

**COURS DE  
DROIT INTERNATIONAL PRIVE  
UNIVERSITE DE NEUCHATEL  
FACULTE DE DROIT**

**Cas numéro 39  
Application du droit étranger**

**DROIT INTERNATIONAL PRIVE. – Conditions d'application d'un droit étranger.**

Art. 16 LDIP; art. 43a et 65 OJ.

**Lorsque la juridiction cantonale constate manifestement à tort que le contenu du droit étranger n'a pas été prouvé, le motif de recours en réforme prévu à l'art. 43 a let. b OJ peut aussi être invoqué (c. 2 c/aa). Exigences quant à la preuve du contenu du droit étranger dans les contestations de nature pécuniaire (c. 2 c/bb). Conditions auxquelles le Tribunal fédéral peut lui-même appliquer le droit étranger en procédure de recours en réforme (c. 2 c/cc).**

*L. c. Banque D., 1er mars 1993; ATF 119 II 93.*

*Extrait des motifs:*

2. c) Le défendeur prétend que le Tribunal supérieur du canton de Zoug aurait violé le droit fédéral en n'appliquant pas le droit allemand à la question de savoir si un contrat de prêt avait été valablement conclu et si le montant du prêt avait été transféré à l'emprunteur. La juridiction cantonale aurait en outre considéré à tort, selon le défendeur, que celui-ci n'avait pas établi le contenu du droit allemand.

aa) Les dispositions de l'OJ modifiées par la LDIP sont applicables aux recours déposés contre des jugements rendus après le 1er janvier 1989 ( ATF 115 II 301, c. 1 -- JdT 1989 I 611 rés.). Comme le jugement rendu en instance cantonale date du 12 novembre 1991, il est possible de soutenir en instance de réforme, conformément au nouvel art. 43 a OJ, soit que la décision attaquée n'a pas appliqué le droit étranger désigné par le droit international privé suisse (let. a), soit qu'elle a constaté à tort que le contenu du droit étranger ne pouvait pas être établi (let. b). Il en va de même du grief selon lequel la juridiction inférieure a admis manifestement à tort que le recourant n'a pas établi le contenu du droit étranger (Poudret, n. 4 ad art. 43 a OJ).

bb) Le présent litige étant de nature patrimoniale, la preuve du droit étranger peut être mise à la charge des parties (art. 16 al. 1er 3e phrase LDIP). Il ne s'agit pas là d'une preuve au sens strict du terme, de sorte que les règles ordinaires en la matière ne sont pas applicables. Le droit d'être entendu doit cependant être respecté, afin d'éviter que l'une des parties ne soit prise au dépourvu par l'application du droit étranger (von Overbeck, Die Ermittlung, Anwendung und Überprüfung der richtigen Anwendung des anwendbaren Rechts, in: Die allgemeinen Bestimmungen des IPRG, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der HSG, St-Gall 1988, p. 101 et 104; Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, Allgemeiner Teil, 2e éd. 1990, p. 192 n. 11). Le § 55, al. 2 du CPC zougais se prononce en ce sens. Les juges cantonaux semblent avoir méconnu le sens et la portée de ces dispositions. Peu importe que les avis de droit produits par les parties soient pertinents ou non. Il suffit que les sources du droit étranger (dispositions légales, jurisprudence et doctrine) aient été indiquées. Cela a été fait au cas particulier, tant dans l'avis de droit fourni par le défendeur que dans la contre-expertise déposée par la demanderesse, de même que dans une réplique ultérieure du défendeur. S'agissant de l'application du droit d'un pays voisin, la juridiction cantonale a considéré à tort qu'en vertu de la maxime éventuelle régissant le procès, le défendeur aurait dû encore requérir une expertise judiciaire ou demander au Tribunal de se procurer des renseignements sur le droit étranger, conformément à la convention européenne en la matière du 7 juin 1968. Il incombe au juge lui-même et non à un expert de déterminer si le droit étranger -- ou le droit suisse à titre supplétif -- s'applique au litige qui lui est soumis. En l'espèce, on ne saurait admettre que le contenu du droit allemand applicable à un contrat de prêt ne peut pas être établi par un tribunal suisse, de sorte qu'il y aurait lieu d'appliquer subsidiairement le droit suisse en vertu de l'art. 16 al. 2 LDIP. C'est donc avec raison que le défendeur reproche à la juridiction cantonale d'avoir écarté l'application du droit allemand.

cc) D'après l'art. 65 OJ, le TF peut appliquer lui-même en instance de réforme un droit étranger à côté du droit fédéral, lorsqu'il n'a pas été tenu compte du droit étranger dans la décision attaquée et que le contenu de ce dernier peut être établi sans difficultés particulières (Poudret, n. 3 ad art. 65 OJ; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, p. 111; Knöpfler/Schweizer, Précis de droit international privé suisse, Berne 1990, p. 180, rem. 554). Ces conditions sont remplies en l'espèce. D'une part, la question de savoir si A. a agi valablement

pour le compte de X S.A. ou s'il a au contraire abusé de son pouvoir de représentation doit être tranchée selon le droit suisse. D'autre part, le contenu du droit allemand applicable pour le surplus peut être établi sans difficultés.

Ire Cour civile.

Trad. P. G.

JT 1994 I, p. 45-47

**APPLICATION D'OFFICE DU DROIT ETRANGER. ROLE DU JUGE. DROIT D'ETRE ENTENDU. – LDIP 16.**

5. – a) Le motif de recours institué par l'art. 43a al. 1 let. b OJ a trait à l'application de l'art. 16 al. 2 LDIP. Selon cette disposition, le droit suisse s'applique également si le contenu du droit étranger, applicable en vertu de la règle de conflit, ne peut pas être établi. C'est l'art. 16 al. 1 LDIP qui indique les mesures à prendre par le juge pour établir le contenu de ce droit. Aux termes de cette dernière disposition, le juge doit établir d'office le contenu du droit étranger; il peut mettre la preuve à la charge des parties lorsque la contestation est de nature patrimoniale.

L'art. 16 LDIP consacre donc l'obligation pour le juge cantonal d'établir d'office le droit étranger ( ATF 118 II 83 consid. 2a et les références). Du moment que l'application du droit étranger découle d'une injonction de la règle suisse de conflit, le juge ne peut plus s'en remettre au bon vouloir des parties d'établir ou non le droit étranger et, dans le cas où elles ne le font pas, se référer au droit suisse (Message, FF 1983 I 302 ad 214.4). Si l'on ne peut présumer une volonté concordante des parties quant à une élection de droit, il faut leur donner la possibilité de s'exprimer au sujet du droit applicable à un stade de la procédure précédant l'appréciation du droit étranger (Keller /Girsberger, IPRG Kommentar, n. 40 ad art. 16). Le droit d'être entendu doit en effet être respecté de manière à éviter qu'une partie ne soit surprise par l'application du droit étranger. La preuve mise à la charge des parties n'est pas une preuve au sens usuel (ATF 119 II 93 consid. 2c/bb = SJ 1993 p. 307 (rés.)). Pour le juge, elle représente une faculté mais non une obligation (Keller/Girsberger, op. cit., n. 38 ad art. 16). Le juge peut appliquer le droit suisse à la place du droit étranger déterminant dans toutes les causes, d'une part, lorsqu'il s'avère impossible d'établir le contenu de ce droit, du moins sans difficultés excessives et nonobstant la collaboration éventuelle des parties, et dans les seules causes patrimoniales, d'autre part, lorsque le juge en a imposé la preuve aux parties et que celles-ci ne l'ont pas rapportée (Poudret, Les modifications de la loi fédérale d'organisation judiciaire introduites par la LDIP, in JdT 1988 I 614). Encore faut-il que la méconnaissance du droit étranger ou les difficultés rencontrées soient réelles (Knoepfler/Schweizer, La loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP). Partie générale de la LDIP, in FJS 241, p. 5).

b) En l'espèce, la cour cantonale a appliqué le droit suisse pour le motif que le contenu du droit saoudien n'était pas déterminé. Ainsi que cela a déjà été exposé, la défenderesse a plaidé l'application du droit de l'Arabie Saoudite (consid. 4b/aa non publié). La cour cantonale devait donc en établir d'office le contenu. Dans cette démarche, elle pouvait mettre à la charge de cette partie la preuve de ce droit, ce qu'elle n'a pas fait. La circonstance que l'application du droit saoudien n'a été discutée qu'au moment de l'audience de jugement n'y change rien, puisque le comportement de la défenderesse n'était pas abusif (cf. consid. 4b/aa non publié). Certes, la sécurité du droit commande que la règle de droit demeure constante dans toute la procédure ( ATF 118 II 83 consid. 3 p. 86 = SJ 1992 p. 379). On ne saurait toutefois entériner une inactivité de la cour cantonale quant à son obligation d'établir d'office le droit étranger lorsque celle-ci aurait dû se rendre compte, au terme de l'échange des écritures, que le problème de droit international privé a échappé aux parties. Admettre un tel procédé reviendrait à vider partiellement de son sens le principe *iura novit curia*. Du reste, la preuve du droit étranger n'est subordonnée ni à une allégation préalable, ni à une décision dans l'ordonnance sur preuves; elle peut intervenir en tout temps, même en seconde instance (Poudret / Wurzbürger / Haldy, Procédure civile vaudoise, n. 4 ad art. 6, p. 41).

La cour cantonale est restée muette en ce qui concerne l'impossibilité dans laquelle elle se serait trouvée de connaître le droit étranger. Il ne ressort en effet ni du jugement attaqué et des pièces du dossier qu'elle a effectivement tenté de déterminer ce droit, ni qu'elle aurait été dans l'impossibilité de se procurer les dispositions légales topiques. Il n'est pas inutile de rappeler que le juge cantonal peut, dans ses propres investigations, bénéficier, entre autres, de l'aide de l'Institut suisse de droit comparé, dont la tâche consiste notamment à donner des renseignements et des avis de droit aux tribunaux sur le droit étranger (cf. art. 3 al. 1 let. c de la loi fédérale du 6 octobre 1978 sur l'Institut suisse de droit comparé [RS 425.1]; Message, FF 1983 I 302 ad 214.4), ou de la Section du droit international privé de l'Office fédéral de la Justice (cf. Keller / Girsberger, op. cit., n. 55 ad art. 16). La circonstance que le droit étranger déterminant ne soit pas celui d'un pays voisin ne modifie pas pour autant l'obligation du juge cantonal de l'établir d'office (cf. l'arrêt non publié du 11 novembre 1993 cité, auquel la demanderesse se réfère; cf. aussi ATF 119 II 93 consid. 2c/bb = SJ 1993 p. 307 (rés.)).

*(Tribunal fédéral, 1ère Cour civile. 2 octobre 1995. Banque A. c. Banque B.)*