

Loi fédérale sur le droit international privé

Dernière modification : 01.12.2022

PDF créé le : 06.10.2026



COMMENTAIRE EN LIGNE
LE COMMENTAIRE JURIDIQUE
EN OPEN ACCESS

TABLE DES MATIÈRES

Art. 20 LDIP	5
--------------------	---

ATTENTION : Cette version du commentaire est une traduction automatique de l'original. Le commentaire original est en allemand. La traduction a été faite avec www.deepl.com. Seule la version originale fait foi. La version traduite du commentaire ne peut pas être citée.

COMMENTAIRE

Art. 20 LDIP

Un commentaire de Loïc Stucki

PROPOSITION DE CITATION

Loïc Stucki, Kommentierung zu Art. 20 IPRG, in: Christoph Hurni (Hrsg.), Onlinekommentar zum internationalen Privatrecht

Citation abrégée: OK-Stucki, N XXX zu Art. 20 IPRG.

Art. 20 LDIP

¹ Au sens de la présente loi, une personne physique:

- a. a son domicile dans l'État dans lequel elle réside avec l'intention de s'y établir;
- b. a sa résidence habituelle dans l'État dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée;
- c. a son établissement dans l'État dans lequel se trouve le centre de ses activités professionnelles ou commerciales.

² Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles. Si une personne n'a nulle part de domicile, la résidence habituelle est déterminante. Les dispositions du code civil suisse relatives au domicile et à la résidence ne sont pas applicables.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction.....	7
A. Généralités	7
B. Champ d'application et intégration dans la doctrine des conflits de lois	7
1. Pertinence en droit international de la procédure civile	8
2. Pertinence en matière de conflits de lois	9
II. Le domicile (al. 1 let. a).....	10
A. Éléments du domicile.....	10
1. L'élément objectif : le séjour physique	11
2. L'élément subjectif : l'intention de résidence permanente	11
3. Indices pour l'évaluation du domicile	12
B. Difficultés de détermination	13
1. Résidence physique dans plusieurs États	14
2. Domicile "simulé".....	15
3. Domicile anticipé	16
4. Le séjour à des fins spéciales.....	16
5. Personnes incapables d'exercer leurs droits civils ou de discernement	17
C. Relation avec les dispositions du CC relatives au domicile	17
III. La résidence habituelle (al. 1 let. b).....	18
A. Conditions	20
1. La "vie"	20
2. "Pendant une période prolongée"	20
B. Difficultés liées à la détermination de la résidence habituelle.....	21
C. Le rapport entre la résidence habituelle et le domicile	22
IV. L'établissement (al. 1 let. c).....	23
Bibliographie.....	23

I. INTRODUCTION

A. Généralités

L'art. 20 LDIP régit à la fois le domicile, la résidence habituelle et l'établissement. Ces notions sont d'une grande pertinence pour diverses dispositions de la LDIP. La LDIP considère en principe le principe du domicile comme central tant pour le droit des conflits de lois que pour la réglementation de la compétence. Ainsi, le domicile et la résidence habituelle servent de critères de rattachement à diverses règles de compétence et de conflit de lois.

Les critères de rattachement de l'article 20 LDIP sont liés à différentes idées. Ainsi, le rattachement du domicile vise à garantir la proximité entre un ordre juridique ou un for et la question juridique à juger. Le sens et le but du rattachement au domicile sont souvent une certaine protection de la personne concernée. Des considérations de protection peuvent également être pertinentes pour les rattachements à la résidence habituelle ou à l'établissement. Ainsi, dans certaines questions juridiques, la confiance dans le droit connu de la résidence habituelle de la personne concernée est par exemple protégée (p. ex. art. 123 LDIP ; ce que l'on appelle le droit de l'environnement).

B. Champ d'application et intégration dans la doctrine des conflits de lois

Pour l'ensemble de la LDIP, les notions de l'art. 20 LDIP s'appliquent de la même manière aux conflits de lois, aux règles de compétence ainsi qu'à la reconnaissance et à l'exécution. La norme est une norme matérielle de DIP : il n'est pas renvoyé à un ordre juridique pour déterminer le domicile, mais cette question est en principe réglée immédiatement par l'art. 20 LDIP. Cela peut conduire à ce que la loi applicable par ailleurs (lex causae) détermine un autre lieu que le domicile. Conformément à son libellé, l'art. 20 LDIP s'applique uniquement aux personnes physiques. En revanche, l'article 21 LDIP s'applique aux personnes morales et aux trusts. Dans le domaine d'application des traités internationaux (à interpréter de manière autonome), l'art. 20 LDIP ne s'applique pas - à moins que la convention ne renvoie explicitement au

droit national (comme par exemple l'art. 59, al. 1, de la Convention de Lugano).

- 4 Pour déterminer la loi applicable, le moment déterminant est soit celui fixé par la règle de conflit de lois, soit (en l'absence de fixation normative) celui du prononcé du jugement. Les critères de rattachement du domicile, de la résidence habituelle ainsi que de l'établissement sont toutefois mobiles ou changeants, car ils peuvent être transférés dans différents États au fil du temps. La problématique du changement de statut peut donc se poser. En ce qui concerne le droit applicable, un tel changement de statut est en principe pris en compte, c'est-à-dire qu'un changement de domicile survenant pendant la procédure ou pendant la période concernée entraîne en principe la (co)prise en compte du droit du nouveau domicile. Pour déterminer la compétence internationale (directe), il suffit en principe, selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, de se baser sur la survenance de la litispendance - un transfert ultérieur du domicile ou de la résidence habituelle n'est pas préjudiciable en raison de la *perpetuatio fori*. Si la compétence n'existait pas déjà au moment de la litispendance, elle doit exister au plus tard au moment du jugement (cf. art. 59 al. 2 let. b CPC). Pour la compétence indirecte en matière de reconnaissance et d'exécution, c'est en principe le moment de l'introduction de l'action qui est déterminant.

1. Pertinence en droit international de la procédure civile

- 5 Les notions de domicile, de résidence habituelle et d'établissement selon la LDIP se réfèrent uniquement à un État déterminé en tant qu'unité territoriale supérieure, et non à un État membre spécifique ou même à un lieu déterminé. La compétence territoriale est toutefois évaluée selon la LDIP lorsqu'un tribunal en Suisse est internationalement compétent (cf. art. 1, al. 1, let. a LDIP). En revanche, si la LDIP déclare les tribunaux suisses incompétents, elle ne règle pas en même temps la compétence (territoriale) du tribunal étranger ; il convient plutôt de consulter les lois étrangères pertinentes pour déterminer la compétence. Si la LDIP veut ou doit régler la compétence territoriale au sein de l'État de domicile (surtout en cas de domicile en Suisse), l'art. 20 LDIP est également déterminant à cet égard (p. ex. pour l'art. 2 LDIP). L'art. 20 LDIP est également utilisé dans certaines circonstances pour la compétence indirecte, la compétence dans l'État de jugement selon l'art. 26 let. a LDIP

étant suffisante - une localisation plus précise concernant le territoire de compétence du tribunal n'est pas nécessaire.

2. Pertinence en matière de conflits de lois

Le principe selon lequel les notions de l'article 20 LDIP se réfèrent 6 uniquement à l'unité territoriale supérieure de l'État s'applique en principe également aux conflits de lois. Si le domicile, la résidence habituelle ou l'établissement se réalisent en Suisse comme critère de rattachement, le droit suisse est applicable, de sorte qu'une localisation plus précise semble le plus souvent superflue. Même si un tel critère de rattachement se réalise à l'étranger, c'est généralement cet État qui sera pertinent. Ainsi, il est généralement fait référence à la loi de l'État dans lequel un élément de rattachement spécifique de l'article 20 LDIP s'est réalisé, et non à un lieu ou à un État membre déterminé sur le territoire de l'État.

Les renvois à des États à plusieurs lois sont exclus de ce principe. Il s'agit 7 d'États qui sont organisés de manière fédérale et qui ne disposent pas d'un système juridique uniforme. Les États-Unis d'Amérique, avec les systèmes juridiques non unifiés des différents États fédérés, en sont un exemple. Dans le cas des États à plusieurs lois, la seule référence à l'ensemble de l'État n'est pas pertinente. Il faut au contraire le concrétiser davantage. Selon une doctrine, cette concrétisation doit se faire par le biais d'une "extension" du rattachement. Selon cette opinion, qui s'applique au moins aux critères de rattachement territoriaux, le domicile dans les États à plusieurs droits ne devrait pas seulement être situé dans une nation, mais aussi plus près, par exemple dans un État fédéral spécifique. La même chose peut d'ailleurs s'appliquer à la Suisse si, exceptionnellement, le canton ou un lieu déterminé doit être pris en compte.

Exemple : du point de vue de la compétence, une personne peut être 8 domiciliée aux États-Unis, car elle y réside sans interruption depuis des années. Mais si cette personne vit de manière nomade aux États-Unis, il se peut qu'elle n'ait de domicile dans aucun État. Néanmoins, la compétence en matière de domicile sera située aux États-Unis, car seul l'État supérieur (les États-Unis) est pertinent à cet égard. Pour la question du droit applicable au domicile, il faut en revanche trouver l'État fédéral déterminant : par exemple en prolongeant le rattachement de l'art. 20 LDIP et en se basant ainsi sur une éventuelle résidence habituelle (cf. art. 20, al. 2, LDIP). Par conséquent, il peut

exister un domicile en droit de la compétence qui n'existe pas en droit des conflits de lois.

II. LE DOMICILE (AL. 1 LET. A)

- 9 L'art. 20 al. 2 LDIP se fonde - tout comme le CC (art. 23 al. 2 CC) - sur le principe de l'unité de domicile : Selon ce principe, une personne ne peut pas avoir son domicile en plusieurs endroits à la fois. Il faut rechercher le lien le plus étroit pour un seul lieu parmi plusieurs possibles (à ce sujet, voir également N 21 s.). En outre, il est concevable que le domicile selon la LDIP diffère de celui selon d'autres lois (notamment du domicile fiscal ou du domicile en matière d'assurances sociales).

A. Éléments du domicile

- 10 Le domicile au sens du DIP n'est pas une notion purement factuelle, mais est également marqué par des éléments et des appréciations juridiques. Le domicile est donc une notion juridique ; seuls les indices utilisés sont des questions de fait, tandis que l'intention d'établissement objectivée qui doit en être déduite (et donc, en fin de compte, le domicile) constitue une question de droit. Pour établir le domicile, il faut donc deux éléments cumulatifs :
- Un élément objectif : le séjour physique dans un lieu déterminé ou dans un État déterminé ;
 - Un élément subjectif : l'intention de rester durablement dans ce lieu, ce qui doit toutefois être reconnaissable de l'extérieur (critère objectif).
- 11 Il en résulte - selon la doctrine et la jurisprudence unanimes - le centre de la vie ou le centre des intérêts vitaux. C'est donc ce centre qu'il faut rechercher pour déterminer le domicile. En outre, il convient de tenir compte de la nature de la question juridique pour laquelle le rattachement du domicile doit être effectué (notion dite de domicile fonctionnel). En fin de compte, le rattachement au domicile dans le cadre de la LDIP n'a d'autre but que d'établir le lien le plus étroit avec un ordre juridique. Du point de vue du droit international privé, il est par conséquent difficile d'admettre le rattachement du domicile à un lieu avec lequel les faits à la base d'une question juridique n'ont aucun lien.

1. L'élément objectif : le séjour physique

Le critère objectif du domicile est la présence physique en un lieu ou dans un 12
État. Tant qu'il s'agit uniquement d'un Etat déterminé et non d'une
détermination plus précise (comme c'est notamment le cas pour les Etats à
plusieurs droits ; voir N 7), le séjour dans l'Etat en question est suffisant. Il
n'est pas nécessaire que la personne séjourne toujours au même endroit dans
l'État en question ou que le séjour se fasse sans interruption.

La durée du séjour physique n'est en principe pas pertinente pour déterminer 13
le domicile. Un séjour de courte durée peut donc également constituer un
domicile. Ce qui est déterminant, c'est que l'élément subjectif soit réalisé en
combinaison avec le séjour physique. Le domicile peut donc être établi dès le
premier jour de présence, une durée de séjour déterminée n'étant pas requise.

2. L'élément subjectif : l'intention de résidence permanente

L'intention de rester durablement dans un Etat ou dans un lieu déterminé, en 14
tant qu'élément subjectif, doit être reconnaissable de l'extérieur. Une
manifestation claire de la volonté intérieure est exigée. Comme l'élément
subjectif est considéré de manière objective, on parle également de la notion
de domicile objectivé.

La volonté intérieure de rester ne peut pas être déterminante à elle seule, elle 15
doit être rendue reconnaissable vers l'extérieur (selon le principe de
confiance). Par conséquent, le domicile ne peut pas non plus être établi par
une simple déclaration de volonté. Il faut au contraire des éléments
objectivement reconnaissables pour que cette déclaration de volonté puisse
être effectivement suivie. Il est même concevable qu'un domicile soit créé
contre la volonté de la personne si, sur la base de faits créés, il apparaît
clairement qu'elle a l'intention de s'établir durablement. En effet, la volonté
d'établir un domicile ne coïncide pas nécessairement avec l'intention de rester
durablement dans le pays, comme l'exige la loi. Le motif pour lequel une
personne séjourne dans un État n'est en principe pas pertinent pour la notion
de domicile.

On peut en outre se demander à quelle période doit se référer l'intention de 16
rester. Lorsque la loi parle de séjour "durable", elle ne veut rien dire d'autre
que "pas seulement temporaire". Même un court séjour peut en principe
remplir l'élément subjectif si les éléments extérieurement reconnaissables

indiquent l'établissement d'un centre de vie, c'est-à-dire si l'intensité de la relation avec un lieu déterminé est suffisamment forte. Dans la mesure où il existe une perspective de séjour long ou durable, le domicile sera en règle générale admis, et ce indépendamment de la durée déjà écoulée. Mais une intention seulement temporaire peut également suffire, à condition que le centre de vie soit effectivement déplacé pour cette période. Ce qui est déterminant en fin de compte, c'est l'intensité de la relation avec un certain lieu, telle qu'elle est perceptible de l'extérieur. En règle générale, l'élément subjectif peut être localisé là où les intérêts et les liens familiaux sont les plus forts. Il peut toutefois y avoir des exceptions à cette règle, pour autant que d'autres indices prévalent (n. 17 ss.).

3. Indices pour l'évaluation du domicile

- 17 La doctrine et la jurisprudence contiennent un grand nombre d'indices qui peuvent être déterminants pour la localisation du domicile. Les approches de la jurisprudence ne doivent servir que de lignes directrices. Il faut toujours procéder à une évaluation au cas par cas en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes et reconnaissables de l'extérieur. Les indices auxquels on peut se référer sont en principe identiques à ceux de l'art. 23 CC. Il convient toutefois de tenir compte des différences entre les définitions du domicile du CC et de la LDIP.
- 18 Les indices parfois avancés sont entre autres : les moyens de communication tels que le raccordement téléphonique ou l'adresse postale, une adresse utilisée pour des procédures officielles ou judiciaires pouvant constituer un indice très pertinent. Une adresse en Suisse devrait avoir un effet d'indice élevé si une poursuite ou une procédure suisse a déjà été menée avec succès contre la personne concernée à cette adresse (du moins si aucune plainte pour incompétence n'a été déposée ; cf. art. 46 al. 1 LP). Dans la mesure où la situation n'a pas changé depuis lors, invoquer un autre domicile équivaldrait même, selon les circonstances, à un venire contra factum proprium. Le respect des rendez-vous médicaux est également un indice de prise de domicile (du moins s'il n'y a pas de séjour pour soins, cf. n. 26 s.). De même, une assurance-maladie peut être un indice, mais qui ne permet pas à lui seul de tirer une conclusion. Les contacts familiaux peuvent certes être un élément important, surtout lorsqu'une personne a fondé une famille dans un État. Toutefois, pour les personnes non mariées (et sans enfants) en

particulier, les relations familiales peuvent passer au second plan si elles entrent en concurrence avec d'autres contacts (notamment commerciaux). D'autres éléments peuvent être pris en compte, tels qu'une assurance ménage, l'utilisation d'une adresse dans des contrats, des activités de loisirs, le fait d'être vu régulièrement, l'exercice de droits politiques ou la présence d'équipements de logement tels que la salle de bain ou la cuisine. En revanche, de simples actes préparatoires au transfert de domicile ne peuvent suffire s'il n'existe aucun indice d'un déplacement des intérêts personnels et financiers. Pour que le domicile puisse être transféré, il faut que l'ancien domicile soit abandonné - ce qui exige donc un certain changement de situation.

Les aspects de droit public (cartes d'identité, certificats de résidence, permis de séjour, etc.) peuvent certes être utilisés comme indices, mais ne constituent pas encore une présomption de domicile. Comme la LDIP ne connaît pas de présomption (positive) de domicile, les documents de droit public ont donc tout au plus un effet d'indice accru à cet égard. Il est également possible que le domicile soit localisé différemment du droit public. Il convient de noter que même une interdiction de séjour prononcée par la police des étrangers ou l'absence d'autorisation de séjour ne permet pas d'exclure le domicile au sens de l'art. 20 LDIP. En outre, il n'est pas pertinent de savoir si le domicile existe également selon le droit national autonome de l'Etat (prétendu) de résidence. La nationalité ne peut pas constituer un indice. Les déclarations de volonté de la partie concernée ne devraient être considérées comme des indices qu'avec une grande réserve, dans la mesure où elles n'ont pas été manifestement suivies. Les déclarations de volonté peuvent toutefois servir d'indice négatif : le Tribunal fédéral a ainsi utilisé la déclaration de volonté d'établir à l'avenir son domicile en Suisse comme indice contre un domicile suisse actuel. 19

B. Difficultés de détermination

Souvent, le domicile est facile à déterminer. La détermination peut devenir problématique lorsqu'il existe plusieurs domiciles dont aucun ne prédomine clairement. Si la détermination du domicile est impossible, il est en principe possible, conformément à l'art. 20, al. 2, 2e phrase, LDIP, de se fonder sur la résidence habituelle au sens de l'art. 20, al. 1, let. b, LDIP. Cette conclusion ne 20

devrait toutefois pas être tirée dès lors que la disposition présente de simples difficultés.

1. Résidence physique dans plusieurs États

- 21 Des difficultés existent lors de la détermination du domicile lorsqu'une personne physique réalise l'élément objectif du domicile dans plusieurs États. La détermination doit alors se faire en premier lieu sur la base de l'élément subjectif. Il n'est pas indiqué de se baser uniquement sur le séjour physique, par exemple sur la base des jours passés dans un État donné. Lorsqu'il y a plusieurs résidences possibles, il faut d'autant plus tenir compte des circonstances individuelles afin de déterminer la relation la plus étroite ou la plus forte intégration dans un État. Dans le cas de plusieurs logements, les frais d'électricité, les rénovations, les relations bancaires, les achats effectués au domicile prétendu, le nombre et l'intensité des amitiés, l'immatriculation d'un véhicule ou le lieu de situation des effets personnels peuvent, le cas échéant, servir d'indices et être comparés entre différents États.
- 22 Les personnes exceptionnellement riches qui disposent de plusieurs domiciles constituent un exemple notable de situations compliquées. Grâce à leur grande fortune, ces personnes disposent d'une plus grande liberté et de possibilités de transférer leur domicile physique dans un délai très court dans l'un des nombreux États possibles. De plus, en raison d'activités économiques mondiales et de relations familiales et personnelles parfois très dispersées, il peut être difficile de fixer le centre des intérêts dans un seul État. Dans de tels cas, l'élément subjectif peut avoir plus de poids : Des déclarations répétées, cohérentes et dirigées vers l'extérieur, indiquant l'État avec lequel les liens sont les plus étroits parmi les États possibles ou dans lequel le domicile doit être établi, constituent dans de tels cas un indice fort d'une forte intégration. Toutefois, la volonté subjective doit toujours être objectivement reconnaissable de l'extérieur. En conséquence, le Tribunal fédéral procède, en particulier pour les personnes aisées, à une pesée des différents indices objectivement reconnaissables (cf. ci-dessus N 17 ss). Si les volontés exprimées sont manifestement respectées, on peut supposer que le domicile se trouve dans l'État désigné, même si la personne vit temporairement dans d'autres États.
- 23 Les travailleurs détachés temporairement - du moins si leur famille ne les rejoint pas - n'établissent généralement pas leur domicile dans le nouvel État.

Il en va souvent de même pour les diplomates. La situation est similaire pour d'autres personnes dont le séjour n'est que temporaire, sans qu'elles aient rompu leurs liens avec l'autre État (p. ex. les étudiants qui retournent régulièrement chez leurs parents ou qui séjournent à l'étranger, les saisonniers). Un autre problème se pose pour les globe-trotters : Ceux-ci déplacent régulièrement leur séjour dans différentes nations, selon leur propre volonté, sans vouloir s'établir définitivement dans un lieu. Dans leur cas, il faudra évaluer s'ils ont définitivement abandonné leur domicile ou s'ils y retourneraient probablement en cas d'urgence (p. ex. en cas de problèmes de santé ou financiers). S'ils ont définitivement abandonné leur domicile et n'en ont pas établi un nouveau, le rattachement subsidiaire à la résidence habituelle s'applique (cf. art. 20, al. 2, LDIP).

2. Domicile "simulé"

Avant même l'adoption de la LDIP, on postulait en partie le principe dit de 24 l'authenticité du domicile, qui devait empêcher un domicile simulé, prétexté ou fictif. La question se pose de savoir si un tel principe pourrait également être défendu dans la version actuelle de l'art. 20 LDIP. Un domicile peut être établi avec une intention "malveillante" (par exemple pour se soustraire à une éventuelle exécution, pour créer un for favorable ou pour appliquer un droit favorable). Du point de vue de la LDIP, il n'y a rien à redire à de telles motivations : Dans la mesure où une personne remplit les éléments de l'art. 20 al. 1 let. a LDIP, il y a un domicile. Les éventuels aspects de protection sont déjà traités au niveau du droit de la compétence au moyen de compétences obligatoires. Au niveau du droit des conflits de lois, une correction peut éventuellement être apportée par le biais de la clause d'exception (art. 15 LDIP) ou de l'ordre public (art. 17 LDIP), ou des normes d'intervention (art. 18 s. LDIP) peuvent être appliquées. En revanche, un "domicile" purement fictif, qui n'a été établi que pour la forme, ne constitue par définition pas un domicile du tout. Dans un tel cas de figure, au moins une condition de domicile (au moins la condition subjective) n'est pas remplie, car sinon le domicile ne serait pas simulé. Dans cette mesure, il ne s'agit pas d'un problème de notion de domicile, mais d'une appréciation correcte des faits. Un principe d'authenticité ne peut donc pas s'appliquer au sens de l'article 20 LDIP. L'abus de droit peut être favorisé d'une part par les conditions générales de constitution du domicile, d'autre part par des conditions supplémentaires prévues par certaines normes (p. ex. art. 59 LDIP).

3. Domicile anticipé

- 25 Selon une voix dans la littérature, il est possible de créer un domicile dit anticipé, c'est-à-dire un domicile qui ne sera établi qu'à l'avenir. Les arrêts du Tribunal fédéral cités pour justifier cette opinion se contentent toutefois de dire que la durée attendue à l'avenir peut également être importante, étant entendu qu'il y a toujours déjà eu un séjour physique au domicile en question. Le Tribunal fédéral indique ainsi plutôt qu'un domicile peut exister dès le premier jour (mais aussi au plus tôt) au nouveau lieu. Il n'est pas encore possible d'en déduire un domicile anticipé au sens mentionné ci-dessus. Il ne peut pas être question d'un domicile qui n'existe pas encore de facto dans le cadre de l'article 20 LDIP, car l'élément objectif au sens d'un séjour physique doit toujours être présent.

4. Le séjour à des fins spéciales

- 26 Les dispositions du CC relatives au domicile ne sont certes pas appliquées (directement) en vertu de l'art. 20 al. 2 LDIP, mais les mêmes questions se posent également dans les relations internationales en cas de séjour à des fins spéciales. Un tel but spécial existe principalement en cas de séjour pour soins ou dans un établissement. Le Tribunal fédéral a également appliqué la présomption (négative) selon laquelle le séjour à des fins spéciales ne constitue pas un domicile dans le cadre de la LDIP. Comme sous l'art. 23 al. 1 phrase 2 CC, cette présomption est également réfutable pour l'art. 20 LDIP : D'une part, la capacité de discernement doit être prouvée (en tant que condition préalable à la composante subjective) avant que l'intention (objectivée) de transférer le domicile et la résidence effective ne soient démontrées.
- 27 Pour qu'un domicile puisse être créé sur le lieu de soins, il faut, par définition, que le domicile précédent soit abandonné. Si le besoin de soins est minime et que le lieu a été choisi librement, cela indique que le domicile est établi sur le lieu de soins. Toutefois, si le séjour se limite à un but spécial, il n'y a en principe pas de domicile. Si le séjour a été en quelque sorte forcé pour des raisons de santé ou psychiques et n'a donc pas été choisi de plein gré (notamment lorsque le lieu de soins est imposé par des tiers), il n'y a généralement pas de création de domicile au lieu de soins. La "contrainte des circonstances" établit toutefois un domicile lorsque l'établissement a pu être choisi librement. Malgré une volonté de retourner dans un autre pays après la

guérison, le domicile dans le lieu de soins peut néanmoins être admis. Le domicile doit donc servir un but en soi - la "vie" - et pas seulement un but particulier.

5. Personnes incapables d'exercer leurs droits civils ou de discernement

La LDIP exige la capacité de discernement comme condition préalable à l'établissement du domicile. Cela peut notamment être déduit du fait que la LDIP se réfère uniquement à la résidence habituelle dans les art. 66 ss. pour les enfants (comme exemple type d'incapacité de discernement). Cette conclusion correspond également à la volonté du législateur. C'est regrettable dans la mesure où cela soulève la question de savoir selon quel statut la capacité de discernement doit être évaluée. En matière de domicile, la capacité de discernement doit être soumise à une barrière profonde, du moins en principe. Les personnes incapables d'agir doivent également pouvoir établir un domicile, pour autant qu'elles soient capables de discernement à cet égard. S'il n'y a pas de domicile en raison d'une incapacité de discernement, il est possible, le cas échéant, de recourir au lien de substitution de la résidence habituelle (cf. N 29 ss et 38). 28

C. Relation avec les dispositions du CC relatives au domicile

Le libellé de l'art. 20 al. 1 let. a LDIP s'inspire fortement de celui de l'art. 23 al. 1 CC. Toutefois, l'art. 20, al. 2, troisième phrase, LDIP exclut l'application des dispositions du CC relatives au domicile dans les relations internationales. Le Tribunal fédéral a toutefois confirmé que l'interprétation de l'art. 20 al. 1 let. a LDIP devait s'inspirer étroitement de celle de l'art. 23 al. 1 CC. Ainsi, la littérature et la jurisprudence relatives au domicile selon le CC peuvent en principe également être consultées. Lors de l'interprétation de l'art. 20 LDIP, il faut cependant toujours garder à l'esprit son caractère de droit des conflits de lois. En vertu de l'art. 20 al. 2 LDIP, le domicile continu au sens de l'art. 24 al. 1 CC et le domicile dérivé au sens de l'art. 25 CC sont clairement exclus des relations internationales. Dans l'ensemble, la LDIP ne connaît pas de présomption (positive) qui fonde un domicile. On peut en déduire que les domiciles fictifs ou dérivés ne présentent pas la proximité avec un rapport juridique ou un état de fait exigée par le droit des conflits de lois et le droit de la compétence. Contrairement au CC, l'art. 20 LDIP n'exige pas 29

obligatoirement un domicile - il est donc possible qu'une personne n'ait pas de domicile. Le domicile selon la LDIP peut certes être abandonné plus facilement que celui du CC, mais il ne peut pas être établi plus facilement. Dans la mesure où il s'agit d'une situation internationale, la notion de domicile de la LDIP doit primer sur celle du CC.

III. LA RÉSIDENCE HABITUELLE (AL. 1 LET. B)

- 30 La résidence habituelle peut être pertinente à deux égards : D'une part, en tant que critère de rattachement à différentes normes de la LDIP et, d'autre part, en tant que rattachement de substitution lorsqu'il n'y a pas de domicile. Les rattachements directs à la résidence habituelle se trouvent en grande partie dans les normes du droit de la filiation (cf. art. 66 ss LDIP). Le fait que la résidence habituelle fonctionne comme un lien de substitution (cf. n. 38 ss.) implique également qu'elle ne doit pas être prise à la légère. La notion est issue des diverses conventions de La Haye et se retrouve également dans d'autres conventions, notamment à l'art. 5 CL.
- 31 Il ressort de l'évolution historique de l'art. 20 al. 1 let. b LDIP que l'interprétation peut s'inspirer du terme utilisé dans les différentes conventions de La Haye. Cet emprunt doit être largement approuvé, mais il ne peut pas aller jusqu'à permettre à la notion de résidence habituelle selon le DIPr de coïncider entièrement avec celle des Conventions de La Haye en raison de différences systématiques. La notion des Conventions de La Haye doit toujours être interprétée de manière autonome par rapport aux traités et doit suivre les principes d'interprétation y afférents. Dans le domaine d'application des Conventions de La Haye, il n'est en principe pas possible de recourir aux principes développés pour l'article 20 LDIP en raison de la primauté des traités internationaux et de l'interprétation autonome des traités. Dans le domaine d'application de la LDIP, une interprétation à la lumière des Conventions de La Haye est en revanche tout à fait envisageable, notamment sur la base de l'interprétation historique. Une telle démarche est également souhaitable afin de favoriser la cohérence internationale des décisions. Des différences peuvent toutefois apparaître sur la base d'une interprétation fonctionnelle, notamment en raison de la possibilité d'un rattachement subsidiaire à la résidence habituelle (cf. n. 38 ss), qui est en principe étrangère aux Conventions de La Haye. De même, la LDIP ne connaît pas - contrairement aux Conventions de La Haye (cf. p. ex. art. 6 CBE)

- de rattachement subsidiaire à la simple résidence ou au simple lieu de séjour. Il convient de tenir compte de ces différences lorsqu'il s'agit de procéder à une interprétation parallèle aux Conventions de La Haye. Il s'ensuit que dans les domaines juridiques où la LDIP prévoit la résidence habituelle comme lien de rattachement primaire (notamment en matière d'enfants selon les art. 66 ss. LDIP), une analogie avec les Conventions de La Haye peut être acceptée plus généreusement. En revanche, si la résidence habituelle ne constitue que le lien de rattachement subsidiaire (cf. art. 20, al. 2, LDIP), les conclusions par analogie devraient être appliquées avec plus de prudence ; les cas dans lesquels la résidence habituelle selon les Conventions de La Haye ne correspond pas à celle de l'art. 20, al. 1, let. b, LDIP devraient néanmoins constituer des cas absolument exceptionnels.

La résidence habituelle peut se situer dans un lieu différent de celui du domicile. C'est le cas lorsqu'il n'y a pas d'intention de séjour permanent reconnaissable de l'extérieur, mais qu'un séjour prolongé a lieu de facto à un endroit. Cela peut être le cas, par exemple, pour des études à l'étranger, pour des saisonniers ou pour des travailleurs détachés. La résidence habituelle peut être changée beaucoup plus facilement que le domicile et constitue en ce sens un lien de rattachement moins stable. Il est également possible, à titre exceptionnel, qu'une personne ait sa résidence habituelle à plusieurs endroits, la disposition de l'art. 20 al. 2 LDIP ne se référant qu'à l'interdiction des domiciles multiples. Il convient d'être d'accord avec la h. L. sur le principe, dans la mesure où les conditions nécessaires à une résidence habituelle sont réalisées dans plusieurs États. Déjà en raison de la désignation de résidence "habituelle", il semble pratiquement impossible qu'une personne réside effectivement habituellement dans plusieurs États en même temps. En raison de l'applicabilité subsidiaire de la résidence en l'absence de domicile, plusieurs résidences habituelles créent également d'autres problèmes et incertitudes. On ne devrait donc conclure à l'existence de plusieurs résidences habituelles que dans des cas exceptionnels, lorsque les conditions sont remplies dans la même mesure dans plusieurs États. Un tel cas peut se présenter, par exemple, pour les "jet-setters". En revanche, si les indices sont prépondérants dans un lieu, la résidence habituelle se situe exclusivement dans ce lieu.

A. Conditions

1. La "vie"

- 33 Selon la volonté du législateur, l'appréciation de la résidence habituelle se fonde davantage sur les "apparences" que sur le domicile. L'accent est mis sur le processus effectif de la présence physique d'une personne dans un lieu d'une certaine durée (question de fait). Contrairement au Tribunal fédéral, ce n'est toutefois pas le "centre de gravité des conditions de vie" sur place qui est exigé, car sinon la résidence habituelle se rapprocherait trop du domicile. Il s'ensuit néanmoins des appréciations juridiques - l'évaluation de la question de savoir si cette résidence donne une apparence extérieure suffisante - qui font de cette notion une question juridique.
- 34 La résidence habituelle peut également comporter une certaine composante subjective. En effet, le libellé de la norme exige que la personne "vive" dans sa résidence habituelle. Les actes qui indiquent une "vie" dans un lieu ne sont en général accomplis qu'avec la volonté de la personne concernée (à l'exception, par exemple, des personnes incapables de discernement). Toutefois, une résidence habituelle peut également être établie sans, voire contre la volonté expresse de la personne concernée. Un séjour de vacances, même prolongé, ou un changement de lieu de séjour forcé (par ex. en cas d'enlèvement) ne peuvent en principe pas constituer une résidence habituelle. En effet, il faut un minimum de liens personnels, professionnels ou au moins émotionnels reconnaissables de l'extérieur pour qu'il y ait une "vie" dans un lieu. Il n'y a pas lieu de fixer une limite élevée à de tels critères subjectifs : Dès qu'un lien ne peut pas être clairement nié, les exigences devraient être satisfaites. Ainsi, une résidence habituelle peut être admise même en cas d'incarcération de longue durée, alors qu'en cas d'enlèvement, il n'est généralement pas possible d'établir un lien suffisant.

2. "Pendant une période prolongée".

- 35 Le libellé de l'art. 20, al. 1, let. b, LDIP exige la résidence "pendant une longue période". Cet élément permet de distinguer la résidence habituelle du simple lieu de séjour. Il est parfois avancé qu'une certaine durée minimale est nécessaire. De telles durées minimales abstraites doivent être rejetées : aucune durée minimale n'est exigée, qu'elle soit prévue ou qu'elle ait déjà eu lieu. Il faut plutôt se baser sur les circonstances du cas d'espèce pour savoir si

le séjour est déjà suffisamment long ou si l'on peut au moins s'attendre à ce qu'il le soit. Certes, il ne sera guère possible d'établir la relation nécessaire - c'est-à-dire une "vie" (cf. ci-dessus N 33 s.) - en moins de quelques mois. En ce qui concerne les enfants, on ne peut toutefois pas se baser de manière abstraite sur le fait qu'ils doivent déjà avoir vécu longtemps sur place. L'essentiel est de savoir si l'on a l'impression qu'une personne séjourne normalement ou du moins le plus souvent à cet endroit. Des interruptions plus courtes ne dissolvent pas la résidence habituelle, pour autant que l'attachement à ce lieu subsiste.

B. Difficultés liées à la détermination de la résidence habituelle

Les soi-disant globe-trotters (voir N 23) posent également des problèmes lors 36 de la détermination de la résidence habituelle. Souvent, il n'est pas possible de déterminer un domicile pour les globe-trotters, car ils n'ont généralement pas l'intention de s'établir durablement dans un lieu. On a donc recours à leur résidence habituelle à titre subsidiaire (art. 20, al. 2, LDIP). La résidence habituelle peut toutefois être tout aussi difficile à trouver pour les globe-trotters, car elle exige également que la personne "vive pendant une longue période" dans un lieu. S'ils retournent à plusieurs reprises dans le même État ou s'ils y séjournent nettement plus longtemps, la résidence habituelle devra y être présumée. Dans le cas contraire, il convient de se baser sur l'apparence juridique, sachant qu'il est tout à fait possible que la résidence habituelle se déplace souvent et rapidement.

Pour les enfants déplacés (éventuellement de manière illicite) à l'étranger, la 37 résidence habituelle devrait être présumée là où les relations familiales les plus étroites ou les plus stables peuvent être situées. Une analogie avec les notions des conventions de La Haye s'impose à cet égard (pour autant que les conventions pertinentes ne soient pas applicables de toute façon). En règle générale, la relation la plus étroite sera celle du conjoint qui a la garde de l'enfant. Pour les enfants nouveau-nés, la résidence habituelle sera probablement située à l'endroit où les liens du parent qui s'occupe de l'enfant sont les plus forts. Dans le cadre du rattachement fonctionnel, on ne peut admettre qu'avec réticence un déplacement de la résidence habituelle dans les questions concernant les enfants lorsqu'ils ont été déplacés illégalement dans un État.

C. Le rapport entre la résidence habituelle et le domicile

- 38 Selon l'art. 20, al. 2, LDIP, dans les cas où une personne n'a de domicile nulle part, c'est la résidence habituelle qui doit être prise en compte. Selon le libellé explicite de l'art. 20 al. 2 LDIP, cette application subsidiaire n'entre toutefois en ligne de compte que si aucun domicile ne peut être localisé, ni en Suisse ni à l'étranger. Compte tenu de la subsidiarité, il est également nécessaire de fixer une résidence habituelle pour chaque personne, faute de quoi certains rattachements resteraient lettre morte, faute de domicile et de résidence habituelle.
- 39 La résidence habituelle s'applique notamment lorsque l'ancien domicile est abandonné et qu'aucun nouveau domicile n'est établi. Le lien subsidiaire avec la résidence habituelle ne doit pas s'appliquer dès lors que les critères de détermination de la résidence ne sont pas clairs. En d'autres termes, la résidence habituelle n'est pas demandée dès lors qu'il existe plusieurs résidences possibles, mais seulement lorsqu'aucun lieu ne peut être considéré comme un domicile. En règle générale, le rattachement subsidiaire ne s'applique pas aux personnes qui, bien qu'elles résident dans différents États, entretiennent des liens clairs et visiblement plus étroits avec un État : elles ont toujours un domicile. C'est le cas lorsque des personnes ne vivent que temporairement dans différents États ou en dehors d'un territoire national. C'est le cas, par exemple, des travailleurs invités qui séjournent brièvement dans différents États (tourisme, missionnaires, etc.), des travailleurs en haute mer ou des voyageurs.
- 40 Le lien de substitution avec la résidence habituelle se rapporte en fait aussi bien aux règles de conflit de lois qu'aux règles de compétence. Dans certains cas, il est possible de se rattacher exclusivement au domicile, de sorte qu'il n'est pas possible d'invoquer la résidence habituelle. Ce sera le cas en droit successoral (art. 86 ss. LDIP), où l'on se réfère au "dernier domicile". Si une personne a abandonné son domicile avant son décès et qu'elle est décédée à son lieu de résidence habituel, il faut néanmoins se baser sur le dernier domicile. Il ne peut y avoir d'exception que si le défunt n'a jamais eu de domicile. Certaines normes prévoient en outre la possibilité de se rattacher à la résidence habituelle en Suisse lorsqu'il n'y a pas de domicile en Suisse (p. ex. art. 46 LDIP). Dans de tels cas, la résidence habituelle n'est pas subsidiaire seulement lorsqu'il n'y a de domicile nulle part, mais déjà lorsqu'il n'y a pas de domicile suisse.

IV. L'ÉTABLISSEMENT (AL. 1 LET. C)

L'établissement se situe au centre des activités commerciales d'une personne physique. Il faut se baser sur le centre des activités qui visent à générer un revenu. L'établissement doit également être établi pour une durée déterminée, raison pour laquelle de simples stands temporaires sur un marché ou une foire ne suffisent pas. Il n'est pas nécessaire que l'activité lucrative soit exercée à titre principal. Ce qui est essentiel, c'est l'apparence juridique qui est créée pour les tiers selon le principe de confiance. 41

Un atelier, un local de vente, un atelier ou un bureau sont considérés comme un établissement d'une personne physique. Le cabinet d'un avocat indépendant ou le bureau d'un architecte peuvent également en être des exemples. Le moment déterminant pour la localisation est celui où la relation contractuelle (ou délictuelle) concernée existait - un transfert d'établissement après la fin de cette relation ne devrait pas être pris en compte. Pour les personnes morales ou les trusts, ce n'est pas l'art. 20 mais l'art. 21 LDIP qui s'applique. La notion d'établissement au sens de l'art. 20 al. 1 let. c LDIP s'applique donc encore principalement aux commerçants individuels. 42

BIBLIOGRAPHIE

Message relatif à la loi fédérale sur le droit international privé (loi sur le DIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I, p. 263 ss, disponible sur : https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1983/1_263_255_239/de

Baetge Dietmar, *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*, Tübingen 1994.

Bohnet François / Othenin-Girard Simon, *Le for du domicile et de la résidence habituelle : Comparaison des régimes de la LDIP et de la LFORS*, SJ 2001/II, p. 139 ss.

Bucher Andreas, in : Bucher Andreas (éd.), *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) / Convention de Lugano (CL), Commentaire Romand*, Bâle 2011.

Bucher Andreas / Bonomi Andrea, *Droit international privé*, 3e édition, Bâle 2013.

Bucher Andreas, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4e édition, Bâle 2009.

Bucher Eugen, *Die natürlichen Personen, Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB*, Berner Kommentar Band/Nr. I/2/1, 3e édition, Berne 1976.

Buhr Axel / Gabriel Simon / Schramm Dorothee, in : Furrer Andreas, Girsberger Daniel, Müller-Chen Markus (éd.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht (Art. 1-200 IPRG)*, 3e édition, Zurich 2016.

Dutoit Bernard, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5e édition, Bâle 2016.

Furrer Andreas / Girsberger Daniel / Siehr Kurt, *Droit international privé : enseignements généraux*, Schweizerisches Privatrecht Band XI/1, Bâle 2008.

Grolimund Pascal / Schnyder Anton K., *Droit international privé et procédure civile*, Zurich/St. Gallen 2011.

Guillaume Florence, *Droit international privé*, 4e édition, Bâle 2018.

Hausheer Heinz / Aebi-Müller Regina E., *Le droit des personnes du Code civil suisse*, 5e édition, Berne 2020.

Hotz Sandra / Schlatter Christina, in : Bächler Andrea / Jakob Dominique (éd.), *Kurzkomentar ZGB*, 2e édition, Bâle 2018.

Hrubesch-Millauer Stephanie / Bürki Melanie, *Forum shopping - eine erbrechtliche Betrachtung (IPRG & EuErbVO)*, in : Markus Alexander R. / Hrubesch-Millauer Stephanie / Rodriguez Rodrigo (éd.), *Zivilprozess und Vollstreckung national und international - Schnittstellen und Vergleiche, Mélanges pour Jolanta Kren Kostkiewicz*, Berne 2018, p. 105 ss.

Hürlimann-Kaup Bettina / Schmid Jörg, *Article introductif du CC et droit des personnes*, 3e édition, Zurich/Bâle/Genève 2016.

Keller Max / Siehr Kurt, *Leçons générales de droit international privé*, Zurich 1986.

Knoepfler François / Schweizer Philippe / Othenin-Girard Simon, *Droit international privé suisse*, 3e édition, Berne 2005.

Laube Jacques, *Le domicile et la nationalité comme notions de rattachement en droit international privé. Wandel in ihrem gegenseitigen Verhältnis*, Diss. Zurich 1961.

Levante Marco, *Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz*, Diss. Saint-Gall 1998.

Markus Alexander R., *Internationales Zivilprozessrecht*, 2e édition, Berne 2020.

Kren Kostkiewicz Jolanta, *IPRG/LugÜ Kommentar, commentaire Orell Füssli*, 2e édition, Zurich 2019.

Kren Kostkiewicz Jolanta, *Droit international privé suisse*, 2e édition, Berne 2018.

Kren Kostkiewicz Jolanta, in : Müller-Chen Markus / Widmer Lüchinger Corinne (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 3e édition, Zurich 2018.

Markus Alexander R., *Procédure civile internationale*, 2e éd., Berne 2020

Siehr Kurt / Markus Alexander R., in : Müller-Chen Markus / Widmer Lüchinger Corinne (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 3e édition, Zurich 2018.

Masmejan Denis, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, Diss. Lausanne 1994.

Müller-Chen Markus, in : in : Müller-Chen Markus / Widmer Lüchinger Corinne (éd.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 3e édition, Zurich 2018.

Oberhammer Paul, in : Dasser Felix / Oberhammer Paul (éd.), *Convention de Lugano (CL), SHK Stämpflis Handkommentar*, 2e édition, Berne 2011.

Schneider Bernard, *Le Domicile International*, Diss. Neuchâtel 1973.

Schnyder Anton K. / Liatowitsch Manuel, *Droit international privé et procédure civile*, 4e édition, Zurich/Bâle/Genève 2017, N 138 s.

Schwander Ivo, *Introduction au droit international privé, Premier volume : Partie générale*, 3e édition, Saint-Gall/Lachen 2000.

Schwander Ivo, in : Walter Gerhard / Jametti Greiner Monique (éd.), Texte zum internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Loseblattsammlung, 7e livraison complémentaire, Berne 2000.

Siehr Kurt, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zurich 2002.

Spühler Karl / Meyer Claudia, Introduction à la procédure civile internationale, Zurich 2001.

Staehelin Daniel, in : Geiser Thomas / Fountoulakis Christiana (éd.), Code civil I, Commentaire bâlois, 6e édition, Bâle 2018.

Truniger Philipp, Internationales Privatrecht, Bâle 2011.

von Steiger Werner, Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im internationalen Privatrecht, thèse de doctorat. Berne 1934.

Walter Gerhard / Domej Tanja, Droit international de procédure civile de la Suisse, 5e éd., Berne 2012

Westenberg Catherine, in : Grolimund Pascal / Loacker Leander D. / Schnyder Anton K. (éd.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4e édition, Bâle 2021.