC, consiste en ceci que – s'agissant d'une disposition applicable en l'absence d'un élément d'extranéité – le siège doit se situer en Suisse[199]. En pratique, le siège élu devrait donc être la règle, le siège légal au lieu de l'administration effective, l'exception.

194 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.42.
195 Cf. n. 152.
196 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 09.19.
197 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 17.110; Julia Xoudis, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (édit.), Commentaire romand. Code civil I, Bâle 2010, art. 56 CC N 2; Rolf H. Weber, Juristische Personen, Bâle 1998 (Schweizerisches Privatrecht, vol. II/4), p. 137.
198 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 17.110.
199 Xoudis (n. 197), art. 56 CC N 2, et cit. pour les inconvénients que cela peut présenter occasionnellement; Weber (n. 197), p. 139.

Au demeurant, les statuts de **la plupart des types de personnes morales** doivent impérativement contenir une disposition relative au siège[200]. Or il s'agit d'une exigence formelle soumise à l'examen du préposé au moment de la requête d'inscription sur le registre du commerce, qui a un caractère constitutif pour toutes les personnes morales concernées[201]. Sauf erreur de l'autorité[202], l'absence d'une clause relative au siège fait donc obstacle à l'existence même des corporations visées par l'exigence légale d'un siège statutaire[203]. Pour celles-ci, le siège élu – coïncidant ou non avec le lieu de l'administration effective[204] – est donc seul envisageable et exclut l'hypothèse d'un siège subsidiaire au lieu de l'administration effective[205]. Dans ce contexte, la portée de l'article 56 CC se limite à ancrer la liberté de choix du siège statutaire[206]. Les dispositions spécifiques relatives au siège des différentes personnes morales ici visées sont interprétées en ce sens que la désignation directe d'une commune politique (sise en Suisse) est nécessaire[207].

Les dispositions que le Code civil consacre aux **fondations** ne contiennent pas de règle relative au siège[208]. La loi ne fait d'ailleurs pas non plus mention de « statuts », mais bien seulement d'« acte de fondation ». Ce dernier doit contenir trois éléments absolument essentiels: la volonté de constituer une fondation, le but de celle-ci et les biens qui lui sont affectés[209].

La faculté de modifier le but de la fondation n'existe par ailleurs, dans les limites de l'article 86*b* CC, que lorsqu'elle est expressément réservée dans l'acte de fondation (clause relativement essentielle)[210].

---

200 Voir l'art. 626 ch. 1 CO (société anonyme), l'art. 764 al. 2 CO en relation avec l'art. 626 ch. 1 CO (société en commandite par actions), l'art. 776 ch. 1 CO (société à responsabilité limitée), l'art. 832 ch. 1 CO (société coopérative), l'art. 43 al. 1er let. a LPCC (société d'investissement à capital variable), ainsi que l'art. 112 LPCC en relation avec l'art. 626 ch. 1 CO (société d'investissement à capital fixe).

201 Art. 52 al. 1er CC (règle générale), art. 643 al. 1er CO (société anonyme), art. 764 al. 2 CO en relation avec l'art. 643 al. 1er CO (société en commandite par actions), art. 779 al. 1er CO (société à responsabilité limitée), art. 838 al. 1er CO (société coopérative), art. 37 al. 1er LPCC en relation avec l'art. 643 al. 1er CO (société d'investissement à capital variable), et art. 112 LPCC en relation avec l'art. 643 al. 1er CO (société d'investissement à capital fixe).

202 Art. 643 al. 2 et 779 al. 2 CO. Malgré l'absence d'une règle similaire, il en va de même dans le droit de la société coopérative: Peter Forstmoser, Die Genossenschaft, Berne 1972 (Berner Kommentar, vol. VII/4), art. 838 CO N 18 ss.

203 Xoudis (n. 197), art. 56 CC N 5.

204 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (n. 207), § 8 N 33.

205 Hans Michael Riemer, Die juristischen Personen, Berne 1993 (Berner Kommentar, vol. I/3/1), partie systématique N 114.

206 Xoudis (n. 197), art. 56 CC N 6; Riemer (n. 205), partie systématique N 114.

207 Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 8 N 34 (n. 35).

208 Hans Michael Riemer, Die Stiftungen, Berne 1975 (Berner Kommentar, vol. I/3/3), partie systématique N 515.

209 Parisima Vez, in: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx (édit.), Commentaire romand. Code civil I, Bâle 2010, art. 81 CC N 19.

210 Vez (n. 209), art. 81 CC N 20.

A teneur de l'article 83 CC, l'acte de fondation doit indiquer les organes de celle-ci et son mode d'administration. Jurisprudence et doctrine admettent toutefois que ces questions puissent être traitées dans un règlement[211], pour autant que celui-ci puisse se fonder sur une base expresse (qui aurait ainsi un caractère relativement essentiel) dans l'acte de fondation[212].

Certains auteurs sont d'avis que d'autres dispositions auraient encore un caractère relativement essentiel, en ce sens qu'elles devraient figurer dans l'acte de fondation pour être valables, exigence que d'autres commentateurs considèrent en revanche comme dépourvue de base légale[213]. Pour l'essentiel, le débat concerne la question de savoir quelles clauses doivent être couvertes par l'exigence de forme de l'art. 81 al. 1er CC et quel est le régime applicable à l'éventuelle modification de celles-ci[214]. L'incertitude sur le sens du terme « statuts » en droit de la fondation complique la discussion: pour les uns, il serait synonyme d'« acte de fondation »; pour d'autres, il se référerait aux seuls règlements internes; pour d'autres encore, il serait une expression générique couvrant les uns et les autres[215]. Même si cela ne semble pas correspondre à l'usage courant[216], il nous paraîtrait en pratique opportun de ne pas recourir au terme « statuts » en relation avec les fondations, de limiter le contenu de l'acte de fondation à ce qui est absolument ou relativement essentiel et de renvoyer pour le reste aux règlements de la fondation. A des fins de clarté, il conviendrait en outre que ceux-ci soient nettement séparés de l'acte de fondation. En particulier, lorsque la fondation est constituée par acte authentique, même si les dispositions réglementaires sont rédigées par le notaire ou avec l'aide de celui-ci, il semblerait judicieux de renoncer à faire figurer lesdites dispositions dans l'acte authentique, à la suite immédiate de l'acte de fondation, sous le titre « statuts »[217]. Un document distinct, clairement désigné comme « règlement », est à notre avis de nature à éviter un certain nombre de difficultés d'interprétation. Il est aussi recommandable de séparer le règlement d'organisation (couvrant les aspects visés par l'art. 83 CC) d'éventuels autres règlements de la fondation.

De ce qui précède, il résulte que le siège ne figure pas parmi les éléments absolument essentiels de l'acte de fondation. Le siège n'est pas non plus une question d'organisation[218]. Il ne fait ainsi pas partie des éléments qui doivent être couverts au moins par un règlement[219]. La règle de l'article 56 CC s'applique ici pleinement: quoique *non prescrite* par les articles 80 ss CC, la dési-

211 ATF 76 I 77. Vez (n. 209), art. 83 CC N 2.
212 Riemer (n. 208), art. 83 CC N 34.
213 Sur ce débat, voir Vez (n. 209), art. 81 CC N 20.
214 Vez (n. 209), art. 81 CC N 10.
215 Voir à ce sujet Vez (n. 209), art. 81 CC N 9.
216 Cf. Vez (n. 209), art. 83 CC N 3.
217 Cf. Vez (n. 209), art. 81 CC N 8; August Egger, Das Personenrecht, 2ème éd., Zurich 1930, art. 81 CC N 5.
218 Riemer (n. 208), art. 83 CC N 38.
219 Cf. Riemer (n. 208), partie systématique N 517.

gnation explicite du siège dans l'acte de fondation ou dans un règlement (voire par décision d'un organe à qui cette compétence aurait été déléguée[220]) est *possible*. Pour autant que le lieu concerné soit en Suisse[221], il est aussi envisageable que le siège soit simplement déterminable sur la base d'un critère objectif, par exemple par référence au domicile d'une personne spécifique (qui sera en général le président, le secrétaire ou le trésorier), ou encore au siège d'une entreprise à laquelle la fondation est liée *(siège errant)*[222]. A défaut de siège déterminé ou déterminable sur la base des principes ci-dessus, le siège se trouve au lieu où la fondation est administrée en fait[223].

Aux fins de l'inscription sur le registre du commerce[224], le siège doit être indiqué[225]. De l'article 81 alinéa 2 CC, selon lequel l'inscription au registre du commerce s'effectue à teneur de l'acte de fondation, il ne faut pas déduire – en quelque sorte par ricochet – qu'une mention du siège soit nécessaire dans ledit acte. Si l'inscription peut aussi s'opérer suivant les instructions de l'autorité de surveillance (art. 81 al. 2 CC) et si celle-ci peut prendre les mesures nécessaires lorsque l'organisation prévue par l'acte de fondation est insuffisante (art. 83*d* al. 1er CC), il n'y a pas de raison de considérer le siège, qui fait de toute façon l'objet d'une réglementation légale en l'absence d'un choix exprimé par le fondateur (art. 56 CC), comme un élément qui devrait expressément résulter des pièces justificatives pour pouvoir être inscrit. Si le siège ne résulte pas de l'acte de fondation (ou des règlements le cas échéant produits), une simple indication dans la réquisition d'inscription suffit[226], qui correspondra au lieu de l'administration effective[227] ou, le cas échéant, à celui où se trouve momentanément le siège errant[228].

---

220 Riemer (n. 205), art. 56 CC N 17.

221 Xoudis (n. 197), art. 56 CC N 8.

222 Riemer (n. 208), art. 83 CC N 38.

223 Riemer (n. 208), partie systématique N 518.

224 Prescrite pour toutes les fondations à teneur de l'art. 81 al. 2 CC, avec effet constitutif au sens de l'art. 52 al. 1er CC. La dispense d'inscription dont les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques ont précédemment bénéficié a été abrogée par la modification de l'art. 52 al. 2 CC entrée en vigueur le 1er janvier 2016. A ce sujet, l'art. 6*b* al. 2bis Tit. fin. CC dispose que les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille non inscrites au registre du commerce à ladite date gardent leur qualité de personnes morales, qu'elles doivent procéder à leur inscription au registre du commerce dans un délai de cinq ans (soit jusqu'au 31 décembre 2020) et que le Conseil fédéral tient compte de la situation particulière des fondations ecclésiastiques lors de la fixation des exigences relatives à l'inscription au registre du commerce.

225 Art. 95 al. 1er let. c ORC.

226 Cf. Riemer (n. 208), partie systématique N 518.

227 Pour les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques constituées avant le 1er janvier 2016 et non soumises à l'obligation de s'inscrire sur le registre du commerce avant le 1er janvier 2021, l'invocation d'un siège occulte, distinct du lieu de l'administration effective, pourrait être abusive, par ex. si elle poursuivait le but d'échapper aux prétentions de créanciers: Riemer (n. 208), partie systématique N 515.

228 Xoudis (n. 197), art. 56 CC N 8.

La règle de l'article 56 CC s'applique aussi pleinement aux **associations**, dès lors que les articles 60 ss CC ne contiennent aucune indication relative au siège. La fixation statutaire de celui-ci est ainsi possible. Comme pour les fondations, on admet que la compétence d'établir le siège puisse être déléguée à la direction ou à un autre organe[229]. De même, les statuts peuvent aussi recourir à un critère permettant simplement de déterminer le siège de manière objective[230]. A défaut, le lieu de l'administration effective est déterminant. Lorsque l'inscription sur le registre du commerce est requise (art. 61 al. 2 CC), ce qui n'est pas la règle (art. 52 al. 2 CC), ou lorsqu'il y est procédé sur une base volontaire (art. 61 al. 1er CC), le siège doit être indiqué[231]. Comme pour les fondations, lorsque le siège ne résulte pas des pièces justificatives produites, une indication dans la réquisition suffit[232].

Si l'association n'est pas inscrite sur le registre du commerce et que son siège statutaire se situe par hypothèse en un lieu distinct de celui de son administration effective, les tiers pourraient se prévaloir de l'article 2 alinéa 2 CC pour faire échec à l'invocation du siège occulte si celle-ci paraît abusive dans les circonstances considérées[233].

Une partie de la doctrine considère que le siège des **sociétés en nom collectif** et des **sociétés en commandite** ne peut être librement choisi et doit nécessairement se trouver au lieu de leur établissement principal[234]. Cela pourrait découler de la considération selon laquelle ces sociétés n'ont pas la personnalité morale, même si elles en présentent certains traits[235]. Les dispositions générales des articles 52 à 59 CC ne leur seraient donc pas applicables, au moins directement. La contrainte d'une inscription au lieu de l'établissement principal pourrait ainsi être vue comme un effet réflexe de l'article 934 alinéa 1er CO.

En réalité, le champ d'application de cette dernière disposition est limité aux personnes physiques qui exploitent une entreprise commerciale (individuelle)[236].

---

229 Hans Michael Riemer, Die Vereine, Berne 1990 (Berner Kommentar, vol. I/3/2), partie systématique N 379c.

230 Riemer (n. 229), partie systématique N 379 g. Sur des critères possibles pour un tel siège errant, voir ci-dessus p. 343 s.

231 Art. 92 let. b ORC.

232 Riemer (n. 229), partie systématique N 379i.

233 Riemer (n. 229), partie systématique N 379e.

234 Ainsi, explicitement, pour les sociétés en commandite, Carl Baudenbacher, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (édit.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II, 5e éd., Bâle 2016, art. 596 CO N 2, et de même, mais de manière moins directe, pour les sociétés en nom collectif, art. 554 CO N 8. A propos des sociétés en nom collectif: Handschin Lukas/Chou Han-Lin, Die Kollektivgesellschaft. Die Kommanditgesellschaft, 4e éd., Zurich 2009 (Zürcher Kommentar, vol. V/4b), art. 554–556 CO N 24 s.

235 Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11e éd., Zurich et al. 2015, § 1 N 9 s.

236 Martin K. Eckert, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (édit.), Basler Kommentar. Obligationenrecht II, 5e éd., Bâle 2016, art. 934 CO N 1.

L'inscription de toutes les autres entités juridiques[237] sur le registre du commerce est soumise à des règles spéciales. Tel est en particulier le cas pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite. Celles-ci sont, dans tous les cas, soumises à une inscription obligatoire sur le registre du commerce, avec effet déclaratif dans le cas où elles exploitent une entreprise commerciale, constitutif dans le cas contraire[238]. Ce système rend malaisé un rapprochement avec l'article 934 CO, qui soumet les entreprises individuelles à une inscription obligatoire si elles ont un caractère commercial, et à une inscription seulement facultative dans le cas contraire.

Il est à notre avis beaucoup plus convaincant de considérer que, dans les rapports externes, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite sont assimilables à des sujets de droit distincts. La formation de leur raison sociale est soumise aux mêmes règles que celle des autres sociétés commerciales et des sociétés coopératives[239]. Elles peuvent, sous ladite raison sociale, acquérir des droits et s'engager, actionner et être actionnées en justice[240]. C'est ce qui explique d'ailleurs que la loi les pourvoie d'un véritable siège[241]. Pour cette raison, l'application analogique de l'article 56 CC dans ce contexte paraît particulièrement pertinente[242]. A notre avis, le choix du siège d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite est donc libre.

Dès lors que les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite sont soumises à une inscription obligatoire sur le registre du commerce, le choix du siège sera nécessairement explicite au plus tard au moment où l'enregistrement est sollicité. Le contrat de société n'étant en principe pas soumis à une exigence de forme particulière[243], il se peut que le choix du siège ne soit formellement exprimé que dans la réquisition d'inscription.

Compte tenu du fait que les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite exploitant une entreprise commerciale peuvent exister indépendamment de leur inscription sur le registre du commerce, il est théoriquement envisageable que les associés soient convenus d'un siège distinct du lieu de l'administration effective et que cela ne soit pas connu des tiers. L'invocation d'un tel siège occulte, par exemple pour échapper à l'action d'un créancier, devrait être considérée comme abusive[244]. En dépit de l'avis d'une partie de la

---

237 Au sens ici de l'art. 2 let. a ORC.

238 Art. 552 al. 2 et art. 553 CO (société en nom collectif); art. 594 al. 3 et art. 595 CO (société en nom collectif).

239 Art. 951 CO.

240 Art. 562 CO (société en nom collectif) et art. 602 CO (société en commandite).

241 Art. 554 CO (société en nom collectif) et art. 596 al. 1er CO (société en commandite).

242 Cf. Riemer (n. 205), partie systématique N 39.

243 Baudenbacher (n. 234), art. 552 CO N 13 s.

244 Riemer (n. 205), art. 56 CC N 12. Si le contrat invoqué était censé être oral, il n'est même pas certain que les associés puissent se référer par analogie à un siège « statutaire » au sens de l'art. 56 CC: le lieu de l'administration effective serait donc seul déterminant quoi qu'il en soit.

doctrine[245], la sécurité du droit n'exige donc pas que le siège des sociétés en nom collectif corresponde au lieu de leur administration effective[246].

Pour les **sociétés en commandite de placements collectifs**, le contrat doit être passé en la forme écrite[247] et contenir impérativement une disposition relative au siège[248]. L'inscription sur le registre du commerce a un caractère constitutif[249]. La situation est donc exactement la même que pour les personnes morales autres que l'association et la fondation[250].

Dans les cas envisagés ci-dessus, la question se pose de savoir si le **principe de l'unicité** du siège s'impose comme pour le domicile des personnes physiques. Tel est l'avis de la majorité de la doctrine, qui se réfère à la lettre de l'article 56 CC ou considère que l'article 53 alinéa 2 CC s'applique par analogie[251]. Dans un arrêt de 1927 concernant la Société de Banque Suisse, le Tribunal fédéral en avait jugé ainsi[252], relevant que la pratique des sièges multiples avait déjà été proscrite par une instruction du Département fédéral de justice et police du 25 janvier 1920[253].

Une partie de la doctrine récente note cependant que la pluralité de sièges crée des difficultés administratives et pratiques pour ainsi dire seulement à la personne morale concernée et que les tiers ne subissent pas d'inconvénients dignes d'être mentionnés: les créanciers disposent de fors au choix, les procédures d'exécution forcée peuvent être jointes à partir d'un moment déterminé et les questions liées à la tenue du registre du commerce sont solubles, raison pour laquelle il n'y aurait pas de raison décisive d'interdire le double siège[254].

Historiquement, le cas de Nestlé est connu[255]: il remonte à 1905[256], soit à une période antérieure aux interventions du Département de justice et police et

---

245 Handschin/Chou (n. 234), art. 554–556 CO N 24.

246 Handschin/Chou (n. 234), art. 554–556 CO N 29, admettent d'ailleurs que le siège mentionné sur le registre du commerce reste déterminant, en dépit du transfert de l'activité, tant que les associés n'ont pas procédé à l'adaptation de l'inscription. Les tiers n'en subissent pas d'inconvénient: ils sont protégés par l'inscription. Dans ces conditions, on ne voit pas pourquoi il faudrait exiger que le siège initial corresponde au lieu de l'activité effective. Au demeurant, la question paraît largement soustraite à la cognition du préposé au registre du commerce, qui n'a pas vraiment les moyens de vérifier la réalité du siège.

247 Art. 102 al. 2 LPCC.

248 Art. 102 al. 1er let. b LPCC.

249 Art. 100 al. 1er LPCC.

250 Voir ci-dessus p. 341 s.

251 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 17.107; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (n. 207), § 8 N 34.

252 ATF 53 I 124.

253 FF 1921 II 331.

254 Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4e éd., Zurich 2009, § 1 N 472.

255 Nestlé S.A. (Nestlé AG) est inscrite sous numéro d'identification des entreprises CHE-105.909.036 avec siège principal à Vevey et à Cham. Le registre zougois indique sous la rubrique des observations que la société a un second siège à Vevey. Le registre vaudois indique quant à lui les deux localités directement sous la rubrique « siège ».

256 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 17.108.

du Tribunal fédéral. Cela dit, au moins un cas récent existe, qui concerne – à nouveau – la Société de Banque Suisse. Lors de la fusion de celle-ci avec l'Union de Banques Suisses, en 1998, le principe d'un double siège reflétant l'origine des deux établissements – à Bâle et à Zurich – a été exceptionnellement admis par le Département fédéral de justice et police[257], semble-t-il, pour des raisons politiques essentiellement[258]. Quatre ans plus tard, l'exception n'a pas été renouvelée pour le cas de la bâloise Crossair, lorsqu'elle a repris le rôle de compagnie aérienne nationale sous le nom de Swiss International Air Lines, après la débâcle de la zurichoise Swissair[259].

A peine soutenable du point de vue juridique pour les uns[260], résultat d'une interprétation créative de la loi pour les autres[261], l'exception faite en 1998 devrait à notre avis rester isolée. Dans le texte du Code civil tel qu'il était en vigueur avant le 1er janvier 2008, l'article 56 CC évoquait – dans toutes les versions linguistiques – le « domicile » des personnes morales[262]. En 1927, c'est l'un des arguments qu'avait retenus le Tribunal fédéral pour considérer que l'article 23 alinéa 2 CC était d'application générale: s'il avait voulu permettre une pluralité de « domiciles » pour les personnes morales, le législateur l'aurait dit expressément[263]. La substitution terminologique intervenue le 1er janvier 2008 n'a pas eu pour but d'introduire un changement matériel, mais bien seulement de s'adapter à l'usage linguistique[264]. Même si domicile des personnes physiques et siège des personnes morales ne se déterminent pas sur la base des mêmes critères, l'un et l'autre ont largement la même fonction dans l'ordre juridique[265], et c'est en définitive ce qui justifie d'appliquer à tous deux la règle de l'unicité[266].

Le rôle de l'autonomie de la volonté dans la détermination du lieu où se situe le siège n'implique donc pas la liberté d'opter pour une pluralité de sièges. En revanche, comme les personnes physiques[267], les personnes morales peuvent avoir un ou plusieurs **établissements distincts** de leur siège. Si ces établisse-

---

257 Böckli (n. 254), § 1 N 472.

258 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 17.108, pour qui les préoccupations de la région économique bâloise et l'intérêt à un équilibre confédéral l'ont emporté sur le surcroît de travail requis des autorités et une certaine insécurité en matière procédurale.

259 Böckli (n. 254), § 1 N 472 (n. 964). L'indication contraire que l'on trouve chez Eckert (n. 234), art. 934 CO N 13, ne paraît pas corroborée par les inscriptions figurant au registre du commerce.

260 Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11e éd., Berne 2012, § 16 N 134.

261 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 17.108.

262 « Wohnsitz » dans la version allemande, « domicilio » dans la version italienne.

263 ATF 53 I 124.

264 FF 2002 3039.

265 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (n. 207), § 8 N 32.

266 En ce sens déjà, indépendamment de l'identité terminologique qui prévalait alors, ATF 53 I 124.

267 Art. 23 al. 3 CC.

ments ont l'autonomie requise, ils doivent être qualifiés de **succursales**[268] et sont soumis à l'inscription sur le registre du commerce à teneur de l'article 935 CO. Cela répond adéquatement au besoin que les personnes morales peuvent avoir d'un ancrage territorial en plusieurs lieux[269], de sorte que la possibilité de disposer de plusieurs sièges n'apparaît pas nécessaire du point de vue du droit privé.

Si la désignation du siège s'épuise dans l'identification d'une commune politique[270] sise en Suisse, toutes les entités juridiques inscrites au registre du commerce sont encore tenues[271] d'indiquer un **domicile**, soit une adresse à laquelle elles peuvent être atteintes à leur siège, comprenant la rue et le numéro de l'immeuble, le numéro d'acheminement postal et le nom de la localité, le cas échéant auprès d'un domiciliataire[272]. Dans ce contexte, la notion de domicile n'est pas celle des articles 23 ss CC, mais bien celle – spécifique – de l'article 2 lettre c ORC. Dans la version allemande des textes pertinents, la confusion n'est pas possible, dès lors que le domicile des personnes physiques est désigné « Wohnsitz », alors que le terme « Rechtsdomizil » se réfère à l'adresse des personnes morales à leur siège. La version italienne utilise respectivement les expressions de « domicilio » et « domicilio legale ».

L'inscription d'**autres adresses** sur le registre du commerce est également possible[273], par exemple lorsque l'entité dispose – sans qu'une succursale y soit exploitée[274] – de bureaux distincts de ceux du siège.

Pour les sujets qui ne sont pas inscrits sur le registre du commerce[275], une adresse au siège s'impose en pratique aussi, en ce sens qu'ils doivent pouvoir y être atteints[276].

2. *En droit international privé suisse*

a. *Domicile, résidence habituelle et établissement des personnes physiques*

A teneur de l'article 20 alinéa 2, troisième phrase, LDIP, la définition du domicile des personnes physiques en droit international privé suisse est indépendante de celle des articles 23 ss CC.

Il n'en reste pas moins qu'aux fins des règles suisses de conflit, une personne physique a son **domicile** dans l'Etat dans lequel elle réside avec l'inten-

---

268 Sur la notion, voir n. 148.
269 En ce sens déjà FF 1921 II 331.
270 Art. 117 al. 1er ORC.
271 Art. 117 al. 2 ORC.
272 Art. 117 al. 3 ORC.
273 Art. 117 al. 4 ORC.
274 Les succursales (cf. n. 148) sont soumises à une inscription spécifique, à teneur de l'art. 935 CO.
275 Parce qu'ils n'y sont pas tenus (cas des associations non visées par l'art. 61 al. 2 CC) ou parce que l'absence d'inscription ne fait pas obstacle à leur existence (cas des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite exploitant une entreprise commerciale).
276 A propos de l'association, voir Riemer (n. 229), partie systématique N 379e.

tion de s'établir (art. 20 al. 1er let. a LDIP), que nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles (art. 20 al. 2, première phrase, LDIP), et que la possibilité est réservée d'un établissement dans l'Etat dans lequel se trouve le centre des activités professionnelles ou commerciales de la personne concernée (art. 20 al. 1er let. c LDIP). A cet égard, la notion de domicile dans notre loi de droit international privé n'est donc pas différente de celle qui prévaut en droit interne: elle s'interprète selon les mêmes principes[277].

L'une des différences principales par rapport au système du Code civil consiste en ceci que le principe de nécessité du domicile ne s'applique pas en droit international privé[278]. Lorsque la loi recourt à la circonstance de rattachement du domicile et que celui-ci ne peut pas être déterminé, la notion de **résidence habituelle** s'y substitue en effet à teneur de l'article 20 alinéa 2, deuxième phrase, LDIP. Dans certains cas, la loi recourt aussi directement au critère de la résidence habituelle comme circonstance de rattachement principale.

La résidence habituelle se trouve dans l'Etat dans lequel la personne concernée vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée (art. 20 al. 1er let. b LDIP). C'est essentiellement la présence physique qui est déterminante à cet égard[279]. Même si l'intention de s'établir – caractéristique du domicile – n'est pas requise, la notion de résidence habituelle n'est pas entièrement abstraite de facteurs subjectifs[280]. Un simple séjour ne suffit en effet pas, moins encore une présence casuelle[281]. L'existence d'un lieu de vie, d'un centre d'intérêts[282] objectivement perceptible par les tiers[283] est déterminante: c'est ce qui donne à la résidence son caractère habituel[284]. La différence majeure par rapport à la notion de domicile consiste en ceci que la résidence habituelle peut être d'emblée conçue comme temporaire[285]. Elle doit toutefois avoir une certaine durée, que la loi ne précise pas. Pour cette raison, il y a toujours lieu de se fonder sur les circonstances concrètes du cas d'espèce[286], mais une

---

277 ATF 119 II 167. Catherine Westenberg, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (édit.), Basler Kommentar. Internationales Privatrecht, 3e éd., Bâle 2013, art. 20 LDIP N 12 ss; Andreas Bucher, in: Andreas Bucher (édit.), Commentaire romand. Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, Bâle 2011, art. 20 LDIP N 19 ss.

278 Marco Levante, Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, thèse, Saint-Gall 1998 (St. Galler Studien zum internationalen Recht, vol. 24), p. 54.

279 Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2e éd., Zurich 2004, art. 20 LDIP N 41.

280 Keller/Kren Kostkiewicz (n. 279), art. 20 LDIP N 42.

281 Westenberg (n. 277), art. 20 LDIP N 23.

282 ATF 117 II 334 c. 4a.

283 Westenberg (n. 277), art. 20 LDIP N 22.

284 Keller/Kren Kostkiewicz (n. 279), art. 20 LDIP N 42.

285 A. Bucher (n. 277), art. 20 LDIP N 31.

286 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 312.

période de trois mois devrait en général être considérée comme nécessaire et suffisante[287]. En cas d'interruptions temporaires de séjour, la résidence habituelle subsiste, pour autant qu'un certain faisceau d'intérêts continue de pouvoir être constaté à l'endroit de celle-ci et que les absences ne soient pas de trop longue durée[288]. Compte tenu de ce qui précède, il peut exister plusieurs résidences habituelles[289], alors que le domicile est nécessairement unique. A l'inverse du domicile, il n'est en outre pas exclu a priori que la résidence habituelle soit constituée contrairement à la volonté de la personne concernée[290].

Par contraste avec le système du Code civil, celui de la loi sur le droit international privé ne connaît pas la notion de domicile dépendant[291]. Le domicile est déterminé de manière distincte pour chaque personne concernée. S'il ne peut être établi, notamment si l'élément volitif fait défaut, le recours à la notion de résidence habituelle s'y substitue. Cela permet la fixation individuelle du rattachement territorial dans tous les cas, y compris pour les personnes incapables de discernement[292].

L'**établissement professionnel ou commercial** de la personne physique au sens de l'article 20 alinéa 1er lettre c LDIP est dans l'Etat où celle-ci – sans avoir à cette fin constitué une société[293] – déploie une activité indépendante en vue d'acquérir un revenu[294]. Peu importe qu'elle consiste ou non en l'exploitation d'une entreprise commerciale[295]. De même, la présence effective de la personne au lieu de l'établissement n'est pas requise[296]. Il suffit que des indices concrets rendent perceptible pour les tiers l'existence d'une activité orientée vers une certaine durée[297]: la présence d'un bureau, d'un atelier, d'un local de vente, l'indication d'une adresse sur un papier à en-tête, l'inscription sur un registre en sont des exemples[298]. Une personne physique peut avoir plusieurs établissements au sens de l'article 20 alinéa 1er lettre c LDIP: dans chaque cas d'espèce,

---

287 Westenberg (n. 277), art. 20 LDIP N 22.

288 Westenberg (n. 277), art. 20 LDIP N 23; Keller/Kren Kostkiewicz (n. 279), art. 20 LDIP N 43.

289 Voir par ex. Westenberg (n. 277), art. 20 LDIP N 26; Levante (n. 278), p. 100 s. *Contra* notamment A. Bucher (n. 277), art. 20 LDIP N 37.

290 Westenberg (n. 277), art. 20 LDIP N 24 (qui se réfère essentiellement au cas des enlèvements d'enfants, à propos duquel on consultera le rapport de M. Möckli publié ci-dessus); Keller/Kren Kostkiewicz (n. 279), art. 20 LDIP N 43 (qui évoquent par ex. le cas de la personne emprisonnée, considérant qu'il faut examiner de cas en cas la nature des liens existant avec le lieu de séjour).

291 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 310.

292 Westenberg (n. 277), art. 20 LDIP N 25.

293 A. Bucher (n. 277), art. 20 LDIP N 39.

294 Keller/Kren Kostkiewicz (n. 279), art. 20 LDIP N 56.

295 Bernard Dutoit, Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5e éd., Bâle 2016, art. 20 LDIP N 8.

296 Keller/Kren Kostkiewicz (n. 279), art. 20 LDIP N 58.

297 Keller/Kren Kostkiewicz (n. 279), art. 20 LDIP N 57.

298 Keller/Kren Kostkiewicz (n. 279), art. 20 LDIP N 57 s.

les tiers ne peuvent se prévaloir que de celui (ou ceux) avec le(s)quel(s) ils ont traité[299].

Il est généralement admis, pour des motifs convaincants, que le sens exact de l'article 20 LDIP est de désigner non seulement l'Etat de domicile, mais bien directement le lieu de domicile de la personne physique concernée au sein dudit Etat[300]. Aux fins du droit suisse, cette conclusion s'impose déjà au motif que l'application des articles 23 ss CC est expressément exclue par l'article 20 alinéa 2 *in fine* LDIP. Dans les situations présentant un élément d'extranéité, le recours, en lieu et place de la règle de l'article 24 CC, à la notion de résidence habituelle rend les deux systèmes simplement incompatibles[301].

On notera enfin que la notion de domicile peut être d'interprétation autonome aux fins des conventions internationales[302]. Tel n'est cependant pas le cas pour la convention de Lugano, qui renvoie aux règles « internes » des Etats parties, dans un système qui diffère selon qu'il s'agit de déterminer l'existence d'un domicile sur le territoire de l'Etat dont les tribunaux sont saisis (art. 59 al. 1er CL: *lex fori*) ou sur celui d'un autre Etat contractant (art. 59 al. 2 CL: loi dudit Etat). Vu le contexte international dans lequel la question se pose, il est en général admis que les règles « internes » auxquelles renvoie l'article 59 CL sont celles qui concernent la définition du domicile dans les situations présentant un élément d'extranéité, soit – en droit suisse – l'article 20 LDIP et non les articles 23 ss CC[303].

b. Siège des sociétés

Aux fins de la loi fédérale sur le droit international privé, une société s'entend de tout groupement de personnes organisé et de tout patrimoine organisé[304]. Il s'agit d'une **notion autonome** par rapport aux concepts du droit interne[305]. Le

---

299 Keller/Kren Kostkiewicz (n. 279), art. 20 LDIP N 59.

300 Westenberg (n. 277), art. 20 LDIP N 18; Levante (n. 278), p. 54 s.

301 Levante (n. 278), p. 55.

302 Sur ce point, voir par ex. Westenberg (n. 277), art. 20 LDIP N 10 et 27.

303 Westenberg (n. 277), art. 20 LDIP N 18. *Contra*, dans le contexte de l'art. 59 al. 2 CL, Jean-François Poudret, Les règles de compétence de la Convention de Lugano confrontées à celles du droit fédéral, en particulier à l'article 59 de la constitution, in: Nicolas Gillard (édit.), L'espace judiciaire européen, Lausanne 1992 (CEDIDAC, vol. 21), p. 57 ss.

304 Art. 150 al. 1er LDIP, dont la version française n'est pas particulièrement heureuse. On peut d'abord regretter son caractère partiellement circulaire, ici souligné par nous: « … on entend par *société* toute *société* de personnes … »). Ensuite, le lecteur trop imprégné de concepts de droit interne suisse pourrait entendre la référence à « toute société de personnes » comme limitée aux sociétés en nom collectif et aux sociétés en commandite. Tel n'est évidemment pas le cas: le législateur a voulu faire allusion aux communautés comme aux corporations, par opposition aux établissements, visés quant à eux par l'expression de « patrimoine organisé ». Sous cet angle, les versions allemande (« organisierte Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten ») et italienne (« le unioni di persone e le unità patrimoniali, organizzate », expression d'une concision et d'une élégance particulièrement remarquables) sont plus réussies.

305 Stefan Eberhard/Andreas von Planta, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (édit.), Basler Kommentar. Internationales Privatrecht, 3e éd.,

critère de la personnalité morale n'est pas pertinent dans ce contexte[306]. Seul celui de l'organisation est déterminant[307]. Cela vise notamment à englober, de manière très large, des phénomènes qui peuvent varier considérablement d'un pays à l'autre[308].

Les entreprises individuelles (même inscrites sur le registre du commerce ou faisant l'objet d'une formalité équivalente à l'étranger) ne peuvent jamais être considérées comme des sociétés, au simple motif qu'elles ne constituent pas un groupement de personnes[309].

Compte tenu de la variété des formes de coopération qu'elles peuvent impliquer, les sociétés simples du droit suisse (ou leurs équivalents étrangers) sont tantôt considérées comme des sociétés au sens de l'article 150 LDIP[310], tantôt comme de simples contrats[311], selon qu'elles présentent ou non un degré d'organisation à la fois suffisant et perceptible par les tiers[312]. Les sociétés occultes seront ainsi toujours soumises au statut contractuel[313]. En revanche, les sociétés simples dont l'activité est orientée dans une certaine durée (plutôt que sur la poursuite d'un but ponctuel) et qui présentent les traits d'une organisation plus ou moins stable seront soumises aux articles 151 ss LDIP. Il convient toujours de procéder à l'analyse de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas d'espèce. Parmi les indices qui laissent envisager l'existence d'une société, on peut citer le fait de disposer d'un bureau, de se mettre visiblement en mesure d'être représenté par des organes, de poursuivre son activité à l'égard des tiers malgré des mutations dans le cercle des associés[314].

Les sociétés commerciales disposent en principe toujours de l'organisation requise par la loi, qu'il s'agisse de sociétés de personnes ou de corporations.

Bâle 2013, art. 150 LDIP N 1; FLORENCE GUILLAUME, in: Andreas Bucher (édit.), Commentaire romand. Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano, Bâle 2011, art. 150 LDIP N 2.

306 EBERHARD/VON PLANTA (n. 305), art. 150 LDIP N 2.

307 Sur les trusts, voir les art. 149*a* ss LDIP. Sur les corporations de droit public, voir EBERHARD/VON PLANTA (n. 305), art. 150 LDIP N 5. Dans le cadre de notre étude, nous ne nous intéresserons plus avant ni à celles-ci (en raison du contexte de droit privé de notre rapport) ni à ceux-là (objet d'une réglementation très spécifique justifiant un examen autonome excédant le cadre de la présente contribution).

308 EBERHARD/VON PLANTA (n. 305), art. 150 LDIP N 1; GUILLAUME (n. 305), art. 150 LDIP N 6 ss.

309 EBERHARD/VON PLANTA (n. 305), art. 150 LDIP N 9.

310 EBERHARD/VON PLANTA (n. 305), art. 150 LDIP N 15.

311 Cf. art. 150 al. 2 LDIP et, à ce sujet, GUILLAUME (n. 305), art. 150 LDIP N 9 ss.

312 EBERHARD/VON PLANTA (n. 305), art. 150 LDIP N 16.

313 EBERHARD/VON PLANTA (n. 305), art. 150 LDIP N 16.

314 EBERHARD/VON PLANTA (n. 305), art. 150 LDIP N 17, qui citent également la circonstance (interne) liée à la prise de décisions selon le principe de la majorité. Difficilement perceptible par les tiers, ce critère ne devrait pas être pertinent à lui seul. S'il existe une manifestation externe de la société, l'organisation des modes de décision renforce certainement l'idée d'une organisation consciente. Mais le fait que les décisions doivent être prises à l'unanimité n'exclut naturellement pas de considérer – sur la base d'autres critères – qu'il existe une organisation suffisante pour l'application des art. 151 ss LDIP.

Sont ainsi visées les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite (ainsi que leurs équivalents étrangers), de même que les sociétés de capitaux[315]. Ces dernières entrent par ailleurs dans le champ d'application de l'article 150 alinéa 1er LDIP même si elles sont unipersonnelles (et ne constituent ainsi pas littéralement un groupement de personnes). Les sociétés coopératives et les associations (ainsi que les formes comparables de droit étranger) sont naturellement des groupements de personnes organisés[316]. Les fondations (et leurs pendants au-delà de nos frontières) sont enfin le cas typique du patrimoine organisé[317].

Le siège et l'établissement des sociétés au sens exposé ci-dessus[318] sont définis par l'article 21 LDIP. Pour comprendre cette disposition, il est nécessaire à notre avis d'exposer d'abord l'option fondamentale retenue par notre loi de droit international privé quant au **statut des sociétés**. Celui-ci est déterminé par la théorie de l'incorporation, qui soumet les sociétés au droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées (art. 154 al. 1er LDIP). Ce critère est essentiellement formel. Il n'y a pas de coïncidence nécessaire entre l'Etat dont les règles ont présidé à la constitution de la société et l'Etat où se situe l'administration effective de celle-ci. Les fondateurs jouissent à cet égard d'une grande autonomie. La réserve du « siège fictif » n'existe pas en droit international privé suisse[319]. Le rattachement subsidiaire au droit de l'Etat dans lequel les sociétés sont administrées en fait (art. 154 al. 2 LDIP) n'a pas de fonction de lutte contre les éventuels abus du principe de l'incorporation[320]. Il poursuit au contraire l'objectif de minimiser les cas dans lesquels il n'existerait pas d'autre solution que de constater la nullité d'une société[321]. Ainsi, lorsque l'application de l'article 154 alinéa 1er LDIP ne permet pas de procéder au rattachement d'une société (par ex. au motif que les formalités de l'Etat d'incorporation n'ont pas été observées ou que la société concernée ne présente pas, de manière reconnaissable pour les tiers, les traits caractéristiques de l'organisation selon le droit d'un Etat déterminé), l'existence valable peut néanmoins en être admise aux conditions prévues par le droit de l'Etat, par hypothèse différent, dans lequel est située son administration effective (principe *favor recognitionis*)[322].

---

315 Eberhard/von Planta (n. 305), art. 150 LDIP N 2.

316 Eberhard/von Planta (n. 305), art. 150 LDIP N 2.

317 Eberhard/von Planta (n. 305), art. 150 LDIP N 3.

318 Ainsi que des trusts, thème que nous laissons ici de côté, cf. n. 307.

319 Avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 décembre 1987, les sociétés pouvaient être rattachées à l'Etat dans lequel elles avaient le centre principal de leur administration, lorsqu'il apparaissait que l'Etat d'incorporation avait été choisi, en fraude à la loi et sans rapport avec la réalité des choses, uniquement pour échapper aux lois du pays où la personne morale exerçait en fait son activité (cf. Perrin [n. 146], p. 80 ss). Sans équivoque sur l'abandon de cette théorie dans le régime de la LDIP: ATF 117 II 494. Sur les discussions que cet arrêt a suscitées, voir par ex. Eberhard/von Planta (n. 305), art. 154 LDIP N 15.

320 Eberhard/von Planta (n. 305), art. 154 LDIP N 12.

321 Eberhard/von Planta (n. 305), art. 154 LDIP N 12; Guillaume (n. 305), art. 154 LDIP N 17.

322 Eberhard/von Planta (n. 305), art. 154 LDIP N 12; Guillaume (n. 305), art. 154 LDIP N 17 s.

La lutte contre les éventuelles conséquences indésirables du principe de l'incorporation repose en première ligne sur les rattachements spéciaux des articles 156 à 159 LDIP[323]. La réserve négative de l'ordre public peut également jouer un rôle. Compte tenu du fait que cette possibilité résulte du système même de l'art. 154 LDIP, il ne suffit pas, pour pouvoir appliquer l'article 17 LDIP, que le lieu de l'administration effective ne se trouve pas dans l'Etat d'incorporation. Les cas d'application devraient par conséquent être plutôt restreints[324]. Dans ce domaine, l'effet positif de l'ordre public (art. 18 LDIP) est quant à lui pratiquement insensible, au motif que les règles relatives à la constitution des sociétés n'ont pas pour objet de répondre à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique[325]. Dans le cas contraire, le principe de l'incorporation pourrait d'ailleurs être largement vidé de son sens[326]. Enfin, la clause d'exception de l'article 15 LDIP n'a pas pour but d'éviter les abus[327]. Elle ne s'applique au demeurant pas en cas d'élection de droit (art. 15 al. 2 LDIP), hypothèse à laquelle peut être assimilée le fait de choisir une forme sociale étrangère[328].

L'article 21 alinéa 1er LDIP exprime l'idée selon laquelle, pour les sociétés, le siège a la même fonction de rattachement que le domicile pour les personnes physiques. Par conséquent, lorsqu'une disposition de notre loi de droit international privé recourt au critère du domicile et qu'elle doit s'appliquer à une société, il faut comprendre que le siège de celle-ci est déterminant[329].

La **notion de siège** est quant à elle définie par l'article 21 alinéa 2 LDIP. A notre sens, cette disposition doit être lue à la lumière de ce que nous avons dit du rattachement des sociétés[330]. L'article 154 alinéa 1er LDIP part en effet du principe que le droit de l'Etat d'incorporation (à l'image du droit suisse) rend nécessaire la désignation formelle d'un siège sur son propre territoire[331]. Cela explique naturellement que le siège d'une société soit d'abord réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société[332]. C'est seulement à défaut d'une telle désignation que le siège d'une société se trouve au lieu où elle est administrée en fait[333]. Ce rattachement subsidiaire est ainsi le même que

323 Eberhard/von Planta (n. 305), art. 154 LDIP N 16.
324 Pour des exemples, voir Eberhard/von Planta (n. 305), art. 154 LDIP N 17.
325 ATF 117 II 494 c. 7.
326 ATF 117 II 494 c. 7. Sur l'admissibilité du recours à une institution de droit liechtensteinois pour atteindre des buts qui, en droit suisse, seraient prohibés par l'interdiction du fidéicommis de famille (art. 335 al. 2 CC), voir ATF 135 III 614.
327 ATF 117 II 494 c. 7.
328 ATF 117 II 494 c. 7.
329 Eberhard/von Planta (n. 305), art. 21 LDIP N 4.
330 *Contra*: Eberhard/von Planta (n. 305), art. 21 LDIP N 4, qui évoquent l'application de critères différents aux fins de l'art. 154 LDIP et de l'art. 21 LDIP, dès lors que celui-ci concerne en pratique uniquement la compétence, celui-là exclusivement le droit applicable.
331 Eberhard/von Planta (n. 305), art. 154 LDIP N 3.
332 Art. 21 al. 2, première phrase, LDIP.
333 Art. 21 al. 2, seconde phrase, LDIP.

celui de l'article 154 alinéa 2 LDIP. Le parallélisme avec l'article 21 alinéa 2 LDIP est, à première vue, évident.

S'agissant de déterminer le statut international d'une société, il ne suffit toutefois pas d'un défaut de désignation formelle du siège dans les statuts ou dans le contrat de société pour que le droit de l'Etat d'administration effective s'applique: il faut que l'on ne puisse pas déterminer quel est l'Etat d'incorporation ou que la société concernée n'ait pas observé les formalités organisationnelles prescrites par celui-ci. Il existe donc une différence entre les critères qui déterminent, à l'article 21 alinéa 2 et à l'article 154 LDIP, le passage au rattachement subsidiaire. Cela pose un problème particulier: lorsqu'une société est incorporée conformément aux règles d'un Etat identifiable, que celui-ci n'exige pas l'indication formelle d'un siège dans les documents constitutifs parce qu'il prévoit lui-même une règle subsidiaire de fixation du siège, que – contrairement par exemple à l'article 56 CC – ladite règle ne se réfère pas au lieu à partir duquel la société est gérée dans les faits, qu'aucun siège statutaire ou contractuel n'a effectivement été désigné et que le lieu d'administration réelle se trouve dans un autre Etat, la stricte lettre de l'article 21 alinéa 2 LDIP pourrait porter à considérer que le statut de la société relève du droit du premier et que le siège de celle-ci se trouve dans le second. Même si l'hypothèse semble assez théorique, une telle solution ne paraît pas adéquate. Le droit suisse n'a en effet pas d'intérêt particulier à contrecarrer le droit de l'Etat d'incorporation en localisant potentiellement le siège de la société dans un Etat différent de celui que désignent les règles de celui-là. En réalité, comme on l'a dit, le législateur est parti du principe qu'il existe un siège statutaire ou contractuel dans l'Etat d'incorporation. A notre avis, lorsqu'il recourt au critère du « lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société », l'article 21 alinéa 2 LDIP vise donc plus généralement le lieu déterminé par l'application du droit de l'Etat d'incorporation.

Certains auteurs proposent de lire à l'article 21 alinéa 2 LDIP une réserve implicite du **siège fictif**. Aux fins de la détermination du statut international de la société (art. 154 LDIP), question relevant du droit applicable, la théorie de l'incorporation est certes pour ainsi dire absolue[334]. S'agissant de compétence ou de reconnaissance de décisions étrangères, en application de l'article 2 alinéa 2 CC, il faudrait en revanche comprendre que le siège est au lieu de l'administration effective lorsque le siège statutaire est fictif[335].

Cette conception nous paraît discutable. Pour autant que l'interdiction de l'abus de droit s'applique de manière générale en droit international privé[336], il ne serait quoi qu'il en soit pas convenable, d'un point de vue méthodologique, de la faire intervenir au stade d'une définition: celle-ci a en effet le caractère

334 ATF 117 I 494.

335 TF, Chambre des poursuites et faillites, 5 novembre 1991, B.156/1991 c. 3. Cf. Dutoit (n. 295), art. 21 LDIP N 4; Eberhard/von Planta (n. 305), art. 21 LDIP N 6.

336 Furrer/Girsberger/Siehr (n. 1), N 812 s.

d'un point de départ général et abstrait, alors que l'article 2 alinéa 2 CC s'applique comme correctif en relation avec l'exercice d'un droit dans un cas concret[337]. En réalité, la notion de siège doit être comprise à la lettre de l'article 21 alinéa 2 LDIP. Si, dans un cas d'espèce, l'invocation du siège statutaire (ne correspondant par hypothèse pas au lieu d'administration effective de la société) devait apparaître frauduleuse en raison de circonstances particulières[338], l'application des correctifs propres à la loi sur le droit international privé devrait suffire. Il est vrai, par exemple, que l'article 3 LDIP est d'application particulièrement restrictive[339], mais nous ne voyons pas de raison d'en élargir la portée par le biais de l'article 2 alinéa 2 CC, norme qu'il convient de manier avec retenue[340].

L'**établissement** d'une personne morale, enfin, est dans l'Etat dans lequel se trouve son siège ou dans un Etat dans lequel se trouve une de ses succursales (art. 21 al. 4 LDIP). La notion de succursale s'entend de la même manière qu'en droit interne[341]. Lorsque le siège principal (statutaire) est à l'étranger, mais que l'essentiel des affaires de la société est conduit depuis l'établissement secondaire, celui-ci n'en conserve pas moins son caractère de succursale, en application de la théorie de l'incorporation[342].

II. Mutation du rattachement territorial

Les notions de domicile, de résidence habituelle, de siège et d'établissement étant posées, il convient maintenant d'examiner comment l'ancrage territorial qu'elles concrétisent peut se modifier.

1. Mutation du rattachement territorial des personnes physiques

a. A l'intérieur des frontières de la Confédération

Le changement de domicile n'est pas soumis à des contraintes particulières de *droit* privé. Lorsqu'elles déplacent *en fait* leur lieu de vie à l'intérieur des frontières de la Confédération, les personnes physiques se constituent un nouveau domicile à partir du moment où un **transfert du centre de gravité** des intérêts personnels peut être constaté, sur la base des critères définitionnels pertinents[343].

---

337 Paul-Henri Steinauer, Le Titre préliminaire du Code civil, Bâle 2009 (Traité de droit privé suisse, vol. II/1), N 471 ss.

338 La simple divergence entre le siège statutaire et le lieu d'administration effective n'étant en soi pas constitutive de telles circonstances.

339 Dutoit (n. 295), art. 3 LDIP N 5.

340 Steinauer (n. 337), N 570.

341 Eberhard/von Planta (n. 305), art. 21 LDIP N 10. Pour la définition de la succursale, voir n. 148.

342 Eberhard/von Planta (n. 305), art. 21 LDIP N 8 et 11.

343 Hausheer/Aebi-Müller (n. 146), N 9.29, parlent de rupture des ponts. Voir également Eigenmann (n. 153), art. 23 CC N 23.

Le principe de nécessité du domicile est assuré en droit interne par l'article 24 alinéa 1er CC: toute personne conserve son domicile tant qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau.

Egalement dans l'idée d'éviter une absence de rattachement territorial, l'article 24 alinéa 2 CC pose la règle selon laquelle le lieu de **résidence** est considéré comme le domicile lorsqu'un domicile antérieur ne peut être établi[344]. Cette notion de résidence permet de localiser subsidiairement, en particulier, les personnes dont le lieu de séjour se modifie fréquemment[345]. Par contraste avec le domicile, la résidence est définie seulement par la présence physique et ne suppose pas l'intention de s'établir[346]. Il faut certes plus qu'une halte casuelle ou un simple passage, mais la durée du séjour n'est en soi pas pertinente[347], ce qui constitue une différence par rapport à la résidence *habituelle* du droit international privé[348]. Contrairement au domicile, la résidence ne se perpétue pas, elle change au gré des déplacements de la personne concernée[349]. Tout au plus peut-on imaginer que, si une personne revient régulièrement en un lieu (sans pour autant s'y établir), celui-ci doive être seul considéré comme résidence[350]. Mais s'il n'existe pas de tel centre des pérégrinations, la résidence valant domicile est susceptible de se modifier fréquemment[351]. Compte tenu de sa fonction dans le système des articles 23 ss CC (substitut fonctionnel subsidiaire du domicile), ainsi que du contexte purement interne de son application, la résidence est nécessairement unique[352], contrairement à la résidence habituelle du droit international privé[353].

La **modification du domicile dérivé** dépend, dans le cas de l'article 25 alinéa 1er CC, de la modification du domicile indépendant des parents de l'enfant sous autorité parentale (ou de celui des parents qui détient la garde). Dans le cas du mineur sous tutelle ou du majeur sous curatelle de portée générale, le domicile ne se modifiera quant à lui qu'avec la mainlevée de la mesure (hypothèse dans laquelle un domicile indépendant sera constitué), éventuellement avec le transfert du siège de l'autorité de protection de l'enfant ou de l'adulte (hypothèse plutôt théorique, quoique envisageable, mais ne relevant de toute manière pas du droit privé, raison pour laquelle nous ne nous y attarderons pas ici).

---

344 Sur la portée internationale de l'art. 24 al. 2 CC, voir ci-dessous p. 358.

345 Eugen Bucher, Die natürlichen Personen (Berner Kommentar, vol. I/2/1), Berne 1976, art. 24 CC N 33.

346 E. Bucher (n. 345), art. 24 CC N 43; Egger (n. 217), art. 24 CC N 7.

347 Eigenmann (n. 153), art. 24 CC N 17; E. Bucher (n. 345), art. 24 CC N 42.

348 E. Bucher (n. 345), art. 24 CC N 50.

349 E. Bucher (n. 345), art. 24 CC N 47.

350 E. Bucher (n. 345), art. 24 CC N 45.

351 E. Bucher (n. 345), art. 24 CC N 46.

352 E. Bucher (n. 345), art. 24 CC N 44.

353 Sur la distinction entre résidence au sens de l'art. 24 al. 2 CC et résidence habituelle au sens de l'art. 20 al. 1er let. b LDIP, cf. par ex. E. Bucher (n. 345), art. 24 CC N 50.

b. Au travers des frontières de la Confédération

Du point de vue suisse, le déplacement du domicile des personnes physiques au travers d'une frontière extérieure de la Confédération est un simple fait, qui entraîne certes des conséquences juridiques, mais qui n'est pas soumis à des restrictions particulières de droit (international) privé. A cet égard, la situation n'est pas différente de celle qui prévaut pour les déménagements au sein de la Suisse. Comme en droit interne, le changement de domicile consiste simplement en la prise d'un nouveau domicile en lieu et place du précédent, concrétisé par la modification du centre durable des intérêts personnels au sens de l'article 20 alinéa 1er LDIP[354].

Il existe toutefois une différence importante par rapport au droit interne. Au cas où les critères pertinents s'estompent, au point qu'ils ne seraient pas considérés comme suffisants s'il s'agissait de statuer sur la constitution d'un *nouveau* domicile, l'article 24 alinéa 1er CC impose en droit interne la perpétuation du domicile précédent. Par contraste, dans le système de l'article 20 LDIP, le domicile peut cesser même si un nouveau domicile n'est pas constitué[355]. La résidence habituelle, notion autonome, prend le relais en pareil cas[356]. En droit purement interne, le lieu de résidence, notion strictement subsidiaire, n'est pertinent que si le domicile antérieur a non seulement cessé, mais ne peut plus être constaté.

L'article 24 alinéa 2 CC complète ce système en ce sens que le droit interne n'applique pas le système de perpétuation du domicile en cas d'immigration: le lieu suisse de résidence est considéré comme le domicile d'une personne physique qui a quitté son domicile à l'étranger sans en acquérir un nouveau en Suisse. Au sens de l'article 24 alinéa 2 CC, le fait de « quitter » un domicile étranger ne peut s'entendre du simple éloignement (temporaire) de celui-ci[357]. Au regard des critères suisses[358] de fixation du domicile, il est nécessaire que celui-ci ait cessé ou qu'au moins les éléments pertinents aux fins de sa détermination se soient substantiellement estompés[359].

2. Mutation du rattachement territorial des sociétés/personnes morales

a. A l'intérieur des frontières de la Confédération

Le déplacement du siège des personnes morales (ainsi que des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite) n'est en général pas le résultat d'un

354 Levante (n. 278), p. 58.
355 Levante (n. 278), p. 58.
356 Art. 20 al. 2, première phrase, LDIP.
357 E. Bucher (n. 345), art. 24 CC N 36.
358 E. Bucher (n. 345), art. 24 CC N 35. La notion de domicile est identique aux fins de l'art. 23 CC et de l'art. 20 LDIP: voir ci-dessus p. 349.
359 E. Bucher (n. 345), art. 24 CC N 36 s.

simple déplacement de fait (comme c'est le cas pour les personnes physiques[360]), mais bien le résultat d'un processus formel[361].

Pour toutes les entités juridiques soumises à une exigence légale de détermination d'un siège statutaire, c'est la procédure de **modification des statuts** qui doit être suivie. Cela suppose une décision de l'assemblée générale[362]. Sauf si les statuts en disposent autrement, ce sont les règles ordinaires de majorité qui s'appliquent dans le cas de la société anonyme[363], de la société en commandite par actions[364], de la société d'investissement à capital fixe[365] et de la société d'investissement à capital variable[366]. Une majorité spéciale est en revanche requise dans le cas de la société à responsabilité limitée[367] et de la société coopérative[368].

En droit de la société anonyme, une partie de la doctrine considère que le transfert de siège doit pouvoir se fonder sur un motif objectif poursuivant l'intérêt de la société[369]. En réalité, les actionnaires n'ont aucune obligation de voter de manière conforme à l'intérêt social[370]. Certes, une action en annulation de la décision de l'assemblée générale est envisageable, notamment si celle-ci paraît abusive au sens de l'article 2 alinéa 2 CC. Cela suppose qu'elle ne soit justifiée par aucune considération économique raisonnable, qu'elle lèse manifestement les intérêts de la minorité et qu'elle favorise sans raison objective ceux de la majorité[371]. Sous cet angle, le principe de l'exercice ménager de leurs droits par les actionnaires *(Prinzip der schonenden Rechtsausübung)*, qui découle déjà de l'article 2 alinéa 1er CC et repose sur l'idée de la proportionnalité dans les décisions de l'assemblée générale, ne se distingue au fond pas nettement – dans sa mise en œuvre – de l'interdiction de l'abus de droit[372]. Le principe

360 Voir ci-dessus p. 356 s.

361 Nous ne nous intéresserons pas ici au cas de la fusion: même si le siège de la société reprenante se trouve sur le territoire d'une autre commune politique suisse que celui de la société transférante, l'opération n'est pas assimilable à un transfert de siège de cette dernière, puisqu'elle est dissoute; sur la redomiciliation par le biais d'une fusion, voir Schärer/Oser (n. 98), p. 77 ss.

362 Art. 698 al. 2 ch. 1 CO (société anonyme), art. 764 al. 2 CO en relation avec l'art. 698 al. 2 ch. 1 CO (société en commandite par actions), art. 804 al. 2 ch. 1 CO (société à responsabilité limitée), art. 879 al. 2 ch. 1 CO (société coopérative).

363 Art. 703 CO.

364 Art. 764 al. 2 CO en relation avec l'art. 703 CO.

365 Art. 112 LPCC en relation avec l'art. 703 CO.

366 Art. 50 al. 3 LPCC en relation avec l'art. 703 CO. Cf. également art. 64 OPCC, qui exclut l'application de l'art. 704 CO à la SICAV et ne prévoit pas d'autres majorités pour le transfert de siège ou la modification des statuts ou du but; à ce sujet, voir Rolf H. Weber, in: René Bösch/François Rayroux/Christoph Winzeler/Eric Stupp (édit.), Basler Kommentar. Kollektivanlagengesetz, 2e éd., Bâle 2016, art. 50 LPCC N 10 ss.

367 Art. 808*b* al. 1er ch. 10 CO (disposition spécifiquement applicable au transfert de siège).

368 Art. 888 al. 2 CO (disposition généralement applicable à toutes les modifications statutaires).

369 Böckli (n. 254), § 1 N 608.

370 Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Berne 2014, § 5 N 172.

371 von der Crone (n. 370), § 8 N 56.

372 von der Crone (n. 370), § 8 N 59.

d'objectivité *(Sachlichkeitsgebot)* et celui de l'égalité de traitement, tout en étant susceptibles d'avoir une portée autonome[373], restent aussi proches de ce type de réflexions. A vrai dire, une décision de transfert de siège touche de manière égale tous les actionnaires. Tant que le siège reste à l'intérieur des frontières de la Confédération, on ne voit pas comment les droits des actionnaires minoritaires pourraient être atteints d'une manière si grave qu'elle ne puisse leur être imposée. L'hypothèse d'une annulation voire d'une constatation de la nullité de la décision[374] est donc difficile à imaginer en pratique. Le même raisonnement s'applique aux créanciers et aux tiers[375]: ceux-ci ne sont pas légitimés à agir en annulation[376] et on ne voit pas – en droit privé – quels inconvénients insurmontables ils pourraient avoir à subir d'un transfert de siège interne[377].

Le siège des **sociétés en nom collectif** et des **sociétés en commandite** est sans doute un élément relevant du contrat de société en tant que tel. Pour les **sociétés en commandite de placements collectifs**, le législateur est en tout cas parti de ce principe[378]. Pour ces trois types d'entités, le transfert du siège doit donc faire l'objet d'une modification du contrat. Cela suppose en principe une décision unanime[379]. Une disposition contractuelle prévoyant de manière générique la prise des décisions sociales autrement qu'à l'unanimité n'est pas présumée s'étendre aux modifications du contrat lui-même[380]. On peut toutefois imaginer que le contrat de société prévoie expressément la possibilité d'une modification par décision sociale prise à une majorité déterminée[381]. A condition que le contrat en dispose expressément ainsi, il est à notre avis envisageable que le transfert du siège fasse l'objet d'une délégation de compétence aux gérants[382].

Pour les **associations**, le transfert du siège nécessite, par défaut, une décision de l'assemblée générale prise à la majorité ordinaire de l'article 67 CC, sous réserve d'exigences statutaires plus élevées. Si la détermination du siège est déléguée à la direction ou à un autre organe, ce sont les modalités applicables à la prise de décisions par celui-ci qui sont déterminantes. Le siège errant se modifie

---

373 En relation avec l'assemblée générale, ils reposent aussi sur l'art. 2 al. 1er CC: VON DER CRONE (n. 370), § 8 N 59.

374 En ce sens, BÖCKLI (n. 254), § 1 N 608.

375 BÖCKLI (n. 254), § 1 N 608, évoque la possibilité d'un transfert de siège rendant plus difficile l'exercice des droits des créanciers, voire la soustraction de la société à la mise en œuvre de lois.

376 BÖCKLI (n. 254), § 16 N 106.

377 Des inconvénients dans la mise en œuvre de lois fiscales, par ex., devraient en principe être susceptibles d'être évités par l'application de mécanismes spécifiques à celles-ci, sans qu'il soit nécessaire de remettre en question le siège du sujet concerné en droit civil.

378 Art. 102 al. 1er let. a LPCC.

379 WALTER FELLMANN/KARIN MÜLLER, Die einfache Gesellschaft, Berne 2006 (Berner Kommentar, vol. VI/2/8), art. 534 CO N 23 ss, étant précisé que la réglementation de la société simple s'applique par renvoi (en cascade) des art. 557 al. 2 CO (société en nom collectif), 598 al. 2 CO (société en commandite) et 99 LPCC (société en commandite de placements collectifs).

380 FELLMANN/MÜLLER (n. 379), art. 534 CO N 26.

381 FELLMANN/MÜLLER (n. 379), art. 534 CO N 26.

382 FELLMANN/MÜLLER (n. 379), art. 535 CO N 27 s.

avec le déménagement (ou le transfert de siège) de la personne physique (ou morale) dont le domicile (ou le siège) détermine l'ancrage territorial de l'association. Si les statuts ne disent rien, le déplacement du lieu d'administration effective de l'association entraîne transfert du siège, en application de l'article 56 CC.

Si l'acte de **fondation** fixe le siège de celle-ci, l'intervention de l'autorité de surveillance est nécessaire pour le transfert du siège[383]. Le simple fait que le transfert puisse entraîner la soumission à une nouvelle autorité (ce qui n'est d'ailleurs pas nécessairement le cas[384]) ne devrait pas suffire à refuser le transfert. Même si la fixation initiale du siège de la fondation est en principe libre, il n'est pas exclu en revanche que le transfert du lieu d'administration effective soit retenu par les autorités de surveillance comme un critère pertinent[385], compte tenu de la stabilité de principe de la structure de la fondation[386]. En réalité, il ne devrait pas y avoir lieu de se montrer trop strict. En effet, en tant qu'elle concerne le siège, cette stabilité n'est pas nécessaire: en particulier, lorsque l'acte de fondation prévoit un siège errant, ou délègue à un organe la compétence de fixer le siège, l'autorisation de l'autorité de surveillance n'est pas requise[387], quand bien même l'assujettissement de la fondation s'en trouverait modifié[388]. S'agissant des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques, non soumises à surveillance (art. 87 al. 1er CC), la modification du siège est libre.

Les entités juridiques inscrites sur le **registre du commerce** sont tenues d'y requérir l'inscription de tout transfert de siège (art. 937 CO).

Pour les entités qui n'existent pas à défaut d'inscription sur le registre du commerce, l'inscription du transfert de siège a un effet constitutif[389]. Dans les **rapports internes**, cette inscription rétroagit au jour de l'inscription sur le journal (art. 932 al. 1er CO). Pour les entités dont l'inscription est seulement déclarative[390], le transfert de siège prend effet, dans les rapports internes, au moment de la décision.

---

383 Riemer (n. 208), partie systématique N 516.

384 Sur cette question, voir Riemer (n. 208), partie systématique N 514 et les références citées.

385 Riemer (n. 208), partie systématique N 516.

386 Parisima Vez, La fondation: lacunes et droit désirable, thèse Fribourg, Berne 2004 (Etudes de droit suisse, vol. 687), N 989.

387 Ainsi, expressément, pour le cas du siège errant, Riemer (n. 208), partie systématique N 516 et N 520. Cf. également, pour le cas de la fixation « réglementaire » du siège (qui ne se distingue pas fondamentalement de la fixation par décision de l'organe suprême), Riemer (n. 208), art. 85/86 CC N 65.

388 Cf. ATF 100 Ib 132, à teneur duquel le lieu du siège d'une fondation n'est pas seul décisif pour la détermination de la compétence locale de l'autorité de surveillance, mais où il s'agissait bien d'une demande d'autorisation de transfert du siège d'une fondation (de prévoyance) de Bâle à Soleure.

389 Pour la société anonyme, voir von der Crone (n. 370), § 5 N 13; Böckli (n. 254), § 1 N 619.

390 Il s'agit des associations (qu'elles soient tenues ou non à une inscription obligatoire au sens de l'art. 62 al. 2 CC, ATF 100 III 19), ainsi que des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite exploitant une entreprise commerciale (art. 552 s. CO et art. 594 s. CO).

Pour les entités juridiques inscrites sur le registre du commerce (qu'elles y soient tenues ou non et indépendamment de l'effet déclaratif ou constitutif de l'inscription dans les rapports internes), le transfert de siège n'est **opposable aux tiers** que dès le jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la Feuille officielle suisse du commerce où est publiée l'inscription (art. 932 al. 2 CO)[391]. A partir de ce jour-là, nul ne peut en tout cas se prévaloir de l'ignorance du transfert de siège (art. 933 al. 1er CO). Compte tenu de l'article 933 alinéa 2 CO, la question se pose de savoir si le transfert de siège est opposable, avant la publication, aux tiers qui en avaient connaissance certaine.

1° Dans les cas où l'inscription du transfert de siège a un effet constitutif dans les rapports internes, la période concernée devrait être extrêmement courte. A teneur de l'article 34 ORC, même si elles rétroagissent au moment de l'inscription au registre journalier, les inscriptions déploient leurs effets juridiques (internes) une fois approuvées par l'Office fédéral du registre du commerce. Quand bien même il serait possible de rapporter la preuve d'une connaissance certaine de ladite approbation par le tiers concerné, le décalage avec le moment où l'inscription déploie ses effets de publicité positive devrait être minime.

2° Dans les cas où l'inscription du transfert de siège n'a qu'un caractère déclaratif, il est en revanche possible que celle-ci tarde. En pareil cas, on peut imaginer que des tiers aient connaissance de la décision et que celle-ci puisse donc leur être opposée en application de l'article 933 alinéa 2 CO pendant une période plus longue.

Dans les deux cas, cependant, le transfert de siège n'est pas opposable aux *autorités* avant le moment prévu par l'article 932 alinéa 2 CO[392]. Dans l'intérêt de la sécurité du droit, chaque fois que la question du siège se pose en relation avec la saisine d'une autorité (ce qui est sans doute le cas le plus fréquent en pratique), la compétence de celle-ci sera donc examinée à la lumière du lieu désigné par l'inscription sur le registre du commerce le jour déterminant, indépendamment de la connaissance effective que le demandeur ou requérant pourrait avoir du transfert de siège par hypothèse déjà intervenu.

Pour les entités non inscrites sur le registre du commerce, la date de la décision est déterminante dans les rapports internes. Dans les rapports externes, l'article 3 CC devrait être déterminant.

b. Au travers des frontières de la Confédération

Le transfert de siège transfrontalier, défini comme le changement de statut d'une société dans la continuité de sa personnalité juridique[393], est régi par les

391 Pour la société anonyme en particulier, voir ATF 139 III 293.

392 TF, Chambre des poursuites et faillites, 21 novembre 2006, 7B.154/2006, c. 2.2.

393 Pour plus de détails à ce sujet, cf. Andreas Stauffer, Grenzüberschreitende Ansiedlung von Unternehmen in der Schweiz. Rechtliche Probleme im Wegzugs- oder Zuzugsstaat sowie Liqui-

articles 161 à 163 LDIP[394]. Lorsqu'une société étrangère transfère son siège en Suisse, on parle d'immigration (aa.). Le fait pour une société suisse de se soumettre à un droit étranger en transférant son siège dans un autre pays est désigné comme émigration (bb.).

aa. Immigration

A teneur de l'article 161 alinéa 1er LDIP, une société étrangère peut transférer en Suisse son siège statutaire, si trois **conditions** cumulatives sont remplies.

1° Le droit international privé de l'Etat d'origine doit d'abord autoriser le transfert et prévoir – implicitement ou explicitement – qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une liquidation ou à une nouvelle fondation[395].

2° Les exigences matérielles auxquelles le droit étranger peut soumettre le transfert doivent ensuite être satisfaites. Il peut s'agir de conditions de droit public (par ex. le règlement de la situation fiscale) comme de droit privé (par ex. des exigences de droit des sociétés relatives à la protection des créanciers ou des actionnaires minoritaires[396], ou la nécessité d'une décision formelle de transfert prise en la forme prescrite par l'organe social compétent[397]). Lorsque le droit international privé du pays d'origine consacre le critère du siège réel (et non la théorie de l'incorporation)[398], il est nécessaire que la société transfère son administration effective en Suisse[399].

3° Enfin, la société concernée doit se soumettre au droit suisse. En raison du *numerus clausus* des formes d'organisation sociale applicable dans notre pays, il est nécessaire que la société étrangère s'adapte à un type connu du droit suisse. Bien que cela ne soit pas expressément prévu dans la loi, il est nécessaire de choisir la forme sociale la plus proche de la forme initiale de droit étranger[400].

---

dationsbesteuerung, ECS 2005, p. 98 ss; FRANK VISCHER, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2e éd., Zurich 2004, art. 161 LDIP N 1; FLORENCE GUILLAUME, Lex societatis. Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé, thèse Lausanne, Zurich 2001, p. 153; MICHEL MENJUCQ, La mobilité des sociétés dans l'espace européen, Paris 1997, p. 92.

394 Cette partie de notre rapport est reprise en substance, mais de manière synthétique, de l'étude que nous avions consacrée, parmi d'autres thèmes, à ce sujet: EDGAR PHILIPPIN/MATHIEU CHÂTELAIN, Fusioni, scissioni, trasferimenti di patrimonio e di sede transfrontalieri, in: Giorgio A. Bernasconi/Fulvio Campello (édit.), Aspetti patrimoniali e di esecuzione forzata nei rapporti transfrontalieri, Lugano/Bâle 2015 (Commissione per la formazione permanente dei giuristi. Collana rossa, vol. 52), p. 3 ss.

395 GUILLAUME (n. 305), art. 161 LDIP N 6; VISCHER (n. 393), art. 161 LDIP N 7.

396 PHILIPPE REYMOND, Les personnes morales et les sociétés dans le nouveau droit international privé suisse, in: Le nouveau droit international privé suisse, Lausanne 1989 (CEDIDAC, vol. 9), p. 200.

397 GUILLAUME (n. 305), art. 161 LDIP N 7.

398 Au sujet du critère du siège réel, cf. GUILLAUME (n. 393), p. 133 ss.

399 MATTHIAS COURVOISIER, in: Baker & McKenzie (édit.), Fusionsgesetz, 2e éd., Berne 2015, art. 161 LDIP N 5.

400 THOMAS VOGT, Fragen des Handelsregisterrechts bei Sitzverlegungen in die Schweiz, REPRAX 2008, p. 115.

Les traits caractéristiques essentiels de la forme sociale tant de droit suisse que de droit étranger devront ainsi être maintenus[401]. Formellement, cela implique notamment l'adaptation des statuts de la société étrangère à la forme sociale retenue[402].

A titre exceptionnel, en vertu de l'article 161 alinéa 2 LDIP, le Conseil fédéral[403] a la possibilité d'autoriser le changement de statut juridique quand bien même les conditions matérielles du droit étranger ne seraient pas satisfaites, notamment lorsque des intérêts suisses importants sont en jeu. Comme la loi ne prévoit pas la possibilité de renoncer à la troisième des conditions énoncées ci-dessus, la société étrangère devrait théoriquement, dans ce cas aussi, s'adapter à la forme sociale de droit suisse la plus proche de la forme d'origine. Néanmoins, puisqu'il s'agit d'un régime exceptionnel, une certaine latitude à cet égard pourrait être admise[404]. Sont considérés comme des intérêts suisses importants des biens ou autres actifs d'une entreprise, impliquant des intérêts nationaux, qui risqueraient d'être confisqués[405]. Dès lors que l'on aura fait abstraction des conditions d'émigration au point de départ, il peut en découler des rapports juridiques boiteux. Ceux-ci se manifestent généralement par la non-reconnaissance du changement de statut de la société dans l'Etat d'origine[406]. Cela peut se révéler extrêmement problématique, de sorte qu'une application particulièrement restrictive de ce régime d'exception s'impose[407].

Si les conditions de l'article 161 LDIP sont remplies[408], l'article 162 LDIP indique le **moment déterminant** du transfert du siège de l'étranger vers la Suisse, dans l'idée d'assurer la coordination des formalités dans les ordres juridiques concernés. Il est en effet nécessaire de garantir la sécurité juridique en évitant dans toute la mesure du possible que la société concernée soit régie simultanément par le droit de deux Etats, ou qu'elle se trouve « apatride » pour un temps[409]. Déterminer le moment à partir duquel la société est assujettie au droit suisse revêt donc une importance pratique non négligeable[410].

---

401 Vischer (n. 393), art. 161 LDIP N 9.

402 Guillaume (n. 305), art. 161 LDIP N 8; Vischer (n. 393), art. 161 LDIP N 9.

403 La compétence de délivrer cette autorisation est déléguée au Département fédéral de justice et police (art. 126 al. 2 let. b et al. 4 ORC).

404 Guillaume (n. 305), art. 161 LDIP N 12.

405 Vischer (n. 393), art. 161 LDIP N 12.

406 Richard Gassmann, in: Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Markus Müller-Chen (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Internationales Privatrecht, 3e éd., Zurich 2016, art. 161 à 163 LDIP N 8.

407 Vischer (n. 393), art. 161 LDIP N 11.

408 Vischer (n. 393), art. 162 LDIP N 1. L'argument s'impose sur la base d'une lecture systématique de la loi.

409 Guillaume (n. 305), art. 162 LDIP N 1.

410 Peter V. Kunz/Rodrigo Rodriguez, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (édit.), Basler Kommentar. Internationales Privatrecht, 3e éd., Bâle 2013, art. 162 LDIP N 1.

S'il s'agit d'une **société soumise à l'obligation de s'inscrire sur le registre du commerce**, le moment déterminant est celui où peut être ramenée la preuve cumulative[411] de deux éléments, conformément à l'article 162 alinéa 1er LDIP.

1° La société candidate à l'immigration doit d'abord prouver que son centre d'affaires a été transféré en Suisse. Le but en est d'éviter que la Suisse soit choisie seulement en tant qu'Etat d'incorporation, sans qu'il existe des liens suffisants avec notre pays[412]. Cela peut paraître incongru. En effet, l'obligation de déplacer le centre des affaires d'une société en Suisse n'est pas compatible avec le choix fondamental du droit suisse en faveur du principe de l'incorporation[413]. Dans un système accordant la prépondérance au siège statutaire, la référence au siège réel ne semble pas logique. Elle a donc fait l'objet de critiques, notamment au motif qu'elle entraîne une inégalité entre les sociétés suisses et étrangères[414], qu'elle rend incertain le moment déterminant de la subordination de la société étrangère au droit suisse[415] et qu'elle compromet ainsi la réalisation de l'objectif principal des articles 161 et 162 LDIP, qui consiste à garantir la sécurité du droit. A cet égard, il aurait paru possible de se contenter d'une simple modification des statuts de la société – permettant ainsi de respecter le principe de l'incorporation – et d'une inscription au registre du commerce. Pour certains auteurs, l'exigence supplémentaire du déplacement du centre d'affaires faciliterait la reconnaissance par les Etats européens, qui recourent majoritairement au critère du siège réel[416]. Cette observation n'est pas dénuée de pertinence. Renoncer à la condition du transfert du centre d'affaires n'aurait toutefois pas été injustifié. Du point de vue de la proportionnalité, cela aurait permis de respecter l'objectif de l'article 162 LDIP – garantir la sécurité juridique – sans faire entorse au principe d'incorporation prévu par le droit suisse. En outre, cela aurait permis de ne plus distinguer les sociétés selon qu'elles sont, ou non, soumises à l'obligation de s'inscrire sur le registre du commerce[417]. Bien que critiquée, cette condition reflète l'état du droit positif et doit être respectée[418].

2° Il faut ensuite établir que la société étrangère s'est adaptée à une forme sociale de droit suisse. Alors que l'article 161 alinéa 1er LDIP exige seulement la possibilité d'une adaptation au droit suisse, l'article 162 alinéa 1er LDIP exige que cette adaptation soit effective. Avant l'entrée en vigueur de la

411 Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 162 LDIP N 2.

412 Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé, du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255, p. 433.

413 Voir *supra* p. 353 ss. Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 162 LDIP N 3; Guillaume (n. 305), art. 162 LDIP N 4.

414 Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 162 LDIP N 3.

415 Reymond (n. 396), p. 200 s.

416 Dutoit (n. 295), art. 162 LDIP N 3; Vischer (n. 393), art. 162 LDIP N 4.

417 C'est la solution préconisée par Guillaume (n. 305), art. 162 LDIP N 5.

418 Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 162 LDIP N 3.

LDIP, on procédait par un système d'inscription provisoire permettant à la société de s'adapter au droit suisse dans un délai de six mois[419]. Ce système n'est toutefois plus d'actualité. Une adaptation effective complète au droit suisse avant la modification du statut de la société n'est toutefois pas possible. Certaines modifications ne peuvent pas prendre effet au préalable[420]. Il faut donc comprendre l'exigence légale en ceci que les décisions qui sont nécessaires pour l'adaptation de la société au droit suisse doivent avoir été prises avant le changement de statut. Sur cette base, l'inscription au registre du commerce peut être entreprise en Suisse[421]. Si le capital doit être augmenté pour satisfaire aux montants minimaux prévus par le droit suisse, il doit l'être par une décision valablement prise par l'entité étrangère qui entend transférer son siège dans notre pays. Quand bien même cela permettrait d'éviter certaines difficultés pratiques à l'étranger, une inscription au registre du commerce n'entre actuellement pas en ligne de compte sur la foi d'un simple engagement d'augmenter le capital, après immigration, en conformité avec les règles suisses applicables à la forme choisie. Indépendamment de la nécessité d'une augmentation du capital, l'article 162 alinéa 3 LDIP soumet encore les sociétés de capitaux à l'exigence d'un rapport attestant que son capital est couvert selon le droit suisse[422], avant l'inscription sur le registre.

Sur cette base, il peut être procédé à l'inscription, qui est nécessaire pour que la société étrangère soit effectivement régie par le droit suisse[423], et qui a donc un effet constitutif[424].

S'il s'agit en revanche d'une **société qui n'est pas tenue de s'inscrire sur le registre du commerce**[425], le moment déterminant est donné par la réalisation de trois conditions cumulatives, à teneur de l'article 162 alinéa 2 LDIP.

1° Il faut d'abord que soit exprimée une volonté reconnaissable d'être régi par le droit suisse. Celle-ci peut se révéler difficilement appréciable selon les situations. Dans tous les cas, cette volonté sera établie lorsqu'elle ressort des statuts ou d'une décision prise par l'organe compétent selon le droit étranger[426].

---

419 Vogt (n. 400), p. 119.

420 Tel est le cas notamment pour l'adaptation du bilan au droit suisse, l'admission du siège social en Suisse ou encore l'indication du capital de la société en francs suisses; on pense aussi au capital minimum; cf. Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 162 LDIP N 5.

421 FF 1983 I 255, p. 433: « [l']inscription ne peut avoir lieu qu'une fois l'adaptation effectuée ».

422 Autrefois, ce rapport pouvait être produit par un office reconnu par le Conseil fédéral. Les modifications du droit de la société anonyme ont toutefois conduit ce dernier à préciser qu'il ne pouvait s'agir que d'un réviseur particulièrement qualifié (FF 2000 3995, p. 4150) soit, aujourd'hui, d'un expert-réviseur agréé.

423 Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 162 LDIP N 7; Guillaume (n. 305), art. 162 LDIP N 7; Vischer (n. 393), art. 162 LDIP N 2 et 3.

424 Guillaume (n. 305), art. 162 LDIP N 3.

425 Essentiellement les associations non visées par l'art. 61 al. 2 CC.

426 Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 162 LDIP N 23; Vischer (n. 393), art. 162 LDIP N 7.

2° La société doit ensuite entretenir un lien suffisant avec la Suisse. Cette condition s'apprécie selon les circonstances concrètes du cas d'espèce. Dès lors, l'autorité compétente dispose d'un certain pouvoir d'appréciation. A titre d'exemple, ce lien peut résulter de l'établissement du domicile de l'un des gérants, ou de la direction des affaires de l'entité concernée depuis la Suisse[427].

3° Enfin, la société étrangère doit s'être adaptée à l'une des formes sociales du droit suisse. Elle ne revêt pas d'autres particularités que pour les sociétés tenues à l'inscription sur le registre du commerce.

bb. Emigration

L'article 163 LDIP traite de l'hypothèse d'une société suisse souhaitant se soumettre à une nouvelle *lex societatis*, sans la contrainte d'une liquidation en Suisse et d'une nouvelle fondation dans l'Etat de destination[428], essentiellement par le biais d'une modification statutaire consistant à prévoir que son siège se trouve dans tel ou tel lieu à l'étranger[429]. A la différence du transfert de siège par immigration, le législateur ne fait ici aucune distinction selon que les sociétés concernées sont, ou non, tenues de s'inscrire au registre du commerce[430].

L'article 163 alinéa 1er LDIP subordonne le transfert à deux **conditions** cumulatives[431], auxquelles s'ajoute encore une troisième exigence implicite.

1° La première condition légale consiste en ceci que la société doit respecter toutes les conditions prévues par le droit suisse avant de pouvoir changer de statut international. Il s'agit de toutes les dispositions potentiellement applicables – droit des sociétés[432], droit du travail[433], droit boursier, ou encore droit fiscal[434]. Du point de vue suisse, le transfert par émigration ne nécessite pas le déplacement du centre d'affaires de la société à l'étranger[435]. Nous

427 Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 162 LDIP N 24; Vischer (n. 393), art. 162 LDIP N 7.

428 Dutoit (n. 295), art. 163 LDIP N 1; Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 163 LDIP N 4.

429 Peter Altenburger/Massimo Calderan/Werner Lederer, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht. Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zurich 2004, p. 319 s.

430 FF 1983 I 255, p. 434.

431 Gassmann (n. 406), art. 161 à 163 LDIP N 17.

432 Notamment celles qui s'appliquent aux modalités de la modification des statuts et aux majorités décisionnelles requises, une décision ne respectant pas ces règles étant annulable: Vischer (n. 393), art. 163 LDIP N 8. Sur la controverse concernant la nécessité d'appliquer les art. 53 à 68 LFus (au motif que le transfert de siège impliquerait nécessairement transformation, puisque la forme sociale de destination est nécessairement différente de celle d'origine), voir Philippin/Châtelain (n. 394), N 51.

433 Gabrielle Kaufmann-Kohler/Florence Guillaume, in: Henry Peter/Rita Trigo Trindade (édit.), Commentaire de la loi sur la fusion, Zurich 2005, art. 163 LDIP N 4: l'art. 333 CO s'applique notamment à la protection des travailleurs.

434 Guillaume (n. 305), art. 163 LDIP N 2.

435 Vischer (n. 393), art. 163 LDIP N 3: application rigoureuse du principe d'incorporation.

verrons toutefois que le droit du pays de destination peut rendre nécessaire un tel déplacement[436].

2° Deuxièmement, le droit du pays de destination doit accepter le principe d'un transfert et ne pas exiger dans ce contexte la fondation d'une nouvelle société: cette condition est nécessaire pour garantir la continuité de l'existence de la société concernée[437]. Il faut également que la société émigrante soit incorporée dans l'Etat d'accueil sous la forme sociale la plus proche de celle qu'elle revêt en droit suisse, ce qui implique un examen au cas par cas. La question se pose de savoir s'il existe une marge de manœuvre ou s'il doit impérativement s'agir d'une forme sociale quasi équivalente. A ce sujet, la doctrine est partagée. Certains affirment qu'une exigence stricte n'est pas opportune[438], d'autres requièrent une équivalence absolue[439]. Selon nous, une équivalence absolue serait malvenue. Cette exigence n'est en effet pas de mise dans le cadre d'un transfert par immigration. Une solution parallèle en cas de transfert par émigration s'impose[440].

3° Finalement, bien que la Suisse applique la théorie de l'incorporation, l'Etat d'accueil est susceptible d'avoir préféré la théorie du siège réel, ce qui peut entraîner la société émigrante à devoir transférer son centre d'affaires dans l'Etat concerné[441], à l'instar d'ailleurs de ce que prévoit la Suisse pour un transfert par immigration[442]. Cela explique, au-delà même de cette exigence particulière et quand bien même l'article 163 LDIP ne le dit pas expressément[443], que la société candidate à l'émigration doit satisfaire à toutes les éventuelles conditions du droit de l'Etat de destination pour un transfert de société. Il est donc préalablement nécessaire de s'assurer non seulement que le droit du pays d'accueil admet le principe d'un transfert de siège dans la continuité des rapports juridiques (condition expresse de l'art. 163 al. 1er LDIP), mais aussi que les conditions particulières qu'il pose éventuellement à cet égard sont respectées[444].

La **protection des droits des créanciers** de la société suisse émigrante, susceptibles de subir des pertes ou des inconvénients dès lors que la société se

436 Ci-dessous 3°.

437 Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 163 LDIP N 4; Vischer (n. 393), art. 163 LDIP N 4.

438 Guillaume (n. 305), art. 163 LDIP N 4.

439 Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 163 LDIP N 12 s.

440 Les objectifs poursuivis par la loi sur la fusion, qui a emporté modification des articles que la loi sur le droit international privé consacre notamment au transfert de siège, soutiennent une telle interprétation: Philippin/Châtelain (n. 394), N 51.

441 Gassmann (n. 406), art. 161 à 163 LDIP N 18.

442 Voir ci-dessus p. 365 s.

443 Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 163 LDIP N 6 s.; Gassmann (n. 406), art. 161 à 163 LDIP N 17; Guillaume (n. 305), art. 163 LDIP N 6.

444 Kunz/Rodriguez (n. 410), art. 163 LDIP N 6 s.; Gassmann (n. 406), art. 161 à 163 LDIP N 17; Guillaume (n. 305), art. 163*a* LDIP N 6.

trouve subordonnée à un droit étranger[445], est assurée par la disposition spéciale de l'article 163 alinéa 2 LDIP: dans le cadre du processus d'émigration, la société doit sommer ses créanciers de produire leurs créances. De cette manière, les créanciers ne se retrouvent pas à subir le transfert sans avoir pu, au préalable, faire valoir leurs droits[446]. Le système consiste en une application de l'article 46 LFus, par analogie.

1° Chaque créancier peut ainsi exiger une garantie dans un délai de deux mois à compter de la publication[447]. Les créanciers qui sont déjà au bénéfice de sûretés (conventionnelles) ne bénéficient toutefois de ce droit que dans la mesure où les sûretés préexistantes ne couvrent pas le montant intégral de leurs prétentions[448].

2° La société peut également échapper à l'obligation de fournir des sûretés si elle prouve que le transfert de siège ne compromet pas l'exécution de la créance. A cet égard, l'application analogique de l'article 46 alinéa 2 LFus n'est pas simple: dans le cadre d'une scission mettant en présence deux sociétés suisses, l'exécution de la créance peut être « compromise » essentiellement pour des raisons financières. Dans le cadre d'un transfert de siège de Suisse à l'étranger, les rapports financiers ne se modifient en principe pas, et c'est plutôt le fait de devoir agir contre un débiteur désormais établi dans un autre pays que la Suisse qui peut « compromettre » la position du créancier[449]. Pour des créanciers ayant leur domicile ou leur siège en Suisse, l'inconvénient de devoir rechercher un débiteur à l'étranger est réel et on voit mal ce qui pourrait permettre d'éviter la fourniture de sûretés. Pour des créanciers ayant leur domicile ou leur siège à l'étranger, le fait de devoir rechercher leur débiteur dans un autre pays étranger, plutôt qu'en Suisse, ne sera pas forcément un inconvénient. Au sein de l'Union européenne, cela peut même éventuellement être un avantage[450].

3° Enfin, à teneur de l'article 46 alinéa 3 LFus, la société peut aussi exécuter la créance, dans la mesure où il n'en résulte aucun dommage pour les créanciers.

---

445 DANIEL GIRSBERGER/RODRIGO RODRIGUEZ, FusG und Internationales Privatrecht, RSDA 2004, p. 263 et 266.

446 KAUFMANN-KOHLER/GUILLAUME (n. 433), art. 163 LDIP N 3.

447 FF 2000 3995, p. 4150.

448 ROLAND TRUFFER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (édit.), Basler Kommentar. Fusionsgesetz, 2e éd., Bâle 2015, art. 25 LFus N 21.

449 Compte tenu de cela, la publication d'un appel aux créanciers est nécessaire quand bien même un expert réviseur agréé serait en mesure d'attester que l'ensemble des créances connues ou escomptées peuvent être exécutées au moyen de la fortune disponible de la société: VISCHER (n. 393), art. 163 LDIP N 7.

450 Sur l'injonction de payer européenne, voir par ex. SYLVAIN MARCHAND, Créancier en Suisse, débiteur en Italie: aspects de droit matériel et procédural, in: Giorgio A. Bernasconi/Fulvio Campello (édit.), Aspetti patrimoniali e di esecuzione forzata nei rapporti transfrontalieri, Lugano/Bâle 2015 (Commissione per la formazione permanente dei giuristi. Collana rossa, vol. 52), p. 92 ss.

L'article 163 alinéa 2 LDIP n'évoque pas les modalités de l'appel aux créanciers. Outre les modalités qui peuvent être prévues par les statuts de la société concernée, seule une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce semble entrer en ligne de compte. Compte tenu de l'absence de renvoi à l'article 45 LFus, l'appel aux créanciers semble devoir être publié une seule fois, à teneur du texte clair de l'article 163 alinéa 2 LDIP[451]. Cela peut paraître assez curieux dans le système suisse qui repose habituellement sur une triple publication de ce genre d'avis. L'hypothèse d'une inadvertance législative a dû paraître évidente aux programmeurs de la plateforme électronique permettant la saisie des avis à publier dans la Feuille officielle suisse du commerce. Ladite plateforme impose en effet la triple publication, apparemment sans possibilité technique de demander une autre solution. En pratique, cela ne devrait sans doute pas poser de problème. Sous l'angle théorique, on est toutefois intéressé de constater que l'interprétation de la loi se glisse parfois dans des recoins insoupçonnés du réseau Internet.

L'article 164 alinéa 1er LDIP achève de concrétiser l'objectif législatif de protection des créanciers. La radiation au registre du commerce est subordonnée à l'attestation d'un expert-réviseur agréé, selon laquelle les créanciers qui l'ont demandé dans les délais ont obtenu des sûretés ou ont été désintéressés, ou qu'ils ont consenti à la radiation. Cela n'est évidemment utile que pour les sociétés tenues à l'inscription sur le registre du commerce[452].

L'existence d'un **siège errant** dans les statuts d'une association ou dans un acte de fondation pose des problèmes particuliers dans les rapports internationaux. L'émigration d'une association ou d'une fondation n'est en effet possible qu'aux conditions des articles 163 et 164 LDIP. Elle ne peut être automatiquement associée au transfert du domicile (ou du siège) de la personne physique (ou morale) de référence. Si le siège de l'association ou de la fondation concernée dépend du siège d'une autre personne morale, il ne devrait pas être trop malaisé de mener les deux procédures de transfert en parallèle. La coordination pourrait être plus difficile en cas de lien avec le domicile d'une personne physique, celui-ci étant susceptible de se déplacer sans formalité. Rien n'empêche théoriquement de planifier le transfert du siège d'une association ou d'une fondation en parallèle d'un déménagement. Toutefois, assurer la coïncidence temporelle sera pratiquement impossible. Dans les deux cas, si, pour quelque raison

451 Le texte français de l'art. 163 al. 2 LDIP parle expressément d'« un appel public », alors que, dans d'autres contextes, la loi parle de « triple publication » (notamment à l'art. 45 LFus) ou mentionne spécialement « trois fois » (par ex. à l'art. 733 CO). Dans les versions allemande et italienne de l'art. 163 al. 2 LDIP, il n'y a pas non plus de référence expresse à une triple publication (« Die Gläubiger sind [...] zur Anmeldung ihrer Forderungen aufzufordern »; « I creditori devono essere pubblicamente diffidati a far valere i loro crediti »). Par comparaison, les textes allemand et italien de l'art. 45 LFus mentionnent bien sûr expressément la triple publication (« dreimal »; « mediante triplice pubblicazione »).

452 Cf. FF 1983 I 255, p. 434.

que ce soit, l'émigration de la personne de référence précède le transfert du siège de l'association ou de la fondation concernée (pour autant d'ailleurs que le processus correspondant soit seulement engagé), la conséquence devrait en être la perte de la personnalité morale du sujet errant, avec – en l'absence de dispositions statutaires adéquates – des conséquences potentiellement indésirables pour le patrimoine (art. 57 CC). Ne s'agissant pas d'une question d'organisation, les articles 69*c* et 83*d* CC sont à notre avis inapplicables. Il n'y a en outre, dans le droit de l'association et de la fondation, aucune autre disposition dont puisse résulter le maintien de la personnalité jusqu'à régularisation. Quand bien même il se peut que la situation rentre naturellement dans l'ordre avant d'avoir retenu l'attention de qui que ce soit *(pas de plaideur, pas de juge)*, la prudence veut donc que les clauses instituant un siège errant soient complétées par une précision aux termes de laquelle, en cas de déplacement du domicile ou du siège de la personne de référence à l'étranger, le siège demeure en Suisse à un endroit déterminé, le cas échéant jusqu'à un transfert formel en application des articles 163 et 164 LDIP.

III. Influence sur les rapports d'obligation

Ayant étudié la façon dont le rattachement territorial des personnes physiques et morales peut se modifier, du point de vue du droit (international) privé suisse, il convient d'examiner quel effet la relocalisation peut avoir sur les rapports d'obligation. Compte tenu du nombre des points de contact envisageables et de la place disponible, cette partie de notre rapport n'a, bien sûr, pas la prétention d'être exhaustive, mais seulement celle d'aborder quelques exemples (qui excluront en principe les règles spéciales pouvant résulter de conventions internationales).

1. Exemples en droit interne suisse

a. Immigration à des fins de prise d'emploi sans autorisation de travail

Tout à la marge de notre thématique – puisqu'elle se trouve à la limite du droit public – se pose la question de savoir si un contrat de travail est valable lorsqu'il est conclu avec un travailleur étranger[453] venu en Suisse pour y prendre emploi sans disposer de l'autorisation requise[454].

De manière générale, peut être frappé de nullité un contrat qui contrevient à des dispositions de droit public[455]. Aux fins de la question spécifique qui nous

453 Sur les étrangers concernés, voir par ex. Rémy Wyler/Boris Heinzer, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, p. 65.

454 Hors des cas – non problématiques – où le contrat est (explicitement ou implicitement) soumis à une condition d'obtention de l'autorisation nécessaire, ATF 114 II 279 c. 2d/cc.

455 Voir par ex. ATF 134 III 438; ATF 117 II 286. Cf. également Ingeborg Schwenzer (n. 104), N 32.10. Spécialement en matière de droit du travail: Wyler/Heinzer (n. 453), p. 62.

intéresse ici, la jurisprudence part toutefois du principe que le contrat de travail est valable même si le travailleur n'est pas au bénéfice de l'autorisation nécessaire à la prise d'emploi[456]. Cette façon de voir les choses s'inscrit dans un contexte législatif (de droit public) qui impose à l'employeur de se renseigner, le cas échéant auprès de l'autorité compétente, sur l'existence d'une autorisation à exercer une activité lucrative en Suisse[457]. La violation de cette obligation est d'ailleurs sanctionnée pénalement[458]. Le travailleur, quant à lui, s'il est exposé à une procédure de renvoi ou d'expulsion, n'en doit pas moins être protégé dans les prétentions – notamment salariales – qui découlent de la fourniture de ses services. A défaut, le risque existerait que les employeurs puissent profiter abusivement de la situation, ce qui irait aussi à l'encontre du but de prévention générale du droit public[459], notamment dans la mesure où certains employeurs pourraient être enclins à une certaine sous-enchère salariale[460]. La loi sur le travail au noir intègre d'ailleurs cette idée de validité des relations de droit civil en prévoyant que les autorités chargées du renvoi ou de l'expulsion signalent aux étrangers concernés qu'ils peuvent éventuellement faire valoir des droits à l'égard de leur employeur quant à l'activité lucrative non autorisée qu'ils ont exercée, et qu'ils ont la possibilité de désigner un mandataire à cette fin[461].

Au demeurant, d'un point de vue dogmatique, l'absence d'une autorisation administrative n'affecte l'*objet* du contrat, au sens de l'article 20 CO, que si elle porte sur l'exercice de l'activité convenue en tant que telle, non la participation d'une personne déterminée[462] à une relation en soi licite[463]. Serait ainsi nul le contrat d'engagement d'un avocat qui se trouve, en réalité, ne pas être titulaire du brevet correspondant: l'interdiction est en pareil cas édictée dans un intérêt public prépondérant de protection sociale[464]. Si l'autorisation n'est requise qu'en raison de la nationalité de l'étranger venu en Suisse pour y travailler, aucun intérêt de ce type n'est en jeu, et l'impératif de protection de la partie faible au contrat l'emporte[465].

La jurisprudence admet néanmoins que la situation évoquée ci-dessus puisse donner lieu à la résiliation du contrat avec effet immédiat, selon l'article 337 CO, par l'une ou l'autre des parties, le juge restant libre d'apprécier les consé-

---

456 ATF 137 IV 305; ATF 122 III 110; ATF 114 II 279.
457 Art. 91 al. 1er LEtr.
458 Art. 117 LEtr.
459 ATF 114 II 279.
460 Wyler/Heinzer (n. 453), p. 66.
461 Art. 14 LTN.
462 Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts (vol. I), 3e éd., Zurich 1979, p. 253.
463 Manfred Rehbinder, Der Arbeitsvertrag, Berne 1985 (Berner Kommentar, vol. VI/2/2/1), art. 320 CO N 25.
464 Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, Les contrats spéciaux, 5e éd., Zurich 2016, N 2775 ss.
465 ATF 114 II 279 c. 2d/aa.

quences pécuniaires de la résiliation en tenant compte des circonstances (art. 337*b* CO)[466]. Dans l'arrêt qui retient cette solution, la demande de permis de travail n'avait jamais été déposée parce que le travailleur ne l'avait jamais signée, en raison d'un désaccord sur le salaire indiqué sur la formule. En raison d'un différend lié précisément à la rémunération, le travailleur – d'ailleurs frontalier – avait fini par interrompre lui-même son activité du jour au lendemain, ce qui justifiait sans doute la fin abrupte des relations de travail. Mais, de manière générale, si le contrat est valable malgré l'absence de l'autorisation requise de police des étrangers, on ne voit pas bien pourquoi la même situation constituerait d'autre part un juste motif de résiliation. Comme le note une partie de la doctrine, le risque lié à la disponibilité du permis de travail relève de la sphère de l'employeur[467]. D'ailleurs, en tout cas dans les situations où les parties étaient conscientes de l'irrégularité administrative, potentiellement depuis le début, l'idée d'une résiliation ultérieure fondée sur l'article 337 CO serait difficilement compatible avec l'exigence selon laquelle la partie qui entend se prévaloir d'un fait justifiant la résiliation immédiate doit agir sans tarder, sous peine de forclusion[468]. Il faut donc considérer que ce sont en principe les règles de la résiliation ordinaire qui s'appliquent[469].

Cependant, des situations particulières doivent éventuellement être réservées. On peut notamment songer à celle où l'employeur a été abusé par le travailleur quant à l'existence de l'autorisation de travail. Dès lors que l'employeur a dans tous les cas l'obligation de vérifier l'existence de l'autorisation requise[470], on pourrait certes soutenir que la résiliation avec effet immédiat devrait être exclue dans ce cas également, au motif qu'il appartiendrait à l'employeur de supporter le risque d'un défaut de diligence de sa part dans le processus d'engagement. Cependant, le fait pour le travailleur d'avoir fait miroiter l'existence d'une autorisation dont il ne disposait en réalité pas est, à notre avis, de nature à briser le lien de confiance nécessaire au maintien de la relation de travail, et donc à justifier une résiliation avec effet immédiat.

Dans un cas où le travailleur avait au moins laissé entendre à son futur employeur qu'il disposait du permis requis, c'est l'annulation du contrat de travail par l'employeur, pour erreur essentielle, qui a été admise par le Tribunal fédéral[471]. La situation était toutefois particulière en ceci que la situation avait été découverte avant l'entrée en service du travailleur[472]. Si la supercherie apparaît alors que les rapports de travail ont déjà effectivement commencé, il est à notre

466 ATF 114 II 279 c. 2d/cc.

467 Frank Vischer/Roland M. Müller, Der Arbeitsvertrag, 4e éd., Bâle 2014, p. 96.

468 Werner Gloor, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, art. 337 CO N 69.

469 En ce sens: Vischer/Müller (n. 467), p. 96; Gloor (n. 468), art. 337 CO N 12.

470 Art. 91 al. 1er LEtr.

471 TF, Ire Cour de droit civil, 13 décembre 2010, 4A_493/2010 c. 5.

472 TF, Ire Cour de droit civil, 13 décembre 2010, 4A_493/2010 c. 6.

avis plus logique de considérer qu'il y a lieu à résiliation. Il est vrai que, dans les contrats de durée, l'annulation pour erreur déploie ses effets *ex nunc*[473] et que cette règle est une généralisation de l'article 320 alinéa 3 CO qui s'applique justement dans le contexte du contrat de travail[474]. Même si l'on applique les règles sur les vices du consentement, le travailleur ne devrait donc pas être exposé au risque d'avoir fourni sa prestation de travail pendant un temps sans pouvoir prétendre à un salaire[475]. Certes, la jurisprudence considère que l'article 320 alinéa 3 CO n'est pas applicable dans les cas où le travailleur avait conscience de l'erreur dans laquelle l'employeur se trouvait (ce qui est évidemment le cas lorsque celle-ci a été provoquée ou au moins entretenue par le travailleur), *et* où il serait en outre établi que le travailleur avait une connaissance positive de l'invalidité du contrat comme conséquence de ce vice[476]. Cette preuve devrait dans la plupart des cas s'avérer pour ainsi dire impossible[477]. D'ailleurs, si l'article 320 alinéa 3 CO ne s'appliquait pas, une rémunération pour le travail fourni pourrait tout de même être obtenue en application des règles sur l'enrichissement illégitime[478]. En pratique, que l'on applique le contrat de travail, l'article 320 alinéa 3 CO ou les articles 61 ss CO, on peut imaginer que les résultats soient relativement proches. L'annulation pour erreur (voire dol) a donc des effets au moins très similaires, si ce n'est absolument identiques, à ceux d'une résiliation avec effet immédiat.

La seule différence paraît en définitive résider dans le délai dans lequel l'employeur doit réagir: l'article 337 CO exige une notification à très bref délai après la découverte de l'absence d'autorisation, alors que l'erreur ou le dol peuvent être invoqués dans l'année qui suit ladite découverte (art. 31 al. 1er et 2 CO). Dans le contexte du contrat de travail, afin d'éviter que le recours à l'invalidation du contrat ne serve à contourner les règles sur la protection contre les licenciements (en particulier l'art. 337*c* CO), la doctrine propose de considérer qu'une erreur ou un dol doive être invoqué sans tarder[479]. Dans une certaine me-

473 ATF 129 III 320.

474 ATF 132 III 242.

475 ATF 132 III 242 c. 4.2.4, qui évoque précisément le cas de l'étranger qui travaille sans autorisation valable: celui-ci devrait pouvoir se prévaloir de l'art. 320 al. 3 CO quand bien même il aurait connu le vice.

476 ATF 132 III 242 c. 4.2.4.

477 Dans le cas visé par l'ATF 132 III 242, le travailleur s'était fait engager sur la foi d'un certificat élogieux établi par lui-même et signé par son épouse. La bonne foi du travailleur a été admise au sens de l'art. 320 al. 3 CO, au motif que la connaissance positive de l'invalidité du contrat comme conséquence de la machination n'avait pas pu être établie à charge du travailleur. Cette admission extensive de la notion de bonne foi aux fins de l'application de l'art. 320 al. 3 CO atténue un peu certains des motifs pour lesquels la jurisprudence avait admis la validité du contrat de travail malgré l'absence de l'autorisation administrative requise (cf. ATF 114 II 279 c. 2c *in fine*). La règle de principe reste justifiée, pour les motifs exposés ci-dessus.

478 Gauch/Schlup/Schmid (n. 116), N 1545; Rémy Wyler, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, art. 320 CO N 30.

479 Gloor (n. 468), art. 337 CO N 12.

sure, cette proposition peut s'inscrire dans le cadre des règles générales: aux fins de l'erreur, elle peut en tout cas se fonder sur l'article 25 alinéa 1er CO[480], dans le contexte du dol, directement sur l'article 2 alinéa 2 CC[481]. L'invocation de l'abus de droit doit toutefois être admise restrictivement[482] et dépend toujours des circonstances concrètes du cas d'espèce[483]. Il paraît donc difficile de considérer que la règle de l'immédiateté doive s'appliquer systématiquement dans le contexte d'une annulation du contrat de travail pour erreur ou dol. Cela dit, la prudence commandera à l'employeur, au moins en pratique, de se conformer à cette règle: il aura ainsi agi à temps en toute hypothèse.

b. Relocalisation des parties et lieu d'exécution de l'obligation

Hors de cas particuliers[484], le lieu d'exécution de l'obligation est déterminé en premier lieu par la volonté expresse[485] ou présumée[486] des parties[487]. A défaut, le lieu d'exécution est déterminé par des règles légales supplétives. La plus générale de ces règles est celle de l'article 74 alinéa 2 CO[488]. A teneur de celle-ci, les dettes d'argent sont payables au lieu où le créancier est domicilié à l'époque du paiement (ch. 1), les obligations dont l'objet est une chose déterminée exécutées au lieu où la chose se trouvait au moment de la conclusion du contrat (ch. 2) et les autres obligations acquittées au lieu où le débiteur était domicilié au moment où elles ont pris naissance. Ce système se réfère à la notion générale de domicile[489], que nous avons étudiée plus haut[490]. Pour les personnes morales, dans ce contexte, le siège vaut en principe domicile, sous réserve des cas dans lesquels le lieu de l'administration effective fait règle conformément à l'article 56 CC[491]. Lorsque l'obligation est liée à l'établissement industriel ou

---

480 von Tuhr/Peter (n. 462), p. 333.

481 Gauch/Schlup/Schmid (n. 116), N 909.

482 Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Einleitung. Art 1–9 ZGB, Berne 2012 (Berner Kommentar, vol. I/1), art. 2 CC N 198; Steinauer (n. 335), N 570.

483 Steinauer (n. 337), N 495.

484 A propos des rares dispositions légales impératives sur le lieu d'exécution de l'obligation et, en particulier, de l'influence que peut avoir une procédure d'exécution force sur ce point, voir Rolf H. Weber, Die Erfüllung der Obligation, 2e éd., Berne 2005 (Berner Kommentar, vol. VI/1/4), art. 74 CO N 46.

485 A propos de la fixation par le biais d'une mention sur le papier à en-tête, sur des factures ou dans des conditions générales, voir Weber (n. 484), art. 74 CO N 65 ss; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts (vol. II), 3e éd., Zurich 1974, p. 40.

486 A propos des circonstances qui peuvent implicitement déterminer le lieu de l'exécution, voir Weber (n. 484), art. 74 CO N 74 ss.

487 Art. 74 al. 1er CO.

488 Sur les autres règles légales supplétives, comme l'art. 477 CO, les règles du droit de change ou l'art. 22 LCA, voir Weber (n. 484), art. 74 CO N 48; von Tuhr/Escher (n. 485), p. 40.

489 Weber (n. 484), art. 74 CO N 51; von Tuhr/Escher (n. 485), p. 40 s.

490 Voir p. 335 ss.

491 Weber (n. 484), art. 74 CO N 52; von Tuhr/Escher (n. 485), p. 41.

commercial d'une personne physique au sens de l'article 23 alinéa 3 CC[492], ou à un établissement distinct du siège dans le cas des personnes morales[493], est déterminant le lieu où est situé ledit établissement[494].

Aux fins de notre étude, ce seront les chiffres 1 et 3 de l'article 74 alinéa 2 CO qui retiendront principalement notre attention, puisque ce sont ceux qui se réfèrent au domicile[495] de l'une des parties.

1° Dans le cas de l'article 74 alinéa 2 chiffre 3 CO, qui constitue la règle générale dont sont seules exclues les dettes d'argent et les obligations portant sur une chose déterminée[496], le changement du domicile n'a en principe pas d'impact sur le lieu d'exécution. Est en effet déterminant le domicile du débiteur au moment de la naissance de l'obligation. Pour les obligations conditionnelles ou à terme, il faut entendre que le moment de la conclusion du contrat fait règle[497]. Ainsi, le lieu d'exécution ne change pas si le débiteur transfère son domicile avant le terme ou la survenance de la condition. L'exigibilité n'étant pas déterminante, il faut considérer que l'article 74 alinéa 2 chiffre 3 CO se réfère de manière générale au moment de la naissance du rapport d'obligation dont la dette est née. Il en découle que le changement du domicile du débiteur n'a pas d'influence non plus pour les contrats dont naissent des prestations périodiques.

2° Pour les dettes d'argent, l'article 74 alinéa 2 chiffre 1 CO retient la solution inverse: le lieu d'exécution est au domicile du créancier à l'époque du paiement. La relocalisation du créancier s'impose donc en principe au débiteur[498], sous réserve d'abus de droit[499] et de la règle spéciale de l'article 74 alinéa 3 CO: le domicile du créancier au moment où le rapport d'obligation a pris naissance reste déterminant, à condition que le changement de domicile aggrave notablement l'exécution pour le débiteur. Tel est notamment le cas si le créancier est parti sans laisser d'adresse ou si le transfert bancaire présente des risques particuliers (ce qui ne devrait être le cas qu'exceptionnellement, et seulement dans des rapports internationaux)[500]. Lorsque l'article 74 alinéa 3 CO s'applique, vu l'absence de domicile au lieu d'exécution, il y aura lieu à consignation[501]. Dans le cas par-

492 Voir p. 339 s.
493 Voir p. 347 s.
494 von Tuhr/Escher (n. 485), p. 41, qui se réfèrent au § 270 alinéa 2 BGB, y voient un nécessaire complément à l'art. 74 CO.
495 Nous nous référerons ci-après seulement au domicile: cette notion doit toutefois être entendue comme se référant au siège ou à l'établissement dans les cas évoqués ci-dessus p. 375.
496 von Tuhr/Escher (n. 485), p. 42.
497 von Tuhr/Escher (n. 485), p. 42.
498 Marius Schraner, Die Erfüllung der Obligationen, Zürcher Kommentar, vol. V/1/e, Zurich 2000, art. 74 CO N 75.
499 Weber (n. 484), art. 74 CO N 109.
500 Weber (n. 484), art. 74 CO N 148.
501 Schraner (n. 498), art. 74 CO N 114.

ticulier de l'article 851 alinéa 2 CC, la consignation est même possible au domicile du débiteur[502].

Au-delà de ce cas, la règle de l'article 74 alinéa 3 CO s'applique à toutes les dettes portables[503], qu'elles le soient de par la loi ou en raison de la volonté (expresse ou présumée) des parties[504]. L'exécution des obligations dont l'objet n'est pas une somme d'argent peut être notablement aggravée en raison de circonstances diverses: outre l'impossibilité de localiser le créancier[505], on peut citer l'augmentation des risques du transport, la nécessité de recourir à des moyens sensiblement plus onéreux pour la livraison de la chose[506], des difficultés administratives dans les rapports internationaux, etc.[507]. Juridiquement indéterminée, la notion d'aggravation notable est sujette à interprétation par le juge, à la lumière des circonstances concrètes du cas d'espèce conformément à l'article 4 CC[508]: elle devrait en général être admise plus facilement pour les particuliers que pour les commerçants expérimentés[509]. Si l'aggravation des conditions d'exécution paraît supportable pour le débiteur sous réserve d'une augmentation des coûts, la solution peut consister en la mise du surplus à la charge du créancier[510].

Lorsqu'une dette est quérable[511] par la volonté expresse des parties, il est loisible à celles-ci de prévoir les conséquences d'un changement de domicile du débiteur. Lorsqu'elles ne l'ont pas fait expressément, il faut rechercher en premier lieu si une volonté – implicite, mais réelle – des parties peut être établie. A défaut, et si la solution contraire ne résulte pas de la volonté présumée des parties au vu des circonstances, on appliquera par analogie la règle supplétive de l'article 74 alinéa 2 chiffre 3 CO, en comprenant que les parties ont désigné le domicile du débiteur *au moment de la naissance du rapport d'obligation*. Dans des cas particuliers où il conviendrait au contraire de partir du principe de la mutabilité du lieu d'exécution au domicile du débiteur, le correctif de l'article 74 alinéa 3 CO pourrait à notre avis s'appliquer par analogie.

A titre de règle d'interprétation, on peut également retenir ceci: lorsque les parties ont spécifiquement désigné le lieu d'exécution par le nom d'une ville qui correspond au domicile de l'une des parties au moment de la naissance du rapport d'obligation, il ne faut pas nécessairement comprendre qu'elles ont

502 Weber (n. 484), art. 74 CO N 148a.
503 Sur la notion, voir Weber (n. 484), art. 74 CO N 38 ss.
504 Weber (n. 484), art. 74 CO N 147.
505 Schraner (n. 498), art. 74 CO N 117.
506 Schraner (n. 498), art. 74 CO N 116.
507 Weber (n. 484), art. 74 CO N 148.
508 Peter Gauch/Walter R. Schlup/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht (vol. II), 10e éd., Zurich 2014, N 2141.
509 Weber (n. 484), art. 74 CO N 150.
510 Fabienne Hohl, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Commentaire romand. Code des obligations I, 2e éd., Bâle 2012, art. 74 CO N 11; Weber (n. 481), art. 74 CO N 151; von Tuhr/Escher (n. 485), p. 41.
511 Sur la notion, voir Weber (n. 484), art. 74 CO N 35 ss.

voulu le fixer définitivement. On présumera au contraire que les règles de mutabilité exposées ci-dessus peuvent le cas échéant s'appliquer comme si les parties avaient eu recours à une terminologie générique comparable à celle de l'article 74 CO. Un lieu d'exécution décorrélé du domicile ne devrait – en pareil cas – pas correspondre aux attentes des parties.

Lorsqu'il y a plusieurs lieux d'exécution[512], les règles ci-dessus s'appliquent le cas échéant à chacun d'entre eux, s'il est désigné par référence au domicile d'une partie.

L'indication d'un lieu d'exécution non lié au domicile d'une partie – par exemple moyennant le recours à des Incoterms[513] – doit au contraire en principe être considérée comme immuable.

La question se pose enfin de savoir si la cession d'une obligation a une conséquence sur le lieu de son exécution, lorsque celui-ci est susceptible de mutation conformément aux règles exposées ci-dessus et qu'il dépend du domicile du cessionnaire, par hypothèse différent de celui du cédant. A notre avis, tel est le cas, mais l'application analogique de l'article 74 alinéa 3 CO devrait pouvoir entrer en ligne de compte[514].

c. Modification du lieu de travail

Lorsque le lieu de travail est **contractuellement convenu**, il ne peut être modifié sans l'accord du travailleur ou sans recours à la procédure de congé-modification[515].

Lorsque le lieu de travail n'a pas été explicitement agréé, il faut tenir compte du fait qu'il peut exister un accord implicite des parties à cet égard, notamment lorsqu'il allait de soi que l'engagement concernait exclusivement un établissement donné. L'emploi effectif stable en un lieu donné pendant une période relativement longue peut aussi être considéré comme le révélateur d'un accord implicite des parties à ce sujet[516]. En pareille hypothèse, la règle exposée ci-dessus s'applique également.

Dans les deux cas, il est envisageable que l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de donner des instructions (art. 321*d* CO), demande au travailleur de travailler à un autre endroit, pour une période limitée[517], lorsque cela paraît à la

---

512 Par ex. dans le cas des obligations alternatives ou de la pluralité de créanciers ou débiteurs, WEBER (n. 484), art. 74 CO N 54 ss.

513 Ce qui a par ailleurs des implications plus étendues que la simple désignation du lieu d'exécution, WEBER (n. 484), art. 74 CO N 71 ss.

514 WEBER (n. 484), art. 74 CO N 153.

515 VISCHER/MÜLLER (n. 467), p. 177; PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail. Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich 2009, art. 321*d* CO N 2, p. 84.

516 ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7e éd., Zurich 2012, art. 321*d* CO N 3, p. 243.

517 Sur le cas d'une entreprise zurichoise fermant ses portes et priant une travailleuse avec charge de famille de se déplacer, pour la durée de son délai de congé, dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, ce qui représentait un trajet quotidien total de quatre heures,

fois nécessaire du point de vue de l'exploitation et raisonnablement exigible du travailleur eu égard à l'ensemble des circonstances. A notre avis, le recours au congé-modification n'est pas nécessaire non plus lorsque le déplacement, même s'il est destiné à être durable, reste géographiquement limité, par exemple au sein d'une agglomération urbaine[518].

Si le lieu convenu est simplement la base logistique de l'employeur et que la nature des fonctions du travailleur suppose que celui-ci se déplace (monteurs, représentants, etc.), l'employeur dispose par définition d'un pouvoir d'instruction plus large, mais qui reste limité par ce qui semble exigible au vu des circonstances concrètes du cas d'espèce[519].

Dans les hypothèses évoquées ci-dessus, toutefois, le pouvoir d'instruction de l'employeur ne peut être exercé pour imposer une véritable mutation (permanente) du lieu de travail contractuel.

Lorsqu'il n'y a **pas d'accord au sujet du lieu de travail** (hypothèse qui devrait rester relativement rare compte tenu de la possibilité d'un accord implicite), l'employeur dispose en revanche, dans certaines limites, du droit de changer le lieu de travail par le biais d'instructions (art. 321*d* CO)[520]. Dans ce contexte également, il y a lieu de procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'employeur et du travailleur, compte tenu aussi de la situation personnelle et familiale de celui-ci. La mutation doit paraître raisonnablement exigible du travailleur[521].

Une telle pesée des intérêts est au demeurant aussi requise lorsque le contrat de travail contient une **clause expresse de mobilité**, qui n'est donc pas valable sans limite, quand bien même son libellé donnerait toute liberté à l'employeur[522]. Les limites sont celles de l'article 27 CC[523]. Un changement de lieu de travail qui implique en pratique un transfert de domicile n'est en principe pas exigible du travailleur[524]. Il est toutefois difficile de dégager de la jurisprudence des principes dont se dégage un cadre précis, en particulier sur le temps de parcours que l'on peut exiger du travailleur. Ont ainsi été jugés *admissibles* la pro-

---

voir Arbeitsgericht, Zurich, 18 août 2000, BlZR 2001 N 87 (effort jugé non exigible de la travailleuse).

518 Par ex., même si les contrats de travail stipulent expressément que le lieu de travail est Lausanne, la « délocalisation » à Pully, Renens ou Epalinges ne nous paraît pas nécessiter une modification du contrat de travail. Un déplacement de Lausanne à Nyon nous semblerait en revanche déjà nécessiter un accord du travailleur ou un congé-modification.

519 Sur le cas d'ouvriers d'une entreprise ne disposant plus d'assez de travail à son siège de Neuchâtel, placés sous les instructions de la succursale vaudoise et priés par celle-ci de se rendre sur un chantier à Genève où ils devaient être logés en semaine aux frais de l'employeur, voir Neuchâtel, Cour de cassation civile, 24 avril 1978, JAR 1981, p. 124 (effort jugé exigible des travailleurs). Sur un déplacement de Berne à Genève, pour un monteur, voir JAR 1989, p. 210.

520 VISCHER/MÜLLER (n. 467), p. 178.

521 VISCHER/MÜLLER (n. 467), p. 178.

522 Chambre d'appel des prud'hommes, Genève, 22 avril 1998, JAR 1999, p. 163.

523 TF, Ire Cour civile, 7 avril 1989, JAR 1991, p. 114.

524 TF, Ire Cour civile, 7 avril 1989, JAR 1991, p. 114. CARRUZZO (n. 515), art. 321*d* CO N 2, p. 83.

longation du temps de trajet d'une vingtaine de minutes dans chaque sens[525], un temps de trajet de l'ordre d'une heure et demie avec changement par les transports publics[526], ainsi que le déplacement du lieu de travail de Berne à Genève[527]. Ont en revanche été jugés *inadmissibles* un temps de trajet total de deux heures et demie par jour ou la nécessité d'occuper un logement de service au nouveau lieu de travail cinq jours par semaine[528], un déplacement de Locarno à Bâle[529], le déplacement dans un autre canton à une distance de plus de cinquante kilomètres[530], l'exigence, pour une travailleuse ne s'entendant pas avec son nouveau chef lausannois, de travailler désormais au sein de l'établissement biennois de son employeur, alors même qu'elle avait trois enfants mineurs et qu'elle ne parlait pas l'allemand[531], ainsi qu'un déplacement de Genève à Aigle pour un frontalier[532]. Un déplacement à l'étranger, même en zone frontalière et à distance raisonnable, n'est pas exigible du travailleur si des explications détaillées ne lui sont pas données par écrit sur les conséquences juridiques du transfert (notamment quant au salaire, aux charges sociales et au régime des assurances) et les règles applicables à l'obtention des autorisations requises[533].

Lorsqu'il s'agit du **déplacement de toute une exploitation**, les questions qui se posent sont potentiellement un peu différentes[534]. Il reste toutefois imaginable que des transferts d'**ampleur géographique limitée** puissent être imposés unilatéralement par l'employeur sur la base de l'article 321*d* CO. A ce sujet, nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut.

En outre, rien n'empêche l'employeur de proposer un transfert aux travailleurs pour acceptation sur une **base volontaire**, sans notifier simultanément la résiliation du contrat de travail pour le cas où l'offre serait refusée[535]. Cette manière de faire ne relève pas du congé-modification (proprement dit)[536]. Quand bien même le nombre des travailleurs concernés atteindrait le seuil prévu par l'article 335*d* CO, il n'y a donc pas lieu à l'application de la procédure prévue par les articles 335*f* et 335*g* CO dans ce contexte[537].

---

525 Arbeitsgericht, Zurich, 21 juin 2007, JAR 2008, p. 529, qui concernait un travailleur temporaire.

526 Chambre d'appel des prud'hommes, Genève, 22 avril 1998, JAR 1999, p. 163, qui concernait une femme enceinte (celle-ci pouvant obtenir un certificat médical d'incapacité au cas où les trajets deviendraient trop pénibles).

527 Arbeitsgericht, Berne, 11 février 1987, JAR 1989, p. 210, qui concernait un monteur.

528 TF, Ire Cour de droit civil, 13 février 2009, 4A_474/2008.

529 Tribunal de prud'hommes, Locarno, 8 février 2007, JU-TRAV 2009, p. 10.

530 TF, Ire Cour civile, 2 juillet 2003, 4C.115/2002 c. 2.3 et 2.4.

531 TF, Ire Cour civile, 7 avril 1989, JAR 1991, p. 114.

532 Chambre d'appel des prud'hommes, Genève, 13 septembre 1984, JAR 1985, p. 122.

533 Chambre d'appel des prud'hommes, Genève, 22 avril 1998, JAR 1999, p. 163.

534 Nous n'évoquerons pas ici l'hypothèse dans laquelle les rapports de travail seraient gouvernés par une convention collective.

535 Thomas Geiser, Massenentlassung, in: Peter Münch/Markus Metz (édit.), Stellenwechsel und Entlassung, 2e éd., Bâle 2012 (Handbücher für die Anwaltspraxis, vol. II), N 3.38.

536 Streiff/von Kaenel/Rudolph (n. 516), art. 335*f* CO N 2, p. 959.

537 Geiser (n. 535), 3.40.

La jurisprudence considère qu'un licenciement collectif est déjà *envisagé* au sens de l'article 335*f* alinéa 1er CO lorsque l'employeur se propose concrètement cette mesure pour le cas où d'autres solutions se révéleraient irréalisables[538]. Si un projet de relocalisation volontaire s'adresse à un nombre de travailleurs atteignant le seuil prévu par l'article 335*d* CO *et* si l'employeur sait qu'il pourrait ne pas avoir d'autre choix – à terme – que de notifier un congé (ou un congé-modification) à ceux pour lesquels une solution consensuelle (transfert ou mesure de substitution) n'aura pas été trouvée, la démarche doit-elle nécessairement être menée dans le cadre formel d'une procédure de consultation conforme aux articles 335*f* et 335*g* CO? ou l'employeur peut-il n'engager celle-ci qu'à partir du moment où il sait combien de personnes sont susceptibles d'être effectivement concernées? A notre avis, un licenciement collectif n'est pas concrètement envisagé au sens de la jurisprudence tant que l'employeur n'a aucune idée de la proportion des travailleurs qui accepteront la proposition de transfert volontaire, du nombre de collaborateurs en faveur desquels une solution de remplacement pourra le cas échéant être trouvée et, par déduction, du cercle des employés pour lesquels un licenciement est susceptible d'entrer en ligne de compte. L'information requise par l'article 335*f* alinéa 3 lettre b CO peut certes consister en l'indication d'un nombre *maximal*[539] de licenciements envisagés. Mais tant que le principe et le nombre des résiliations peuvent encore dépendre du résultat de démarches volontaires, une telle indication serait trop hypothétique pour avoir un sens et les diverses mesures susceptibles d'être prises par l'office cantonal du travail ne pourraient d'ailleurs pas être utilement ciblées[540].

En toute hypothèse, la loi ne précise pas à quel moment doit avoir lieu la procédure de consultation[541]. Selon la jurisprudence, il suffit qu'elle se déroule (et puisse être achevée[542]) avant que l'employeur *décide* effectivement de procéder à un licenciement collectif (le cas échéant sous la forme du congé-modification proprement dit)[543]. Même si l'employeur n'est tenu que d'examiner sérieusement les observations éventuelles des travailleurs, non d'y donner suite[544], il est nécessaire que les travailleurs disposent d'une possibilité effective d'influer sur le processus décisionnel de l'employeur[545]. Ainsi, une procédure de consultation de pure forme, conduite à un moment où les opérations de l'employeur ont par hypothèse déjà cessé, a été jugée inadmissible[546]. Il en va de

538 ATF 123 III 176 c. 4a.
539 Par opposition à celle d'un nombre *exact*.
540 Streiff/von Kaenel/Rudolph (n. 516), art. 335*f* CO N 2, p. 959.
541 ATF 130 III 102 c. 4.1.
542 ATF 123 III 176 c. 4a.
543 ATF 130 III 102 c. 4.2.
544 Geiser (n. 535), 3.66.
545 ATF 130 III 102 c. 4.2.
546 Obergericht, Zurich, 2 avril 2003, BlZR 2004 N 5.

même si la procédure de consultation est menée à un moment où le nombre des licenciements a déjà été définitivement décidé[547]. Aussi longtemps qu'un employeur cherche à trouver des solutions volontaires permettant d'éviter des licenciements dans le cadre d'un projet de relocalisation qu'il a formé, on ne peut à notre avis pas considérer que le nombre de licenciements soit décidé.

Certes, lorsque les possibilités consensuelles sont épuisées, il paraît ne plus y avoir beaucoup d'autres options que le licenciement des travailleurs qui n'auraient pas accepté le transfert et pour qui une solution de remplacement volontaire n'aurait pas été trouvée. Dans la mesure où la proportion des travailleurs qui restent éventuellement à congédier est faible, la marge d'influence des travailleurs sur la décision de l'employeur peut s'en trouver modifiée. Ainsi, les propositions susceptibles d'être faites pour éviter les congés ou en limiter le nombre (art. 335*f* al. 2 CO) seront probablement différentes, en pareil cas, de celles qui auraient pu être formulées si le licenciement avait concerné une proportion plus grande du personnel. Une démarche consensuelle couronnée de succès peut en outre avoir pour conséquence éventuelle que les seuils de l'article 335*d* CO ne sont plus atteints, alors qu'ils l'auraient été si une procédure de consultation avait été lancée plus tôt.

Il faut toutefois observer que la diminution du nombre de personnes potentiellement concernées par un licenciement est dans l'intérêt objectif des travailleurs. Si, dans la mesure requise par l'article 11 alinéa 1er de la loi sur la participation, l'employeur a pris la peine d'impliquer la représentation des travailleurs dans le processus consensuel préalable, le dialogue social n'est matériellement pas compromis. Pour le cas où le nombre des travailleurs visés par un éventuel licenciement reste supérieur aux seuils de l'article 335*d* CO, des propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre demeurent envisageables, et des propositions relatives aux moyens d'atténuer les conséquences des congés désormais concrètement envisagés sont évidemment possibles sans restriction. Pour autant que l'employeur soit effectivement disposé à examiner les unes et les autres et n'ait donc pas pris de décision de principe avant d'engager la procédure de consultation[548], une telle manière de procéder est donc admissible.

Au vu de ce qui précède, déterminer si l'employeur avait déjà pris la décision de licenciement sera donc une question de fait[549] très importante dans les litiges relatifs à la régularité de la procédure de consultation. Ceux-ci ressortissent à la compétence du juge civil dans le cadre d'une demande d'indemnité pour licenciement abusif, fondée sur les articles 336 alinéa 2 lettre c et 336*a* ali-

547 TF, Ire Cour de droit civil, 2 décembre 2010, 4A_449/2010 c. 5.4 (non publié aux ATF 137 III 27).

548 Sur le cas de l'employeur qui, d'emblée, n'a aucune intention de prendre en compte les propositions que les travailleurs pourraient émettre, voir TF, Ire Cour de droit civil, 2 décembre 2010, 4A_449/2010 c. 5.4 (non publié aux ATF 137 III 27).

549 ATF 130 III 102 c. 4.2.

néa 3 CO. Comme chaque fois qu'il s'agit de se prononcer *ex post* sur un élément subjectif, interne à l'une des parties, le recours à des indices sera inévitable. Ont ainsi été pris en considération, par exemple, l'existence d'un communiqué de presse faisant état d'une décision prise de fermer l'entreprise à une date d'ores et déjà fixée, éloignée de moins de quatre mois[550], ou le fait que l'employeur se soit déterminé en l'espace de quelques heures seulement sur les propositions faites par la représentation des travailleurs à l'issue de la procédure de consultation[551]. Il y a cependant lieu de se garder de considérer schématiquement qu'une fois envisagée et – potentiellement – annoncée, la mesure est nécessairement décidée: il n'est en effet pas exclu que des projets évoluent, même lorsqu'ils ont fait l'objet d'une communication publique. De même, une détermination rapide sur les propositions formulées par les travailleurs n'est pas forcément le révélateur d'une décision déjà arrêtée: il est notamment possible que l'employeur soit en mesure de répondre dans un temps relativement bref à des propositions peu nombreuses, simples ou préalablement discutées avec les travailleurs ou leur représentation, tout en s'étant gardé disposé à examiner (et discuter) plus avant des propositions nouvelles ou plus ambitieuses. Enfin, les autorités judiciaires ne sont pas liées par le point de vue éventuellement exprimé par l'office cantonal du travail.

Lorsque le transfert géographique de postes de travail à l'intérieur d'une entreprise est mis en œuvre (éventuellement après une phase consensuelle) par le biais d'un licenciement collectif (le cas échéant sous la forme d'un **congé-modification collectif**), il y a lieu de tenir compte d'un certain nombre d'éléments particuliers.

Sans exclure le cas de PME qui déménagent l'entier de leurs activités, ce genre de situation se rencontre surtout dans des entreprises d'une certaine taille, disposant de plusieurs établissements et souvent organisées sous la forme d'un groupe de sociétés, souhaitant déplacer une fraction des activités d'un lieu à un autre, dans le cadre d'une optimisation des ressources. Au sens de l'article 335*d* CO, il n'y a pas d'entreprise commune à plusieurs entités juridiquement distinctes, alors même qu'elles feraient partie d'un groupe de sociétés et qu'il existerait entre elles une certaine proximité géographique[552]. Au sein d'une entreprise exploitée par une entité juridique déterminée, il peut en revanche y avoir plusieurs établissements. Lorsque tel est le cas, l'existence d'un éventuel

550 Tribunal cantonal, Grisons, 11 juillet 2006, PKG 2006, N 3.

551 ATF 130 III 102 c. 4.2.

552 ATF 137 III 27 c. 3.3. Critique: CHRISTIAN BRUCHEZ, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, art. 335*d* CO N 12. Cf. également ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, thèse d'habilitation, Zurich 2011, p. 276 s., qui propose – à notre avis de manière incompatible avec la jurisprudence la plus récente – une approche consolidée lorsque des licenciements prononcés dans un groupe de sociétés le sont sous l'impulsion d'une direction coordonnée. Comme le notent STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 516), art. 335*d* CO N 8, p. 949, la notion d'établissement ne dépend pas de l'existence d'une direction pouvant décider des licenciements de manière autonome.

licenciement collectif se détermine dans chaque établissement, et non pas au niveau de l'entreprise[553]. Dans ce contexte, l'établissement est une structure organisée, dotée en personnel, en moyens matériels et immatériels qui permettent d'accomplir les objectifs de travail[554]. L'idée est au moins celle d'une certaine permanence et stabilité[555]. N'est pas déterminante l'autonomie économique, financière, administrative ou technologique sur le plan interne[556]. Les différents sites d'une même entreprise constituent ainsi des établissements distincts aux fins de l'article 335*d* CO, quand bien même ils ne pourraient être considérés comme des succursales. Des unités d'une même entreprise ayant des activités fonctionnellement distinctes l'une de l'autre doivent à notre avis aussi être considérées comme des établissements séparés, même si elles sont exploitées dans une certaine proximité géographique[557].

Dans les entreprises comptant plusieurs établissements, il arrive que la représentation des travailleurs – lorsqu'il y en a une – soit organisée de manière centrale. Lorsqu'une mesure de délocalisation concerne seulement un établissement particulier, il peut être opportun – du point de vue de l'employeur comme de celui des travailleurs – de renforcer la légitimité du dialogue social par la constitution d'une représentation locale *ad hoc*, en dépit de la prolongation du processus que cela entraîne[558]. L'employeur est en droit de le proposer[559], mais il n'est pas tenu de le faire et peut valablement considérer la représentation centrale comme son interlocuteur aux fins de la procédure de consultation. Il doit toutefois prendre en considération le fait que – malgré l'existence de la représentation centrale – les employés de l'établissement concerné peuvent, si celui-ci compte plus de cinquante travailleurs[560], exiger la formation d'une représentation *ad hoc*, aux conditions de l'article 5 de la loi sur la participation.

---

553 ATF 137 III 27 c. 3.2.

554 ATF 137 III 27 c. 3.2.

555 WYLER/HEINZER (n. 453), p. 544.

556 Se référant à la jurisprudence européenne: WYLER/HEINZER (n. 453), p. 544; WILDHABER (n. 552), p. 276.

557 WYLER/HEINZER (n. 453), p. 544, qui citent à cet égard l'ATF 137 III 27. Ainsi que le relèvent STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 516), art. 335*d* CO N 8, p. 949, cet arrêt ne se prononce à vrai dire pas expressément sur la question de savoir si des établissements séparés d'une même entreprise doivent être considérés ensemble lorsqu'ils sont exploités dans la même zone géographique, mais bien seulement sur la séparation qu'il convient de faire entre entités juridiques distinctes. Il est toutefois logique de considérer que si l'on parvient à faire une distinction fonctionnelle entre différents établissements de la même entreprise, ceux-ci doivent être considérés de manière autonome, indépendamment de leur lieu d'exploitation. L'objectif direct de l'introduction de cette notion était de donner à l'employeur titulaire de plusieurs établissements une plus grande souplesse dans la gestion de son personnel (FF 1992 V 403).

558 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (n. 516), art. 335*f* CO N 6, p. 966.

559 WYLER/HEINZER (n. 453), p. 959.

560 Aux fins de l'article 3 de la loi sur la participation, c'est l'établissement qui est déterminant, entendu dans le même sens qu'à l'article 335*d* CO, comme l'indique d'ailleurs le texte allemand (« Betrieb »): WYLER/HEINZER (n. 453), p. 959.

La **procédure** commence par la notification à la représentation des travailleurs (ou, à défaut, aux travailleurs eux-mêmes[561]) de tous les renseignements utiles relatifs au licenciement collectif (ou au congé-modification collectif) envisagé. Cela dit, seules les informations expressément mentionnées par les lettres a à d de l'article 335*f* alinéa 3 CO doivent impérativement être fournies de manière spontanée et par écrit, avec copie à l'office cantonal du travail (art. 335*f* al. 4 CO)[562]. Il n'est certes pas interdit à l'employeur de les accompagner d'un certain nombre d'autres informations utiles à la formulation de propositions relatives aux moyens d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre ou d'en atténuer les conséquences[563]. Mais de tels renseignements complémentaires peuvent aussi n'être fournis que sur demande[564]. La forme écrite n'est pas requise à cette fin[565]. Les renseignements complémentaires fournis à la demande de la représentation des travailleurs (ou, à défaut, à la demande individuelle de l'un ou l'autre des travailleurs[566]) ne doivent pas obligatoirement être transmis simultanément à l'office cantonal du travail[567].

La loi est muette sur la durée de la procédure de consultation[568]. Dans sa communication initiale au sens de l'article 335*f* alinéa 3 CO, l'employeur peut fixer le délai dans lequel la détermination de la représentation des travailleurs doit lui parvenir[569]. Ce délai doit apparaître adéquat compte tenu de l'ensemble des circonstances concrètes du cas d'espèce (importance de la délocalisation envisagée, effet de surprise de l'annonce, caractère organisé ou non de la représentation des travailleurs, etc.[570]). Un délai de vingt-quatre heures est toujours insuffisant, une période de quatre à six semaines significativement trop longue[571]. Il semble que cinq jours ne doivent généralement pas suffire, de sorte que deux à trois semaines (dix à quinze jours ouvrables) devraient constituer la norme[572].

---

561 Ci-après, nous ne ferons en principe plus allusion qu'à la représentation des travailleurs, dans le but de ne pas alourdir notre texte. Il faudra toutefois comprendre qu'à défaut de représentation ce sont les travailleurs eux-mêmes qui sont le partenaire de l'employeur aux fins de la procédure de consultation.

562 Christian Bruchez/Giuseppe Donatiello, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail Berne 2013, art. 335*f* CO N 18.

563 Cf. Adrian Staehelin, Der Arbeitsvertrag, Zürcher Kommentar, vol. V/2/c, Zurich 2014, art. 335*f* CO N 4.

564 En ce sens: Streiff/von Kaenel/Rudolph (n. 516), art. 335*f* CO N 5, p. 965.

565 ATF 137 III 162.

566 Streiff/von Kaenel/Rudolph (n. 516), art. 335*f* CO N 5, p. 965.

567 Streiff/von Kaenel/Rudolph (n. 516), art. 335*f* CO N 8.

568 Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, Der Arbeitsvertrag. Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Berne 2014 (Berner Kommentar), art. 335*f* CO N 12; Streiff/von Kaenel/Rudolph (n. 516), art. 335*f* CO N 7, p. 968.

569 Il s'agit à notre avis, conformément aux règles générales, d'un délai de réception: voir von Tuhr/Peter (n. 462), p. 166 ss.

570 Streiff/von Kaenel/Rudolph (n. 516), art. 335*f* CO N 7, p. 968.

571 ATF 123 III 176 c. 4c.

572 Sur les positions de la doctrine et la pratique cantonale, voir Streiff/von Kaenel/Rudolph (n. 516), art. 335*f* CO N 7.

La sanction d'un délai de consultation trop court relève de la compétence exclusive du juge civil appelé à statuer sur une demande d'indemnité pour licenciement abusif, fondée sur les articles 336 alinéa 2 lettre c et 336*a* alinéa 3 CO. L'opinion éventuellement exprimée par l'office cantonal de l'emploi à réception de l'avis prescrit par l'article 335*f* alinéa 4 CO peut servir de référence, mais ne lie pas le juge civil, en particulier lorsqu'elle n'est que l'expression d'un standard de base qui ne prend pas en considération les circonstances concrètes du cas d'espèce.

Si, durant le délai de consultation, voire tout à la fin de celui-ci, la représentation des travailleurs (ou, à défaut, un travailleur) demande des informations que l'employeur est tenu de fournir à teneur de l'article 335*f* alinéa 3 CO, l'employeur peut ne pas avoir d'autre choix que de prolonger la phase de consultation de manière à permettre la prise en considération, par la représentation des travailleurs, des renseignements complémentaires fournis. A défaut, les licenciements (ou congés-modification) prononcés ultérieurement pourraient être considérés comme abusifs en application de l'article 336 alinéa 2 lettre c CO: si les renseignements demandés portaient sur des éléments susceptibles de permettre concrètement à la représentation des travailleurs de présenter des propositions de solutions additionnelles ou améliorées, dotées de chances de succès réalistes, permettant d'éviter les congés ou d'en atténuer les conséquences et que l'employeur ne les ait pas procurés ou qu'il n'ait pas octroyé suffisamment de temps à la représentation des travailleurs pour les analyser, la procédure de consultation est susceptible d'en être viciée, en tout cas si l'employeur n'a pas lui-même examiné sérieusement, avant de prononcer les licenciements, l'ensemble des possibilités entrant en ligne de compte[573]. C'est notamment pour cette raison que l'employeur peut avoir intérêt à donner d'emblée des informations relativement détaillées[574].

La représentation des travailleurs peut élaborer ses propositions pendant les heures de travail aux conditions de l'article 13 de la loi sur la participation. Elle est aussi libre de s'appuyer sur des experts extérieurs, mais elle ne peut en principe pas exiger que l'employeur supporte les coûts associés à une telle démarche[575]. Il n'est toutefois pas rare que l'employeur octroie un budget à la représentation des travailleurs, dans le cadre duquel celle-ci peut – notamment – recourir à des conseillers externes[576]. La doctrine débat la question de savoir si la représentation des travailleurs peut exiger de construire la procédure de consultation comme un processus itératif de discussion[577]. Même si c'est ce à

573 ATF 137 III 162.

574 Sur le type d'informations entrant en ligne de compte, voir Streiff/von Kaenel/Rudolph (n. 516), art. 335*f* CO N 5, p. 964.

575 Streiff/von Kaenel/Rudolph (n. 516), art. 335*f* CO N 7, p. 969, qui notent que l'art. 11 al. 2 de la loi sur la participation n'oblige l'employeur qu'à fournir des locaux (qui ne doivent d'ailleurs pas nécessairement être ceux de l'entreprise), moyens matériels et services administratifs.

576 Wyler/Heinzer (n. 453), p. 976.

577 Voir pour tous Bruchez/Donatiello (n. 562), art. 335*f* CO N 23.

quoi elle tend, la loi ne prévoit pas d'obligation des parties à la procédure de parvenir à un accord. Il demeure certes une obligation de collaborer de bonne foi (art. 11 al. 1er de la loi sur la participation), ce qui peut justifier des échanges et des réunions de travail. Il serait toutefois impraticable de faire dépendre la fin de la procédure de consultation de discussions menées jusqu'à un certain point. S'agissant d'une obligation à caractère général, rien n'empêche d'ailleurs de poursuivre des discussions encore après la notification des licenciements (ou des congés-modification).

C'est seulement à l'issue de la procédure de consultation, après analyse sérieuse des propositions de la représentation des travailleurs, qu'il est formellement loisible à l'employeur d'arrêter un projet de licenciement collectif[578]. Ce projet doit être adressé à l'office cantonal du travail (art. 335*g* al. 1er CO), avec les résultats de la procédure de consultation et tous les renseignements utiles concernant le projet de licenciement collectif (art. 335*g* al. 2 CO). La notification comprendra utilement aussi les indications requises par les articles 29 LSE et 53 OSE: il n'est en effet pas exigé que celles-ci fassent l'objet d'une communication séparée. Une copie de la notification doit être transmise à la représentation des travailleurs (art. 335*g* al. 1er CO).

La doctrine discute la question de savoir si les licenciements (ou congés-modification) proprement dits peuvent être notifiés dès l'issue de l'examen, par l'employeur, des propositions de la représentation des travailleurs, ou s'ils ne peuvent l'être qu'après la notification du projet de licenciement collectif à l'office cantonal du travail. La loi ne fixe en tout cas aucun délai d'attente entre le moment de la notification du projet de licenciement collectif et celui de l'envoi des congés individuels[579]. A teneur du Message du Conseil fédéral relatif à l'introduction des articles 335*d* ss CO, l'employeur peut donner congé aux travailleurs concernés selon la procédure habituelle, même s'il n'a pas notifié le licenciement collectif à l'office cantonal du travail[580]. En pareil cas, la seule conséquence consiste en ceci que les rapports de travail ne peuvent prendre fin, au plus tôt, que trente jours après ladite notification (art. 335*g* al. 4 CO).

Dans le contexte des licenciements collectifs se pose nécessairement la question du plan social au sens de l'article 335*h* CO. La négociation en est obligatoire aux conditions de l'article 335*i* alinéa 1er CO. Aux fins de cette disposition, le nombre de 250 travailleurs doit être calculé au niveau de l'établissement, non de l'entreprise entière, comme dans le cadre des valeurs-seuils de l'article 335*d* CO[581]. En dessous des seuils prescrits par l'article 335*i* CO, l'élaboration d'un plan social est facultative.

578 Sur le délai permettant l'examen raisonnable, par l'employeur, des propositions de la représentation des travailleurs, voir ci-dessus p. 385.

579 FF 1992 V 408.

580 FF 1992 V 407.

581 Wyler/Heinzer (n. 453), p. 559.

La négociation du plan social peut commencer à n'importe quel moment. Le plus souvent, les discussions auront lieu après la phase de consultation, sur la base des résultats de celle-ci. Elles peuvent avoir lieu avant déjà. Les licenciements (ou congés-modification) individuels peuvent être notifiés de manière totalement indépendante des discussions relatives à un éventuel plan social.

Lorsque la procédure tend à la relocalisation des activités d'un établissement, outre les dispositions applicables aux travailleurs qui ne poursuivront pas leurs activités au service de l'entreprise[582], il n'est pas inhabituel de trouver dans le plan social des règles introduisant un soutien financier au déménagement du domicile privé, des indemnités (temporaires) de déplacement, une imputation (temporaire) d'une partie du temps de trajet sur les heures de travail, la possibilité de suivre des cours de langue financés par l'employeur, lorsqu'il s'agit d'un transfert vers une autre région linguistique du pays, ou une aide à la recherche d'un nouvel emploi dans la région d'origine, pour les travailleurs auxquels le transfert s'avérerait ne pas convenir après une certaine période. La loi ne dit toutefois rien du contenu du plan social, qui dépend du résultat de la négociation des parties. Si le plan social est obligatoire au sens de l'article 335*i* alinéa 1er CO, la teneur peut en être arrêtée, en cas d'échec des négociations, par le tribunal arbitral prévu par l'article 335*j* CO.

d. Relocalisation transfrontalière du débiteur de l'obligation cautionnée

Le droit du cautionnement contient des dispositions spécifiques relatives au changement de domicile du débiteur de l'obligation cautionnée.

aa. Protection du créancier de la caution simple (art. 495 al. 1er et 3 CO)

Le cautionnement simple se caractérise schématiquement par le fait qu'avant de requérir le paiement de la caution, le créancier doit d'abord poursuivre le débiteur[583]. Dans l'intérêt du créancier, à teneur de l'article 495 alinéa 1er CO et à défaut de stipulation contraire[584], ce bénéfice de discussion personnelle tombe lorsque, après la conclusion du contrat de cautionnement[585]:

---

582 Streiff/von Kaenel/Rudolph (n. 516), art. 335*f* CO N 13.

583 Silvio Giovanoli, Die Bürgschaft, Spiel und Wette, 2e éd., Berne 1978 (Berner Kommentar, vol. VI/2/7), art. 495 CO N 1. Sur l'accessoriété du cautionnement en général, et sur la subsidiarité du cautionnement simple (qualifiée par rapport à celle du cautionnement solidaire), voir Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum Obligationenrecht, 2e éd., Zurich 1945 (Zürcher Kommentar, vol. V/3), art. 495 CO N 6 ss.

584 Art. 495 al. 4 CO: sur le caractère supplétif de l'art. 495 CO, voir Giovanoli (n. 583), art. 495 CO N 27.

585 Sur le sens de cette précision, voir Philippe Meier, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Commentaire romand. Code des obligations I, 2e éd., Bâle 2012, art. 495 N 11. Cf. également Giovanoli (n. 583), art. 495 CO N 19.

1° un acte de défaut de biens définitif a été délivré contre le débiteur à la suite d'une procédure d'exécution spéciale menée par le créancier avec la diligence nécessaire;
2° le débiteur a été déclaré en faillite;
3° la caution a été déclarée en faillite[586];
4° le débiteur a obtenu un sursis concordataire;
5° le débiteur a transféré son domicile à l'étranger et ne peut plus être recherché en Suisse; *ou* lorsque
6° le débiteur a transféré son domicile d'un Etat étranger à un autre et qu'il en résulte une entrave sensible à l'exercice du droit du créancier.

Dans le cadre de notre étude, ce sont bien sûr les deux derniers cas qui nous intéresseront particulièrement.

Si les parties n'ont pas prévu de réglementation spéciale, le bénéfice de discussion personnelle tombe lorsque **le débiteur transfère son domicile de Suisse à l'étranger** et qu'en outre le débiteur ne peut plus être recherché dans notre pays. Cette dernière exigence consiste en ceci qu'il ne doit plus exister de for de poursuite en Suisse[587]. A notre avis, l'existence d'un for judiciaire en Suisse n'est en revanche pas pertinente aux fins de l'article 495 alinéa 1er CO. Le créancier ne peut pas être privé du droit de s'en prendre immédiatement à la caution lorsque le jugement qu'il reste par hypothèse susceptible d'obtenir dans notre pays ne lui permettrait pas ensuite d'y obtenir un acte de défaut de biens mettant obstacle au bénéfice de discussion personnelle. Les fors de poursuite susceptibles de subsister en Suisse après l'abandon du domicile suisse sont essentiellement ceux de l'article 50 LP et de l'article 52 LP. Celui de l'article 48 LP suppose en effet que le débiteur se trouve en Suisse et ne se soit pas constitué un nouveau domicile à l'étranger[588], et la règle de l'article 24 alinéa 1er CC ne s'applique pas à la poursuite pour dettes[589]. Si le nouveau domicile du débiteur se trouve dans l'espace judiciaire institué par la Convention de Lugano, l'article 3 alinéa 2 de celle-ci exclut certes le for du séquestre pour la validation judiciaire, mais non pour la poursuite (art. 52 LP)[590]. L'élection d'un for en Suisse pour l'exécution d'une obligation, au sens de l'article 50 alinéa 2 LP, n'est pas admise très facilement: en tout cas, une élection de for judiciaire en Suisse n'y équivaut normalement pas[591]. Sauf si elle est également désignée comme lieu d'exécution, une adresse de notification – par exemple auprès d'un

586 Ce cas résulte de l'art. 215 LP: Meier (n. 585), N 13.
587 Ainsi, implicitement, Meier (n. 585), art. 495 CO N 11.
588 Ernst F. Schmid, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (édit.), Basler Kommentar. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2e éd., Bâle 2010, art. 48 LP N 1.
589 ATF 119 III 51.
590 ATF 120 III 92, toujours valable sous le régime de la Convention de Lugano révisée: Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9e éd., Berne 2013, § 51 N 100. *Contra* Schmid (n. 588), art. 52 LP N 13.
591 Schmid (n. 588), art. 50 LP N 38.

avocat – est également insuffisante[592]. Le cas le plus fréquent en pratique devrait donc être celui de la dette liée à un établissement qui reste en Suisse malgré le transfert du domicile du débiteur à l'étranger (art. 50 al. 1er LP). Il faut noter enfin que, dans les cas où la créance est également garantie par gage (mobilier ou immobilier, constitué par le débiteur ou par un tiers), la caution conserve le bénéfice de discussion réelle de l'article 495 alinéa 2 CO.

Si le débiteur est une personne morale, le transfert du siège à l'étranger donne lieu, pour les créanciers qui l'exigent, à la fourniture de sûretés, conformément à l'article 163 alinéa 2 LDIP[593]. Les créanciers qui sont déjà au bénéfice d'une garantie ne peuvent toutefois se prévaloir de cette disposition que dans la mesure où les sûretés préexistantes ne les couvrent pas intégralement. Si, en l'absence d'une stipulation contractuelle contraire, le bénéfice de discussion personnelle de la caution simple tombe en cas d'émigration à teneur de l'article 495 alinéa 1er CO, l'existence préalable d'une telle garantie permet à la société débitrice d'éviter – jusqu'à due concurrence – la fourniture d'une nouvelle sûreté.

Lorsque **le débiteur transfère son domicile d'un pays étranger à un autre**, le bénéfice de discussion personnelle tombe uniquement lorsque cela entrave sensiblement l'exercice du droit du créancier contre le débiteur. Juridiquement indéterminée – comme celle de l'aggravation notable au sens de l'article 74 alinéa 3 CO – cette notion est sujette à interprétation: conformément à l'article 8 CC[594], il appartient au créancier d'établir que les conditions de l'exécution dans le pays étranger de destination sont, d'une manière qui ne peut être raisonnablement imposée au créancier, plus lourdes que dans le pays étranger d'origine[595]. En cas de transfert d'un Etat de l'Union européenne à un autre, notamment, cela ne devrait en principe pas être le cas[596].

A teneur de l'article 495 alinéa 3 CO, les deux règles (supplétives) que nous venons d'exposer s'appliquent également en cas de **cautionnement pour le découvert**, cas particulier du cautionnement simple[597] dans lequel la faillite du débiteur ou l'octroi d'un sursis concordataire ne suffisent pas à supprimer le bénéfice de discussion personnelle de la caution. Le créancier ne peut agir contre celle-ci qu'à partir du moment où est effectivement établi le montant pour lequel le créancier est renvoyé perdant, ou celui qui n'est pas couvert par le dividende concordataire[598]. En cas de transfert du domicile ou du siège du débiteur de Suisse à l'étranger (de manière à ne plus permettre la poursuite dans notre pays) ou d'un pays étranger à un autre (de manière à entraver sensiblement

592 Schmid (n. 588), art. 50 LP N 39.
593 Voir ci-dessus p. 368 ss.
594 Giovanoli (n. 583), art. 495 CO N 9.
595 Giovanoli (n. 583), art. 495 CO N 18.
596 Sur l'injonction de payer européenne, voir la référence citée ci-dessus en n. 450.
597 Giovanoli (n. 583), art. 495 CO N 24.
598 Pour les détails, voir Giovanoli (n. 583), art. 495 CO N 24.

l'exercice des droits du créancier), il n'y a certes pas de perte effective. Dans ces hypothèses et à défaut de stipulation contraire des parties, la loi permet néanmoins au créancier de faire valoir ses droits contre la caution, celle-ci perdant son bénéfice de discussion personnelle[599].

bb. Protection du recours de la caution contre le débiteur (art. 506 CO)

L'article 506 CO – qui s'applique aussi bien en cas de cautionnement simple que de cautionnement solidaire[600] – permet à la caution de requérir des sûretés du débiteur et, si la dette est exigible, de réclamer sa libération[601], dans un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le droit de recours de la caution contre le débiteur pourrait se trouver compromis[602]. Parmi ces hypothèses figure celle où le débiteur ne peut être recherché que dans des conditions sensiblement plus difficiles parce qu'il a transféré son domicile dans un autre Etat (art. 506 ch. 2 *in fine* CO).

A notre avis, si la caution est domiciliée ou a son siège en Suisse, le transfert du domicile ou du siège du débiteur de Suisse à l'étranger devrait pour ainsi dire systématiquement rendre sensiblement plus difficile l'exercice du droit de recours de la caution, de sorte que celle-ci devrait presque toujours être mise au bénéfice de la possibilité de demander des sûretés ou, le cas échéant, sa libération. Si le débiteur est une personne morale qui, en raison de l'existence d'une caution simple, peut éviter la fourniture, en faveur du créancier, des sûretés envisagées par l'article 163 alinéa 2 LDIP, il paraît logique que la caution – désormais plus exposée en raison de l'article 495 alinéa 1er ou 3 CO – puisse, de son côté, obtenir des sûretés du débiteur. L'article 506 chiffre 2 *in fine* CO devrait selon nous constituer le fondement d'un tel droit, indépendamment de l'article 163 alinéa 2 LDIP lui-même.

Si le domicile ou le siège de la caution n'est pas en Suisse, le transfert du domicile ou du siège du débiteur dans l'Etat du domicile ou du siège de la caution (ou dans un Etat dont le droit de l'exécution forcée est plus ou moins coordonné avec celui du domicile du siège ou de la caution[603]) ne devrait en principe pas rendre sensiblement plus difficile l'exercice du droit de recours de la caution, mais bien au contraire le faciliter. Il n'y a donc normalement pas d'application de l'article 506 chiffre 2 *in fine* CO dans ce cas-là.

Finalement, si le débiteur a transféré son domicile d'un Etat étranger dans un autre, les circonstances concrètes du cas d'espèce détermineront si l'exercice du

599 Giovanoli (n. 583), art. 495 CO N 25.

600 Giovanoli (n. 583), art. 506 CO N 3.

601 Essentiellement au moyen d'un paiement fait par le débiteur au créancier, éventuellement par l'obtention d'une renonciation conventionnelle du créancier au bénéfice de la caution (le cas échéant contre l'exigence de la fourniture d'une autre sûreté), Giovanoli (n. 583), art. 506 CO N 4.

602 Giovanoli (n. 583), art. 506 CO N 1.

603 Sur l'injonction de payer européenne, voir la référence citée en n. 450.

droit de recours de la caution en est, ou non, rendu sensiblement plus difficile. Notamment, comme nous l'avons déjà relevé, cela ne devrait en principe pas être le cas dans l'hypothèse d'une relocalisation d'un Etat de l'Union européenne à un autre.

e. Relocalisation transfrontalière des représentants d'une société

L'article 718 alinéa 4 CO dispose que la société anonyme doit pouvoir être représentée par une personne (physique) domiciliée en Suisse et que cette personne doit être un membre du conseil d'administration ou un directeur. Des règles analogues s'appliquent à la société à responsabilité limitée[604] ainsi qu'à la société coopérative[605]. Cette exigence peut être satisfaite soit par une personne disposant de la signature individuelle, soit par deux personnes disposant entre elles de la signature collective à deux[606]. En cas d'irrégularité, par exemple en raison du déménagement à l'étranger d'une ou plusieurs personnes disposant de la signature sociale, la société se trouve dans une situation de carence organisationnelle au sens de l'article 731*b* CO[607], qui peut en dernier recours conduire à la dissolution[608].

Le domicile d'une personne inscrite au registre du commerce au chapitre d'une société est enregistré[609] et soumis à la publicité du registre[610]. La modification d'un fait inscrit doit également être inscrite[611]. A moins d'une violation de cette obligation, l'irrégularité de la situation sera immédiatement identifiée par le préposé au registre du commerce, qui, après sommation restée sans suite[612], engagera la procédure judiciaire[613]. Si le déménagement d'une personne disposant de la signature sociale entraîne l'absence de représentation valable de la société, celle-ci sera donc bien inspirée de pourvoir spontanément (et simultanément à l'annonce du déménagement) à la régularité de la situation par l'inscription d'une autre personne.

f. Transfert de siège d'une société après participation à une scission

Dans le cadre d'une division au sens de l'article 29 lettre a LFus, les créanciers du sujet transférant se voient attribuer – à teneur de l'inventaire prescrit par l'ar-

---

604 Art. 814 al. 3 CO.
605 Art. 898 al. 2 CO.
606 Théoriquement, d'autres combinaisons ne sont pas exclues.
607 Cf. art. 819 CO (pour la société à responsabilité limitée) et art. 908 CO (pour la société coopérative).
608 Cf. TF, Ire Cour de droit civil, 1er mars 2013, 4A_560/2012 (affaire dans laquelle il avait été remédié à la carence entre-temps).
609 Art. 24*b* al. 2 let. b ORC.
610 Art. 119 al. 1er let. e ORC.
611 Art. 937 CO.
612 Art. 154 ORC.
613 Art. 941*a* al. 1er CO.

ticle 37 lettre b LFus – un nouveau débiteur, qui sera l'une ou l'autre des sociétés reprenantes. En cas de séparation au sens de l'article 29 lettre b LFus, certains créanciers du sujet transférant conservent la société transférante en qualité de débiteur, d'autres en revanche s'en voient attribuer un nouveau, qui sera la société reprenante (ou l'une des sociétés reprenantes s'il y en a plusieurs): l'inventaire prescrit par l'article 37 lettre b LFus fait règle à cet égard. L'article 47 LFus est l'un des moyens que la loi met en œuvre afin de protéger les créanciers contre les conséquences d'une telle situation[614]. En vertu de cette disposition, chacune des sociétés prenant part à une scission est responsable non seulement des dettes que l'inventaire lui attribue directement, mais aussi, solidairement, des dettes que l'inventaire attribue aux autres sociétés participantes (art. 47 al. 1er LFus). Cette responsabilité solidaire, qui n'est pas limitée dans le temps autrement que par la prescription de chaque créance concernée, a toutefois un caractère subsidiaire. Elle ne peut en effet être engagée que si la créance n'a pas été garantie et que la société responsable à titre principal:

a. a été déclarée en faillite;
b. a obtenu un sursis concordataire ou un ajournement de la faillite;
c. a fait l'objet de poursuites ayant abouti à la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif;
d. a transféré son siège à l'étranger et ne peut plus être recherchée en Suisse; *ou*
e. a transféré son siège d'un Etat étranger à un autre, entravant ainsi sensiblement l'exercice du droit du créancier.

Cela résulte de l'article 47 alinéa 2 LFus, qui n'est pas sans rappeler l'article 495 alinéa 1er CO[615]. La responsabilité solidaire subsidiaire des sociétés participant à une scission, pour les dettes qui ne leur ont pas été attribuées à titre principal, est toutefois subordonnée à l'exigence supplémentaire que celles-ci ne soient pas garanties. A cet égard, peu importe que la sûreté ait été préexistante à la scission, obtenue à l'occasion de la scission sur la base de l'article 46 LFus ou au moment du transfert de siège en application de l'article 163 alinéa 2 LDIP.

2. *Le conflit mobile en droit international privé suisse des obligations*

En droit international privé, chaque règle de conflit de lois est fondée sur une circonstance de rattachement. Dans certains cas, la concrétisation de la circonstance de rattachement pertinente est susceptible de se modifier dans le temps. C'est le cas principalement pour les règles qui se réfèrent au domicile, à la résidence habituelle ou au lieu de situation d'une chose mobilière[616]. En principe,

614 Les autres résultent de l'art. 46 LFus et de l'art. 48 LFus, qui ne nous intéressent pas spécialement ici.

615 Voir ci-dessus p. 388 ss.

616 Jolanta Kren Kostkiewicz, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Berne 2012, N 749; Audit (n. 9), N 232; von Bar/Mankowski (n. 12), § 1 N 19. Théorique-

chaque règle de conflit de lois détermine le moment auquel il convient d'examiner la concrétisation de la circonstance de rattachement qui lui est propre[617]. Ce moment peut être expressément indiqué[618] ou devoir être recherché par voie d'interprétation[619]. Lorsque la règle de conflit de lois se réfère à un événement déterminé (et en principe unique) dans le temps, passé[620] ou futur[621], la concrétisation temporelle de la circonstance de rattachement est fixe. En revanche, lorsque la concrétisation est examinée au moment où se pose la question juridique visée par la règle de conflit de lois, le droit applicable au rapport juridique concerné est susceptible de se modifier dans le temps[622]. C'est ce que l'on appelle le conflit mobile[623].

Dans le domaine du droit des obligations, il faut d'abord noter l'influence de l'élection de droit[624]. Lorsque les parties sont convenues de soumettre leurs **relations contractuelles** à un droit déterminé, celui-ci est en principe stable[625], sous réserve du cas où les parties elles-mêmes modifient l'élection de droit, ce qu'elles peuvent faire en tout temps à teneur de l'article 116 alinéa 3 LDIP, y compris durant un procès relatif au contrat litigieux[626]. Comme l'élection de droit elle-même lorsqu'elle intervient postérieurement à la conclusion du contrat, la modification du droit choisi par les parties rétroagit en principe au jour de la conclusion du contrat. Il est toutefois loisible aux parties de retenir une autre solution[627]. Dans tous les cas, les droits acquis par les tiers sont préservés[628].

En l'absence d'une élection de droit, il faut en principe se placer au moment de la conclusion du contrat pour appliquer l'article 117 LDIP[629]. Cela vaut pour les relations contractuelles simples[630] comme pour les contrats de durée. Les règles fixées par l'article 117 LDIP ont pour objet de garantir la prévisibilité

---

ment, le lieu de situation d'un immeuble pourrait aussi changer dans le temps avec la modification de frontières nationales, mais cela n'est pas pertinent aux fins de notre étude et ne constitue au demeurant pas vraiment un cas de conflit mobile au sens strict du terme.

617 VON BAR/MANKOWSKI (n. 12), § 7 N 15.

618 KREN KOSTKIEWICZ (n. 616), N 741.

619 AUDIT (n. 9), N 235.

620 KREN KOSTKIEWICZ (n. 616), N 745.

621 KREN KOSTKIEWICZ (n. 616), N 746.

622 KREN KOSTKIEWICZ (n. 616), N 747 s.

623 AUDIT (n. 9), N 232. Sur la terminologie allemande de *Statutenwechsel*, voir FURRER/GIRSBERGER/SIEHR (n. 1), N 471.

624 ATF 133 III 90 c. 2.1.

625 ATF 133 III 90 c. 2.6.

626 TF, 1re Cour de droit civil, 12 octobre 2006, 4C.206/2006 c. 2.2.

627 DUTOIT (n. 295), art. 116 LDIP N 24; MARC AMSTUTZ/MARKUS WANG, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (édit.), Basler Kommentar. Internationales Privatrecht, 3e éd., Bâle 2013, art. 116 LDIP N 50.

628 AMSTUTZ/WANG (n. 627), art. 116 LDIP N 51.

629 ATF 133 III 90 c. 2.2.

630 Au sens défini par GAUCH/SCHLUP/SCHMID (n. 116), N 264.

du droit applicable et d'en assurer la sécurité[631]. Une modification unilatérale et indirecte du droit applicable, par la modification de la résidence habituelle de l'une des parties, irait à l'encontre de ces objectifs[632]. Mais, spécialement dans le cas des contrats de durée, la modification de la résidence habituelle (ou le transfert de l'établissement pertinent[633]) de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique peut entraîner un changement du statut contractuel, c'est-à-dire du droit applicable au contrat[634]. Il serait en effet contraire aux principes de sécurité (et de prévisibilité) du droit que de contraindre les parties à se conformer au droit initialement applicable, si celui-ci a perdu tout rapport avec la réalité de la relation contractuelle telle qu'elle est vécue par les parties[635]. A cet égard, la jurisprudence fait preuve d'une absence assumée de schématisme[636]: le recours au critère des liens les plus étroits commande de toujours prendre en considération l'ensemble des circonstances concrètes du cas d'espèce[637]. Si une modification du lieu de résidence habituelle entraîne le déplacement du centre de gravité du contrat, il faut considérer que le droit applicable à celui-ci peut se modifier[638]. Mais cela ne doit pas être admis à la légère. Pendant la durée des relations contractuelles, il doit s'être noué avec un autre ordre juridique une relation étroite au point de reléguer le statut d'origine à l'arrière-plan[639]. Si, dans ce contexte, les parties poursuivent l'exécution du contrat (sans pour autant que la modification de la circonstance de rattachement pertinente les entraîne à procéder à une élection de droit), un changement de statut peut entrer en ligne de compte, sur la base d'une analyse des attentes légitimes des parties et de l'ancrage fonctionnel de la relation. Si celle-ci reste centrée sur l'exécution de la prestation convenue au moment de la conclusion du contrat, le statut d'origine reste inchangé[640]. Si en revanche la relation s'est substantiellement intégrée au nouvel ordre juridique, la modification du droit applicable s'impose[641]. Dans ce contexte, il n'y a pas non plus de réponse absolue à la question de savoir si le changement de statut rétroagit ou non au moment de la conclusion du contrat[642]. Il faut au contraire déterminer, sur la base d'un examen de l'ensemble des circonstances concrètes du cas d'espèce, si un traitement homogène s'impose pour l'ensemble de la durée de la relation contractuelle ou

631 ATF 133 III 90 c. 2.4.
632 ATF 133 III 90 c. 2.4.
633 Dans la suite, par simplification, nous nous référerons exclusivement à la résidence habituelle, mais cela n'exclura pas l'établissement.
634 ATF 133 III 90 c. 2.2.
635 ATF 133 III 90 c. 2.4.
636 ATF 133 III 90 c. 2.7.3.
637 ATF 133 III 90 c. 2.3.
638 ATF 133 III 90 c. 2.3.
639 ATF 133 III 90 c. 2.5.
640 ATF 133 III 90 c. 2.7.1.
641 ATF 133 III 90 c. 2.7.2.
642 ATF 133 III 90 c. 2.7.3.

si les statuts concernés doivent au contraire s'appliquer de manière distributive aux faits survenus avant et après la modification de la circonstance de rattachement[643].

Une clause d'élection de droit qui, par hypothèse, ne désignerait pas nommément un Etat, mais se référerait de manière générique au domicile, à la résidence habituelle ou à l'établissement de l'une des parties à un contrat de durée, sans indiquer spécifiquement le moment auquel cette circonstance doit être considérée comme concrétisée, s'analyse à notre avis conformément à la jurisprudence fédérale qui vient d'être évoquée: le droit applicable est en principe déterminé au moment de la conclusion du contrat, mais un changement de statut n'est pas exclu s'il permet, seul, de refléter les attentes légitimes des parties dans le cadre d'un examen fonctionnel de la relation.

A notre avis, au moins en théorie, les principes généraux évoqués ci-dessus peuvent s'appliquer à la plupart des rattachements objectifs spéciaux que la loi prévoit en matière contractuelle. Stable par définition, car déterminé par le lieu de situation de l'immeuble, celui de l'article 119 LDIP fait naturellement exception.

Pour le reste, sauf élection de droit (art. 122 al. 2 LDIP), les contrats de durée portant sur des droits de propriété intellectuelle sont soumis au droit de l'Etat de résidence habituelle de la partie concédante, sous-entendu au moment de la conclusion du contrat (art. 122 al. 1er LDIP). En cas de déplacement ultérieur de ladite résidence habituelle, il n'y a lieu à changement du droit applicable que si l'ancrage de la relation contractuelle a suivi ce mouvement de manière à ce que l'application du droit d'origine ne reflète plus les attentes des parties.

Dans la mesure où ils donnent lieu à une relation de durée, les contrats conclus avec des consommateurs visés par l'article 120 LDIP doivent être considérés comme soumis à la loi de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur au moment de leur conclusion. Les cas dans lesquels un déménagement du consommateur entraînerait un changement du droit applicable devraient être exceptionnels à la lumière de la jurisprudence examinée ci-dessus.

Pour les ventes mobilières, en l'absence d'une élection de droit[644] et hors du cas de la vente aux enchères ou sur un marché boursier[645], la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels se réfère en principe à la résidence habituelle du vendeur au moment de la commande[646]. La précision expresse selon laquelle la résidence habituelle pertinente est celle du moment de la commande évite la

643 ATF 133 III 90 c. 2.7.3.

644 Art. 2 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

645 Art. 3 al. 3 de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

646 Art. 3 al. 1er de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

problématique du conflit mobile. Dans les cas où la commande est reçue par le vendeur ou un auxiliaire de celui-ci dans l'Etat de résidence habituelle de l'acheteur, c'est le droit de cet Etat qui s'applique. Même si la convention ne le dit pas expressément, elle suggère que la circonstance de rattachement est concrétisée au moment de la commande et c'est ainsi qu'il faut l'entendre. Le rattachement est donc stable et n'est pas influencé par la modification de la résidence habituelle de l'une ou de l'autre des parties. A notre avis, quand bien même la convention est d'interprétation autonome[647], on ne peut théoriquement pas exclure que la jurisprudence fédérale relative au conflit mobile en matière contractuelle s'applique dans ce contexte. Il faut toutefois noter deux points. D'abord, le principe reste celui de la stabilité du droit applicable. Ensuite, il est difficile d'imaginer dans quelles circonstances le centre de gravité d'un contrat emportant livraisons successives puisse se modifier avec le changement de résidence habituelle de la partie de référence, au point que le droit désigné au moment de la commande ne reflète plus les attentes légitimes des contractants. Pour le contrat dont l'objet est une vente unique, la question ne se pose simplement pas et, dans l'hypothèse de ventes successives indépendantes les unes des autres, le droit applicable serait à notre avis déterminé séparément pour chacune d'entre elles.

Dans le domaine de la vente internationale de marchandises, lorsque son application n'est pas exclue[648], la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises joue un rôle important. Elle peut s'appliquer directement lorsque les deux parties ont, au moment de la conclusion du contrat de vente[649], leur établissement dans des Etats signataires différents, sans recours au mécanisme de règles de conflit de la Convention de La Haye du 15 juin 1955. Du point de vue suisse, elle peut aussi s'appliquer de manière indirecte[650], lorsque les règles de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 désignent le droit d'un Etat contractant, essentiellement au motif que l'une des parties y avait sa résidence habituelle au moment de la commande[651]. Compte tenu du fait que, dans les deux cas, la concrétisation de la circonstance de rattachement pertinente est fixe dans le temps, il n'y aura en principe pas lieu à des problématiques de conflit mobile, y compris si – en raison d'une relocalisation de l'une et/ou l'autre des parties – le rattachement initial justifiant l'application de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 cesse d'être donné. Compte tenu des motifs que nous avons évoqués ci-dessus à propos de la Convention de La Haye du 15 juin 1955, il est pratiquement impossible

647 Andrea Bonomi, in: Andreas Bucher (édit.), Commentaire romand. Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, Bâle 2011, art. 118 LDIP N 3.

648 Art. 6 CVIM.

649 Simon Manner/Moritz Schmitt, in: Christoph Brunner (édit.), UN-Kaufrecht – CISG, 2e éd., Berne 2014, art. 1 CVIM N 8.

650 Bonomi (n. 647), art. 118 LDIP N 24.

651 Manner/Schmitt (n. 649), art. 1 CVIM N 11.

d'envisager des cas de relocalisation qui pourraient entraîner la cessation de l'application de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980.

S'agissant enfin du contrat de travail, le droit applicable est en principe celui de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121 al. 1er LDIP). Ce rattachement s'explique, entre autres raisons, par le fait qu'il correspond normalement aux attentes des parties, et en particulier à celles du travailleur[652]. Comme le domicile ou la résidence habituelle, le lieu de travail habituel peut changer. De la lettre de la loi, on déduit que l'article 121 alinéa 1er LDIP n'envisage pas de modification du droit applicable en cas de mission temporaire dans un autre Etat, sous réserve de l'application cumulative de règles protectrices impératives de l'Etat de détachement[653]. *A contrario*, si le lieu de travail habituel se modifie, le droit applicable au contrat de travail change de manière correspondante. Cette solution semble logique, compte tenu du fait que le régime applicable au travailleur est – d'une manière qui devrait en principe correspondre aux attentes des parties – fortement ancré dans son environnement actuel, non seulement du point de vue du droit privé, mais aussi du droit public, en particulier en matière d'assurances sociales[654]. Cela conduit aussi à retenir que le changement du droit applicable ne devrait en principe pas avoir d'effet rétroactif. Au contraire, il y a normalement lieu à l'application successive de deux ou plusieurs régimes. Ces principes nous paraissent pouvoir être déduits de la jurisprudence relative au conflit mobile dans les relations contractuelles en général. Celle-ci précise aussi que, dans ce domaine, il n'existe pas de solution schématique applicable à tous les cas envisageables. A cet égard, en cas de prétentions litigieuses autour de la date de changement de statut, notamment, l'appréciation judiciaire devrait jouer un rôle important[655]. Pour les prétentions s'accroissant avec l'ancienneté, il est en revanche permis de considérer – au moins à titre de principe – que la durée de la relation contractuelle est calculée à partir de l'engagement initial: le changement du droit applicable n'affecte pas la continuité de la relation juridique. Dans de nombreux cas, en tout cas au sein de groupes internationaux structurés, l'expatriation sera préparée et formalisée entre les parties, dans un document qui, souvent, se référera de manière expresse au droit du nouveau lieu d'exercice de l'activité, confirmera que l'ancienneté est conservée et clarifiera un certain nombre de points liés au régime des assurances, notamment sociales.

Lorsque le travailleur exerce régulièrement son activité dans plusieurs pays, de sorte qu'il n'est pas possible d'identifier un Etat d'accomplissement habituel du travail[656], l'article 121 alinéa 2 LDIP désigne le droit de l'Etat dans lequel

652 Bonomi (n. 647), art. 121 LDIP N 4.

653 Du point de vue suisse, voir l'art. 2 LDét, qui vise la rémunération minimale, la durée du travail et du repos, la durée minimale des vacances, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail.

654 Bonomi (n. 647), art. 121 LDIP N 4.

655 Cf. A. Bucher (n. 277), art. 13 LDIP N 56.

656 Bonomi (n. 647), art. 121 LDIP N 9.

l'employeur a son établissement ou, à défaut d'établissement, son domicile ou sa résidence habituelle. Cette disposition vise notamment le cas des monteurs et recourt au critère du droit de l'Etat de la base logistique. Si l'employeur a plusieurs établissements, devrait être déterminant celui qui a embauché le travailleur. Dans le cas de travailleurs mobiles, recevant potentiellement leurs instructions de plusieurs établissements, l'identification de celui pour lequel le travailleur exerce son activité[657] pourrait en effet être impraticable selon les circonstances. Dans la plupart des cas, l'établissement d'embauche devrait quoi qu'il en soit être celui à partir duquel les opérations sont pilotées ou au moins celui qui coordonne les ressources humaines. L'interprétation ici proposée a en outre l'avantage d'être en harmonie avec l'article 19 chiffre 2 lettre b CL. Dans les groupes de sociétés, il n'est au demeurant pas rare que les relations de travail soient formellement nouées avec une société déterminée et que celle-ci délègue ensuite le pouvoir de direction à une ou plusieurs autres entités distinctes. En pareil cas, la notion d'établissement ne permet pas de passer outre la personnalité juridique: sauf confusion des sphères[658], l'employeur est toujours la société d'embauche. Sous réserve de l'observation des règles (de droit public) éventuellement applicables au sein des divers Etats de détachement, le critère retenu par l'article 121 alinéa 2 LDIP assure ainsi une certaine stabilité du droit applicable aux travailleurs qui se déplacent constamment d'un Etat à un autre. En cas de relocalisation de l'établissement déterminant de l'employeur, il n'est pas exclu que le droit applicable à la relation contractuelle se modifie, mais il faudra dans ce cas faire preuve d'une plus grande retenue que dans le cas visé par l'article 121 alinéa 1er LDIP et s'assurer concrètement que le centre de gravité du contrat se soit effectivement déplacé et qu'il en découle exceptionnellement un changement des attentes (au moins implicites) des parties quant au droit applicable: il ne conviendrait pas que l'employeur puisse par principe influer unilatéralement sur cette question.

Enfin, notamment dans les groupes internationaux, l'élection de droit joue un rôle non négligeable dans le cadre des relations de travail. L'article 121 alinéa 3 LDIP l'autorise, mais seulement en faveur du droit de la résidence habituelle du travailleur ou du droit de l'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur. Si l'élection de droit est faite en faveur du droit de l'établissement, du domicile, du siège ou de l'établissement de l'employeur, la doctrine discute la question de savoir s'il doit nécessairement s'agir de l'entité formellement partie au contrat[659] ou s'il peut s'agir d'une autre société (par ex. la société-mère ou la société de contrôle[660]), notamment à des

657 Ainsi Bonomi (n. 647), art. 121 LDIP N 9.

658 ATF 137 III 550.

659 Ainsi Bonomi (n. 647), art. 121 LDIP N 18.

660 Sur cette notion, voir Mathieu Blanc, Corporate Governance dans les groupes de sociétés, thèse Lausanne, Zurich 2010 (Etudes suisses de droit commercial et de droit des affaires, vol. 290), p. 34.

fins d'harmonisation du droit applicable aux relations de travail au sein du groupe[661]. A notre avis, il y a formellement lieu de s'en tenir à l'entité juridique partie au contrat, mais rien n'empêche de centraliser les contrats de travail du groupe au sein d'une société déterminée, ou de faire en sorte que celle-ci soit partie à tous les contrats de travail, de manière à être en mesure d'opter pour le droit applicable à celle-ci. Du point de vue suisse, est seule réservée dans ce contexte l'application des dispositions suisses d'ordre public au sens de l'article 18 LDIP (si le droit élu est un droit étranger) ou celle de règles de police étrangères au sens de l'article 19 LDIP (si le droit élu est le droit suisse)[662]. S'agissant de la question du conflit mobile, qui est celle qui nous intéresse ici, l'élection de droit en préserve normalement: une relocalisation de la partie de référence n'entraîne en principe donc pas de changement du droit applicable[663].

Pour le domaine de l'**enrichissement illégitime**, si le déplacement de valeur considéré est lié à un rapport de droit existant ou supposé – dont nous admettrons ici qu'il relève du droit des contrats – le droit applicable audit rapport est déterminant aussi pour juger de la prétention délictuelle (art. 128 al. 1er LDIP). On sait que le droit applicable aux relations contractuelles est en principe stable, mais peut exceptionnellement se modifier dans le temps avec la relocalisation des parties[664]. Toutefois, même dans ce cas, il paraît logique que l'on applique le droit qui régissait le contrat au moment, par hypothèse déterminé[665], auquel l'enrichissement s'est produit, de sorte que le transfert du domicile, du siège, de la résidence habituelle ou de l'établissement restera sans influence.

Dans les cas d'enrichissement – visés par l'article 128 alinéa 2 LDIP – qui ne sont pas imputables à un rapport de droit existant ou supposé, la relocalisation transfrontalière des parties n'est pas pertinente, dès lors que la loi recourt au critère du lieu de l'enrichissement[666]. En pareille hypothèse, une élection de droit est possible, au demeurant seulement en faveur de la loi du for, qui évite toute influence de la modification du rattachement géographique des parties.

S'agissant enfin de la **responsabilité civile délictuelle**, l'élection du droit du for, après la survenance de l'événement dommageable (art. 132 LDIP), a naturellement le même effet de fixation du droit applicable et de prévention de tout conflit mobile.

---

661 Ainsi Keller/Kren Kostkiewicz (n. 279), art. 121 LDIP N 41. Plus généralement, mais dans le même sens, voir aussi Wyler (n. 478), art. 319 CO N 82 s.

662 Sur l'inapplicabilité de règles panaméennes relatives à une indemnité de départ, au titre de l'article 19 LDIP, dans le cas d'un travailleur engagé par une société suisse, par contrat de travail expressément soumis au droit suisse, et travaillant pour celle-ci sur un navire battant pavillon panaméen, voir ATF 136 III 392.

663 Sur la portée stabilisatrice de l'élection de droit, voir ci-dessus p. 394.

664 Voir ci-dessus p. 394 s.

665 Kren Kostkiewicz (n. 616), N 2404.

666 Prestations faites à un tiers pris par méprise pour le créancier, erreur dans l'exécution d'un virement bancaire, etc.: Kren Kostkiewicz (n. 616), N 2409 ss.

En cas de recours aux circonstances de rattachement objectives, si l'acte illicite est en rapport de connexité avec la violation d'un rapport juridique préexistant – dont nous présumerons ici qu'il relève du droit des contrats, quand bien même d'autres situations sont envisageables[667] –, le droit applicable audit rapport est déterminant aussi pour juger de la prétention délictuelle (art. 133 al. 3 LDIP). Ce que nous avons dit ci-dessus de l'article 128 alinéa 1er LDIP vaut également dans ce contexte.

Si l'acte illicite n'est pas en rapport de connexité avec la violation d'un rapport juridique préexistant, il faut examiner si l'auteur et le lésé ont leur résidence habituelle dans le même Etat, auquel cas la responsabilité civile délictuelle relève du droit de celui-ci (art. 133 al. 1er LDIP). C'est au moment de la commission de l'acte illicite que l'on se place pour déterminer la résidence habituelle des parties[668]. La fixation temporelle de la concrétisation de la circonstance de rattachement permet d'éviter le conflit mobile. Si auteur et lésé n'ont pas leur résidence habituelle dans le même Etat au moment de la commission de l'acte illicite, mais que tel est ultérieurement le cas, au moment du procès, on peut imaginer que les parties conviennent de l'application du droit du for, conformément à l'article 132 LDIP. La seule relocalisation de l'une et/ou de l'autre des parties n'entraînera toutefois pas de modification du droit applicable en vertu de l'article 133 alinéa 1er LDIP.

Enfin, en l'absence d'une résidence commune de l'auteur et du lésé dans le même Etat, le droit applicable à la responsabilité civile délictuelle est celui de l'Etat de commission de l'acte illicite. Si toutefois, d'une manière que l'auteur devait prévoir, le résultat s'est produit dans un autre Etat, le droit de ce dernier s'applique (art. 133 al. 2 LDIP). Notre propos n'est pas d'entrer dans les divers problèmes d'interprétation que pose le critère de la *lex loci delicti*. Nous remarquerons cependant qu'il n'est en principe pas lié au domicile, au siège, à la résidence habituelle ou à l'établissement de l'auteur ou du lésé, de sorte que la relocalisation de l'un ou l'autre des intéressés devrait rester sans effet sur la détermination du droit applicable. Dans la mesure où le résultat de l'acte peut être localisé au lieu du domicile, du siège, de la résidence habituelle ou de l'établissement du lésé, le critère de la prévisibilité pour l'auteur de l'acte nous semble devoir empêcher toute influence d'une relocalisation ultérieure[669].

Les articles 134 à 139 LDIP recourent peu à la circonstance de rattachement de la résidence habituelle et de l'établissement. Comme nous le verrons, la question du conflit mobile – lié ou non à la relocalisation d'une partie – ne se pose pas dans ce contexte. Dans tous les cas, une élection de droit au sens de l'article 132 LDIP est d'ailleurs possible.

---

667 Dutoit (n. 295), art. 133 LDIP N 8.
668 Kren Kostkiewicz (n. 616), N 2490.
669 Ainsi A. Bucher (n. 277), art. 13 LDIP N 54.

Pour les accidents de la circulation routière, la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, applicable en vertu de l'article 134 LDIP, consacre divers rattachements, essentiellement au lieu de l'accident et au(x) lieu(x) d'immatriculation du (des) véhicule(s) impliqué(s). La première de ces deux circonstances de rattachement est immuable. La concrétisation de la seconde est examinée au moment de l'accident[670], ce qui exclut toute modification du droit applicable au cas où le détenteur viendrait à transférer son domicile, son établissement ou sa résidence habituelle, et ainsi à faire réimmatriculer son véhicule.

Aux fins de la responsabilité du fait des produits, l'article 135 LDIP prévoit l'application du droit de l'Etat d'établissement ou de la résidence habituelle de l'auteur (art. 135 al. 1er let. a LDIP) ou, sauf exception, du droit de l'Etat d'acquisition du produit (art. 135 al. 1er let. b). Le moment déterminant dans le premier cas est celui de la survenance de l'événement dommageable[671], de sorte que la délocalisation n'a pas d'influence. Dans le second cas, le moment déterminant est celui, fixe, de l'acquisition: un changement de concrétisation de la circonstance de rattachement n'est donc simplement pas envisageable dans ce cas-là.

Le marché affecté, critère retenu par les articles 136 et 137 LDIP, n'est pas susceptible de se déplacer. Si un acte de concurrence déloyale ou une entrave à la concurrence a des effets sur plusieurs marchés, le cas échéant successivement, il ne s'agit pas d'un problème de conflit mobile. Pour le cas des immissions, la référence au droit de l'Etat de situation de l'immeuble de l'Etat dans lequel le résultat s'est produit (art. 138 LDIP) a un caractère immuable.

Dans le cas des atteintes à la personnalité, enfin, le critère de la prévisibilité retenu à l'article 139 alinéa 1er lettre a LDIP exclut tout changement du droit applicable en cas de relocalisation du lésé. La même observation vaut pour l'article 139 alinéa 1er lettre c LDIP. Enfin, le changement de l'Etat de l'établissement ou de la résidence habituelle de l'auteur de l'atteinte (art. 139 al. 1er let. b LDIP) n'est pas pertinent, car la concrétisation de la circonstance de rattachement est examinée au moment de l'atteinte.

IV. Mise en œuvre des obligations

Pour terminer notre tour d'horizon sélectif des points de contact entre le droit privé et le transfert du domicile, de la résidence habituelle, du siège ou de l'établissement, nous souhaitons encore faire – essentiellement pour mémoire et sans prétention d'exhaustivité – quelques observations procédurales qui nous semblent pertinentes aux fins de la mise en œuvre de rapports juridiques résul-

670 Paul Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2e éd., Zurich 2004, art. 134 LDIP N 65 et 68.
671 Volken (n. 670), art. 135 LDIP N 59.

tant du Code des obligations, ou qui font écho à des aspects de droit matériel évoqués ci-dessus.

1. Relocalisation et for de la poursuite

a. Fors fondés sur le domicile

Conformément à l'article 53 LP, si le débiteur transfère son domicile après l'avis de saisie, après la commination de faillite ou après la notification du commandement de payer pour effets de change, le for initial de la poursuite reste acquis[672]. La disposition de l'article 53 LP s'applique en outre à tous les cas visés par l'article 46 LP dans lesquels une mutation territoriale est susceptible d'intervenir: cela vise donc également le for ordinaire de poursuite au siège de la personne morale et celui de l'indivision non dotée d'un représentant[673]. Pour les sociétés, le moment du transfert de siège est déterminé par l'article 932 alinéa 2 CO: il s'agit du jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur le numéro de la Feuille officielle suisse du commerce où est publiée l'inscription[674].

Le principe de la perpétuation ne s'applique qu'aux poursuites en cours, à l'exclusion notamment des poursuites visées par les articles 149 alinéa 3 LP (nouvelle poursuite introduite dans les six mois après la délivrance d'un acte de défaut de biens définitif après saisie) et 158 alinéa 2 LP (poursuite ordinaire introduite dans le mois suivant la délivrance d'un certificat d'insuffisance de gage)[675].

En cas de relocalisation *avant* le moment déterminant aux fins de l'article 53 LP, le for de la poursuite se modifie[676]. Si le transfert est contenu dans les limites du territoire de la Confédération, les actes valablement accomplis au premier for restent acquis[677] et la suite se déroule au nouveau domicile ou siège. En cas de transfert à l'étranger, en revanche, la continuation de la poursuite commencée en Suisse est impossible[678] si le poursuivi est une personne physique. Si le poursuivi est une personne morale, le for de poursuite subsiste en Suisse aussi longtemps que les créanciers n'ont pas été désintéressés ou qu'ils n'ont pas reçu de sûretés, en application de la règle spéciale de l'article 164*a* alinéa 2 LDIP.

Le fait de quitter son domicile sans en constituer un nouveau n'est pas considéré comme un changement de domicile pouvant entraîner la modification du for de poursuite s'il intervient avant le moment déterminant aux fins de

---

672 Sur la mainlevée, voir ATF 136 III 373.

673 Art. 46 al. 2 et 3 LP: Henri-Robert Schüpbach, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (édit.), Commentaire romand. Poursuite et faillite, Bâle 2005, art. 53 LP N 14.

674 ATF 139 III 293.

675 Gilliéron (n. 689), art. 53 LP N 7.

676 En cas de transfert du domicile après le dépôt de la réquisition de poursuite mais avant la notification du commandement de payer, il y a en principe transmission d'office, ATF 127 III 567.

677 TF, 18 juillet 2003, 7B.100/2003 c. 3.1.

678 Gilliéron (n. 689), art. 53 LP N 16.

l'article 53 LP[679]. La question est examinée d'office[680], mais le débiteur qui prétend avoir transféré son domicile à l'étranger supporte le fardeau de la preuve de ce fait: tant que les circonstances n'excluent pas que le domicile subsiste en Suisse, la poursuite peut continuer à cet endroit[681]. Le fait de fuir pour se soustraire à ses engagements est un cas de faillite sans poursuite préalable[682]. En pareil cas[683], la faillite est déclarée au lieu du dernier domicile, conformément à l'article 54 LP. Nous reviendrons encore ci-dessous sur la question du séquestre en pareil cas[684].

b. Autres fors

Sont également susceptibles de perpétuation le for du lieu de séjour au sens de l'article 48 LP[685], celui de l'établissement du débiteur domicilié à l'étranger au sens de l'article 50 alinéa 1er LP[686], du for élu par le débiteur domicilié à l'étranger au sens de l'article 50 alinéa 2 LP[687], ainsi que celui du domicile en cas de poursuite en réalisation d'un gage mobilier au sens de l'article 51 alinéa 1er LP. Dans ce dernier cas, la jurisprudence considère que c'est déjà la notification du commandement de payer qui fixe définitivement le for de la poursuite[688]. Cette règle s'impose à notre avis – et à plus forte raison – lorsque le for n'est pas déterminé par le domicile, mais bien par l'une des circonstances spéciales des articles 48 et 50 LP[689].

Il va enfin de soi que la compétence territoriale des autorités d'exécution ne peut simplement pas changer lorsque le for est déterminé par une circonstance immuable[690].

---

679 Cf. Gilliéron (n. 689), art. 53 LP N 12.

680 ATF 120 III 110.

681 TF, IIe Cour de droit civil 15 janvier 2016, 5A_757/2015 c. 2.2.1; TF, IIe Cour de droit civil 18 septembre 2014, 5A_242/2014 c. 4.1.2.

682 Art. 190 al. 1er ch. 1 LP.

683 TF, 24 septembre 2004, 5P.91/2004 c. 6.1. Cf. également ATF 120 III 110.

684 Voir ci-dessous p. 405.

685 Schmid (n. 588), art. 53 LP N 3; Schüpbach (n. 673), art. 53 LP N 15.

686 Schmid (n. 588), art. 53 LP N 3; Schüpbach (n. 673), art. 53 LP N 15.

687 Art. 50 al. 2 LP.

688 ATF 116 III 1.

689 Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Art. 1-88, Lausanne 1999, art. 53 N 6.

690 Art. 46 al. 4 LP (communauté des copropriétaires d'étage: lieu de situation de l'immeuble), art. 49 LP (succession non partagée, non constituée en indivision contractuelle et dont la liquidation officielle n'a pas été ordonnée: for où pouvait être poursuivi le *de cujus* au moment de son décès), art. 51 LP (poursuite en réalisation de gage: lieu de situation de la chose, sous réserve de poursuite au for ordinaire pour la réalisation du gage mobilier) et art. 52 LP (for du séquestre).

2. *Relocalisation et séquestre*

Celui qui abandonne son domicile sans en constituer un autre, en Suisse ou à l'étranger, se trouve sans domicile fixe et s'expose donc à un séquestre, même pour ses dettes non échues (art. 271 al. 1er ch. 1 LP et art. 271 al. 2 LP). Il en va de même du débiteur qui fuit ou qui prépare sa fuite dans l'intention de se soustraire à ses obligations (art. 271 al. 1er ch. 2 LP et art. 271 al. 2 LP). Ce second cas de séquestre est caractérisé par des manœuvres précipitées ou dissimulées[691], qu'il appartient au requérant de rendre vraisemblables[692]. Cette exigence particulière ne s'impose pas à celui qui sollicite le séquestre contre un débiteur qui a fui sans constituer un nouveau domicile: en pareille hypothèse, le cas de séquestre pertinent est en effet celui de l'article 271 alinéa 1er chiffre 1 LP. Tant que c'est seulement la préparation de la fuite qui est visée, par un débiteur qui n'a pas encore abandonné son domicile, en revanche, la condition subjective de l'article 271 alinéa 1er chiffre 2 LP s'applique.

Un autre cas de séquestre pertinent aux fins de notre étude est celui de l'article 271 alinéa 1er chiffre 4 LP, soumis à la condition:

1° qu'il n'existe à l'égard du débiteur aucun for de poursuite en Suisse, y compris au titre de l'article 50 LP et de l'article 164*a* alinéa 2 LDIP[693];

2° qu'il n'existe pas d'autre cas de séquestre; *et*

3° que la créance ait un lien suffisant avec la Suisse *ou* qu'elle se fonde sur une reconnaissance de dette au sens de l'article 82 alinéa 1er LP, c'est-à-dire sur un titre à la mainlevée provisoire[694].

Dans le contexte des relocalisations transfrontalières, ce cas de séquestre devrait donc concerner avant tout les personnes physiques ayant quitté la Suisse sans fraude, pour se constituer un nouveau domicile à l'étranger, alors qu'aucune poursuite n'était pendante, ou avant le moment déterminant aux fins de l'article 53 LP[695].

3. *Relocalisation et élection de for*

L'article 17 CPC s'applique aux prorogations de for liant des parties qui, au moment de la stipulation, avaient leur domicile, leur siège ou leur résidence habituelle en Suisse, ou agissaient dans le cadre d'un établissement sis dans notre pays[696], et qui désignent un tribunal suisse[697]. Du point de vue suisse, l'éven-

691 Amonn/Walther (n. 590), § 51 N 14.

692 Art. 272 al. 1er ch. 2 LP.

693 Lorsque le for de l'art. 48 LP est donné, le cas de séquestre est celui de l'art. 271 al. 1er ch. 1 LP.

694 S'il existe un titre à la mainlevée définitive, c'est le cas de séquestre de l'art. 271 al. 1er ch. 6 LP qui est donné, indépendamment du domicile du débiteur.

695 Naturellement, l'art. 271 al. 1er ch. 4 LP vise aussi, voire principalement, le cas de débiteurs qui n'ont jamais eu de domicile en Suisse.

696 Bernhard Berger, Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Berne 2012, art. 17 CPC N 12.

697 ATF 132 III 268 c. 2.3.3.

tuelle relocalisation des parties (ou de l'une d'entre elles) à l'étranger n'affecte pas la validité de la convention[698]. Pour autant que la clause soit par ailleurs valable au regard de l'article 17 CPC[699], le tribunal suisse désigné ne pourra pas décliner sa compétence[700], quand bien même il serait par hypothèse saisi après que les deux parties (ou l'une d'elles) se trouverai(en)t désormais à l'étranger.

Si la clause désigne les autorités d'un lieu déterminé[701], la situation ne sera pas particulièrement problématique. Si, en revanche, la clause ne désigne qu'un endroit objectivement déterminable[702] et que celui-ci corresponde au domicile, au siège ou à l'établissement de l'une des parties, la question se pose de savoir quel sens donner à la convention en cas de modification du rattachement territorial de la partie de référence. A cet égard, c'est la réelle et commune intention des parties qui est déterminante en premier lieu: s'agissait-il de fixer le for ou au contraire de se soumettre à un système dynamique? Si l'on ne peut constater la volonté des parties, il conviendra de procéder à l'interprétation de la clause en application du principe de la confiance[703]. Comme l'application de l'article 17 CPC dépend du rattachement territorial des parties au moment de la conclusion de la convention emportant prorogation de for, il est assez logique de considérer que le for concrètement envisagé par les contractants est celui qui correspond au rattachement territorial de la partie de référence au même moment. Si elle reste confinée aux frontières de la Confédération et si elle est de peu d'ampleur géographique et linguistique, il est probable qu'une relocalisation de la partie de référence ne contrarie pas les attentes des contractants quant au for. Mais il n'est pas exclu qu'un transfert entraîne le changement de la langue prévisible du procès, auquel cas la situation ne correspondra sans doute plus à la représentation des parties (ou au moins de l'une d'entre elles). L'hypothèse d'un déplacement transfrontalier – plus problématique encore – ne peut être écartée non plus. Par conséquent, si la volonté réelle des parties ne peut être établie, lorsqu'une clause d'élection de for désigne un endroit déterminable par référence à une circonstance de rattachement (et non à un lieu désigné de manière toponymique), la concrétisation de celle-ci doit en principe être examinée au moment de la conclusion du contrat.

---

698 Berger (n. 696), art. 17 CPC N 12.

699 Sur les conditions de validité des clauses de prorogation de for en général, ainsi que sur les domaines du droit dans lesquels elles sont admissibles – le cas échéant avec des restrictions, voir par ex. Daniel Füllemann, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Kommentar, 2e éd., Zurich/Saint-Gall 2016, N 4 ss.

700 Berger (n. 696), art. 17 CPC N 46.

701 Sur les clauses de prorogation de for qui désignent seulement un canton, voir par ex. Berger (n. 696), art. 17 CPC N 24.

702 Ce qui est admissible: Berger (n. 696), art. 17 CPC N 23. Sur l'invalidité d'une clause intrinsèquement contradictoire, voir TF, Ire Cour de droit civil, 9 mars 2015, 4A_4/2015.

703 ATF 132 III 268 c. 2.3.

Aux fins de l'article 5 LDIP[704] et de l'article 23 CL[705], la validité d'une clause de prorogation de for s'apprécie – comme dans le régime de l'article 17 CPC – en se plaçant au moment où elle est convenue.

De la même manière qu'en vertu de l'article 17 CPC, les tribunaux désignés par une clause valable à teneur de l'article 23 CL sont tenus d'accepter leur compétence[706], indépendamment d'un lien avec le for élu. Sous cet angle, l'article 5 alinéa 3 LDIP connaît une réglementation différente, aux termes de laquelle le tribunal saisi a la faculté – mais non l'obligation[707] – de décliner sa compétence si aucune des parties n'a son domicile, sa résidence habituelle ou son siège dans le canton où il siège *et* si le droit suisse n'est pas applicable au litige. Cette réglementation est exorbitante de celle qui s'applique dans les rapports internes et dans l'espace judiciaire institué par la Convention de Lugano. Elle doit donc être interprétée restrictivement[708]. Sous cet angle, et à supposer que le droit suisse ne soit pas applicable au fond du litige, l'existence d'un lien territorial *passé* avec le for élu devrait suffire pour que le juge soit tenu d'admettre sa compétence. Il en irait ainsi, à notre avis, si l'une des parties avait son domicile, sa résidence habituelle ou son établissement dans le canton concerné au moment de la conclusion de la clause de prorogation de for, mais ne l'a plus au moment de l'ouverture d'action, en raison d'une relocalisation (dans un autre canton ou à l'étranger).

Reste la question de l'interprétation des clauses de prorogation de for régies par l'article 5 LDIP ou par l'article 23 CL, lorsqu'elles ont un caractère indirect, en ce sens qu'elles se réfèrent à un lieu identifiable et non identifié, que le critère de rattachement est le domicile, le siège ou l'établissement d'une partie, et que celui-ci s'est modifié depuis la stipulation de la clause. A notre avis, cette question se résout comme dans le champ d'application de l'article 17 CPC: s'il n'est pas établi que les parties avaient l'intention de donner une portée dynamique à leur clause de prorogation de for, la modification du for ensuite d'une relocalisation décidée unilatéralement par une partie ne devrait en principe pas correspondre à leurs attentes.

---

704 TF, Ire Cour civile, 6 mai 1997, SJ 1998, p. 441 c. 4c.

705 Laurent Killias, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (édit.), Lugano-Übereinkommen 2e éd., Berne 2011, art. 23 CL N 26 ss.

706 Bernhard Berger, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (édit.), Basler Kommentar. Lugano-Übereinkommen, 2e éd., Bâle 2016, art. 23 CL N 57; Andreas Bucher/Andrea Bonomi, Droit international privé, 3e éd., Bâle 2013, N 121.

707 A. Bucher (n. 277), art. 5 LDIP N 40.

708 Pascal Grolimund/Eva Bachofner, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (édit.), Basler Kommentar. Internationales Privatrecht, 3e éd., Bâle 2013, art. 5 LDIP N 49.

4. *Relocalisation et litispendance*

A teneur de l'article 64 alinéa 1er lettre b CPC, une fois nouée à un for déterminé l'instance n'est pas affectée par la relocalisation d'une partie. Cela ne signifie toutefois pas que les conditions de fait fondant la compétence territoriale doivent nécessairement être données au moment de l'introduction de l'instance: il suffit qu'elles soient réunies au moment du jugement[709], par exemple au titre d'une acceptation tacite (art. 18 CPC)[710]. L'article 64 alinéa 1er lettre b CPC ne protège que le demandeur: le défendeur qui a transféré son domicile ou son siège entre le moment de la requête de conciliation et celui du dépôt de la demande ne peut pas exiger que l'instance se poursuive au for de la conciliation[711]. Si le demandeur le souhaite, il peut – à notre avis sur la base de l'autorisation de procéder obtenue au premier for – poursuivre l'instance par le dépôt de la demande au nouveau domicile ou au nouveau siège du défendeur.

Lorsque l'instance est introduite en Suisse[712], le principe de la *perpetuatio fori* vaut aussi en matière internationale[713], aussi bien dans le champ d'application de la loi sur le droit international privé[714] que dans celui de la Convention de Lugano[715].

5. *Relocalisation et arbitrage*

A teneur de l'article 176 alinéa 1er LDIP, le régime suisse de l'arbitrage international s'applique si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse. Pour les sociétés, le siège est déterminant[716]. L'établissement n'est en revanche pas pris en considération. De cette omission, il résulte qu'un litige entre deux parties ayant leur domicile, leur résidence ou leur siège en Suisse a nécessairement un caractère national, quand bien même le différend concernerait l'établissement étranger d'au moins une des parties. Inversement, l'arbitrage a nécessairement un caractère international si l'une au moins des parties a son domicile, son siège ou sa résidence habituelle à l'étranger, alors même que le litige porterait sur une relation concernant exclusivement l'établissement suisse de la (des) partie(s)

---

709 ATF 116 II 209.

710 Isabelle Berger-Steiner, Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Berne 2012, art. 64 CPC N 20.

711 Berger-Steiner (n. 710), art. 64 CPC N 22.

712 Berger-Steiner (n. 710), art. 62 ss CPC N 36.

713 Prisca Schleiffer Marais, in: Baker & McKenzie (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Berne 2010, art. 64 CPC N 22.

714 ATF 129 III 404 c. 4.3.

715 Felix Dasser, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (édit.), Lugano-Übereinkommen, 2e éd., Berne 2011, art. 2 CL N 27.

716 A. Bucher (n. 277), art. 176 LDIP N 19.

concernée(s). Cette réglementation est jugée insatisfaisante[717]. Un avant-projet de révision de la loi sur le droit international privé, publié le 11 janvier 2017, propose d'ajouter à l'article 176 alinéa 1er LDIP une mention expresse du siège et de l'établissement. S'agissant du siège, la révision n'aurait pas de portée matérielle; pour l'établissement, elle apporterait en revanche une précision bienvenue[718].

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que, pour déterminer le caractère national ou international de l'arbitrage, il convient de se fonder sur le domicile ou la résidence habituelle des parties *à la procédure*, non à la convention d'arbitrage[719]. Dans le cas où la clause compromissoire lie plusieurs parties qui ont leur domicile ou leur résidence habituelle en Suisse pour les unes, à l'étranger pour les autres, l'arbitrage est donc national si la procédure n'oppose en définitive concrètement que les parties ayant leur domicile ou leur résidence en Suisse, international si au moins une des parties ayant son domicile ou sa résidence habituelle à l'étranger est impliquée dans l'instance arbitrale. Cela a pour conséquence que, jusqu'à la litispendance, les parties à la convention d'arbitrage ignoreront à quel régime elles seront soumises. Cette incertitude pourrait même s'étendre au-delà du dépôt de la notification d'arbitrage: il n'est en effet pas exclu que la procédure soit ultérieurement étendue à une partie ayant son domicile ou sa résidence habituelle à l'étranger, par exemple en application de l'article 4 du Règlement d'arbitrage international des chambres de commerce suisses[720]. Cela n'est pas souhaitable. A notre avis (indépendamment de la révision du chapitre 12 de la loi sur le droit international privé, qui aborde également ce point comme nous l'exposerons ci-dessous), la jurisprudence pourrait évoluer sans difficulté: depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, qui permet aux parties d'opter dans tous les cas pour un arbitrage soumis au chapitre 12 de la loi sur le droit international privé[721], l'argument selon lequel le législateur aurait voulu éviter l'application du régime de l'arbitrage international à un litige entre deux parties suisses[722] n'est plus décisif.

Cela dit, pour déterminer le caractère national ou international de l'arbitrage, on prend en considération le domicile ou la résidence habituelle des parties à la procédure au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage[723], sans

717 A. Bucher (n. 277), art. 176 LDIP N 19.

718 Voir le rapport explicatif du 11 janvier 2017 concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international), p. 16, qui voit dans les deux cas une adaptation strictement rédactionnelle.

719 TF, Ire Cour de droit civil, 24 juin 2002, 4P.54/2002 c. 3.

720 Cf. Philippe Bärtsch/Angelina M. Petti, in: Tobias Zuberbühler/Christoph Müller/Philipp Habegger (édit.), Swiss Rules of International Arbitration. Commentary, 2e éd., Zurich 2013, art. 4 N 41 ss.

721 Art. 353 al. 2 CPC.

722 TF, Ire Cour civile, 24 juin 2002, 4P.54/2002 c. 3.

723 TF, Ire Cour civile, 11 septembre 2001, Bull. ASA 2002, p. 299 c. 3b; TF, Ire Cour civile, 27 octobre 1995, Bull. ASA 1996, p. 277 c. 2a.

influence d'une relocalisation ultérieure. La conséquence en est qu'une procédure opposant des parties ayant désormais toutes leur domicile ou leur résidence habituelle en Suisse a un caractère international si au moins l'une d'entre elles avait son domicile ou sa résidence habituelle à l'étranger au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage. Inversement, si les parties avaient toutes leur domicile ou leur résidence habituelle en Suisse au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, l'affaire sera considérée comme nationale, quand bien même au moins l'une des parties aurait – par hypothèse avant l'introduction de la procédure – transféré son domicile ou sa résidence habituelle à l'étranger[724]. En pareille hypothèse, après la relocalisation transfrontalière de l'une des parties à la clause compromissoire, on peut toutefois envisager que les parties se lient expressément par une nouvelle clause d'arbitrage (international cette fois-ci) ou qu'elles fassent la déclaration prévue par l'article 353 alinéa 2 CPC, ce qui revient au même[725].

Pour délimiter le champ d'application des règles applicables à l'arbitrage international de celui du Code de procédure civile, l'avant-projet de révision de la loi sur le droit international privé prévoit de se référer expressément au domicile, à la résidence habituelle, au siège ou à l'établissement des parties *à la convention d'arbitrage*, au moment de la conclusion de celle-ci[726]. Cette solution paraît opportune, sous réserve d'une question: qu'en est-il lorsqu'une partie adhère à la clause compromissoire après la conclusion de celle-ci par les autres?

1° En cas de cession de la relation contractuelle à un tiers, en tout cas, la clause compromissoire fait partie des qualités de la relation cédée et la nature nationale ou internationale de l'arbitrage ne change pas[727].

2° En cas d'accession volontaire d'une partie additionnelle au compromis arbitral, le champ d'application de la clause est étendu à un tiers qui n'est pas le successeur de l'une des parties initiales, mais qui s'ajoute à celles-ci[728]. Cela ne justifie toutefois pas de réexaminer le caractère national ou international de l'arbitrage sur la base de la situation de fait qui prévaut au moment de l'accession du tiers à la clause compromissoire. S'il fallait procéder à tel réexamen, le principe de stabilité du régime de l'arbitrage pourrait en être affecté. Envisageons à cet égard l'hypothèse d'une clause liant initialement des parties domiciliées hors de Suisse. Si l'une et l'autre s'installent ultérieu-

724 A. Bucher (n. 277), art. 176 LDIP N 23.

725 A. Bucher (n. 277), art. 176 LDIP N 23.

726 Rapport explicatif du 11 janvier 2017 concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international), p. 16.

727 TF, Ire Cour civile, 11 septembre 2001, Bull. ASA 2002, p. 299 c. 3b; TF, Ire Cour civile, 27 octobre 1995, Bull. ASA 1996, p. 277 c. 2a. Sur la question, voir également Jean-François Poudret/Sébastien Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich et al. 2002, N 284 ss.

728 von Tuhr/Escher (n. 485), p. 297.

rement dans notre pays, la nature internationale de leur clause compromissoire n'en est pas altérée. Si, par la suite, une nouvelle partie domiciliée en Suisse accédait à la clause compromissoire et qu'il faille procéder à une nouvelle appréciation de la situation, l'arbitrage en acquerrait un caractère national. Tel ne peut être le cas: celui qui accède à une relation contractuelle entre dans les droits et obligations qui en découlent, tels qu'ils existent alors, sans solution de continuité[729]. Sauf circonstances tout à fait exceptionnelles, il ne faut pas voir une novation dans la convention d'extension du contrat[730].

Compte tenu de ce qui précède et du fait que le législateur ne fait plus grand cas de la distinction entre les deux régimes d'arbitrage, puisque les articles 353 alinéa 3 CPC et 176 alinéa 2 LDIP les rendent interchangeables, la meilleure solution *de lege ferenda* nous semblerait être l'adoption d'un droit de l'arbitrage unique, applicable aussi bien dans les rapports nationaux qu'internationaux. Resterait dans ce contexte la question de la renonciation au recours devant le Tribunal fédéral. Actuellement, l'article 192 alinéa 1er LDIP autorise une telle renonciation seulement lorsqu'aucune des parties n'avait son domicile, sa résidence habituelle ou son établissement en Suisse au moment de la conclusion de l'accord portant renonciation anticipée à tout recours[731]. Le critère pertinent étant examiné à un moment fixe, toute influence d'une relocalisation unilatérale est évitée. A notre avis, rien ne s'opposerait à reprendre cette règle dans un régime unifié, et à restreindre expressément son champ d'application à celui qui est le sien aujourd'hui.

D. Thèses conclusives

Au terme de cet aperçu, qui ne peut être qualifié de panorama faute d'être exhaustif, un constat s'impose. La question de la mobilité des personnes n'est pas appréhendée de manière systématique en droit privé, spécialement dans les matières qui relèvent du droit des obligations au sens large. Un certain nombre de problèmes pratiques que peut entraîner la relocalisation des personnes physiques et morales au travers des frontières nationales, voire à l'intérieur même du territoire de la Confédération, font l'objet de régimes ponctuels plus ou moins détaillés, sans nécessaire cohérence. A supposer que cela soit seulement possible, il n'est pas pour autant souhaitable de développer une théorie compréhensive de la migration en droit privé. Une approche pragmatique, orientée sur des attentes concrètes qui varient d'un domaine à l'autre et qui peuvent évoluer au fil du temps, est en réalité seule conforme à la nature même du droit privé. Si

729 Philippe Reymond, La cession des contrats, Lausanne 1989 (CEDIDAC, vol. 14), p. 25 s. *(Vertragsbeitritt)*. Cf. également von Tuhr/Escher (n. 485), p. 302 et 383.

730 Reymond (n. 729), p. 23 s.

731 A. Bucher (n. 277), art. 192 LDIP N 3.

des besoins de protection particuliers contre certaines conséquences indésirables de la mobilité des personnes sont évidents en droit civil, notamment dans l'intérêt des enfants, il n'en va pas ainsi dans l'essentiel des matières relevant du Code des obligations, qui reposent sur un postulat d'égalité entre les parties. Sous cet angle, le droit du travail – caractérisé par l'existence d'un lien de subordination entre employeur et travailleur – pose évidemment des questions particulières. Il existe d'ailleurs en la matière un certain nombre de règles qui relèvent, matériellement et structurellement, du droit public, notamment dans l'intérêt des travailleurs détachés. Pour le reste, si l'imprégnation libérale originelle du Code des obligations s'est estompée au fil des années, c'est pour des raisons largement étrangères à la mobilité des personnes et des entreprises.

A une époque où l'on ne peut que constater un certain repli des nations sur elles-mêmes, inspiré sans doute par des craintes de divers ordres quant à l'avenir, il n'est pas inutile de se rappeler que le Code des obligations, dans son esprit d'ouverture et d'égalité, a été l'un des rouages d'un mouvement qui a transformé la Suisse rurale de la fin du XIXe siècle en un pays prospère. Il faut certes se réjouir des acquis que cette situation a procurés, mais considérer aussi qu'ils sont fragiles. En comparaison internationale, l'une des clés de la situation économique relativement favorable de la Suisse – compte tenu de sa taille – a certainement été l'agencement ouvert de notre Code des obligations, qui favorise les échanges commerciaux. Même face à la nécessité de prendre en considération l'évolution de la société, les juristes ne sont pas que des techniciens appelés à créer de nouvelles règles destinées à régir spécifiquement des problèmes particuliers (quitte à en créer d'autres au passage). La valeur des privatistes consiste en l'attention qu'ils portent au fonctionnement équilibré d'un système qui fixe les lignes directrices de l'agencement des relations entre particuliers et de la résolution des litiges susceptibles de survenir entre eux. Sous cet angle, le rôle du droit privé ne saurait être d'entraver la mobilité des sujets de droit, mais bien seulement de la constater comme un fait et de se demander, sans céder à un angélisme universaliste, quelles sont les questions qu'elle pose dans le contexte des rapports entre des sujets de droit fondamentalement libres de se déplacer.