

UNIVERSITE PARIS II- PANTHEON-ASSAS

DROIT – ÉCONOMIE – SCIENCE SOCIALES

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT INTERNATIONAL, DROIT EUROPEEN, RELATIONS
INTERNATIONALES ET DROIT COMPARE

LE DROIT APPLICABLE AU CONTRAT EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COLOMBIEN. ÉTUDE COMPARÉE, CRITIQUE ET PROSPECTIVE

Thèse pour le doctorat en droit privé

(Arrêté du 25 mai 2016)

Présentée et soutenue le 1^{er} février 2017

par

Daniel Miguel ROJAS TAMAYO

DIRECTEUR DE RECHERCHE

Madame Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas*

ET EN COTUTELLE

Monsieur Édgar Cortés Moncayo, *Professeur à l'Université Externado de Colombie*

MEMBRES DU JURY

Madame Marie-Élodie Ancel, *Professeur à l'Université Paris Est-Créteil*

Monsieur Lauro da Gama e Souza Jr., *Professeur à la Pontificale université catholique de Rio de Janeiro*

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À ma femme

À mes parents

Remerciements

Je remercie Mme le Professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson et M. le Professeur Édgar Cortés d'avoir accepté de diriger ce travail qui s'est énormément enrichi de leurs remarques et conseils.

Je voudrais également remercier le regretté doyen Fernando Hinestrosa et M. le Professeur Felipe Navia, qui m'ont encouragé à continuer mes études de droit à Paris, ainsi que le Centre de recherche de droit international de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), l'Université Externado de Colombie, Colfuturo et l'Institut Max Planck de droit comparé et droit international privé de Hambourg, dont le soutien a été indispensable.

Mes plus sincères remerciements vont à Chloé Adelbrecht-Vignes, Alejandra Angulo, Jérôme Chacornac, Caroline Cohen, Charles Fondrevelle, Adeline Jeauneau, François Mailhé, Miguel Montiel, Suzel Roux, MM. les Professeurs Carlos Arrue Montenegro et Benjamin Remy qui, par leurs relectures, commentaires et questions, ont rendu ce manuscrit plus clair et m'ont aidé à mieux exprimer ma pensée. Ma profonde reconnaissance va à Samuel Fulli-Lemaire pour son écoute et ses relectures attentives. Sans lui ce travail n'aurait pas été le même.

Pour leur soutien amical indéfectible, je tiens à remercier Ana María, Asma, Bernardo, Camille, Claudia, Diego, Djoleen, Esther, Étienne, Fernando, Florent, Hussein, Juan Pablo, Jorge, Julián, Luana, Mathieu, Mónica, Natalia, Nicolas, Paul-Jean, Rona, et Santiago, et M. le Professeur Oswaldo Pérez et Mme Laurence Tacquard.

Je remercie également mes parents, sans qui rien n'aurait été possible, mes sœurs Adriana et Ana María, et mes cousines, Andrea et Ángela, pour leur soutien tendre et inconditionnel.

À Dilia, Emilia et Benjamín dont l'amour m'a animé et inspiré ; tout est pour eux.

Sommaire

<i>Introduction</i>	<i>1</i>
<i>Partie I La déconstruction du droit international privé colombien des contrats</i>	<i>11</i>
Titre I L'analyse du système général	15
Chapitre I Données fondamentales du système	17
Chapitre II Appréciation critique du système	37
Titre II L'analyse des solutions en matière de contrats	92
Chapitre I Détermination <i>in abstracto</i> de la loi applicable au contrat	95
Chapitre II Détermination <i>in concreto</i> de la loi applicable au contrat	140
<i>Partie II La construction d'un nouveau droit international privé colombien des contrats</i>	<i>177</i>
Titre I La liberté de choix en droit international privé comparé	181
Chapitre I L'émergence de la liberté de choix de loi	183
Chapitre II La consolidation de la liberté de choix de loi	207
Titre II La liberté de choix en droit international privé colombien	227
Chapitre I L'affirmation de la liberté de choix	229
Chapitre II Proposition d'une réglementation de la liberté de choix	270
<i>Conclusion</i>	<i>314</i>
<i>Annexe</i>	<i>319</i>
<i>Bibliographie</i>	<i>325</i>
<i>Index alphabétique</i>	<i>345</i>
<i>Table des matières</i>	<i>353</i>

Principales conventions d'écriture

Sauf précision contraire, les extraits de textes de loi, de jurisprudence et de doctrine en langue étrangère qui sont reproduits dans cette étude ont été traduits par l'auteur. Lorsqu'elles existent, les traductions élaborées par des institutions internationales ou des auteurs ont été préférées et sont signalées.

Principaux textes internationaux cités

(Les formules abrégées apparaissent entre parenthèses)

Conventions, traités et accords internationaux

Traité de *droit processuel international*, signé à Montevideo le 11 janvier 1889 (« traité de droit processuel international »).

Traité de *droit civil international*, signé à Montevideo le 12 février 1889 (« traité de Montevideo »).

Traité *sur le droit international privé entre les Républiques de la Colombie et de l'Équateur*, signé à Quito le 18 juin 1903 (« traité avec l'Équateur »).

Convention *entre la Colombie et l'Espagne pour l'exécution des jugements civils*, signée à Madrid 30 mai 1908 (« convention avec l'Espagne »).

Accord *sur l'exécution d'actes étrangers*, signé à Caracas le 18 juillet de 1911 (« accord de Caracas »).

Convention de La Haye du 15 juin 1955 *sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* (« convention de La Haye de 1955 »).

Convention de New York du 10 juin 1958 *pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (« convention de New York »).

Convention de Washington du 18 mars 1965 *pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* (« convention de Washington »).

Convention interaméricaine *sur les normes générales de droit international privé*, signée à Montevideo le 8 mai 1979 (« convention OEA normes générales »).

Convention interaméricaine *sur l'efficacité extraterritoriale des jugements et des sentences arbitrales étrangères*, signée à Montevideo le 8 mai 1979 (« convention OEA jugements et sentences »).

Convention interaméricaine *sur l'arbitrage commercial international*, signée à Montevideo le 8 mai 1979 (« convention OEA arbitrage international »).

Convention des Nations Unies *sur les contrats de vente internationale de marchandises*, signée à Vienne le 11 avril 1980 (« convention de Vienne »).

Convention *sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, signée à Rome le 19 juin 1980 (« convention de Rome »).

Convention de La Haye du 22 décembre 1986 *sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* (« convention de La Haye de 1986 »).

Convention interaméricaine *sur la loi applicable aux contrats internationaux*, signée à Mexico le 17 mars 1994 (« convention de Mexico »).

Convention *relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*, signée au Cap le 16 novembre 2001 (« convention du Cap »).

Protocole *portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*, signée au Cap le 16 novembre 2001 (« protocole du Cap »).

Convention de La Haye du 30 juin 2005 *sur les accords d'élection de for* (« Convention élection de for »).

Décisions andines

Décision 398 du 17 janvier 1997 *sur le transport international de passagers par route* (« Décision 398 »).

Décision 399 du 17 janvier 1997 *sur le transport international de marchandises par route* (« Décision 399 »).

Règlements européens

Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (« règlement Bruxelles I »).

Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 *relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000* (« règlement Bruxelles II bis »).

Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (« règlement Rome I »).

Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 *mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps* (« règlement Rome III »).

Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen* (« règlement Rome IV »).

Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)* (« règlement Bruxelles I bis »).

Règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 *mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux* (« règlement régimes matrimoniaux »).

Instruments internationaux non contraignants

Résolution du 3 octobre 1908 de l'Institut de droit international, lors de la Session de Florence, *sur les règles sur la détermination de la loi qui doit régir les obligations contractuelles à titre de droit supplétif* (« Résolution de Florence »).

Résolution du 31 août 1991 de l'Institut de droit international, lors de la Session de Bâle, *sur l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées* (« Résolution de Bâle »).

Principes d'Unidroit *relatifs aux contrats du commerce international* 2010 (« Principes d'Unidroit »).

Loi modèle OHADAC *relative au droit international privé* 2014 (« loi modèle de l'OHADAC »).

Principes *sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux* 2015 (« principes de La Haye »).

Principales abréviations

<i>adde</i>	Ajoutez	<i>Bull. ASA</i>	<i>Bulletin de l'Association Suisse d'Arbitrage</i>
<i>A. J. fam.</i>	<i>Actualité juridique famille</i>	<i>Bull. Joly</i>	<i>Bulletin Joly</i>
<i>AEDIPr</i>	<i>Annuaire espagnol de droit international privé</i>	c.	contre
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>	<i>Cah. arb.</i>	<i>Cahiers de l'arbitrage (aujourd'hui Paris Journal of International Arbitration)</i>
aff.	affaire	<i>Cah. dr. eur.</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
<i>AIDI</i>	Annuaire de l'Institut de Droit International	Cass.	Cour de cassation
<i>AJ</i>	Actualité jurisprudentielle (Recueil Dalloz)	CCC	Code civil colombien
<i>AJCT</i>	Actualité Juridique Collectivités Territoriales	CCF	Code civil français
<i>AJDA</i>	<i>Actualité Juridique Droit administratif</i>	CCoC	Code de commerce colombien
al.	alinéa	CE	Conseil d'État
<i>alii</i>	autres	cf.	<i>confer</i>
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>	CGP	<i>Código general del proceso</i> (Code général du procès)
<i>Am. J. Int. Law</i>	<i>American Journal of International Law</i>	Chron.	Chronique (revue Dalloz)
<i>Am. Rev. Int. Arb.</i>	<i>American Review of International Arbitration</i>	CIJ	Cour Internationale de Justice
<i>APD</i>	<i>Archives de Philosophie du Droit</i>	civ.	<i>Sala de casación civil</i> (chambre de cassation civile pour la Cour suprême de justice); aussi chambre civile de la Cour de cassation
<i>Ark. L. Rev.</i>	<i>Arkansas Law Review</i>	CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
art.	article(s)	Coll.	Collection
Ass. Plén.	Assemblée plénière	<i>Colum. J. Transnat'l L.</i>	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>	com.	Chambre commerciale, économique et financière de la

	Cour de cassation	exp.	<i>Expediente</i> (équivalent au numéro de pourvoi)
comm.	commentaire (revues Lexis Nexis)	fasc.	fascicule
concl.	conclusions	<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
Cons. const.	Conseil constitutionnel	<i>GJ</i>	<i>Gaceta Judicial</i> (Gazette judiciaire de la Cour suprême de justice)
Const.	Cour constitutionnelle		
<i>Constitutions</i>	<i>Revue Constitutions</i>	<i>i.e.</i>	<i>id est</i> (c'est-à-dire)
<i>Contrats concu. conso.</i>	Contrats concurrence consommation	<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>Cornell L. Rev.</i>	<i>Cornell Law Review</i>	<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
CPCC	<i>Código de procedimiento civil</i> (Code de la procédure civile)	<i>IL RCDI</i>	<i>International Law : Revista Colombiana de Derecho Internacional</i>
CPA	Cour Permanente d'arbitrage		
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale	<i>Ill. L. Rev.</i>	<i>Illinois law review</i>
		<i>infra</i>	ci-dessous
CSJ	Cour suprême de justice	<i>Int. Arb. L. Rev.</i>	<i>International Arbitration Law Review</i>
D.	<i>Recueil Dalloz</i>		
D. P.	<i>Dalloz périodique</i>	<i>J. Int. Arb.</i>	<i>Journal of International Arbitration</i>
dactyl.	dactylographiée	<i>J. Priv. Int. L.</i>	<i>Journal of Private International Law</i>
dir.	directeur, direction		
DMF	Droit maritime français	<i>J.-Cl. comm.</i>	<i>Juris-Classeur Commercial</i>
doct.	Doctrine (revue Lexis nexis)	<i>J.-Cl. communication</i>	<i>Juris-Classeur Communication</i>
DPCI	Droit et pratique du commerce international	<i>J.-Cl. conc. conso.</i>	<i>Juris-Classeur Concurrence et Consommation</i>
<i>Dr. adm.</i>	<i>Revue de droit administratif</i>		
<i>Dr. et pat.</i>	<i>Droit et Patrimoine</i>	<i>J.-Cl. dr. int.</i>	<i>Juris-Classeur Droit International</i>
<i>Dr. fam.</i>	<i>Revue Droit de la famille</i>	<i>J.-Cl. Europe</i>	<i>Juris-Classeur Europe</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>	<i>JCP</i>	<i>Jurisclasseur Périodique (La Semaine Juridique)</i> , édition générale
éd. (éds.)	édition, éditeur (éditeurs)		
<i>Europe</i>	<i>Revue Europe</i>	<i>JCP E</i>	<i>Jurisclasseur Périodique (La</i>

	<i>Semaine juridique</i>), édition entreprise		<i>Haye</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du Droit international</i>	<i>RCDI</i>	<i>Revista Colombiana de Derecho Internacional</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal Officiel des Communautés européennes</i>	<i>RD transp.</i>	<i>Revue de droit des transport</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal Officiel de la République française</i>	<i>RDAl</i>	<i>Revue de Droit des Affaires internationales</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal Officiel de l'Union européenne</i>	<i>RDC</i>	<i>Revue des Contrats</i>
<i>Jur.</i>	Jurisprudence (<i>Recueil Dalloz</i>)	<i>RDC belge</i>	<i>Revue de droit commerciale belge.</i>
<i>LBHP</i>	<i>LexBase Hebdo édition privée</i>	<i>RDP</i>	<i>Revue de droit public</i>
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité)	<i>RDP</i>	<i>Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>	<i>RDUE</i>	<i>Revue du Droit de l'Union européenne</i>
<i>LQR</i>	<i>Law Quarterly Review</i>	<i>Rec.</i>	<i>Recueil</i>
<i>Mercer. L. Rev.</i>	<i>Mercer Law Review</i>	<i>Rec. CIJ</i>	<i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice</i>
n°	numéro	rééd.	réédition
obs.	observations	réimp.	réimpression
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)	<i>Rép. dr. civ.</i>	<i>Répertoire de droit civil</i>
p.	page	<i>Rép. dr. eur.</i>	<i>Répertoire de droit européen</i>
pan.	Panorama (<i>Recueil Dalloz</i>)	<i>Rép. dr. int.</i>	<i>Répertoire de droit international</i>
<i>passim</i>	en plusieurs endroits	repr.	<i>reprint</i>
préc.	précité(s)	Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Procédures</i>	<i>Revue Procédures</i>	<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Propriété industrielle</i>	<i>Revue Propriété industrielle</i>	<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>RACJ</i>	<i>Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia</i>	<i>Rev. crit. jurispr. belge</i>	<i>Revue critique de jurisprudence belge</i>
rappr.	rapprocher	<i>Rev. der. priv.</i>	<i>Revue de droit privé de</i>
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La</i>		

<i>Andes</i>	<i>l'Université des Andes</i>	<i>RGAT</i>	<i>Revue générale des assurances terrestres</i>
<i>Rev. der. priv. UEC</i>	<i>Revue de droit privé de l'Université Externado de Colombie</i>	<i>RGDP</i>	<i>Revue générale des procédures</i>
<i>Rev. der. Univ. Norte</i>	<i>Revista de derecho, Universidad del Norte</i>	<i>RID éco.</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>Rev. dr. banc. et fin.</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>	<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>Rev. dr. int. et de légis. comp.</i>	<i>Revue de droit international et de législation comparée</i>	<i>Riv. dir. int.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale</i>
<i>Rev. Dr. U.E.</i>	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>	<i>Riv. dir. int. priv. e proc.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>Rev. dr. unif.</i>	<i>Revue de droit uniforme</i>	<i>RJDA</i>	<i>Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires</i>
<i>Rev. écon.</i>	<i>Revue économique</i>	<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>Rev. fr. dr. constit.</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>	<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>Rev. hist. dr. fr. et étr.</i>	<i>Revue d'Histoire du droit français et étranger</i>	<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>
<i>Rev. hist. fac. dr. sc. jur.</i>	<i>Revue d'histoire des facultés de droit et de sciences juridiques</i>	<i>RLDI</i>	<i>Revue Lamy droit de l'immatériel</i>
<i>Rev. jur. Alsace et Lorraine</i>	<i>Revue juridique d'Alsace et Lorraine</i>	<i>RMC</i>	<i>Revue du Marché Commun</i>
<i>Rev. jur. com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>	<i>RMCUE</i>	<i>Revue du Marché Commun et de l'Union européenne</i>
<i>Rev. Lamy concurrence</i>	<i>Revue Lamy concurrence</i>	<i>RMUE</i>	<i>Revue du Marché unique européen</i>
<i>Rev. prat. dr. inter. priv.</i>	<i>Revue pratique de droit international privé</i>	<i>RSC</i>	<i>Revue de sciences criminelles</i>
<i>Rev. prat. soc.</i>	<i>Revue pratique des sociétés civiles et commerciales</i>	<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>	<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>Rev. soc.</i>	<i>Revue des sociétés</i>	<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>	<i>s.</i>	<i>suivant(e)s</i>
		<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
		<i>somm.</i>	<i>Sommaire</i>

spéc.	Spécialement	<i>U. Penn. L. Rev.</i>	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
<i>supra</i>	ci-dessus		
t.	Tome	<i>U.C. Davis L. rev.</i>	<i>University of California Davis Law Review</i>
<i>TCFDIP</i>	<i>Travaux du Comité français de Droit international privé</i>	Univ.	Université (Universidad, University)
trad.	traduction	<i>Universitas</i>	<i>Revue Universitas</i>
<i>Tul. L. Rev.</i>	<i>Tulane Law Review</i>	<i>v.</i>	voir (ou <i>versus</i>)
<i>U. Kan. L. Rev.</i>	<i>University of Kansas Law Review</i>	<i>Va. J. Int. L.</i>	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>U. Miami Inter-Am. L. Rev.</i>	<i>University of Miami Inter-America Law Review</i>	<i>v°</i>	<i>Verbo</i> (au mot)
<i>U. Penn. J. Int'l Eco. L.</i>	<i>University of Pennsylvania Journal of International Economic Law</i>	vol.	volume
		<i>Wis. L. Rev.</i>	<i>Wisconsin Law Review</i>

INTRODUCTION

*« ...une étude de droit comparé est d'autant plus fructueuse
qu'elle vise à l'éclaircissement et à l'approfondissement
d'un droit déterminé »*

Henri Batiffol¹

1. Liberté et ordre. – *Libertad y orden*, telle est la devise inscrite dans les armoiries de la République de la Colombie. Ces valeurs, considérées comme fondatrices de la société et de l'ordre juridique colombien, sont logiquement consacrées dans la Constitution politique de cet État. Il est pourtant apparent qu'elles font défaut dans certains pans du droit colombien. Le droit international privé en fournit un exemple éclatant : les valeurs solennellement proclamées par le constituant sont totalement étrangères à la discipline.

2. Liberté, libéralisme et autonomie privée. – L'absence d'ordre n'est peut-être pas aussi surprenante qu'elle pourrait le sembler au premier abord ; il ne s'agit malheureusement pas d'un défaut propre à cette matière. Le manque de liberté, en revanche, suscite une perplexité plus durable. La liberté inscrite dans la devise, et qui correspond aux idées libérales du XVII^e et XVIII^e siècles ayant inspiré les pères de l'indépendance², est complètement négligée. Il est pourtant des domaines où la

¹ BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Librairie du Recueil Sirey, 1938, n° 361, p. 324.

² « Colombiens, les armes vous ont donné l'indépendance, les lois vous donneront la liberté », cette phrase, inscrite au fronton du palais de Justice à Bogotá, est attribuée à Francisco de Paula Santander, l'un des pères fondateurs de la Colombie.

liberté occupe une place indiscutable, comme en droit constitutionnel (liberté d'expression) et droit privé (liberté contractuelle). Elle s'y présente tantôt comme un principe, tantôt comme un droit subjectif, tantôt comme un droit fondamental ; autant de manifestations qui sont appréhendées par la jurisprudence et la doctrine colombiennes en termes d'autonomie privée³.

3. Autonomie de la volonté et liberté de choix. – L'absence de liberté en droit international privé colombien est d'autant plus extraordinaire qu'à l'heure actuelle celle-ci est considérée ailleurs, tout particulièrement en Europe, comme un principe universel de la matière⁴. Désignée par l'expression d'autonomie de la volonté⁵, elle se concrétise par la possibilité de choisir la loi applicable ou le juge compétent⁶. Le principe de l'autonomie de la volonté ne cesse d'ailleurs d'étendre son champ application qui couvre aujourd'hui tant le domaine contractuel que celui des relations familiales⁷.

D'innombrables thèses, cours, études et articles y ont été, et y sont consacrés encore aujourd'hui⁸. Il s'agit sans doute, en effet, de l'un des sujets les plus complexes, les

³ Les nombreuses décisions de la Cour constitutionnelle en matière de libertés fondamentales en attestent : liberté d'expression, liberté religieuse, liberté syndicale, entre autres. De même, en droit privé il existe des exemples de liberté, à commencer par la liberté contractuelle, etc. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones : el negocio jurídico*, vol. I, Univ. Externado de Colombia, 2015, n° 120, p. 301.

⁴ C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *RCADI* 2012, t. 359, p. 285, spéc. 303 s. Le législateur européen la considère comme « l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois » (considérant 11 au règlement Rome I).

⁵ Du point de vue théorique, l'autonomie de la volonté est traditionnellement rattachée à une philosophie inspirée des doctrines de Rousseau et de Kant. En effet, ce sont ces doctrines qui, en plaçant l'homme et sa liberté au centre de la pensée politique et philosophique, ont conduit à affirmer que la société comme l'État devaient être fondés sur le principe selon lequel il appartient aux individus de déterminer librement leurs engagements. Sur ce point, v. V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, p. 10. Sur l'application de la doctrine kantienne au droit international privé, v. G. P. ROMANO, « Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice », *JDI* 2012.59 et J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations », *RCADI* 2013, t. 360, p. 196 s. Pour d'autres, néanmoins, l'influence de la philosophie de Kant sur le droit est plus que discutable, v. la préface de M. VILLEY (p. 7), in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Première partie. Doctrine du droit*, Alexandre Philonenko (trad.), J. Vrin, 2011.

⁶ C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, préf. B. Ancel, LGDJ, 2011, p. 2.

⁷ Sur l'extension de la liberté de choix, v. parmi d'autres, A. E. VON OVERBECK, « L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé » in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 619 ; C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté... », *op. cit.*, p. 311 et ss. ; P. WAUTELET, « Autonomie de la volonté et concurrence réglementaire - le cas des relations familiales internationales », in *Vers un statut européen de la famille*, Hugues Fulchiron et Christine Bidaud-Garon (dirs.), Dalloz, 2014, p. 131 ; H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 255.

⁸ Dresser une liste de toutes les contributions serait pour le moins audacieux. Cependant, à ce stade, il est possible d'évoquer quelques-uns des auteurs qui ont dédié une partie de leur œuvre à l'étude de la question. En France, il faut citer Marcel Caleb, Jean-Paulin Niboyet, Henri Batiffol, Véronique Ranouil, Jean-Michel Jacquet, Vincent Heuzé et, très récemment, Marie-Élodie Ancel, Pascale Deumier et Malik Laazouzi ; et à l'étranger, Mario Giuliano, Peter Nygh,

plus débattus et les plus étudiés en droit international privé comparé. L'essor de l'autonomie de la volonté en droit positif a certes privé de raisons d'être certains points de discussion, mais d'autres querelles n'ont pas complètement disparu. Quel pourrait donc être l'intérêt de revenir sur un sujet si amplement analysé ?

4. Liberté de choix et droit colombien. – Entreprendre une telle étude peut apparaître comme une tâche aussi immense qu'inutile, dans la mesure où rien ne semble pouvoir être ajouté à propos d'un sujet qui a inspiré les œuvres les plus brillantes des membres les plus distingués de la communauté scientifique. Néanmoins, la réalité apporte un démenti à certaines conceptions de la liberté de choix tenues pour acquises ; certaines questions demeurent sans réponse ou au moins sans réponse unique. Ainsi, d'une part, la prétendue universalité du principe est mise à mal par la position que retiennent encore certains ordres juridiques, tels que la Colombie, l'une des contrées qui résistent à son expansion. La liberté de choix, d'autre part, peut recevoir une réglementation différente dans chaque ordre juridique ; les problèmes qu'elle soulève admettent des solutions diverses et la perspective de son adoption en droit colombien en fournirait une illustration précieuse.

5. Vers un nouveau droit international privé colombien des contrats ? – Plusieurs raisons, en effet, invitent à aborder ce sujet dans le cadre du droit colombien. D'abord, le droit international privé colombien des contrats n'a pas encore fait l'objet d'une étude approfondie. Ainsi, les règles retenues en droit positif pour résoudre les conflits de lois ne sont quasiment pas commentées par les auteurs. Pourtant, la jurisprudence recourt, de manière il est vrai quelque peu confuse, à plusieurs des solutions proposées en droit international privé comparé et qui semblent donc, dans une certaine mesure, avoir une place en droit colombien sans que pour autant aucune puisse être considérée comme la solution de principe. Par ailleurs, certains instruments internationaux qui autorisent le choix de loi, quoique

Christian Kohler. Le lecteur trouvera dans la bibliographie la référence complète à leurs contributions et à celles d'autres auteurs.

d'une manière restreinte, sont presque totalement négligés par les tribunaux et la doctrine colombiens. Le système n'est donc pas seulement méconnu mais complexe, et le manque d'une réponse claire à la question de la loi applicable au contrat est patent.

Ensuite, les développements consacrés aux contrats internationaux dans les manuels et certaines études de moindre ampleur n'abordent que très succinctement la liberté de choix de la loi applicable ; la plupart des auteurs se contente d'évoquer le fait qu'elle est largement répandue et d'affirmer la nécessité de se rallier à cette tendance générale. Les instruments internationaux, pour le part, ne sont guère plus explicites. Par conséquent, le droit colombien n'offre que quelques indices d'à peine d'une réglementation à laquelle serait soumis le choix, ce qui constitue la troisième raison d'engager une étude à la fois critique, comparée et prospective.

6. Une étude critique. – La Colombie manque d'une tradition scientifique en droit international privé, ce qui fait obstacle à un perfectionnement endogène de cette discipline⁹. À cet égard, il est important de remarquer, tout d'abord, que les Hautes cours, la Cour suprême de justice¹⁰ et la Cour constitutionnelle¹¹, au demeurant peu enclines à soulever les éléments d'extranéité, n'ont eu que peu d'occasions de statuer en la matière que dans des rares opportunités et presque exclusivement au sujet de l'exequatur¹². Les décisions à propos des conflits de lois sont rares et celles qui abordent des questions de compétence judiciaire ne font qu'affirmer le caractère impératif des règles de compétence interne. Par ailleurs,

⁹ Sur ce point, en matière de compétence internationale, v. F. MAILHE, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, Thèse dactyl. Paris II, 2013, n° 819.

¹⁰ La Cour suprême de justice est l'équivalent en Colombie de la Cour de cassation française. Elle est également juge de cassation. Cependant, avant la Constitution de 1991, elle connaissait aussi des actions en constitutionnalité et, depuis la Constitution de 1991, elle peut être saisie dans le cadre d'une action en tutelle (sur cette action v. la note suivante).

¹¹ La Cour constitutionnelle a été créée par la Constitution Politique de 1991. Elle connaît principalement de deux types de questions : la constitutionnalité des dispositions législatives, avec la participation des neuf magistrats de la Cour, et dont les arrêts sont identifiés avec la lettre « C » ; et la protection des droits fondamentaux à l'occasion d'une action dite en tutelle, identifiés avec la lettre « T » ou les lettres « SU ». L'action en tutelle, créée aussi par la Constitution de 1991, a pour caractéristiques principales la brièveté et la subsidiarité de sa procédure. D'ailleurs, la Cour constitutionnelle, siégeant dans des petites formations de trois magistrats, ne se prononce que dans des cas exceptionnels, dits de révision, pour clarifier la portée d'un droit ou éviter un préjudice grave (article 33 du Décret 2591 de 1991) ; deux instances se sont déjà épuisées avant que l'affaire n'arrive devant la Cour. Dans tous les cas, les magistrats peuvent donner une opinion dissidente ou individuelle dans laquelle ils exposent les raisons de leur désaccord avec le dispositif ou les motifs de la décision. Ces éléments seront rappelés autant que de besoin dans les développements qui vont suivre.

¹² Malgré quelques particularités, l'organisation judiciaire colombienne est assez classique. Des précisions sur celle-ci et sur les actions et les recours en Colombie seront fournies au fur et à mesure.

l'analyse n'est pas aisée car les deux juridictions se perdent souvent dans des considérations d'ordre doctrinal qui ne semblent pas inspirer directement l'issue du litige. Curieusement, il semble que la Cour suprême de justice et la Cour constitutionnelle aient, comme à leur insu, recouru à plusieurs méthodes de droit international privé pour résoudre le conflit de lois en matière contractuelle.

Ensuite, la doctrine est peu attentive au droit positif¹³, ce qui tient sûrement pour partie au fait que la recherche et l'enseignement de cette matière dans les facultés de droit sont très récents et donnent à peine leurs premiers fruits¹⁴. Ainsi, les imprécisions sont fréquentes, comme le montre le traitement dû au droit international privé lui-même, qui est souvent présenté par la doctrine dans une optique universaliste, comme s'il s'agissait d'un système unique et uniforme valable partout et pouvant par exemple justifier, de sa seule autorité, l'adoption du principe de l'autonomie de la volonté¹⁵. Enfin, ces difficultés sont particulièrement apparentes au sujet des conflits de lois en matière de contrats ; domaine dans lequel il existe quelques arrêts et articles de doctrine. Les solutions du droit positif, en effet, et avec elles le système qui en découle sont mal connus des tribunaux, des praticiens et des juristes et n'ont guère été remis en cause par les auteurs qui se bornent de manière générale à proposer l'adoption de la liberté de choix comme une évidence. La sécurité juridique de l'ordre juridique colombien est donc précaire, ce qui impose de procéder à une révision du système.

Pourtant, les textes en vigueur auraient dû inspirer une lecture plus critique du droit international privé colombien et particulièrement de certaines solutions. Bien que l'un et les autres aient été traditionnellement déduits des dispositions des codes

¹³ Les ouvrages et les articles des auteurs colombiens font davantage du droit comparé que du droit international privé : alors que les références aux ouvrages étrangers de droit international privé sont nombreuses, les citations d'arrêts rendus par la Cour suprême de justice et la Cour constitutionnelle en la matière sont rares, voire totalement inexistantes. Cette caractéristique de la doctrine est très problématique et elle est parfois perçue comme incompatible avec les exigences de l'État de droit. En ce sens, E. SILVA ROMERO, « Prólogo » in *Teoría general del derecho internacional privado*, A. A. Aljure Salame, L. V. García Matamoros (éds.), Legis, Univ. del Rosario, 2016, p. xxxi.

¹⁴ C. HOLGUÍN HOLGUÍN, « La noción de orden público en el derecho internacional privado », in *El derecho de los negocios internacionales. Libro homenaje a Enrique Low Murtra*, Univ. Externado de Colombia, 1991, p. 405, spéc. 411 ; J. L. MARÍN FUENTES, *Derecho internacional privado*, Univ. de Medellín, 2014, et spécifiquement sur l'enseignement de la discipline, de ce dernier auteur, « Estado del derecho internacional privado en Colombia y su enseñanza », **¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.**, consulté le 6 octobre 2016.

¹⁵ A. ZAPATA DE ARBELÁEZ, « La ley aplicable al contrato internacional » in *Teoría general del derecho internacional privado*, A. A. Aljure Salame, L. V. García Matamoros (éds.), Legis, Univ. del Rosario, 2016, p. 189, spéc. 201.

civil et de commerce colombiens, qui ne contiennent que très peu des règles applicables en la matière, les instruments qui ont intégré l'ordre juridique colombien au cours des dernières décennies adoptent une approche qui semble en mesure de bousculer la conception qui a prédominé depuis les années quarante du XX^e siècle.

Plusieurs conséquences découlent de cette situation. En premier lieu, deux limitations semblent s'imposer à cette étude. La première tient à son objet : seul nous intéresse ici la détermination de la loi applicable au contrat commercial international, qui constitue l'unique hypothèse sur laquelle la jurisprudence se soit réellement prononcée. Même si la liberté de choix existe également en matière de compétence internationale et d'arbitrage international, ces domaines ne seront évoqués par la suite que dans la seule mesure où ils offriront des enseignements au regard de la loi du contrat. Les contrats de travail et les contrats conclus avec les consommateurs sont également exclus car leur réglementation en droit international privé exige de tenir compte d'intérêts et d'objectifs spécifiques et mérite une étude à part. La seconde limitation tient à la période abordée : le point de départ est fixé à l'adoption du Code civil unique en Colombie, à savoir 1887. Il est certes regrettable d'écarter le droit international privé de la période antérieure, mais les questions qui y sont relatives relèvent de l'histoire du droit colombien.

En second lieu, il semble inévitable de recourir au droit interne. Bien que le droit international privé ne connaisse pas l'autonomie de la volonté, cette notion n'est nullement ignorée par l'ordre juridique colombien et a une place incontestable en droit interne de contrats. Il semble donc logique de tirer du second des leçons pour le premier.

Cette étude doit dès lors consister en une analyse critique du système de résolution du conflit de lois en matière de contrats principalement, mais aussi du droit international privé colombien en général lorsque cela s'avérerait nécessaire.

7. Une étude comparative. – À cette fin, il ne semble pas judicieux de négliger l'expérience de droits étrangers. En effet, le droit international privé colombien rencontre aujourd'hui des obstacles similaires à ceux qui ont été surmontés par d'autres ordres juridiques, notamment en matière de contrats internationaux. L'Allemagne, la France, l'Italie et la Suisse, pour ne citer que les exemples les plus

marquants, connaissaient à une époque les règles qui constituent le droit positif colombien. Or ces droits ont opéré une transition vers l'autonomie de la volonté, qui s'est accompagné d'une analyse profonde des règles précédentes et d'une critique complète de la règle qui est devenue la nouvelle solution de principe. Les travaux consacrés à la détermination de la loi applicable par les auteurs de ces pays nourriront ainsi la réflexion que propose cette étude.

L'évolution de la matière en droit français présente en outre un intérêt particulier pour deux raisons. D'une part, les auteurs français ont, à toutes les époques, marqué le débat de leur empreinte. Les œuvres de Dumoulin, Niboyet et Batiffol sont encore aujourd'hui incontournables. Récemment, et parmi bien d'autres, les écrits de M. Paul Lagarde, le rapporteur de la convention de Rome, et de M. Vincent Heuzé, auquel est dû la dernière véritable critique du principe, sont également des références obligées. À ce stade, il est cependant nécessaire d'exprimer un regret, qui tient à l'impossibilité d'accéder à la pensée des auteurs allemands et italiens, dont il est inutile de rappeler l'importance pour le droit international privé, dans leur langue d'origine. Bien qu'ils soient présents par le biais des cours dispensés à l'Académie de droit international de La Haye, le droit français a fourni les bases de la recherche et en quelque sorte imposé sa manière d'aborder le sujet.

D'autre part, la doctrine française, et particulièrement les auteurs anciens, est sans doute celle qui a le plus retenu l'attention des auteurs et des tribunaux colombiens. La doctrine s'est certes appuyé sur des auteurs de tous les horizons, mais les références aux auteurs français prédominent. Ceux-ci ont été les premiers, et parfois les seuls, à être cités dans les arrêts de la Cour suprême de justice¹⁶.

L'analyse de l'état actuel du droit international privé colombien, et sa critique, ont donc tout intérêt à être confrontées à l'expérience européenne et à s'en inspirer. Il faut toutefois signaler qu'il n'a pas été possible de transposer tels quels les arguments révélés par l'approche comparative ; le plus souvent il a fallu les adapter aux particularités du droit colombien.

¹⁶ *V.*, entre autres, CSJ civ. 19 juillet 1994 exp. 3894, *GJ* t. CCXXXI, n° 2470, p. 75, et 5 novembre 1996, exp. 6130, *GJ* t. CCXLIII, n° 2482, p. 596, où Niboyet, Batiffol, Goldschmidt et Kegel sont cités.

8. Une étude prospective. – Le résultat prévisible de cette comparaison conduit directement au dernier caractère de cette étude¹⁷. De fait, le droit international privé comparé révèle une tendance mondiale à l'expansion et à la consolidation du principe de l'autonomie de la volonté comme solution de principe du conflit de lois en matière de contrats. Même si les études dédiées à ce sujet sont pour la plupart postérieures à la consécration de l'autonomie de la volonté en droit positif¹⁸, rien ne s'oppose à ce que le débat précède cette dernière en droit colombien. Il est donc légitime et nécessaire de s'interroger sur la possibilité d'affirmer la liberté de choix de la loi applicable en droit colombien.

La doctrine colombienne y est majoritairement favorable et, selon certains auteurs, la jurisprudence le serait également. Il est important, à ce stade, de rappeler que, depuis quelques années, la Colombie a entamé la transition d'une société fermée à une société ouverte¹⁹, transition qui crée des conditions propices à certaines évolutions. Les conséquences de cette ouverture croissante sur le sujet de la présente étude sont déjà perceptibles. En particulier, certains instruments internationaux récemment entrés en vigueur ont introduit de nouvelles solutions qui constituent autant des fissures dans le système actuel²⁰ et autant de raisons supplémentaires de le repenser.

Mais il serait par trop insuffisant d'affirmer purement et simplement la possibilité de généraliser le choix de loi. La construction d'un véritable système de résolution du conflit de lois dans les contrats doit également envisager sa réglementation et, sur ce point également, le droit comparé s'avère très précieux. Les conventions de Rome de 1980 et de Mexico de 1994, instruments de vocation régionale, se sont les premières érigées en modèle, mais il est aussi possible de s'inspirer de l'expérience des autres pays, qu'elle prenne la forme d'un texte législatif, tel que la loi suisse de

¹⁷ M. RHEINSTEIN, « Comparative Law – Its Functions, Methods and Uses », *Ark. L. Rev.*, vol. 22, 1968, p. 415-425, spéc. 423.

¹⁸ C'est le cas des thèses de Marcel Caleb, de Jean-Michel Jacquet et de Vincent Heuzé, des monographies d'Henri Batiffol et de Peter Nygh, ainsi que des cours à l'Académie de Droit international de la Conférence de La Haye prononcés par Jean-Paulin Niboyet, Curti Gialdino, Mario Giuliano et, plus récemment, Christian Kohler.

¹⁹ Cette distinction entre sociétés ouvertes et fermées, issue des doctrines des philosophes Henri Bergson et de Karl Raimund Popper, a récemment été employée pour l'analyse du droit international privé par J. BASEDOW, « The Law of Open Societies... », *op. cit.*, spéc. 64.

²⁰ M. M. ALBORNOZ, « Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems », *J. Priv. Int. L.*, vol. 6, p. 23, spéc. 52.

droit international privé de 1987 ou la loi chinoise de 2010, ou d'une œuvre doctrinale, tel que le *Restatement of the Law Second, Conflict of Laws* (ci-après *Restatement Second*) aux États-Unis d'Amérique²¹.

Ce dernier constitue également un exemple de la méthode souple préférée à l'heure actuelle par les institutions internationales. En effet, la méthode dite dure a depuis un certain temps été laissée à l'écart au profit de l'adoption de textes non contraignants qui, n'ayant pas besoin de la ratification des États, visent à servir de modèle aux législateurs nationaux²². Deux institutions, l'Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe (OHADAC) et la Conférence de La Haye de droit international privé, ont récemment choisi cette méthode et élaboré des propositions de réglementation du contrat international. À cet égard, il est important de relever que la Colombie a été admise en juillet 2006 en tant que membre de la Conférence de La Haye et a entamé le processus de ratification du Statut de la Conférence²³. L'adhésion de la Colombie à la Conférence est en soi une raison et une opportunité de reconsidérer l'ensemble du droit international privé colombien.

9. Les objectifs poursuivis. – Dans ces circonstances, la principale ambition de la présente étude n'est que de proposer à la communauté scientifique colombienne une révision des méthodes de résolution du conflit de lois en matière de contrats et une analyse de la possibilité d'adopter la liberté de choix de loi en tant que solution de principe. La seule motivation, à cet égard, est la recherche d'une solution satisfaisante du conflit de lois en matière contractuelle. Mais il s'agit également d'offrir à la communauté scientifique étrangère, une analyse du droit international privé colombien et un examen de la réglementation du choix de loi applicable

²¹ Sur l'influence du *Restatement Second*, v. S. C. SYMEONYDES, « The American choice-of-law revolution in the courts : today and tomorrow », *RCADI* 2002, t. 298, p. 116. Le professeur Symeonides conduit régulièrement des enquêtes sur l'évolution de la matière aux États-Unis, v. en dernier lieu « Choice of Law in the American Courts in 2015 : Twenty-Ninth Annual Survey », *Am. J. Comp. L.*, vol. 64, 2016, p. 221.

²² B. FAUVARQUE-COSSON, « La Société de législation comparée dans le XXI^e siècle », in *Le droit comparé au XXI^e siècle. Enjeux et défis. Journées internationales de la Société de législation comparée. 8-9 avril 2015*, Bénédicte Fauvarque-Cosson (dir.), Société de législation comparée, 2015, p. 19, spéc. 25-26.

²³ Le 17 novembre 2016 le projet de loi de ratification du Statut a été approuvé par le Sénat colombien. Il doit être soumis à l'approbation de la Chambre de représentants (*Cámara de representantes*, l'équivalent de l'Assemblée nationale française). La procédure de ratification peut être consultée sur internet à l'adresse suivante : <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual/8155/>. Bien que la Colombie ne soit pas membre de la Conférence, deux de ses ressortissants ont déjà imparti des cours à l'Académie de droit international. Il s'agit de Francisco José Urrutia et de Jesús María Yepes.

communément adoptée en droit comparé à travers la construction d'un projet adapté à la Colombie.

10. La démarche à suivre. – Il apparaît que la meilleure, peut-être la seule façon de procéder soit d'effectuer, dans une première partie, une analyse critique du droit international privé colombien et particulièrement des méthodes utilisées pour déterminer la loi applicable au contrat international. Dans la seconde partie, ensuite, il sera alors possible d'étudier l'alternative suggérée par le droit international privé comparé en envisageant l'éventuelle réglementation à laquelle le droit colombien soumettrait la liberté de choix de la loi applicable au contrat international.

Partie I. – La déconstruction du droit international privé colombien des contrats.

Partie II. – La construction d'un nouveau droit international privé colombien des contrats.

PARTIE I

LA DECONSTRUCTION DU DROIT

INTERNATIONAL PRIVE COLOMBIEN

DES CONTRATS

11. Importance d'identifier les caractéristiques du droit international privé colombien. – Chaque système de droit international privé s'inspire des valeurs, des idées directrices et des méthodes de l'ordre juridique dont il dépend. Ainsi, les expressions de l'orientation²⁴ ou de l'approche adoptée par chaque système peuvent être trouvées, par exemple, dans le choix entre le domicile ou la nationalité comme critère de rattachement du statut personnel, dans la place octroyée à l'autonomie de la volonté, ou encore dans le contenu de l'ordre public international, aspects qui varient souvent d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre. Il semble pourtant que le droit international privé colombien reste, sur ce point, inexploré. Il s'agit sans doute d'une difficulté propre à cette matière qui ne compte que quelques décisions et n'a que très peu retenu l'attention de la doctrine²⁵.

12. Nécessité d'identifier la règle de conflit en matière contractuelle. – L'étude du droit international privé colombien est d'autant plus importante qu'elle montrera la manière dont les acteurs juridiques locaux, notamment les juges, appréhendent les relations juridiques qui présentent des liens avec plusieurs ordres juridiques. Un contrat, par exemple, peut notamment conduire le juge à appliquer une loi étrangère, à obtenir des preuves à l'étranger, à soumettre à son autorité des étrangers ou à anticiper la nécessité d'une exécution de son futur jugement dans un pays étranger. Les règles à l'aide desquelles le juge répondra à ces questions dépendent dans une large mesure de la conception de la matière²⁶ que se fait chaque ordre juridique²⁷. Les fondements, les conséquences et le régime de chaque règle sont logiquement tributaires du système dans lequel ils s'inscrivent. Dès lors, « revisiter » le droit international privé colombien impose de remettre en cause des solutions réputées acquises pour les contrats internationaux, ce qui suppose, en amont, que celles-ci aient bien été identifiées.

13. Plan de la première partie. – Il convient donc de débiter par l'identification des traits principaux de la matière, d'une part, puis de poursuivre par celle des

²⁴ B. AUDIT, L. d'AVOUT, *Droit International Privé*, 7^e éd. refondue, Economica, 2013, n° 189.

²⁵ E. SILVA ROMERO, « Prólogo » in *Teoría general del derecho internacional privado*, loc. cit.

²⁶ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002, n° 102, p. 228.

²⁷ L'expression « ordre juridique » ne se restreint pas ici à l'ensemble de règles juridiques en vigueur dans un État, c'est-à-dire aux normes, mais recouvre également ses organes (les juges et les organes de contrainte). Sur ce point v. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 34-47, et aussi, S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Dalloz, 2002 ; l'expression « système juridique » en est un synonyme, sur leur distinction v. D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, préf. H. Muir Watt, Paris : LGDJ, 2008.

méthodes de résolution du conflit de lois en matière de contrats, d'autre part. en d'autres termes, il s'agit d'étudier, d'abord, les spécificités du système de droit international privé colombien dans son ensemble (titre I), pour analyser ensuite les méthodes qui sont utilisées en Colombie pour déterminer la loi applicable au contrat international (titre II).

Titre I. – L'analyse du système général.

Titre II. – L'analyse des solutions en matière des contrats.

TITRE I

L'ANALYSE DU SYSTEME GENERAL

14. **Diversité des sources.** – À la fin du XIX^e siècle, l'ordre juridique de la Colombie était en pleine consolidation. Les bases en ont alors été posées en édictant une nouvelle constitution et un code civil unique²⁸, et en abrogeant toutes les lois espagnoles²⁹. Il en est allé de même en droit international privé. De cette période datent les premiers traités qui sont entrés en vigueur en la matière, qui sont issus des premiers efforts de codification en Amérique³⁰. Depuis, les textes n'ont cessé de se multiplier, et même si la Colombie n'a pris part aux travaux internationaux que d'une manière passive – à l'exception des efforts d'intégration dans les Amériques, dans lesquels elle s'est montrée un peu plus active –, elle y a été très réceptive et n'a pas hésité à modifier son droit interne³¹. La Colombie compte donc aujourd'hui une multiplicité de règles issues de plusieurs niveaux – interne³², international³³ et communautaire³⁴ –, consacrant toutes sortes de méthodes³⁵, et qui permettent de résoudre les problèmes traditionnels de la matière.

²⁸ La Constitution de 1886 met fin à un demi-siècle de forte instabilité politique, et à une succession de constitutions marquées par l'échec ; elle a été remplacée par une nouvelle constitution en 1991. Le Code civil colombien, version fidèle du code chilien de 1853, est promulgué par la loi 57 du 15 avril 1887 « sur l'adoption de codes et l'unification de la législation nationale ».

²⁹ Article 15 de la loi 153 du 24 août 1887.

³⁰ Des efforts de création d'une organisation internationale et d'harmonisation du droit international ont été entrepris très tôt en Amérique Latine. Un premier congrès eut lieu au Panama en 1826, et a été suivi par bien d'autres. Au congrès de Lima de 1877, les premières règles de solution de conflits de lois furent adoptées. Néanmoins, seuls les Traités de Montevideo de 1889 (au total huit traités portant sur différentes matières) sont entrés en vigueur, v. L. PEREZNIETO CASTRO, « La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays de l'Amérique latine », *RCADI* 1985, t. 190, p. 271, spéc. 368-370. La Colombie a notamment ratifié les traités de Droit civil international, de Droit commercial international et de Droit processuel international.

³¹ Notamment par les lois 1116, sur l'insolvabilité transfrontalière, et 1563, sur l'arbitrage international, qui ont adopté les modèles élaborés par la CNUDCI.

³² Certains articles des codes civil et du commerce abordent des questions de droit international privé, certaines lois et des décrets aussi, dans des matières spécifiques.

³³ Il existe par exemple une convention bilatérale avec l'Espagne sur la reconnaissance et l'exécution des jugements civils du 30 mai 1908. En outre, au niveau régional, plusieurs conventions multilatérales issues des conférences de droit international privé de l'Organisation des États Américains (OEA), aussi connues comme les conventions interaméricaines, sont en vigueur en Colombie : les conventions sur des normes générales de droit international privé et sur l'efficacité extraterritoriale des jugements et sentences arbitrales étrangers, toutes deux signées à Montevideo le 8 mai 1979, en sont des exemples. Au niveau mondial, la Colombie est partie à la convention de New York de 1958 sur l'arbitrage commercial international.

³⁴ Dans le cadre de la Communauté Andine (CAN), qui rassemble la Bolivie, la Colombie, l'Équateur et le Pérou, certaines Décisions –équivalentes aux règlements européens– abordent des questions concernant les relations privées transfrontalières. Sur leur place dans la hiérarchie des normes, v. Const. C-400/98 et C-1189/00, et CSJ civ. 31 mai 2007 exp. 2000-235 et 14 juillet 2009 exp. 2000-235 ; en doctrine, L. C. PLATA LOPEZ, D. YEPES CEBALLOS, « Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas », *Rev. der. Univ. Norte* 2009, p. 196, spéc. 201.

³⁵ Toutes les méthodes semblent pouvoir trouver une place dans l'ordre juridique colombien, y compris la méthode de la reconnaissance. Certaines des conventions ratifiées contiennent des règles matérielles telles que la Convention de Vienne

15. Attitude réservée à l'égard des situations internationales. – Malgré ce cadre riche et complexe, il est important de constater que les valeurs et les idées qui prédominent en Colombie témoignent d'une certaine apathie à l'égard des situations internationales. De fait, la jurisprudence et la doctrine colombiennes ont interprété les textes d'une manière hostile à ces situations, réduisant ainsi le droit international privé colombien à quelques articles du Code civil colombien et reléguant les règles conventionnelles à des rôles secondaires. Historiquement, cette position a été justifiée par la nécessité de consolider l'indépendance des jeunes États latino-américains³⁶, et la Colombie n'a pas fait exception ; la consolidation des républiques et l'intégration régionale datent de la même époque.

16. Plan du titre. – Cette hostilité dépasse le discours politico-diplomatique et se concrétise dans la manière dont le droit international privé colombien appréhende les données fondamentales de la matière. Par conséquent, il faut dans un premier temps identifier ces données (chapitre I). Dans un second temps, il sera nécessaire d'effectuer un examen critique tant de ces données que du système qui en découle (chapitre II).

sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980, et la Convention Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de 2001. D'autres textes ont adopté des règles de conflit bilatérales, tels le traité bilatéral avec l'Équateur. Sur la méthode de la reconnaissance, v. Paul Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013.

³⁶ Une étude approfondie de la question a été menée par L. PEREZNIETO CASTRO, *op. cit.*, et sur le point évoqué spéc. 335.

CHAPITRE I

DONNEES FONDAMENTALES DU SYSTEME

17. Origines non législatives du droit international privé colombien. – Il a déjà été signalé que la jurisprudence colombienne n'est pas abondante en matière de droit international privé³⁷. Elle est constituée essentiellement des arrêts d'exequatur, dont la Cour suprême de justice connaît directement et en unique instance ; cette cour a aussi rendu une poignée d'arrêts en matière de conflits de lois. Quelques arrêts en constitutionnalité et en tutelle de la Cour constitutionnelle doivent également être mentionnés³⁸. Bien que ces deux cours adoptent parfois des positions différentes, leur approche du droit international privé est homogène. La doctrine, de son côté, est en général peu attentive au droit positif³⁹, mais semble malgré tout se rallier aux grandes lignes de la théorie des Hautes Cours.

Ces dernières ont donc formulé, dans une très grande mesure, les données sur lesquelles a été bâti le système. Ce dernier repose sur des principes, qu'il faut brièvement étudier (section 1), avant de cerner leur domaine (section 2).

Section I - Les principes

18. Principes fondamentaux. – L'analyse de la jurisprudence montre que la manière d'aborder les différentes questions de droit international privé a eu comme point de départ un principe dit de territorialité de la loi (§1). Il semble néanmoins que ce principe est inséparable du principe de souveraineté de l'État (§2).

§1. Le principe de territorialité de la loi

19. Apparition du concept. – La territorialité a fait son apparition dans un arrêt de la Cour suprême de justice du 30 septembre 1947 (ci-après arrêt *Tía*)⁴⁰. La Cour ne l'a pas définie, mais a donné des pistes sur son fonctionnement en droit colombien. En l'espèce, MM. Steuer, propriétaires des boutiques *Tía*, d'origine tchécoslovaque et domiciliés à Londres, avaient été assignés par M. Strauss, un de

³⁷ *V. supra* n° 6.

³⁸ Sur les types de décisions, *v.* la note 11.

³⁹ Pour un avis en ce sens en langue française, et à propos de l'ouvrage le plus important, *v.* D. BODEN, « Compte rendu du *Tratado de derecho internacional privado* » de M. Marco Gerardo Monroy Cabra, *Rev. crit. DIP* 2004.553.

⁴⁰ CSJ civ. 30 septembre 1947, *GJ* t. LXIII, n° 2053-2054, p. 35.

leurs salariés également tchécoslovaque mais domicilié à Bogotá, en paiement de l'indemnité compensatrice d'un prétendu contrat de mandat. Ayant été condamnés en appel par le Tribunal Supérieur de Cundinamarca, les défendeurs reprochaient à l'arrêt d'avoir appliqué la loi colombienne au prétendu contrat de mandat, en violation de l'alinéa 2 de l'article 20 du Code civil colombien, qui selon eux désignait la loi tchécoslovaque de la nationalité commune des parties ou la loi anglaise du lieu où l'offre de contrat avait été émise⁴¹.

Après avoir rappelé qu'en droit colombien les contrats à distance sont réputés conclus au lieu où l'offre est acceptée, la Cour a approuvé l'application de la loi colombienne en affirmant que « la rigueur du système de territorialité de la loi, établi par l'article 18 de notre Code civil⁴²... est tempéré pour motifs de convenance... quand il s'agit de contrats conclus à l'étranger »⁴³. Il existe donc pour la Cour un système de territorialité qui comporte l'application rigoureuse de la loi colombienne, mais il peut y avoir des tempéraments. Le raisonnement est mené en termes de règle-exception. La territorialité étant la règle, elle est donc le point de départ du système de conflits de lois du droit colombien. Cette solution allait néanmoins évoluer.

20. Élargissement du concept. – Un premier pas résulte d'un arrêt d'exequatur du 14 avril 1975⁴⁴. La Cour adopta à cette occasion la formule qui, à la manière d'un attendu de principe, a longtemps été utilisée pour aborder la question de l'efficacité des jugements étrangers : « Conséquence évidente et naturelle de la souveraineté de l'État, est le principe de droit selon lequel ni les lois étrangères ni les décisions des juges étrangers n'ont de valeur sur le territoire national ». La territorialité revêt donc une forme négative dans le but de refuser l'efficacité des normes juridiques

⁴¹ « Article 20. Les biens situés sur les territoires, et ceux qui se trouvent dans les États, dont la propriété intéresse la Nation ou sur lesquels elle aurait droit, sont soumis aux dispositions de ce code, même si leurs propriétaires sont étrangers et résident à l'étranger.

Cette disposition s'applique sans préjudice des stipulations contenues dans des contrats valablement conclus en pays étranger.

Mais les effets des dits contrats, pour être accomplis sur les territoires, ou dans les cas qui affectent les droits et intérêts de la Nation, se régleront à ce code et aux autres lois civiles de l'Union. »

⁴² « Article 18. La loi est obligatoire tant pour les nationaux que pour les étrangers résidants en Colombie. »

⁴³ CSJ civ. 30 septembre 1947, préc.

⁴⁴ CSJ civ. 14 avril 1975, *GJ* t. CLI, n° 2390, p. 68. Dans un arrêt du 6 juin 1945, *GJ* t. LIX, n° 2021, p. 129, la Cour avait déjà évoqué, pour la toute première fois, l'idée de la territorialité de la justice, en tant que fonction de l'État, pour justifier la soumission de l'exequatur à la condition de réciprocité.

étrangères, règles et décisions⁴⁵. En outre, l'idée de territorialité correspond pour la Cour, depuis cet arrêt, à une réalité plus complexe. Ainsi, d'une part, elle n'est pas seulement liée à la loi, les décisions sont aussi concernées, et d'autre part, elle est associée à un autre concept : la souveraineté.

21. Transformation en principe. – Plus tard, dans un arrêt du 26 juillet 1995⁴⁶, la territorialité est devenue un principe. Saisie d'une demande d'exequatur, la Cour suprême de justice affirme à propos de l'article 18 CCC, qualifié alors de règle de conflit, qu'il « consacre le principe de territorialité absolue de la loi, en vertu duquel sont soumis à l'empire du droit national tous les habitants du territoire du pays, que ce soient des nationaux ou des étrangers ». Sur le concept même du principe de territorialité, cet arrêt ne fait malheureusement que reproduire la lettre de l'article et aucune explication sur la signification du terme « principe » n'a été avancée⁴⁷. Néanmoins, l'affirmation concernant la nature de la norme contenue à l'article 18 est précieuse. Selon la Cour, il s'agirait d'une règle de collision ou d'élection par laquelle « le droit privé de chaque État délimite le champ de validité (« d'application ») de sa propre législation, en disposant les cas où elle doit s'appliquer ou pas »⁴⁸. La Cour semble ainsi dévoiler une autre caractéristique de sa position en la matière : la méthode adoptée est unilatérale.

Dans la jurisprudence de la Cour suprême de justice, la territorialité exprime donc à la fois la soumission rigoureuse à la loi colombienne de tout ce qui se déroule ou se situe sur le territoire colombien, et le rejet de toute norme juridique étrangère. Il existerait certes des tempéraments, mais toutes les catégories du droit sont a priori

⁴⁵ Sur ce point, v. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. H. Batiffol, Dalloz, 1973.

⁴⁶ CSJ civ. 26 juillet 1995 exp. 4948, *GJ* t. CCXXXVII, n° 2476-1, p. 205.

⁴⁷ Puisque ce point dépasse l'objectif de ce travail, on se contentera de relever que, compte tenu de l'utilisation qui a été faite du principe de territorialité, ce terme a été employé dans le sens de règle générale et non pas de principe au sens strict, v. v° « Principe », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10 éd., PUF/Quadrige, 2014, p. 804. Sur la notion de principe, P. MORVAN, v° « Principes », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dirs.), Lamy-Puf, 2003, p. 1201-1204.

⁴⁸ Peu après, dans un arrêt du 3 août 1995 exp. 4725, *GJ* t. CCXXXVII, n° 2476-1, p. 299, la Salle de cassation civile de la Cour suprême de justice avait pourtant adopté une position plus large à l'égard des règles de conflit : « les dénommées lois de « collision » ou, mieux connues comme de « choix » qui peuvent recouper [la portée du principe de territorialité] moyennant normes de « rémission », tel quand l'ordre juridique remet la solution d'un conflit à la loi étrangère... ou moyennant normes de collision « bilatérales » ou « parfaites » en vertu desquelles le législateur indique un point général de rattachement qui permet, selon chaque cas, l'application de la loi nationale ou l'étrangère » ; malheureusement, cet arrêt n'a pas été repris depuis sur ce point.

concernées par le principe de territorialité, y compris par conséquent le droit des contrats internationaux.

22. Le principe de territorialité dans la jurisprudence constitutionnelle. – La Cour constitutionnelle a adopté un point de départ similaire si ce n'est identique, mais ne s'accorde pas entièrement avec la notion de la territorialité retenue par la Cour suprême de justice. Évoquée d'abord dans des arrêts de constitutionnalité en matière pénale et fiscale⁴⁹, la territorialité intervient pour la première fois en matière de conflit de lois dans un arrêt en tutelle de 2000⁵⁰, dans lequel la Cour a affirmé que « le principe de territorialité de la loi est consubstantiel à la souveraineté qu'exercent les États dans leur territoire ; de cette manière chaque État peut édicter des normes et les faire appliquer dans les limites de son territoire »⁵¹. Cet arrêt a le mérite de définir la territorialité, également sur le fondement de l'article 18 CCC⁵², d'une part, et met en avant le lien entre les notions de territorialité et de souveraineté, d'autre part. Il constitue l'arrêt de référence en matière de principe de territorialité de la loi dans la jurisprudence constitutionnelle⁵³.

23. Contenu positif et négatif de la territorialité. – Dans un arrêt C-395/02 de contrôle de constitutionnalité d'une des rares dispositions du Code civil colombien relatives aux situations internationales⁵⁴, la Cour constitutionnelle a précisé le contenu du principe. Selon la Cour, le principe d'application territoriale de

⁴⁹ Const. C-574/92, C-418/95, C-400/98 et C-768/98. Dans une opinion dissidente à l'arrêt C-347/97, le magistrat Eduardo Cifuentes Muñoz parle expressément d'un « principe général de territorialité de la loi » ; la Cour analysait à l'occasion la constitutionnalité de la Loi 315 de 1996 sur l'arbitrage international. Les arrêts en constitutionnalité ont pour objet de déterminer la conformité d'un texte législatif, ou considéré comme tel, à la Constitution de 1991. L'action en constitutionnalité est ouverte à tous les citoyens, v. D. YUNES MORENO, *Derecho constitucional colombiano*, Ed. jurídicas Gustavo Ibañez, 2004, p. 443.

⁵⁰ Const. T-1157/00. Les arrêts en tutelle sont des décisions rendues en matière de libertés fondamentales. La procédure se caractérise par sa rapidité et tous les juges sont compétents pour en connaître. La Cour constitutionnelle se prononce en révision. Ceci signifie que, en principe, deux instances ont déjà eu lieu et que l'intervention de la Cour n'est pas obligatoire. D. YUNES MORENO, *Derecho constitucional colombiano, op. cit.*, p. 198 s.

⁵¹ Plus tard, dans un arrêt C-621/01, la Cour a repris cette définition : « Le principe de territorialité est traditionnellement entendu comme la possibilité pour un État d'appliquer les normes de son ordre juridique sur le territoire sous son domaine, sans aucune interférence des autres États ».

⁵² L'arrêt rappelle aussi les tempéraments des articles 19 à 22, et cite la décision de la chambre civile de la Cour suprême de justice du 30 septembre 1947 préc., en reprenant l'attitude de principe qui a été étudié.

⁵³ Des décisions postérieures, telles que Const. T-1736/00, T-283/01 et T-271/07, ont repris les développements consacrés à la territorialité.

⁵⁴ Il s'agit de l'alinéa 2 de l'article 180 CCC sur le régime matrimonial d'un mariage conclu à l'étranger, que certains considéraient comme portant atteinte à la protection de la famille consacrée par l'article 42 de la Constitution et d'autoriser une discrimination entre les mariages de colombiens en Colombie et à l'étranger, en violation de l'article 13 de la Constitution, qui consacre le droit à l'égalité et l'interdiction de discrimination.

la loi a un double contenu : « i) positif, selon lequel les faits, les actes, les biens et les personnes situés dans un territoire sont soumis à la loi de ce territoire ; ii) négatif, selon lequel les faits, les actes, les biens et les personnes non situés dans un territoire ne sont pas soumis à la loi de ce territoire »⁵⁵. Cet arrêt, qui fait du territoire un critère d'application de la loi colombienne, montre que la méthode adoptée par cette Cour est aussi unilatérale. De plus, le contenu positif de la territorialité défini par la Cour constitutionnelle recoupe la notion retenue par la Cour suprême de justice.

24. La territorialité en doctrine colombienne. – Le système de droit international privé que les auteurs colombiens exposent n'est guère différent de celui adopté par les Hautes Cours, ce qui est surprenant étant donné qu'ils sont peu soucieux du droit positif.

La doctrine évoque de plusieurs manières la territorialité de la loi⁵⁶. Qualifiée fréquemment de théorie pour la solution des conflits de lois, elle est appelée aussi dans certains ouvrages « théorie de la territorialité absolue de la loi »⁵⁷. Dans d'autres ouvrages, les auteurs préfèrent utiliser les termes de principe ou encore de système⁵⁸ ; parfois plusieurs à la fois⁵⁹. Ce manque de rigueur mis à part, il est possible d'identifier trois éléments communs au sein de la doctrine⁶⁰. D'abord, la notion : la territorialité consiste à soumettre toutes les personnes, tous les faits et les

⁵⁵ En matière pénale (C-1189/00) et fiscale (C-527/03), il existerait deux autres types de territorialité. D'une part, la « territorialité subjective », selon laquelle l'État peut donner compétence à sa loi pour incriminer des actes qui ont commencé sur son territoire mais se sont achevés sur celui d'un autre État ; et, d'autre part, la « territorialité objective », en vertu de laquelle chaque État peut appliquer ses normes aux actes qui ont commencé en dehors de son territoire, mais qui se sont achevés ou ont eu des effets substantiels et directs sur ce dernier. On ne peut que regretter cette distinction qui, de surcroît, ne justifie pas le choix des adjectifs objectif et subjectif.

⁵⁶ Pour la doctrine colombienne, ses origines se trouvent dans la pensée de l'école hollandaise du XVII^e siècle. Un auteur allemand a soulevé, néanmoins, la parenté des articles 14 du code civil chilien, et 18 CCC, avec une disposition du VII Concile de l'an 646 AC du roi wisigoth Chivasvinto, codifiée quelques années plus tard par le roi Rescivinto dans le *Fuero Juzgo*, v. J. SAMTLEBEN, « El territorialismo de las leyes en América Latina », in *Primer Seminario Nacional de derecho internacional privado*, UNAM, 1979, p. 171, spéc. 175. En ce qui concerne l'antécédent légal de ces articles, M. Navia Arroyo pense que la source est l'article 3 CCF, v. « La teoría de los estatutos y el código civil », in *Estudios de derecho privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Univ. Externado de Colombia, 1986, p. 121, spéc. 141.

⁵⁷ M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 7^e éd., Temis, 2006, p. 211.

⁵⁸ A. HERRÁN MEDINA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Temis, 1959, p. 54 ; A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 4^e éd., Univ. Nacional de Colombia, 1952, p. 96.

⁵⁹ J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, 6^e éd., Temis, 1967, n° 130-131, p. 241-242.

⁶⁰ L. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, D. R. GALÁN BARRERA, *Derecho internacional privado*, Pontificia Univ. Javeriana, 2005 ; J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.* ; A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.* ; A. LECOMPTE LUNA, *Esquema de Derecho Internacional Privado*, Temis, 1979.

actes, à la loi du territoire où ils se trouvent ou surviennent⁶¹. Ensuite, ce qui semble être son fondement : c'est la souveraineté des États qui commande l'application de sa loi sur son territoire⁶². Enfin, sa source législative : l'article 18 CCC consacrerait expressément la territorialité de la loi⁶³ ; par une règle qui aurait un caractère unilatéral pour les auteurs, puisque, selon M. Herrán Medina, elle fixe « l'efficacité de la loi substantielle de droit privé dans l'espace »⁶⁴.

25. Conception identique de la territorialité. – En somme, les discours jurisprudentiel et doctrinal suivent les mêmes lignes. Ils s'accordent non seulement sur l'existence du principe de territorialité de la loi, mais aussi sur deux éléments essentiels. D'une part, un élément juridico-méthodologique, il s'agirait d'une règle de conflit unilatérale qui, en tant qu'expression du pouvoir exclusif de l'État sur son territoire, ordonne l'application rigoureuse de la loi colombienne dès qu'une situation juridique s'y produit. Et d'autre part, un élément politique, la territorialité de la loi semble inéluctablement liée à la souveraineté.

26. La territorialité des lois en droit international privé comparé. – La territorialité des lois n'est pas, bien entendu, un phénomène propre au seul droit international privé colombien : en Europe, elle a été à la base de plusieurs doctrines depuis le Moyen Âge, aux États-Unis elle a inspiré le premier *Restatement*⁶⁵. Mais il s'agit aujourd'hui d'une théorie qui appartient à l'histoire du droit international privé.

⁶¹ M. Monroy Cabra est plus précis, il affirme que « la territorialité consiste à soumettre tous les éléments d'une relation juridique à l'empire de la loi locale », M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, loc. cit.

⁶² Selon M. Caicedo Castilla, la théorie de la territorialité aurait pour fondement deux séries de raisons. Du point de vue juridique, d'une part, l'application de lois étrangères anéantirait la souveraineté et l'indépendance de l'État et, d'autre part, le pouvoir législatif aurait seulement une portée nationale et non pas universelle. Du point de vue de la convenance pratique, les juges appliqueraient seulement les lois locales, le conflit de lois étant alors supprimé. J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, loc. cit.

⁶³ J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, op. cit., n° 131, p. 242. Sur ce point, des auteurs tels que MM. Cock Arango, Herrán Medina, Lecompte Luna, et Álvarez Londoño et Galán Barrera, partagent ses propos. En revanche, pour M. Monroy Cabra le code « ne consacre pas la territorialité absolue, puisqu'il accepte la théorie des statuts », M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, loc. cit.

⁶⁴ A. HERRÁN MEDINA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 58 ; M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 27.

⁶⁵ B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI* 2003, t. 305, p. 162 et s. V. également, E.-M. MEIJERS « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge, spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI* 1934, t. 49, p. 543-686, spéc. 567.

La territorialité reposait sur l'idée simple selon laquelle « chacun est maître chez soi » et, si par principe la loi applicable était donc la loi locale, l'application des lois étrangères était concevable à titre exceptionnel⁶⁶. Par conséquent, le territorialisme doit être distingué du *lexforisme* et considéré comme un système de conflit de lois.

Il est important de remarquer que la territorialité se distingue aussi du statutisme. En effet, dans la première l'application de la loi dépend du pouvoir du souverain qui l'édicte, tandis que dans le second, le champ d'application des lois se déduit de leur objet⁶⁷. Le raisonnement en termes de principe-exception du droit positif colombien conserve une forte ressemblance avec les idées territorialistes telles qu'elles ont été systématisées en Europe ; comme en droit colombien, la souveraineté était également une donnée du système. Il est donc nécessaire d'analyser cet élément politique du système colombien.

§2. Le principe de souveraineté de l'État

27. Principe de territorialité et souveraineté. – La souveraineté semble étroitement liée au principe de territorialité de la loi. Les arrêts commentés le suggèrent nettement. Toutefois, le rapport entre ces deux concepts n'est pas si évident ; il faut tenter de l'éclaircir (B). Pour ce faire, il convient d'identifier au préalable ce que la jurisprudence entend par souveraineté (A).

A. La notion de la souveraineté

28. Souveraineté dans la jurisprudence de la Cour suprême de justice. – La souveraineté est évoquée dans les arrêts de la Cour suprême de justice depuis les années 1940⁶⁸. L'idée fut mentionnée une première fois dans un arrêt du 6 juin 1945 en ces termes : « en droit public domine le principe selon lequel la justice, pour des raisons de souveraineté, est éminemment territoriale »⁶⁹. Cependant, la Cour ne l'a jamais définie et s'est référée à la jurisprudence constitutionnelle sur ce point⁷⁰.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 163.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 161 et 150.

⁶⁸ Sur la notion de souveraineté dans la doctrine française, v. M. FLORY, v° « Souveraineté », *Rép. dr. int.*

⁶⁹ CSJ civ. 6 juin 1945, préc.

⁷⁰ Dans un arrêt du 5 juillet 2007 exp. 1989-09134, la chambre civile de la Cour suprême de justice a repris la définition de la souveraineté retenue par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt C-191/98 ; ceci s'explique peut-être parce que ce dernier arrêt s'était prononcé sur la constitutionnalité de la loi 397 de 1997, qui était applicable à l'espèce. Cependant, la notion

29. Souveraineté selon la Cour constitutionnelle. – De son côté, la Cour constitutionnelle a eu l'opportunité de se prononcer sur la souveraineté à plusieurs reprises et s'est exprimée tant sur sa définition que sur ses manifestations et ses éléments essentiels. Elle a formulé la définition suivante : « souveraineté, dans les relations internationales, signifie indépendance, et comme telle, consiste dans la faculté d'exercer, dans un territoire et sur ses habitants, les fonctions d'un État »⁷¹.

La souveraineté se manifeste, ensuite, en droit international public, à deux niveaux⁷² : l'un international, comme « la faculté de l'État de participer dans le concert international à travers la création et l'adoption de normes internationales, l'initiation et le maintien de relations diplomatiques avec autres États et organisations de droit international, etc. », et l'autre interne, comme « la possibilité pour l'État de se donner ses propres normes sur le territoire national avec une indépendance totale vis-à-vis d'autres États ». La souveraineté aurait, enfin, trois éléments essentiels : i) l'indépendance, ii) le principe *pacta sunt servanda*, et iii) le principe de l'immédiateté⁷³. Il est intéressant de remarquer, d'une part, que la Cour s'inscrit dans la même ligne que les institutions internationales, notamment la Cour internationale de justice ; et, d'autre part, que la souveraineté paraît étroitement rattachée à d'autres matières, telles que les relations internationales ou le droit international public, auxquelles les Cours ont fait expressément référence.

30. Souveraineté et statut personnel. – En matière de droit des personnes, le discours prend une allure ouvertement politique. Dans un arrêt du 7 mars 1952, la Cour suprême de justice a souligné, sans définir la souveraineté, que la capacité des

utilisée actuellement est celle issue de l'arrêt C-1189/00. En outre, la souveraineté est aussi invoquée par la Cour suprême de justice dans d'autres domaines : appréciation de la preuve (CSJ civ. 29 septembre 2000 exp. 5609), interprétation des contrats (CSJ civ. 18 janvier 2007 exp. 1999-173), droits des étrangers (CSJ civ. 26 janvier 2006 exp. 2005-128), office du juge (CSJ civ. 19 août 2009 exp. 2009-1075) et des arbitres (CSJ civ. 7 mai 2005 exp. 2009-380), entre autres.

⁷¹ Const. C-1189/00, dont la définition est très proche de celle retenue dans l'arrêt C-191/98. La Cour a cité la sentence de la Cour permanent d'arbitrage du 4 avril 1928 dans l'affaire Île de Palmas et l'arrêt de la Cour internationale de justice du 9 avril 1949 dans l'affaire du Détroit de Corfou, cette dernière étant évoquée comme précédent non seulement des droits des États découlant de la souveraineté, mais des obligations vis-à-vis des autres nations. La définition rapportée a été reprise dans les arrêts C-621/01 et C-527/03.

⁷² Const. C-191/98.

⁷³ V. Const. C-621/01, le troisième élément signifie que « l'exercice de la souveraineté d'un État est soumis, sans intermédiation du pouvoir d'un autre État, au droit international » ; cf. Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Recueil Sirey, 1953, n° 95 et s.

personnes « entraîne en soi de manière cruciale, la notion de souveraineté de chaque État, à agir de façon intransigeante, indispensable pour la défense de ses institutions tutélaires. Il est entendu ainsi que pour de tels extrêmes [la Cour fait référence à l'interdiction de disposer de son état civil], surgit la nécessité du statut personnel, en tant qu'unique moyen pour mettre le pays à l'abri d'immixtions étrangères et des caprices de la libre détermination du citoyen »⁷⁴. Pour sa part, la Cour constitutionnelle a affirmé, dans l'arrêt C-395/02, que l'application de la loi colombienne aux nationaux est une expression de la souveraineté de l'État et se justifie parce qu'il « existe une relation étroite entre la formation familiale et sociale reçue par les personnes dans une communauté déterminée et le contenu du système juridique de l'État correspondant »⁷⁵. Ces extraits montrent que la soumission du statut personnel à la loi nationale matérialise une sorte d'allégeance politique des nationaux à la société colombienne et à son système juridique.

31. Souveraineté et exequatur. – En outre, le recours à l'idée de souveraineté est devenu d'usage courant en matière d'efficacité des jugements étrangers principalement. Les termes employés sont, parfois, extraordinaires. Dans un arrêt du 7 octobre 2010⁷⁶, par exemple, la Cour suprême de justice affirme que « pour des raisons de souveraineté, est amplement connu le principe selon lequel seules les décisions des juges de la République se voient reconnaître de la force dans le territoire de la patrie ». Et, plus récemment, la Cour a pu considérer que « l'État-Nation a été l'une des conquêtes les plus emblématiques de la révolution bourgeoise, en vertu de laquelle ont été érigés les principes démocratiques comme la souveraineté nationale et l'autodétermination des peuples ; parmi ses attributs se démarque l'autonomie de chaque pays dans l'exercice de la juridiction, c'est-à-dire le

⁷⁴ CSJ civ. 7 mars 1952, *GJ* t. LXXI, n° 2112, p. 351, spéc. 361. Plus récemment, 29 juillet 2011 exp. 2007-152.

⁷⁵ Le discours d'allure politique sera aussi repris dans l'arrêt C-249/04, dans lequel s'analyse la constitutionnalité des alinéas 2, 3 et 4 de l'article 13 de la loi 80 de 1993 portant loi générale des contrats de l'Administration publique. Cet arrêt s'inscrit aussi dans la logique principe-tempérament. À cette occasion, la Cour a abordé la question de la soumission des contrats administratifs à une loi étrangère et a fait référence pour la première fois à la doctrine colombienne de droit international privé, tout en soulignant le caractère absolu du principe de territorialité déduit des articles 18 à 22 CCC.

⁷⁶ CSJ civ. 7 octobre 2010 exp. 2008-364.

pouvoir qu'il s'octroie d'administrer la justice sur son territoire, sans l'immixtion d'autorités étrangères »⁷⁷.

32. Souveraineté dans la doctrine colombienne. – Finalement, la doctrine colombienne évoque aussi l'idée de souveraineté, mais sans en donner de définition. Le recours à la souveraineté est fréquent, mais prend des formes variées. La doctrine a notamment avancé qu'il s'agit d'un conflit sous-jacent au conflit de lois⁷⁸, d'un fondement de l'exercice exclusif du pouvoir législatif sur le territoire d'un État⁷⁹, ou même d'un critère d'internationalité⁸⁰. De plus, certains auteurs adoptent une approche publiciste qui se matérialise par la qualification de la matière⁸¹ et de ses règles⁸² comme étant de droit public interne.

33. Publicisation de la matière. – En rajoutant la souveraineté à la territorialité en matière de droit international privé, le discours des hautes cours prend une allure politique, qui reflète une approche publiciste de la matière. Selon cette conception publiciste, pourtant dépassée, spécialement en France et en Europe⁸³, le droit international privé serait un élément de défense de l'ordre juridique colombien et de ses ressortissants. Il semble toutefois que son objet tiendrait alors aux relations de l'État colombien avec ses pairs et avec ses citoyens, plutôt qu'aux rapports que nouent les citoyens des divers États.

Il existe une proximité incontestable entre les définitions des deux principes. Pourtant, les termes avec lesquels la jurisprudence évoque le principe de la souveraineté n'indiquent pas la manière dont il s'articule avec le principe de la territorialité de la loi, auquel il semble si intimement lié.

⁷⁷ CSJ civ. 16 avril 2012 exp. 2009-1108.

⁷⁸ J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, op. cit., n° 6, p. 5.

⁷⁹ A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 12 ; L. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, D. R. GALÁN BARRERA, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 41.

⁸⁰ M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 5.

⁸¹ L. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, D. R. GALÁN BARRERA, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 48 : « le droit international privé est public par son objet puisqu'il régleme la vie privée, la vie sociale internationale et présente manifestations d'une solidarité internationale incontestable ».

⁸² A. HERRAN MEDINA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 66 : les règles de droit international privé « ont le caractère de droit public puisqu'elles marquent, à l'arbitre du législateur, les règles auxquelles obéissent les autres règles qui, contrairement aux premières, déterminent des droits et des obligations... leur objet immédiat sont les règles de droit et non pas des relations ou des droits ».

⁸³ P. MAYER, « Phénomène de la coordination... », op. cit., p. 95.

B. Le rapport entre souveraineté et territorialité

34. Diversité de traitement. – Le lien entre les deux principes est présenté différemment dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et dans celle de la Cour suprême de justice.

35. Liens possibles selon de la Cour constitutionnelle. – Dans la jurisprudence constitutionnelle, qui est la seule à avoir proposé des définitions, le lien entre souveraineté et territorialité semble confus. De fait, les deux notions sont étonnamment proches, presque synonymes. C'est peut-être pourquoi, dans l'arrêt T-1157/00 mentionné, la Cour a affirmé que le principe de territorialité est consubstantiel à la souveraineté. Le lien serait donc un lien d'identité.

Cependant, d'autres décisions sont venues obscurcir cette conclusion simple, énonçant à leur tour d'autres liens possibles. Dans un arrêt C-621/01 sur la constitutionnalité de l'article 13 qui consacrait la territorialité de la loi dans l'ancien Code pénal, la Cour a affirmé que le principe de territorialité était « le fondement essentiel de la souveraineté »⁸⁴. Le rapport entre les deux notions n'est plus le même : la territorialité étant ici le point de départ logique de la souveraineté, le lien d'identité devrait, par conséquent, être écarté.

Enfin, dans l'arrêt C-395/02 déjà mentionné, la territorialité ne semble constituer qu'une « expression de la souveraineté de l'État en référence à son élément territorial ou spatial ». La territorialité est maintenant une manifestation de la souveraineté et non pas son point de départ, comme si, au terme d'un renversement miraculeux, les notions avaient inversé leurs rôles.

36. Lien entre territorialité et souveraineté selon la Cour suprême de justice. – Si les notions sont proches et ont des rapports peu clairs dans les décisions de la Cour constitutionnelle, il en va autrement pour la juridiction civile. La Cour suprême de justice a d'abord utilisé la souveraineté pour justifier la condition de réciprocité à laquelle est soumis l'exequatur⁸⁵ ; ensuite, toujours dans le cadre de l'exequatur, elle a eu recours à la notion de souveraineté pour expliquer

⁸⁴ Const. C-621/01, dans le même sens et récemment C-198/12.

⁸⁵ CSJ civ. 6 juin 1945, préc.

l'accueil des décisions étrangères⁸⁶. C'est à ce propos que la question du lien entre territorialité et souveraineté s'est fréquemment posée.

La territorialité s'y présente dans des termes différents par comparaison avec la jurisprudence constitutionnelle, mais le rapport semble unique. Ainsi, la territorialité a été considérée une « conséquence évidente et naturelle de la souveraineté de l'État »⁸⁷, une exigence⁸⁸ ou une implication⁸⁹ de la souveraineté. La Cour suprême a aussi affirmé que « les jugements et les autres décisions judiciaires qui auraient ce caractère, d'ordinaire produisent seulement des effets dans le pays où elles ont été rendues, puisque la fonction juridictionnelle s'exerce en vertu de la souveraineté de l'État »⁹⁰. La souveraineté semble donc, dans la jurisprudence de la Cour suprême de justice, l'antécédent logique de la territorialité ; aucun autre rapport n'a pas été proposé et la doctrine adopte une position similaire.

37. L'approche du droit colombien. – Le recours aux principes de territorialité et de souveraineté pour résoudre les conflits de lois révèle l'approche publiciste adoptée par le droit international privé colombien. Leur usage récurrent en matière d'efficacité des jugements étrangers soulève des questions quant à leur domaine. Toutefois, compte tenu des liens très étroits entre les deux et de la prédominance de la territorialité dans la jurisprudence, il faut raisonner seulement à partir de ce dernier.

Section II - Le domaine des principes

38. Champ d'application des principes. – Les principes du droit international privé colombien ont vu le jour en matière de conflits de lois. L'article 18 du Code civil colombien, source législative du principe de territorialité de la loi, traite seulement de la compétence de la loi. Cependant, la jurisprudence n'a cessé d'évoquer aussi cet article en matière de conflits de juridiction, tout en reconnaissant

⁸⁶ CSJ civ. 14 avril 1975, préc.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ CSJ civ. 29 février 1996 exp. 3626, *GJ* t. CCXL, n° 2479, p. 288.

⁸⁹ CSJ civ. 1^{er} décembre 1995 exp. 5302, *GJ* t. CCXXXVII, n° 2476-II, p. 1463, et 29 novembre 2011 exp. 2007-939.

⁹⁰ CSJ civ. 12 décembre 1988, inédit.

que la loi prévoit des tempéraments : le domaine du principe de territorialité a été élargi (§1), mais des exceptions existent (§2).

§1. L'extension : un principe élargi

39. Au-delà de la loi. – Ayant été évoqué initialement pour les seuls conflits de lois, le principe de territorialité (de la loi) a été élargi aux conflits de juridiction. L'extension du principe est arrivée d'une façon un peu différente devant chaque juridiction.

40. Extension du principe dans la jurisprudence constitutionnelle. – Dans le cas de la Cour constitutionnelle, l'élargissement résulte des définitions retenues pour les principes de territorialité et de souveraineté, et s'est opéré spécialement à partir de cette dernière. Selon la cour, la souveraineté de l'État englobe les diverses fonctions de l'État contemporain⁹¹ : législative, administrative et juridictionnelle⁹².

D'autres facteurs ont également joué. L'extension paraît aussi le fruit de la proximité entre les deux notions et de la diversité des rapports qui les lient dans sa jurisprudence. Il était donc facile, voire naturel, de passer de la territorialité des lois à la territorialité des décisions. Ainsi, dans un arrêt T-557/05, la Cour constitutionnelle a affirmé : « Comme il est suffisamment connu, la souveraineté de l'État entraîne correspond, de manière exclusive, l'administration de la justice sur tout le territoire national en exercice de sa fonction juridictionnelle »⁹³. Par ailleurs, il est important d'observer que la Cour constitutionnelle a repris les motifs concernant la souveraineté et la territorialité de l'arrêt T-1157/00 pour statuer sur sa compétence internationale dans l'arrêt T-271/07.

41. Elargissement du principe dans la jurisprudence civile. – Pour la Cour suprême de justice, l'élargissement du principe, quoique peut-être moins naturel, est certainement plus évident. Dans l'arrêt du 14 avril 1975, décision fondatrice à bien des égards (et évoquée plusieurs fois déjà), la Cour a mis les lois et les décisions sur un pied d'égalité et a affirmé l'existence d'un : « principe de droit selon lequel ni les

⁹¹ Const. C-1189/00.

⁹² Const. C-191/98.

⁹³ Const. T-557/05.

lois étrangères ni les décisions des juges étrangers n'ont de valeur sur le territoire national »⁹⁴.

42. Principe de territorialité de la juridiction. – Cette formulation a fini par s'imposer⁹⁵, mais le fait qu'elle n'ait été exprimée qu'à l'occasion des arrêts d'exequatur, dont l'objet principal tient à des décisions étrangères, a fini par donner naissance à un principe indépendant : « L'État, en vertu de sa souveraineté, de la même manière qu'il exerce sur son territoire de manière exclusive la faculté de légiférer, réclame pour lui-même, un principe de territorialité de la juridiction en vertu duquel la faculté d'administrer la justice n'est partagée avec aucun autre État »⁹⁶. Depuis la formule s'est détachée peu à peu de la référence aux lois ou à la faculté de légiférer, consolidant l'élargissement du principe de territorialité de la loi aux décisions, et donnant même naissance à un principe pour ces dernières : « principe selon lequel seules les décisions des juges de la République se voient reconnaître de la force dans le territoire de la patrie »⁹⁷.

Si l'élargissement est venu au fil des années, des exceptions à l'application du principe ont dès l'origine été présentées comme faisant partie du système.

§2. Les exceptions : des tempéraments

43. Second élément du raisonnement. – Le système du droit international privé colombien est complété par ce que les Cours appellent des tempéraments ou des exceptions au principe de territorialité (de la loi). Certains ont déjà été évoqués. Malheureusement, comme les principes, ils n'ont jamais été analysés et leur application n'est pas très fréquente. Par la qualification qu'il reçoit, le « principe »⁹⁸

⁹⁴ CSJ civ. 14 avril 1975, préc.

⁹⁵ Elle a été reprise notamment dans CSJ civ. 4 décembre 1987 : « En raison de la souveraineté de l'État, comme norme générale, ont seulement de valeur en Colombie, les lois et les décisions issues de notre législateur et des tribunaux colombiens ». Et les éléments de la formule sont toujours présents dans la première considération des arrêts d'exequatur, v. CSJ civ. 4 mai 2012 exp. 2008-2100.

⁹⁶ CSJ civ. 19 mars 1992 exp. 773392, *GJ* t. CCXVI, n° 2455, p. 220.

⁹⁷ CSJ civ. 7 octobre 2010 exp. 2008-364.

⁹⁸ Il ne s'agit pas à proprement parler d'un principe. En effet, le système colombien ne saurait avoir à la fois un principe de territorialité (application de la loi sur le territoire) et d'extraterritorialité (application de la loi en dehors du territoire). En tant que principes, leur coexistence les viderait de leur sens : la loi colombienne étant toujours applicable, nul besoin de dits principes. Or, compte tenu du domaine du second et de l'existence d'autres tempéraments, l'application extraterritoriale de la loi ne peut constituer qu'une exception au premier. L'utilisation du terme « principe » n'est alors qu'une manifestation de l'importance rattachée par les tribunaux à l'application de la loi colombienne.

d'extraterritorialité de la loi mérite une place à part (A). Les autres tempéraments seront étudiés ensuite (B).

A. Le « principe » d'extraterritorialité de la loi

44. Naissance du principe. – Peu après l'apparition du principe de territorialité de la loi, la jurisprudence a affirmé l'existence d'une exception qu'elle a qualifiée d'extraterritorialité de la loi. Cette exception, applicable seulement en matière d'état et capacité des personnes, a été déduite de l'article 19 du Code civil colombien⁹⁹.

La Cour suprême de justice a affirmé, au visa de cet article, que les actes relatifs à l'état civil et à la capacité des personnes accomplis par des Colombiens à l'étranger sont soumis à loi colombienne, puisque « le statut personnel suit le Colombien partout »¹⁰⁰. Cependant, toujours prête à faire de ses conclusions des principes, la Cour n'a pas hésité à faire de l'exception un principe quelques pages plus loin¹⁰¹ ; position qui a été reprise dans deux arrêts des 26 juillet et 3 août 1995¹⁰², où la Cour a réaffirmé que l'article 19 consacre un « statut personnel ou loi nationale » et qu'il s'agit d'un principe d'extraterritorialité de la loi colombienne¹⁰³.

45. Extraterritorialité dans la jurisprudence constitutionnelle. – Pour la Cour constitutionnelle, l'extraterritorialité de la loi colombienne est aussi un principe. En effet, dans l'arrêt C-395/02 la Cour affirmait, sans préciser la disposition qui consacrerait ce deuxième principe¹⁰⁴, qu'outre le principe de territorialité de la loi le « droit international privé régit aussi le principe de l'application de la loi personnelle aux nationaux d'un État, avec un double contenu : i) positif, selon lequel à l'état civil et à la capacité d'une personne physique nationale

⁹⁹ « Article 19. Les colombiens résidants ou domiciliés en pays étranger, resteront soumis aux dispositions de ce code et autres lois nationales qui règlent les droits et obligations civiles :

1. En ce qui concerne l'état des personnes et leur capacité pour effectuer certains actes qui ont des effets dans des territoires administrés par le gouvernement général, ou dans des affaires de compétence de l'union.

2. Dans les obligations et les droits qui naissent des relations de famille, mais seulement à l'égard de leurs conjoints et genres dans les cas indiqués dans l'alinéa précédent. »

¹⁰⁰ CSJ civ. 7 mars 1952, préc. La formule est très proche de celle de l'arrêt *Busqueta* de la Cour de cassation française, mais il s'agit ici de la capacité d'un national et non pas d'un étranger comme dans ce dernier, B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, n° 1, p. 1 (ci-après *Grands arrêts*).

¹⁰¹ CSJ civ. 7 mars 1952, préc.

¹⁰² CSJ civ. 26 juillet 1995 exp. 4948, et 3 août 1995 exp. 4725, préc. ; ce dernier arrêt reprend l'arrêt du 7 mars 1952.

¹⁰³ Ce principe a à son tour, selon la cour, une exception consacrée dans l'article 163 CCC.

¹⁰⁴ On songe immédiatement à l'article 19 CCC, auquel la Cour a évité de se référer au long de l'arrêt ; pourtant, l'Association Colombienne de Jurisprudence et les magistrats de la Cour qui ont émis une opinion individuelle l'ont expressément évoqué, v. v° « Opinion », *Vocabulaire juridique*, op. cit.

d'un État on applique les lois de cet État ; ii) négatif, selon lequel à l'état civil et à la capacité d'une personne physique qui n'est pas nationale d'un État on ne peut pas appliquer la loi de cet État ». Cet arrêt témoigne encore une fois de la méthode unilatérale adoptée par la jurisprudence : comme cela avait été fait pour le territoire, la nationalité est érigée en critère d'application de la loi colombienne¹⁰⁵.

La qualification de la règle contenue dans l'article 19 en tant que principe s'explique peut-être par le discours hautement politisé des Cours, qui rattachent le statut personnel à l'ordre public d'abord et, par conséquent, au principe de la souveraineté ensuite¹⁰⁶. Toutefois, dans un arrêt récent, la Cour suprême semble avoir repris la qualification d'exception de l'article 19¹⁰⁷.

46. Extraterritorialité selon la doctrine colombienne. – La soumission du statut personnel à la nationalité a suscité deux types d'interprétation en doctrine. Pour certains, peut-être sous l'influence de la jurisprudence, il s'agit soit d'un principe d'extraterritorialité¹⁰⁸ soit d'un principe d'application personnelle de la loi¹⁰⁹. Pour d'autres, il s'agit d'un tempérament au principe de territorialité de la loi puisque le Code « abrite... d'autres systèmes ou théories sur des sujets spéciaux assez amples », tels que le statut personnel¹¹⁰.

Il est enfin intéressant de constater que la signification du statut personnel, tel que celui-ci est abordé tant par la jurisprudence que par la doctrine colombiennes, est plus proche de celle retenue dans la théorie des statuts du Moyen Âge que de celle de la catégorie du statut personnel du droit international privé moderne. C'est dire qu'en droit colombien, le statut personnel se réfère à la loi qui régit la catégorie et non pas à celle-ci¹¹¹.

¹⁰⁵ *V. supra* n° 23.

¹⁰⁶ *V. supra* n° 30.

¹⁰⁷ CSJ civ. 29 juillet 2011 exp. 2007-152. Dans cet arrêt, la Cour évoque les différentes décisions ici mentionnées.

¹⁰⁸ L. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, D. R. GALÁN BARRERA, *Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁹ R. MANTILLA REY, *Apuntes de Derecho Internacional Privado. Parte general*, 2^e éd., Temis, 1982, p. 61.

¹¹⁰ A. LECOMPTE LUNA, *Esquema de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 158 ; M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 219.

¹¹¹ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 11 éd., L.G.D.J., 2014, n° 509.

B. *Les autres tempéraments*

47. D'autres exceptions à la territorialité. – Lors de l'apparition du principe de territorialité de la loi, la jurisprudence avait affirmé que la rigueur de ce principe devait être tempérée pour des motifs de convenance. La doctrine a donc relevé que les articles 20 à 23 du Code civil colombien prévoyaient « d'autres théories » pour la solution des conflits de lois dans des cas spéciaux¹¹² : les auteurs ont déduit les règles *lex rei sitae*, *lex loci contractus* et *lex loci solutionis* des alinéas 1, 2 et 3 de l'article 20, respectivement¹¹³, la règle *locus regit actum* des articles 21 et 22¹¹⁴, et la théorie des *vested rights* de l'article 23¹¹⁵¹¹⁶. D'autres exemples sont progressivement apparus en matière de conflits de juridiction.

48. Des tempéraments avant l'heure. – Néanmoins, bien avant que le système principe-tempérament ait vu le jour, la Cour suprême de justice avait déjà appliqué des règles qui allaient devenir des tempéraments, comme le montrent deux arrêts en rendus matière de droit cambiaire. En effet, dans un arrêt du 15 décembre 1900, la Cour a déduit le principe *locus regit actum* de l'alinéa 2 de l'article 20 CCC¹¹⁷, puis, dans un arrêt du 17 décembre 1902, elle a affirmé que l'article 202 de l'ancien CCoc consacrait la règle *lex loci solutionis*¹¹⁸. La première de ces règles a été rappelée dans l'arrêt *Tía*. Puisque ces décisions concernent la matière contractuelle, elles seront analysées ultérieurement¹¹⁹.

49. Tempéraments dans la jurisprudence constitutionnelle. – De son côté, la Cour constitutionnelle a aussi révélé l'existence des tempéraments au principe de territorialité de la loi. Dans l'arrêt T-1157/00, elle a mentionné trois exceptions : le

¹¹² A. LECOMPTE LUNA, *Esquema de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 158.

¹¹³ Article *préc.* note 41.

¹¹⁴ « Article 21. La forme des actes publics est déterminée par la loi du pays où ils sont passés. Leur authenticité se prouvera selon les règles établies au code judiciaire de l'union.

La forme consiste aux solennités externes, à l'authenticité, au fait d'avoir été réellement passés et approuvés par les personnes et de la manière dans laquelle ces actes l'affirment.

Article 22. Dans les cas où les codes ou les lois de l'union exigent des actes publics pour des preuves qui doivent être obtenues et produire des effets dans des affaires où l'union est compétente, les documents privés ne seront pas admis, sans égard à la force qu'ils aient dans leur pays d'origine. »

¹¹⁵ « Article 23. L'état civil acquis de conformité avec la loi en vigueur à la date de sa constitution, subsistera même si ladite loi n'est plus en vigueur ».

¹¹⁶ A. LECOMPTE LUNA, *Esquema de Derecho Internacional Privado*, *loc. cit.* Adde. récemment L. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, D. R. GALÁN BARRERA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 187.

¹¹⁷ CSJ civ. 15 décembre 1900, *Cuervo*, *GJ t. XV*, n° 748-749, p. 121.

¹¹⁸ CSJ civ. 17 décembre 1902, *Camacho Roldán*, *GJ t. XVI*, n° 791-792, p. 49.

¹¹⁹ *V. infra* n° 142 s.

statut personnel (issu de l'article 19 CCC), ainsi que les règles *locus regit actum* et *lex rei sitae*.

50. Tempéraments dans les instruments internationaux. – En outre, d'autres tempéraments se trouvent dans certaines conventions internationales en vigueur en Colombie et qui contiennent des règles de conflit de lois traditionnelles. Le traité bilatéral de Droit international privé avec l'Équateur de 1903, et le traité de Montevideo sur le Droit civil international de 1889, possèdent tous deux des règles sur la quasi-totalité des questions du droit international privé. Malheureusement, ces textes retiennent parfois des rattachements différents. En matière de statut personnel, par exemple, le traité avec l'Équateur adopte comme critère de rattachement la nationalité, alors que le traité de Montevideo retient le domicile.

51. Exequatur en tant que tempérament. – En matière de conflits de juridiction, compte tenu de l'élargissement du principe de territorialité de la loi¹²⁰, l'exequatur a aussi été logiquement considéré une exception. La Cour suprême de justice¹²¹, d'abord, et la Cour constitutionnelle¹²², ensuite, ont souligné que de manière exceptionnelle les décisions étrangères pouvaient produire des effets sur le territoire colombien, et que tel aurait été l'objectif visé par le législateur en introduisant l'exequatur. Actuellement, celui-ci est donc considéré comme un moyen ou un mécanisme exceptionnel permettant aux jugements étrangers de déployer leurs effets sur le territoire colombien¹²³.

52. Décalage entre principes et tempéraments. – En définitive, il existe un décalage entre le fondement des principes et celui de leurs tempéraments. En effet, à rebours de l'approche publiciste qu'expriment les premiers, les seconds sont tributaires de la méthode conflictuelle dominante qui « tend à mettre en avant l'importance cardinale des intérêts des individus dans le règlement du conflit »¹²⁴.

¹²⁰ *V. supra* n° 41.

¹²¹ CSJ civ. 14 avril 1975, préc. et 5 novembre 1996 exp. 6130, préc.

¹²² Const. T-557/05.

¹²³ CSJ civ. 26 juillet 1995 exp. 4948, préc., et 29 novembre 2011 exp. 2008-647.

¹²⁴ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 3^e éd., PUF, 2014, n° 331.

53. Conclusion du chapitre. – Ce bref aperçu du droit international privé colombien montre que le système construit par la jurisprudence est davantage ancré dans des notions du droit international public. L'approche publiciste rayonne en effet sur l'ensemble du système, c'est-à-dire sur les deux éléments du binôme principe-tempéraments sur lesquels a été bâtie la matière, ainsi que sur l'interprétation des textes et la méthode adoptée. Cependant, ce système, ses principes et ses tempéraments ou exceptions, semblent créer des difficultés tant théoriques que pratiques, ce que révélera une analyse critique d'ensemble.

CHAPITRE II

APPRECIATION CRITIQUE DU SYSTEME

54. Absence d'une étude critique d'ensemble. – La doctrine colombienne a certes adressé des critiques ponctuelles au système de droit international privé, mais l'ensemble n'a jamais été remis en question, principalement parce que les auteurs colombiens partagent à bien des égards la position du droit positif. Néanmoins, le système de droit international privé, tel qu'il a été décrit, crée bien plus de difficultés qu'il n'offre de solutions cohérentes aux conflits privés internationaux. Les reproches qui peuvent être adressés au système sont pourtant différents selon que l'objet d'analyse est l'approche du système du droit international privé colombien (section I) ou les solutions que celui-ci apporte aux situations internationales (section II).

Section I - Une approche équivoque

55. Critiques à l'approche. – La caractéristique essentielle de l'approche est le recours généralisé à la notion de souveraineté de l'État pour répondre aux différentes questions du droit international privé. Tant la jurisprudence que la doctrine colombiennes ont insisté de différentes manières sur ce point (§2). Cependant, la coexistence des principes de territorialité (de la loi) et de souveraineté de l'État représente, en elle-même, un premier problème (§1).

§1. La coexistence inutile des principes

56. Chevauchement des principes. – L'étude des principes de territorialité et de souveraineté a mis en évidence, d'abord, la proximité existant entre les notions¹²⁵ et, ensuite, la variété des liens qui peuvent les relier¹²⁶. Ces deux aspects laissent planer un doute sur l'utilité de la coexistence des deux principes.

Il semble que les notions de souveraineté et de territorialité de la loi fassent doublon, tant dans leur domaine que dans leur contenu. En effet, d'une part, le principe de territorialité de la loi n'a pas de domaine différent de celui de la

¹²⁵ *V. supra* n° 25 et 29.

¹²⁶ *V. supra* n° 34.

souveraineté. Les deux notions apparaissent souvent ensemble dans les différentes matières où la Cour constitutionnelle les a fait intervenir : pénale, fiscale, droit international privé et public, etc.¹²⁷ Et, dans la jurisprudence de la Cour suprême de justice, elles semblent tout aussi indissociables tant en matière de conflits de lois que de juridiction¹²⁸.

D'autre part, et tout spécialement dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le contenu de la territorialité n'est guère différent de celui de la souveraineté. En effet, parler de l'exercice des fonctions de l'État ou de la création et application de normes juridiques dans le territoire d'un État¹²⁹, c'est fondamentalement exprimer la même idée de deux manières différentes, car toutes les fonctions d'un État sont concernées soit dans la création soit dans l'application des normes juridiques.

En outre, certains arrêts rapprochent les notions davantage, par exemple en ajoutant au principe de territorialité un élément de non-ingérence¹³⁰ fréquemment rattaché à la souveraineté des États et d'ailleurs qualifié, lui aussi, de principe¹³¹.

57. Articulation malaisée des principes. – En outre, il a été constaté qu'entre les deux notions plusieurs rapports sont possibles : parfois un rapport de hiérarchie, dans le cadre duquel la territorialité serait tantôt le fondement essentiel tantôt l'expression de la souveraineté ; parfois un rapport d'égalité, et les deux principes sont alors présentés comme des éléments consubstantiels¹³². Cette triple possibilité heurte la logique, car deux notions ne peuvent pas avoir simultanément un rapport d'égalité et de hiérarchie, de même qu'au sein d'un rapport hiérarchique, elles ne

¹²⁷ *V. supra* n° 22.

¹²⁸ *V. supra* n° 20.

¹²⁹ Const. C-1189/00.

¹³⁰ Const. C-621/01.

¹³¹ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 12^e éd., L.G.D.J., 2016, p. 239 et 265 ; J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, v° « non-ingérence » et « non-intervention » p. 746.

¹³² *V. supra* n° 35. Dans les arrêts Const. C-1189/00 et C-621/01, la territorialité serait le fondement de la souveraineté ; dans l'arrêt C-395/02, la territorialité constitue une expression de la souveraineté ; et dans l'arrêt, T-1157/00, il s'agit de deux éléments consubstantiels. Cependant, il faut remarquer que la formule utilisée par la Cour est ambiguë et deux interprétations seraient possibles. La première consiste à dire que le principe de territorialité est consubstantiel à la souveraineté, et non pas avec, puisque la formule n'indique pas à quoi les deux notions seraient consubstantielles ; cette interprétation suppose donc une erreur de rédaction. La deuxième, celle que l'on adopte ici, présuppose que les deux notions sont consubstantielles à l'idée d'État ; cette interprétation complète le texte tout en respectant la formule employée par la Cour.

peuvent pas être en même temps supérieure et inférieure à l'autre. Logiquement, seul l'un des trois types d'articulation devrait être retenu.

Or, en droit international public et dans le langage courant, la souveraineté est une notion irréductible parce qu'elle constitue la « singularité la plus manifeste »¹³³ de l'État, celle qui le distingue de manière décisive des autres sujets de droit international ; elle est essentielle à la notion d'État. Elle ne saurait donc être conçue autrement que comme fondement du principe de territorialité de la loi ; c'est d'ailleurs la voie qui a été choisie par la Cour suprême de justice¹³⁴.

58. Inutilité du principe de territorialité. – En droit colombien, le principe de la territorialité de la loi ne se distingue donc guère de la souveraineté et, même s'il est considéré comme un simple corollaire de celle-ci, l'identité des deux notions rend tautologique le raisonnement. L'existence du principe de territorialité de la loi est donc superflue et il conviendrait de ne plus s'y référer. La notion de la souveraineté suffit à rendre compte de l'exclusivité, de l'autonomie et de la plénitude de l'exercice des compétences étatiques sur le territoire¹³⁵, mais son intervention en droit international privé, même une fois cette clarification effectuée, est à la base de plusieurs difficultés théoriques.

§2. Les conséquences de recours à la notion de la souveraineté

59. Conséquences indésirables. – Le discours adopté par la jurisprudence et la doctrine colombiennes, fortement influencé par la notion de la souveraineté, a débouché sur des considérations théoriques qui, malgré leur conformité avec le système, font preuve d'hostilité à l'égard des situations internationales, et montrent que la voie empruntée par le droit international privé colombien peut conduire à des impasses. Ce discours a un impact particulièrement marqué sur l'analyse du conflit de lois (A), et sur l'application de la loi étrangère (B).

¹³³ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, p. 234, pour qui la souveraineté de l'État exprime le « degré de la liberté qui lui est reconnue dans la détermination et dans l'exercice de ses droits et de ses pouvoirs ; ce degré est le plus haut qui se puisse concevoir dans le cadre du droit ».

¹³⁴ *V. supra* n° 36.

¹³⁵ C. ROUSSEAU, *Droit international public*, Recueil Sirey, 1953, n° 96.

A. L'analyse du conflit de lois

60. L'analyse doctrinale. – Dans leurs ouvrages, les auteurs colombiens consacrent des développements substantiels à la nature et l'objet du droit international privé et de ses règles et, dans ce contexte, ils présentent le conflit de lois comme un conflit de souverainetés. Des auteurs très importants ont adopté cette lecture de la matière. Ainsi, pour Caicedo Castilla, « si l'on examine le fond des choses, on verra qu'en tout conflit de lois il y a, en réalité, un conflit de souverainetés »¹³⁶. De même, pour M. Monroy-Cabra, « les règles de résolution de conflits sont toujours du droit public, puisqu'il s'agit en dernière instance de séparer les pouvoirs respectifs »¹³⁷.

61. Défauts de cette analyse. – Les reproches qui peuvent être adressés à cette lecture sont multiples : cette analyse a des conséquences inattendues, est inapte à résoudre le problème qu'elle prétend expliquer et conduit à une fausse représentation du conflit de lois.

62. Souveraineté méconnue. – En premier lieu, cette lecture des conflits de lois, poussée jusqu'à son terme, entraîne une conséquence indésirable au regard de l'objectif affiché : la souveraineté, bien qu'érigée en valeur essentielle, finit par être méconnue. La protection jalouse de la souveraineté, fondée sur la croyance que l'inapplication de la loi d'un État constitue une atteinte à sa souveraineté¹³⁸ et qui semble animer la jurisprudence et la doctrine colombiennes, est inconciliable avec le choix nécessaire à la résolution du conflit¹³⁹. Par hypothèse, le conflit naît du fait que la situation juridique présente des liens avec plusieurs États, ou avec plusieurs souverainetés selon cette vision, par exemple en raison des nationalités différentes des époux. La situation n'appartient donc à aucune souveraineté exclusivement et, en considération de l'égalité entre États souverains, toutes les souverainetés concernées

¹³⁶ J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, n° 6, p. 5. Il rajoute « car il s'agit de savoir sous l'emprise de quelle des lois en conflit se trouve la relation juridique qui l'a causé ». Cette deuxième partie aurait peut-être conduit à d'autres raisonnements, malheureusement c'est au premier extrait que la doctrine et la jurisprudence postérieures se sont ralliées.

¹³⁷ M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 27.

¹³⁸ Cette croyance est le fruit d'une confusion entre la souveraineté et l'intérêt de l'État à l'application de sa loi, selon A. BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1949. 615 et 1950. 11, spéc. p. 19. Il serait possible de considérer avec M. Pierre Mayer, qu'il s'agit de la « personnification de l'ordre juridique en État », « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 109 et 361.

¹³⁹ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions...*, *op. cit.*, p. 84-87.

doivent être considérées comme également intéressées à la résolution du conflit¹⁴⁰. Or, puisque pour trancher le conflit le juge doit choisir la loi d'un des ordres juridiques concernés, la violation de la souveraineté d'au moins un autre État est alors inévitable¹⁴¹. Et si le choix peut se porter sur la loi du for, le juge ne peut choisir que cette dernière, qui est la loi de l'État qui l'a institué et sur qui repose son autorité¹⁴², son pouvoir de dire le droit, et la violation de la souveraineté étrangère devient systématique.

63. Analyse stérile. – En deuxième lieu, la lecture du conflit de lois comme un conflit de souverainetés et la notion de souveraineté elle-même sont inaptes à faire pencher la balance en faveur d'une des lois en conflit. Lorsque la situation juridique n'a aucun lien avec l'État du for, par exemple, la notion de souveraineté n'est utile au juge saisi du conflit que pour constater l'égalité des États souverains et, partant, l'impossibilité de préférer une loi à une autre. Le recours à d'autres critères est dès lors indispensable pour décider de l'issue du litige.

64. Représentation du problème posé par le conflit de lois. – En troisième lieu, l'identification du conflit de lois à un conflit de souverainetés conduit à une fausse représentation du phénomène. D'une part, compte tenu de la définition de la souveraineté retenue en droit positif, il ne s'agit pas au sens strict d'une confrontation entre souverainetés, ou entre États¹⁴³, et ce pour trois raisons. Tout d'abord, les litiges qui opposent les États, ceux où s'affrontent véritablement les souverainetés, sont très différents de ceux dont s'occupe le droit international privé. Le plus souvent, en effet, les différends existant entre États sont relatifs aux droits sur un territoire ou à la violation d'un traité¹⁴⁴, hypothèses qui intéressent une autre branche du droit : le droit international public. Ces litiges sont assez éloignés des questions de droit de la famille, de droit de successions ou de droit des obligations, etc. dont s'occupe le droit international privé. À l'égard des litiges de cet ordre,

¹⁴⁰ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, p. 239, pour qui l'égalité est un corollaire immédiat de la souveraineté. La Cour constitutionnelle colombienne a évoqué cet aspect dans l'arrêt C-621/01, p. 26 et 27.

¹⁴¹ A. BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *op. cit.*, p. 28.

¹⁴² P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979. 1, 349 et 537, spéc. 375. Ainsi le laisse entendre l'arrêt C-249/04 de la Cour constitutionnelle.

¹⁴³ L'assimilation de l'État et de l'ordre juridique se retrouve à nouveau ici, *v. supra* note 138.

¹⁴⁴ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 1 ; J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public, op. cit.*, p. 2.

ensuite, les États n'interviennent qu'en tant que pourvoyeurs de droit¹⁴⁵. L'activité de l'État n'est pas différente de celle qu'il déploie dans un litige de droit privé interne et la présence d'un ou plusieurs éléments d'extranéité ne provoque aucune activité de la part des États qui puisse justifier de considérer le conflit de lois comme un conflit de souverainetés. Enfin, les États n'ont *a priori* aucun intérêt direct dans la résolution du litige, auquel ils ne participent d'ailleurs pas, et ne sont pas concernés par son issue¹⁴⁶. D'ailleurs, à suivre cette lecture l'intervention des représentants des souverainetés pourrait être légitimement espérée dans les litiges de droit privé comportant au moins un élément d'extranéité, or il est important de remarquer qu'il n'en est rien et qu'il n'en a jamais rien été, comme le remarquait déjà Aubry dans son étude consacré à la territorialité : « ils [les conflits de lois] n'ont jamais troublé les relations de la politique extérieure ni provoqué le plus léger froncement de sourcil d'un diplomate »¹⁴⁷.

D'autre part, l'expression « conflit de lois » renferme des événements de dimensions moins importantes que ceux dont s'occupe le droit international public¹⁴⁸. En effet, les rapports de droit appréhendés par le droit international privé présentent une particularité : les éléments du rapport juridique sont éparpillés sur les territoires de plusieurs États. La dispersion de ces éléments fait donc surgir une hésitation légitime quant à l'application de leurs lois au rapport de droit, puisque celles-ci ont une vocation concurrente¹⁴⁹ à le régir. Or, le choix de l'une d'entre elles devient logiquement nécessaire¹⁵⁰ : peu importe l'approche méthodologique qui sert de base au choix¹⁵¹, pour surmonter le conflit il est tout simplement nécessaire d'effectuer le

¹⁴⁵ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 240 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 4.

¹⁴⁶ Certains auteurs colombiens l'admettent volontiers, v. A. HERRÁN MEDINA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 57 ; L. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, D. R. GALÁN BARRERA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 36 ; et même M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁷ J. AUBRY, « De la notion de territorialité en droit international privé », *JDI* 1901. 651.

¹⁴⁸ Pour M. Mayer, « le conflit de lois n'est pas une réalité que l'on constate, mais un problème que l'on pose », P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 88. On peut dire aussi avec M. David Sindres qu'il s'agit d'une difficulté logique, D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, préf. H. Muir Watt, L.G.D.J., 2008, p. 110.

¹⁴⁹ Sur ce point v. P. GOTHOT, P. LAGARDE, v° « Conflits de lois (Principes généraux) », *Rép. dr. int.*, n° 13, et P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions...*, *op. cit.*, p. 69-84 ; et récemment, D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques...*, *op. cit.*, p. 90-98.

¹⁵⁰ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions...*, *op. cit.*, p. 84-87 ; certains n'en ressentent pas la nécessité : W. WENGLER, « The general principles of private international law », *RCADI* 1961, t. 104, p. , spéc. 316.

¹⁵¹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 330.

choix d'une loi. Une seule attitude, à ce stade, semble déjà condamnable : la situation n'étant entièrement interne à aucun ordre juridique, l'application systématique de la loi du juge saisi – la *lex fori* –, en l'absence de toute autre justification, peut entraîner des conséquences désastreuses, comme le soulignait Andrés Bello il y a plus d'un siècle et demi, « nos plus précieux droits disparaîtraient, ou ils auraient seulement une existence précaire, dès qu'ils ne se trouveraient plus sous la tutelle des institutions civiles sous l'ombre desquelles ils ont été créés »¹⁵².

65. Défauts de l'analyse en termes de répartition de pouvoirs. – S'il ne s'agit pas d'un conflit de souverainetés, l'objet des règles de droit international privé est-il de départager des pouvoirs ? La réponse négative s'impose. Cette matière ne poursuit pas un partage des pouvoirs en conflit¹⁵³, ni la délimitation des compétences législatives des États¹⁵⁴. D'abord, le phénomène ne doit pas être appréhendé en termes de souveraineté ou de pouvoirs, pour les raisons qui viennent d'être évoquées, ensuite, l'objet des règles de conflit n'est pas, pour deux raisons, d'opérer un tel partage.

66. Contrariété de l'analyse au droit international public. – Premièrement, ce prétendu objet de partage des compétences législatives conduit à une violation du droit international public¹⁵⁵. La doctrine française a très exactement considéré, à la suite de l'affaire du *Lotus*¹⁵⁶, que la règle de conflit de droit international privé ne pouvait avoir « pour objet d'attribuer compétence à l'État pour édicter une norme, comme si l'affirmation, ou la négation, de la compétence d'un juge ou d'une loi étrangère impliquait un jugement sur la régularité ou la validité des processus étatiques d'édition des normes des États étrangers »¹⁵⁷. En d'autres termes, cet arrêt reconnaît la compétence de tous les États pour décider de l'application de leurs lois et de la compétence de leurs tribunaux. Par conséquent, attribuer à la règle de

¹⁵² A. BELLO, *Principios de derecho internacional*, Librería de Garnier Hnos., 1873, p. 69.

¹⁵³ Pour une étude approfondie, v. P. MAYER, « Droit international privé et droit international public... » *op. cit.* ; aussi, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, préf. P. Mayer, L.G.D.J., 1997.

¹⁵⁴ J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, n° 11, p. 8 et A. HERRAN MEDINA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, n° 556, p. 237 ; pour ce dernier, la véritable solution aux conflits de lois dépendrait du droit international public, qui délimiterait les compétences législatives en matière de droit international privé de chaque État.

¹⁵⁵ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 106.

¹⁵⁶ CPJI 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus*, arrêt n° 9, *Rev. crit. DIP* 1928. 354, note M. H. Donnedieu de Vabres.

¹⁵⁷ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 61.

conflit de lois l'objet de réaliser un partage de compétences législatives n'a donc aucun fondement et, de surcroît, est en franche contradiction avec la jurisprudence internationale.

67. Nécessité d'un effort supranational. – Secondement, et il s'agit là d'un corollaire de l'argument précédent, le partage de « pouvoirs » n'est réalisable qu'au niveau supranational. Face à des États souverains, pour qui l'édition de normes est une compétence régaliennne, la seule manière de procéder à une répartition de compétences législatives suppose d'en passer par des règles supranationales provenant de la société internationale ou qui, selon la conception universaliste, seraient déduites d'un *jus commune* soit du droit international, ou dictées par le droit international public¹⁵⁸. Néanmoins, au début du XX^e siècle il a été constaté que le droit international privé trouvait principalement sa source au niveau national¹⁵⁹ et ne pouvait donc avoir pour but d'attribuer des compétences aux États étrangers empiéter sur les souverainetés étrangères ; à ce propos, la Cour suprême de justice a déjà expressément évoqué les difficultés de l'idéal universaliste et la réaction particulariste des États¹⁶⁰. En outre, la seule règle issue du droit international public qui ait véritablement été acceptée aujourd'hui est la compétence législative ou normative illimitée de chaque État pour décider souverainement de ses règles de conflits de lois et de juridiction¹⁶¹. Il en découle que l'objectif du droit international privé et, par conséquent, l'objet de ses règles, ne peuvent pas être ceux auxquels songe la doctrine colombienne contemporaine, et que le droit international public ne sert sur ce point qu'à mettre en évidence la multiplicité des ordres juridiques. Les objectifs du droit international privé et l'objet de ses règles seront certes moins ambitieux, mais il faut chercher dans une autre direction pour les identifier.

¹⁵⁸ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 154-155 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 44.

¹⁵⁹ Dans le cas français, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 75. En Colombie, la jurisprudence et la doctrine ont toujours déduit les règles de conflit de lois internes, *supra* n° 13. Pour un fondement commun, v. CPJI, 12 juillet 1929, *Affaires des emprunts serbes et brésiliens*, arrêts n° 20 et 21, *JDI* 1929. 977, note ANDRE-PRUDHOMME, p. 837.

¹⁶⁰ CSJ civ. 17 février 1988, *GJ* t. CXII, n° 2431, p. 32, spéc. p. 33-34.

¹⁶¹ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 107 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 34, ce qui rend irréalisable le désir de cet ordre d'une partie de la doctrine colombienne, v. A. HERRAN MEDINA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, n° 556, p. 212 et 237-239.

Si la référence à la souveraineté ne semble apporter aucun éclairage sur le plan théorique, constitue-t-elle un obstacle à l'application de la loi étrangère ?

B. L'application de la loi étrangère

68. Refus d'application des lois étrangères. – Il semble bien que la souveraineté s'oppose à l'application des lois étrangères en droit international privé colombien. En amont, et sur ce même fondement, leur statut dans l'ordre juridique du for serait pour certains des plus douteux.

69. Application de lois étrangères et souveraineté. – Récemment, par un arrêt C-249/04, la Cour constitutionnelle a affirmé catégoriquement que « la souveraineté d'un État n'existe pas si sa Constitution et ses lois ne sont pas appliquées sur son propre territoire. Si le système juridique d'un État ne s'applique pas dans son propre territoire, cela signifie qu'il s'applique celui d'un autre État, et que le premier État n'est pas souverain ». Ce genre d'argument se trouvait déjà en doctrine, comme par exemple chez Cock Arango, pour qui la souveraineté constituait un obstacle infranchissable à l'application de la loi étrangère¹⁶².

Cependant, la souveraineté de l'État du for et celle de l'État étranger – c'est-à-dire l'indépendance qui consiste en la faculté d'exercer, sur un territoire et ses habitants, les fonctions d'un État¹⁶³ – ne sont pas remises en cause par l'application d'une loi étrangère, pas davantage que par la réception d'un jugement étranger ou d'une sentence arbitrale étrangère ou internationale. Premièrement, les organes de l'État ne cessent pas d'exister ni ne perdent leurs facultés ou compétences : en appliquant la loi française, le juge colombien ne prive pas le législateur colombien ou français, de son pouvoir d'édicter des normes, et il ne fait pas non plus du législateur français le législateur des Colombiens ou du territoire colombien, et inversement. Deuxièmement, les règles matérielles du for qui n'ont pas été appliquées au litige ne disparaissent pas de leur ordre juridique : elles seront toujours applicables à toutes les situations internes et pourront trouver application dans d'autres litiges internationaux si une règle de conflit de lois les désigne. Et, troisièmement,

¹⁶² A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 12 et 13.

¹⁶³ *V. supra* n° 29.

l'application de la loi étrangère ou la reconnaissance ou l'exécution d'une décision étrangère ne sont pas imposées par le législateur ou le tribunal étranger, mais rendues possibles par l'ordre juridique de l'État du for¹⁶⁴. C'est bien ce qui résulte par exemple de l'article 163 CCC¹⁶⁵, par exemple, qui commande au juge colombien de soumettre le divorce d'époux dont le mariage a été célébré à l'étranger à la loi de leur domicile commun – cette règle, comme il vient d'être dit, ne conduit pas nécessairement à l'application d'une loi étrangère puisque la loi colombienne est applicable au divorce si le domicile commun se trouve en Colombie. Étant donné que l'application de la loi étrangère dépend de la loi du for, il n'est pas possible de parler d'ingérence, et dès lors que les États conservent l'intégralité de leurs pouvoirs, la prétendue violation de leur souveraineté n'est pas avérée. Pour reprendre les mots de la Cour constitutionnelle, l'indépendance de l'État et la faculté d'exercer, sur son territoire et ses habitants, les fonctions d'un État restent, en tout état de cause, intactes.

70. Statut de la loi et incorporation. – Si son application ne semble pas porter atteinte à la souveraineté de l'État, qu'en est-il du statut de la loi étrangère ? Selon Cock Arango, il serait absurde d'accepter que les États permettent l'application d'une loi étrangère sur leur territoire puisque les lois ne peuvent pas avoir le statut de loi en dehors du territoire de l'État qui les a édictées, sauf à être « incorporées préalablement par un processus conforme à la constitution dans la législation de l'État qui veut permettre leur application »¹⁶⁶. Cela signifie qu'une loi étrangère ne peut pas être applicable dans un ordre juridique avant d'avoir été transformée par le législateur en une loi du for. Dans le cas contraire, l'application de la loi étrangère constitue, à son avis, une impossibilité technique en raison de la souveraineté des États¹⁶⁷.

¹⁶⁴ A. BELLO, *Principios de derecho internacional*, *op. cit.*, p. 67 et 69.

¹⁶⁵ « Article 163. Le divorce du mariage civil célébré à l'étranger est régi par la loi du domicile conjugal. À ces fins, doit être entendu par domicile conjugal le lieu où les conjoints habitent de commun accord et, à défaut, est réputé comme tel le domicile du conjoint défendeur. »

¹⁶⁶ A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 12-13.

¹⁶⁷ *Ibid.* Cette position est partagée par la Cour suprême de justice, arrêt du 30 juillet 1997 exp. 6329, *GJ* t. CCXLIX, n° 2488, p. 209, et par la Cour constitutionnelle, arrêt C-249/04.

71. Proximité avec l'exclusivisme juridique. – La thèse de Cock Arango se rapproche des thèses européennes de droit international privé de son époque¹⁶⁸ qui, principalement en Italie, défendaient l'exclusivisme juridique¹⁶⁹, théorie selon laquelle l'ordre juridique nie toute valeur juridique aux normes qui ne lui appartiennent pas¹⁷⁰. Des auteurs européens ont affirmé ainsi que pour l'ordre juridique national « les lois des autres ordres juridiques ne peuvent avoir en elles-mêmes valeur juridique »¹⁷¹, et que, en conséquence, les règles de conflit de lois avaient pour effet ou pour fonction d'incorporer matériellement ou formellement¹⁷² les lois étrangères dans l'ordre juridique du for¹⁷³, seul moyen de leur donner leur valeur juridique. En ce qu'ils considèrent que la loi étrangère est applicable parce qu'elle est devenue une loi du for par intervention de la règle de conflit, ces auteurs arrivent à un résultat similaire à celui proposé par Cock Arango. Les deux thèses sont cependant erronées.

72. Défauts de l'analyse de Cock Arango. – Néanmoins, ce qui distingue la position de l'auteur colombien constitue aussi un vice important de son analyse. Cock Arango a fait abstraction des règles de conflit de lois, c'est-à-dire que sa théorie envisage l'application de la loi étrangère *in abstracto* et non pas comme le résultat de la désignation opérée par une norme juridique du for – de fait, son but était de critiquer ce que la doctrine appelait le principe d'extraterritorialité de la

¹⁶⁸ La première édition de son traité date de 1935 et la quatrième (et dernière) de 1952.

¹⁶⁹ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, n° 55, p. 120, qui fait référence au cours à La Haye de Roberto AGO, « Règles générales des conflits des lois », *RCADI* 1936, t. 58, p. 243 ; à la suite de cette doctrine les auteurs italiens parlent de *réception* de la loi étrangère dans l'ordre juridique du for.

¹⁷⁰ R. AGO, « Règles générales des conflits des lois », *op. cit.*, p. 302 ; A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *loc. cit.*, p. 12.

¹⁷¹ R. AGO, « Règles générales des conflits des lois », *op. cit.*, p. 278.

¹⁷² L'incorporation, ou la réception, se manifeste de deux manières : i) réception matérielle : la loi du for adopte, pour les besoins de la cause, une règle de contenu semblable à la règle étrangère, mais elle perd ce caractère ; ii) réception formelle : la loi étrangère est incorporée « en conservant le sens et la valeur que lui attribue le système pour lequel elle a été créée ». Cette distinction est empruntée à H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8^e éd., L.G.D.J., 1993, n° 327, et la citation leur appartient. Ils citent à leur tour les auteurs italiens, notamment Fedozzi, Pacchioni et Ago. En doctrine colombienne, M. M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 314, se rapproche de la version formelle, et considère que nationalisation et appropriation de la loi étrangère sont des synonymes de l'incorporation ; cependant, il ne s'est pas prononcé directement sur la valeur juridique de la loi étrangère.

¹⁷³ R. AGO, « Règles générales des conflits des lois », *op. cit.*, p. 303 ; pour H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant, L.G.D.J., 1997, p. 294 et 297, la norme étrangère appliquée est valide dans la sphère juridique parce que l'ordre juridique du for en prescrit l'application ; au lieu de règles de conflit, il considère plus juste de les appeler règles *de renvoi* ou *d'incorporation*. Pour la doctrine française, cette idée se retrouve aussi dans la *local law theory* américaine de Cook et de Lorenzen, v. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 224-229.

loi¹⁷⁴. La théorie de l'exclusivisme juridique raisonnait, en revanche, à partir du mécanisme de la règle de conflit de lois. Ce point est d'importance, car il montre que l'analyse de l'auteur colombien est déconnectée du droit positif colombien et fait l'impasse sur une donnée fondamentale de la question. En effet, le droit colombien connaissait à l'époque des règles de conflit de lois, dont l'existence rendait inutile le recours aux considérations de convenance, de réciprocité, de courtoisie ou d'équité pour justifier l'application de la loi étrangère, ce qui rend inopérantes les critiques adressées par l'auteur à leur encontre¹⁷⁵. En outre, son analyse néglige un élément essentiel car la règle de conflit est peut-être aujourd'hui le seul moyen qui conduise à l'application d'une loi étrangère, application qui est imposée au juge colombien, saisi d'un litige présentant des éléments d'extranéité, par un commandement exprès de son ordre juridique auquel il ne peut se soustraire : « l'impératif de la règle de conflit [du for] soumet le litige à l'impératif de la loi applicable [même étrangère] »¹⁷⁶. Il peut être alors affirmé que la règle de conflit sert de norme d'habilitation de la loi étrangère¹⁷⁷.

Ensuite, étant donné que l'intervention des règles de conflit est délaissée, le juge n'appliquerait jamais une loi étrangère. En exigeant l'incorporation préalable des lois étrangères par les processus constitutionnels du for, le juge appliquerait toujours une loi du for ; la seule particularité étant que dans certains cas la loi serait d'inspiration étrangère. Faudrait-il alors, suivant cette logique, en conclure que le juge colombien qui applique le Code civil colombien applique le Code civil chilien dont il est issu ? Cette différence de point de départ semble expliquer le lien direct entre l'application de la loi étrangère et la souveraineté dans la théorie de Cock Arango, lien qui, dans les développements précédents, a été démenti.

73. Critiques à l'exclusivisme juridique. – Néanmoins, la prise en compte de l'intervention de la règle de conflit ne rend pas le raisonnement plus convaincant. La

¹⁷⁴ Par exemple, A. HERRÁN MEDINA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 72.

¹⁷⁵ A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 12. À son avis, ces quatre justifications sont absurdes, les trois premières parce qu'elles reposent sur la politique (ce qui signifie pour lui se passer des normes juridiques), et la quatrième, parce qu'elle conduit à méconnaître la souveraineté des États.

¹⁷⁶ H. MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. I, Librairie Dalloz & Sirey, 1960, p. 337, spéc. p. 361.

¹⁷⁷ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit., n° 447.

doctrine française a dénoncé le caractère artificiel de la théorie de l'exclusivisme, spécialement pour deux raisons. Selon la première, cette théorie conduit à nier à tout autre système de droit son caractère juridique, comme si l'ordre juridique du for était le seul à pouvoir revendiquer ce caractère¹⁷⁸. Une telle conclusion n'est pas admissible, d'autant plus que le droit international privé suppose la reconnaissance réciproque des États et de leurs ordres juridiques¹⁷⁹. Selon la seconde, l'incorporation sur laquelle repose l'exclusivisme suppose que toutes les règles de droit du monde appartiennent à tous les ordres juridiques, chacun d'entre eux absorbant tous les autres à travers ses règles de conflit. Même en amont du caractère fictif de la démarche, celle-ci conduit de manière inévitable à des antinomies¹⁸⁰ et, dans sa variante formelle, « il reste singulier qu'un système juridique s'incorpore ainsi suivant les occasions des éléments dont on a le sentiment qu'ils lui restent cependant hétérogènes »¹⁸¹.

Par ailleurs, préoccupée uniquement du caractère juridique de la loi étrangère, l'idée d'incorporation des lois étrangères néglige le caractère bilatéral de la règle de conflit¹⁸² – selon lequel la règle de conflit de lois peut désigner soit la loi du for soit la loi étrangère¹⁸³. En effet, la fonction d'incorporation ne se vérifie que lorsque la règle de conflit désigne une loi étrangère, puisque la loi du for ne peut logiquement pas être incorporée dans son propre ordre juridique où elle existe déjà par hypothèse, et n'en a évidemment pas besoin pour y jouir de valeur juridique. Le rôle d'incorporation attribué au mécanisme des règles de conflit de lois par l'exclusivisme juridique doit donc être rejeté également en ce qu'il n'appréhende le phénomène que partiellement : la fonction de la règle de conflit dépendrait de la loi désignée, c'est-à-dire que le rôle de la règle de conflit serait déterminé seulement après sa mise en œuvre, quand il a déjà été logiquement épuisé.

¹⁷⁸ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 231.

¹⁷⁹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n° 447 ; et en doctrine colombienne, R. MANTILLA REY, *Apuntes de Derecho Internacional Privado. Parte general, op. cit.*, p. 47.

¹⁸⁰ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 233.

¹⁸¹ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 327.

¹⁸² H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse dactyl., Paris II, 1985, p. 191.

¹⁸³ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 165 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 117.

La désignation opérée par la règle de conflit de lois suffit donc à rendre l'application de la loi étrangère obligatoire pour le juge du for, qui doit obéir au commandement adressé en ce sens par son propre ordre juridique¹⁸⁴. MM. Pierre Mayer et Vincent Heuzé ont raison lorsqu'ils affirment qu'« appliquer une règle substantielle, ce n'est d'ailleurs pas lui obéir, mais simplement faire un syllogisme dont la majeure est constituée par la proposition en laquelle la règle s'énonce, et la mineure par les faits de l'espèce ; toute proposition de forme normative peut constituer la majeure du syllogisme, sur l'ordre du législateur du for, et cet ordre est opportun dès lors que la proposition est le contenu de la règle en vigueur dans le pays étranger où la relation est localisée »¹⁸⁵.

74. Hypothèses d'application de loi du for. – De plus, la désignation d'une loi étrangère ne conduit pas inévitablement à son application. En effet, la crainte que l'ordre juridique du for soit totalement démuné est infondée car il existe des hypothèses, et non des moindres, où la loi du for est appliquée même en cas de recours à la méthode conflictuelle. Mise à part le cas d'une désignation de la loi du for par la règle de conflit bilatérale, il existe des mécanismes en droit international privé contemporain qui empêchent la mise en œuvre de la règle de conflit ou écartent la loi étrangère désignée. Il s'agit des lois de police et de l'exception d'ordre public¹⁸⁶, ces mécanismes qui conduisent à l'application de la loi du for lorsque cela s'avère nécessaire pour défendre une politique législative du for. Le droit colombien ignore le premier et n'a appliqué le second que dans une poignée d'occasions. Leur intervention semble pourtant étroitement liée à la possibilité d'appliquer une loi étrangère¹⁸⁷ et il sera donc important de les envisager dans le contexte colombien¹⁸⁸.

75. La fâcheuse influence de la souveraineté sur le conflit de lois. – Il n'en demeure pas moins que l'intervention de la notion de souveraineté en droit

¹⁸⁴ Pour certains, cela signifie s'arrêter à mi-chemin, R. MICHAELS, « Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization », *Duke Law School Legal Studies, Research Paper Series*, Research paper n° 74, septembre 2005, p. 13, puisque l'existence d'une règle de conflit répond à la question de l'application de la loi étrangère, mais ne résout pas le problème philosophique et politique qui sous-tend la soumission à la loi étrangère tant comme question extérieure à la législation que comme question pour le législateur.

¹⁸⁵ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 88.

¹⁸⁶ Sur ces deux mécanismes, v. B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. P. Mayer, Dalloz, 2008. V. en droit international privé colombien *infra* n° 115.

¹⁸⁷ F. MOSCONI, « Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules », *RCADI* 1989, t. 217, pp. 9, p. 20.

¹⁸⁸ V. *infra* n° 128.

international privé n'aboutit à rien et, au contraire, conduit les raisonnements à des impasses. Pour André Bonnichon, la notion de souveraineté constitue un détour inutile et celle de conflit de souverainetés « est une description de l'obstacle, non un moyen de le franchir »¹⁸⁹. La Cour constitutionnelle est parvenue – curieusement, car cela n'a rien changé à sa position – à la même conclusion : « Or, lorsqu'une relation juridique donnée concerne des personnes et/ou des espaces territoriaux qui dépendent d'États différents, l'application de ce simple principe [de territorialité de la loi] donne comme résultat la potentielle compétence des deux États ou plus »¹⁹⁰.

La souveraineté et le principe de territorialité ne seraient que des présupposés du conflit de lois. Ces notions ne servent qu'à rendre compte d'une manière différente du fait élémentaire que plusieurs ordres juridiques sont concernés par un litige privé international, tout en étant complètement stériles, voire nuisibles, pour répondre aux problèmes généraux du droit international privé ou pour découvrir des règles de conflit particulières¹⁹¹. Celles-ci existent pourtant en droit international privé colombien et il est temps d'aborder leur étude.

Section II - Un système perfectible

76. Des défaillances corrigibles. – Malgré les difficultés logiques soulevées par les fondements du système, le droit colombien contient des règles qui peuvent résoudre la plupart des questions traditionnelles de droit international privé, mais qui ne sont que rarement appliquées. Ces règles sont la preuve d'une certaine richesse de l'ordre juridique colombien en la matière, et permettraient de mieux saisir les situations internationales. Il est donc possible de surmonter les errements en matière de conflits de juridiction (§1) et les difficultés de mise en œuvre des règles de conflit de lois (§2) qui sont provoquées par les principes de territorialité et de souveraineté. Des mécanismes correctifs sont aussi nécessaires pour que le système soit complet (§3).

¹⁸⁹ A. BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés... », *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁰ Const. T-271/07.

¹⁹¹ Dans ce sens, sur le recours à la souveraineté à propos du renvoi, v. *Grands arrêts*, n° 7-8, *Forgo*, p. 67.

§1. Conflits de juridiction

77. Efficacité des jugements étrangers et principes du droit international privé colombien. – L'accueil des jugements étrangers en Colombie, domaine dont sont issues la plupart des décisions de droit international privé, a constitué un terrain idéal pour l'intervention des notions de souveraineté et de territorialité. Leur influence se matérialise spécialement, et non sans de fâcheuses conséquences, d'abord dans l'analyse de l'exequatur (A), et ensuite dans la soumission de celui-ci à la condition de réciprocité (B).

A. L'analyse de l'exequatur

78. L'exequatur en tant qu'exception. – Dans le système binaire colombien, l'exequatur¹⁹² est une exception¹⁹³. Bien que la règle à laquelle il fait exception n'ait pas été clairement formulée¹⁹⁴, il peut être affirmé qu'elle est tributaire de deux idées souvent évoquées par la jurisprudence. Selon la première, l'accueil des jugements étrangers constitue une exception à la faculté qui appartient à chaque État d'administrer justice par ses organes juridictionnels dans sur territoire¹⁹⁵, et à l'indépendance des États¹⁹⁶. Selon la seconde, seules les décisions des juges colombiens peuvent produire des effets sur le territoire colombien¹⁹⁷. Pourtant, ces idées ne vont pas sans créer des difficultés.

¹⁹² L'exequatur des jugements étrangers a été régi par les articles 555 à 561 CJ, entre 1931 et 1970, puis par les articles 693 à 695 CPCC, dès 1971 à 2013 et par les articles 605 à 607 CGP, à partir du 1^{er} janvier 2014. Les sentences arbitrales, soumises au même régime dans les codes de 1931 et 1971, ont été exclues de la dernière version du code et leur reconnaissance et leur exécution sont régies par la Loi 1563 de 2012, en vigueur depuis le 12 décembre 2012.

¹⁹³ *V. supra* n° 51.

¹⁹⁴ Il est impossible, comme pour la jurisprudence française, d'identifier une formule unique, plus ou moins uniforme, d'après laquelle des problèmes juridiques similaires seraient résolus. Les formules varient d'un magistrat à l'autre et d'un arrêt à l'autre d'un même magistrat. On a constaté d'ailleurs que ni les matières dans lesquelles sur lesquels les arrêts ont été rendus, ni leur dispositif, n'ont aucun lien avec ces variations.

¹⁹⁵ À nouveau, la formulation de l'attendu de principe n'est pas unique : seuls les magistrats colombiens peuvent rendre la justice en territoire colombien, l'État colombien ne partage la faculté d'administrer la justice avec aucun autre État, etc., *v.* notamment CSJ civ. 19 mars 1992, préc. ; 13 octobre 1999 exp. 7298, *GJ* t. CCXXXVII, n° 2476-II, p. 396 ; 16 juillet 2001 exp. 7528 ; 30 janvier 2004 exp. 2002-008 ; 19 décembre 2008 exp. 2006-1031 ; 4 août 2010 exp. 2004-1311 ; 27 juillet 2011 exp. 2007-1956 ; 14 octobre 2011 exp. 2011-287 ; 16 avril 2012 exp. 2009-1108. Il est arrivé que cette idée soit évoquée exclusivement : CSJ civ. 29 février 1996 exp. 3626, *GJ* t. CCXL, n° 2479, p. 288 ; 25 juillet 2005 exp. 2000-201.

¹⁹⁶ Spécialement, CSJ civ. 1^{er} décembre 1995 exp. 5302, prés. ; 28 juillet 1998 exp. 6583, *GJ* t. CCLV, n° 2494, p. 243 ; 25 juillet 2005 exp. 2000-201 ; 14 octobre 2011 exp. 1999-7858 ; 29 novembre 2011 exp. 2007-939 ; et 29 novembre 2011 exp. 2008-647.

¹⁹⁷ Les formules n'ont pourtant pas été toujours identiques : avoir de la valeur, produire des effets, pleine validité, etc. *v.* notamment CSJ civ. 14 avril 1975, préc. ; 17 février 1988, *GJ* t. CXCI, n° 2431, p. 32 ; 18 décembre 2006 exp. 2005-1681 ; 25 février 2011 exp. 2006-1989 ; 23 novembre 2011 exp. 2010-1111 ; 1^{er} décembre 2011 exp. 2002-025 ; 19 décembre 2011 exp. 2011-892.

79. Difficultés soulevées par la diversité des analyses. – Même à faire abstraction de la notion de souveraineté à laquelle la jurisprudence colombienne lie étroitement ces deux idées, il faut souligner au préalable que l'une et l'autre ne sont pas équivalentes. Si l'exclusivité des effets des décisions des juges colombiens peut être déduite de la faculté régaliennne d'administrer la justice, comme la jurisprudence colombienne semble le faire souvent, en revanche il est plus délicat de considérer qu'une exception à l'exclusivité des effets entraîne une exception à la faculté. En effet, en tant qu'exception, l'exequatur aurait des implications différentes dans chaque cas. Il est très différent de considérer, comme le suggère l'idée de l'exclusivité des effets, que dans certains cas un jugement étranger peut avoir des effets en Colombie – seuls les effets des décisions y sont visés –, ou, selon l'idée d'exception à la faculté régaliennne d'administrer la justice, que dans certains cas ce ne sont pas les organes juridictionnels colombiens qui exercent la faculté de dire le droit, ou que l'État colombien n'est pas indépendant de l'État étranger d'origine de la décision – l'affirmation concerne tantôt le pouvoir juridictionnel tantôt l'ensemble de l'État. Ce sont là deux affirmations bien différentes.

80. Irréalisme de l'exequatur comme exception à la juridiction. – D'ailleurs, déduire de l'efficacité des décisions étrangères une exception à la faculté de rendre justice, cette idée étant plus fréquemment évoquée ces dernières années, ne correspond pas à la réalité des choses. Premièrement, une exception à la faculté de rendre justice dans son territoire signifierait en toute logique qu'il est possible que justice y soit rendue par des tribunaux étrangers. Mais, dès lors que les organes juridictionnels étrangers se substituent aux colombiens, leurs jugements ne s'imposeraient-ils pas directement (et légitimement) dans l'ordre juridique colombien ? L'exequatur ne deviendrait-il pas, par conséquent, superflu ? Le problème juridique que pose l'invocation d'une décision étrangère dans l'ordre juridique colombien ne semble donc pas pouvoir se formuler en ces termes. Un arrêt récent de la Cour suprême de Justice montre qu'une vraie exception à cette faculté est, par exemple, l'arbitrage¹⁹⁸.

¹⁹⁸ CSJ civ. 4 mai 2012 exp. 2008-2100, où en l'espèce était demandé l'exequatur d'une décision étrangère d'adoption.

Deuxièmement, cette analyse tombe dans une double erreur. D'abord, en y voyant une sorte d'intromission, elle surestime l'activité du juge étranger. Les autorités judiciaires étrangères, par leurs décisions, n'entendent pas statuer sur un territoire étranger, à la place d'une autorité étrangère ; encore moins prétendent-elles (à les supposer intéressées par le sort réservé à leurs décisions par les autres États) voir leur décision exécutée, avec ou sans contrôle de régularité, par l'État d'accueil¹⁹⁹. Leur but, en tant qu'organes judiciaires d'un État souverain et sur leur propre territoire, n'est autre que de décider le litige qui leur a été soumis. Par ailleurs, l'intromission qui sert de justification au discours est irréaliste tant parce qu'un contrôle de régularité existe en droit colombien que parce qu'il serait difficile d'imaginer un moyen moins efficace pour priver un État de son indépendance qu'un jugement en matière de droit privé.

Ensuite, l'analyse de l'exequatur comme une exception à la juridiction se méprend précisément sur l'essence du mécanisme. En matière d'efficacité des jugements étrangers, l'exequatur, loin d'être une exception à la faculté d'administrer justice, à l'indépendance ou à la souveraineté, en constitue au contraire une manifestation. La procédure d'exequatur n'a en effet lieu d'être que lorsqu'une décision étrangère est invoquée devant la justice colombienne et son but n'est autre que de déclarer si celle-ci peut ou non produire ses effets en territoire colombien ; cette dernière alternative²⁰⁰ constitue non seulement la réaction logique, mais la seule réaction nécessaire et possible. L'efficacité du jugement étranger en Colombie, comme dans tout autre pays, dépend donc entièrement des organes judiciaires colombiens, et ce parce que la République de Colombie est précisément un État souverain et indépendant.

Troisièmement, et c'est là une évidence, l'existence des jugements étrangers n'affecte en rien la faculté de dire le droit des tribunaux colombiens. Prétendre le contraire semble même absurde ; cela reviendrait à remettre en cause toutes les juridictions de la planète simultanément. Il est possible toutefois que la

¹⁹⁹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 385.

²⁰⁰ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 373.

jurisprudence colombienne²⁰¹, soucieuse de la souveraineté nationale, ait ressenti le besoin d'affirmer cette idée par crainte que des litiges qui devraient être soumis aux juges colombiens soient résolus par des tribunaux étrangers. Néanmoins, cette peur ne semble pas justifier un tel discours, d'une part, parce que la loi colombienne prévoit comme motifs de refus de l'exequatur la méconnaissance d'une compétence exclusive des tribunaux colombiens ou de leur compétence en matière de droits réels constitués sur des biens situés en Colombie, et la contrariété à l'ordre public²⁰² – ce qui protège l'ordre juridique colombien et les intérêts dont il est le garant. Et, d'autre part, la procédure d'exequatur peut se déclencher même en l'absence de tout rattachement du litige au fond avec la Colombie, ainsi que l'illustre l'arrêt du 6 juin 1945²⁰³ ; pour cette procédure, la condition première est que la décision invoquée soit étrangère.

En somme, l'idée liée à l'administration de la justice, clair exemple de l'approche publiciste, n'appréhende pas avec justesse le phénomène de l'efficacité des décisions étrangères et est insuffisante pour y apporter des solutions, ce qui explique qu'elle soit souvent accompagnée, et d'ailleurs soit difficilement séparable, de l'idée relative aux effets des jugements.

81. Exequatur comme exception à l'exclusivité des effets. – Cette seconde idée a, dès le premier abord, le mérite de mieux aborder le phénomène, parce qu'elle identifie le véritable problème juridique soulevé par l'invocation d'un jugement étranger devant les tribunaux colombiens : celui de l'acceptation ou du rejet de son efficacité²⁰⁴. Plus fidèle à la lettre de l'article 606 CGP²⁰⁵ (ainsi que celle de l'article

²⁰¹ La Cour Constitutionnelle a suivi sur ce point la Cour Suprême de Justice, *v.* T-716/96 et T-557/05.

²⁰² Respectivement, dans les numéros 4, 1 et 2 de l'article 694 CPCC et 606 CGP, *v. infra* note 205.

²⁰³ CSJ 6 juin 1945, *GJ* t. LIX, n° 2021, p. 129, dans l'espèce un créancier panaméen demandait l'exequatur d'un jugement panaméen condamnant à des dommages-intérêts son débiteur, un commerçant égyptien, alors domicilié à Cali.

²⁰⁴ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit., loc. cit.*

²⁰⁵ « Article 606. Conditions. Une décision étrangère peut recevoir effet si elle remplit les conditions suivantes :

1. Qu'elle ne dispose pas sur des droits réels constitués sur des biens qui se trouvaient sur le territoire colombien au moment de commencer la procédure en cours de laquelle la décision été rendue.
2. Qu'elle ne s'oppose pas aux lois ou d'autres dispositions colombiennes d'ordre public, sauf celles de la procédure.
3. Qu'elle soit exécutoire de conformité à la loi du pays d'origine, et se présente en copie dûment légalisée.
4. Que l'affaire sur laquelle repose, ne soit pas de compétence exclusive des juges colombiens.
5. Qu'une procédure en cours n'existe pas en Colombie ni une décision exécutoire d'un juge national sur la même affaire.
6. Que si elle a été dictée dans une procédure contentieuse, on ait rempli l'exigence de la citation et contradiction du défendeur, de conformité à la loi du pays d'origine, ceci est présumé de la force exécutoire.
7. Que soit remplie la condition de l'exequatur ».

694 CPCC ancien) qui évoque la production des effets des décisions étrangères, la principale conséquence de cette analyse est de rendre l'exequatur obligatoire pour tous les actes judiciaires étrangers²⁰⁶.

82. Nécessité de l'exequatur. – Cependant, pour une partie de la doctrine colombienne, certains effets des jugements étrangers n'auraient pas besoin de l'exequatur²⁰⁷ et, à une époque, cette idée aurait pu l'emporter. En effet, un arrêt de la Cour Suprême de Justice du 30 novembre 1948 avait distingué entre jugements de condamnation, d'un côté, et jugements « purement déclaratifs » et constitutifs²⁰⁸, de l'autre, selon qu'une exécution forcée était prévue ou non. Puisque, selon la Cour, les jugements du deuxième type suffisent pour garantir l'efficacité de l'ordre juridique et ne comportent pas d'exécution forcée, il aurait été possible de les exempter de l'exequatur, et l'arrêt semble bien ouvrir cette porte. Néanmoins, les faits du litige et l'ambiguïté des considérants de la Cour appellent à considérer cette décision comme un arrêt d'espèce. Et quelques années plus tard, de fait, par un arrêt du 7 juin 1952²⁰⁹, la Cour est revenue sur cette distinction pour réaffirmer, au nom de la souveraineté nationale et de l'exercice exclusif de la juridiction dans le territoire – argument qui ne cesse de réapparaître par la suite –, le caractère obligatoire de l'exequatur pour toute décision étrangère. Pour la Cour, si l'exécution forcée peut ne pas être nécessaire dans certains cas, cela ne veut pas dire que « les décisions

²⁰⁶ Une exception existe toutefois en matière d'insolvabilité transfrontalière. L'article 94 de la Loi 1116/2006 (loi qui a adopté la loi modèle de la CNUDCI de 1997) autorise les représentants d'une procédure d'insolvabilité étrangère à comparaître directement devant les autorités colombiennes. Pour la doctrine colombienne, cette autorisation, dite droit d'accès direct, vise la suppression d'exigences telles que l'exequatur et les commissions rogatoires, dans le but d'éviter des procédures dispendieuses, v. D. SOTOMONTE MUJICA, *Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia*, Univ. Externado de Colombia, 2009, p. 132.

²⁰⁷ Les effets recensés sont l'autorité de chose jugée, la valeur probatoire et la force exécutoire ; l'exequatur ne serait indispensable que pour ce dernier, v. A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 342, R. MANTILLA REY, *Apuntes de Derecho Internacional Privado. Parte general*, op. cit., p.169 ; A. HERRÁN MEDINA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 260. Pour ces auteurs, la solution se justifie du fait que la force exécutoire comporte l'intervention de la force publique.

²⁰⁸ Cette distinction dépend de l'« objet de la garantie juridictionnelle » : « la réparation juridique devant la transgression antérieure d'une norme [de condamnation], ou la déclaration d'un état incertain devant un précepte non transgressé [déclaratifs], ou le changement d'une situation juridique devant des fait susceptibles de l'engendrer [constitutifs] ». Il semble que la distinction manque de rigueur car elle mélange malencontreusement deux aspects bien différents : l'objet du dispositif du jugement et la violation ou non des normes qui servent de fondement à la décision ; on remarque en outre que le deuxième aspect n'est pas présent dans la définition des jugements constitutifs. En effet, un jugement de condamnation ne semble pas indépendant du caractère tantôt déclaratif tantôt constitutif des décisions. Cependant, le recours au critère de l'exécution forcée semble un bon point d'équilibre entre le respect des intérêts des particuliers (droits acquis) et le cloisonnement institutionnel qui résulte de la souveraineté des États. Sur la distinction en droit français, v. L. MAZEAUD, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD Civ.* 1929.17.

²⁰⁹ CSJ civ. 7 juin 1952, *GJ* t. LXXI, n° 2112, p. 351.

déclaratives et constitutives n'ont pas besoin d'être reconnues... pour produire leurs effets ». Cette reconnaissance est comprise dans le sens large du mot exécution comme « accomplissement du jugement »²¹⁰.

83. Moyen de corriger la dérive. - S'en remettre uniquement à l'idée selon laquelle l'exequatur serait une exception à l'exclusivité des effets des jugements du for en matière d'efficacité des jugements étrangers, enlèverait toute ambiguïté au point de départ, sans que cela revienne à ignorer totalement l'autre analyse car celle-ci constitue son fondement. Et même si les bénéfices d'une position plus libérale sont aisément constatables²¹¹, le contrôle préalable de régularité auquel sont soumis tous les jugements étrangers n'est pas en soi blâmable. Des critiques peuvent néanmoins être adressées à certaines conditions du contrôle.

B. La soumission de l'exequatur à la condition de réciprocité

84. Exequatur et réciprocité. - Selon l'article 605 CGP, « les jugements et autres actes qui revêtent un tel caractère, prononcés par des autorités étrangères, lors de procès contentieux ou de juridiction volontaire, auront en Colombie la force que leur concèdent les traités existants avec ce pays, et à défaut celle qui est reconnue aux jugements prononcés en Colombie »²¹². La Cour Suprême de Justice colombienne en a déduit que l'accueil des jugements étrangers est soumis en premier lieu²¹³ à la réciprocité : un jugement étranger produira ses effets en Colombie si les jugements colombiens peuvent produire leurs effets dans son pays d'origine.

85. Formulation de la condition. - L'idée de réciprocité a été présente dès les premiers arrêts de la Cour en matière d'exequatur, mais elle n'a été expressément mentionnée que dans un arrêt du 3 décembre 1941²¹⁴. Plus tard, dans des arrêts des

²¹⁰ Le mot en espagnol est « cumplimiento » qui n'a en langage juridique français d'équivalent autre qu'exécution.

²¹¹ Le droit d'accès direct en matière d'insolvabilité transfrontalière en fournit un très bon exemple. Le système actuel en France, par ailleurs très libéral, est né d'une exception similaire, *v. Grands arrêts*, n° 4, §3 et ss.

²¹² « Article 605. Effets des jugements étrangers. Les jugements et autres actes qui revêtent un tel caractère, prononcés par des autorités étrangères, lors de procès contentieux ou de juridiction volontaire, auront en Colombie la force que leur concèdent les traités existants avec ce pays, et à défaut celle qui est reconnue aux jugements prononcés en Colombie. L'exequatur de sentences arbitrales rendues à l'étranger sera soumis aux normes qui règlent la matière ».

Cette règle est essentiellement la même dans les différents codes qui se sont succédés depuis 1931. Il s'agit des articles 555 du Code judiciaire de 1931 et 693 du Code de procédure civile de 1971. Ce dernier était aussi applicable aux sentences arbitrales. Il semble que le premier reprenne les articles 951 et 952 de la Loi d'*enjuiciamiento* civil espagnole de 1881.

²¹³ L'art. 606 CGP, préc., contient les autres conditions auxquelles est soumis l'exequatur.

²¹⁴ CSJ 3 décembre 1941, *GJ* t. LII, n° 1981, p. 811.

6 juin 1945²¹⁵ et 23 mai 1960²¹⁶, la jurisprudence a énoncé les deux formes, législative et diplomatique²¹⁷, que pouvait revêtir la réciprocité selon que la réciprocité découlait de la loi du pays d'origine ou d'une convention signée entre ce pays et la Colombie. Dans l'arrêt de 1945, la Cour a aussi précisé que la réciprocité législative était subsidiaire, trouvant application seulement en l'absence de traité.

86. Réciprocité en droit comparé. – La condition de réciprocité est bien connue en droit international privé comparé et son origine publiciste ne fait aucun doute. Dans son cours sur *La notion de réciprocité en droit international privé*²¹⁸, le doyen Lagarde a montré que les juristes hollandais de la fin du XVII^e siècle l'ont déduite de leur doctrine de la *comitas gentium*. Leur approche n'étant autre que de voir les conflits de lois comme des conflits de souverainetés, la réciprocité justifiait l'application des lois étrangères en l'absence de toute règle en ce sens. En outre, il affirme que dans « cette doctrine, la réciprocité joue un rôle très positif. Elle consiste, pour chaque "nation", à régler son comportement non pas sur le comportement effectif des autres nations, mais sur le comportement *escompté* de celles-ci »²¹⁹. Cette forme initiale de réciprocité s'est transformée au XIX^e siècle en un instrument de rétorsion que les États utilisaient contre ceux qui n'auraient pas, effectivement ou potentiellement, la même attitude à leur égard. Actuellement, la réciprocité est présente dans plusieurs matières : le droit des étrangers²²⁰, l'interprétation et l'application des traités et, bien sûr, l'efficacité des jugements étrangers.

87. Critique de la réciprocité. – L'usage de la réciprocité-rétorsion a été fortement critiqué. Il lui a été reproché de faire « supporter à quelques individus [des] conséquences qu'ils peuvent difficilement influencer, au détriment des intérêts

²¹⁵ CSJ 6 juin 1945, *GJ* t. LIX, n° 2021, p. 129.

²¹⁶ CSJ 23 mai 1960, *GJ* t. XCII, n° 2227, p. 875.

²¹⁷ La terminologie de la classification n'est pas satisfaisante. Si le critère de distinction est la source de la réciprocité, il conviendrait d'appeler la deuxième « conventionnelle » et non pas « diplomatique », car ce terme-ci renvoie à la manière dont l'accord a été obtenu.

²¹⁸ P. LAGARDE, « La notion de réciprocité en droit international privé », *RCADI* 1977, t. 154, p. 103, spéc. 114.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 116.

²²⁰ Paradoxalement, la loi 1070 de 2006 (D.O. 46.346) autorisant les étrangers à voter aux élections régionales, ne prévoit aucune condition de réciprocité.

immédiats »²²¹ et de constituer un critère extérieur au jugement étranger alors que tout ce qui importe est si celui-ci est bon ou pas²²². En ce sens, M. Lagarde affirme que la condition de réciprocité est aveugle car, étant posée « pour sauvegarder l'intérêt abstrait de la dignité de l'État » sans tenir compte de la nationalité ou du domicile des parties, elle se retourne souvent contre les nationaux, lorsqu'ils ont eux-mêmes obtenu un jugement à l'étranger²²³, ce qui est fréquent en droit colombien.

88. Application de la réciprocité en droit international privé colombien. – La condition de réciprocité en droit colombien correspond à la forme de rétorsion et certains arrêts en témoignent. Son appréciation et sa preuve soulèvent des difficultés.

89. Appréciation de la condition. – L'appréciation de la réciprocité reste une affaire délicate²²⁴. Bien que la Cour semble faire une analyse *in concreto* des conditions de reconnaissance et d'exécution retenues par la loi du pays d'origine des décisions, celle-ci n'est pas toujours conduite avec la même rigueur. En premier lieu, l'examen de la réciprocité est parfois superficiel. Ainsi, la Cour suprême de justice refuse fréquemment l'exequatur aux jugements néerlandais, en considérant que la condition de réciprocité n'est pas satisfaite²²⁵. Le code de procédure civile des Pays-Bas refuse certes de reconnaître les jugements étrangers en l'absence d'un traité ou d'un règlement européen – aspect qui est souvent relevé par la Cour –, à défaut d'instrument, il ordonne que le litige soit tranché devant les juges locaux. Mais la jurisprudence considère depuis 1924 que la nouvelle procédure a pour seul objectif le contrôle de la régularité des jugements étrangers²²⁶ ; un jugement colombien pourrait donc, quoiqu'en dise la Cour suprême colombienne, être effectivement reconnu et exécuté aux Pays-Bas.

²²¹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 520.

²²² P. LAGARDE, « La notion de réciprocité... », *op. cit.*, p. 146.

²²³ *Ibid.*, p. 142.

²²⁴ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *loc. cit.* En droit colombien, cela a pu justifier que le législateur ait confié la procédure d'exequatur à la Cour Suprême de Justice (article 30.5 CGP - 25.4 CPCC -).

²²⁵ CSJ civ. 19 octobre 2009 exp. 2003-065 et 9 novembre 2011 exp. 2010-211.

²²⁶ A. I. M. VAN MIERLO, B. R. D. HOEBEKE, « The Netherlands » in *Enforcement of Money Judgments*, L. W. Newman (éd.), Nueva York, Juris, 2010, p. NET-6.

En deuxième lieu, l'analyse *in concreto* peut aussi être inconséquente. Un arrêt du 29 février 1996²²⁷ en fournit un bon exemple. En l'espèce, le défendeur à l'action d'exequatur reprochait au juge anglais d'avoir statué sur le fond alors que les parties au contrat de réassurance avaient inclus une clause compromissoire et que lui-même ne s'était pas soumis à la juridiction des tribunaux anglais. La Cour a octroyé l'exequatur, en considérant que « l'absence de compétence est un aspect de la controverse qui confronté à la législation colombienne en matière de jugements étrangers perd toute importance [...] car la réalité est que le tribunal anglais s'est prononcé sur le fond de la prétention et s'il l'a fait ainsi c'est parce qu'il a estimé qu'il était compétent pour le faire, ce qui suffit, au regard de la réciprocité législative [...], pour que l'exequatur puisse être sollicité ». Pourtant, il ressortait des certificats de coutume apportés par le défendeur à l'instance en exequatur, et rapportés par la Cour dans l'arrêt, qu'un jugement colombien rendu dans les mêmes circonstances ne serait pas reconnu ni exécuté en Angleterre, une considération qui avait déjà justifié des refus.

En troisième lieu, il est possible que l'examen de la condition excède la simple vérification de la réciprocité. Ainsi, dans un arrêt du 16 août 1988²²⁸, la Cour a refusé l'exequatur à un jugement de divorce suédois au motif que le critère de compétence internationale indirecte retenu par la loi suédoise²²⁹ était subjectif, ce qui, selon la Cour, rendait incertain l'accueil des jugements colombiens par les tribunaux suédois.

90. Résultats paradoxaux. – En outre, l'analyse *in concreto* peut aboutir à des résultats curieux. C'est le cas d'un arrêt du 19 octobre 2009, où un jugement panaméen s'est vu octroyer l'exequatur pour la première fois. La Cour a bel et bien constaté l'existence de la réciprocité avec le Panama²³⁰, et pourtant, dans d'autres arrêts la Cour suprême avait affirmé le contraire. En effet, deux jugements

²²⁷ CSJ civ. 29 février 1996 exp. 3626, préc.

²²⁸ CSJ civ. 16 août 1988 exp. s 300, *GJ* t. CXCH, n° 2431, p. 84.

²²⁹ La disposition suédoise rapportée par l'arrêt est la suivante : « Un jugement de divorce prononcé dans un pays étranger sera valable en Suède si, en considération à la nationalité des époux ou à leur domicile ou à d'autres relations, il y avait des motifs raisonnables pour l'examen de la cause dans le dit pays étranger ».

²³⁰ D'autres arrêts de refus avaient déjà constaté l'existence de réciprocité avec le Panama, mais d'autres conditions ont alors fait obstacle à la reconnaissance, v. CSJ civ. 12 décembre 1995 exp. 5098, *GJ* t. CCXXXVII, n° 2476-II, p. 1579, et 30 juillet 1997 exp. 6329, *GJ* t. CCXLIX, n° 2488-I, p. 209.

panaméens²³¹ se sont vu refuser l'exequatur pour défaut de réciprocité, parce que la loi panaméenne refusait de reconnaître les jugements rendus à l'égard d'un défendeur défaillant, une condition inconnue du droit colombien. Il est donc possible qu'à l'égard d'un même pays la réciprocité puisse à la fois exister et ne pas exister²³².

91. Conséquences nuisibles du refus. – Il est intéressant de constater que la critique de la réciprocité en droit comparé semble spécialement pertinente pour le droit colombien. En effet, le refus de l'exequatur, comme dans les cas des arrêts hollandais et suédois mentionnés, oblige les parties colombiennes à introduire une nouvelle demande sur le fond devant les tribunaux colombiens, sans qu'elles puissent invoquer le jugement étranger qui ne peut produire le moindre effet sans exequatur. Dans le cas des jugements de divorce, ce résultat est fâcheux pour la partie colombienne dont le statut civil devient boiteux – l'étranger quant à lui est libre de continuer le cours de sa vie privée et de nouer de nouveaux liens –, l'obligeant à introduire une troisième procédure – après celles du divorce et de l'exequatur – avec les délais que cela entraîne.

De plus, et ce n'est pas la moindre des choses, il y a là un risque important de contrariété des décisions puisque le juge colombien peut prendre une décision partiellement, ou même totalement, différente. Ni l'ordre juridique étranger d'origine de la décision, ni les parties étrangères ne sont affectés par le refus de l'exequatur en raison de l'absence de réciprocité ; ce sont, en revanche, les citoyens colombiens qui subissent la sévérité de leur propre ordre juridique à l'égard des autres États.

Ces variations dans l'analyse de la condition de réciprocité rendent l'obtention de l'exequatur très aléatoire et remettent en cause la sécurité juridique de l'ordre juridique colombien.

²³¹ CSJ civ. 10 octobre 1991 exp. se 222, *GJ* t. CCXII, n° 2451, p. 208, et 4 août 2010 exp. 2004-1311.

²³² Par ailleurs, il peut y avoir avec un même pays l'un et l'autre type de réciprocité lorsque des conventions sont signées sur des matières spécifiques. C'est le cas avec la France, par exemple, avec laquelle existe la réciprocité diplomatique à l'égard des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York de 1958, et *a priori* la réciprocité législative dans toutes les autres matières.

92. Preuve de la réciprocité. – L'application de la condition de réciprocité est également source de plusieurs problèmes. En premier lieu, en vertu de l'article 167 CGP²³³ (177 CPCC ancien), la Cour juge qu'il revient à celui qui invoque le jugement étranger de démontrer la réciprocité dans l'une de ses formes²³⁴, ce qui revient à apporter la preuve de la loi étrangère ou du traité selon le cas. Ce devoir du demandeur est à la base de plus de 50% des refus.

Dans le cas de la réciprocité législative, la difficulté reposait sur les formalités de recevabilité de la preuve de la loi étrangère. Sous l'empire du CPCC, l'intervention des autorités consulaires colombiennes ou étrangères était obligatoire, ce qui a motivé d'abord l'allongement des procédures, puis des décisions de refus²³⁵. La Cour a fini par assouplir les conséquences du refus lorsqu'il était fondé sur l'absence ou l'inadéquation de la preuve du droit étranger, et a autorisé la formulation d'une nouvelle demande d'exequatur²³⁶. L'article 177 CGP²³⁷ est venu apporter une importante modification sur ce point puisque ce texte généralise le recours aux certificats de coutume qui n'était possible, sous le CPCC, que pour les lois étrangères non écrites.

La réciprocité diplomatique entraîne de son côté une incohérence, et une erreur grave. L'incohérence résulte de la confrontation des adages *iura novit curia* et *narra mihi factum, dabo tibi ius* appliqués par la jurisprudence colombienne²³⁸, et l'exigence d'apporter la preuve de ce type de réciprocité. Conformément au processus d'approbation et de ratification des traités, les conventions signées par le

²³³ « Article 167. Il appartient aux parties de prouver l'hypothèse de fait des règles qui consacrent l'effet juridique qu'elles poursuivent. ... ».

²³⁴ CSJ civ. 17 février 1988, *GJ* t. CXCH, n° 2431, p. 32, 25 septembre 1996 exp. 5724, inédit, et 16 juillet 2001 exp. 7528.

²³⁵ Dans certaines décisions, la Cour affirme avoir attendu des années pour que le demandeur apporte la preuve selon les prescriptions du code, pour un exemple récent *v.* CSJ civ. 4 mai 2012 exp. 2008-2100.

²³⁶ CSJ civ. 25 juillet 2005 exp. 2000-201 et 3 août 2005 exp.152. Cependant, il n'existe pas d'exemples en jurisprudence de la réintroduction d'une instance en exequatur ; on imagine que les parties préfèrent obtenir des tribunaux colombiens un nouveau jugement sur le fond du litige.

²³⁷ « Article 177. ... La copie totale ou partielle de la loi étrangère doit être délivrée par l'autorité compétente du pays concerné, par le consul de ce pays en Colombie ou sollicitée au consul colombien dans ce pays.

Il sera également possible de joindre au dossier un certificat de coutume délivré par un expert ou une institution en raison de leur connaissance ou de leur expérience concernant la loi d'un pays ou d'un territoire étranger, indépendamment de sa qualité d'avocat ».

²³⁸ Les adages n'ont pas reçu d'application en droit international privé et ne résultent d'aucun texte de loi. Pour leur application en matière de droit des obligations, notamment de responsabilité civile, et de droits fondamentaux, *v.* CSJ civ. 19 février 1999 exp. 5099, *GJ* t. CCLVIII, n° 2497, p. 88, 4 septembre 2000 exp. 5602, 11 septembre 2002 exp. 6430, 9 juin 2005 exp. 1995-9457, 11 juillet 2005 exp. 7725, 27 novembre 2007 exp. 2002-8101 et 6 août 2010 exp. 2002-189 ; Const. T-146/10, T-549/06 et T-047/11. Ils sont d'ailleurs souvent évoqués comme étant des principes généraux du droit.

gouvernement doivent faire l'objet d'une loi d'approbation (qui reproduit d'ailleurs l'intégralité du texte de la convention)²³⁹. Il en résulte donc que la partie qui sollicite l'exequatur d'une décision étrangère doit apporter la preuve de la loi colombienne ! Par ailleurs, l'article 177 CGP (188 CPCC) exige seulement la preuve des normes juridiques de portée régionale et étrangères. Certes, la Cour doit vérifier si une ou des conventions sont en vigueur entre la Colombie et le pays d'origine de la décision, mais cela ne justifie aucunement de placer la charge de la preuve sur la tête des parties²⁴⁰.

La condition de réciprocité a aussi conduit la Cour à méconnaître les conventions internationales conclues par la Colombie en matière d'efficacité des jugements. Cette erreur se manifeste de deux manières : par l'inapplication des conventions²⁴¹ et par l'application cumulative des règles internes et conventionnelles. Dans le premier cas, les conventions internationales sont réduites à de simples preuves de la réciprocité entre les États signataires car, une fois établie la réciprocité diplomatique, au lieu de confronter le jugement étranger aux conditions qui y sont contenues, la Cour suprême effectue son contrôle au regard des conditions d'efficacité des lois internes²⁴² (spécialement celles du Code général du procès et du Code civil²⁴³). Dans

²³⁹ Depuis la Constitution de 1991, la convention et la loi d'approbation respective sont ensuite soumises à un contrôle de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle, après quoi le gouvernement pourra procéder à la ratification du traité. Ce processus est contenu dans les articles 150.16, 170, 189.2, 224 et 241.10 de la Constitution et dans la loi 7 du 30 novembre 1944 (D.O. 25.716), *v. D. YOUNES MORENO, Derecho constitucional colombiano, op. cit.*, p.410 s.

²⁴⁰ Toutefois, la charge de la preuve ne repose que partiellement sur les parties car la Cour Suprême de Justice s'adresse normalement au Ministère des Affaires étrangères pour que celui-ci certifie des traités signés avec le pays concerné. Cela, semble-t-il, a conduit la Cour à se prononcer sur l'applicabilité de toutes les conventions qui concernent le pays d'origine de la décision, *v. CSJ civ. 10 février 2011 exp.2005-1296*. Dans cette démarche, il lui est même arrivé d'octroyer l'exequatur à un jugement en vertu d'une convention qui n'était pas applicable, *v. CSJ civ. 11 avril 2008 exp.2005-080*, et de ne pas en appliquer une qui l'était, *v. CSJ civ. 3 août 1995 exp. 4725, GJ t. CCXXXVII, n° 2476-I, p. 299*.

²⁴¹ Cette erreur s'était déjà présentée en matière de conflit de lois dans l'arrêt du 7 mars 1952, *GJ t. LXXI, n° 2112, p. 351*. La Cour suprême de justice avait visé l'article 19 CCC, alors que la Convention bilatérale sur le droit international privé avec l'Équateur était applicable en l'espèce. Selon la Cour, l'application du Code était justifiée par le fait que les règles internes et conventionnelles adoptent les mêmes critères de rattachement.

²⁴² *CSJ civ. 20 novembre 1992, GJ t. CCXIX, n° 2458, p. 635, 30 novembre 2001 exp.7641, 8 avril 2008 exp. 2007-1578, 14 octobre 2011 exp.2007-1235 et 24 octobre 2011 exp.2006-482*. Dans les cas des jugements équatoriens, pays avec lequel deux conventions sont en vigueur (Traité bilatéral sur le droit international privé de 1903 et la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des jugements et sentences arbitrales étrangers de 1979), il est arrivé que la Cour évoque et applique une seule des deux conventions : *CSJ civ. 3 août 1998 exp. 7146, GJ t. CCLV, n° 2494, p. 302, et 8 avril 2008 exp. 2007-1578*. La Cour n'a pas par ailleurs résolu la question de leur articulation. Sur cette dernière question, *v. C. BRIERE, Les conflits de conventions internationales en droit privé*, préf. P. Courbe, L.G.D.J., 2001, n° 205 et 206, qui analyse la solution retenue lors de l'adoption de l'art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

²⁴³ Dans la plupart de jugements de divorce, la Cour exige, à titre de conformité à l'ordre public, que la cause invoquée du divorce existe en droit colombien, *v. infra n° 121, CSJ civ. 13 juillet 1995 exp. 4868, 13 octobre 1999 exp. 7298, GJ t. CCLXI, n° 2500, p. 208, 10 juillet 2000 exp. 7735, et 29 juin 2010 exp. 2008-030*. La Cour semble contourner ainsi les articles 163 et 164 du Code civil colombien selon lesquels l'identité de cause n'est applicable qu'aux jugements étrangers de

le second cas, qui est le plus fréquent, du fait de l'accumulation des conditions des conventions et des lois internes, le contrôle effectué sur les jugements étrangers est plus sévère²⁴⁴. En effet, les jugements étrangers doivent satisfaire aux deux séries de conditions, sans que le fondement du refus soit pour autant clairement énoncé par la Cour. Cette erreur de la Cour est regrettable, et d'ailleurs difficilement rectifiable²⁴⁵. La Cour suprême oublie qu'en concluant un accord sur l'efficacité des jugements, les États ont pour objectif de fixer les conditions auxquelles sont soumises la reconnaissance et l'exécution des décisions adoptées dans les pays contractants ; il est clair que leur appliquer d'autres conditions est contraire aux traités²⁴⁶.

L'arbitrage international offre, en outre, un exemple quelque peu paradoxal de cette erreur mentionnée. Selon l'article I.3 de la Convention de New York de 1958²⁴⁷, les États signataires peuvent réserver son application aux sentences arbitrales originaires d'un État contractant. Il a été considéré que la ratification sans réserve de la convention revenait à en faire le droit commun en la matière²⁴⁸, c'est-à-dire qu'elle était applicable même aux sentences originaires d'un État non-contractant. Bien que l'État colombien n'ait pas fait cette réserve, dans les trois arrêts rendus en la matière (concernant tous des États contractants)²⁴⁹, la Cour a évoqué, puis vérifié, l'existence de la réciprocité diplomatique en application du Code de procédure civile, y compris en ce qui concerne la réciprocité prévue à l'alinéa 2 de l'article 693

divorce rendus à l'égard des mariages célébrés en Colombie. Aucune convention n'ayant consacré cette condition, il s'agit aussi d'un cas de violation des conventions internationales en vigueur en Colombie. Dans certains arrêts, l'identité de cause n'a pas été abordée, et même s'il en était question, v. CSJ civ. 16 janvier 1995 exp. 4939, *GJ* t. CCXXXIV, n° 2473, p. 7, 9 août 1995 exp. 5083, *GJ* t. CCXXXVII, n° 2476-I, p. 396, 22 septembre 1999 exp. 7271, *GJ* t. CCLXI, n° 2500, p. 330, 31 juillet 2007 exp. 2005-176, et 30 septembre 2010 exp. 2009-1930.

²⁴⁴ CSJ civ. 17 mai 1978, *GJ* t. CLVIII, n° 2399, p. 77, 19 juillet 2005 exp. 2004-074, 31 juillet 2007 exp. 2005-176, 8 avril 2008 exp. 2007-1578, 31 octobre 2008 exp. 2008-276, 29 juin 2010 exp. 2008-030, 30 septembre 2010 exp. 2009-1930, 25 février 2011 exp. 2006-1989, 8 septembre 2011 exp. 2011-773, 24 octobre 2011 exp. 2011-234, 29 novembre 2011 exp. 2008-647.

²⁴⁵ Le jugement issu de la procédure d'exequatur n'est pas susceptible de recours, ce qui empêche toute contestation des arguments utilisés par la Cour.

²⁴⁶ La Cour avait pourtant affirmé dans un très célèbre arrêt du 5 novembre 1996 exp. 6130 qu'en présence d'un traité, « tout ce qui concerne l'exequatur doit s'ajuster à ses clauses même si leur contenu ne correspond avec une exactitude rigoureuse à ce qui est prévu, "comme droit commun", dans les systèmes processuels nationaux des pays signataires ».

²⁴⁷ Ratifié par la loi 39 du 30 novembre 1990 (D.O. 38.587).

²⁴⁸ E. Gaillard, J. Savage (éds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, n° 179.

²⁴⁹ CSJ civ. 20 novembre 1992, préc., 27 juillet 2011 exp. 2007-1956 et 19 décembre 2011 exp. 2008-1760.

CPCC²⁵⁰. La réciprocité était donc exigée dans un cadre où, malgré la possibilité de réserve, elle a été implicitement exclue par l'ordre juridique colombien. Cette situation a été rectifiée très récemment dans un arrêt du 24 juin 2016 à l'occasion duquel la Cour suprême a pris acte de la dérogation de l'alinéa susmentionné²⁵¹.

93. Possibilité de rectifier les dérives. – Le texte de l'article 605, dont la condition de réciprocité a été déduite, ne se prête guère à une interprétation différente, mais les dérives qui ont été signalées peuvent être évitées si la Cour suprême corrige la mise en œuvre de la condition ; la disparition de la condition reste néanmoins l'idéal à atteindre. Les principes de territorialité et de souveraineté, toujours si nocifs, y sont pour quelque chose, comme dans le cas de l'analyse de l'exequatur. Mais les conséquences indésirables pourraient être surmontées avec une lecture des textes plus uniforme, moins hostile à l'extranéité des décisions étrangères et plus respectueuse des engagements internationaux, ce qui pourrait conduire à faire l'économie de ces principes.

94. Exequatur, approche publiciste et contrats internationaux. – L'intervention des principes en matière d'exequatur permet d'imaginer l'impact de l'approche publiciste sur les contrats internationaux. En effet, l'exequatur a déjà été refusé à des décisions étrangères rendues en matière contractuelle. Mais surtout, étant donné que la jurisprudence la plus abondante a été rendue à l'occasion des procédures d'exequatur, il est à craindre que les analyses ainsi élaborées soient étendues aux autres domaines du droit international privé colombien. Il semble notamment que l'approche qui justifie – comme il a été vu – pour les Hautes Cours tout et son contraire, puisse s'opposer même à la liberté de choix de loi applicable. Les difficultés auxquelles cette approche conduit en matière d'efficacité des jugements étrangers sont préoccupantes, et il ne serait pas surprenant que des problèmes tout aussi graves surviennent dans le conflit de lois. Reste donc à savoir ce qu'il en est dans le cas des autres tempéraments. **Conflits de lois**

²⁵⁰ *V. supra* note 212.

²⁵¹ CSJ civ. 24 juin 2016 exp. 2014-2243. Cette disposition a été dérogée par l'article 118 de la loi 1563 de 2012.

95. Tempéraments dans le conflit de lois. – L'ordre juridique colombien contient quelques règles de conflit de lois traditionnelles²⁵². Étant donné que les principes sont d'une maigre aide pour la résolution des problèmes propres au droit international privé, c'est sur ces règles, c'est-à-dire sur les tempéraments, que repose l'espoir de trouver des réponses adaptées aux situations internationales. Leur usage n'est pourtant pas satisfaisant, d'une part parce que la jurisprudence a du mal à séparer les questions de la loi applicable et de la compétence internationale (A), et d'autre part parce que la jurisprudence colombienne applique les tempéraments d'une manière rudimentaire (B).

A. La confusion entre le conflit de lois et le conflit de juridiction

96. Deux séries des questions distinctes ? – Traditionnellement, le droit international privé distingue deux grands groupes de questions : le conflit de lois et le conflit de juridiction. Pour la doctrine française, la distinction est une évidence : « dire qu'un tribunal est compétent pour connaître d'un litige est une autre chose que déterminer la loi qui sera applicable à ce litige »²⁵³. M. Hébraud affirme, dans ce sens, que « l'assise fondamentale du droit international privé est apparue comme résidant dans l'interpénétration des différents systèmes, avec pour corollaire l'aptitude de tout juge à connaître de tous litiges et le devoir d'appliquer la loi adéquate »²⁵⁴.

97. Transposition des règles. – Le droit positif colombien ne semble pourtant pas se rallier à une telle distinction. Même si la doctrine colombienne a proposé, dans certaines catégories, des sources législatives différentes pour traiter les deux types des questions²⁵⁵, la jurisprudence utilise les règles de conflit de lois pour résoudre les conflits de juridiction. De manière générale, la Cour suprême de justice et la Cour constitutionnelle ont affirmé que les articles 18 à 22 du Code civil colombien, dont ont été déduites les règles de conflit de lois, établissent aussi des

²⁵² *V. supra* n° 44 à 50.

²⁵³ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 288.

²⁵⁴ P. HEBRAUD, « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *Rev. crit. DIP* 1968. 205, spéc. p. 233.

²⁵⁵ Par exemple en matière des contrats, v. A. ZAPATA DE ARBELAEZ, « Colombia » in *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, C. Esplugues Mota, D. Hargain, G. Palao Moreno (dirs.), Editorial B de F, Edisofer, 2008, p. 205, qui évoque pour le conflit de lois les arts. 20 CCC et 869 CCoC et pour le conflit de juridiction, le num. 5 de l'art. 23 du CPCC (num. 3, art. 28 CGP) et l'art. 1519 CCC.

règles de compétence judiciaire dans l'ordre international²⁵⁶. Toutefois, ni l'une ni l'autre ne semble avoir mûrement réfléchi sa position, ni s'être souciée des conséquences qu'entraîne la transposition des règles de conflit de lois au conflit de juridiction, c'est-à-dire la mise en œuvre des règles conçues pour résoudre le premier aux questions de compétence internationale ou, plus spécifiquement, l'emploi du critère de rattachement des règles de conflit comme critère de compétence territoriale.

Les décisions d'exequatur fournissent fréquemment des exemples de cette transposition, notamment à propos de l'article 163 du Code civil colombien²⁵⁷, règle de conflit bilatérale traditionnelle qui établit la loi applicable au divorce. Dans un arrêt du 24 mai 1989, au visa de cet article, la Cour suprême de justice a conclu, en prêtant attention au lieu de célébration du mariage et au domicile des parties, critères de rattachement retenus par la règle de conflit, que « le jugement fut dicté par l'autorité juridictionnelle compétente dans l'ordre international »²⁵⁸. La Cour suprême a donc déduit la compétence internationale du juge d'origine du jugement étranger – appelée compétence indirecte²⁵⁹ – de la règle de conflit de lois ; il semble cependant que la transposition ne soit possible que pour déterminer la compétence internationale indirecte.

98. Transposition limitée. – En effet, dans un arrêt de tutelle²⁶⁰, la Cour suprême a reproché aux juges de fond d'avoir fondé leur incompétence sur le choix par les parties au contrat d'une loi étrangère. En évoquant des « doctrines » pour déterminer la loi applicable aux relations contractuelles²⁶¹, la Cour a signalé que ces doctrines servaient à résoudre le conflit de lois et non pas le conflit de juridiction, et

²⁵⁶ CSJ civ. 26 juillet 1995 exp. 4948, *GJ t.* CCXXXVII, n° 2476-1, p. 205, et Const. T-271/07.

²⁵⁷ Article déjà cité, *v.* note 165.

²⁵⁸ CSJ civ. 24 mai 1989, la solution a été reprise dans bien d'autres arrêts, *v.* CSJ civ. 13 mars 1990, 19 mars 1992, *GJ t.* CCXVI, n° 2455, p. 220, 14 juillet 1995 exp. 4644, et plus récemment, 29 novembre 2011 exp. 2008-647.

²⁵⁹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 523.

²⁶⁰ CSJ civ. 18 avril 2002 exp. T-2002-109, il s'agit d'une décision qui met fin à la « contestation » de la décision de première instance dans le cadre d'une action de tutelle. La contestation équivaut à un recours en appel. Le terme en espagnol est *impugnación*. Sur l'action en tutelle, *v. supra* note 11.

²⁶¹ La Cour appelle « doctrines » les diverses règles qui ont été proposées pour résoudre le conflit de lois en matière de contrats, et cite principalement la loi du lieu de conclusion du contrat, la loi du lieu où les effets se produisent et l'autonomie de la volonté.

a qualifié la transposition faite par les juges de fond de « voie de fait judiciaire »²⁶². Le recours aux règles de conflit de lois pour déterminer la compétence internationale directe serait donc interdit.

Il faut souligner néanmoins que la distinction entre compétence internationale directe et compétence internationale indirecte²⁶³, qui pourrait expliquer les deux positions contradictoires adoptées par la Cour suprême, n'est pas connue du droit positif colombien. Toutefois, cet arrêt est le seul à avoir condamné la transposition et, malgré la sévérité des termes employés dans sa critique, la Cour suprême continue à transposer les règles de conflit de lois en matière de divorce pour établir la compétence internationale indirecte.

99. Transposition dans la jurisprudence constitutionnelle. – De son côté, la Cour constitutionnelle a énoncé sa position dans un arrêt T-271/07, le seul à avoir abordé la question de la compétence internationale. En l'espèce, une agence de voyages colombienne accusait son cocontractant, l'association canadienne IATA (*International Air Transport Association*), d'avoir violé ses droits fondamentaux, entre autres ces droits au procès équitable et au travail, suite aux mesures que cette dernière a prises à son encontre à cause de la cessation de paiements d'une de ses filiales à l'étranger ; ce qui empêchait l'exploitation de son activité commerciale, la vente de billets d'avion. Reprenant les considérants de l'arrêt T-1157/00 concernant les articles 18 à 22 du Code civil colombien, et après avoir évoqué les diverses solutions proposées par la « doctrine en droit international privé »²⁶⁴, la Cour a affirmé que « pour déterminer si la présente affaire [était] ou non sous la juridiction

²⁶² À l'époque de l'arrêt, les jugements pouvaient être révoqués par voie de tutelle si la décision du tribunal pouvait être qualifiée de voie de fait judiciaire, c'est-à-dire si des violations grossières étaient avérées. Depuis, la voie de fait judiciaire a été remplacée par les « chefs génériques de recevabilité de l'action » de tutelle contre des jugements, jugés plus englobants que la voie de fait.

²⁶³ La distinction a été proposée par É. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. I, Éd. Domat-Montchrestien, 1930, §127, et a été amplement adoptée, non sans réserves quant à la terminologie employée, par la doctrine française : B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, loc. cit.* ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n° 55-2 et 264 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 380. HOLLEAUX définit la compétence directe comme l'aptitude du juge du for à être directement saisi du litige et la compétence indirecte comme la condition d'efficacité internationale de la décision rendue par le juge étranger, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, préf. H. Batiffol, Dalloz, 1970, p. 1. Ni la doctrine ni la jurisprudence colombiennes n'ont évoqué cette distinction.

²⁶⁴ Const. T-271/07, la Cour évoque, en citant à M. Monroy Cabra, « l'application de la loi du lieu où le conflit survient ; la loi du lieu où le lien obligatoire est créé ; loi du lieu où les obligations acquises doivent être exécutées ; loi du domicile du défendeur ; et d'autres similaires ».

du juge constitutionnel colombien », les règles tirées des articles du Code civil devaient être appliquées. Pour la Cour constitutionnelle, les règles de conflit de lois doivent donc être transposées pour déterminer la compétence internationale directe du juge de tutelle.

100. Essai d'explication de la transposition. – La transposition des règles de conflit de lois pourrait s'expliquer par l'absence de règles de compétence judiciaire en matière internationale. En effet, aucun code colombien n'a jamais envisagé spécifiquement cette question ; les codes de procédure civile qui se sont succédés depuis 1931 ne se sont occupés que de l'exequatur et des commissions rogatoires. Quant aux instruments internationaux, le traité de Montevideo de 1889 de Droit civil international et le traité bilatéral avec l'Équateur de 1903 sont les seuls à aborder la question, mais leur champ d'application territorial restreint²⁶⁵ pourrait faire obstacle à leur généralisation.

Il est donc possible que la jurisprudence ait considéré qu'il était raisonnable de transposer les règles de conflit de lois, étant donné que celles-ci appréhendent aussi des situations ayant un élément d'extranéité. Le lien entre la question de la compétence internationale et les règles de conflit de lois employées pour y répondre reposerait par conséquent sur le caractère « international » de l'objet qu'elles traitent ; son raisonnement peut être synthétisé ainsi : *au problème de compétence internationale, j'applique les règles que mon ordre juridique a prévues pour répondre aux problèmes internationaux*. En outre, deux arguments militeraient en faveur de la transposition. Premièrement, la fonction de désignation des règles de conflit de lois paraît, à première vue, également appropriée pour désigner le tribunal compétent²⁶⁶. Secondement, les critères de rattachement adoptés par les règles de conflit de lois

²⁶⁵ Le traité de Montevideo est en vigueur pour l'Argentine, la Bolivie, la Colombie, la Paraguay, le Pérou et l'Uruguay.

²⁶⁶ Ce parallèle entre les deux types de règles a été mis en avant par D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, *op. cit.*, n° 120, p. 134, qu'il considérait néanmoins comme « ne [traduisant] qu'une analogie de fonction sans intérêt pour la solution du problème » (n° 128, p. 143). Batiffol soulignait de même que les règles de compétence retiennent aussi des éléments de la situation juridique considérée qui la rattachent à tel ou tel lieu », H. BATIFFOL, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, L.G.D.J., 1976, p. 303-313, spéc. 304.

coïncident parfois avec ceux qui sont retenus par les règles de compétence internationale²⁶⁷, comme le montrent les traités sus-évoqués.

101. Inadéquation méthodologique de la transposition. – Cependant, cette transposition des règles de conflit bilatérales traditionnelles s'avère inadéquate puisqu'elle présente des inconvénients méthodologiques et néglige les préoccupations et les objectifs différents qui inspirent chaque série de questions²⁶⁸. Du point de vue méthodologique, la règle de conflit de lois ne répond pas d'une manière adéquate à la question de la compétence internationale. En effet, les questions que recouvre chaque type de conflit sont différentes. D'une part, s'agissant de choisir la loi applicable au rapport de droit litigieux parmi plusieurs lois, les questions que le juge se pose pour résoudre le conflit de lois sont : *quelle est la loi applicable ? Dois-je appliquer la loi A, la loi B ou la loi C ?* D'autre part, en ce qui concerne les conflits de juridiction, il s'agit de savoir si le juge saisi, ou si celui qui a rendu une décision, sont ou étaient compétents pour connaître du litige. La question qui surgit se pose donc différemment : *suis-je, juge saisi, compétent ou non ? Puis-je connaître de ce litige ?* – ou ces équivalents dans les cas d'efficacité des jugements étrangers : *le juge ayant rendu la décision était-il, ou non, compétent ? Pouvait-il connaître de ce litige ?*

Conçue pour trancher le conflit de lois, la règle de conflit de lois y répond justement en désignant la loi applicable, qu'elle soit la loi du for ou une loi étrangère. Mais elle ne peut pas répondre avec la même justesse aux questions que soulèvent les conflits de juridiction, car elle conduit à un autre type de réponse. Alors que la réponse recherchée dans ce dernier domaine devrait consister en l'affirmation de la compétence ou de l'incompétence du juge saisi – ou d'origine –, la règle de conflit de lois répond en affirmant soit la compétence du juge saisi soit celle d'un juge étranger. Certes, entre se déclarer incompétent et considérer qu'une juridiction étrangère comme est compétente, la nuance est subtile ; la première proposition se déduit logiquement de la seconde. Mais, à s'en tenir au discours du droit positif

²⁶⁷ D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, *op. cit.*, n° 384, p. 358.

²⁶⁸ MM. Audit et d'Avout affirment, par exemple, que « la symétrie évidente avec « le conflit de lois » a été recherchée dans [l'expression conflit de juridiction] ; mais elle trompeuse », *v. Droit International Privé, op. cit.*, n° 12.

colombien, la seconde réponse entraîne théoriquement une violation de la souveraineté étrangère désignée compétente, car il appartient à cette dernière, de manière exclusive, d'établir sa propre compétence internationale²⁶⁹. Le juge saisi d'un litige international ne peut pas affirmer la compétence d'une juridiction étrangère²⁷⁰, il ne peut que constater sa propre incompétence.

Si, en matière de conflit de lois, la règle de conflit peut commander l'application de la loi du for ou d'une loi étrangère, c'est parce qu'elle représente toujours un commandement dirigé au juge de son propre ordre juridique. En revanche, en matière de conflits de juridiction, dans les cas où la règle de conflit désignerait un juge étranger, elle adresserait, au moins en théorie, un commandement au juge étranger. Il est possible d'arguer du contraire, et de répliquer qu'il ne s'agit pas d'établir la compétence internationale du juge étranger, mais de déduire l'incompétence du juge saisi de la désignation, par la règle de conflit, d'un juge étranger compétent. Mais cet argument est fallacieux car l'incompétence du premier n'est déclarée, dans un tel système, qu'en fonction de la désignation du second. En ce sens, MM. Audit et d'Avout relèvent que « la désignation éventuelle par une juridiction [du for] d'une juridiction étrangère serait sans effet pour celle-ci ; elle risquerait même de faire ultérieurement obstacle à la reconnaissance de toute décision rendue par une autre juridiction que celle ainsi désignée »²⁷¹, risque qui s'est d'ailleurs vérifié en droit positif colombien dans un arrêt du 13 mars 1990²⁷². En l'espèce, la Cour suprême a refusé l'exequatur à un jugement américain de divorce, au visa de l'article 163 du Code civil colombien, car la demanderesse en exequatur n'avait pas démontré, en absence de domicile conjugal commun, que la décision était rendue par le juge du domicile du défendeur au divorce.

102. Inconvénient pratique de la transposition. – Pis, la transposition peut compromettre, en pratique, l'accès à la justice des parties, puisque le juge saisi ayant

²⁶⁹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n° 59.

²⁷⁰ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 667 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, loc. cit.*

²⁷¹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 520.

²⁷² CSJ civ. 13 mars 1990. L'art. 163 CCC est applicable aussi aux jugements originaires des pays liés par la convention de Montevideo de 1979 sur l'efficacité extraterritoriale des jugements et des sentences arbitrales étrangers, v. CSJ civ. 14 juillet 1995 exp. 4644.

déclaré la compétence d'un juge étranger, et étant donc lui-même incompétent, n'est pas en mesure de savoir si la saisine de son homologue sera efficace, ce qui comporte par conséquent un risque de déni de justice²⁷³. En droit colombien, il en serait ainsi si la Cour suprême de justice venait à utiliser de l'article 163 pour déterminer la compétence internationale directe, puisque faute de pouvoir saisir les tribunaux colombiens, les parties seraient obligées de saisir un juge à l'étranger, dont la compétence internationale serait inconnue, avec les inconvénients qui en découleraient notamment en termes de loi applicable (puisque la règle de conflit étrangère peut désigner une loi différente), des coûts, de langue.

103. Inconvénient de la transposition en matière de tutelle. – C'est aussi ce à quoi aboutit le recours aux règles de conflit de lois en matière des contrats pour déterminer la compétence internationale du juge de tutelle. Dans l'arrêt mentionné, après avoir relevé tout particulièrement les points de rattachement de la relation contractuelle des parties avec l'étranger²⁷⁴, la Cour constitutionnelle a conclu que « même si l'on accepte qu'il existe une situation de subordination juridique ou de vulnérabilité [conditions de recevabilité de l'action en tutelle contre particuliers], justifiant la recevabilité de l'action en tutelle comme en l'espèce, il n'y a pas d'arguments juridiques certains et solides qui permettent d'attribuer au juge constitutionnel colombien la faculté de connaître de la présente action »²⁷⁵.

Le raisonnement de la Cour présente des défauts méthodologiques graves²⁷⁶. D'une part, la transposition a conduit la Cour à déterminer sa compétence en fonction de la relation contractuelle qui liait les parties et non de la potentielle violation des droits fondamentaux invoqués. De fait, en droit interne, la compétence territoriale du juge

²⁷³ Sur ce point, v. L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, préf. Y. Lequette, PUAM, 2004.

²⁷⁴ La Cour constitutionnelle relevait notamment que « le contrat qui est à l'origine de la controverse qui a donné lieu à la présentation de cette action de tutelle, implique un contractant privé dont le domicile et nationalité sont étrangers ; était conclu avec répercussions hors du pays ; et s'exécute dans un espace territorial indéterminé et illimité, qui seulement partiellement et exceptionnellement se situe sur le territoire colombien. Il ne concerne pas non plus des immeubles localisés en Colombie ni des situations qui affectent la capacité ou l'état civil des personnes de nationalité colombienne ».

²⁷⁵ Const. T-271/07.

²⁷⁶ Substantiellement, la décision est regrettable car elle soumet la protection des droits fondamentaux dans des situations internationales à la compétence internationale du juge de tutelle. En effet, la Cour constitutionnelle néglige la spécificité de l'action en tutelle puisqu'il est *a priori* improbable qu'un juge étranger accepte de connaître d'une telle action de nature constitutionnelle (v. *supra* note 11), ce qui crée un risque de déni de justice. Eu égard à l'objectif de l'action, à savoir la protection des droits fondamentaux, la Cour aurait dû envisager les conséquences qui découlent de la déclaration d'incompétence pour l'efficacité des droits fondamentaux, de manière à fonder sa compétence sur le risque d'une protection inefficace.

de tutelle est établie en fonction du lieu où est survenue la violation ou la menace²⁷⁷. D'autre part, la Cour s'est contentée d'énumérer les points de rattachement sans avoir clairement indiqué lequel parmi eux pouvait éventuellement fonder la compétence du juge de tutelle. Ces défaillances sont d'autant plus graves qu'elles peuvent priver les individus de la protection d'une liberté fondamentale qui devrait leur être assurée indépendamment de la nationalité du défendeur²⁷⁸.

104. L'avantage de la pluralité des juges compétents. – En outre, il a été vu²⁷⁹ que le juge devait choisir parmi plusieurs lois en raison de leur vocation concurrente à régir la situation juridique, et la règle de conflit de lois bilatérale désigne logiquement *une seule* loi applicable ; l'application cumulative de plusieurs lois à une même question de droit pouvant conduire à des antinomies²⁸⁰. En revanche, cette méthode ne peut remédier à la pluralité des tribunaux compétents, laquelle semble au contraire convenir à la question de la compétence internationale. Tout d'abord, *plusieurs* juges peuvent être internationalement compétents pour connaître d'un litige²⁸¹, et cela résulte tout naturellement des rattachements du litige avec plusieurs pays puisque, suite à l'arrêt *Lotus*, chaque État peut établir de manière autonome les cas où ses tribunaux peuvent être saisis²⁸², et les critères que les différents États adoptent peuvent être non seulement multiples mais différents.

Ensuite, les conventions adoptent souvent des critères alternatifs, permettant au demandeur un choix parmi plusieurs tribunaux compétents²⁸³. Le traité de Montevideo en est la preuve. Selon son article 56²⁸⁴, les parties peuvent saisir pour des actions personnelles ou bien les tribunaux du pays dont la loi est applicable à l'acte juridique objet du litige, ou bien ceux du domicile du défendeur. Dans l'Union

²⁷⁷ La compétence interne est définie par l'article 37 du Décret 2591 de 1991 : « Sont compétents pour connaître de l'action en tutelle, à titre préventif, les juges ou tribunaux du lieu où est survenue la violation ou la menace qui motive la présentation de la demande. »

²⁷⁸ Les aspects internationaux de l'action en tutelle, qui n'ont pas encore été étudiés, mériteraient d'être approfondis, mais la question déborde le cadre de cette étude.

²⁷⁹ *V. supra* n° 64.

²⁸⁰ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 89.

²⁸¹ *Ibid.*, n° 288 ; *Grands arrêts*, n° 19, §2.

²⁸² *V. supra* n° 66.

²⁸³ Pour une appréciation critique, v. P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, n° 269.

²⁸⁴ « Article 56. Les actions personnelles doivent être portées devant les juges du lieu dont la loi régit l'acte juridique litigieux.

Elles pourront être portées également devant les juges du domicile du défendeur. »

européenne, en application du Règlement Bruxelles I bis²⁸⁵, les juridictions de plusieurs États membres peuvent aussi être compétentes pour connaître d'un même litige. Le caractère bilatéral de la méthode de la règle de conflit de lois n'est donc pas adapté à la question de la compétence internationale.

105. Différents objectifs poursuivis. – Cette différence est importante car elle indique que les deux séries des questions poursuivent des fins différentes. En effet, il semble que la transposition des règles de conflit de lois aux conflits de juridiction est également inadéquate du point de vue des préoccupations et des objectifs qui sont pris en compte pour résoudre chaque conflit. La doctrine française considère, de manière unanime, que ces types deux conflits répondent à des objectifs différents. En ce qui concerne les conflits de juridiction, les auteurs français ont relevé, suite à la transposition au plan international des règles internes de compétence territoriale, que des considérations interviennent qui concernent l'intérêt des parties, la facilité de rassemblement des preuves, le lieu d'exécution de la décision²⁸⁶ ; en somme, les soucis d'une bonne administration de la justice²⁸⁷, du bon ordre sur le territoire et de la commodité des parties subsistent « en principe, malgré les liens de la situation avec d'autres États »²⁸⁸. Selon une étude récente en la matière, la compétence internationale d'un État pourrait se justifier par la localisation du litige dans cet État ou par la volonté de cet État de protéger un résultat matériel ou un intérêt²⁸⁹. Dans ce sens, pour Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, la compétence internationale doit être déterminée de manière à « éviter les dénis de justice, [à] veiller à ce que les plaideurs aient toujours une juridiction compétente à leur portée. Ce principe directeur est commandé à la fois par l'intérêt de l'ordre public dans chaque État – intéressé à ce que règne la paix publique – et par l'intérêt des particuliers, qui préféreront toujours un tribunal désigné par les commodités

²⁸⁵ Chapitre II.

²⁸⁶ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 13.

²⁸⁷ *Grands arrêts*, n° 37, §7.

²⁸⁸ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 673. Ces considérations « conduisent souvent à l'existence de chefs de compétence concurrents n'impliquant pas nécessairement des attaches fortes avec la cause », *Grands arrêts*, n° 19, §2.

²⁸⁹ L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, préf. H. Muir Watt, *Economica*, 2008, n° 220.

pratiques à un tribunal d'une autorité juridique supérieure, mais placé trop loin pour qu'ils puissent pratiquement aller plaider devant lui »²⁹⁰.

Quant au conflit de lois, pour MM. Ancel et Lequette, la règle de conflit de lois « répond au souci premier d'assurer le règlement le plus satisfaisant aux intérêts privés que la relation considérée met en cause »²⁹¹. De même, M. Mayer affirme pour sa part que l'objectif premier qui assure la règle de conflit bilatérale est « la désignation de l'ordre juridique dont les liens sont les plus significatifs avec la situation, et dont la loi correspond le plus vraisemblablement aux prévisions des parties et éventuellement des tiers »²⁹². Le mécanisme cherche à éviter les difficultés dans lesquelles pourraient se retrouver les individus impliqués dans les situations internationales²⁹³, et plus précisément, les situations boiteuses²⁹⁴. Le but poursuivi est l'harmonie internationale des solutions, c'est-à-dire éviter « le plus possible les incohérences dans les rapports privés internationaux »²⁹⁵.

106. À des questions différentes, des règles différentes. – Les différences entre les deux types de conflit justifient qu'ils fassent l'objet de traitements non seulement séparés mais distincts. De fait, la transposition des critères de rattachement retenus par les règles de conflit de lois aux conflits de juridiction en droit colombien montre que la confusion des deux conflits a des conséquences indésirables tant pour les particuliers que pour la construction d'une réglementation satisfaisante des situations privées internationales. Même si la jurisprudence n'a pas affirmé de manière générale la soumission des conflits de juridiction au conflit de lois, ou l'inverse, la transposition conduit logiquement à leur alignement et, en matière d'efficacité des jugements étrangers, au contrôle de la loi appliquée par le juge étranger²⁹⁶. Il est donc souhaitable que la solution de l'arrêt du 18 avril 2002 de la Cour suprême de justice sanctionnant la transposition, et rapporté *supra*, soit généralisée.

²⁹⁰ P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, 8^e éd., Dalloz, 1962, n° 397.

²⁹¹ *Grands arrêts*, n° 58, §6.

²⁹² P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, n° 165.

²⁹³ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 323.

²⁹⁴ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 9.

²⁹⁵ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, n° 99.

²⁹⁶ CSJ civ. 14 juillet 1995 exp. 4644.

Il est enfin regrettable que la jurisprudence ne se soit pas inspirée davantage des conventions internationales et de l'opinion de la doctrine. En effet, le traité de Montevideo distingue clairement les deux types de questions et une partie de la doctrine colombienne avait proposé de transposer les règles de compétence territoriale interne²⁹⁷. Le droit français a choisi cette voie²⁹⁸, sans procéder à une extension pure et simple mais plutôt à une transposition avec adaptation²⁹⁹. Toutefois, si la distinction des conflits de juridiction et de lois semble nécessaire, encore faut-il que les règles de conflit de lois déjà identifiées en droit colombien soient bien employées.

B. La mise en œuvre des tempéraments

107. Difficultés liées aux tempéraments. – L'utilisation des tempéraments par la jurisprudence présente quelques défauts, dus en partie à la présence des principes de territorialité et de souveraineté. Le principe d'extraterritorialité du statut personnel soulève des difficultés d'articulation mais, de manière plus générale, la méthode conflictuelle peine à s'imposer, y compris en matière de contrats.

108. Difficultés du principe d'extraterritorialité. – En matière de statut personnel, tout d'abord, le principe d'extraterritorialité de la loi, déduit par la jurisprudence colombienne de l'article 19 du Code civil colombien³⁰⁰, entraîne des difficultés d'articulation au sein du système. Pour Caicedo Castilla, le système issu de la combinaison des articles 18 et 19 du code est illogique et, selon lui, soumettre les colombiens domiciliés à l'étranger à la loi colombienne, en vertu de l'article 19, est contraire au principe de territorialité : « soumettre l'étranger en Colombie, dans tous les cas, à loi locale, et par contre exiger que le colombien [à l'étranger] ne soit pas régi par la loi locale, est parfaitement illogique »³⁰¹. Il ajoute qu'un tel principe est contraire au droit essentiel des États à l'égalité juridique³⁰².

²⁹⁷ R. MANTILLA REY, *Apuntes de Derecho Internacional Privado. Parte general, op. cit.*, p.154 et 155.

²⁹⁸ Civ. 19 octobre 1959, *Pelassa, D.* 1960.37, *Rev. crit. DIP* 1960.215.

²⁹⁹ *Grands arrêts*, n° 37, §6.

³⁰⁰ *V. supra* n° 44.

³⁰¹ J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado, op. cit.*, n° 131, p. 244.

³⁰² *Ibid.*

109. Extraterritorialité et régime matrimonial. – L’articulation d’extraterritorialité avec d’autres catégories mène à des résultats également illogiques. L’arrêt C-395/02 de la Cour constitutionnelle illustre cette critique. Dans l’espèce, la Cour analysait la constitutionnalité de l’alinéa 2 de l’article 180 CCC, selon lequel les époux mariés à l’étranger sont présumés séparés de biens³⁰³. Il a été reproché à l’article de faire obstacle à la protection de la famille qui découle de l’article 42 de la Constitution et d’autoriser une discrimination entre les mariages des colombiens célébrés en Colombie et à l’étranger, en violation de l’article 13. La Cour a jugé que la disposition attaquée ne serait applicable qu’aux mariages célébrés à l’étranger entre étrangers, puisque le principe de l’application de la loi personnelle³⁰⁴ exige qu’aux mariages entre Colombiens, ou entre un Colombien et un étranger, soit appliquée la loi colombienne comme règle générale, indépendamment du lieu de célébration de leur union.

Si l’affirmation de la constitutionnalité de l’article doit être saluée, l’argumentation de la Cour constitutionnelle prête flanc à la critique, et ce de trois points de vue. D’abord, la solution conduit à ignorer tant l’existence du conflit de lois que la complexité des mariages mixtes et des mariages célébrés à l’étranger. Ensuite, bien que l’application de la loi étrangère ne soit pas condamnée, la solution favorise de manière claire l’application de la loi colombienne. Enfin, elle contredit les principes de l’application territoriale et de d’application personnelle de la loi – ayant chacun des contenus positif et négatif³⁰⁵ –, trahissant ainsi sa propre logique. En effet, le raisonnement de la Cour constitutionnelle aboutit à l’application de la loi colombienne au conjoint étranger d’un Colombien, alors que, selon le contenu « négatif » du « principe d’application personnelle de la loi », la loi compétente pour régir son état civil et sa capacité est sa loi nationale. Le raisonnement est défectueux car la Cour mélange deux catégories – statut personnel et régime matrimonial – et

³⁰³ « Article 180. Par le fait du mariage, les conjoints sont en communauté légale selon les règles du titre 22, livre 4 du Code Civil.

Les couples mariés en pays étranger qui établissent leur domicile en Colombie, seront présumés séparés de biens, à moins que conformément aux lois sous l’empire desquelles ils se sont mariés, ils soient soumis à un régime patrimonial différent. »

³⁰⁴ *V. supra* n° 45.

³⁰⁵ *V. supra* n° 23 et 45.

détermine la loi applicable à la seconde à partir du critère de rattachement de la première.

110. Défaut méthodologique. – La méthode la règle de conflit bilatérale connaît des difficultés à s'imposer en droit international privé colombien, premièrement parce que la mise en œuvre des règles de conflit par la jurisprudence présente un défaut curieux. En effet, malgré le caractère bilatéral des règles, la jurisprudence colombienne utilise des sources législatives différentes en cas d'application de la loi étrangère et de la loi du for. Ainsi, dans l'arrêt *Tía*³⁰⁶, la Cour suprême de justice a fondé l'application de la loi étrangère au premier contrat sur l'alinéa 2 de l'article 20 du Code civil colombien, d'où elle a déduit la règle *lex loci contractus*. Puis, s'interrogeant sur la loi applicable au second contrat, celui qui aurait été conclu en Colombie, la Cour suprême a fondé l'application de la loi colombienne sur l'article 18 du même code, c'est-à-dire sur le principe de territorialité de la loi. La loi colombienne a donc été déclarée applicable en tant que loi territoriale et non pas en tant que loi du lieu de conclusion du contrat. Certes, le vice n'est pas considérable, mais il montre l'attachement les tribunaux colombiens aux principes du système de droit international privé colombien et leurs défaillances méthodologiques. En d'autres termes, il met en évidence la fragilité de la méthode conflictuelle dans l'ordre juridique colombien.

111. Pluralité des méthodes. – Deuxièmement, il est arrivé à la Cour constitutionnelle de se servir d'autres méthodes que de la méthode conflictuelle. C'était le cas des arrêts T-1157/00 et T-283/01 rendus en matière de contrats internationaux, dans lesquels la Cour s'est détachée des rattachements traditionnels et a pris en compte tous les points de contact des contrats pour déterminer la loi applicable³⁰⁷. L'emploi d'une méthode différente est surprenant, car la désignation de la loi applicable à la catégorie en question avait été faite jusqu'alors au moyen des règles de conflit bilatérales. À cet égard, il est important de remarquer qu'une telle démarche n'était pas nécessaire car la mise en œuvre de ces dernières règles aurait abouti, en l'espèce, au même résultat. Cette ouverture à l'égard des méthodes est

³⁰⁶ CSJ civ. 30 septembre 1947, *GJ* t. LXIII, n° 2053-2054, p. 35, spéc. 38. *V. supra* n° 19.

³⁰⁷ Cet aspect des décisions sera analysé de manière approfondie ultérieurement *V. infra* n° 237 et 267.

louable, mais il ne faudrait pas en abuser car cela rendrait arbitraire la résolution du conflit de lois et pourrait affecter profondément la sécurité juridique.

112. Conception étrange de la règle *lex rei sitae*. – D'autres leçons peuvent aussi être tirées de ces décisions. En effet, la Cour constitutionnelle a retenu une conception très particulière de la règle *lex rei sitae*. Ainsi, d'une part, le raisonnement de la Cour est illogique en ce qu'il considère cette règle comme une exception au principe de territorialité. Loin d'en constituer un tempérament, cette règle constitue au contraire son expression la plus ancienne et traduit plutôt une conséquence du principe³⁰⁸. L'évocation du principe de territorialité et de la notion de souveraineté montre que la jurisprudence en fait aussi le fondement de ses tempéraments.

113. Délimitation douteuse des catégories juridiques. – D'autre part, la Cour a considéré dans ces arrêts que la loi colombienne était applicable à toutes les relations juridiques portant sur des biens situés sur le territoire colombien. La catégorie des biens aurait par conséquent un domaine hypertrophié, d'autant que la Cour n'a donné aucune précision quant aux biens concernés (corporels, incorporels, meubles ou immeubles), quant au caractère principal ou accessoire des contrats relatifs aux biens, aux types de droits (personnels ou réels) qui découlent de ces derniers ; d'une manière générale quant aux questions que recouvre la catégorie. La position de la Cour conduit donc à l'application de la loi colombienne à tout contrat, même à ceux faiblement rattachés au territoire colombien, dès lors que des biens *lato sensu* sont situés en Colombie. De ce fait, la catégorie devient inconciliable avec les autres tempéraments existants : statut personnel, *lex loci contractus*, *lex loci solutionis* ; et peut conduire à des impasses lorsque des biens sont situés dans plusieurs ordres juridiques, par exemple, dans le cas d'un contrat d'échange.

Le domaine ainsi octroyé à la règle *lex rei sitae* pourrait d'ailleurs conduire à une mauvaise interprétation de la loi. En effet, selon la logique de la Cour il aurait été possible de considérer que le texte dont le demandeur invoquait la protection n'était pas applicable aux biens hypothéqués situés à l'étranger, conséquence qui ne se

³⁰⁸ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit., n° 646 ; L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, préf. H. Synvet, *Economica*, 2006, n° 3.

déduit pas *a priori* du décret concerné puisque son but était « de protéger les débiteurs de crédits hypothécaires pour logement »³⁰⁹. Le raisonnement de la Cour aboutit aussi à l'application de la loi du lieu de situation de l'immeuble aux obligations nées du contrat de crédit, ce qui pourrait bouleverser les prévisions des parties. Et pourtant, la force d'attraction des immeubles semble cantonnée en droit colombien, par exemple en application des articles 163 et 2436 du Code civil colombien³¹⁰. Le bon fonctionnement du système colombien de droit international privé passe donc également par une meilleure délimitation des différentes catégories.

114. Multiplicité des règles de conflit par catégorie. – Enfin, un dernier inconvénient en matière de conflit de lois mérite d'être évoqué. Il a été signalé précédemment que, par l'intervention des sources internationales, une même catégorie peut dépendre de facteurs de rattachement différents³¹¹. C'est notamment le cas des contrats, où les rattachements traditionnels sont concurrencés depuis peu par la liberté de choix, un point qui sera approfondi tout au long de cette étude. Cependant, il faut d'ores et déjà constater que si l'articulation des instruments internationaux entre eux, ou avec le droit commun, ne pose pas *a priori* de véritables problèmes³¹², la pluralité des rattachements existants pour les contrats rend la matière plus complexe dans son ensemble, tant pour les juges que pour les justiciables qui peuvent avoir des difficultés à s'y retrouver, et fragilise la cohérence et la sécurité juridique du système.

À ce stade, il semble tout à fait possible de surmonter les difficultés méthodologiques qui ont été décrites. Cela ne serait pourtant pas suffisant pour assurer le bon fonctionnement du système ; encore faut-il s'assurer que l'application de la loi étrangère ne constitue pas un sacrifice insupportable pour l'ordre juridique du for.

³⁰⁹ T-283/01.

³¹⁰ « Article 2436. Les contrats hypothécaires conclus hors de la République ou d'un territoire donneront hypothèque sur des biens qui y sont situés, pourvu qu'ils soient inscrits dans le registre compétent ».

³¹¹ *V. supra* n° 50.

³¹² En effet, leur champ d'application suffit à les départager aisément dans la majorité des cas, *v.* sur ce point D. BUREAU, « Les conflits de conventions », *TCFDIP*, Années 1998-1999 1999-2000, p. 201-234, spéc. 209.

§3. Mécanismes correctifs du système

115. Complémentarité des mécanismes correctifs. – Les partisans de l’approche publiciste pourraient craindre que la relecture du droit international privé colombien proposée ici ne conduise à une application inconditionnée de la loi étrangère. Les principes de territorialité et de souveraineté du droit colombien reflètent, en fin de compte, une particulière méfiance à l’égard de cette dernière, qui constituerait, selon les partisans de l’approche publiciste, une ingérence des États étrangers dans les affaires locales de la Colombie. Cependant, ces craintes apparaissent exagérées car traditionnellement la possibilité d’appliquer le droit étranger a toujours été assortie des mécanismes qui permettraient de faire respecter les intérêts de l’ordre juridique du for³¹³. Ainsi, selon la présentation dominante, la norme étrangère pourrait être évincée au nom de l’ordre public international par le juge du for ; celui-ci peut encore ne pas mettre en œuvre la règle de conflit en présence d’une loi de police³¹⁴. Le droit international privé colombien connaît le premier mécanisme (A). Si le second est inconnu, il serait néanmoins possible de l’individualiser (B).

A. L’ordre public international

116. Ordre public en droit international privé. – Il est souvent dit de la règle de conflit qu’elle est neutre, ce qui signifie que, mettant toutes les lois sur un pied d’égalité, la désignation qu’elle opère est indifférente au résultat au fond³¹⁵. Cependant, les ordres juridiques ne se désintéressent pas complètement des conséquences dans l’État du for de l’application des règles étrangères, ni de l’accueil des décisions étrangères. Il existe donc des mécanismes qui permettent de les contrôler. Le principal est l’ordre public³¹⁶. **Ordre public en droit colombien.** – Cette notion existe également en droit privé colombien, tant interne

³¹³ P. LAGARDE, v° « Ordre public international », *Rép. dr. int.*, n° 6 et 8.

³¹⁴ Ces mécanismes traditionnels du droit international privé méritent d’être brièvement évoqués ici pour que l’analyse du système colombien ne soit pas bancale. Mais ils devraient un jour donner lieu à une ou des études approfondies sur leur fonctionnement en droit colombien. En France, ces mécanismes inspirent encore aujourd’hui les auteurs, v. pour une approche critique, B. REMY, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. P. Mayer, Dalloz, 2008, et A. JEAUNEAU, *L’ordre public en droit national et en droit de l’union européenne. Essai de systématisation*, Thèse dactyl., Paris I, 2015. V. aussi la très récente étude de P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « L’exception d’ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, p. 153.

³¹⁵ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 117 ; B. AUDIT, L. D’AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 165.

³¹⁶ Ses manifestations sont multiples, v. A. JEAUNEAU, *L’ordre public...*, *op. cit.*, n° 398 ; F.-X. TRAIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Ordre public international – Notion d’ordre public en droit international privé », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 534-1, n° 4 et 11.

qu'international. En droit privé interne, la notion d'ordre public, déduite de l'article 16 CCC, s'est développée principalement en matière d'état civil des personnes et des contrats³¹⁷. La notion reste floue. Hinestrosa propose d'entendre par ordre public « l'ensemble des normes dont l'obéissance intéresse vivement la société, étant donné qu'il constitue le noyau des intérêts primaires et basiques pour l'harmonie et les progrès sociaux », et qui s'exprimerait « principalement au moyen de normes impératives »³¹⁸. Il existe d'ailleurs des sous-distinctions relatives à la notion d'ordre public en droit colombien. La Cour suprême de justice a ainsi évoqué, dès les années 1930, un ordre public économique³¹⁹ qui légitime l'intervention de l'État dans l'économie ; sont apparus ultérieurement l'ordre public politique, l'ordre public de direction et l'ordre public de protection sociale³²⁰.

118. Ordre public international en droit colombien. – En droit international privé colombien, et d'après la jurisprudence de la Cour suprême de justice, l'ordre public international pourrait être défini comme l'ensemble des principes indispensables à la sauvegarde de la société et représentatifs des intérêts politiques, moraux, religieux et économiques essentiels du pays³²¹. La notion ne paraît pas différente de celle retenue en droit interne, mais son fonctionnement l'est³²². Elle est d'ailleurs très proche de celle retenue initialement en droit français, ce qui n'est pas une simple coïncidence, car la Cour s'est inspirée à ce sujet de la doctrine française³²³. L'ordre public international a été déduit de l'alinéa 2 de l'article 694.2

³¹⁷ À l'instar de l'article 6 CCF, cette disposition interdit aux parties de déroger aux « lois qui intéressent l'ordre et les bonnes mœurs ». Des exemples de l'emploi de cette notion existent spécialement en matière d'état civil, CSJ civ. 25 août 2000, exp. 5215, 27 oct. 2000, exp. 5639 et 11 avr. 2003, exp. 6657 ; et en matière contractuelle, CSJ civ. 10 mars 1995, exp. 4478, 8 juin 2001 exp. C-5719, 12 février 2007 exp. 1999-749, 1^{er} juil. 2008, exp. 2001-803, 27 août 2008, exp. 1997-14171.

³¹⁸ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, op. cit.*, p. 343.

³¹⁹ Cette évolution a été déclenchée par la réforme constitutionnelle de 1936. En effet, l'Acte législatif n° 1 de cette année consacre la fonction sociale de la propriété privée (art. 10), disposition reproduite à l'art.58 de la Constitution de 1991, v. D. YOUNES MORENO, *Derecho constitucional colombiano, op. cit.*, p. 43.

³²⁰ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, op. cit.*, p. 351-365 ; Fernando Montoya Mateus, « La voluntad fundamento del negocio jurídico », *Rev. der. priv. UEC*, n° 5, 2000, p. 73, spéc. 80.

³²¹ CSJ civ. 19 juillet 1994 exp. 3894, préc. Cet arrêt est repris pour les arrêts 5 nov. 1996 exp. 6130, *GJ t.* CCXLIII, n° 2482, p. 596 ; 30 janvier 2004 exp. 2002-008 et très récemment 24 juin 2016 exp. 2014-2243. L'expression « ordre public international » n'a été expressément utilisée par la Cour suprême que dans ce dernier arrêt. La doctrine colombienne en retient une définition similaire, v. J. L. MARIN FUENTES, *Droit international privé, op. cit.*, p. 75 ; M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 271.

³²² P. LAGARDE, « Ordre public international », *Rép. dr. int.*, n° 47.

³²³ Cass. civ. 25 mai 1948, *Lautour, Rev. crit. DIP* 1949. 89 note H. Batiffol, *D.* 1948. 357 note P. Lerebours-Pigeonnière, *S.* 1949. 1. 21 note J.-P. Niboyet, *JCP* 1948. II. 4532 note Vasseur : « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». Cependant, la formulation actuelle semble plus prosaïque :

CPCC³²⁴, selon lequel, pour recevoir l'exequatur, les décisions étrangères ne doivent pas être contraires « aux lois ou autres dispositions colombiennes d'ordre public »³²⁵.

119. Actualité de l'ordre public international. – Par ailleurs, dans un arrêt du 5 novembre 1996, la Cour suprême a précisé que l'ordre public devait être apprécié au regard « des critères juridiques en vigueur » compte tenu de « l'évolution dudit concept dans l'espace et le temps » ; c'est ce que la doctrine française appelle le principe d'actualité de l'ordre public international³²⁶. Il est important de remarquer qu'à compter de la Constitution de 1991, la Cour constitutionnelle a assigné à l'exception d'ordre public international la défense des nouvelles valeurs qui y étaient consacrées. Ainsi, notamment à propos des limites de l'autonomie de la volonté, la Cour constitutionnelle a-t-elle affirmé la nécessité de faire une relecture de celles-ci car il « ne s'agit pas des limites connues d'antan de la liberté de contracter, mais du nouveau sens qu'à la lumière de la Constitution celle-ci a acquis »³²⁷. La Cour suprême de justice semble s'être ralliée à cette position et a considéré que les principes de l'autonomie de la volonté et de l'effet relatif des contrats devaient être « interprétés aujourd'hui, en conformité avec les principes et les valeurs de l'État social de droit »³²⁸. C'est ainsi que l'appréciation de la conformité à l'ordre public des normes juridiques étrangères, tout particulièrement lorsqu'elles ont été désignées par la volonté des parties, ne doit pas négliger le renouvellement des principes et des valeurs de l'ordre juridique colombien opéré par la dernière Constitution.

« principes essentiels du droit français », v. Cass. 1^{er} civ., 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *RTD civ.* 2011. 340 obs. J. Hauser, *LBHP* n° 436 obs. A. Gouttenoire, *RLDC* 2011/82, p. 45 obs. J. Gallois, *Dr. Fam.* 2011, étude 5 obs. C. Neirinck, *D.* 2011. 1522, *AJ fam.* 2011. 262 obs. F. Chénéde, *AJCT* 2011. 301 obs. C. Siffrein-Blanc, *Rev. crit. DIP* 2011. 722 note P. Hammje. Dans ce sens, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 371, p. 333.

³²⁴ Aujourd'hui, dans l'article 606 CGP dont la rédaction est identique, v. *supra* note 205.

³²⁵ La condition de conformité à l'ordre public est consacrée aujourd'hui à l'article 606.2 CGP. La convention OEA jugements et sentences consacre la réserve de l'ordre public à l'article 2.h « que [les jugements étrangers] ne soient pas manifestement contraires aux principes et aux lois d'ordre public de l'État où la reconnaissance et l'exécution sont sollicités ». Elle l'était déjà dans les premiers instruments, tels que le traité de droit processuel international (article 5.d), la convention avec l'Espagne (article 1.2), le traité avec l'Équateur (article 53) et l'accord de Caracas (article 5.d).

³²⁶ Cet arrêt est repris pour les arrêts 5 nov. 1996 exp. 6130 et 30 janvier 2004 exp. 2002-008. En droit français, v. M/H, n° 209, p. 154 ; A/d'A, n° 376, p.339. P. LAGARDE, v° « Ordre public international », *Rép. dr. int.*, n° 52-54.

³²⁷ T-240/93.

³²⁸ CSJ Civ. 1^{er} déc. 2008, exp. 2002-015.

L'ordre public international en droit colombien pourrait ainsi remplir la triple fonction qui lui est communément attribuée en droit comparé, à savoir : l'élimination des normes juridiques étrangères qui commanderaient une solution injuste au regard de l'ordre juridique, la défense des principes qui constituent les fondements de la société et la sauvegarde des certaines politiques législatives³²⁹.

120. Usages. – L'ordre public international peut être invoqué en droit international privé colombien pour évincer la loi désignée par la règle de conflit ou pour refuser l'efficacité aux jugements étrangers, lorsque la mise en œuvre de la première ou l'accueil des seconds lui seraient contraires³³⁰. Il s'agit de manifestations parallèles mais le contenu de l'ordre public reste le même³³¹.

Dans le conflit de lois, le mécanisme a un rôle d'exception. En effet, le juge est tenu d'appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit³³². Mais lorsque l'application de la loi étrangère désignée « heurte des conceptions fondamentales dans l'ordre juridique du for [elle doit être] écartée au nom de l'ordre public »³³³ ; c'est l'exception d'ordre public international. À ce jour, la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de l'employer³³⁴.

³²⁹ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 205. V. aussi, B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 369.

³³⁰ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 204 et 395. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 367 et 533. En droit français et européen, il existe d'autres usages, v. A. JEAUNEAU, *L'ordre public...*, *op. cit.*, n° 90.

³³¹ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 395.

³³² Ainsi l'article 2 de la convention OEA normes générales : « Les juges et les autorités des États parties seront tenus d'appliquer le droit étranger tel qu'il serait appliqué par les juges de l'État dont le droit est applicable, sans préjudice de la possibilité pour les parties d'alléguer ou de prouver l'existence et le contenu de la loi étrangère invoquée ».

³³³ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 367.

³³⁴ Curieusement, la doctrine colombienne analyse le concept principalement de ce point de vue, v. J. L. MARÍN FUENTES, *Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 73-74 et 75-79, M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 271, et les articles de V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO « El orden público en el derecho internacional privado » et A. A. ALJURE SALAME « Exequatur de providencias judiciales » in *Teoría general del derecho internacional privado*, A. A. ALJURE SALAME, L. V. GARCÍA MATAMOROS (éds.), Legis, Univ. del Rosario, 2016, p. 125 et 419, respectivement. L'ordre public est toutefois consacré dans la convention OEA normes générales à l'article 5 « La loi déclarée applicable par une convention de droit international privé peut ne pas être appliquée sur le territoire de l'État partie qui la considérerait manifestement contraire aux principes de son ordre public » et 7 « Les situations juridiques valablement créées dans un État partie de conformité avec toutes les lois avec lesquelles elle a une connexion au moment de sa création, seront reconnues dans les autres États partie, pourvu qu'elles ne soient pas manifestement contraires aux principes de son ordre public ». Dès lors, certaines questions restent ouvertes. Il serait nécessaire de réfléchir par exemple à l'objet de l'appréciation (doit-il être pris en compte le contenu de la loi ou son résultat), ou aux effets de l'éviction de la loi étrangère (l'éventuelle substitution de la loi du for à la loi étrangère et sa portée). En droit international privé français, v. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 165, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 395.

121. Ordre public international et exequatur. – Ce sont alors les procédures d'exequatur qui ont offert un cadre pour le développement du mécanisme³³⁵. La Cour suprême s'est prononcée sur les principes qui sont d'ordre public international. Le droit de la famille a été l'occasion pour la Cour suprême de dégager certains de ces principes. Ainsi la Cour a-t-elle décidé que les jugements étrangers prononçant des adoptions révocables étaient contraires à l'ordre public international colombien³³⁶. Il en va de même pour les jugements de divorce ne précisant pas le motif de divorce ou dont le motif n'est pas consacré en droit colombien³³⁷.

D'autres manifestations de ce mécanisme se retrouvent en matière d'arbitrage international³³⁸. Tout d'abord, l'ordre public international a été expressément consacré en tant que l'un des motifs de refus d'efficacité des sentences arbitrales internationales dans l'article 112.b.ii de la loi 1563 de 2012 : « la reconnaissance ou l'exécution de la sentence seraient contraires à l'ordre public international de la Colombie ». Ensuite, dans un arrêt très récent, la Cour a introduit la distinction entre l'ordre public international de fond et de procédure³³⁹. Il est intéressant de remarquer que cette dernière distinction est inspirée des rapports de l'Association de

³³⁵ Il est important de remarquer que, dans ce contexte, il ne s'agit pas d'une exception à proprement parler mais d'une condition de régularité. La conformité à l'ordre public est donc l'une des conditions que le jugement étranger doit remplir pour être efficace dans l'ordre juridique du for.

³³⁶ CSJ civ. 30 juillet 1997 exp. 6329, *GJ* t. CCXLIX, n° 2488-I, p. 209, et 15 juin 2006 exp. 2004-464. L'irrévocabilité a été déduite de l'article 88 du code du Mineur : « L'adoption est, principalement et par excellence, une mesure de protection à travers laquelle, sous la suprême vigilance de l'État, il est établi de manière irrévocable, la relation de filiation entre des personnes qui ne l'ont pas par nature » (aujourd'hui la disposition est contenue à l'article 61 du code de l'enfance et de l'adolescence, loi 1098 de 2006).

³³⁷ C'était le cas dans l'affaire *Bonilla Villada* qui a donné lieu à deux arrêts : CSJ civ. 27 nov. 2007 exp. 2004-373 et 8 juillet 2013 exp. 2008-2099, dans lesquels la Cour a refusé l'efficacité à un jugement allemand de divorce n'exprimant pas le motif de divorce. Cependant, l'exigence de préciser le motif de divorce ou encore celle de coïncidence des motifs, déduites de l'article 164 CCC, semble répondre à une interprétation très large de cet article qui n'impose cette exigence qu'aux jugements de divorce des mariages célébrés en Colombie : « Le divorce prononcé à l'étranger, concernant un mariage civil célébré en Colombie, sera régi par la loi du domicile conjugal et ne produira pas les effets de dissolution, à moins que le motif soit admis par la loi colombienne et que le défendeur ait été notifié personnellement ou convoqué selon la loi de son domicile. Toutefois, une fois accomplies les exigences de notification et convocation, il pourra produire les effets de la séparation de corps ».

³³⁸ Dans cette matière sont aussi applicables les conventions OEA arbitrage et de New York. Ces instruments consacrent également la condition de conformité à l'ordre public. La première, à l'article 5.2.b : « que la reconnaissance et l'exécution de la sentence soient contraires à l'ordre public du même État », et la seconde, à l'article V.2.b : « que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays ».

³³⁹ CSJ civ. 24 juin 2016 exp. 2014-2243. En droit international privé français, la Cour de cassation française a rappelé, dans un arrêt du 6 juillet 2016 (n° 15-15.850), les conditions auxquelles est soumis l'accueil des jugements étrangers, dont la conformité à l'ordre public international français de fond et de procédure. *V.* pour une application récente du premier Cass. 1^{er} civ. 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *préc.* n° 117, et du second 9 sept. 2015 n° 14-13.641, *RJ com.* 2015. 572 obs. P. Berlioz, *RJDA* 2015. 904, *Rev. crit. DIP* 2016. 189 note L. Usunier, *D.* 2016. 1045 obs. H. Gaudemet-Tallon. Adde. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 395, et B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 535.

droit international (ILA) sur le refus d'efficacité des sentences arbitrales internationales³⁴⁰, ce qui soulève la question de son application aux jugements³⁴¹.

122. Possibilité de distinguer l'ordre public international d'autres mécanismes. – Le refus de l'exequatur pour contrariété à l'ordre public international a jusqu'à présent été intimement lié à la présence d'une règle considérée d'ordre public ; il semble que ces règles soient la manifestation d'un principe ou d'une valeur que l'ordre juridique a entendu légitimement défendre. Il est important de remarquer que, dans l'hypothèse de la consécration de l'autonomie de la volonté, l'ordre juridique colombien connaît des mécanismes susceptibles de lutter contre les abus des parties, mais il convient de se demander également quelle place reconnaît le droit international privé colombien à d'autres institutions qui sont généralement opposés à l'autonomie de la volonté dans les ordres juridiques qui connaissent cette solution.

B. Les lois de police

123. Lois de police en droit comparé. – En droit international privé comparé, il est traditionnellement admis qu'existe un autre mécanisme assurant la défense de l'ordre juridique. Ce mécanisme est connu sous le nom de lois de police (ou lois d'application immédiate, ou lois ou règles d'application nécessaire, ou lois internationalement impératives). Francescakis les a définies comme les règles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique d'un pays »³⁴². Ce mécanisme est consacré aujourd'hui, avec une définition reprenant essentiellement celle proposée par Phocion Francescakis, à

³⁴⁰ Il s'agit de l'« Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards » et du « Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards », publiés respectivement aux International Law Association, *Report of the Sixty-ninth Conference held in London, 25th-29th July 2000*, ILA, 2000, p.340-387 et *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2nd-6th April 2002*, ILA, 2000, p.352-379.

³⁴¹ L'ordre public international de procédure pourrait ne pas être applicable en matière d'efficacité des jugements. Bien que l'article 606.2 CGP précise expressément que les règles de procédure d'ordre public ne s'opposent pas en principe à la reconnaissance des jugements étrangers, cette exclusion ne devrait pas concerner les principes fondamentaux consacrés dans la Constitution. Lors du contrôle d'un jugement étranger, il ne s'agit pas tant de déterminer le respect par le juge étranger des règles de procédure colombiennes, seraient-elles d'ordre public, mais bien plutôt de s'assurer que « la décision a été rendue dans les conditions de loyauté et d'équité que le droit procédural [du for] s'efforce pour sa part de faire respecter », comme le soulignent MM. Audit et d'Avout (*Droit International Privé, op. cit.*, n° 533). Mais il faudra attendre que la Cour se prononce sur ce point. *V.* aussi, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 398.

³⁴² *V°* « Conflit de lois (principes généraux) », *Rép. Dall. Dr. Int.*, 1^e éd., n° 137 ; P. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 1. Selon la doctrine française, cette définition n'est pas satisfaisante, *v.* B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 179, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 126.

l'article 9.1 du Règlement Rome I intitulé Lois de police (*overriding mandatory provisions, norme di applicazione necessaria, leyes de policía*)³⁴³.

124. Caractéristiques du mécanisme. – Selon la majorité des auteurs, ces règles devraient être appliquées indépendamment de la solution obtenue à l'aide de la règle de conflit applicable à la matière considéré et ce, lorsque « la situation soumise au juge [met] en cause, par sa localisation dans l'espace, l'organisation politique, sociale ou économique du pays »³⁴⁴. Ce sont donc des règles d'inspiration unilatéraliste en ce sens qu'elles sont applicables dès lors que la situation entre dans leur champ d'application, sans égard à leur éventuelle désignation par la règle de conflit classique ; les lois de police court-circuitent ainsi le jeu normal de la règle de conflit bilatérale³⁴⁵.

125. Intérêt du mécanisme. – Cette analyse implique que l'État n'occupe pas toujours la position dans laquelle il est traditionnellement placé en droit international privé. En effet, dans la méthode conflictuelle, il est supposé qu'aucun État n'a « une volonté ou un intérêt à ce que prévale en l'espèce la solution qu'il a édictée »³⁴⁶. L'essor des lois de police, lié communément au phénomène de l'interventionnisme étatique³⁴⁷, montre pourtant que dans certaines circonstances l'État est prêt à imposer, en dépit de son ouverture de principe à l'égard du droit étranger, une règle précise de son ordre juridique³⁴⁸ ; ce qu'il fera en vue « de protéger les intérêts de la collectivité à travers une catégorie de personnes (les salariés, les locataires, les consommateurs, les emprunteurs, les mineurs en danger...) ; ou encore d'imposer l'application uniforme sur le territoire afin d'assurer

³⁴³ « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».

³⁴⁴ P. MAYER, v° « Lois de police », *Rép. dr. int.*, n° 3. Dans ce sens, v. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 179 ; F.-X. TRAIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, v° « Ordre public international... », *op. cit.*, n° 12.

³⁴⁵ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 177 ; P. MAYER, v° « Lois de police », *op. cit.*, n° 5 ; F.-X. TRAIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, v° « Ordre public international... », *loc. cit. Contra* B. REMY, *Exception d'ordre public...*, *op. cit.*, n° 836 ss.

³⁴⁶ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 123.

³⁴⁷ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 177.

³⁴⁸ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 123.

la sécurité des transactions »³⁴⁹. Il est également possible de donner application à une loi de police étrangère³⁵⁰.

Il semble que la matière contractuelle est celle dans laquelle la multiplication des lois de police est la plus remarquable. Ces lois de police seraient « un effet du développement de la réglementation impérative en matière économique et sociale »³⁵¹, une sorte de « contrepartie de la liberté [que l'État] reconnaît par ailleurs aux contractants de choisir librement la loi applicable à leur relation »³⁵². Les lois de police constituent donc dans ce domaine un correctif indispensable³⁵³.

126. Difficulté du mécanisme. – Elles soulèvent pourtant une difficulté non négligeable : leur identification. Les indices proposés pour leur identification – l'impérativité des règles, l'intervention d'une autorité, l'existence d'une précision sur le champ d'application des règles, ou sur leur nature de droit public – se sont révélés être inopérants³⁵⁴. Le seul critère déterminant serait alors l'objectif particulier poursuivi par chacune de ces règles³⁵⁵.

127. Particularité du mécanisme. – De par leur définition, les lois de police ne semblent guère distinctes de l'ordre public international³⁵⁶ tel qu'il a été défini par la jurisprudence colombienne. La conséquence de leur mise en œuvre est aussi la même : écarter une loi étrangère au profit de la loi du for³⁵⁷. Il semble que la différence soit d'ordre méthodologique. En effet, au lieu de s'intéresser au contenu

³⁴⁹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 179. *Contra* B. Remy, *Exception d'ordre public...*, *op. cit.*, n° 357.

³⁵⁰ *V.* sur cette possibilité, P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981. 277, qui démontre que l'application d'une loi de police étrangère présente plusieurs avantages. *V.* aussi P. MAYER, v° « Lois de police », *op. cit.*, n° 28-32.

³⁵¹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 373.

³⁵² F.-X. TRAIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, v° « Ordre public international... », *loc. cit.* : « En dehors du domaine de la loi d'autonomie, en revanche, l'adéquation du critère de rattachement à la nature du rapport de droit considéré devrait suffire à rendre inutile le recours à la compétence exorbitante de la *lex fori*, sous réserve de l'exception d'ordre public. »

³⁵³ P. MAYER, v° « Lois de police », *op. cit.*, n° 26.

³⁵⁴ B. REMY, *Exception d'ordre public...*, *op. cit.*, n° 505-519 ; A. JEAUNEAU, *L'ordre public...*, *op. cit.*, n° 184 et s.

³⁵⁵ P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, du même auteur, v° « Lois de police », *op. cit.*, n° 24 ; F.-X. TRAIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, v° « Ordre public international... », *loc. cit.* ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 179. Il existe cependant des différences dans la manière de présenter l'objectif. Sur ce point, *v.* A. JEAUNEAU, *L'ordre public...*, *op. cit.*, n° 190 et s ; B. REMY, *Exception d'ordre public...*, *op. cit.*, n° 359 et s.

³⁵⁶ Selon une partie de la doctrine française, les mécanismes prêtent également à confusion. Sur leur distinction, *v.* B. REMY, *Exception d'ordre public...*, *op. cit.*, n° 4, A. JEAUNEAU, *L'ordre public...*, *op. cit.*, n° 86, F.-X. TRAIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, v° « Ordre public international... », *op. cit.*, n° 13 et 24.

³⁵⁷ Sauf lorsque la loi de police est elle-même étrangère, *v.* P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*

de la loi étrangère, le mécanisme des lois de police fonde l'application de la loi du for, ou étrangère, sur l'objectif que celle-ci poursuit³⁵⁸.

128. Lois de police en droit colombien : proposition. – Le droit international privé colombien ignore la méthode de lois de police³⁵⁹ et aucun des instruments internationaux en vigueur ne les mentionne³⁶⁰. Toutefois, il serait possible d'envisager leur admission en droit international privé colombien. Un arrêt T-1157/00 de la Cour constitutionnelle illustre l'intérêt qu'il y aurait à introduire cette méthode. Dans cette affaire, le débiteur d'un crédit hypothécaire avait assigné son créancier, une banque panaméenne, pour avoir refusé d'accepter la dation en paiement de l'immeuble hypothéqué. Or, à cette époque, le décret législatif 2331 de 1998, édicté pour pallier les effets de la crise immobilière des années 90, obligeait les banques à accepter les datations en paiement lorsque l'emprunt était destiné à l'acquisition d'un logement. Cette obligation, selon la banque défenderesse, ne concernait que les établissements bancaires colombiens³⁶¹.

La Cour a donné raison au demandeur et a déclaré la loi colombienne applicable. Cette décision doit être approuvée car seule la localisation de l'immeuble importait pour la réalisation de l'objectif que s'est fixé le rédacteur du décret. Mais, du point de vue des méthodes, la motivation de la Cour est maladroite et inopportune.

³⁵⁸ Une étude récente a mis en évidence la différence qui existe entre ces mécanismes du point de vue de la réalisation des valeurs de l'ordre juridique du for. Ainsi, alors que dans l'application des lois de police l'agencement des valeurs a été fait préalablement par le législateur et coulé dans une règle qui doit être appliquée, dans l'exception d'ordre public il revient au juge de procéder à la conciliation des valeurs pour la situation qui lui est soumise. V. A. JEAUNEAU, *L'ordre public...*, *op. cit.*, n° 398.

³⁵⁹ Comme en France (*Grands arrêts*, n° 53, §2), la jurisprudence colombienne utilise parfois des termes qui pourraient être considérés similaires, tels que « normes d'ordre public » ou « règles impératives » ; malheureusement leur utilisation concerne rarement le conflit de lois. V. les exemples en matière contractuelle *infra* n° 383.

³⁶⁰ Leur introduction a été envisagée lors de l'adoption de la convention OEA normes générales mais a été écartée car « les conditions pour leur incorporation dans un instrument diplomatique » n'étaient pas réunies, sur ce point v. R. B. SANTOS BELANDRO, *Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado y su influencia sobre el derecho regional*, vol. I, Fundación cultura universitaria, 2015, p. 15. Pour D. P. FERNANDEZ ARROYO, l'article 11 de la convention de Mexico inclut les lois de police, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 1995. 178, spéc. 184 : « Article 11. Nonobstant les dispositions précédentes, les dispositions de la loi du for s'appliquent nécessairement lorsqu'elles ont un caractère impératif.

Lorsqu'il le juge pertinent, le tribunal peut, à sa discrétion, appliquer les dispositions impératives de la loi d'un autre Etat avec lequel le contrat présente des liens étroits ».

³⁶¹ En droit colombien, le Gouvernement peut adopter, dans le cadre d'un état d'exception (guerre extérieure, commotion intérieure ou urgence économique, sociale ou écologique, articles 212 à 215 de la Constitution de 1991), les dispositions qui lui permettraient de remédier à la situation ; les normes adoptées s'appellent « décrets législatifs ». Sur ce point, v. D. YOUNES MORENO, *Derecho constitucional colombiano*, *op. cit.*, p. 391 s. Cette faculté est proche, en droit français, de celle consacré à l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Elle est maladroite car, comme cela a déjà été signalé³⁶², la Cour n'a pas mis en œuvre les règles de conflit pertinentes et a déterminé la loi applicable avec une méthode jusque-là inconnue en droit colombien ; ce dernier point sera analysé plus avant³⁶³.

La motivation est également inopportune car le raisonnement de la Cour constitutionnelle pouvait, dans d'autres circonstances et alors même que l'immeuble était situé en Colombie, conduire à l'application d'une loi étrangère, ce qui aurait compromis la réalisation de l'objectif du décret 2331. L'application du décret ne pouvait donc pas dépendre de sa désignation par une règle de conflit classique et il aurait été préférable de le qualifier de loi de police pour assurer la réalisation de son objectif. La Cour aurait ainsi pu simplifier son raisonnement sans renoncer à son objectif.

Par ailleurs, la méthode des lois de police présente l'avantage de réintroduire l'intérêt de l'État dans l'application de ses lois chaque fois que cela s'avérerait indispensable³⁶⁴. La coexistence des méthodes des lois de police et des règles de conflit bilatérales n'est aucunement contradictoire. Ces méthodes sont complémentaires et leur coexistence souhaitable, spécialement en cas d'admission de la liberté de choix de loi applicable. En droit colombien, elle permettrait par ailleurs de concilier la vision publiciste, si farouchement défendue par les Cours colombiennes, avec la conception privatiste du droit international privé qui s'impose actuellement.

129. Conclusion du chapitre. – L'analyse du droit colombien a montré que son système de résolution des conflits de lois conduit à des raisonnements illogiques, et freine le développement des situations internationales. Elle a montré également que le droit international privé colombien néglige une partie des mécanismes de la

³⁶² *V. supra* n° 111.

³⁶³ *V. infra* n° 237 et 267.

³⁶⁴ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 71, 123-124. Certains auteurs ont déjà identifié des lois de police en droit colombien. C'est le cas, selon Medina Casas, des règles en matière du régime cambiaire, « La ley aplicable a las garantías internacionales », in *Estudios sobre garantías reales y personales*, p. 1016 ; cet auteur s'appuie sur l'arrêt CSJ Civ. 28 fév. 1992, exp. 3227. Cependant, il semble difficile de prendre parti sur la possibilité d'application de lois de police étrangères en droit colombien.

matière qui pourraient contribuer à son amélioration. En effet, il semble nécessaire de renouveler profondément tant l'approche adoptée que les solutions actuelles.

130. Conclusion du titre. – Le droit international privé colombien est fondé sur le binôme principe-tempérament qui a été dégagé par la jurisprudence. Les principes de souveraineté et de territorialité et leurs tempéraments – tels que l'exequatur et le principe d'extraterritorialité de la loi – ne résolvent pas de manière satisfaisante les problèmes rencontrés dans la matière. Néanmoins, il se peut que le système trouve, avec quelques aménagements, la cohérence nécessaire pour subsister. Les difficultés seraient mieux résolues par une relecture moins conservatrice du droit colombien et surtout plus soucieuse des enjeux et des problématiques de la matière, de la multiplicité et de la variété méthodologique des textes en vigueur en Colombie et des intérêts des particuliers. C'est dans ce contexte que l'étude des solutions en matière de contrats doit être abordée.

TITRE II

L'ANALYSE DES SOLUTIONS EN MATIERE DE CONTRATS

131. L'influence du contexte. – L'approche publiciste prédominante en Colombie rattache les situations qui surviennent sur un territoire donné à la loi de ce territoire ; le lien semble à la fois inévitable et intangible. Il s'agit donc de localiser un rapport de droit dans un ordre juridique à l'aide de ce lien. Or ce procédé en apparence simple peut conduire à localiser un rapport donné dans plusieurs ordres juridiques, spécialement dans l'hypothèse de rapports hétérogènes³⁶⁵. Le droit colombien montre les difficultés et les hésitations auxquelles conduit cette méthode, ce qui pourrait expliquer en partie que, pour déterminer la loi applicable au contrat international, la jurisprudence ait utilisé tant des règles de conflit classiques que des méthodes plus modernes.

132. Des solutions anciennes. – L'ordre juridique colombien demeure attaché aux anciennes règles de conflit déduites du Code civil, qui sont dépassées depuis des décennies en Europe et depuis un siècle en France. En effet, l'arrêt *Tía* est la dernière décision de la Cour suprême de justice relative à la détermination de la loi applicable au contrat international³⁶⁶. Bien que cet arrêt soit vieux de presque 70 ans, il serait faux d'affirmer que le droit colombien renie aujourd'hui la solution retenue à cette occasion ; d'une part parce que cet arrêt constitue encore le référence en droit international privé colombien - toutes les décisions de la Cour suprême de justice et de la Cour constitutionnelle s'y réfèrent -, et d'autre part parce que l'approche publiciste à laquelle cet arrêt a grandement contribué n'a pas été délaissée et semble au contraire renforcée par les décisions récentes. Les règles de conflit dégagées par la jurisprudence au début du XX^e siècle constituent donc toujours le droit positif, ce qui impose de les présenter.

³⁶⁵ La distinction des situations hétérogènes, dont les points de contact se répartissent dans plusieurs États, et situations homogènes, ne présentant des liens qu'avec un seul État, a été proposée par W. WENGLER, v. « The general principles of private international law » *RCADI* 1961, t. 104, p. 273, spéc. 291, et en français, « Immunité législative des contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 1971. 637, spéc. 650.

³⁶⁶ CSJ civ. 30 septembre 1947, *GJ* t. LXIII, n° 2053-2054, p. 35-41. Sur cet arrêt v. *supra* n° 19.

133. De nouvelles tendances. – La permanence de ces règles de conflit ne signifie cependant pas que le droit international privé colombien des contrats se soit figé. Ainsi, il est d’abord devenu courant que les instruments internationaux en matière civile et commerciale contiennent des règles sur la liberté de choix. L’approche colombienne précédemment décrite n’a en effet nullement empêché que certains de ces instruments soient ratifiés par la Colombie. Ensuite, la Cour constitutionnelle, plus libre dans la manière de construire son raisonnement, a exploré d’autres méthodes de détermination de la loi applicable sans toutefois vraiment s’affranchir complètement des règles déduites du Code civil colombien. Le nouvel élan insufflé au droit colombien par la création de la Cour constitutionnelle a certes compliqué la matière, mais cette Cour a eu le mérite de remettre en cause indirectement le système et a rappelé à ses interprètes l’existence d’autres méthodes.

134. Exclusion de la liberté de choix. – Néanmoins, l’étude de la possibilité de choisir la loi applicable doit être, à ce stade, exclue pour trois raisons. Tout d’abord, cette possibilité a été reconnue seulement pour certains contrats. Ensuite, les tribunaux n’ont pas encore eu l’occasion d’appliquer les règles autorisant le choix. Enfin, ces dernières ne correspondent pas à proprement parler à la logique localisatrice du droit positif qu’il est question d’analyser dans ce titre, où seront seules étudiées les solutions déterminant la loi du contrat indépendamment de la volonté des parties. Elle sera longuement étudiée dans la seconde partie.

135. Particularités de l’analyse. – Du point de vue du droit comparé, cette exclusion conduit à un certain décalage avec la tendance mondiale et rapproche davantage l’analyse proposée ici de l’histoire du droit. En effet, le droit colombien actuel est similaire au droit français de la fin du XIX^e siècle ou au droit suisse du début du XX^e, ce qui justifie d’ailleurs les références aux auteurs de ces périodes et de ces pays. Les autres méthodes explorées sont quant à elles proches du droit des États-Unis d’Amérique ; le droit international privé colombien ne pouvait logiquement échapper à l’influence que ce pays a eue sur le continent américain. En outre, il est important de souligner que les différentes méthodes qui seront abordées constituent également, en cas d’admission de la liberté de choix, des réponses possibles au défaut de choix.

136. Pluralité de méthodes. Plan du titre. – L’analyse du recours aux points de contact du contrat avec un ou des ordres juridiques n’est donc pas dépourvue d’intérêt dans le cas du droit colombien. Partant, pour déterminer la loi applicable, il serait possible d’utiliser un seul point de contact ou plusieurs, ce qui imposerait des approches distinctes de résolution du conflit de lois et conduirait à utiliser des méthodes différentes.

Effectivement, la méthode conflictuelle traditionnelle n’utilise qu’un seul point de contact comme critère de rattachement de la règle de conflit. Ce serait donc une méthode abstraite, conformément à l’un des caractères attachés à ces règles, car la désignation de la loi applicable ne dépend nullement des faits de l’espèce ; le rattachement est prédéterminé et exclut en principe le recours aux autres points de contact. Puisque le droit international privé colombien a dans un premier temps utilisé cette méthode, elle fera l’objet du premier chapitre.

Lorsque l’ensemble des points de contact du contrat doivent être appréciés pour désigner la loi applicable, la méthode serait concrète. L’opérateur juridique doit alors prendre en considération les particularités de chaque espèce pour déterminer la loi applicable au contrat. Étant donné que la jurisprudence colombienne a récemment utilisé cette méthode, le second chapitre lui sera dédié.

CHAPITRE I

DETERMINATION *IN ABSTRACTO* DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT

137. Choix d'un point de contact et méthode conflictuelle. – Lorsque l'ordre juridique détermine la loi qui doit régir le contrat en fonction d'un point de contact donné, il fait un choix méthodologique en faveur de la méthode conflictuelle et le point de contact élu sera donc le critère de rattachement de la règle de conflit.

138. Prédilection pour les étapes du processus contractuel. – Depuis le Moyen Âge, les auteurs et les tribunaux confrontés aux conflits de lois en matière de contrats ont procédé de cette manière, souvent inconsciemment, puisque la méthode conflictuelle n'a été systématisée qu'au XIX^e siècle par Savigny. Les études dédiées à l'histoire du droit international privé enseignent que le contrat était régi tantôt par la loi du lieu de sa conclusion, tantôt par celle du lieu de son exécution³⁶⁷. Bien qu'ils ne soient pas les seuls points de contact qu'un contrat puisse avoir avec des ordres juridiques, ils constituent des points de contact propres aux actes juridiques.

Les autres points de contact ne semblent avoir été pris en compte que tardivement, aux XIX^e et XX^e siècles. L'influence de la nationalité et du domicile, par exemple, était inégale en Allemagne, en Italie et en France³⁶⁸. Cependant, les étapes du processus contractuel ont gardé une place privilégiée dans la résolution du conflit de lois, même en cas de nationalités ou de domiciles communs, jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention de Rome.

³⁶⁷ La locution *locus contractus* pouvait effectivement désigner l'un ou l'autre lieu. Selon Lainé, les glossateurs aurait déduit le premier rattachement de la loi *Si fundus* ; la solution était connue sous l'expression *lex loci contractus*. Meijers cite à l'appui du second une décision du Parlement de Paris de 1314 dans laquelle le contrat a été soumis à la loi du lieu d'exécution, connue comme la *lex loci solutionis*. En outre, pour certains auteurs du Moyen Âge, ces règles pouvaient même faire partie d'un seul et même système. Dans ces cas, chacune avait un domaine différent : la forme du contrat pour la première et le fond pour la deuxième ou, par exemple, les effets pour l'une et les suites pour l'autre. *V.* sur ce point, A. LAINE, *Introduction au droit international privé*, I, Lib. Cotillon, F. Pinchon, successeur, 1888, p. 109 ; E.-M. MEIJERS, *Études d'histoire du droit international privé*, Pierre-Clément Timbal, Josette Metman (trads.), CNRS, 1967, p. 53 ss ; B. ANCEL, *Histoire du Droit international privé*, Cours dactyl., Panthéon-Assas (Paris II), 2008, p. 78.

³⁶⁸ L'application de la loi de la nationalité commune ou du domicile commun y a été affirmée à une époque. Cependant, leur aptitude à désigner la loi applicable au contrat était relative car, en pratique, d'autres points de contact renforçaient les liens du rapport contractuel avec l'ordre juridique désigné, spécialement les lieux de conclusion et d'exécution du contrat. Par ailleurs, la nationalité et le domicile semblent souvent avoir servi à justifier l'application de la loi du for. En Angleterre et aux États-Unis, ces points de contact n'ont eu aucune influence. *V.* sur ce point, BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Librairie du Recueil Sirey, 1938, n° 107 à 111.

139. Les règles de conflit en droit colombien. – En Colombie, le règlement du conflit de lois en matière de contrats s’est principalement construit autour des étapes du processus contractuel, qui demeurent encore la référence. Les autres points de contact n’ont jamais servi de critères de rattachement dans ce domaine. Ainsi, en principe, le droit colombien détermine *in abstracto* la loi applicable au contrat à l’aide de deux règles différentes et indépendantes (section I). L’exposé de cette méthode abstraite sera suivi de son analyse (section II).

Section I – Pluralité de règles de conflit

140. Les règles de conflit et leur domaine. – L’ordre juridique colombien rattache le contrat à la fois au lieu de conclusion du contrat et au lieu de son exécution. Le système repose sur deux règles de conflit dont il faut d’abord révéler le contenu (§1), pour étudier ensuite leur domaine (§2).

§1. Les règles de conflit

141. Identification et fondement. – Le droit international privé colombien des contrats étant peu connu, il est nécessaire de commencer par identifier les règles de conflit qui ont été consacrées (A), avant d’examiner leurs fondements (B).

A. Identification des règles

142. La source légale des règles. – À l’origine, les règles de conflit de lois en matière de contrats ont été principalement tirées de l’article 20 du Code civil colombien qui dispose que :

« Les biens situés sur les territoires, et ceux qui se trouvent dans les États, dont la propriété intéresse la Nation ou sur lesquels elle aurait droit, sont soumis aux dispositions de ce code, même si leurs propriétaires sont étrangers et résident à l’étranger.

Cette disposition s’applique sans préjudice des stipulations contenues dans des contrats valablement conclus en pays étranger.

Mais les effets des dits contrats, qui auront lieu sur les territoires, ou dans les cas où ils affectent les droits et les intérêts de la Nation, seront soumis à ce code et aux autres lois civiles de l'Union. »

La jurisprudence a repris les éléments d'extranéité mentionnés dans cette disposition et a soumis le contrat tantôt à la loi du lieu de conclusion du contrat (1), tantôt à celle de son lieu d'exécution (2).

1. *La règle lex loci contractus*³⁶⁹

143. La consécration de la règle dans l'arrêt *Cuervo*. – La première règle du système de résolution des conflits de lois a été énoncée à l'aube du XX^e siècle dans un arrêt du 15 décembre 1900³⁷⁰. Le litige opposait Fergusson, Noguera & Cia. aux héritiers du général Antonio B. Cuervo (homme politique colombien de la seconde moitié du XIX^e siècle) à propos d'une lettre de change créée et acceptée en France par le défunt. Invoquant « les principes de droit international privé, généralement admis entre les Nations civilisées », le Tribunal supérieur de Cundinamarca (équivalent à une cour d'appel) a affirmé que « la lettre de change [...] est régie [...] par la loi du lieu (*Lex loci contractus*) où elle est créée »³⁷¹ et a donc appliqué la loi française.

La Cour suprême de justice, tout en approuvant la décision du Tribunal, a donné d'importantes précisions quant à la règle appliquée par ce dernier. D'abord, elle a indiqué que les lois colombiennes, et spécifiquement l'alinéa 2 de l'article 20 CCC, « acceptent le principe *locus regit actum* »³⁷². Ensuite, elle a formulé la règle dans des termes plus généraux : « pour savoir si un contrat est valide il faut seulement s'en tenir à la loi en vigueur au lieu et au moment où il a été conclu ». En outre, il s'agissait pour la Cour suprême d'une « règle de droit international privé » qui validait l'application de la loi étrangère au cas d'espèce.

³⁶⁹ Les expressions en latin, *lex loci contractus* et *lex loci solutionis*, ont été délaissées presque totalement en Europe. Cependant, leur emploi ici s'explique pour deux raisons. D'abord, elles sont utilisées couramment par la jurisprudence et la doctrine colombiennes. Ensuite, lesdites expressions évoquent d'une manière synthétique la soumission du contrat à la loi du lieu de conclusion et d'exécution, respectivement.

³⁷⁰ CSJ 15 décembre 1900, *GJ* t. XV, n° 748-749, p. 121-132. Ci-après arrêt *Cuervo*.

³⁷¹ Certains passages de l'arrêt du Tribunal supérieur ont été rapportés dans l'opinion dissidente.

³⁷² CSJ 15 décembre 1900, préc., p. 123.

144. Confirmation et évolution de la règle. – La règle ainsi déduite fut confirmée dans le fameux arrêt *Tía* de la Cour suprême de justice du 30 septembre 1947³⁷³. Dans cette espèce, il était reproché au Tribunal d’avoir substitué la loi colombienne à la loi tchécoslovaque du lieu de conclusion du contrat de travail. La Cour suprême avait cassé l’arrêt d’appel sur le fondement de l’article 20.2, et affirmé que celui-ci « suppose l’admission du principe selon lequel la capacité des parties, les conditions intrinsèques des contrats, leurs conditions de formation et de validité, sont régies par la loi étrangère, celle du lieu de conclusion du contrat (**lex loci contractus**) »³⁷⁴. Toutefois, par rapport à l’arrêt *Cuervo*, la règle est formulée différemment. En effet, dans cet arrêt, la Cour suggère que ce principe n’est applicable qu’aux contrats conclus à l’étranger, seule hypothèse où le système de territorialité de la loi doit être tempéré. Lorsque le contrat est conclu en Colombie³⁷⁵, la loi colombienne est applicable non pas à titre de loi du lieu de conclusion, mais au titre du principe de territorialité de la loi. Il est d’ailleurs important de remarquer que l’article 20 serait applicable aux contrats portant sur un service, et spécifiquement au mandat, ce que la lettre de l’article ne suggère pas à première lecture.

La jurisprudence constitutionnelle partage cette position, mais elle restreint davantage la règle. Bien que la Cour constitutionnelle cite l’arrêt *Tía* dans son arrêt T-1157 de 2000, spécifiquement le passage qui énonce la règle *lex loci contractus*, elle s’est à nouveau directement prononcée sur l’article 20 CCC dans l’arrêt C-249 de 2004. Alors que l’article n’était pas visé par l’accusation, la Cour a profité de l’occasion pour affirmer que l’alinéa 2, « sur le fondement du critère du lieu de conclusion des contrats (*lex loci contractus*), permet l’application de la loi étrangère aux contrats conclus valablement à l’étranger, tant qu’ils ne concernent pas des biens situés en Colombie ». La mise en œuvre de la règle, qu’elle ne considère ici que

³⁷³ CSJ civ. 30 septembre 1947, *GJ* t. LXIII, n° 2053-2054, p. 35. Sur cet arrêt, v. également *supra* n° 19, 48 et 110.

³⁷⁴ Le gras est utilisé par la Cour.

³⁷⁵ V. *supra* n° 110.

comme un critère d'application de la loi dans l'espace, dépend donc, en plus, du lieu de situation du bien objet du contrat³⁷⁶.

Néanmoins, la portée de l'arrêt doit être nuancée. En effet, le passage cité, qui n'est que la transcription d'un extrait d'ouvrage de droit international privé colombien³⁷⁷, constitue sans doute un *obiter dictum* car l'article 20.2 n'était pas visé d'inconstitutionnalité par l'accusation et aucune conséquence n'en a été tirée en l'espèce. L'intérêt essentiel de cet arrêt est l'admission de la règle *lex loci contractus* par la Cour constitutionnelle.

145. La règle *lex loci contractus* dans la doctrine colombienne. – La doctrine colombienne semble divisée sur la possibilité de déduire la règle *lex loci contractus* de l'article 20.2 CCC et hésite entre plusieurs attitudes. Si certains s'alignent sur la position des Cours³⁷⁸ (sans toujours s'y référer pour autant), la plupart des auteurs relèvent souvent qu'aucune disposition de l'ordre juridique ne la consacre de manière expresse, mais qu'elle s'impose néanmoins pour plusieurs raisons, notamment parce qu'elle est considérée comme un principe universel³⁷⁹. Des indices du principe se trouveraient dans certaines dispositions du Code civil, tel que l'article 21³⁸⁰, qui prévoit l'application de la loi du lieu de passation à la forme des actes publics³⁸¹.

³⁷⁶ *V. supra* n° 112.

³⁷⁷ L. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, D. R. GALÁN BARRERA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 189.

³⁷⁸ *Ibid.*, Adde. A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 280, A. LECOMPTE LUNA, *Esquema de Derecho Internacional Privado*, p.158 (et plus loin il déduit la règle *locus regit actum* des articles 21 et 22, p.160), F. NAVIA ARROYO, « La teoría de los estatutos... », *op. cit.*, p.163 (qui parle de *lex loci celebrationis*), J. RESTREPO HERNÁNDEZ, *Derecho Internacional Privado*, Imprenta de la luz, 1914, p.357, A. ZAPATA DE ARBELÁEZ, « La ley aplicable al contrato internacional », *op. cit.*, p. 195.

³⁷⁹ J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p.320 ; J. OVIEDO ALBÁN, « Los principios Unidroit para los contratos comerciales internacionales (Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado) », *Universitas*, n° 100, 2000, p. 121, spéc. 139 ; H. M. MEDINA CASAS, « La ley aplicable al contrato », in *Los contratos en el derecho privado*, Legis, Univ. del Rosario, 2007, p. 372.

³⁸⁰ « Article 21. La forme des actes publics est déterminée par la loi du pays où ils sont passés. Leur authenticité se prouvera selon les règles établies au code judiciaire de l'union.

La forme consiste aux solennités externes, à l'authenticité, au fait d'avoir été réellement passés et approuvés par les personnes et de la manière dans laquelle ces actes l'affirment. »

³⁸¹ A. A. ALJURE SALAME, *El contrato internacional*, Legis, 2011, p. 95 ; A. HERRÁN MEDINA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p.229 ; M. A. VELILLA MORENO, « Estructura básica del derecho de los negocios internacionales », in *El derecho de los negocios internacionales. Libro homenaje a Enrique Low Murtra*, Univ. Externado de Colombia, 1991, p. 23, spéc. 59 ; M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 337 s. ; E. CHAMPEAU, A. J. URIBE, *Tratado de derecho civil colombiano*, L. Larose, 1899, p. 70 ; E. SILVA ROMERO, « La "jurisprudencia arbitral" de la Cámara de Comercio Internacional en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales de distribución. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano », in *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, t. I, Univ. Externado de Colombia, 2003, p. 313, spéc. 317.

Il existe toutefois un point qui singularise la position de la doctrine. La restriction de la règle *lex loci contractus* aux seuls contrats conclus à l'étranger, suggérée par les Cours, n'est pas mentionnée par les auteurs. La règle serait donc applicable dans tous les cas. Cependant, la doctrine n'envisage que très rarement l'hypothèse des contrats conclus en Colombie ; peut-être parce que dans cette hypothèse l'omniprésence du principe de territorialité rend inutile le recours à la règle de conflit.

Même si l'ensemble des auteurs ne s'accorde pas sur l'idée que l'article 20.2 CCC consacre la règle *lex loci contractus*, il existe un consensus sur l'admission de cette règle (principe ou critère, selon les auteurs) en droit colombien. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence, tant judiciaire que constitutionnelle, y voit la consécration d'une règle qui soumet le contrat à la loi du lieu de conclusion. Elle n'est pourtant pas la seule règle applicable en la matière.

2. La règle *lex loci solutionis*

146. Deuxième règle, deuxième rattachement. – La Cour suprême de justice a aussi appliqué une autre règle de conflit qui retient un point de rattachement différent. La disposition légale visée n'est pourtant pas toujours la même.

147. L'affirmation de la règle *lex loci solutionis* : l'arrêt *Cuervo*. – La Cour suggérait déjà, dans l'arrêt *Cuervo*, l'existence d'une deuxième règle. Selon le pourvoi, l'alinéa 3 de l'article 20 CCC n'admettait pas « la règle de droit international privé selon laquelle la forme des actes est régie par la loi du lieu où ils sont conclus ». La Cour a rejeté cette interprétation de la disposition et affirmé que cet alinéa « soumet à la loi colombienne les effets des contrats conclus à l'étranger avec l'intention d'être exécutés en Colombie ; mais non pas les effets des contrats conclus à l'étranger pour être exécutés à l'étranger [...] car les effets de ces derniers contrats [...] sont régis par la loi étrangère ». Elle a soutenu en outre que « la

doctrine de l'alinéa 3 de l'article 20 du Code civil est identique à celle de l'article 202³⁸² du Code de commerce »³⁸³.

148. Précisions sur la règle : l'arrêt *Camacho Roldán*. – Quelques années plus tard, dans un arrêt du 17 décembre 1902³⁸⁴, la Cour a eu l'opportunité de clarifier son interprétation de la deuxième règle. Le litige concernait une lettre de change tirée à Bogotá et payable à Londres en livres sterling. La Cour a énoncé la règle *lex loci solutionis* en ces termes : « c'est un principe de droit international privé que le paiement, en tant que mode d'extinction des obligations, doit être régi par la loi du lieu fixé pour l'accomplissement de ces obligations »³⁸⁵. Les parties ayant fixé le lieu du paiement à Londres, la Cour a déclaré qu'en application du principe sanctionné à l'article 202 CCoC, la loi anglaise devait déterminer les conditions du paiement, et notamment la monnaie du paiement. Cette fois, aucune référence n'a été faite à l'article 20.3 CCC.

149. Le nouveau Code de commerce colombien. – Depuis, l'article 869 du nouveau Code de commerce (entré en vigueur le 10 janvier 1972) s'est substitué à l'article 202. Selon la nouvelle disposition, « [1] l'exécution des contrats conclus à l'étranger qui doit être accomplie dans le pays, sera régie par la loi colombienne ». Pour une grande partie des auteurs, ce texte consacre bien la règle *lex loci solutionis*³⁸⁶. Étonnamment, et malheureusement, la Cour suprême de justice n'a pas encore eu l'opportunité de se prononcer sur l'interprétation de cet article.

³⁸² « Article 202. Tous les actes concernant l'exécution des contrats conclus à l'étranger, et qui doivent avoir lieu dans l'État du Panamá, sont régis par la loi de l'État, en conformité avec ce qui est prescrit dans les Codes Civil et Judiciaire. Ainsi, la délivrance et le paiement, la monnaie dans laquelle celui-ci doit s'effectuer, les mesures de toute espèce, les reçus et leur forme, les responsabilités qu'imposent l'absence d'exécution, ou l'exécution imparfaite ou tardive, et tout autre acte relatif à la simple exécution du contrat, doivent s'ajuster aux dispositions des lois de cet État, à moins que les contractants aient prévu autre chose. »

³⁸³ A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p.281, qui déduit aussi cette règle des deux textes visés par la Cour.

³⁸⁴ CSJ, 17 décembre 1902, *GJ* t. XVI, n° 791-792, p. 49. Ci-après arrêt *Camacho Roldán*.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 56.

³⁸⁶ Certains auteurs déduisent la règle seulement de cet article : J. OVIEDO ALBAN, « Los principios Unidroit... », *op. cit.*, p.142, H. M. MEDINA CASAS, « La ley aplicable al contrato », *loc. cit.* D'autres considèrent que la règle est consacrée tant à l'article 20.3 qu'à l'article 869 : J. SUESCUN MELO, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, 2 éd., Legis, 2003, p. 149, F. NAVIA ARROYO, « La teoría de los estatutos... », *loc. cit.* Enfin, M. Aljure Salame considère que la règle est un principe universel qui justifie la bilatéralisation de l'article 869 CCoC, v. *El contrato internacional*, *op. cit.*, p. 97. La règle est aussi connue sous la locution *lex loci executionis*, v. M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 336 ; E. SILVA ROMERO, « La "jurisprudencia arbitral"... », *op. cit.*, p. 339 ; A. ZAPATA DE ARBELÁEZ, « La ley aplicable al contrato internacional », *op. cit.*, p. 195.

150. Réception de la règle *lex loci solutionis* dans la jurisprudence constitutionnelle. – Enfin, la Cour constitutionnelle a évoqué très rapidement l'article 869 CCoC dans son arrêt C-249 de 2004. Bien qu'elle n'ait fait qu'en reprendre la lettre en précisant qu'il concerne les contrats commerciaux, la Cour ne mentionne pas la règle *lex loci solutionis*, qu'elle considère consacrée à l'article 20.3 CCC³⁸⁷. À cet égard, elle a affirmé, reprenant à nouveau MM. Álvarez et Galán, que cet article, « sur le fondement du critère du lieu d'exécution du contrat (*lex loci solutionis*), indique que si le contrat doit être accompli sur le territoire colombien ou génère des effets sur les droits et intérêts de la nation, la loi colombienne sera applicable ».

Ayant consacré deux règles de conflit de lois en matière de contrats, l'ordre juridique colombien rend applicables, au moins potentiellement, plusieurs lois à un seul contrat. C'était très clairement le cas dans deux des arrêts rapportés : le contrat de travail de l'arrêt *Tía* et la lettre de change de l'arrêt *Camacho Roldán* avaient été conclus dans un pays pour être exécutés dans un autre. Néanmoins, comment articuler ces différentes lois ? Faut-il les appliquer cumulativement, alternativement ou distributivement ? Un premier élément de réponse se trouve peut-être dans les fondements des deux règles.

B. Fondements des règles

151. Caractéristiques du droit international privé colombien. – Il a été vu que l'ordre juridique colombien a une approche publiciste et unilatéraliste des conflits de lois et que le principe de territorialité de la loi constitue la colonne vertébrale du système³⁸⁸. En matière de contrats, ce principe trouve des applications concrètes et l'approche publiciste est respectée. Celle-ci a d'ailleurs déterminé tant la pluralité des règles que leur formulation. Cependant, le Code civil colombien a été interprété d'une manière inattendue, puisque la Cour suprême de justice semble avoir bilatéralisé ses dispositions, notamment l'article 20.

³⁸⁷ Un troisième groupe d'auteurs fonde la règle uniquement sur l'article 20.3 CCC : L. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, D. R. GALÁN BARRERA, *Derecho internacional privado, op. cit.*, p.189, M. A. VELILLA MORENO, « Estructura básica del derecho de los negocios internacionales », *op. cit.*, p.58, A. LECOMPTE LUNA, *Esquema de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p.159, M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p.336.

³⁸⁸ *V. supra* n° 18.

152. Règlement du conflit de lois chez Bello et principe de territorialité de la loi. – Dans son ensemble, l'article 20 CCC envisage l'hypothèse où le contrat serait conclu à l'étranger mais exécuté en Colombie, ce qui correspond à la manière dont son rédacteur, Andrés Bello, concevait la question³⁸⁹. Dans son étude sur les principes de droit international, Bello consacre quelques paragraphes aux actes juridiques. Il y affirme, d'abord, que la légalité des actes juridiques peut seulement être jugée d'après la loi du lieu où ils ont été conclus³⁹⁰. Ensuite, il déclare que tout contrat « doit se conformer aux lois du pays où il a été conclu ; mais s'il doit s'exécuter dans un autre pays, les lois de ce dernier lui sont applicables »³⁹¹.

Il semble que ce soit là la mise en œuvre du principe de territorialité de la loi en matière d'actes juridiques. Traditionnellement, il est considéré que le processus contractuel se décompose en deux phases : la formation et l'exécution³⁹². Or le système de Bello veut que l'emprise de chaque souveraineté sur son propre territoire, et donc sa loi, soit respectée. Dès lors, en vue du principe de territorialité de la loi, la dissociation des lieux de formation et d'exécution conduit logiquement à l'application de deux lois au contrat. Il était donc normal que Bello prévoie autant des règles de conflit qu'il y a d'étapes dans le processus contractuel.

153. Interprétation doctrinale de l'article 20 CCC. – Pour une partie de la doctrine contemporaine, le principe de territorialité est bien le fondement de l'article 20³⁹³. À cet égard, M. Suescún affirme que la règle *lex loci solutionis* n'est pas admise expressément par l'ordre juridique colombien, mais qu'elle se déduit des principes de réciprocité et de territorialité³⁹⁴. La Cour constitutionnelle s'est aussi prononcée en ce sens dans son arrêt C-249 de 2004, où elle affirme que le caractère absolu du principe de territorialité se manifeste aussi dans l'article 20.

³⁸⁹ L'article 20, quelque peu modifié par le législateur colombien, est issu de l'article 16 du code civil du Chili.

³⁹⁰ A. BELLO, *Principios de derecho internacional*, *op. cit.*, p. 95.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 103.

³⁹² Sur cette distinction, v. O. PENIN, *La distinción de la formación et de l'exécution du contrat*, préf. Y. Lequette, L.G.D.J., 2012.

³⁹³ R. MANTILLA REY, *Apuntes de Derecho Internacional Privado. Parte general*, *op. cit.*, p. 59 ; L. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, D. R. GALÁN BARRERA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 189.

³⁹⁴ J. SUESCUN MELO, *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 149 ; cet auteur cite à l'appui de sa conclusion l'arrêt *Camacho Roldán*.

154. Unilatéralisme confirmé. – L’approche unilatéraliste est également confirmée en matière de contrats internationaux. Pour Bello, le conflit de lois relève du champ d’application des lois dans l’espace. D’une part, il aborde dans son étude le conflit de lois en matière d’actes juridiques dans les sections consacrées aux effets extraterritoriaux des lois et aux matières qui sont soumises à la juridiction de chaque État. Dans le Code civil colombien, d’autre part, Bello a inséré l’article 20 dans le chapitre III, intitulé des effets de la loi, du titre préliminaire. De plus, les alinéas 2 et 3 de cet article montrent clairement que la loi étrangère ou colombienne est applicable dans la mesure où l’une des phases contractuelles a lieu sur son territoire. Et c’est bien dans ces termes que la Cour constitutionnelle interprète ces alinéas dans l’arrêt C-249 de 2004³⁹⁵, où elle a repris mot pour mot les passages de MM. Álvarez et Galán sur l’application de la loi étrangère en Colombie en matière de contrats conclus entre particuliers³⁹⁶.

155. Réinterprétation de l’article 20. – Néanmoins, l’interprétation de la Cour suprême de justice des textes, spécialement dans les arrêts *Cuervo* et *Camacho Roldán*, ne correspond pas à l’approche publiciste et unilatéraliste de l’ordre juridique colombien qui réapparaît pourtant dans l’arrêt *Tía*, et ce parce que la Cour a interprété les textes avec beaucoup de liberté.

156. Éloignement de la lettre de l’article 20. – D’une part, la Cour suprême s’est éloignée de l’article 20 en ce qui concerne sa rédaction, sa portée et ses éléments. Il est important de remarquer, tout d’abord, que la rédaction en cascade de cet article a été complètement négligée³⁹⁷. Ainsi, l’alinéa 2 précise que l’alinéa premier est *sans préjudice* des contrats conclus à l’étranger et l’alinéa 3 n’entend s’appliquer qu’aux *dits contrats*, ceux dont parlent les alinéas précédents. Cependant, la Cour est passée outre ce raisonnement en cascade et a établi deux règles distinctes.

Ensuite, deux éléments auraient pu limiter la portée de l’article 20. Premièrement, l’alinéa 1 soumet les biens situés sur le territoire colombien à la loi colombienne. C’est en fait le point de départ du raisonnement en cascade négligé par la Cour. Pour

³⁹⁵ *V. supra* n° 144.

³⁹⁶ L. F. ÁLVAREZ LONDOÑO, D. R. GALÁN BARRERA, *Derecho internacional privado, loc. cit.*

³⁹⁷ Dans ce sens, E. CHAMPEAU, A. J. URIBE, *Tratado de derecho civil colombiano, op. cit.*, p. 72.

certaines auteurs, donc, l'article consacre seulement l'application de la *lex rei sitae* aux contrats internationaux portant sur des biens³⁹⁸. Deuxièmement, à la différence de l'article 16 du Code civil chilien dont il est issu, l'article 20 contient l'expression *dont la propriété intéresse la Nation ou sur lesquels elle aurait droit*³⁹⁹. À cet égard, une partie de la doctrine colombienne affirme que cette expression aurait dû restreindre l'application de l'article 20 aux seules hypothèses où de tels biens seraient en cause⁴⁰⁰. Cependant, la Cour suprême n'a pas cru nécessaire de cantonner le champ d'application de cet article ; les règles de conflit qu'elle a dégagées sont applicables à tout type de contrat, sans égard aux types de biens objet de l'opération, y compris aux contrats de prestation de services.

La Cour a relevé, enfin, un élément subjectif dans l'alinéa 3. Dans l'arrêt *Cuervo*, la Cour a affirmé que le lieu d'exécution à prendre en compte pour déterminer la loi applicable était celui où le contrat devait être exécuté et non pas celui où l'exécution était exigée : « l'alinéa 3 est celui qui soumet à la loi colombienne les effets des contrats conclus en pays étranger dans le but ou avec l'intention d'être exécutés en Colombie ; mais non pas les effets de ceux conclus à l'étranger pour être exécutés à l'étranger [...] parce que les effets de ces derniers, de même que leur conditions externes, sont régis par la loi étrangère ». Bien que l'existence de cet élément intentionnel soit discutable, une partie de la doctrine chilienne considère qu'il est également présent dans l'article 16 du Code civil chilien⁴⁰¹.

157. Refonte méthodologique : bilatéralisation de l'article 20. – Une autre liberté a été prise avec les textes, puisque la Cour suprême de justice en a également altéré l'esprit. Dans les arrêts *Cuervo* et *Camacho Roldán*, la Cour a bilatéralisé les règles des alinéas 2 et 3 de l'article 20 CCC et de l'article 202 CCoC⁴⁰². En effet, elle ne détermine pas le champ d'application du droit colombien à partir de ces dispositions, mais en tire de véritables règles de conflit bilatérales. L'hypothèse sur

³⁹⁸ E. SILVA ROMERO, « La "jurisprudencia arbitral" ... », *op. cit.*, p. 317.

³⁹⁹ Cf. *supra* n 142. M. M. ALBORNOZ, *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*, Thèse dactyl., Paris II, 2006, p. 325.

⁴⁰⁰ A. ZAPATA DE ARBELÁEZ, « La ley aplicable al contrato internacional », *op. cit.*, p. 201 ; J. OVIEDO ALBÁN, « Los principios Unidroit... », *op. cit.*, p. 132.

⁴⁰¹ Fabres, cité par L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. I, 2^e éd., E. P., 1898, p. 114, qui n'est d'ailleurs pas du même avis.

⁴⁰² Dans ce sens, J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 149.

laquelle Bello semble avoir construit son système⁴⁰³ l'a conduit à laisser sans réponse l'hypothèse inverse : celle du contrat conclu en Colombie pour être exécuté à l'étranger. Or, en bilatéralisant les textes, la Cour comble la lacune résultant de la teneur unilatéraliste que leur avait donné le législateur⁴⁰⁴.

Ainsi, dans les arrêts *Cuervo* et *Tía*, la Cour transforme-t-elle l'expression « en pays étranger » de l'alinéa 2 en un facteur de rattachement : le lieu de conclusion du contrat, qui, comme ceux utilisés dans la méthode bilatérale, peut désigner tant la loi colombienne que la loi étrangère. Et dans l'arrêt *Camacho Roldán*, la loi anglaise est déclarée applicable, au visa de l'alinéa 3, en fonction d'un autre facteur typiquement conflictuel : le lieu d'exécution du contrat.

158. Bilatéralisation ignorée. – Néanmoins, la bilatéralisation de ces textes est totalement négligée par la jurisprudence la plus récente et par la doctrine. Ce phénomène pourrait s'expliquer par l'absence d'une tradition juridique scientifique en Colombie et par l'attachement des tribunaux et des auteurs à l'approche publiciste⁴⁰⁵. Mais leur attitude est d'autant plus étonnante que la bilatéralisation respecte, dans une certaine mesure, la territorialité de la loi.

L'existence des deux règles de conflit qui retiennent des facteurs de rattachement différents peut conduire à des chevauchements, voire à l'application cumulative des lois désignées. Le système de règlement du conflit de lois peut toutefois sauvegarder sa cohérence en attribuant à chacune de ces règles de conflit un domaine propre.

§2. Le domaine des règles de conflit

159. Dépassement de la doctrine de Bello. – La pluralité des règles de conflit applicables à une même catégorie n'était pas particulièrement gênante pour Bello. Le tribunal saisi doit, selon lui, contraindre les parties à exécuter leurs obligations en conformité avec les clauses du contrat et les lois incorporées à ce dernier. En effet, il

⁴⁰³ *V. supra* n° 152.

⁴⁰⁴ Il y aurait encore une autre manière d'interpréter la pluralité de règles, en rapprochant l'existence des deux règles en droit colombien de la méthode du *Restatement Second* qui détermine la loi applicable à chaque question de droit et non pas à l'intégralité de la catégorie contractuelle. *V. infra* n° 224.

⁴⁰⁵ *V. supra* n° 6 et 37.

supposait « incorporées [au contrat] toutes les lois qui l'affectent »⁴⁰⁶. Chaque problème juridique aurait alors autant de réponses qu'il y aurait de lois incorporées dans le contrat. Il n'est pas difficile d'imaginer les inconvénients qui découleraient d'un tel système : des solutions contradictoires, des conditions plus contraignantes et l'accumulation de lois de police.

Toutefois, la dualité de règles et la réinterprétation méthodologique suggérée à une époque par la Cour suprême de justice ont logiquement conduit cette dernière, sûrement de manière inconsciente, à identifier les questions de droit soumises à chaque règle de conflit. Cependant, la Cour n'a pas toujours fait preuve de la même rigueur. S'il demeure des doutes sur les questions soumises à la règle *lex loci contractus* (A), le domaine de la règle *lex loci solutionis* semble bien défini (B).

A. Le domaine incertain de la règle lex loci contractus

160. Hésitations sur les questions soumises à la règle. – Dans un premier temps, la Cour suprême de justice a soumis la forme du contrat et sa validité au fond à la loi du lieu de conclusion du contrat. Plus tard, elle a inclus la capacité de contracter des parties. Néanmoins, les auteurs colombiens ne sont pas d'accord sur la manière d'interpréter cette extension du domaine de la règle *lex loci contractus*.

161. Domaine initial de la règle. – Dans l'arrêt *Cuervo*, la Cour suprême de justice a distingué la forme du contrat de ses effets⁴⁰⁷. Selon la Cour, la première « est liée aux éléments constitutifs de l'acte »⁴⁰⁸ et concerne les solennités ou les conditions externes nécessaires pour la validité du contrat. Le domaine de la règle a été déduit de l'expression « contrats conclus *valablement* à l'étranger »⁴⁰⁹, contenue dans l'alinéa 2 de l'article 20. Ainsi, la Cour a établi une première catégorie appelée *forme du contrat* qui réunit les questions relatives à la forme et à la formation du contrat.

162. Inclusion de la capacité de contracter. – Presque cinquante ans plus tard, la Cour a élargi le domaine de la règle. Dans l'arrêt *Tía*, elle a expressément dit que

⁴⁰⁶ A. BELLO, *Principios de derecho internacional*, op. cit., p. 103.

⁴⁰⁷ CSJ 15 décembre 1900, *Cuervo*, GJ t. XV, n° 748-749, p. 121-132, spéc. 123.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ Les italiques sont utilisés par la Cour.

la capacité des parties était soumise à la loi du lieu de conclusion du contrat⁴¹⁰. La Cour semble ainsi avoir introduit une exception⁴¹¹ à l'article 19 CCC qui soumet le statut personnel à la loi nationale⁴¹².

Aucun des trois arrêts rendus à propos de la loi applicable au contrat – *Cuervo*, *Camacho Roldán* et *Tía* – n'a fait référence à cet article. En effet, l'arrêt *Camacho Roldán* ne traite que les actes d'exécution et l'arrêt *Cuervo* définit les catégories relatives au contrat dans des termes très larges, sans rien préciser au sujet de la capacité de contracter. Cependant, il est légitime de considérer que, pour ce dernier arrêt, la capacité des parties ne relève pas de la catégorie *forme*. En effet, même si la validité du contrat dépend aussi de la capacité des parties, la Cour a seulement fait allusion aux différents éléments du contrat. Or, la capacité appartient essentiellement au statut personnel des contractants. La Cour aurait donc, implicitement, fait la distinction entre la catégorie *forme du contrat*, d'un côté, et la catégorie *statut personnel*, de l'autre, et considéré qu'il n'y avait pas de raison de soumettre la deuxième à la loi du lieu de conclusion du contrat.

163. Fondement de l'inclusion. – Seul l'arrêt *Tía* mentionne spécifiquement la question de la capacité de contracter et la Cour aurait dû justifier dans cet arrêt l'élargissement de la catégorie au regard de l'article 19. Cet élargissement semble être une conséquence de l'affirmation jurisprudentielle du principe de territorialité absolue de la loi, qui a été également appliqué dans cet arrêt⁴¹³. Effectivement, le système de territorialité que la Cour suprême entendait mettre en place conduisait logiquement à donner pleine application à la loi où ces situations se réalisaient. En l'espèce, la conclusion du contrat ayant eu lieu en Colombie, la loi colombienne devait donc être applicable à tous les aspects relevant de la formation du contrat, y compris la capacité des contractants.

⁴¹⁰ *V. supra* n° 144. CSJ civ. 30 septembre 1947, *GJ* t. LXIII, n° 2053-2054, p. 38-I.

⁴¹¹ F. NAVIA ARROYO « La teoría de los estatutos... », *op. cit.*, p. 160.

⁴¹² Article préc. *v. note* 99. E. CHAMPEAU, A. J. URIBE, *Tratado de derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 64 et 65 ; A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 256 ; F. NAVIA ARROYO « La teoría de los estatutos... », *op. cit.*, p. 159 ; A. A. ALJURE SALAME, « La ley aplicable a los contratos internacionales o con elementos extranjeros », in *Los contratos en el derecho privado*, Legis, Univ. del Rosario, 2007, p. 351, spéc. 354.

⁴¹³ *V. supra* n° 19.

164. La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Tía*. – Toutefois, la jurisprudence a soutenu depuis des positions différentes. D'abord, dans un arrêt du 7 mars 1952⁴¹⁴, la Cour suprême de justice a affirmé, au visa de l'article 19, que le statut personnel du colombien le suit partout et que la loi colombienne régit sa capacité pour passer des actes à l'étranger lorsque ceux-ci doivent produire ses effets en Colombie. Ensuite, il a été vu précédemment⁴¹⁵ que dans l'arrêt C-395/02, la Cour constitutionnelle a déclaré, en invoquant le principe d'application personnelle de la loi mais sans faire allusion à l'article 19, que l'état civil et la capacité des personnes sont soumis à la loi de l'État dont elles sont les ressortissants. Le droit positif colombien est donc ambigu quant à l'appartenance de la capacité de contracter à la catégorie *forme du contrat* ou à la catégorie *statut personnel*.

165. La loi applicable à la capacité en doctrine. – Les auteurs sont encore aujourd'hui partagés sur la question de la soumission de la capacité de contracter à la loi du lieu de conclusion du contrat⁴¹⁶. Certains auteurs considèrent en effet que cette question fait partie du statut personnel, sans exception, et qu'elle est donc soumise à la loi nationale de chaque contractant en vertu de l'article 19 CCC⁴¹⁷.

166. La doctrine avant l'arrêt *Tía*. – D'autres auteurs estiment que la capacité des contractants est soumise à la règle *lex loci contractus* dans certaines hypothèses. Ainsi, avant l'arrêt *Tía*, Bello déclarait déjà que la capacité des parties était soumise à leur loi nationale sauf lorsqu'en matière de contrats commerciaux, les lieux de conclusion et d'exécution du contrat se trouvaient dans un seul pays⁴¹⁸ ; un système différent entraînerait des inconvénients, affirme l'auteur, mais sans toutefois signaler lesquels ils seraient. Champeau et Uribe, de leur côté, considèrent que lorsque le contrat est conclu à l'étranger, la loi du lieu de conclusion détermine la capacité du

⁴¹⁴ préc. n° 30.

⁴¹⁵ *V. supra* n° 45.

⁴¹⁶ Ce débat a aussi eu lieu en France et en Europe au début du XX^e siècle, sur ce point *v.* H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats...*, n° 363-379, et sa communication sur « La capacité de contracter », *TCFDIP* 1934, p. 21.

⁴¹⁷ D. CORREA ÁNGEL, « La noción de contrato internacional. Del contrato privado al contrato de Estado y de inversiones extranjeras », *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, t. III, A. Zapata de Arbeláez (comp.), Univ. Externado de Colombia, 2009, p. 173, spéc. 233 ; A. HERRÁN MEDINA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 217 et 231 ; H. M. MEDINA CASAS, « La ley aplicable al contrato », *op. cit.*, p. 372.

⁴¹⁸ A. BELLO, *Principios de derecho internacional*, *op. cit.*, p. 104.

contractant non colombien, mais non pas la capacité du contractant colombien, laquelle est toujours soumise à la loi colombienne, en tant que loi nationale⁴¹⁹.

167. La doctrine après l'arrêt *Tía*. – Cette démarche a été reprise au lendemain de l'arrêt *Tía*. Caicedo Castilla distingue deux cas selon que le contrat a été conclu en Colombie ou à l'étranger⁴²⁰. Dans le premier cas, la capacité de toutes les parties est régie par la loi colombienne, en tant que loi locale. Dans le deuxième, et lorsque le contrat déploie ses effets en Colombie, précise-t-il, il faut distinguer selon la nationalité des contractants ; et c'est ici que le système proposé se complique. La capacité de la partie étrangère est soumise cette fois à la loi du lieu de conclusion. Mais, en vertu de l'article 19 CCC, la capacité de la partie colombienne serait soumise tantôt à la loi colombienne tantôt à la loi du lieu de conclusion en fonction du type d'acte en cause. Cependant, la typologie des différents actes n'est pas définie par le Code et Caicedo Castilla n'apporte aucune précision à cet égard.

Pour les autres auteurs, la soumission de la capacité à la loi du lieu de conclusion est considérée soit comme une règle générale, soit comme une simple éventualité. Lecompte Luna affirme ainsi qu'en vertu du système colombien de la territorialité absolue de la loi, la capacité des contractants, peu importe leur nationalité, doit être soumise à la loi du lieu de conclusion⁴²¹. Mme Zapata de Arbeláez, pour sa part, considère que la capacité du contractant étranger est soumise à la loi du lieu de conclusion seulement lorsque le contrat a été conclu en Colombie⁴²².

168. Appréciation de la solution retenue en droit colombien. – Il semble pourtant que la soumission de la capacité à la loi du lieu de conclusion du contrat introduite par l'arrêt *Tía* est injuste et inopportune. Elle est injuste car la mise en œuvre de la règle *lex loci contractus* par le juge colombien risque d'être discriminatoire à l'égard du contractant étranger. En effet, compte tenu de l'approche publiciste du droit colombien, les tribunaux colombiens soumettraient toujours la capacité du contractant colombien à la loi colombienne : ils l'appliqueront

⁴¹⁹ E. CHAMPEAU, A. J. URIBE, *Tratado de derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 70.

⁴²⁰ J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 319.

⁴²¹ A. LECOMPTE LUNA, *Esquema de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 195.

⁴²² A. ZAPATA DE ARBELÁEZ, « La ley aplicable al contrato internacional », *op. cit.*, p. 211.

à titre de loi nationale lorsque le contrat est conclu à l'étranger et à titre de loi territoriale (ou de loi du lieu de conclusion) lorsque le contrat a été conclu en Colombie. Les parties étrangères seraient donc les seules à voir leur capacité soumise à une loi différente en fonction du lieu de conclusion du contrat⁴²³. À ce stade, la distinction de l'arrêt *Tía* semble non seulement injuste mais également inconstitutionnelle en ce qu'elle conduit à une violation du droit à l'égalité.

La solution introduite par cet arrêt est également inopportune. Premièrement, le critère du lieu de conclusion étant lui-même difficile à déterminer⁴²⁴, la capacité serait alors incertaine. Deuxièmement, dépendant du lieu où les actes sont conclus, la capacité des contractants serait aléatoire alors qu'il est précisément question d'assurer sa continuité compte tenu de l'objectif de protection qui lui est normalement attribué⁴²⁵. Troisièmement, étant donné que la capacité des parties est majoritairement soumise à la loi personnelle (celle-ci étant rattachée soit à la nationalité soit au domicile), la loi du lieu de conclusion ne serait pas en mesure de répondre d'une manière adéquate aux questions que la capacité soulève et devrait conduire, dans le meilleur des cas, à un renvoi.

Au vu de ces arguments, il faudrait donc soumettre la capacité de toutes les parties au contrat à un même rattachement, celui que le droit international privé colombien privilégie pour le statut personnel : la nationalité.

169. La loi applicable à la capacité de contracter en droit comparé. – En droit comparé, l'application de la loi du lieu de conclusion n'est pourtant pas exclue. Elle a été justifiée par la protection des intérêts du commerce local⁴²⁶. La plupart des pays européens soumettent le statut personnel à la loi nationale et cette loi détermine également la capacité de contracter⁴²⁷. En France, l'arrêt *Lizardi* a établi une exception à cette règle : l'incapacité d'une partie fondée sur sa loi nationale ne peut pas être opposée au cocontractant qui a agi sans légèreté, sans imprudence et de

⁴²³ A. LECOMPTE LUNA, *Esquema de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 158.

⁴²⁴ *V. infra* n° 124 s.

⁴²⁵ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 540 ; *Grands arrêts*, n° 5, p. 42.

⁴²⁶ *Grands arrêts*, p. 42 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 547.

⁴²⁷ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 364 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 540 ; E. GALLANT, « Capacité », *Rép. dr. int.*, n° 53. Dans le cas des personnes morales, « il est plus simple – et plus exact – de dire qu'elles relèvent de la loi du pays de leur siège », H. SYNDET, « Société », *Rép. dr. int.*, n° 30.

bonne foi⁴²⁸. Une solution similaire a été adoptée par l'article 13 du règlement Rome I pour les contrats conclus entre présents. Cependant, d'autres instruments excluent cette question de leur champ d'application, tels que la Convention de Mexico (article 5.a) et les Principes de La Haye (article 1.3.a). Aux États-Unis, bien que le *Restatement Second* soumette la capacité de contracter à la loi choisie par les parties, sous réserve des mécanismes de contrôle de la *lex causae*, la capacité des parties peut être établie en application de la loi de leur domicile⁴²⁹.

La catégorie forme du contrat est donc constituée par les questions de forme et de formation du contrat et est rattachée au lieu de conclusion de celui-ci. Quant à la capacité des parties, il semble que la question ne soit pas encore définitivement tranchée et que sa soumission à la loi du lieu de conclusion soit très discutable ; il s'agit d'un autre bon exemple des difficultés créées par le principe de territorialité de la loi. Si le domaine de la loi du lieu de conclusion du contrat demeure donc incertain, celui de la loi du lieu d'exécution du contrat est heureusement mieux dessiné.

B. Le domaine bien délimité de la règle *lex loci solutionis*

170. Antécédents anciens. – Le domaine de la règle *lex loci solutionis* se prête à peu de controverses. La Cour suprême de justice l'a établi dans deux de ses plus anciennes décisions : d'abord, dans l'arrêt *Cuervo*, la Cour a distingué le domaine de la règle *lex loci solutionis* du domaine de la loi applicable à la forme du contrat, puis elle en a précisé les contours dans l'arrêt *Camacho Roldán*. Depuis elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur cette question.

171. Distinction de la forme et des effets. – La Cour suprême de justice a distingué, dans l'arrêt *Cuervo*, la forme des effets du contrat⁴³⁰. Selon la Cour, par *effets* il faut entendre « les droits et les obligations » que le contrat produit⁴³¹, auxquels serait rattachée une règle propre les soumettant à la loi du lieu d'exécution du contrat.

⁴²⁸ *Grands arrêts*, n° 5 ; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 374.

⁴²⁹ Ce qui ressort de la mise en œuvre de la §198 ensemble §187 et §188. Sur ce point, v. S. C. SYMEONIDES, *Choice of law*, Oxford University Press, 2016, p. 381.

⁴³⁰ *V. supra* n° 143.

⁴³¹ CSJ 15 décembre 1900, préc., spéc. 123.

172. Fondement légal du domaine. – Le texte de l’alinéa 3 de l’article 20 CCC y fait une référence expresse lorsqu’il introduit une nuance à l’alinéa 2 : « Mais les effets desdits contrats... ». C’était donc sans surprise que la Cour les a soumis, dans l’arrêt *Cuervo*, à la règle *lex loci solutionis* : « l’alinéa 3 est celui qui soumet à la loi colombienne les effets des contrats conclus en pays étranger dans le but ou avec l’intention d’être exécutés en Colombie ».

173. Précisions sur le domaine. – Dans l’arrêt *Camacho Roldán*, le domaine a été davantage précisé. La Cour suprême a expressément soumis les modalités d’exécution du contrat, spécifiquement la monnaie de paiement⁴³² ou de règlement⁴³³, à la loi du lieu d’exécution. Au visa de l’article 202 CCoC, elle a affirmé que « la *lex loci solutionis* est applicable à tous les litiges liés au mode dans lequel le paiement doit être effectué, aux choses qui doivent être payées et aux personnes à qui le paiement peut être fait »⁴³⁴. Déjà dans l’arrêt *Cuervo*, il était possible d’entrevoir cette précision, puisque la Cour relevait alors que la règle était contenue tant dans l’article 20.3 CCC que dans l’article 202 et que ce dernier envisage précisément les « actes concernant l’exécution des contrats conclus à l’étranger ».

174. Pluralité sans système. – L’attribution d’un domaine propre à chacune des règles ne conduit pourtant pas à un véritable « système », comme il pourrait le paraître. Tout d’abord, la Cour suprême de justice a laissé de côté plusieurs questions. En effet, elle n’a jamais mentionné des points tels que l’interprétation, les conséquences de l’inexécution, l’évaluation des dommages et intérêts ou les modes d’extinction des obligations. Ensuite, d’autres questions ont encore une réponse discutable ; c’est le cas de la soumission de la capacité des parties à la loi du lieu de conclusion. Toutefois, c’est sur la pluralité des règles de conflit elle-même et sur les rattachements choisis que l’analyse doit à présenter se concentrer.

⁴³² B. AUDIT, L. D’AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 941.

⁴³³ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 782.

⁴³⁴ CSJ, 17 décembre 1902, préc.

Section II – Analyse de la pluralité de règles

175. Pluralité d'inconvénients. – La solution adoptée par le droit international privé colombien en matière de contrats ne semble pas satisfaisante. Ainsi, la pluralité de règles de conflit qui conduit à morceler le contrat⁴³⁵, n'est pas souhaitable et devrait être abandonnée sans hésitation (§1). Les facteurs de rattachement des règles de conflit dégagées en droit positif colombien peuvent cependant s'avérer utiles dans certaines hypothèses (§2).

§1. Le nécessaire abandon de la pluralité de règles de conflit

176. Morcellement et cantonnement de la catégorie contractuelle. – L'application de règles différentes à des questions de droit d'une même catégorie semble à première vue peu logique. Les inconvénients qui découlent d'un tel morcellement incitent à soumettre le contrat à une seule loi (A). Néanmoins, certaines questions liées au contrat resteraient soumises à des règles de conflit différentes (B).

A. Soumission du contrat à une seule règle de conflit

177. Morcellement du contrat dans la doctrine colombienne. – Avant toute chose, il faut remarquer que l'application de plusieurs lois au contrat en vertu du morcellement n'est pas condamnée par la doctrine colombienne ; seul le professeur Felipe Navia Arroyo, qui ne prend en compte que l'article 20 CCC, trouve que la dualité que celui-ci introduit est illogique et inadaptée⁴³⁶. Au contraire, Mme Zapata de Arbeláez, par exemple, considère que « la division du contrat en aspects relatifs au fond, à la forme et à la capacité [...] se produit naturellement » et qu'il s'agit « d'un mal nécessaire » puisqu'elle « renforce la validité du contrat et apporte la sécurité juridique nécessaire au développement du commerce international »⁴³⁷.

⁴³⁵ J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927, t. 16, p. 1, spéc. 75 ; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 77.

⁴³⁶ F. NAVIA ARROYO « La teoría de los estatutos... », *op. cit.*, p. 163.

⁴³⁷ A. ZAPATA DE ARBELÁEZ, « La ley aplicable al contrato internacional », *op. cit.*, p. 208.

Ainsi, et même si la division du domaine contractuel n'a pas été évoquée en jurisprudence depuis l'arrêt *Tía*, une majorité d'auteurs colombiens s'en est inspirée⁴³⁸. Ceux-ci distribuent les différentes questions entre les deux règles, *lex loci contractus* et *lex loci solutionis*, sans aucune référence au droit positif même si la répartition qui en résulte coïncide avec celle de la jurisprudence. Certains morcellent pourtant le contrat davantage. Caicedo Castilla, Champeau et Uribe, et Lecompte Luna, par exemple, distinguent aussi selon la nature du contrat qu'ils soumettent à la loi du lieu de conclusion⁴³⁹. Seul Restrepo Hernández envisage la formation du contrat en la soumettant aussi à cette dernière loi⁴⁴⁰.

178. Morcellement du contrat en droit suisse et allemand. – Pourtant, les critiques d'ordre pratique et théorique sont abondantes et militent en faveur de l'abandon définitif du morcellement. Les expériences allemande et suisse en sont de bons exemples.

Malgré la grande diversité des solutions existant en Europe dans la première moitié du XX^e siècle, seuls les droits allemand⁴⁴¹ et suisse⁴⁴² avaient opté pour le morcellement du contrat⁴⁴³. Leur système consacrait une double « coupure » : ils « soumettaient, d'une part, chaque obligation à la loi de son lieu d'exécution, d'autre part, la formation du contrat à une loi distincte (loi du lieu de négociation) »⁴⁴⁴ ; en droit suisse, il était d'usage de les appeler respectivement « la petite coupure » et « la grande coupure ».

179. Fondement des coupures. – Certes, la petite coupure n'a jamais été faite en droit colombien, mais compte tenu du fondement sur lequel reposent ses règles de conflit, il est très probable que la jurisprudence aboutisse à la même distinction. Le

⁴³⁸ V. parmi bien d'autres, J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 321 et 336 ; M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 338 ; A. ALJURE SALAME, *El contrato internacional, op. cit.*, p. 82.

⁴³⁹ J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 321 ; A. LECOMPTE LUNA, *Esquema de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 199.

⁴⁴⁰ J. RESTREPO HERNÁNDEZ, *Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 365.

⁴⁴¹ Ernst Mezger, note sous Cour fédérale de la République fédérale d'Allemagne du 22 septembre de 1971, *Rev. crit. DIP* 1972. 621, spéc. 632.

⁴⁴² A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux en droit international Suisse », *RCADI* 1968, t. 123, p. 552 s. ; M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, préf. L. Aynès, Economica, 2002, n° 25.

⁴⁴³ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, op. cit.*, n° 39 et 39 bis ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 595.

⁴⁴⁴ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 774.

droit international privé colombien partage effectivement le discours des partisans du morcellement, pour qui « soumettre le contrat à une loi unique, c'est méconnaître, dans leur domaine respectif, la souveraineté des lois qu'on élimine »⁴⁴⁵. Le droit français, de son côté, a toujours refusé de morceler le contrat⁴⁴⁶.

180. Difficultés du morcellement : l'impasse. – Il existe en effet des raisons qui justifient ne pas soumettre le contrat à plusieurs lois. Le morcellement du contrat peut conduire à des impasses. Le cas du contrat sans prix déterminé⁴⁴⁷ est une bonne illustration de cette difficulté. C'est l'hypothèse d'un contrat conclu dans un pays A pour être exécuté dans un pays B, dont les ordres juridiques adoptent des positions opposées au sujet de l'indétermination du prix. Tandis que la loi de l'Etat A n'exige pas, pour la validité du contrat, que le prix soit déterminé au moment de sa formation et prévoit des mécanismes afin qu'il puisse être fixé lors de l'exécution, la loi de l'Etat B refuse que le prix soit seulement déterminable et ne prévoit aucune méthode pour suppléer l'indétermination du prix. Dans une telle hypothèse, le juge colombien devra appliquer à ce contrat chacune des deux lois : la loi du pays A lors de la formation du contrat et celle du pays B lors de l'exécution. Le traitement sera plus sévère que celui résultant de l'application d'une seule de ces lois, car étant donné que la seconde ignore la possibilité de l'indétermination du prix, le juge serait confronté à un contrat valable mais inefficace. Le système colombien conduit donc à une impasse à chaque fois que l'application des différentes lois désignées aboutit à des résultats incohérents⁴⁴⁸. Des situations similaires pourraient par exemple arriver dans les cas où les différentes obligations d'un contrat synallagmatique seraient soumises à des lois différentes⁴⁴⁹.

181. La gestion judiciaire du morcellement. – Ainsi, le morcellement est une technique qui met le juge et les parties dans une situation pour le moins malaisée. En ce qui concerne le premier, la multiplication évidente des efforts concernant la

⁴⁴⁵ R. SAVATIER, *Cours de droit international privé*, 2^e éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953, n° 414. Sur l'approche publiciste du droit colombien et sa critique, v. *supra* n° 33 s. et 55 s, respectivement.

⁴⁴⁶ *Grands arrêts*, n° 11, p. 97. Le morcellement n'est donc pas mentionné par presque aucun auteur français récent.

⁴⁴⁷ L'exemple est pris de M. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, *op. cit.* p. 32, certains aspects ont toutefois été adaptés au droit colombien.

⁴⁴⁸ Le doyen Batiffol prévenait contre cet écueil, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 44.

⁴⁴⁹ V. *infra* n° 183, note 459. P. LAGARDE évoque aussi la problématique qui peut surgir à propos de la garantie des vices cachés, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1975. 649, spéc. 669.

preuve de la loi étrangère⁴⁵⁰ retarderait l'instance. Par ailleurs, les complications d'interprétation et d'articulation de lois étrangères entre elles, comme le montre l'exemple précité, ou entre elles et la loi colombienne, constituent de véritables obstacles à l'office du juge et à une bonne administration de la justice ; même pour les juristes, il serait difficile d'établir la loi applicable avec certitude. Enfin, l'articulation pourrait s'avérer encore plus laborieuse en présence d'un conflit de qualifications⁴⁵¹.

182. L'imprévisibilité du morcellement. – Quant aux parties, l'exemple montre aussi que l'issue du litige n'est guère prévisible pour elles⁴⁵². Et même en dehors des tribunaux, l'activité des particuliers est intéressée « à la plus grande certitude et à la plus grande simplicité dans la détermination des lois régissant ses contrats. Comment des affaires pourraient-elles être menées à bonne fin si un seul et même contrat, selon ses aspects, passait d'un statut à l'autre. Le commerce et l'industrie ont besoin d'une certaine unité »⁴⁵³.

183. Unité du contrat. – Le système morcelé est imprévisible car il porte atteinte à l'unité du contrat. En effet, il est considéré traditionnellement que le contrat constitue « une unité psychologique et économique »⁴⁵⁴ qui réclame « dans la mesure du possible l'application d'une loi unique »⁴⁵⁵. Partant, en présence d'un conflit de lois en matière contractuelle, il est question de « trouver la loi qui synthétise le mieux *l'ensemble* de l'opération contractuelle »⁴⁵⁶. En effet, il ne serait pas judicieux de briser les liens qui existent entre la formation et l'exécution et entre les différentes obligations⁴⁵⁷. Ainsi, d'une part, le doyen Pillet relevait qu'entre « les clauses directement arrêtées par [les parties] et les effets normaux que ces clauses doivent produire, il existe une connexité tellement étroite que l'on ne peut pas

⁴⁵⁰ En droit colombien, la loi étrangère doit en principe être prouvée par les services consulaires colombiens à l'étranger ou étrangers en Colombie (arts. 188 CPCC et 177 CGP).

⁴⁵¹ M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 20.

⁴⁵² A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux... », *op. cit.*, p. 554.

⁴⁵³ J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 77.

⁴⁵⁴ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 595. Déjà en ce sens, A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. II, Librairie du Recueil Sirey, 1923, n° 484 et A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux... », *loc. cit.* ; aussi, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 774.

⁴⁵⁵ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *loc. cit.*

⁴⁵⁶ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *loc. cit.*

⁴⁵⁷ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *loc. cit.*

admettre que les unes soient régies par une loi et les autres par une autre loi »⁴⁵⁸. D'autre part, la soumission des obligations de chaque contractant à une loi différente semble tout aussi gênante. Il ne serait assurément pas facile de décider qui doit supporter les risques et bénéficier des profits en cas de perte de la chose, lorsque les ordres juridiques, du vendeur d'un côté et de l'acheteur de l'autre, prévoient que leur transmission survient à des moments différents⁴⁵⁹. À cet égard, Niederer, rapporté par Mme Ancel, « a fait remarquer que tout législateur, lorsqu'il définit le régime d'un contrat, s'efforce d'atteindre une répartition "*juste*" des droits et des obligations entre les contractants », et que ces droits et ces obligations « apparaissent comme "*fonction de la réglementation générale du rapport juridique concerné*" » ; réglementation générale qui serait anéantie en cas de morcellement⁴⁶⁰.

184. Fin des coupures en droit suisse : l'arrêt *Chevalley*. – L'unité du contrat a d'ailleurs fait partie des arguments qui ont conduit le Tribunal fédéral helvétique à abandonner le morcellement du contrat. Dans l'arrêt *Chevalley* du 12 février 1952, le Tribunal a notamment fondé l'abandon de la grande coupure sur « l'unité du rapport contractuel »⁴⁶¹. Cet argument avait d'ailleurs déjà été évoqué dans l'arrêt *Schwenger* du 14 juillet 1951, où le Tribunal déclarait qu'il n'était « certainement pas naturel d'appliquer plusieurs lois différentes à un même rapport de droit »⁴⁶².

185. Unité du contrat en droit comparé. – L'unité du contrat inspire également les instruments internationaux et les législateurs nationaux. Qu'il s'agisse de réglementer un contrat spécial ou les contrats en général, il est toujours question de préserver tant que faire se peut une unité. Ainsi, l'une des critiques adressées à la proposition de règlement relatif à un droit commun de la vente, et qui a contribué à son abandon, était justement celle de n'avoir pas traité toutes les questions relatives au contrat, ce qui aurait pu créer des problèmes d'articulation avec les droits

⁴⁵⁸ A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, loc. cit.

⁴⁵⁹ L'exemple proposé par W. Niederer et rapporté par M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, op. cit., n° 26, sur le cheval de course vendu avant qu'il remporte un grand prix et qui trépane ensuite, mais avant d'être livré à l'acheteur, en est une parfaite illustration. Dans son exemple Niederer s'est appuyé sur l'opposition existant entre les droits suisse et allemand. Le premier prévoit en effet que le transfert survient dès la conclusion du contrat ; pour le second, le transfert dépend de la livraison.

⁴⁶⁰ M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, op. cit., n° 74 ; les italiques sont de Mme Ancel.

⁴⁶¹ Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral helvétique, 78 II 74.

⁴⁶² Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral helvétique, 77 II 272.

nationaux⁴⁶³. L'unité du contrat, comme l'esprit de système de manière plus générale, est présente dans les principes européens du droit des contrats⁴⁶⁴, et est particulièrement visible tant dans l'augmentation des principes d'Unidroit⁴⁶⁵ que dans la récente réforme du code civil français⁴⁶⁶.

186. Ordre juridique en tant que système. – Le caractère systémique de l'ordre juridique explique aussi le traitement du contrat comme une unité. Il est admis qu'à l'intérieur de chaque ordre juridique, les règles ou normes juridiques constituent un système cohérent. Autrement dit, au-delà de leur simple appartenance au même corps, il existe entre les règles des liens logiques qui justifient leur coexistence. En ce sens, MM. Mayer et Heuzé relèvent que « chaque ordre juridique est un système, [et] ses règles sont posées non les unes à côté des autres, mais les unes en contemplation des autres »⁴⁶⁷ ; il s'agit pour d'autres de l'existence de liens d'interdépendance des règles⁴⁶⁸ ou de liaisons systémiques⁴⁶⁹. Or, l'application à une même catégorie de droits de règles de droit qui n'appartiennent pas au même ordre juridique peut susciter des difficultés. Le doyen Batiffol remarquait ainsi que « le jeu conjugué de plusieurs lois aboutit à des lacunes, des doubles emplois ou des contradictions »⁴⁷⁰. Les exemples évoqués précédemment du contrat sans prix déterminé et du transfert des risques, confirment tant ce caractère systémique de l'ordre juridique que les risques du morcellement.

En matière de contrats, ce caractère systémique est tout aussi présent entre les règles de formation et d'exécution du contrat comme cela a été démontré par M. Penin⁴⁷¹. En effet, dans le cas suisse il a été relevé que les coupures malmenaient

⁴⁶³ J.-S. BORGHETTI, « Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va », *D.* 2015. 1376, spéc. 1377.

⁴⁶⁴ R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », *RTD civ.* 2007. 451.

⁴⁶⁵ M. LATINA, « Contrat (Généralités) », *Rép. dr. civil*, n° 64.

⁴⁶⁶ V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016.

⁴⁶⁷ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 264 ; v. également, P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 198 s.

⁴⁶⁸ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n° 475.

⁴⁶⁹ M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4 éd., L.G.D.J., 2015, n° 325 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 189 et 381.

⁴⁷⁰ H. BATIFFOL, « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », *RCADI* 1967, t. 120, p. 169, spéc. 175.

⁴⁷¹ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, op. cit.*, p. 30 s. Selon cet auteur, il existe entre les règles de formation et les règles d'exécution du contrat un lien systémique qui répond à une double logique. Ces règles s'articulent, d'une part, selon une logique matérielle, « en ce que l'effet contractuel réclame la satisfaction des règles de formation et des règles d'exécution qui s'entrelacent dans une dépendance réciproque » (p. 40) et, d'autre part, selon une

le droit des obligations suisse lui-même⁴⁷² car elles avaient pour effet « de détruire la balance des règles établies dans un système juridique pour les divers droits et obligations des parties de façon à correspondre et à se compléter »⁴⁷³. Mme Ancel remarque d'ailleurs que le système morcelé révèle une absence de coordination au sein de l'ordre juridique, « entre [le] droit matériel qui traite le contrat de manière globale et [les] règles de conflit de lois qui le dissèquent »⁴⁷⁴.

Ce caractère systémique semble également exister entre les règles de fond et les règles de forme du contrat. M. Delaporte conclut dans sa thèse que la loi désignée par la règle de conflit pour régir le fond doit aussi s'appliquer à la forme car « toute forme, de quelque façon qu'elle soit sanctionnée, est l'accessoire de règles de fond qu'elle met en œuvre et se trouve ainsi incluse dans un ensemble d'autres règles complémentaires les unes des autres, c'est-à-dire dans une institution dont on ne peut la détacher sans du même coup priver la forme de sa raison d'être et contrarier les fins que cette institution visait »⁴⁷⁵.

187. La méthode abstraite en droit conventionnel. – Au vu des difficultés que le morcellement présente, il est important de remarquer qu'en droit colombien, une autre alternative aurait pu être envisagée. En effet, les conventions internationales auxquelles la Colombie est partie ont opté pour une solution différente. Ainsi, le contrat est-il soumis à une seule loi dans le traité avec l'Équateur. Selon l'article 4 : « Les contrats conclus dans l'autre pays contractant seront jugés, en ce qui concerne leur validité et les effets juridiques de leurs stipulations, selon la loi du lieu de leur conclusion ; mais si ces contrats par leur nature ou par accord des parties doivent

logique formelle car leur articulation s'opère selon un syllogisme juridique, paradigme de la logique formelle, qui répond à la question de savoir si l'exécution du contenu de l'accord peut être exigée ; ou plus précisément selon un polysyllogisme, puisque la prémisse majeure « se partage et prolonge en diverses normes d'exécution qui fixent, limitent ou étendent l'effet obligationnel » et la prémisse mineure « se divise en autant de normes de formation qu'il est de conditions que l'ordre juridique impose afin que l'accord devienne un contrat » (p. 36).

⁴⁷² M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 20.

⁴⁷³ A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux... », *op. cit.*, p. 554.

⁴⁷⁴ M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 37.

⁴⁷⁵ V. DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse dactyl., Paris I, 1974, p. 496. Cf. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 798, conteste la qualification des règles de forme comme étant secondaires. La qualification semble en effet discutable, mais ce qui intéresse ici est le fait que les unes soient édictées en considération des autres.

être exécutés précisément dans la République, ils seront soumis aux lois de celle-ci [...] ».

Certes, la rédaction de la règle n'est pas parfaitement claire. Il semble néanmoins qu'il y ait en réalité une règle de conflit prévoyant deux rattachements en cascade, mais soumettant toujours le contrat à une seule loi. Le premier facteur de rattachement soumet l'ensemble du contrat, sa validité et ses effets, à la loi du pays contractant où le contrat a été conclu. Le second exclut l'application de cette dernière loi lorsque le contrat est exécuté dans le pays du for – celui-ci sera par hypothèse l'une des parties au traité –, auquel cas elle soumet l'intégralité du contrat à la loi du lieu d'exécution. Cette interprétation est suggérée par l'article 4 lui-même. En effet, l'expression « *mais si ces contrats* » implique, tout d'abord, que la loi du lieu d'exécution se substitue entièrement à la loi du lieu de conclusion, pour tous les aspects du contrat. Ensuite, puisque l'expression « *dans la République* » n'a de sens que par opposition à l'expression « *dans l'autre pays contractant* », elle fait référence à l'État du for. L'ensemble des questions contractuelles serait donc soumis à la loi du lieu de conclusion et, subsidiairement, à la loi du lieu d'exécution. – toutes, sauf une, car la forme du contrat est cependant exclusivement soumise à la loi du lieu de conclusion (article 5).

À la différence du traité avec l'Équateur, le morcellement est clairement écarté par l'article 33 du Traité de Montevideo⁴⁷⁶. Effectivement, celui-ci commence par l'énumération de quelques-unes des questions du domaine de la loi du contrat, puis énonce de manière générale, dans son numéro g), que la loi du lieu d'exécution – rattachement retenu par l'article 32 pour la forme du contrat – régit « tout ce qui concerne les contrats, sous quelque aspect que ce soit ».

Le rejet du morcellement s'impose et l'application d'une seule loi est le meilleur moyen de sauvegarder tant l'intégrité de l'opération contractuelle que la cohérence

⁴⁷⁶ C'était l'un des objectifs de la commission chargée d'élaborer le projet de traité en droit civil, v. *Actas y Tratados celebrados por el congreso internacional Sud-Americano de Montevideo*, Oriental, 1889, p. 561-562, R. B. SANTOS BELANDRO, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, 2^e éd., Fundación de cultura universitaria, 1998, n° 65, M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 73, p. 51 note 1.

de l'ordre juridique. Cependant, certaines questions liées au contrat sont, ou peuvent être, soumises à des lois différentes.

B. *Limites de la soumission du contrat à une seule règle de conflit*

188. Règle de conflit unique, loi unique ? – Le rejet du morcellement pourrait laisser penser que toutes les questions plus ou moins liées au contrat seront soumises à la loi qui régit ce dernier. L'idée d'appliquer une seule loi à tous les éléments de l'opération contractuelle semble très séduisante ; la Cour suprême de justice s'est d'ailleurs elle-même laissée séduire dans l'arrêt *Tía*. Cependant, il y a des bonnes raisons pour que certaines questions demeurent soumises à des lois différentes.

189. Possibilité d'appliquer d'autres lois : la qualification. – Pour les partisans de la loi unique, la portée de leur doctrine doit être cantonnée. La loi désignée par la règle de conflit en matière des contrats, disent-ils, s'applique donc à « la partie du droit des contrats dégagée de tout ce qui rentre dans le statut des personnes, des biens, des successions, des formes d'actes, etc. »⁴⁷⁷. MM. Mayer et Heuzé signalent ainsi que la loi réelle joue un rôle lorsqu'il s'agit de créer ou de transférer un droit réel et que la loi personnelle régit la capacité des contractants⁴⁷⁸. La loi du contrat « gouverne [donc] en principe toutes les matières que leur qualification ne rattache pas à une règle de conflit différente »⁴⁷⁹. L'application d'autres lois découle ainsi logiquement de la méthode conflictuelle qui, déterminant la loi applicable à chaque catégorie de rattachement, exige que les différentes questions soient classées dans l'une des catégories du for⁴⁸⁰.

Malgré les liens qu'entretiennent certaines questions de droit avec le contrat, leur soumission à un rattachement différent, à une règle de conflit distincte, et donc potentiellement à une loi différente, est tout à fait raisonnable. De manière générale, la solution des conflits de lois doit satisfaire certains intérêts : « celui de l'État, recherchant le bien commun dans la législation civile, celui des personnes

⁴⁷⁷ J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 77.

⁴⁷⁸ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 774.

⁴⁷⁹ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 595.

⁴⁸⁰ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 161-171.

impliquées, afin de répondre à leurs attentes, et celui de la société internationale, qu'il convient d'ordonner »⁴⁸¹. Lors de l'élaboration de chaque règle de conflit de lois, ces intérêts interviennent tant dans le choix du critère de rattachement pour chaque catégorie de droit que dans celui de la qualification des questions de droit dans chacune de ces catégories. En matière de statut personnel y compris de capacité, la nationalité constitue, par exemple, le facteur de rattachement de la règle de conflit française non seulement parce qu'elle est considérée comme étant plus stable et plus facile à déterminer⁴⁸², mais aussi parce qu'elle permet de préserver l'autorité de la loi dans une matière où les droits sont rarement disponibles⁴⁸³.

Les intérêts pris en compte pour l'élaboration des règles de conflit et la prévisibilité des solutions que ces règles poursuivent seraient donc méconnus chaque fois que la loi applicable serait déterminée à partir du facteur de rattachement d'une autre catégorie. C'est pourtant ce à quoi aboutit la solution retenue par la Cour suprême de justice dans l'arrêt *Tía*⁴⁸⁴. Si la Cour avait reconnu l'existence du contrat de mandat, la capacité des défendeurs n'aurait été soumise ni à la loi tchécoslovaque de leur nationalité ni à la loi anglaise de leur domicile, mais à la loi colombienne du lieu de conclusion du contrat. Le flottement des frontières qui séparent les différentes catégories a donc une conséquence grave et indésirable : les justiciables ne pourront jamais prévoir la loi que le juge déclarera applicable à une question donnée, malgré l'existence des règles de conflit. Les liens d'un problème juridique avec plusieurs catégories de rattachement ne suffisent pas à justifier ce bouleversement de la méthode. En effet, le rattachement employé pour une catégorie n'est pas a priori adapté pour résoudre les conflits de lois dans d'autres catégories pour lesquelles le législateur a prévu un critère de rattachement différent.

En outre, l'effectivité des systèmes de résolution de conflits de lois réclame le respect du domaine de chaque règle de conflit. Ainsi les systèmes mis en place par les traités avec l'Équateur et de Montevideo seraient-ils mis à mal si la Cour

⁴⁸¹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 160, qui évoquent sur ce point les apports de Lerebours-Pigeonnière et Batiffol. Dans ce sens aussi, B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la "crise" des conflits de lois) », *RCADI* 1984, t. 186, p. 219, spéc. 275.

⁴⁸² P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 531.

⁴⁸³ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 191.

⁴⁸⁴ *V. supra* n° 162 et 168.

suprême de justice venait à utiliser les rattachements de leurs règles de conflit comme elle l'a fait avec les dispositions du Code civil colombien, ce qui provoquerait également une violation des engagements internationaux de la Colombie.

190. Domaine de la loi du contrat en droit européen. – L'application d'une loi différente de celle applicable au contrat à des questions connexes au contrat ou de manière subsidiaire à des questions contractuelles est pourtant admise en droit comparé. Dans le règlement Rome I, la loi choisie, ou celle désignée par un rattachement objectif en cas de défaut de choix, régissent l'ensemble des questions rattachées à la catégorie contrat (article 12). Cependant, le règlement autorise l'application d'une autre ou d'autres lois dans certaines hypothèses : validité du contrat (articles 10, 11 et 13), transmission (14 et 15) ou extinction des obligations (16 et 17) et charge de la preuve (18)⁴⁸⁵. Certaines de ces dispositions sont souvent analysées comme poursuivant des objectifs matériels ; tel est le cas de la validité du contrat que le règlement cherche à favoriser⁴⁸⁶.

Ces limites à la loi du contrat ne réduisent pas l'intérêt d'appliquer une seule règle de conflit à la catégorie et de soumettre le contrat, en principe, à une seule loi. Mais si l'absence de morcellement et la qualification de chacune des questions dans la catégorie pertinente sont nécessaires, elles ne sont pas encore suffisantes pour donner un traitement satisfaisant au contrat. Encore faut-il choisir l'élément de rattachement qui convient le mieux à la matière contractuelle.

§2. L'utilité résiduelle des facteurs de rattachement

191. Conséquences de l'abandon de la pluralité de règles de conflit. – Dans l'état actuel du droit positif, abandonner le morcellement implique de renoncer à l'une des deux règles déduites du Code civil colombien ; l'autre deviendrait dès lors *la* solution de principe du règlement des conflits de lois en matière de contrats. Pourtant, aucune de ces règles n'offre un règlement satisfaisant du conflit de lois (A). Leurs facteurs de rattachement ne seraient toutefois pas totalement

⁴⁸⁵ Pour une présentation du fonctionnement de ces dispositions, v. S. FRANCO, v° « Règlement Rome I (Obligations contractuelles) », *Rép. dr. int.*, n° 154-189.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, n° 155.

abandonnés, car les lois des lieux de conclusion et d'exécution seraient appelées à intervenir dans certains cas (B).

A. La mise à l'écart des règles de conflit retenues par le droit colombien

192. Non prééminence des règles. – L'ordre juridique colombien ne semble pas avoir une préférence pour l'une des deux règles. Toutes deux ont été déduites du Code civil, et le traité avec l'Équateur retient l'une tandis que le traité de Montevideo préfère l'autre. Pourtant, ni la règle *lex loci contractus* (1) ni la règle *lex loci solutionis* (2) ne semblent pouvoir atteindre de manière satisfaisante l'objectif de localisation du contrat qu'elles poursuivent. Sans renoncer à la méthode abstraite, le droit colombien pourrait surmonter les difficultés que ces règles soulèvent par le recours à un rattachement plus moderne : la prestation caractéristique (3).

1. Le caractère fortuit de la lex loci contractus

193. Modes de conclusion du contrat. – En application de la règle *lex loci contractus*, la loi applicable dépend du lieu de conclusion du contrat. Or, les contrats ne peuvent être conclus que de deux manières : soit entre personnes présentes, soit entre absents. Chacune de ces hypothèses révèle des défauts différents de la règle et illustre tant son inaptitude à localiser le contrat que le haut degré d'imprévisibilité qu'elle comporte.

194. Rattachement non déterminant. – Il s'agit d'un rattachement qui n'est pas déterminant. Batiffol remarquait en ce sens que le contrat se manifeste également par ses effets et que, bien que le lieu de conclusion ait « la priorité logique car il constitue la manifestation première chronologiquement et *une* causalement du contrat », il constitue la localisation la moins effective car il peut se situer n'importe où et à un moment souvent indiscernable⁴⁸⁷.

195. Rattachement incertain. – Dans l'hypothèse du contrat conclu entre absents, le rattachement au lieu de conclusion rencontre un obstacle dirimant : la détermination du lieu de conclusion est impossible. Ainsi, Schnitzer remarque que le lieu de conclusion est une construction juridique aux seules fins de localiser le

⁴⁸⁷ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 83.

contrat, mais que ce lieu n'existe pas⁴⁸⁸. L'impossibilité peut seulement être contournée par une fiction⁴⁸⁹. Or, chaque législation façonne la fiction à sa guise et peut choisir entre « la loi du lieu d'où part l'offre, ou celle du lieu où l'offre est acceptée ou enfin celle du lieu où l'acceptation de l'offre arrive »⁴⁹⁰. Dès lors que la loi applicable pouvait être différente selon le for saisi⁴⁹¹, le lieu de conclusion constituant un point de rattachement « hautement incertain »⁴⁹² pour les parties, contrairement à ce que soutiennent ses partisans, et ne satisferait pas le besoin de coordination de l'ordre international.

196. Rattachement accidentel. – La présence des parties lors de la conclusion du contrat ne supprime pas toutes les difficultés. Le lieu de conclusion peut dans cette hypothèse s'avérer accidentel⁴⁹³. En effet, les contrats internationaux peuvent être conclus lors d'un voyage en train ou en avion, ou lors d'une rencontre dans un lieu équidistant des résidences des deux parties ou à des foires, salons ou meetings. Dans les années trente, alors que le commerce international n'était pas favorisé comme aujourd'hui, le doyen Batiffol attirait déjà l'attention sur le fait que les commerçants recherchent « les affaires partout où celles-ci peuvent se conclure »⁴⁹⁴.

De ce fait, l'avantage que certains attribuent à ce rattachement s'effondre. Les partisans du rattachement au lieu de conclusion affirment que les parties pourraient se renseigner plus facilement sur la loi qui y est en vigueur ; ce rattachement serait ainsi plus pratique. À cet égard, Batiffol affirmait qu'au contraire les parties ne songeront pas à se renseigner sur la loi de ce lieu car « l'immense majorité des contrats se concluent sans que les parties songent le moins du monde à s'éclairer sur leur légalité ou leur portée »⁴⁹⁵.

⁴⁸⁸ A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux... », *op. cit.*, p. 554.

⁴⁸⁹ M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 202.

⁴⁹⁰ A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux... », *op. cit.*, p. 549.

⁴⁹¹ M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 202, p. 149.

⁴⁹² Nussbaum cité par H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 84.

⁴⁹³ J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 88 ; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 82. En droit suisse, A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux... », *op. cit.*, p. 548-550, qui rapporte les positions d'autres auteurs suisses tels que Wyss, Munheim, et Meili.

⁴⁹⁴ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 82.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, n° 85.

197. Rattachement faible. – Dans les cas, qui ne sont d’ailleurs pas exceptionnels⁴⁹⁶, où le contrat est conclu entre personnes présentes, le lieu de passation du contrat offre également un lien trop faible entre les intérêts des parties et de l’ordre juridique où le contrat a été conclu, pour justifier l’application de la loi de ce dernier⁴⁹⁷.

Mme Ancel remarque en ce sens que le formalisme et le réalisme qui caractérisaient le droit des contrats au Moyen Âge expliquent la préférence des juristes de cette époque pour la règle *lex loci contractus*, mais que le lieu de conclusion du contrat ne se rattache plus à la nouvelle conception du contrat et ne rend pas compte de la substance du contrat⁴⁹⁸. La règle *lex loci contractus* doit donc être écartée parce qu’elle localise le contrat – à supposer qu’elle puisse le faire de manière certaine – dans un ordre juridique avec lequel il n’a, le plus souvent, qu’un lien précaire.

Le lieu de conclusion semble également peu significatif du point de vue du commerce électronique⁴⁹⁹. Ce rattachement, en effet, en plus d’être impossible à déterminer dans ce contexte, n’est nullement évoqué dans les textes qui règlent la matière⁵⁰⁰. L’attention s’est tournée vers les lieux d’établissement des parties, spécialement lorsqu’il s’agit des contrats électroniques conclus par les consommateurs. Aucune référence n’est faite non plus à la loi du lieu d’exécution.

2. Le caractère imprécis de la *lex loci solutionis*

198. Le lieu d’exécution : un facteur adéquat ? – Le rattachement au lieu d’exécution semble mieux adapté à la matière contractuelle. Ce fut Savigny, même si certains s’étaient prononcés en faveur de la *lex loci solutionis* avant lui⁵⁰¹, qui en a fait la solution de principe en matière de contrats⁵⁰². À choisir entre « les deux

⁴⁹⁶ *Ibid.*, n° 82.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 198, p. 146 et 149.

⁴⁹⁹ Sur ce point, v. v. C. CASTETS-RENARD, v° « Commerce électronique », *Rép. dr. eur.* ; M. VIVANT, « Internet », *Rép. dr. int.* ; M.-É. ANCEL, « Juridiction compétente et loi applicable dans le commerce électronique », *RLDI* 2010, n° 63 supplement.

⁵⁰⁰ La loi applicable aux contrats électroniques est également déterminée par le règlement Rome I qui ne prévoit aucune règle de conflit spéciale. En France, la réforme du code civil ne mentionne pas le lieu de conclusion dans les articles 1174 à 1177 sur la conclusion de contrats par voie électronique, pas plus que la directive sur le commerce électronique.

⁵⁰¹ M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 198, tels que Dumoulin et Huber.

⁵⁰² F.-C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Ch. Genoux (trad.), Univ. Panthéon-Assas (Paris II), 2002, p. 205-206.

apparences visibles »⁵⁰³ de toute obligation, le lieu d'exécution est, pour cet auteur, de « l'essence de l'obligation ». En effet, il remarque que l'attente des parties se concentre sur l'exécution de l'obligation et c'est donc dans le lieu où celle-ci survient que se trouve le siège du contrat. Le doyen Batiffol relève de son côté qu'il existe un lien substantiel entre le lieu d'exécution et l'ensemble du contrat⁵⁰⁴. À l'argument reposant sur l'attente des parties⁵⁰⁵ avancé par Savigny, Batiffol ajoute l'impossibilité « d'échapper à l'application, au moins partielle, de la loi du lieu d'exécution »⁵⁰⁶. Selon ce dernier auteur, les actes d'exécution ne pouvant être ignorés par l'État sur le territoire duquel ils ont lieu⁵⁰⁷, sa loi s'applique à tout ce qui concerne les modes de réalisation de l'exécution.⁵⁰⁸

199. Difficultés du lieu d'exécution. – Néanmoins, la règle *lex loci solutionis* n'offre pas de meilleurs résultats que la règle *lex loci contractus*. Bien que le rattachement au lieu d'exécution semble mieux adapté à la matière contractuelle, il n'y a qu'une hypothèse où il ne présente pas de difficultés : le contrat unilatéral dans lequel le lieu d'exécution est déterminé. De fait, comme seule la prestation d'un débiteur doit être exécutée dans un lieu qui est connu, la détermination de la loi applicable en fonction du lieu d'exécution ne présente aucun problème.

200. Indétermination du lieu d'exécution. – En dehors de ce cas, la règle *lex loci solutionis* est extrêmement vague⁵⁰⁹. Premièrement, il est possible que le lieu d'exécution ne soit pas fixé dans le contrat ; c'est même la règle dans certains contrats⁵¹⁰. La règle *lex loci solutionis* ne pouvant pas désigner la loi applicable, son facteur de rattachement serait tout aussi incertain que le lieu de conclusion. Il est

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 205 : « En effet, toute obligation résulte de faits visibles, toute obligation s'accomplit par des faits visibles ».

⁵⁰⁴ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 86.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, n° 88.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, n° 87.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, « autant un État peut facilement se désintéresser d'un accord de volontés intervenu sur son territoire, parce que cet événement, par lui-même, ne se manifeste par extérieurement, autant il lui est impossible d'ignorer des livraisons, des paiements, des prestations des services qui, intervenant sur son territoire, pourront provoquer le recours à l'exécution forcée et qui seront normalement connus des tiers ». Batiffol remarque d'ailleurs que même Beale, « partisan si décidé du lieu de conclusion, ne nie pas la compétence inévitable de la loi du lieu d'exécution ».

⁵⁰⁸ *Ibid.*, n° 87.

⁵⁰⁹ J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 78.

⁵¹⁰ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 95, qui mentionne les cas des « transports maritimes dans lesquels le lieu de destination est indiqué au capitaine pendant la traversée, emprunts payables dans tel ou tel pays au choix du porteur ».

donc légitime de se demander, avec Niboyet⁵¹¹, comment on pourrait obliger les parties à respecter une loi qu'elles ne connaissent pas et qu'il leur est impossible de connaître.

201. Pluralité de lieux d'exécution. – Deuxièmement, la détermination du lieu d'exécution ne fait pas disparaître toutes les difficultés. Dans l'hypothèse où les parties auront fixé différents lieux d'exécution des obligations, la règle *lex loci solutionis* désignera plusieurs lois applicables. Ainsi, dans tout contrat synallagmatique, il faut d'abord choisir entre l'obligation de l'une ou de l'autre partie ; les contrats multi-parties sont en mesure de compliquer davantage encore cette première étape. Ensuite, si le contrat prévoit plusieurs lieux d'exécution, par exemple la livraison des marchandises dans plusieurs pays, il sera nécessaire d'opter pour l'un des ordres juridiques où l'exécution a été prévue. Dans tous ces cas, la règle conduit à une impasse : plusieurs lois seront applicables⁵¹². Or, pour éviter les risques du morcellement, il est nécessaire de privilégier un seul de ces lieux. Mais comment choisir ? Il faut impérativement recourir à un critère supplémentaire pour déterminer *la* loi qui sera applicable.

202. Incomplétude de la règle *lex loci solutionis*. – Troisièmement, cette règle de conflit est incomplète dans la mesure où le rattachement au lieu d'exécution ne suffira pas à désigner une loi applicable dans toutes les hypothèses ; il faut encore un élément additionnel pour départager les différents ordres juridiques liés au contrat. Il faudrait, au moins, déterminer quelle est l'obligation dont le lieu d'exécution déterminera la loi applicable au contrat.

203. Dépassement du rattachement du contrat aux étapes contractuelles en droit international privé comparé. – En droit international privé européen, les difficultés soulevées par les facteurs de rattachements traditionnels, lieu de conclusion et lieu d'exécution, ont été oubliées depuis l'adoption de la convention de Rome, par la consécration de la liberté de choix d'une part, et par le recours à un nouveau critère de rattachement, la prestation caractéristique, d'autre part. Ce

⁵¹¹ J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 78.

⁵¹² Dans ce sens, J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 152.

dernier offre une alternative au droit international privé colombien pour continuer à déterminer *in abstracto* la loi applicable au contrat international.

3. *L'adéquation de la prestation caractéristique*

204. Le nouveau critère de rattachement : la prestation caractéristique. – La réglementation du conflit de lois en matière de contrats a reçu un nouveau souffle à l'occasion de l'abandon de la grande et de la petite coupure en droit suisse. Sous la pression de la doctrine, le Tribunal fédéral suisse a peu à peu remplacé les rattachements traditionnels et a finalement soumis le contrat à la loi du lieu du domicile du débiteur de la prestation caractéristique (ci-après la prestation caractéristique)⁵¹³.

205. Avènement du rattachement. – Ce facteur de rattachement est le résultat de l'affinement doctrinal d'un critère introduit par la jurisprudence. En effet, le Tribunal fédéral suisse avait considéré dans un arrêt de 1952 que pour déterminer « une loi unique » applicable au contrat international – la motivation du Tribunal était sans doute celle de préserver « l'unité du rapport contractuel » –, il fallait identifier le pays avec lequel « les contractants sont dans le rapport le plus étroit »⁵¹⁴ ; mais, pour identifier ce pays, la jurisprudence « ne donne aucun moyen d'établir quel lien est le plus étroit »⁵¹⁵.

La contribution de deux auteurs a été à cet égard fondamentale. D'abord, en 1925, Homberger, dans sa critique relative aux coupures du contrat de la jurisprudence suisse, a affirmé la nécessité d'appliquer une loi unique et de prendre en compte les spécificités de chaque contrat et particulièrement le fait que chaque contrat a une prestation typique qui le caractérise⁵¹⁶. Adolf Schnitzer a ensuite appliqué cette dernière idée au critère jurisprudentiel du lien territorial le plus étroit, et a suggéré

⁵¹³ Pour une analyse approfondie de la prestation caractéristique, v. M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, préf. L. Aynès, Economica, 2002. Sur l'évolution en droit suisse, v. A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux... », *op. cit.*, p. 558 s. ; M.-É. ANCEL, *op. cit.*, n° 29 s. Il est important de remarquer qu'il s'agit d'une règle subsidiaire à la liberté de choix.

⁵¹⁴ Schnitzer rapporte des extraits de l'arrêt, « Les contrats internationaux... », *op. cit.*, p. 566-570. V. aussi, *Rev. crit. DIP* 1953. 390, note G. Flattet.

⁵¹⁵ A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux... », *op. cit.*, p. 572.

⁵¹⁶ Le propos de cet auteur sont rapportés par SCHNITZER, *ibid.*, p. 555.

la soumission du contrat à la loi du lieu de l'établissement auquel le client s'est adressé⁵¹⁷.

206. Justification du rattachement. – Pour Schnitzer, la recherche de la loi applicable devait « partir de la nature du commerce même, de l'activité qui se répète toujours »⁵¹⁸. Il fallait donc « déterminer le contenu caractéristique de chaque obligation et [...] fixer ainsi la loi applicable selon la particularité du rapport en cause »⁵¹⁹. Il s'agit d'une méthode individualisante qui correspond à une idée plus générale selon laquelle la prestation caractéristique « vise la *fonction* que le rapport juridique en cause déploie dans la vie économique et sociale d'un ordre juridique déterminé », d'où la nécessité « de soumettre le contrat à la loi du lieu où cette prestation est due »⁵²⁰. Compte tenu du caractère accidentel du contrat pour le client, le « centre de gravité » du contrat se localise auprès de celui qui se charge de l'activité qui se répète, ce serait donc à la loi du lieu de son établissement qu'il faudrait soumettre le contrat ; ce qui vaut également pour les personnes qui exercent une profession en dehors du commerce⁵²¹.

Sans tomber dans le « corporatisme » de Schnitzer, il est possible de justifier le choix du facteur de rattachement autrement. En effet, les rédacteurs de la convention de Rome ont préféré le siège du débiteur de la prestation caractéristique au lieu d'exécution de celle-ci dans le but « de donner une solution prévisible *ab initio* au conflit de lois », car le second lieu peut être indéterminé ou pluriel⁵²².

207. Avantages de la prestation caractéristique. – Dans les deux cas, le rattachement offre au moins trois avantages. Premièrement, la prestation caractéristique est, comme l'affirme Mme Ancel, un « instrument adéquat pour faire respecter la cohérence et l'unité du contrat » car elle « est apte à donner leur mesure et leur sens aux autres prestations impliquées par le type de contrat considéré »⁵²³. Deuxièmement, c'est un rattachement régulier et prévisible car il distingue un

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 560.

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 562.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 578-579.

⁵²¹ *Ibid.*, p. 580, 560.

⁵²² M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 216.

⁵²³ *Ibid.*, n° 9, 271.

rapport contractuel d'autres figures, l'associant à un facteur géographique variable mais facile à identifier⁵²⁴. La prestation caractéristique offre ainsi une solution sûre car « le juge peut être sûr, objectivement, [...] de la nature du contrat que les parties ont conclu »⁵²⁵ et elle permet d'assurer un haut degré d'harmonie des solutions car elle fait appel à des catégories contractuelles qui correspondent au contexte de l'économie marchande prédominante dans le monde⁵²⁶.

Troisièmement, la prestation caractéristique favorise le commerce international car elle protège « la partie au contrat qui, économiquement, est la plus dynamique et la plus mobile »⁵²⁷. Dans ce sens, Schnitzer soulignait que tous les actes seraient soumis à la même loi, les conditions générales seraient interprétées d'après la loi sur la base de laquelle elles ont été rédigées et l'activité serait réglée uniformément à l'égard de tous les clients⁵²⁸. La prestation caractéristique constitue dès lors un remède satisfaisant aux difficultés issues des rattachements traditionnels.

208. Identification de la prestation caractéristique. – Le recours à ce facteur de rattachement suppose toutefois d'identifier la prestation caractéristique du contrat. Selon Mme Ancel, celle-ci peut être définie comme « *"l'essence"*, ou la *"fonction"* socio-économique du contrat »⁵²⁹, c'est-à-dire celle qui, pour une typologie contractuelle, porte « le dynamisme du contrat, la transformation attendue et réalisée grâce au contrat »⁵³⁰. Dans le cas de la vente, par exemple, « la prestation caractéristique est l'acquisition de la propriété »⁵³¹. Il serait donc possible d'établir des catégories de contrats à partir de la prestation caractéristique. Ainsi, dans les contrats à titre gratuit (comme la donation) et les actes neutres (sûreté conventionnelles), elle est la seule prestation principale ; dans les contrats de fourniture rémunérées (vente, louage d'ouvrage, dépôt), elle est celle pour laquelle le

⁵²⁴ *Ibid.*, n° 431.

⁵²⁵ *Ibid.*, n° 210.

⁵²⁶ *Ibid.*, n° 195, 271. En effet, le recours à des catégories ne présente aucun inconvénient pour les ordres juridiques de tradition civiliste et ne serait guère gênant pour les pays de la *common law*, sur ce point *v. Ibid.*, n° 251.

⁵²⁷ *Ibid.*, n° 432.

⁵²⁸ A. SCHNITZER, « Les contrats internationaux... », *op. cit.*, p. 560-561.

⁵²⁹ M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, *op. cit.*, n° 271.

⁵³⁰ *Ibid.*, n° 151, 195.

⁵³¹ *Ibid.*, n° 159.

paiement est dû⁵³² et pour les contrats dits d'intérêt commun (mandat d'intérêt commun, distribution), il s'agit de la prestation finale, celle qui lie les intérêts des contractants⁵³³. Ce critère trouve pourtant ses limites à l'égard des contrats d'échange *lato sensu* et des contrats associatifs, dans lesquels aucune prestation ne prédomine⁵³⁴.

209. Consécration de la prestation caractéristique. – Le critère de la prestation caractéristique est aujourd'hui le critère de rattachement objectif le plus répandu en matière contractuelle et il est employé à défaut de choix de la loi applicable dans plusieurs conventions⁵³⁵. Ainsi, l'article 4.2 de la convention de Rome établit une présomption selon laquelle la loi qui présente les liens les plus étroits est celle du lieu de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique⁵³⁶. Le règlement Rome I s'en est inspiré pour élaborer la liste de rattachements objectifs de l'alinéa 1 de l'article 4 – spécialement des numéros a, b, d, e et f – et consacre aussi expressément ce rattachement à titre subsidiaire, à l'alinéa 2 de cet article⁵³⁷.

En outre, certains instruments internationaux portant sur des contrats spécifiques l'ont adopté, notamment les conventions de La Haye de 1978 sur les contrats d'intermédiaires, qui prévoit l'application de la loi de l'État dans lequel l'intermédiaire a son établissement principal (article 6.1)⁵³⁸, de 1955 sur les ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (article 3.1)⁵³⁹ et de 1986 sur les contrats de vente internationale de marchandises (article 8.1)⁵⁴⁰, qui soumettent le

⁵³² Dans le cas de ces types de contrats, le critère est susceptible des nuances, *v. ibid.*, n° 160-168.

⁵³³ *Ibid.*, n° 195, 471.

⁵³⁴ *Ibid.*, n° 169-172, 193-194.

⁵³⁵ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, t. 196, p. 9, spéc. 39.

⁵³⁶ P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991. 287, spéc. 307.

⁵³⁷ P. LAGARDE, A. TENENBAUM, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008.727, spéc. 738 s ; T. AZZI, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.* 2008. 2169, spéc. 2172.

⁵³⁸ « Article 6. Dans la mesure où elle n'a pas été choisie dans les conditions prévues à l'article 5, la loi applicable est la loi interne de l'Etat dans lequel, au moment de la formation du rapport de représentation, l'intermédiaire a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle... ».

⁵³⁹ « Article 3. A défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement... ».

⁵⁴⁰ « Article 8. 1. Dans la mesure où la loi applicable à la vente n'a pas été choisie par les parties conformément aux dispositions de l'article 7, la vente est régie par la loi de l'Etat dans lequel le vendeur a son établissement au moment de la conclusion du contrat... ».

contrat à la loi du pays où le vendeur a sa résidence habituelle – ou son établissement principal dans le cas du dernier texte. De même, le critère de la prestation caractéristique a été adopté dans les conventions des Nations Unies de 1995 sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, qui désigne la loi de l'État dans lequel le garant/émetteur a l'établissement où l'engagement a été émis (article 22)⁵⁴¹, et de 2001 sur la cession de créances dans le commerce international, qui soumet à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant la question de la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent (articles 22 et 30)⁵⁴².

Aucun des instruments internationaux en vigueur en droit colombien ne consacre expressément la prestation caractéristique. Cependant, M. Santos Belandro suggère qu'elle aurait été considérée lors de l'élaboration du traité de Montevideo⁵⁴³. En effet, selon cet auteur, Gonzalo Ramírez, l'un des représentants de l'Uruguay, affirmait déjà à cet époque qu'il était nécessaire que le contrat synallagmatique « ait un seul lieu d'exécution » et donc que toutes les obligations soient soumises à la loi du lieu d'exécution de l'obligation typique ; c'était pour Quintín Alfonsín l'une des prémisses sur lesquelles reposait le système du traité de Montevideo⁵⁴⁴. Bien qu'il soit possible d'analyser l'article 34 du traité⁵⁴⁵ comme un antécédent primitif de la prestation caractéristique telle qu'elle est connue aujourd'hui, il est important de remarquer, d'une part, que les travaux préparatoires ne contiennent aucune

⁵⁴¹ « Article 22. Détermination de la loi applicable. A défaut de choix d'une loi conformément à l'article 21, l'engagement est régi par la loi de l'État dans lequel le garant/émetteur a l'établissement où l'engagement a été émis ».

⁵⁴² « Article 22. Loi applicable aux droits concurrents. À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 23 et 24, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent.

Article 30. Loi applicable à la priorité. 1. La loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent ».

⁵⁴³ R. B. SANTOS BELANDRO, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, op. cit., n° 66, 69.

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ En effet, l'article prend en compte tant le domicile du débiteur que l'objet de certaines prestations du contrat et établit de catégories contractuelles. Mais il est un peu ambigu car il ne précise pas de quel débiteur il s'agit et privilégie la loi du lieu de situation des choses sur lesquelles les contrats portent. Voici le texte de l'article :

« Article 34. Par conséquent, les contrats sur des corps certains sont régis par la loi du lieu où ceux-ci existaient au moment de leur conclusion.

Ceux qui portent sur des choses déterminées par leur genre, par celle du lieu du domicile du débiteur, au moment où ils ont été conclus.

Ceux qui concernent des choses fongibles, par celle du lieu du domicile du débiteur, au moment de leur conclusion.

Ceux qui portent sur la prestation de services :

- a) S'ils portent sur des choses, par celle du lieu où celles-ci existaient au moment de leur conclusion ;
- b) Si leur efficacité a un rapport avec un lieu spécifique, par celle du lieu où ils devraient produire leurs effets ;
- c) En dehors de ces cas, par celle du lieu du domicile du débiteur au moment de la conclusion du contrat. »

référence à cette obligation typique et, d'autre part, que ni Ramírez ni Alfonsín n'ont associé celle-ci au domicile de son débiteur, comme Schnitzer l'a fait quelques 60 ans plus tard⁵⁴⁶.

La soumission du contrat à la loi du lieu où le débiteur de la prestation caractéristique a sa résidence habituelle n'est malheureusement pas une solution connue en droit colombien, qui reste attaché aux critères d'antan. Les difficultés qu'entraînent les deux règles de conflit, *lex loci contractus* et *lex loci solutionis*, dégagées en droit positif colombien, retenant respectivement le lieu de conclusion et le lieu d'exécution du contrat, montrent qu'aucune des deux règles n'est en mesure de désigner de manière satisfaisante la loi applicable au contrat. Dès lors, leur abandon définitif est souhaitable et le critère du lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique constitue un bon substitut. Dans une perspective de renouvellement du droit international privé colombien des contrats, ce critère pourrait également servir, comme en droit européen, de rattachement de la règle de conflit applicable à défaut de choix. Toutefois, les deux facteurs de rattachement des règles traditionnelles pourraient encore jouer un rôle secondaire dans le système colombien.

B. *L'intervention secondaire des lois liées aux étapes contractuelles*

210. Permanence des facteurs de rattachement. – Si l'analyse des règles *lex loci contractus* et *lex loci solutionis* a révélé les problèmes liés à leur mise en œuvre, elle a aussi mis en lumière les raisons qui ont inspiré à une époque leur adoption, voire qui inspirent encore leur maintien. Dans la plupart des pays, elles ont été abandonnées du moins en tant que règles de conflit principales, car le lieu de conclusion et d'exécution, en tant que facteurs de rattachement, jouent un rôle différent dans la résolution des conflits de lois en matière des contrats.

211. Lieu de conclusion et validité du contrat. – Le lieu de conclusion, d'abord, présente toujours un intérêt en ce qui concerne la forme du contrat, comme le

⁵⁴⁶ V. sur ce point, la présentation du projet de traité de droit civil international et la discussion entre les représentants de la délégation du Chili et de l'Uruguay, *Actas y Tratados celebrados por el congreso internacional Sud-Americano de Montevideo*, op. cit., p. 558 à 569, et 670-693, respectivement. La discussion a porté principalement sur l'adoption du lieu de conclusion ou du lieu d'exécution comme critère de rattachement de la règle de conflit.

montrent certains textes internationaux et nationaux. En effet, la convention de Rome (article 9, alinéas 1, 2 et 3)⁵⁴⁷, le règlement Rome I (11, alinéas 1 et 2)⁵⁴⁸, la convention de Mexico (13)⁵⁴⁹ et la Loi suisse de droit international privé (124, alinéas)⁵⁵⁰ ont consacré des règles qui valident les contrats en leur forme en vertu soit de la loi applicable au fond du contrat, soit de la loi du lieu de conclusion. Ce dernier lieu est celui où les parties, ou leurs représentants, se trouvaient au moment de la conclusion, qu'elles aient été dans le même pays ou non.

La doctrine analyse ces règles comme manifestant une faveur pour la validité du contrat⁵⁵¹. Effectivement, les parties ont un intérêt à passer un acte régulier⁵⁵², ce qui, en cas de désaccord entre celles-ci sur la loi applicable, ne pourrait se faire que par référence à la loi du lieu de conclusion. Même si l'application de la loi du contrat est toujours possible, la soumission du contrat à une seule loi sera éventuellement sacrifiée au bénéfice de la validité formelle du contrat, lorsque seule la loi du lieu de

⁵⁴⁷ « Article 9. Forme. 1. Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu. 2. Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi de l'un de ces pays. 3. Lorsque le contrat est conclu par un représentant, le pays où le représentant se trouve au moment où il agit est celui qui doit être pris en considération pour l'application des paragraphes 1 et 2. ... ».

⁵⁴⁸ « Article 11. Validité formelle. 1. Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans le même pays au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu. 2. Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans des pays différents au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi d'un des pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties ou son représentant au moment de sa conclusion ou de la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle à ce moment-là. ... ».

⁵⁴⁹ « Article 13. Un contrat conclu entre les parties qui se trouvent dans le même Etat demeure valide quant à la forme, s'il satisfait aux conditions établies par la loi qui régit le contrat selon les termes de la présente Convention, ou aux dispositions de la loi de l'Etat dans lequel le contrat est conclu ou de la loi du lieu de son exécution.

Lorsque les personnes se trouvent dans des Etats différents au moment de la conclusion du contrat, celui-ci sera valide quant à la forme s'il respecte les conditions prévues par la loi qui régit, selon la présente Convention, le fond du contrat ou celles de la loi de l'un des Etats dans lequel le contrat est conclu ou de la loi du lieu de son exécution ».

⁵⁵⁰ « Article 124. 1. Le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions fixées par le droit applicable au contrat ou par le droit du lieu de conclusion. 2 La forme d'un contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans des Etats différents est valable si elle satisfait aux conditions fixées par le droit de l'un de ces Etats. ... ».

⁵⁵¹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 932 ; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 426 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 918 ; F. RIGAUX, « La loi applicable à la forme des actes juridiques », *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, Librairie de l'université Georg & Cie., 1979, p. 381, spéc. 386. Contre cette analyse, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 798, relèvent qu'il ne s'agit pas d'une faveur pour la validité du contrat, mais plutôt de faciliter la négociation des contrats internationaux.

⁵⁵² H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 599.

conclusion valide l'acte dans sa forme. En outre, en application de ces règles, plusieurs lois seraient potentiellement applicables à cette question⁵⁵³.

Il est important de remarquer que le nombre de lois potentiellement applicables à la forme se multiplie dans la convention de Mexico. Cette convention, en effet, permet aussi de fonder la validité formelle du contrat sur la loi du lieu d'exécution⁵⁵⁴. En l'absence de précision quant à la prestation qui doit être retenue pour déterminer ce lieu, il faut conclure que les lois de tous les pays où des obligations doivent être exécutées seront potentiellement applicables à la question de la validité du contrat en la forme. La multiplication des lois applicables est toutefois inopportune car non seulement elle complique l'office du juge qui devra vérifier la validité formelle du contrat selon toutes ces lois avant de statuer, mais elle peut en outre créer des problèmes d'articulation, voire de conflit, entre les différentes lois⁵⁵⁵.

212. Lieu d'exécution et modalités d'exécution. – Les textes contemporains accordent également une relative importance au lieu d'exécution du contrat. Par exemple, la loi suisse (article 125)⁵⁵⁶, la convention de Rome (10.2) et le règlement Rome I (12.2)⁵⁵⁷ prennent en compte la loi du lieu d'exécution en matière de modalités d'exécution. Cependant, l'intervention de cette loi est différente dans le système de la première. En effet, tandis que la loi suisse soumet les modalités à la loi du lieu d'exécution, la Convention et le Règlement ne demandent qu'à ce qu'il y ait « égard » à cette loi⁵⁵⁸. La Convention de Mexico, au contraire, ne contient pas de règles en ce sens.

À cet égard, la doctrine française précise que « l'acte d'exécution échappe pour partie à la *lex contractus* »⁵⁵⁹. L'application de la loi du lieu d'exécution peut, d'une part,

⁵⁵³ Il existe cependant des restrictions en matière de contrats conclus par des consommateurs et de contrats dont l'objet est un bien immobilier dans la convention de Rome (articles 9.5 et 9.6 respectivement), le règlement Rome I (11.4 et 11.5) et la loi suisse (124.3 et 119).

⁵⁵⁴ D. P. FERNANDEZ ARROYO, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 1995. 178, spéc. 184.

⁵⁵⁵ R. B. SANTOS BELANDRO, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, *op. cit.*, n° 201, p. 142.

⁵⁵⁶ « Article 125. Les modalités d'exécution ou de vérification sont régies par le droit de l'Etat dans lequel elles sont effectivement prises ».

⁵⁵⁷ Les textes de la convention et du règlement sont identiques : « 2. En ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution, on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu ».

⁵⁵⁸ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 940.

⁵⁵⁹ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 783.

s'avérer plus commode pour les parties en ce qui concerne les actes extérieurs d'exécution : opérations d'embarquement ou de débarquement, réglementation des jours fériés, etc. D'autre part, l'intervention de cette loi est inévitable, malgré la désignation ou le choix d'une autre loi, en matière de mesures de moratoire, de douane, de monnaie de paiement ou de contrôle des changes, car le pays du lieu d'exécution a un intérêt à ce que ces actes soient soumis aux règles qu'il a édictées⁵⁶⁰.

Par ailleurs, cette intervention de la loi du lieu d'exécution (à la supposer différente de la loi du contrat) ne porterait pas atteinte à l'objectif de soumettre le contrat à une loi unique, si la substance des obligations est clairement distinguée des modalités d'exécution⁵⁶¹.

213. Lois de police du lieu d'exécution. – En outre, le règlement Rome I prévoit également la possibilité de donner effet aux lois de police du lieu d'exécution des obligations contractuelles lorsque ces lois rendent l'exécution du contrat illégale (article 9.3)⁵⁶².

214. Conclusion du chapitre. – Le droit positif colombien morcelle le contrat en appliquant deux règles de conflit différentes. Cette manière de résoudre les conflits de lois en matière contractuelle présente de nombreuses difficultés et il serait souhaitable de l'abandonner. Les règles de conflit elles-mêmes, en raison des facteurs de rattachement qu'elles utilisent, n'offrent pas un règlement satisfaisant du conflit de lois et il semble opportun de substituer à ces facteurs le critère de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique⁵⁶³. Néanmoins, de bonnes raisons justifient de ne pas perdre de vue les lieux de conclusion et d'exécution du

⁵⁶⁰ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 551 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 786.

⁵⁶¹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *loc. cit.* ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 612 ; P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats... », *op. cit.*, p. 333. En ce qui concerne la distinction entre la substance de l'obligation et les modalités d'exécution, MM. Mayer et Heuzé proposent un critère quantitatif : « lorsque la commodité qu'il y a à suivre la loi locale importe plus que son contenu, on est en présence d'une simple modalité », *v. Droit international privé*, *op. cit.*, n° 784.

⁵⁶² « Article 9. ... 3. Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ».

⁵⁶³ Le règlement colombien du conflit de lois en matière de contrats devrait être rebâti au moins sur un critère de rattachement plus prévisible.

contrat, car leurs lois peuvent être amenées à intervenir. Reste à savoir si les lieux où les étapes contractuelles surviennent, écartés comme facteurs de rattachement de la règle de conflit, peuvent participer à la détermination de la loi applicable au contrat, mais appréhendés cette fois au sein d'un ensemble d'éléments.

CHAPITRE II

DETERMINATION *IN CONCRETO* DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT

215. La mise à l'écart de la méthode abstraite. – Dans le chapitre précédent, il a été vu que les règles de conflit en matière contractuelle du droit positif colombien entraînent plus d'inconvénients qu'ils ne résolvent de difficultés, et que la méthode *in abstracto* pourrait perdurer si le critère de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique était adopté comme facteur de rattachement. Pourtant, la jurisprudence colombienne a emprunté une autre voie et a utilisé une méthode qui prend en compte l'ensemble des points de contact du contrat litigieux pour déterminer la loi qui le régit.

216. Méthode *in concreto* en droit comparé. – Ce type de démarche n'est pas inédit en droit international privé comparé. En effet, à l'époque où la liberté de choix est née, les difficultés rencontrées avec l'emploi des lieux de conclusion et d'exécution comme facteurs de rattachement ont conduit certains tribunaux et certains auteurs européens à leur préférer une analyse de l'ensemble des points du contact applicable au rapport contractuel avec des ordres juridiques pour déterminer la loi du contrat en l'absence de choix⁵⁶⁴. Il s'agit d'une méthode *in concreto*

⁵⁶⁴ P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », *op. cit.*, p. 33-38. Au cas du droit suisse (étudié *supra* n° 205 s.), M. Lagarde rajoute les cas de la France, de l'Allemagne et de l'Angleterre. Ainsi, la Cour de cassation française, déjà dans l'arrêt *American Trading Co.* – arrêt connu pour avoir consacré la liberté de choix en droit français –, avait suggéré le recours aux faits et circonstances de la cause, ainsi qu'aux termes du contrat pour déterminer la volonté des parties (Cass. civ. 5 décembre 1910, *American Trading Co.*, *Rev. dr. int.* 1911. 395, *JDI* 1912. 1156, S. 1911. Mais c'est dans un arrêt du 6 juillet 1959, qu'elle a laissé aux tribunaux le soin de déterminer la loi applicable au contrat « d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause » (P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », *op. cit.*, p. 34 ; *Rev. crit. DIP* 1959. 708, note H. Batiffol). En droit allemand, le principe de proximité s'est introduit dans la recherche de la volonté hypothétique des parties. Il s'agissait donc « d'évaluer sur des bases objectives les intérêts des parties et de découvrir si le centre de gravité du rapport contractuel [faisait] ressortir objectivement un système de droit donné pour l'ensemble de ce rapport contractuel ». Les tribunaux anglais avaient de leur côté substitué aux règles traditionnelles la recherche de la *proper law* qui devait mener au « système juridique avec lequel l'affaire a les liens les plus étroits et les plus réels » (its closest and most real connection). Morris expliquait ainsi que la pratique des juges consistait « à peser les facteurs pertinents, sans s'aider d'aucune présomption, pour découvrir le "centre de gravité" du contrat ». Sur ce dernier cas, v. également MORRIS J. H. C. *et al.*, *Dacey and Morris on the conflicts of laws*, 8^e éd., Londres : Stevens & Sons Limited, 1967, p. 691-692, et du même auteur, « L'évolution récente du droit international privé anglais », *JDI* 1973.158, spéc. 194.

puisqu'elle détermine la loi applicable en considération des circonstances de chaque espèce, sans privilégier *a priori* aucun point de contact⁵⁶⁵.

217. Pluralité des points de contact. – Deux considérations semblent avoir inspiré l'exploration de nouvelles solutions. Premièrement, les points de contact d'un contrat avec les ordres juridiques sont nombreux et aucun ne s'impose de manière absolue⁵⁶⁶. Ainsi, pour certains auteurs, il ne serait pas opportun de négliger *a priori* l'un des points de contact que le contrat entretient avec un ordre juridique donné : la nationalité des parties, leur domicile (ou leur résidence) ou le lieu où ils ont leurs affaires, le lieu de situation du bien objet du contrat, le juge compétent, le siège de l'arbitrage, ou la langue.

218. Justice matérielle versus justice conflictuelle. – Deuxièmement, il a été souvent reproché à la méthode conflictuelle classique ses caractères rigide et mécanique⁵⁶⁷. Certains auteurs, spécialement aux États-Unis, préfèrent à la méthode classique, dont l'objectif serait exclusivement la justice conflictuelle ou spatiale⁵⁶⁸, des méthodes dans lesquelles les juges analyseraient directement les lois en conflit pour s'assurer d'un résultat conforme à la justice matérielle ou substantielle⁵⁶⁹. Cette dernière serait difficilement réalisable lorsqu'un point de contact est choisi préalablement sans égard aux particularités des espèces.

219. Nécessité d'une directive générale : le principe de proximité et la méthode concrète. – Mais décider de ne pas se référer à un seul point de contact ne constitue pas en soi une solution au conflit de lois. Étant donné qu'une pluralité de contacts implique une pluralité de lois potentiellement applicables, il est nécessaire d'établir une directive ou un objectif, au moins, qui guiderait l'appréciation des points de contact et fonderait l'application d'une des lois en conflit. Le principe de proximité, qui s'est développé suite aux critiques de la méthode savignienne, répond

⁵⁶⁵ P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », *op. cit.*, p. 39 et 98.

⁵⁶⁶ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 42.

⁵⁶⁷ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 81 ; D. F. CAVERS, « Contemporary conflicts law in american perspective », *RCADI* 1970, t. 131, p. 75, spéc. 217 ; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel... », *op. cit.*, p. 243 ; S. C. SYMEONIDES, « The american choice-of-law revolution in the courts : today and tomorrow », *RCADI* 2002, t. 298, p. 34.

⁵⁶⁸ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 166.

⁵⁶⁹ S. C. SYMEONIDES, « Material justice and conflicts justice in choice of law », *International conflict laws for the third millennium. Essays in honor of Friedrich K. Juenger*, Transnational publishers, 2001, p. 125, spéc. 127.

à cette nécessité⁵⁷⁰. Ce principe, énoncé par M. Paul Lagarde à partir de l'analyse du droit positif des principaux pays de l'Europe occidentale⁵⁷¹, traduit « l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel [ce rapport] présente les liens les plus étroits »⁵⁷².

220. Variantes de la nouvelle méthode. - Les considérations qui viennent d'être exposées et l'idée de proximité sont à l'origine des méthodes *in concreto* qui ont été proposées pour résoudre le conflit de lois en matière de contrats. Les principales variantes de cette méthode sont le *Restatement Second* étatsunien, caractérisé par la prise en compte des intérêts étatiques, et la théorie de la localisation de Batiffol, dont le signe distinctif est l'encadrement de l'analyse des points de contact. Le droit colombien n'a pas été insensible à ces propositions. En effet, les arrêts T-1157/00 et T-283/01 de la Cour constitutionnelle ont sans doute employé une méthode *in concreto* pour déterminer la loi applicable au contrat. Néanmoins, ces décisions sont un peu ambiguës et la solution qu'elles ont retenue pourrait être considérée tributaire ou bien de la méthode du *Restatement Second* (section I) ou bien de celle de la théorie de localisation (section II), en fonction de l'analyse que l'interprète ferait des points de contact et des intérêts étatiques auxquels fait référence la Cour⁵⁷³.

Section I – Le *Restatement Second*

221. Le premier *Restatement*. – Les règles traditionnelles en matière de contrats, tout comme la méthode savignienne classique, furent fortement critiquées aux États-Unis d'Amérique. Le premier *Restatement* sur les conflits de lois, référence en droit international privé étatsunien au cours de la première moitié du XX^e siècle, s'était inspiré de la méthode conflictuelle classique et consacrait en matière de contrats les règles *lex loci contractus* (§332) et *lex loci solutionis* (§358)⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », *op. cit.*, p. 27.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁷² *Ibid.*

⁵⁷³ L'analyse de ces méthodes en droit international privé colombien se justifie aussi, dans le cadre de cette étude, dans le but de considérer les principales solutions au conflit de lois proposées en matière de contrats et qui pourraient servir pour déterminer la loi applicable à défaut de choix, au cas où la liberté de choix serait consacrée en droit colombien.

⁵⁷⁴ Le premier *Restatement* fut élaboré par le professeur Joseph Beale et publié en 1934. Il s'agit de l'œuvre d'une institution privée, l'Institut de droit américain, et ses solutions ont été adoptées par presque tous les tribunaux étatsuniens, v. S. C.

222. La "révolution américaine". – N'étant pas satisfaite des solutions concrètes auxquelles aboutissait la mise en œuvre de ces règles de conflit⁵⁷⁵, la doctrine, faisant preuve d'une grande créativité, a proposé des théories, des méthodes ou des approches de toutes sortes⁵⁷⁶. Toutefois, les conséquences de la remise en cause méthodologique – appelée aussi crise, voire révolution⁵⁷⁷ – ont été moins radicales qu'il ne le paraît⁵⁷⁸. En effet, certaines des solutions qui ont été suggérées n'étaient pas très différentes de celles proposées en Europe, et plus particulièrement du principe de proximité⁵⁷⁹. De fait, plusieurs auteurs ont défendu des solutions qui, sous des dénominations diverses, s'apparentent au principe de proximité⁵⁸⁰. M. Symeon Symeonides remarque dans ce sens que les solutions connues sous le nom de *significant-contacts*, *center of gravity*, ou *grouping of contacts* sont toutes des expressions interchangeables et reposent uniquement sur les points de contact⁵⁸¹. Il résume leurs démarches ainsi : « l'État qui a les points de contact les plus significatifs avec le cas et les parties est le centre de gravité du litige, et par conséquent sa loi s'applique »⁵⁸². Comme le principe de proximité, ces propositions ne reposent plus sur un seul point de contact mais sur l'ensemble des points de contact. C'était également le cas du système consacré dans le *Restatement of the Law Second of Conflicts of Laws* de 1971 dont le rapporteur fut le professeur Willis L. M. Reese de l'Université de Columbia.

223. Prédominance du *Restatement Second*. – La ressemblance entre la méthode utilisée par la jurisprudence colombienne et celle retenue par le *Restatement Second*

SYMEONIDES, « The american choice-of-law revolution... », *op. cit.*, p. 34. L'Institut prépare depuis peu la troisième édition, dont le rapporteur est le professeur Kermit Roosevelt, III, v. <https://www.ali.org/projects/show/conflict-laws/>, consulté le 8 novembre 2016.

⁵⁷⁵ W. W. COOK Walter Wheeler, « An unpublished chapter of the logical and legal bases of the conflict of laws », *Ill. L. Rev.* vol. 37, 1943, p. 418, spéc. 422.

⁵⁷⁶ D. F. CAVERS, « Contemporary conflicts law in american perspective », *op. cit.*, p. 217. Pour un aperçu récent de l'évolution des idées aux États-Unis v. S. C. SYMEONIDES, « The american choice-of-law revolution... », *op. cit.*

⁵⁷⁷ B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel... », *op. cit.*

⁵⁷⁸ B. AUDIT, « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *TCFDIP, Journée commémorative du cinquantième*, Éd. CNRS, 1988, p. 57, spéc. 57 et 62 ; v. également du même auteur, « Le second "Restatement" du conflit de lois aux États-Unis », *TCFDIP, 1977-1979*, Éd. CNRS, 1980, p. 29.

⁵⁷⁹ P. HAY, « Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law. Reflections on current European and United States conflicts law », *RCADI* 1991, t. 226, p. 281, spéc. 361.

⁵⁸⁰ P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », *op. cit.*, p. 122.

⁵⁸¹ S. C. SYMEONIDES, « The american choice-of-law revolution... », *op. cit.*, p. 129.

⁵⁸² *Ibid.*

suffit à justifier que d'autres textes soient exclus de cette étude. Cependant, il existe au moins trois raisons supplémentaires pour restreindre l'analyse au *Restatement Second*. Premièrement, celui-ci est « l'exposé le plus complet et le plus accessible du droit des conflits aux États-Unis »⁵⁸³ ; il s'agit d'une représentation du droit positif, « un Digeste énonçant le droit tel qu'il pourrait être appliqué par un tribunal au moment de sa publication »⁵⁸⁴. Deuxièmement, il constitue un compromis consciencieux et une synthèse de la théorie classique et du mouvement « révolutionnaire »⁵⁸⁵. Finalement, le *Restatement Second* est aujourd'hui le système de référence pour la solution des conflits de lois le plus répandu aux États-Unis, où plus de la moitié des États s'y réfèrent⁵⁸⁶.

Pour savoir si le droit international privé colombien a adopté (ou s'il pourrait adopter) la méthode du *Restatement Second* (§2), il faut au préalable identifier les principales caractéristiques de ce dernier (§1).

§1. Caractéristiques de la solution

224. Consécration *sui generis* du principe de proximité. – Le principe de proximité est consacré en matière contractuelle au § 188 du *Restatement Second*⁵⁸⁷. Celui-ci prévoit, à défaut d'un choix efficace de la loi applicable au contrat, l'application de la loi ayant la relation la plus significative avec l'opération et les

⁵⁸³ B. AUDIT Bernard, « Le second "Restatement"... », *op. cit.*, p. 32.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 19 et 36 ; B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain*, préf. F. Rigaux, L.G.D.J., Bruylant, 1979, p. 155.

⁵⁸⁵ S. C. SYMEONIDES, « The american choice-of-law revolution... », *op. cit.*, p. 58-59 ; B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain*, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁸⁶ Vingt-trois États l'utilisent comme système de solution exclusive et six autres États utilisent le *Restatement Second* accompagné d'autres théories modernes, v. S. C. SYMEONIDES, « Choice of law in the American courts in 2015 : Twenty-ninth annual survey », *Am. J. Comp. L.*, 2016. 221, spéc. 291 et du même auteur, « The american choice-of-law revolution... », *op. cit.*, p. 58-59.

⁵⁸⁷ « §188. Loi applicable en l'absence d'un choix efficace par les parties.

(1) Les droits et devoirs des parties relativement à une question contractuelle sont déterminés par la loi locale de l'État qui, s'agissant de cette question, a le lien le plus significatif avec la transaction et les parties selon les principes énoncés au § 6.

(2) En l'absence d'un choix de loi effectif par les parties (voir § 187), les points de contacts à prendre en compte pour la mise en œuvre des principes du § 6 dans la détermination de la loi applicable à une question comprennent :

- a) le lieu de conclusion du contrat,
- b) le lieu de négociation du contrat,
- c) le lieu d'exécution,
- d) la situation de l'objet du contrat, et
- e) le domicile, la résidence, la nationalité, le lieu d'incorporation et le siège des parties.

Ces points de contact doivent être évalués selon leur importance relative au regard de la question particulière.

(3) Si le lieu de négociation du contrat et son lieu d'exécution sont situés dans le même État, la loi locale de cet État sera généralement appliquée, sauf les dispositions contraires des §§ 189-199 et 203 ». *V.* également la note introductive au chapitre 8 Contrats du *Restatement Second* ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 351.

parties. Cependant, l'analyse est plus complexe car le *Restatement Second* prévoit la prise en compte de certains principes (A) et de certains points de contact (B), qui doivent être appréciés au regard de chaque question de droit posée (C)⁵⁸⁸.

A. Les principes de choix de la loi applicable

225. Principes de choix du § 6. – Selon le § 188, pour évaluer les liens entre la loi d'un État, d'une part, et le contrat et les parties, de l'autre, il faut considérer les principes de choix de la loi applicable du § 6, dont voici le texte⁵⁸⁹ :

§6.- Principes de choix de la loi applicable :

(1) Les tribunaux, sous réserve des dispositions constitutionnelles, se conforment aux dispositions législatives prises par leur État en matière de conflit de lois.

(2) À défaut de telles dispositions, les facteurs à prendre en considération pour le choix de la règle applicable sont notamment :

(a) Les besoins des systèmes interétatique et international,

(b) La politique législative pertinente du for,

(c) La politique législative d'autres États intéressés et l'intérêt relatif de ces États à régir la question particulière,

(d) La protection des attentes raisonnables,

(e) Les considérations fondamentales prévalant dans la branche du droit considérée,

(f) La certitude, la prévisibilité et l'uniformité des solutions, et

(g) la simplicité dans la détermination et l'application de la loi compétente.

Il semble que l'indication du § 188 porte essentiellement sur le second alinéa car le premier ne fait que consacrer l'application d'office des règles de conflit de lois

⁵⁸⁸ P. HAY, « Flexibility versus predictability... », *op. cit.*, p. 361.

⁵⁸⁹ Cette traduction a été reprise de B. AUDIT, « Le second "Restatement"... », *op. cit.*, p. 34.

adoptées par chaque État et n'est pas mentionné dans le commentaire du rapporteur sous le §188.

226. Facteurs du choix des règles. – Le rapporteur Reese explique dans son commentaire du § 6.2 que la liste de sept facteurs n'est pas exhaustive et qu'elle n'implique pas de hiérarchie⁵⁹⁰. Il précise également que l'importance de chaque facteur dépend de la branche de droit en question. Ainsi, en matière contractuelle, la protection des attentes légitimes des parties se hisse au premier rang, alors qu'en matière de succession mobilière, l'uniformité des solutions doit être privilégiée⁵⁹¹.

227. Rôles des facteurs et évolution méthodologique en matière de contrats. – Le recours aux facteurs s'explique en grande partie par les rôles qu'ils peuvent endosser. Ils contribuent, d'une part, à l'élaboration des règles. Les facteurs du §6 représentent des valeurs⁵⁹² (objectifs ou directives⁵⁹³), qui inspirent l'ensemble du *Restatement Second* et à partir desquelles doit être élaboré tout le droit international privé. Toutes ces valeurs, remarque Reese, ont guidé, et doivent guider, les tribunaux dans leurs décisions et il ne faut en négliger aucune lors du développement des règles de conflit de lois⁵⁹⁴ car c'est de l'articulation des valeurs, souvent en opposition, que résultent ces règles⁵⁹⁵.

Cependant, dans certaines matières l'articulation peut s'avérer plus difficile. Dans ce cas, les facteurs ont, d'autre part, un rôle d'orientation. Le rapporteur Reese affirme que l'articulation des valeurs était si complexe en matière de contrats (et de délits d'ailleurs) que les tribunaux n'ont pu formuler que des règles dont l'application n'était guère satisfaisante⁵⁹⁶. Il était donc nécessaire d'opérer un changement méthodologique. En effet, compte tenu des difficultés que suscite la matière contractuelle, « tout ce qui peut être fait [...] est de formuler un principe général,

⁵⁹⁰ Commentaire *c* à l'alinéa 2 du §6 du *Restatement Second*.

⁵⁹¹ Commentaire *c* à l'alinéa 2 du §6 du *Restatement Second*.

⁵⁹² W. L. M. REESE, « The second Restatement of conflict of laws revisited », *Mercer L. R.*, vol. 34, 1983, p. 501, spéc. 508 et 513.

⁵⁹³ W. L. M. REESE, « General course on private international law », *Rec.*, t. 150 (1976-II), p. 1-193.

⁵⁹⁴ W. L. M. REESE, « The second Restatement of conflict of laws revisited », *op. cit.*, p. 509 et 513.

⁵⁹⁵ Commentaire *c* à l'alinéa 2 du §6 du *Restatement Second*. Sur l'articulation de valeurs en droit français, v. A. JEAUNEAU, *L'ordre public en droit national et en droit de l'union européenne. Essai de systématisation*, Thèse dactyl., Paris I, 2015, n° 346 s. Adde. B. REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. P. Mayer, Dalloz, 2008, n° 370.

⁵⁹⁶ Commentaire *c* à l'alinéa 2 du §6 du *Restatement Second*.

tel l'application de la loi "de l'État ayant les liens les plus étroits", qui fournit un indice sur la bonne approche »⁵⁹⁷.

Dès lors, au lieu de poser une règle de conflit de lois, le *Restatement Second* propose une approche⁵⁹⁸, c'est-à-dire un système énonçant des facteurs à prendre en compte pour arriver à une solution⁵⁹⁹. C'est précisément ce qui est fait en matière contractuelle avec la consécration du principe de proximité au §188.1 et la prise en compte des facteurs du §6.2.

228. Consécration des théories modernes : l'analyse des intérêts gouvernementaux. – Par ailleurs, le système du *Restatement Second* vient remédier à une erreur importante. Pour Reese, l'échec des règles *lex loci contractus* et *lex loci solutionis*, qui étaient consacrées dans le premier *Restatement* de 1934 et se fondaient sur la théorie des *vested rights*⁶⁰⁰, est dû au fait que celles-ci ne donnaient pas effet aux politiques législatives des lois concernées par le conflit⁶⁰¹.

Le *Restatement Second* adopte donc une solution qui permet aux tribunaux de prendre en compte les politiques législatives que les règles substantielles entendent mettre en œuvre⁶⁰². Tel est l'esprit des facteurs b et c du §6.2. Ainsi, dans son commentaire sous le §188.1, Reese rappelle à quel point il est important de prendre en compte les objectifs poursuivis par le for ou les États étrangers lors de l'édiction des différentes règles en matière de contrats⁶⁰³.

Cet aspect rapproche la méthode du *Restatement Second* de la position adoptée récemment par la Cour constitutionnelle colombienne. En effet, celle-ci n'avait pas hésité à rappeler, dans l'arrêt 1157/00, la politique législative sous-jacente aux règles invoquées en l'espèce : protéger un secteur de la population en détresse économique.

⁵⁹⁷ Commentaire c à l'alinéa 2 du §6 du *Restatement Second*.

⁵⁹⁸ Sur la distinction entre règle et approche, v. W. L. M. REESE, « Choice of law : rules or approach », *Cornell L. R.*, vol. 57, 1972, p. 315.

⁵⁹⁹ *Ibid.*

⁶⁰⁰ V. Note introductive au chapitre 8 Contrats du *Restatement Second*.

⁶⁰¹ W. L. M. Reese, « Choice of law : rules or approach », *op. cit.*, p. 320.

⁶⁰² W. L. M. Reese, « The second Restatement... », *op. cit.*, p. 509.

⁶⁰³ Commentaire c sous l'alinéa 1 du §188 du *Restatement Second* ; W. L. M. REESE, « The second Restatement... », *op. cit.*, p. 509 et 513.

La condamnation des règles traditionnelles et la liste de facteurs du § 6.2 constituent par conséquent la consécration de l'apport distinctif des auteurs étatsuniens à la matière⁶⁰⁴, notamment celui de Brainerd Currie⁶⁰⁵ et de son analyse des intérêts gouvernementaux. La solution du *Restatement Second* dépend également des points de contact du contrat avec les différents ordres juridiques.

B. Les points de contact

229. La liste des points de contact du § 188.2. – Le *Restatement Second* prévoit une liste des quelques points de contact à prendre en compte lors de l'application des facteurs du § 6.2. Toutefois, certains de ces points semblent avoir une importance particulière dans le système du *Restatement Second*. Selon l'alinéa 2 du § 188, les tribunaux doivent, pour appliquer les principes de détermination de la loi applicable, prendre en compte les lieux de conclusion, de négociation et d'exécution du contrat, de situation de l'objet du contrat, ainsi que les lieux de domicile ou de résidence, d'incorporation et d'affaires, et la nationalité des parties. Les points de contact doivent en outre être évalués en fonction de la question de droit litigieuse⁶⁰⁶.

La liste n'est pas exhaustive et permet au juge d'identifier les États qui sont potentiellement intéressés par la solution du litige. Chaque point de contact recensé fait l'objet d'une courte explication dans le commentaire *e* sous le §188.2. Le rapporteur *y* indique des cas dans lesquels chacun est important. Cependant, la réserve, consistant à relativiser leur importance selon la question de droit, revient régulièrement.

230. Le lieu de négociation. – Il existe tout de même plusieurs particularités dans cette liste. Ainsi, à côté des rattachements classiques, le *Restatement Second* a fait place au lieu de négociation du contrat. Bien qu'il soit rarement envisagé en

⁶⁰⁴ M. Audit soulève les apports sur ce point de plusieurs auteurs (B. Currie, D. Cavers, E. Cheatham et R. Leflar), « Le second "Restatement"... », *op. cit.*, p. 35 et 36 ; A. L. DIAMOND, « Harmonization of private international law relating to contractual obligations », *RCADI* 1986, t. 199, p. 233, spéc. 276 ; P. HAY, « Flexibility versus predictability... », *op. cit.*, p. 348, note 283.

⁶⁰⁵ H. EEK, « Peremptory norms and private international law », *RCADI* 1973, t. 139, p. 1, spéc. 67 ; H. H. KAY, « A defense of Currie's governmental interest analysis », *RCADI* 1989, t. 215, p. 9, p. 190 ; S. C. SYMEONIDES, « The american choice-of-law revolution... », *op. cit.*, p. 50 et 59. Le rapporteur lui-même fait acte de ce fait, W. L. M. REESE, « The second Restatement... », *op. cit.*, p. 509.

⁶⁰⁶ La démarche proposée a été qualifiée de présomption souple, v. P. E. NYGH, « The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort », *RCADI* 1995, t. 251, p. 269, spéc. 334.

Europe⁶⁰⁷, ce point de contact est très significatif dans le système du *Restatement Second*⁶⁰⁸. À cet égard, le rapporteur affirme seulement que l'État où les négociations ont eu lieu, a un intérêt évident sur leur déroulement et sur l'accord lui-même⁶⁰⁹.

231. Le lieu d'exécution. – En outre, l'État du lieu où le contrat doit être exécuté a également un intérêt évident relativement à la légalité de l'exécution et au contractant qui doit exécuter sa prestation sur son territoire⁶¹⁰. La loi de cet État pourrait même être appliquée à d'autres questions. En effet, lorsque toutes les obligations s'exécutent dans un même endroit, les tribunaux pourraient éventuellement, au visa du §188.2, appliquer la loi de ce lieu aux questions qui ne relèvent pas strictement de l'accomplissement des obligations. Ici ce n'est plus l'intérêt de l'État à régir les questions qui est pris en compte, mais la proximité (*so close a relationship*) entre le lieu d'exécution, d'une part, et le contrat et les parties, de l'autre, qui est privilégiée.

232. Coïncidence des lieux de négociation et d'exécution. – Le poids de ces deux points de contact est tel que le *Restatement Second*, à l'alinéa 3 du §188, s'en sert pour formuler une règle de conflit de lois. Il ne s'agit pas, pourtant, d'une règle de conflit tout à fait traditionnelle⁶¹¹. Certes, le critère de rattachement (en l'espèce cumulatif) et la catégorie sont présents, mais l'emploi du terme « habituellement » (*usually*) suscite un doute. Cette précision ne concerne pas tant la structure de la règle de conflit que son impérativité. Cette précision semble même redondante car la règle prévoit elle-même les cas dans lesquels elle ne trouve pas à s'appliquer. Enfin, la loi désignée en application de cette règle de conflit serait applicable à toutes les questions concernant le contrat.

C'est sur ce dernier point que la solution proposée par le *Restatement Second* se distingue le plus des méthodes contemporaines.

⁶⁰⁷ Le lieu des négociations est pris en compte, par exemple, par l'art. 8.2.a de la Convention de La Haye de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.

⁶⁰⁸ Commentaire *e* sur l'alinéa 2 du §188 du *Restatement Second*.

⁶⁰⁹ Commentaire *e* sur le §188.2.

⁶¹⁰ Commentaire *e* sur le §188.2.

⁶¹¹ Dans ce sens, A. L. DIAMOND, « Harmonization of private international law... », *op. cit.*, p. 277, P. HAY, « Flexibility versus predictability... », *op. cit.*, p. 361, note 350. Une partie de la doctrine considère la règle du §188.3 comme une présomption, v. F. B. VISCHER, « The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts », *RCADI* 1974, t. 142, p. 1, spéc. 59 ; P. E. NYGH, « The reasonable expectations... », *op. cit.*, p. 335.

C. *L'analyse par question de droit*

233. La désignation de la loi en fonction de la question de droit. – La dernière caractéristique du *Restatement Second* concerne l'étendue de la recherche de la loi applicable. Ainsi, alors que les autres méthodes utilisées aujourd'hui ont pour but de déterminer la loi applicable à toutes les questions rassemblées sous la catégorie contrat, dans le *Restatement Second* la loi applicable doit être établie de manière indépendante pour chaque question de droit relative au contrat, ce qui aboutit au morcellement du contrat.

234. Justification du morcellement. – Cette façon de procéder s'explique à nouveau par le mécontentement des auteurs étatsuniens à l'égard de la méthode conflictuelle traditionnelle. En effet, M. Reese considèrerait que le succès ou l'échec du règlement du conflit de lois dépend de la prise en compte des politiques législatives poursuivies par les États avec l'édition de leurs règles substantielles⁶¹². Or les règles de conflit traditionnelles ont un domaine trop étendu qui empêche, selon lui, une prise en compte satisfaisante des politiques législatives des États.

Étant donné que chaque règle substantielle répond à une politique spécifique et que dans chaque cas le regroupement des points de contact pertinents change de telle sorte que l'État ayant le plus grand intérêt à résoudre le litige varie également, M. Reese affirme que plusieurs règles ayant un domaine plus restreint conduiraient à un meilleur résultat en matière de contrats et de délits⁶¹³. Dans le commentaire du § 188.2, il avance également que les juges aux États-Unis ne se considèrent pas obligés d'appliquer une seule et même loi à toutes les questions de droit qui leur sont soumises et que cette approche sélective est justement consacrée dans le *Restatement Second*⁶¹⁴.

235. Cadre d'analyse des principes et des points de contact. – La marche à suivre par les tribunaux est rappelée à maintes reprises dans les §§ 6 et 188 ainsi que dans leurs commentaires. Le but poursuivi par le *Restatement Second* est que l'analyse tant des principes que des points de contact se fasse en fonction de chaque question

⁶¹² W. L. M. Reese, « Choice of law : rules or approach », *op. cit.*, p. 319.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 325.

⁶¹⁴ Commentaire *d* sur le §188.1.

de droit dont est saisi le tribunal, chaque question recevant donc une analyse séparée. M. Nygh relève, à cet égard, que le morcellement du contrat constitue le point de départ de la solution du *Restatement Second* en matière contractuelle⁶¹⁵. Le commentaire illustre cette approche, évoquant des hypothèses où tel ou tel facteur ou point de contact est, au vu des spécificités du cas, important ou non.

La convention de Mexico semble avoir adopté une méthode très similaire à celle proposée par le *Restatement Second*. Ainsi, dans l'hypothèse de défaut de choix, il faut tenir compte de certains principes et des points de contact. Selon l'article 9, le juge doit appliquer la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat⁶¹⁶ et, en vue de déterminer cette loi, il tient compte de tous les facteurs objectifs et subjectifs du contrat et des principes généraux du droit commercial international. Toutefois, contrairement au *Restatement Second*, la loi désignée en application de l'article 9 de la convention régit tout le contrat.

En somme, le *Restatement Second* adopte une méthode *in concreto* qui, pour déterminer la loi applicable à chaque question de droit en matière contractuelle, prend en compte tant l'ensemble de points de contact que les politiques législatives poursuivies par les États. Mais est-ce bien ce système qui a été retenu récemment par la jurisprudence colombienne ?

§2. Analyse de la solution

236. Principe de proximité publicisé. – La méthode *in concreto* consacrée dans le *Restatement Second* semble constituer une variante publiciste du principe de proximité. Cette publicisation découle de la prise en compte des intérêts étatiques dans la recherche de la loi qui présente les liens les plus étroits et devient alors la loi applicable. Ce caractère s'accorde sans doute avec l'approche colombienne

⁶¹⁵ P. E. NYGH, « The reasonable expectations... », *op. cit.*, p. 348.

⁶¹⁶ « Article 9. Lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable ou lorsque ce choix s'avère inefficace, le contrat est régi par la loi de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Le tribunal tient compte de tous les facteurs objectifs et subjectifs identifiés dans le contrat en vue de déterminer la loi de l'Etat avec lequel il a les liens les plus étroits. Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales.

Néanmoins, lorsqu'une des clauses du contrat peut être séparée du reste du contrat et qu'elle est étroitement liée à un autre Etat, la loi de cet Etat pourra, à titre exceptionnel, être appliquée à cette partie du contrat ».

traditionnelle du droit international privé⁶¹⁷, mais la méthode, et spécialement son caractère publiciste, crée des inconvénients dont la jurisprudence colombienne rend compte.

237. Le *Restatement Second* et la jurisprudence colombienne. – La solution proposée par le *Restatement Second* semble avoir inspiré la Cour constitutionnelle colombienne. Ainsi, dans un arrêt T-1157/00, elle a déterminé la loi applicable sur deux fondements qui rappellent la démarche consacrée dans le *Restatement Second*. En premier lieu, plusieurs points de contact rattachaient le contrat litigieux, un contrat de crédit hypothécaire, à la Colombie. Ainsi, la Cour a relevé que les lieux de conclusion et d'exécution du contrat ainsi que de situation de l'immeuble hypothéqué étaient en Colombie, que les parties avaient fait référence au Code colombien de procédure civile et que le débiteur était colombien.

En second lieu, selon la Cour, la loi colombienne devait également être appliquée en l'espèce car la règle invoquée par le demandeur répondait à une politique législative impérative. Effectivement, suite à une crise dans le secteur immobilier ayant rendu extrêmement onéreux les crédits hypothécaires, le Gouvernement colombien avait adopté le décret législatif 2331 de 1998 qui imposait aux banques d'accepter la dation de l'immeuble hypothéqué en paiement total des dettes contractées pour l'acquisition de logement⁶¹⁸. Pour obliger la banque défenderesse, de nationalité panaméenne – seul élément d'extranéité en l'espèce –, à accepter la dation en paiement, la Cour a donc affirmé que le décret avait été édicté « dans le but de réduire les retards de paiement des débiteurs desdits crédits et de favoriser leur situation économique et sociale » et que ses « règles cherchent à protéger les débiteurs des crédits de logement garantis avec une hypothèque, indépendamment du type ou du système de crédit utilisé ».

Cet arrêt a été le seul à s'approcher de la solution consacrée dans le *Restatement Second* et il serait souhaitable qu'il reste l'unique exemple, car cette solution rend la détermination de la loi applicable fâcheusement imprévisible pour plusieurs raisons.

⁶¹⁷ *V. supra* le chapitre premier du titre premier de cette partie.

⁶¹⁸ Cet aspect de l'arrêt T-1157/00 a déjà été évoqué sous un autre angle. *V. supra* n° 128.

238. Les facteurs du *Restatement Second* et les intérêts du droit international privé. – En premier lieu, les facteurs du § 6.2 sont essentiellement ce qu’une partie de la doctrine française appelle les intérêts du droit international privé, c’est-à-dire les intérêts à prendre en compte pour l’élaboration des règles de conflit⁶¹⁹. Les sept facteurs déclinent ainsi l’un ou l’autre des intérêts que doit satisfaire le règlement des conflits de lois. Les facteurs tenant aux politiques législatives de l’État du for, aux considérations fondamentales prévalant dans la branche du droit considérée, à la simplicité dans la détermination et l’application de la loi compétente, et aux politiques législatives et aux intérêts des États étrangers dont les lois sont potentiellement en conflit (facteurs *b, e, g et c* respectivement), ne sont en réalité que des manifestations de l’intérêt de l’État dans une approche européenne. L’intérêt des particuliers rassemble à son tour les facteurs tenant à la protection des attentes raisonnables (facteur *d*), la certitude, la prévisibilité et l’uniformité des solutions (facteur *f*). Enfin, l’intérêt de la société internationale incorpore les besoins des systèmes interétatique et international (facteur *a*).

239. De l’analyse des facteurs à l’analyse des intérêts étatiques. – Même s’il n’y a rien d’extraordinaire dans les facteurs du § 6.2, leur utilisation présente de sérieux inconvénients. D’abord, prendre en compte ces facteurs à chaque fois qu’un conflit de lois se pose est de nature à compliquer inutilement l’office du juge, spécialement lorsque ce dernier, comme le juge colombien, n’a pas l’habitude de créer une règle pour chaque litige ; un aspect typiquement étatsunien. Ensuite, l’approche fonctionnelle que le rapporteur a consacrée, et qui repose principalement sur l’intervention des différents facteurs, encourage le contentieux sans que l’issue du litige soit prévisible⁶²⁰. Il semble effectivement que la loi applicable au contrat ne pourrait pas être déterminée d’une manière efficace en dehors du cadre judiciaire et que le juge possède une marge de discrétion très large qui lui permet de justifier n’importe quelle solution à l’aide du principe qui lui convient le mieux. Enfin, certains facteurs se révèlent plus influents que d’autres et le juge pourrait être tenté

⁶¹⁹ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 229 ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 266 ; B. AUDIT, L. D’AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 160.

⁶²⁰ AUDIT Bernard, « Flux et reflux... », *op. cit.*, p. 64 ; O. LANDO, « The conflict of laws of contracts. General principles », *RCADI* 1984, t. 189, p. 225, spéc. 368.

de limiter son analyse à ces seuls critères⁶²¹. M. Bernard Hanotiau avance, en ce sens, que « les tribunaux qui appliquent le § 188 centrent fréquemment leur analyse sur les intérêts des États »⁶²², et ce en dépit des nombreuses références aux attentes légitimes des parties dans le commentaire à ce paragraphe.

240. Les difficultés de l'analyse des intérêts étatiques. – En deuxième lieu, le facteur relatif aux intérêts étatiques soulève des difficultés particulières. Bien qu'une partie seulement de la théorie des intérêts gouvernementaux de Brainerd Currie soit consacrée dans le *Restatement Second*, le recours aux politiques législatives des États pour résoudre le conflit de lois pose aux tribunaux des problèmes similaires⁶²³. D'abord, l'identification des politiques législatives n'est pas aisée. Si, pour certains auteurs, il serait difficile d'identifier dans chaque règle de droit privé une politique législative sous-jacente⁶²⁴ ; pour d'autres, l'intérêt étatique serait même un mythe en matière de droit privé⁶²⁵.

L'appréciation des politiques législatives rend ensuite le labeur du juge plus ardu car il devra faire des efforts importants pour déterminer la loi applicable⁶²⁶, notamment parce qu'il sera obligé d'identifier et de confronter les politiques législatives qui sous-tendent chaque règle substantielle en conflit. Enfin, l'application de la loi du for peut devenir systématique. La doctrine souligne en effet que l'argument des intérêts étatiques se prête à des manipulations⁶²⁷, spécialement en faveur de l'application de la *lex fori*⁶²⁸ ; Currie lui-même privilégiait cette dernière. À cet égard, Wengler affirme que « c'est une illusion de croire que pour toute règle de droit privé la politique législative recommande de manière péremptoire l'application de la règle à

⁶²¹ P. HAY, « Flexibility versus predictability... », *op. cit.*, p. 374.

⁶²² B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain*, *op. cit.*, p. 261.

⁶²³ Sur la doctrine de B. Currie, et mises à part la bibliographie citée dans ce paragraphe, v. également G. KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *RCADI* 1964, t. 112, p. 91 ; L. BRILMAYER, « The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules », *RCADI* 1995, t. 252, p. 9. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 358.

⁶²⁴ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 158 ; LANDO, « The conflict of laws of contracts. General principles », *op. cit.*, p. 368 ; G. KEGEL, « The crisis of conflict of laws », *op. cit.*, p. 114.

⁶²⁵ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 358.

⁶²⁶ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 158 ; W. L. M. Reese, « Choice of law : rules or approach », *op. cit.*, p. 317.

⁶²⁷ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 158 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 358.

⁶²⁸ H. EEK, « Peremptory norms and private international law », *op. cit.*, p. 67 ; P. HAY, « Flexibility versus predictability... », *op. cit.*, p. 47-48.

toutes les relations à contact multiple connectées avec l'État qui l'a édictée par un ou autre point de contact »⁶²⁹.

La Cour constitutionnelle pourrait tomber dans ces travers. Tout d'abord, bien que le décret invoqué par le demandeur dans l'arrêt T-1157/00 réponde à des politiques législatives précises, il est important de remarquer que l'intérêt étatique très évident dans ce cas masque la difficulté qu'entraîne normalement l'identification des politiques législatives. L'application de la loi colombienne était ensuite, dans cet arrêt, à la fois logique et souhaitable, mais le risque de *lexforisme*, voire de nationalisme, n'a pas tardé à faire son apparition dans le raisonnement de la Cour⁶³⁰. Ainsi, elle a affirmé : « Nous nous retrouvons, par conséquent, devant la situation d'un colombien qui peut perdre tout ou une partie importante de son patrimoine à la suite d'un prêt onéreux, et qui demande la protection de son droit à l'égalité, violé par la position intransigeante d'une entité financière étrangère ». Cette affirmation de la Cour pourrait inciter les commerçants étrangers à éviter les tribunaux colombiens, à imposer des conditions plus sévères à leurs partenaires colombiens, ou même à les dissuader de contracter avec ces derniers. Enfin, il existe d'autres moyens peut-être même plus efficaces pour prendre en compte les intérêts étatiques, même plus efficaces, tels que le recours à la méthode de lois de police ; de fait, le décret 2331 pourrait être considéré comme un clair exemple de cette méthode, ainsi qu'il a été suggéré précédemment⁶³¹.

241. Énumération anodine des points de contact. – En troisième lieu, la liste de points de contact ne constitue pas un vrai guide pour le juge. M. Aubrey L. Diamond remarque ainsi que citer tous les points de contact et n'en citer aucun a le même effet⁶³². De surcroît, la liste ne prend pas en compte d'ailleurs certains points de contact importants dans les esprits de certains auteurs européens, notamment la clause l'élection de for, la clause compromissoire et la monnaie. Le commentaire du § 188 n'y fait aucune référence non plus.

⁶²⁹ W. WENGLER, « The general principles of private international law », *RCADI* 1961, t. 104, p. 273, spéc. 358 s.

⁶³⁰ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 158.

⁶³¹ *V. supra* n° 128 s.

⁶³² A. L. DIAMOND, « Harmonization of private international law... », *op. cit.*, p. 276.

À propos des points de contact, M. Russell Jay Weintraub relève que même si le *Restatement Second* ne peut pas être accusé de pousser à une simple addition des points de contact, les décisions où les tribunaux avaient procédé ainsi fondaient leur raisonnement sur le *Restatement Second*⁶³³. Cet auteur signale également que la liste rend difficile la compréhension des questions devant le tribunal et encourage tant l'invention de points de contact que le débat sur leur appréciation⁶³⁴.

L'arrêt T-1157/00 est aussi un exemple de ces risques. En effet, il est difficile de nier que la Cour s'est contentée de compter simplement les points de contact reliant le litige à la Colombie, ignorant au passage que le siège de la défenderesse, et débitrice de la prestation caractéristique, se situait au Panamá.

242. Le morcellement du contrat (renvoi). – En dernier lieu, le morcellement de la catégorie auquel le système du *Restatement Second* aboutit constitue également un inconvénient pour les raisons signalées précédemment⁶³⁵. À cet égard, certains affirment que le morcellement n'a pas lieu d'être car les paragraphes du *Restatement Second* qui concernent les questions particulières renvoient aux §§ 187 et 188, c'est-à-dire à la loi du contrat⁶³⁶. Il semble néanmoins que le risque de morcellement est bien présent parce que, d'une part, il n'y a pas de véritable loi du contrat et, d'autre part, le renvoi impose au juge de recommencer à chaque fois le raisonnement en n'ayant à l'esprit qu'une seule question de droit. Ainsi, lorsque tous les points de contact se situent dans des pays différents, rien n'empêche les tribunaux, en absence d'un choix de la loi applicable, d'apprécier la forme du contrat selon la loi du lieu de conclusion, la validité au fond selon la loi du lieu du domicile de l'une des parties et l'exécution selon celle du lieu où le contrat doit être exécuté. Il est important de rappeler que le morcellement n'est pas rejeté par le droit colombien⁶³⁷. Cependant, le contrat international est morcelé encore davantage dans le système du *Restatement Second*. L'arrêt T-1157/00 ne permet pas de tirer des conclusions sur ce point car il

⁶³³ R. J. WEINTRAUB, « Functional developments in choice of law for contracts », *RCADI* 1984, t. 187, p. 275.

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ *V. supra* n° 177 s.

⁶³⁶ B. AUDIT, « Le second "Restatement"... », *op. cit.*, p. 39.

⁶³⁷ *V. supra* n° 139 s.

n'y avait que deux éléments d'extranéité en l'espèce : la nationalité et le siège étrangers de l'un des contractants.

243. Application d'une seule loi dans le *Restatement Second*. – Dans certaines hypothèses le *Restatement Second* préconise toutefois l'application d'une seule loi. Ainsi, en dehors du cas d'un choix efficace où logiquement le contrat est entièrement soumis à la loi choisie par les parties, le commentaire sous le § 188 suggère l'application de la loi du lieu d'exécution du contrat « même aux questions qui ne se rattachent pas strictement à celle-ci » lorsque les deux parties doivent exécuter leurs prestations dans le même pays⁶³⁸. C'est le cas également lorsque les lieux de négociation et d'exécution se trouvent dans le même État⁶³⁹.

244. Nécessité d'une règle de conflit pour l'ensemble des questions. – Cette dernière hypothèse montre par ailleurs que l'élaboration d'une règle de conflit en matière contractuelle est souhaitable, voire inévitable. C'est probablement pour cela que le *Restatement Second* en prévoit une à l'alinéa 3 du § 188. Le commentaire indique sur ce point que l'État où la négociation et l'exécution ont lieu est « habituellement celui qui a le plus grand intérêt à la résolution des questions concernant le contrat »⁶⁴⁰.

La méthode proposée par le *Restatement Second* met le juge au centre du système, mais la marge de discrétion qu'elle lui octroie est trop large et trop difficile à gérer pour prétendre à une quelconque prévisibilité. En plus, la prise en compte des intérêts étatiques, bien que conforme à l'approche publiciste du droit international privé colombien, ne fait qu'augmenter la difficulté de la mise en œuvre de la méthode *in concreto*, qui n'est pas au demeurant le seul moyen de tenir compte de ces intérêts. Avec cette méthode, la résolution du conflit de lois gagne en flexibilité ce qu'elle perd en prévisibilité. Pourtant, la matière contractuelle a davantage besoin de cette dernière ; il faut espérer que la Cour constitutionnelle ne s'engagera plus dans cette voie, d'autant qu'une autre méthode *in concreto* a été proposée par un auteur français

⁶³⁸ Commentaire *e* au §188.2 du *Restatement Second*.

⁶³⁹ Commentaire *f* au §188.2 du *Restatement Second*.

⁶⁴⁰ Commentaire *f* au §188.2 du *Restatement Second*.

et semble pouvoir mieux encadrer l'analyse par le juge de l'ensemble de points de contact.

Section II – La localisation du contrat

245. Analyse alternative de la jurisprudence colombienne. – La jurisprudence de la Cour constitutionnelle pourrait être analysée autrement. En effet, à partir d'une relecture du droit international privé centrée sur les intérêts des particuliers, la détermination de la loi applicable au contrat reposerait uniquement sur les points de contact. Cela ne conduirait pas à faire totalement abstraction des intérêts étatiques, car l'application du décret 2331 de 1998 que poursuivait la Cour dans l'arrêt T-1157/00, et des règles similaires, serait toujours fondée sur l'intérêt de l'État mais n'interviendrait que de manière exceptionnelle, à titre de lois de police⁶⁴¹. Cette analyse alternative est suggérée par l'arrêt T-283/01, dans lequel la Cour a fondé l'application de la loi colombienne exclusivement sur les points de contact du contrat. Il semble pourtant que l'appréciation de ces derniers pourrait être encadré.

246. Hiérarchisation des indices. – L'ensemble de points de contact du contrat avec les différents ordres juridiques peut être considéré d'une manière méthodique. Il est possible d'imaginer par exemple d'établir une hiérarchie entre les divers points de contact. Les tribunaux auraient ainsi un guide pour apprécier l'importance de chaque point de contact. Cette démarche a été proposée par Henri Batiffol pour la première fois dans son étude intitulée *Le conflit de lois en matière de contrats* de 1938, qui est encore réputée aujourd'hui⁶⁴². La théorie de la localisation de Batiffol trouve place ici non seulement en raison de son rejet d'une solution rigide⁶⁴³, mais aussi parce que cet auteur croyait qu'il ne fallait pas se « remettre aveuglement à

⁶⁴¹ *V. supra* n° 128.

⁶⁴² La pensée de Batiffol s'est précisée au fil des années et des différences existent entre son étude sur les contrats et ses ouvrages postérieurs. Bien que l'on s'intéresse ici principalement à la version originale de la théorie de la localisation, on a pris en compte l'évolution de ses idées lorsque cela s'est avéré nécessaire ou utile.

⁶⁴³ Une solution rigide « serait aussi contraire aux intérêts à régir que facilement tournée », H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, op. cit.*, n° 47.

l'appréciation par le juge des circonstances de chaque cas »⁶⁴⁴ lorsque des directives assurant une certaine prévisibilité pouvaient être dégagées⁶⁴⁵.

247. La prise en compte de la volonté des parties. – La théorie de Batiffol présente une particularité importante. Dans la détermination de la loi applicable, le juge doit également tenir compte d'un élément nouveau : la volonté des parties. Le contexte de l'époque est déterminant pour comprendre la démarche de l'auteur. En 1910, dans l'arrêt *American Trading Co.*, la Cour de cassation française a consacré un principe dit d'autonomie selon lequel « la loi applicable aux contrats [...] est celle que les parties ont adoptée »⁶⁴⁶. Les auteurs se sont alors divisés en deux camps : d'un côté les subjectivistes, partisans du principe, et de l'autre les objectivistes, voire anti-autonomistes⁶⁴⁷, qui critiquaient fortement la solution du droit positif. En dépit des critiques adressées au droit positif par les auteurs les plus estimés de l'époque, le principe d'autonomie fut maintes fois confirmé. Lorsque Batiffol a publié son étude, le débat autour de la liberté de choix avait atteint son point culminant.

248. Justification de l'analyse de cette théorie. – Attentif aux reproches des détracteurs du principe, Batiffol croyait qu'une voie moyenne était possible⁶⁴⁸. Sa théorie constitue aussi une voie moyenne entre la désignation de la loi applicable exclusivement à partir des points de contact du contrat avec les différents ordres juridiques (ce qui a été étudié dans la chapitre précédent), et l'admission pure et simple de la liberté de choix, qui remet entièrement entre les mains des parties le soin de déterminer la loi applicable au contrat (ce qui sera abordé dans la seconde partie). C'est dans cette dernière perspective que doit être abordée la solution proposée par Batiffol (§1), avant de procéder à son analyse (§2).

⁶⁴⁴ *Ibid.*, n° 80.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁶⁴⁶ Civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co.*, *Rev. dr. int.* 1911. 395, *Clunet* 1912. 1156, S. 1911. 1. 129, *Grands arrêts* n° 11, p. 94. *V.* aussi, P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 730 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 900.

⁶⁴⁷ J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, préf. J.-M. Bischoff, Economica, 1983, n° 246.

⁶⁴⁸ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 571 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 730.

§1. Exposé de la doctrine de Batiffol

249. Fondements et particularités. – Pour comprendre la solution avancée par Batiffol, il faut d’abord tenir compte de ses idées fondamentales en matière de droit international privé des contrats (A). Il faudrait ensuite identifier ce qui distingue la localisation des solutions étudiées précédemment (B).

A. La localisation du contrat

250. Localisation objective et droit international privé. – Selon Batiffol, les tribunaux, lorsqu’ils tranchaient un litige portant sur une relation privée internationale, avaient une tendance quasi instinctive⁶⁴⁹ à localiser celle-ci d’une manière objective⁶⁵⁰, en donnant compétence à la loi en vigueur sur le territoire où se situaient les éléments principaux de la relation en cause⁶⁵¹. Les tribunaux se référaient donc à l’objet matériel, à la source ou aux personnes impliquées dans le rapport de droit pour identifier l’élément qui conduirait à la loi applicable à la situation⁶⁵².

La localisation constitue donc « une directive générale propre à concilier les différents intérêts que doit satisfaire le droit international privé »⁶⁵³ et « fournit la base la plus juste d’une répartition des compétences des États »⁶⁵⁴. Mais plus qu’un lien avec un territoire, la localisation signifie un lien avec un système juridique, lien qui n’est pas nécessairement spatial⁶⁵⁵.

251. Localisation du contrat. – En matière contractuelle, la localisation peut s’avérer plus compliquée car le contrat est « une abstraction »⁶⁵⁶, « un événement immatériel »⁶⁵⁷. Par conséquent, « aucun des éléments de rattachement concevables [...] n’a de valeur générale »⁶⁵⁸, aucun « ne s’impose de manière absolue »⁶⁵⁹. Il

⁶⁴⁹ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, n° 103.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 267.

⁶⁵³ *Ibid.*, n° 266, parle de l’intérêt des parties, de l’État et de l’ordre international.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, n° 268.

⁶⁵⁵ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 265, 573.

⁶⁵⁶ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 42.

⁶⁵⁷ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 572.

⁶⁵⁸ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 11.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, n° 42.

propose donc de déterminer la loi applicable en identifiant parmi les éléments matériellement localisés de l'opération celui qui « *avait une importance prépondérante dans l'économie de celle-ci* »⁶⁶⁰. Ceci implique une approche *in concreto* : la loi applicable doit être déterminée en fonction des caractères propres de chaque contrat⁶⁶¹.

252. Intervention de la volonté des parties. Justification. – Pour Batiffol, la volonté des parties a alors un rôle à jouer, spécialement en ce qu'elle illustre la conception que les contractants ont de leur affaire⁶⁶². La localisation du contrat en « *dépend nécessairement* » ; elle doit « se fonder sur l'intention des parties quant à l'organisation de leur accord »⁶⁶³. Cette démarche se justifie parce qu'en « droit des contrats, l'objectif premier du législateur est d'assurer le respect de la volonté des parties »⁶⁶⁴. Le juge devait donc déterminer la loi applicable en tenant compte des indications des parties quant à la localisation de leur contrat⁶⁶⁵.

En outre, le recours à la volonté des parties viendrait remédier à une conséquence indésirable de la localisation objective. Tout en admettant que la localisation entraîne une certaine imprévisibilité des solutions, Batiffol affirme que l'intervention des parties ferait disparaître toute incertitude quant à la loi applicable⁶⁶⁶ : « L'autonomie de la volonté constitue ainsi un outil que le législateur peut remettre entre les mains des particuliers, là où les intérêts de ceux-ci sont prédominants, pour remédier à l'imperfection de la règle de conflit ou à l'indétermination du principe de proximité »⁶⁶⁷.

253. Une solution unitaire. – La théorie de la localisation aurait un avantage important, qui trouve son origine dans le fait que le système déduit du droit positif par la doctrine française comportait une solution différente selon que les parties avaient ou non exprimé leur volonté. Bien qu'il ne condamne pas totalement ce système, Batiffol considérait qu'il avait pour inconvénient « de méconnaître la

⁶⁶⁰ *Ibid.*, n° 44, les italiques sont utilisés par l'auteur.

⁶⁶¹ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 572.

⁶⁶² H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, op. cit.*, n° 76.

⁶⁶³ *Ibid.*, n° 44.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, n° 11.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, n° 46.

⁶⁶⁶ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 269.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, n° 269.

fréquence des contrats dépourvus de choix exprès, mais dont la localisation de fait n'est pas douteuse »⁶⁶⁸.

À ce système dualiste, il devait être préféré une solution unitaire⁶⁶⁹ et Batiffol soutenait que celle-ci, opérée par la localisation, était non seulement possible, mais qu'elle existait en droit positif français. C'était une manière de voir « plus conforme à la réalité »⁶⁷⁰, distincte de l'analyse inexacte retenue par la doctrine de l'époque. L'avantage de la localisation du contrat reposerait donc sur ce que la tâche du juge est toujours la même : soupeser les différents éléments de la situation pour déterminer le système juridique dans lequel les parties, selon leur conception du contrat, ont localisé celui-ci, que cela ait été fait consciemment ou non⁶⁷¹.

C'est justement sur l'appréciation des éléments de la situation que la théorie de la localisation se distingue de la solution du *Restatement Second*.

B. Les indices de la localisation du contrat

254. Localisation et proximité. – La théorie de la localisation de Batiffol se distingue des autres méthodes *in concreto* essentiellement sur deux points. D'une part, la théorie est applicable même en présence d'un choix de loi (1), et d'autre part, elle établit une hiérarchie entre les différents points de contact (2).

1. Le rôle de la volonté des parties

255. Localisation et clause d'*electio iuris*. – Dans la théorie de la localisation, la volonté des parties joue un rôle important dans la détermination de la loi applicable au contrat. Le juge doit procéder à cette opération en fonction des indications plus ou moins explicites des parties quant à la localisation de leur contrat. La volonté clairement exprimée des parties a cependant une signification particulière.

Il arrive que les parties insèrent une clause dans laquelle elles désignent expressément la loi applicable à leur contrat ; cette clause est connue comme la clause d'*electio iuris*. La plupart des auteurs considèrent cette clause comme un choix

⁶⁶⁸ *Ibid.*, n° 573-1.

⁶⁶⁹ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 20.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, n° 46.

⁶⁷¹ *Ibid.*, et H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 571.

de la loi applicable. Batiffol affirme, en revanche, que « les parties ne choisissent pas formellement la loi applicable, elles *localisent leur contrat* »⁶⁷². La clause d'*electio iuris* n'étant « qu'une forme de localisation »⁶⁷³, le choix des parties n'est ainsi pour cet auteur qu'un « simple facteur »⁶⁷⁴ de la localisation du contrat.

C'était le cas, selon lui, même dans l'arrêt *American Trading*, la décision qui est pourtant traditionnellement considérée comme ayant consacré la liberté de choix en droit français⁶⁷⁵. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait appliqué la loi française pour valider une clause du contrat que la loi expressément choisie par les parties interdisait. Pour Batiffol, la décision peut s'expliquer s'il est admis, comme l'a peut-être fait la Cour, que la volonté des parties était, malgré la clause d'*electio iuris*, celle de localiser le contrat en France, lieu d'exécution du contrat.

256. L'interprétation judiciaire de la volonté des parties. – S'agissant d'une méthode *in concreto*, le juge occupe une place fondamentale dans le système de Batiffol. Puisque la localisation est une question de fait⁶⁷⁶, il appartient au juge de décider quelle est la loi applicable au contrat. Or, le choix exprès étant uniquement considéré comme un élément de cette localisation, il n'est pas obligatoire pour le juge dans ce système. Celui-ci doit interpréter l'intention des parties, même en présence d'un choix des parties et malgré les termes qu'elles ont utilisés dans leur clause d'*electio iuris*⁶⁷⁷. Les tribunaux peuvent en effet estimer que le choix « n'exprime pas la localisation véritable du contrat »⁶⁷⁸ et n'auront pas, en ce cas, « à s'incliner purement et simplement » devant la désignation faite par les parties⁶⁷⁹.

La localisation du contrat dépendra alors de l'interprétation « de l'ensemble de ses dispositions »⁶⁸⁰. Effectivement, Batiffol considère que la volonté des parties se

⁶⁷² H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 45.

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ *Ibid.*

⁶⁷⁵ Arrêt *préc.* *Ibid.* et du même auteur, « Sur la signification de la loi désignée par les contractants », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, 1976, p. 271, spéc. 273.

⁶⁷⁶ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 573-1.

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ *Ibid.*

⁶⁷⁹ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 45 ; *Grands arrêts*, n° 22, p. 299, spéc. 300.

⁶⁸⁰ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *loc. cit.*

manifeste dans les éléments du contrat⁶⁸¹ et affirme que les tribunaux s'y sont référés pour déterminer le système juridique où les parties ont voulu le localiser⁶⁸². La recherche systématique de la volonté des parties se justifie aussi car « entre la volonté expresse et la volonté présumée (hypothétique, assurent certains) il y a des volontés tacites auxquelles ne convient pas la solution impérative rigide »⁶⁸³ ; cette recherche est tout aussi utile lorsque le choix manque que lorsqu'il est seulement implicite ou abusif⁶⁸⁴.

Les différents éléments du contrat deviennent ainsi des indices de la volonté des parties, mais ils n'ont pas tous la même valeur localisatrice.

2. La hiérarchisation des indices

257. Nécessité d'une hiérarchie. – Tant le *Restatement Second* que la localisation objective imposent l'analyse de l'ensemble des points de contact que le contrat a avec les différents ordres juridiques. Cette analyse présente toutefois un degré d'incertitude élevé⁶⁸⁵ car elle repose entièrement sur l'appréciation que les juges font des points de contact au cas par cas. La loi applicable sera donc difficilement prévisible.

À cet égard, Batiffol a affirmé qu'il existait « dans la jurisprudence, [des] présomptions attachant à telles circonstances de fait l'application de telle loi » et qu'il serait possible d'établir une hiérarchie parmi ses présomptions pour éviter ou réduire l'incertitude⁶⁸⁶. Ainsi, le juge ne serait plus « abandonné à ses propres lumières »⁶⁸⁷ pour déterminer la loi applicable au contrat puisqu'il aurait « des directives et *des solutions pour cas-types* »⁶⁸⁸.

La théorie de la localisation se distingue sur ce point du *Restatement Second*. En effet, si pour la majorité des auteurs la liberté d'appréciation du juge était la seule solution

⁶⁸¹ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, op. cit., n° 48 et H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, op. cit., n° 579, 582.

⁶⁸² H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, op. cit., n° 104.

⁶⁸³ *Ibid.*, n° 46.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, n° 76.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, n° 50, 80 et H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, loc. cit.

⁶⁸⁶ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, op. cit., n° 80 et H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, loc. cit.

⁶⁸⁷ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, op. cit., n° 76.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, n° 47.

compatible « avec la complexité et la variété des cas concrets » en matière de contrats, Batiffol croyait qu'un « minimum de classement s'impose parce que certaines des présomptions se présentent avec une généralité telle qu'il est désirable de prévoir leurs conflits »⁶⁸⁹.

258. Typologie des indices de localisation. – Pour établir son classement, il propose de manière préalable de rassembler les indices dans plusieurs catégories selon leur valeur localisatrice. L'auteur distingue d'abord les éléments du contrat selon qu'ils se retrouvent dans tous les contrats – indices généraux – ou non – indices éventuels (ou particuliers)⁶⁹⁰. Seuls le lieu de conclusion et le lieu d'exécution font partie de la première catégorie⁶⁹¹.

Dans la deuxième catégorie, il existe deux sous-catégories. D'une part, il y a des indices extrinsèques⁶⁹² de la localisation, c'est-à-dire des circonstances qui sont extrinsèques au contrat, telles que la teneur des lois en conflit, l'attitude des parties postérieurement au contrat et la référence à une loi ou à un usage dans le contrat, ce qui inclut l'hypothèse des contrats-types et des contrats d'adhésion⁶⁹³. D'autre part, il y a des indices intrinsèques⁶⁹⁴ qui sont « ceux qui tiennent aux éléments du contrat »⁶⁹⁵. Dans cette sous-catégorie, Batiffol rassemble la nationalité et le domicile des parties (qu'ils soient communs ou non), la participation d'un État au contrat, la situation de la chose faisant l'objet du contrat, le lien avec un autre contrat, l'intervention d'un officier public, la langue employée et les clauses compromissaires et d'élection de for.

259. Classement des indices. – La position des indices dans la hiérarchie dépend de leur aptitude à dévoiler la volonté des parties. Ainsi, la désignation expresse constitue un élément capital, mais qui peut être écarté lorsqu'elle ne correspond pas

⁶⁸⁹ *Ibid.*, n° 174.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, n° 80, 104 et H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 579, 582. Dans son traité, les indices éventuels sont appelés particuliers, mais le critère est le même.

⁶⁹¹ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, op. cit.*, n° 80 et H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 580.

⁶⁹² H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, loc. cit.* et H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, loc. cit.*

⁶⁹³ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 593.

⁶⁹⁴ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, loc. cit.* et H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 583 s.

⁶⁹⁵ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats, op. cit.*, n° 104.

à la véritable localisation du contrat⁶⁹⁶. Celle-ci dépendra donc des autres indices dont le classement est le suivant.

En premier lieu, les indices extrinsèques priment tous les autres indices. En effet, Batiffol considère que ces indices participent du choix exprès⁶⁹⁷ ; ils constituent des choix implicites⁶⁹⁸ « se rapprochant d'une clause expresse de désignation »⁶⁹⁹. Le contrat-type est l'indice le plus important, suivi par les références aux textes, puis par l'attitude des parties postérieurement au contrat. Une loi validant le contrat constitue, pour Batiffol, l'indice extrinsèque le plus faible.

En deuxième lieu, les clauses compromissaires et attributives de juridiction sont l'indice intrinsèque le plus important car elles pourraient traduire un choix exprès⁷⁰⁰. Le lien du contrat avec d'autres contrats et la situation du bien ne sont considérés que dans un second temps.

Enfin, lorsqu'aucun indice éventuel n'est caractérisé⁷⁰¹, les tribunaux doivent s'en remettre aux indices généraux. La prépondérance est donnée au lieu d'exécution du contrat. En cas d'indétermination de ce lieu, le juge devra considérer que le contrat se localise dans le lieu où il a été conclu.

260. Détermination du lieu d'exécution et renversement du classement. –
Finalement, deux idées viennent parachever la théorie de la localisation. La première concerne le lieu d'exécution. En effet, dans cette théorie, la notion de ce point de contact se veut plus précise : le lieu d'exécution à retenir est le lieu d'exécution principal, c'est-à-dire le lieu où l'obligation principale est exécutée⁷⁰². L'idée d'une obligation principale avait été avancée par le baron Nolde en 1927 lors de la session à Lausanne de l'Institut de droit international et Batiffol s'y est rallié entièrement⁷⁰³.

⁶⁹⁶ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 573-1.

⁶⁹⁷ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 175 et H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 594.

⁶⁹⁸ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 176.

⁶⁹⁹ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 582.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, n° 594.

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 91.

⁷⁰³ *Ibid.*, n° 92.

Il déclare ainsi que, dans les contrats, il y a le plus souvent un acte « essentiel qui [caractérise] l'opération »⁷⁰⁴. Dans les contrats synallagmatiques, par exemple, il s'agit souvent de la prestation en échange de laquelle l'une des parties verse à l'autre une somme d'argent ; « cette prestation [...] sera normalement caractéristique du contrat, quant à sa localisation »⁷⁰⁵. Le lieu où cette obligation principale⁷⁰⁶ est exécutée sera donc le lieu d'exécution principal du contrat⁷⁰⁷.

Par ailleurs, le lieu d'exécution ainsi entendu, qui a pour Batiffol une valeur de solution générale⁷⁰⁸, « paraît en principe devoir être [le] même pour des contrats du même type et différer au contraire d'un type à l'autre »⁷⁰⁹. Il en découle la nécessité d'envisager la question par type de contrat et dès lors de formuler une présomption pour chaque catégorie de contrat⁷¹⁰.

La seconde idée consiste à reconnaître au juge la possibilité d'écarter la hiérarchie d'indices proposée. Étant donné que ne sont en cause que des présomptions, le « classement peut [...] être infirmé dans un cas donné par un groupement d'indices qui renverse la présomption »⁷¹¹. Pour Batiffol, la pondération de tous les indices par le juge est inévitable⁷¹².

La voie moyenne proposée par cet auteur présente néanmoins des inconvénients qu'il faut à présent étudier.

§2. Analyse de la théorie de la localisation

261. Consécration relative de la solution de Batiffol. – La théorie de la localisation telle qu'elle a été décrite ici n'a pas été adoptée en droit français, système en considération duquel elle fut principalement conçue. La Cour de cassation s'est néanmoins rapprochée du système de Batiffol dans certains arrêts. Ainsi, elle a emprunté la terminologie de Batiffol dans un arrêt du 24 avril 1952 où elle a affirmé

⁷⁰⁴ *Ibid.*, n° 91.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, n° 93. Cf. *supra* n° 204 s.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ *Ibid.*, n° 91.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, n° 178.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, n° 179.

⁷¹⁰ *Ibid.*, n° 180, 359.

⁷¹¹ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 594.

⁷¹² *Ibid.*

que « c'est à bon droit que les juges du fond ont dégagé l'économie de l'opération contractuelle en recherchant, dans le silence du texte et de la convention, l'intention présumée des parties quant à la localisation du contrat »⁷¹³. Puis, dans un arrêt du 25 mars 1980 *Mercator Press*⁷¹⁴, la Cour a déclaré que « si la localisation du contrat dépend de la volonté des parties, c'est au juge qu'il appartient, après avoir interprété souverainement leur commune intention quant à cette localisation, de déduire de celle-ci la loi applicable au contrat litigieux ». Pour Batiffol, dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation, « pour la première fois, a opposé au choix par les parties de la loi applicable la méthode de localisation du contrat par lesdites parties, le juge en déduisant la loi applicable »⁷¹⁵.

Toutefois, la conception de la localisation retenue par la jurisprudence ne correspond pas exactement à celle exposée ici⁷¹⁶. En ce sens, M. Vincent Heuzé a distingué deux étapes successives de la pensée de Batiffol⁷¹⁷, compte tenu de son attachement au droit positif⁷¹⁸ : une localisation « pure » aurait été suivie par une localisation « subjective ». Dans cette dernière, celle effectivement adoptée par la jurisprudence, les tribunaux ne se fondaient sur la localisation qu'à défaut de choix exprès et, même dans ce cas, ils étaient « souvent tentés de rechercher directement le droit que les contractants "ont eu l'intention" d'adopter, sans aucunement s'embarrasser du détour de la localisation »⁷¹⁹. Ce procédé est loin des postulats de base de la théorie de la localisation.

C'est peut-être parce que ces traits caractéristiques constituent également la base de ses défauts que la localisation « pure » n'a pas entièrement emporté l'adhésion. La prise en compte de la volonté des parties, d'une part, et le cadre donné au juge pour apprécier les points de contact, d'autre part, étaient à la fois ses principales innovations et ses faiblesses.

⁷¹³ Cass. Civ. 24 avril 1952, *Rev. crit. DIP* 1952.502 note H. Motulsky, *S.* 1952.1.185 note H. Batiffol, *JDI* 1952.1234.

⁷¹⁴ Cass. Civ. 1^{er}, 25 mars 1980, *Rev. crit. DIP* 1980.576 note H. Batiffol, *JDI* 1980.650 note P. Kahn, *D.* 1981.IR.162.

⁷¹⁵ H. Batiffol, note sous Civ. 1^{er}, 25 mars 1980, préc., spéc. 579. Contre P. Kahn note sous cet même arrêt, spéc. 651.

⁷¹⁶ Dans ce sens, MM. Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Grands arrêts*, n° 35, p. 299, spéc. 300.

⁷¹⁷ V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, préf. P. Lagarde, GLN-Joly, 1990, n° 288 s. Dans certains passages de l'ouvrage fondateur de Batiffol, l'évolution était déjà perceptible.

⁷¹⁸ *Ibid.*, n° 306 ; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 2.

⁷¹⁹ V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 320.

262. L’emprise de la volonté des parties. – La volonté des parties peut tout d’abord ruiner la localisation objective du contrat⁷²⁰. Il semble qu’il soit difficile de réduire son rôle à celui d’un simple facteur de localisation. M Heuzé a démontré, dans son analyse de la localisation⁷²¹, comment la théorie de Batiffol finit par se confondre avec le principe d’autonomie. La source de cette confusion semble être la difficulté que présente l’articulation de la volonté des parties et des liens du contrat avec les différents ordres juridiques, car la volonté des parties aurait une trop grande influence sur le système de résolution du conflit de lois.

D’une part, étant donné que la localisation se fonde « sur l’intention des parties quant à l’organisation de leur accord »⁷²², la prépondérance d’un point de contact sur les autres dépend « d’une appréciation subjective des parties »⁷²³. Par conséquent, celle-ci matérialiserait la localisation en conférant un rôle décisif à l’un quelconque des indices objectifs et la localisation ne se déduirait plus d’une hiérarchie d’indices⁷²⁴. « Ce qui est donc déterminant, c’est l’accord des volontés relatif à la localisation »⁷²⁵ ; il pourrait seulement être exigé que le choix soit confirmé par l’un des points de contact⁷²⁶. En effet, la coïncidence du choix et d’un facteur sur une même loi est qualifiée par Batiffol de décisive⁷²⁷.

Mais l’emprise de la volonté des parties va bien au-delà car, d’autre part, elle pourrait même donner compétence à une loi sans lien objectif avec le contrat. Étant donné que, pour Batiffol, les liens du contrat ne sont pas nécessairement spatiaux et doivent être largement compris, le choix d’une juridiction neutre ou particulièrement qualifiée, ainsi que l’utilisation d’un langage donné ou d’un formulaire type ou encore l’insertion du contrat dans un milieu commercial spécifique, peuvent donc justifier l’application d’une loi⁷²⁸.

⁷²⁰ B. AUDIT, L. D’AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 233.

⁷²¹ V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 309 s.

⁷²² H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 44.

⁷²³ *Ibid.*, n° 175.

⁷²⁴ V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 311.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 176.

⁷²⁸ H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats » in *Choix d’articles rassemblés par ses amis*, L.G.D.J., 1976, p. 249, spéc. 260.

Dès lors que l'application d'une loi ne présentant aucun lien objectif, et contredisant par là même la localisation telle qu'elle se déduit des points de contact, est considérée comme légitime, la volonté des parties suffit à justifier l'application de la loi désignée. Leur choix sera donc tout ce qui importe !

Par ailleurs, il est très difficile de négliger ou de contrecarrer la volonté des parties dans la théorie de la localisation. En effet, spécifiquement lorsque les parties s'étaient mises d'accord sur la loi applicable à leur contrat, le juge n'était autorisé à l'écarter que dans des cas particuliers et exceptionnels⁷²⁹.

263. Les pouvoirs du juge. – L'étendue des pouvoirs du juge dans le cadre de la théorie de la localisation peut également être critiquée. En effet, ces pouvoirs sont importants car le juge peut corriger la désignation faite par les parties⁷³⁰ ou renverser le classement des indices⁷³¹. À l'égard du premier pouvoir, M. Jean-Michel Jacquet relève que, pour une partie de la doctrine, « le pouvoir de "correction" du juge d'un choix de loi insuffisamment justifié constitue un facteur d'incertitude qu'il serait préférable d'éliminer »⁷³². De même, certains auteurs accusent la localisation d'irréalisme car, par une clause d'*electio iuris* les parties ont entendu non pas localiser leur contrat, comme le prétend Batiffol, mais faire le choix d'une loi⁷³³.

De même, les efforts pour encadrer l'appréciation des points de contact semblent vains. Batiffol reconnaissait que son classement n'assurait pas la certitude mais permettait seulement de cantonner l'incertitude⁷³⁴. Or, si le juge peut s'écarter du classement, il n'est plus possible d'avoir une quelconque prévisibilité. Effectivement, les tribunaux pourraient toujours privilégier un point de contact n'ayant dans la hiérarchie qu'une valeur secondaire, en affirmant que c'est le point de contact autour duquel les parties ont organisé leur opération, et justifier ainsi l'application de la loi à laquelle ils souhaitent soumettre le contrat. Le classement est donc aisément renversable et l'application systématique de la *lex fori* serait à craindre aussi dans le

⁷²⁹ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 176.

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, n° 594.

⁷³² J.- M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 339.

⁷³³ H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme... », *op. cit.*, p. 261.

⁷³⁴ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 175.

cadre de la théorie de la localisation. En définitive, le juge jouit ici d'autant de discrétion que lors de la mise en œuvre du principe de proximité.

264. Le retour aux solutions traditionnelles. – Il est important de noter, enfin, que la théorie de la localisation revient aux solutions traditionnelles qui soumettent le contrat soit à la loi du lieu d'exécution, soit à celle du lieu de conclusion. Batiffol préserve en effet les rattachements classiques pour les cas où les autres indices feraient défaut ou ne seraient pas caractérisés⁷³⁵. Ce faisant, Batiffol expose sa théorie aux critiques qui ont déjà pu être formulées à l'égard de ces deux critères de rattachement⁷³⁶.

265. Les avantages de la localisation. – Malgré les imperfections de la localisation, la doctrine française trouve quelques avantages à la théorie de Batiffol. M. Heuzé, par exemple, en relève plusieurs. Ainsi, la localisation du contrat assure la primauté de la loi sur le contrat et n'autorise aucune solution de continuité entre situations homogènes et pluri-localisées. Elle constitue également une solution unitaire dont le caractère bilatéral est indiscutable⁷³⁷.

De son côté, M. Jacquet souligne le caractère quasi infaillible de la méthode proposée par Batiffol car les « indices ne peuvent faire défaut »⁷³⁸ : « si l'un ou l'autre... fait défaut, ne peut être connu, ou se révèle... mal adapté à la fonction de localisation... les autres, ou au moins un autre, pourront le suppléer utilement »⁷³⁹. Il salue aussi la suppression d'une « dichotomie que rien ne justifie »⁷⁴⁰.

266. Influence de la théorie de la localisation en droit comparé. – En dehors de la France, la théorie de Batiffol a été considérée comme l'une des solutions possibles au conflit de lois en matière de contrats. Ainsi, M. Peter Nygh cite l'exemple de certains auteurs qui, étant hostiles à l'adoption du principe d'autonomie aux États-Unis, ont préféré l'approche de la localisation⁷⁴¹. En droit colombien, la

⁷³⁵ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, loc. cit.*

⁷³⁶ *V. supra*, n° 192 s.

⁷³⁷ V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 300, 303.

⁷³⁸ J.- M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux, op. cit.*, n° 266.

⁷³⁹ *Ibid.*, n° 267.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, n° 275.

⁷⁴¹ P. E. NYGH, *Autonomy in international contracts*, Clarendon Press, 1999, p. 12.

majorité des auteurs font allusion à la localisation du contrat, mais ils se limitent souvent à en faire une simple description sans vraiment l'analyser et ne relèvent aucune application en jurisprudence⁷⁴² ; sans doute parce que la Cour suprême de justice n'y a jamais fait référence.

267. La localisation objective dans la jurisprudence constitutionnelle. – Cependant, il serait possible d'analyser les décisions de la Cour constitutionnelle en matière de conflit de lois à travers le prisme de la localisation. Ainsi, dans l'arrêt T-283/01, la Cour a déduit la loi applicable des lieux de conclusion et d'exécution du contrat, et de la situation de l'immeuble hypothéqué. Leur position dans la hiérarchie des indices est certes secondaire, mais il est fort probable que Batiffol aurait considéré la désignation de la loi colombienne en l'espèce comme un exemple du renversement du classement⁷⁴³.

Ces points de contact ont également servi de fondement dans l'arrêt T-1157/00. Bien que cette décision ait été considérée une illustration de la méthode proposée par le *Restatement Second*, elle pourrait être aussi rapprochée de la localisation en faisant abstraction de la référence aux intérêts étatiques⁷⁴⁴. En effet, la Cour a relevé à cette occasion un autre point de contact mieux placé dans le classement : la référence à la loi colombienne. En outre, elle semble avoir pris en compte la volonté des parties comme l'un des facteurs qui déterminent la loi applicable au contrat : ainsi, selon la Cour, le défendeur aurait « expressément accepté et convenu que les rapports juridiques découlant du contrat de prêt avec hypothèque conclu avec le demandeur étaient régis par la loi colombienne ». À cette occasion, la Cour constitutionnelle n'a considéré cet élément que comme l'un des facteurs de la localisation du contrat litigieux, comme le songeait Batiffol.

Dès lors, la volonté des parties pourrait jouer un rôle dans la détermination de la loi applicable au contrat. La place qui lui a été réservée dans l'arrêt, à côté d'autres points de contact, fait penser que la jurisprudence constitutionnelle pourrait

⁷⁴² V. parmi d'autres, A. ALJURE SALAME, *El contrato internacional*, op. cit., p. 60; J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, op. cit., n° 196; M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 238.

⁷⁴³ V. *supra*, n° 260.

⁷⁴⁴ V. *supra* n° 237. Les intérêts étatiques ne disparaîtraient pas pour autant, ils seraient toujours pris en compte à titre de lois de police.

éventuellement s'engager dans la voie de la localisation du contrat, ce qui semble compatible avec l'approche actuelle du droit colombien. Néanmoins, au vu des inconvénients de cette solution, il ne convient pas d'arrêter ici la recherche d'une solution du conflit de lois en matière contractuelle.

268. Conclusion du chapitre. – Les méthodes *in concreto* étudiées ici, qui ont en commun l'idée de proximité, constituent un infléchissement de la méthode traditionnelle⁷⁴⁵. L'objectif de « 'justice' de la solution du conflit de lois »⁷⁴⁶ qui anime la matière serait davantage satisfait par l'intervention du principe de proximité car celui-ci adapterait le rattachement à la situation concrète⁷⁴⁷. Cependant, ces méthodes partagent des défauts justement liés à cette inspiration commune. En effet, adopter celle-ci dans son état pur équivaldrait, tout d'abord, à renoncer aux règles⁷⁴⁸. La flexibilité du principe – caractère recherché pour remédier à l'automatisme de la règle de conflit bilatéral classique – pourrait devenir un inconvénient. Pour une partie de la doctrine, la formule des *liens les plus étroits* est vague et permet toutes sortes d'interprétations⁷⁴⁹. Les indications données à cet égard par le *Restatement Second* et par la théorie de la localisation ne semblent guère utiles.

Ensuite, puisqu'aucun point de contact n'est privilégié, la détermination de la loi applicable repose entièrement sur le juge, qui en l'absence d'indication sur la valeur des différents points de contact dispose d'une marge de discrétion très large – peut-être trop large – pour évaluer les circonstances de la cause⁷⁵⁰. Les risques sont multiples : l'éventualité d'une justice au coup par coup⁷⁵¹, la possibilité d'appliquer

⁷⁴⁵ Le terme est emprunté à MM. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 166.

⁷⁴⁶ P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », *op. cit.*, p. 29.

⁷⁴⁷ M. Lagarde relève ainsi que le principe constitue une réponse quelque peu indirecte aux reproches de rigidité et d'aveuglement adressés à la méthode conflictuelle par la doctrine des États-Unis, *v. ibid.*, p. 25, 27, et 97.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 45. Selon cet auteur, le juge serait alors privé de « la sécurité intellectuelle relative que lui apporte l'existence de règles, même flexibles ». P. E. NYGH, en citant A. A. Ehrenzweig, remarque également que le principe est un « *non-rule* » (« The reasonable expectations... », *op. cit.*, p. 332) et A. Schnitzer affirmait que les différentes « formules ne nous disent rien sur la façon dont on pourrait reconnaître la nature de la chose, le centre de gravité, le lien le plus étroit » (« Les contrats internationaux... », *op. cit.*, p. 573).

⁷⁴⁹ M. GIULIANO, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis », *RCADI* 1977, t. 158, p. 183, spéc. 235 ; P. HAY, « Flexibility versus predictability... », *op. cit.*, p. 362 ; P. E. NYGH, « The reasonable expectations... », *op. cit.*, p. 332.

⁷⁵⁰ Ainsi, le principe de proximité a été qualifié de « formule ouverte » ou de « blanc » qui doit être interprétée ou rempli par le juge. En ce sens, F. B. VISCHER, « The antagonism... », *op. cit.*, p. 58, qui soulève qu'il n'est pas sûr que les juges feraient un bon usage de la marge de discrétion qui leur est attribuée (p. 81).

⁷⁵¹ P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », *op. cit.*, p. 39 ; F. B. VISCHER, « The antagonism... », *op. cit.*, p. 58, 67.

une loi qui favorise un résultat précis en considération de facteurs substantiels sous couvert de proximité, ou de retourner à la loi du for⁷⁵². M. Symeonides relève en ce sens que la détermination de la loi applicable peut dégénérer en une simple énumération des points de contact⁷⁵³, transformant la recherche de la loi ayant les liens les plus étroits en celle de la loi ayant les liens les plus nombreux. La localisation objective, reposant sur l'intention des parties et permettant le renversement du classement des indices, ne pourrait pas remédier à ces inconvénients.

Il s'ensuit que les méthodes *in concreto* entraînent un haut degré d'imprévisibilité⁷⁵⁴ ; les parties et leurs conseils pourront difficilement prévoir quelle sera la loi déclarée applicable par les tribunaux. Pourtant, en matière de contrats, le besoin de prévisibilité est essentiel⁷⁵⁵ et si une certaine flexibilité est désirable, il faut garder l'équilibre entre celle-ci et la prévisibilité⁷⁵⁶. L'idée de proximité pourrait alors avoir une fonction d'ordre correctif⁷⁵⁷ ; c'est ainsi qu'elle a été consacrée en tant que clause d'exception⁷⁵⁸ dans certains textes, tels que les articles 4.5 de la convention de Rome de 1980⁷⁵⁹ et 4.3 du règlement Rome I⁷⁶⁰.

Par ailleurs, la jurisprudence constitutionnelle, qui semble pouvoir être analysée de différentes manières, montre qu'il serait possible de se détacher des règles déduites

⁷⁵² F. B. VISCHER, « The antagonism... », *op. cit.*, p. 81.

⁷⁵³ S. C. SYMEONIDES, « The american choice-of-law revolution... », *op. cit.*, p. 130.

⁷⁵⁴ P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », *op. cit.*, p. 45, 116.

⁷⁵⁵ O. LANDO, « The conflict of laws of contracts. General principles », *op. cit.*, p. 364 ; P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », *op. cit.*, p. 116 ; P. HAY, « Flexibility versus predictability... », *op. cit.*, p. 362.

⁷⁵⁶ S. C. SYMEONIDES, « The american choice-of-law revolution... », *op. cit.*, p. 413.

⁷⁵⁷ Pour M. Lagarde, le principe de proximité peut avoir deux fonctions. D'une part, puisque le principe est l'un des fondements possibles des règles de conflit, il a une fonction d'élaboration. Le principe pourrait même « s'exprimer par une règle de conflit » dans laquelle l'expression *les liens les plus étroits* se substitue au rattachement matériel utilisé traditionnellement. D'autre part, le principe de proximité a vocation à corriger la règle de conflit « lorsque celle-ci désigne une loi qui ne coïncide pas du tout avec la localisation concrète de la situation » ; dans ce cas, il a une fonction de correction. V. P. LAGARDE, « Le principe de proximité... », *op. cit.*, p. 29 à 32, 97 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 512.

⁷⁵⁸ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 913 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 766 ; J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 156.

⁷⁵⁹ « Article 4. Loi applicable à défaut de choix. [...] 5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

⁷⁶⁰ « Article 4. Loi applicable à défaut de choix. [...] 3. Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. [...] ».

du Code civil colombien et d'analyser d'autres points de contact, et que de nouveaux éléments pourraient être pris en compte, notamment la volonté des parties.

269. Conclusion du titre. – L'identification et l'examen des solutions retenues en droit international privé colombien ont révélé les inconvénients des méthodes qui recourent aux points de contact pour désigner la loi applicable au contrat. Aucune n'offre un règlement satisfaisant du conflit de lois ; il est donc nécessaire d'envisager un autre moyen de déterminer la loi du contrat. Cependant, sous certains aspects, ces méthodes peuvent participer à la nouvelle réglementation colombienne du conflit de lois en matière contractuelle. Ainsi, à l'instar de la convention de Mexico⁷⁶¹, il serait possible de recourir à la méthode *in concreto* pour déterminer la loi du contrat à défaut de choix des parties.

270. Conclusion de la partie. – L'analyse du droit international privé colombien a fait ressortir le besoin de le transformer. Il est possible qu'une relecture de la matière qui prendrait en compte l'ensemble des intérêts en jeux, mais serait davantage centrée sur les intérêts privés, suffise. À cet égard, les contrats internationaux représentent un bon exemple tant de la nécessité de repenser les solutions du conflit de lois que des possibilités que recèle le droit positif sous l'impulsion de la jurisprudence. Il serait dès lors possible d'envisager une autre façon de résoudre le conflit de lois en matière de contrats ; spécifiquement, la seule à ne pas avoir été étudiée jusqu'ici : les parties pourraient choisir directement la loi applicable à leur contrat.

⁷⁶¹ *V. supra* n° 235.

PARTIE II
LA CONSTRUCTION D'UN NOUVEAU
DROIT INTERNATIONAL PRIVE
COLOMBIEN DES CONTRATS

271. Nécessité d'explorer d'autres solutions. – La première partie a permis de démontrer que les éléments objectifs du contrat ne fournissent à eux seuls que des outils imprécis pour déterminer la loi applicable au contrat international. La quête d'une solution pour le conflit de lois en matière contractuelle doit donc être poursuivie ; les propositions n'ont pas manqué et le droit international privé a fini par adopter celle qui semble spécialement adaptée à la résolution des conflits de lois en matière contractuelle.

272. Une autre solution possible. – La matière contractuelle recèle en effet une possibilité additionnelle. Le droit des contrats présente une particularité au sein du droit privé qui tient au rôle central attribué à la volonté des contractants. Ainsi, il serait possible de confier à ceux-ci le soin de décider quelle est la loi à laquelle ils entendent soumettre leur accord. Cette solution est connue sous le nom de principe d'autonomie de la volonté des parties, ou plus prosaïquement de liberté de choix⁷⁶², et a été adoptée par un grand nombre des pays. Son succès est tel qu'elle gagne une place de plus en plus grande, s'introduisant même en matière de droit de la famille⁷⁶³. Depuis, les points de contact sont seulement utilisés à titre subsidiaire afin de déterminer la loi applicable à défaut de choix, ou par exception, lorsque le contrat présente des liens plus étroits avec un ordre juridique différent de celui désigné par le choix des parties.

273. Une notion clé. – La possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à leur contrat a été déduite de la notion d'autonomie de la volonté. Bien que cette notion existe également dans d'autres sciences humaines, telles que la psychologie et la philosophie⁷⁶⁴, il intéresse seulement ici son pendant juridique. L'exclusion des

⁷⁶² Ce sont les termes utilisés par l'Institut de droit international. La conférence de La Haye a préféré la formulation « principe de l'autonomie de la volonté ». En France, les auteurs utilisent aussi l'expression « principe d'autonomie ». L'expression « liberté de choix » est utilisée dans la plupart des instruments internationaux.

⁷⁶³ Ainsi l'article 5 du règlement Rome III, prévoit-il que « Article 5. Choix de la loi applicable par les parties

1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes :

- a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou
- b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou
- c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou
- d) la loi du for.

2. Sans préjudice du paragraphe 3, une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction.

3. Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for ».

⁷⁶⁴ Sur ce point, v. J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992, p. 15 s. ; C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions*, préf. B. Ancel, L.G.D.J., 2011, p. 3 s.

acceptions d'autres disciplines n'élimine pourtant pas toutes les difficultés car, même cantonnée au droit, le concept connaît plusieurs définitions et, partant, des conséquences et implications différentes⁷⁶⁵.

En droit européen, il est possible de distinguer, selon la matière dans laquelle elle est mise en œuvre, deux manifestations ou rôles de l'autonomie de la volonté⁷⁶⁶. Tandis qu'en droit international privé, elle comporte une conséquence spécifique, le choix de la loi applicable par les parties – la liberté de choix –, elle désigne en droit interne des contrats la possibilité pour les parties de déterminer le contenu substantiel du contrat – aussi appelée liberté des conventions ou liberté contractuelle.

Le droit colombien recourt à la notion d'autonomie de la volonté, mais a réduit celle-ci à la seconde de ces manifestations⁷⁶⁷. En effet, contrairement à ce qui s'est produit pour les autres solutions du conflit de lois en matière contractuelle, la jurisprudence colombienne n'a jamais affirmé la liberté de choix de la loi applicable.

274. Plan de la partie. – Dans ces circonstances, il est légitime de se demander si le droit colombien pourrait accueillir la liberté de choix en tant que solution de principe du conflit de lois en matière contractuelle. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de savoir, tout d'abord, ce que la liberté de choix de loi signifie en droit international privé comparé (titre I). Ensuite, il faut établir si le droit colombien peut l'adopter (titre II).

Titre I. - La liberté de choix en droit international privé comparé.

Titre II. - La liberté de choix en droit international privé colombien.

⁷⁶⁵ Pour certains auteurs, les notions juridiques s'inscrivent dans des contextes politiques, sociaux, économiques, intellectuels qui les conditionnent. Cette approche s'oppose à celle qui les considère comme existant « par elles-mêmes ». Sur ce point, v. G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA* 2009. 641 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 4.

⁷⁶⁶ M. GIULIANO, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis », *RCADI* 1977, t. 158, p. 183, spéc. 211 ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, p. 149.

⁷⁶⁷ A. ALJURE SALAME, *El contrato internacional*, Legis, 2011, p. 98 ; A. ZAPATA DE ARBELÁEZ, « La ley aplicable al contrato internacional » in *Teoría general del derecho internacional privado*, A. A. Aljure Salame, L. V. García Matamoros (éds.), Legis, Univ. del Rosario, 2016, p. 189, spéc. 202. V. *infra* n° 351.

TITRE I

LA LIBERTE DE CHOIX EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVE COMPARE

275. Pluralité des choix. – Dans le cadre d'un contrat international, plusieurs choix s'offrent aux contractants. Outre la désignation de la loi applicable à leur contrat, les parties peuvent choisir le juge compétent pour connaître des éventuels litiges qui naîtront du contrat (clause d'élection de for)⁷⁶⁸ ou décider que ces litiges seront portés devant un tribunal arbitral (clause compromissoire)⁷⁶⁹.

276. Plan du titre. – Même si l'uniformisation s'est d'abord réalisée sur ces derniers points, c'est dans le conflit de lois, seul domaine qui intéresse cette étude, que l'autonomie de la volonté a été affirmée pour la première fois dans les droits nationaux⁷⁷⁰. L'évolution de la solution a été négligée en droit colombien et les auteurs se contentent souvent de relever qu'elle est largement répandue⁷⁷¹. Aucune analyse de ses avantages et de ses inconvénients n'a donc été menée.

Un détour par l'histoire du droit international privé est alors nécessaire pour comprendre la liberté de choix de loi applicable en elle-même, ainsi que sa teneur actuelle. Il faut donc étudier d'abord ses origines, en se limitant aux données essentielles (chapitre I), pour analyser ensuite son influence car, depuis sa naissance, elle a gagné du terrain et fait aujourd'hui l'objet d'un large consensus (chapitre II).

⁷⁶⁸ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 451 ; M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 415 ; C. A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions*, *op. cit.*, n° 14 et 15 ; C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *RCADI* 2012, t. 359, n° 28 ; N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, préf. M. Fallon, L.G.D.J., 1999, n° 9.

⁷⁶⁹ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 317 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 857 ; C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 8-10 ; C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté... », *op. cit.*, n° 29 ; N. COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage...*, *op. cit.*, n° 9 ; J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, L.G.D.J., Bruylant, 2002, n° 4 ; E. Gaillard, J. Savage (éds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, n° 44.

⁷⁷⁰ On pense ici aux instruments dont la portée est générale du point de vue matériel. Ainsi, les conventions européennes de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international, de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, et de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ont toutes précédé la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De même, la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for a également devancé les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux.

⁷⁷¹ A. ZAPATA DE ARBELÁEZ, « La ley aplicable al contrato internacional », *op. cit.*, p. 189.

CHAPITRE I

L'ÉMERGENCE DE LA LIBERTÉ DE CHOIX DE LOI

277. Une solution polémique. – Peu de débats ont autant enflammé l'esprit des auteurs que celui relatif au principe d'autonomie. Avant qu'il ne soit adopté en droit positif, le libre choix de la loi applicable au contrat divisait déjà la doctrine et son affirmation n'a pas mis fin aux divisions et antagonismes. Il est donc nécessaire de procéder successivement sur deux plans : celui de l'affirmation du principe, dans une perspective diachronique, et celui de son appréciation, d'un point de vue qualitatif. Par conséquent, le processus qui a conduit à la formulation de la règle qui autorise les parties à désigner la loi applicable à leur contrat, sera étudié en premier lieu (section I), avant d'exposer, en second lieu, les arguments énoncés par les auteurs pour approuver ou pour réprover la règle (section II).

Section I – La consécration du choix de loi

278. La volonté des parties dans l'histoire du droit international privé. – Le principe d'autonomie n'est pas le fruit du hasard. Il est le résultat de l'évolution des idées qui ont inspiré les différents systèmes de solution des conflits de lois au fil du temps. En matière de contrats, cette évolution a principalement transformé le rôle de la volonté des parties. Un bref rappel, qui ne se veut pas exhaustif, de l'histoire de la discipline sur ce point semble donc indispensable⁷⁷².

Dans une première étape, l'intention des parties ne fut invoquée que pour défendre des solutions déjà acquises (§1). De cet état embryonnaire, elle est devenue, dans une seconde étape, le critère de rattachement de la règle de conflit (§2).

⁷⁷² V. sur ce point l'ouvrage d'Armand Lainé, *Introduction au droit international privé*, 2 tomes, Lib. Cotillon, F. Pinchon, successeur, 1888 et 1892 ; les études d'Henri Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Librairie du Recueil Sirey, 1938 ; de Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980 ; et de Stéphane Gruber-Magitot, *Les conflits de coutumes en matière des contrats dans la jurisprudence des parlements de Dumoulin au Code civil*, PUF, 1980 ; ainsi que les cours d'Edouard Maurits Meijers, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge, spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI* 1934, t. 49, p. 543 ; et de Max Gutzwiller, « Le développement historique du droit international privé », *RCADI* 1929, t. 29, p. 287 ; et l'article de A. F. SCHNITZER, « L'autonomie des parties en droit interne et en droit international », *Rev. crit. DIP* 1939, p. 243, p. 253 s.

§1. L'intention des parties, justification des rattachements traditionnels

279. Les doctrines *statutistes* et la *lex contractus*. – Les premières règles de conflit de lois en matière contractuelle sont apparues au Moyen Âge dans les constructions doctrinales des tenants des théories des statuts⁷⁷³. Il semble que la première règle en la matière ait été affirmée par Jacobus Balduini (†1235) qui suggéra l'application de la loi du lieu où les actes sont passés (*lex loci contractus*) et qu'il aurait déduite de la loi *Si fundus*⁷⁷⁴. Par ailleurs, l'adoption de cette règle peut s'expliquer par les caractéristiques de la pratique juridique et économique de l'époque, et spécialement par le formalisme et le commerce des foires⁷⁷⁵.

280. Les doutes sur le domaine de la loi applicable au contrat. – La règle de conflit procédant de la *lex loci contractus* s'est donc imposée aisément. Cependant, les analyses des auteurs se sont affinées et de nouvelles hypothèses ont été envisagées. Ainsi, la dissociation géographique de la conclusion et de l'exécution du contrat conduisit à des interrogations sur le domaine de la règle proposée par Balduini.

À cet égard, tout d'abord, Guillaume de Cun (†1348) a proposé de distinguer, en ce qui concerne le fond, les effets naturels et immédiats des suites accidentelles du contrat et de soumettre les premiers à la *lex loci contractus*, également applicable à la forme (qu'il a appelé *locus regit actum*), et les secondes à la loi du for⁷⁷⁶. Ensuite, Bartole (†1357), qui reprend cette distinction, suggère une nouvelle solution fondée sur la loi *Contraxisse, De obligationibus*. En effet, au lieu d'appliquer la loi du for aux suites du contrat, il propose de les soumettre à la loi du lieu d'exécution (*lex loci*

⁷⁷³ Sous les systèmes de la personnalité des lois et de la territorialité des lois en Europe (entre les VI^e et XI^e siècles), il n'était pas question de distinguer des règles d'application des « coutumes » par catégories de droit. Les *statutistes* (dénomination qui identifie les auteurs dans le cadre historique et intellectuel du droit international privé, sont également pour l'histoire du droit des glossateurs puis des postglossateurs, v. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n. 7) sont les premiers à faire ces distinctions. V. sur les théories des statuts, l'ouvrage incontournable d'Armand LAINE, *Introduction au droit international privé*, *op. cit.*

⁷⁷⁴ S. GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes...*, *op. cit.*, p. 12 ; E. M. MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux... », *op. cit.*, p. 596 ; M. GUTZWILLER, « Le développement historique... », *op. cit.*, p. 304. Autres auteurs attribuent la formulation de la règle Cinus de Pistoie au xve siècle, v. B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, Cours dactyl., Paris II, 2008, p. 74.

⁷⁷⁵ Bertrand ANCEL, *Histoire du droit international privé*, Cours dactylographié, Paris II : 2008, p. 74 et 75.

⁷⁷⁶ S. GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes... en matière de contrats dans la jurisprudence des parlements, de Dumoulin au Code civil*, Paris : PUF, 1980, p. 12.

solutionis)⁷⁷⁷. En outre, certaines décisions des Parlements en France suggèrent également la possibilité de rattacher le contrat soit au lieu de conclusion, soit au lieu d'exécution⁷⁷⁸.

281. Le recours à l'intention des parties. – Il convient de remarquer que, depuis, les auteurs ont été amenés, voire même contraints, à se prononcer pour l'application de l'une ou l'autre règle, et ainsi à s'interroger plus ou moins consciemment sur le fondement de la règle retenue. Parmi les justifications avancées, il est important de relever les premières références à la volonté des parties. Ainsi, l'italien Rochus Curtius (†1495) soutenait que le contrat devait être régi par la loi du lieu de sa conclusion car, en contractant en ce lieu, « les parties [avaient] implicitement consenti à l'application de cette loi »⁷⁷⁹. Il s'agit peut-être de l'influence du consensualisme sur les conflits de lois. En effet, le courant consensualiste, né quelques siècles plus tôt sous la plume des canonistes et qui met l'accent sur le consentement en droit des contrats, s'impose progressivement entre les XV^e et XVII^e siècles⁷⁸⁰. Le recours à l'intention des contractants aurait été par conséquent une suite logique du discours plus général des auteurs en matière de contrats, s'agissant du fondement de sa force obligatoire.

Il n'est pas exclu que ce courant ait influencé l'œuvre de Charles Dumoulin (†1566) à qui il est coutume d'attribuer l'invention du principe d'autonomie⁷⁸¹. En effet, pour ce célèbre juriste français, l'intention des parties a un rôle important à jouer dans la détermination de la loi applicable : « le droit réside dans l'esprit non exprimé des contractants »⁷⁸². Cependant, il semble que la convention tacite sur laquelle il a

⁷⁷⁷ A. LAINE, *Introduction au droit international privé*, *op. cit.*, p. 136 ; E. M. MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux... », *op. cit.*, p. 605 ; S. GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes... op. cit.*, p. 12.

⁷⁷⁸ E. M. MEIJERS, *Études d'histoire du droit international privé*, Pierre-Clément Timbal, Josette Metman (trads.), CNRS, 1967, p. 53.

⁷⁷⁹ LAINE, *Introduction au droit international privé*, *op. cit.*, p. 205, H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 25, 42 ; S. GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes... op. cit.*, p. 13.

⁷⁸⁰ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 535.

⁷⁸¹ *Ibid.* ; Adde. A. LAINE, *Introduction au droit international privé*, *op. cit.*, p. 229 ; B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, *op. cit.*, p. 122 ; *Grands arrêts*, n° 11, §3, p. 96 ; A. ALJURE SALAME, *El contrato internacional*, *op. cit.*, p. 54 ; J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, n° 190.

⁷⁸² S. GRUBER-MAGITOT, *Les conflits de coutumes... op. cit.*, p. 104.

construit sa solution en matière de régimes matrimoniaux ne soit que la justification du lieu d'exécution comme élément de rattachement⁷⁸³.

À l'aube de l'ère contemporaine, les justifications fondées sur la volonté des parties se font plus fréquentes. En effet, Boullenois (†1762) remarque la nécessité de prendre en compte les stipulations des parties au sujet de la loi applicable⁷⁸⁴. De même, à propos d'un sujet voisin (le régime matrimonial), Bouhier (†1746) soutenait que la loi applicable résultait d'une convention qu'on présume⁷⁸⁵.

282. Intention, volonté et autonomie. – Au XIX^e siècle, l'approche n'évolue guère dans un premier temps. Jean Jacques Gaspard Foelix, le premier à utiliser le terme « autonomie » en France, justifie à son tour l'application de la loi du lieu de conclusion par l'intention présumée des parties⁷⁸⁶. Aux États-Unis, Joseph Story avait une opinion presque identique, tout comme certains tribunaux de certains États du pays⁷⁸⁷. En revanche, l'allemand Friedrich Carl von Savigny s'en sert pour affirmer que le lieu d'exécution d'une obligation constitue le siège de cette dernière et que la loi locale de ce lieu est donc applicable⁷⁸⁸. Par ailleurs, il faut souligner que cet auteur explique l'application de la loi du siège de chaque rapport de droit par l'idée d'une soumission volontaire des justiciables.

Ainsi, l'intention des parties n'est d'abord qu'une justification parmi d'autres des rattachements traditionnels, à savoir le lieu de conclusion et le lieu d'exécution du contrat. Elle est peut-être même la moins décisive de toutes, puisqu'elle sert à justifier ces deux rattachements⁷⁸⁹. De manière générale, les ordres juridiques sont restés (du XIV^e au XIX^e siècle) attachés aux solutions classiques, jusqu'à ce qu'émerge une approche différente du rôle de la volonté des parties.

⁷⁸³ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, *op. cit.*, p. 11, 12 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 64.

⁷⁸⁴ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 29 et 42, qui y voit la considération d'un choix exprès pour la première fois.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, n° 30 et 42.

⁷⁸⁶ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, *op. cit.*, p. 24 ; position qu'il défendait encore dans la 2^e édition de son traité, *Traité du droit international privé ou du conflit de lois de différentes nations*, 2^e éd., Joubert, 1847, n° 96, p. 136.

⁷⁸⁷ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, n° 36 et 37.

⁷⁸⁸ F.-C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, *op. cit.*, p. 206 ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, *op. cit.*, p. 27 ; B. ANCEL, *Histoire du droit international privé*, *op. cit.*, p. 183 s.

⁷⁸⁹ En ce sens, A. F. SCHNITZER, « L'autonomie des parties... », *op. cit.*, p. 254.

§2. L'autonomie de la volonté, nouveau rattachement de la règle de conflit

283. De la justification au rattachement. – À la fin du XIX^e siècle, l'intention des parties a franchi un cap décisif. Une partie de la doctrine européenne affirma alors qu'elle devait constituer la nouvelle solution du conflit de lois en matière de contrats ; les législateurs de certains pays s'en sont inspiré. La solution a été appelée principe d'autonomie de la volonté. La jurisprudence ne s'est pas immédiatement ralliée à cette position, mais a fini par l'imposer.

284. La cause de cette transformation. – Il semble important de rappeler très brièvement le contexte dans lequel cette transformation a eu lieu. Pendant les XVIII^e et XIX^e siècles, l'humanité a connu des changements culturels, sociaux, économiques et politiques de grande ampleur, à l'origine desquels se trouve une idéologie : le libéralisme. Les individus et leur liberté se sont trouvés au centre des constructions philosophiques et sociales de l'époque et il était donc naturel qu'ils se trouvent au centre des systèmes juridiques. En effet, le libéralisme a beaucoup influencé la codification et la pratique du droit des contrats au cours du XIX^e siècle, ce qui a permis au consensualisme de se consolider et d'atteindre son paroxysme avec la théorie de l'autonomie de la volonté⁷⁹⁰.

En droit international privé, cette évolution des idées a conduit à l'abandon progressif des rattachements objectifs au profit d'un rattachement subjectif : la volonté des parties.

285. Les pionniers. – Le premier à considérer celle-ci non pas comme une justification d'un rattachement objectif mais comme une solution à part entière fut le très important et célèbre auteur italien Pasquale Stanislao Mancini (diplomate, avocat et professeur aux universités de Turin puis de Rome). C'est lui qui, le premier, a affirmé la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable⁷⁹¹. L'apport de Mancini est significatif car il a participé à la rédaction du Code civil

⁷⁹⁰ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 541 ; P. E. NYGH, *Autonomy in international contracts*, op. cit., p. 7.

⁷⁹¹ H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, op. cit., n° 40 ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, op. cit., p. 37 ; P. E. NYGH, *Autonomy in international contracts*, op. cit., p. 8.

italien de 1865 dans lequel sa solution en matière de contrats a reçu une consécration législative⁷⁹².

Mme Véronique Ranouil rapporte également les cas d'autres auteurs qui se sont aussi prononcés en faveur de l'autonomie. Cependant, la plupart d'entre eux, comme d'ailleurs Mancini, n'ont pas développé leur position⁷⁹³. Le seul à bâtir une théorie autour de la notion d'autonomie en droit international privé à cette époque fut le luxembourgeois François Laurent (professeur à l'Université de Gand), qui a réfléchi aux possibles manifestations de la volonté des parties, à son domaine et à sa justification⁷⁹⁴.

286. La naissance de l'expression. – L'idée de permettre aux parties le choix de la loi du contrat, qui semble s'imposer progressivement en doctrine, n'avait toutefois pas la même dénomination chez les différents auteurs. Ils s'y sont référés en recourant à de multiples appellations et locutions : autonomie, autonomie des citoyens, des contractants ou des parties, volonté des parties, principe d'autonomie⁷⁹⁵. André Weiss fut le premier à utiliser l'expression d'autonomie de la volonté, dont l'usage s'est généralisé à partir de 1894⁷⁹⁶.

287. La nouvelle règle de conflit : consécration législative. – Sous l'influence de la doctrine et des avancées en la matière de leurs voisins, les pays européens ont adopté, un à un, soit par voie législative soit par voie jurisprudentielle, le principe de l'autonomie de la volonté. Les premières à l'adopter, quoique dans une forme rudimentaire, ont été la Grèce et l'Italie qui incorporaient, déjà au XIX^e siècle, le choix dans leur législation. Ainsi, l'article 9 du titre préliminaire du Code civil italien de 1865, rédigé par Mancini lui-même, fait expressément une place à la volonté des parties⁷⁹⁷. Cependant, il ne s'agit pas encore d'une solution de principe

⁷⁹² E. JAYME, « Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé », *RCADI* 1982, t. 177, p. 9-102, spéc. 39.

⁷⁹³ Ainsi, en Italie, Fiore et Esperson ; en Belgique : Picard ; en France : Bossion, Rivier, Jarassé, Lainé, Girault, Despagnet et Loiseau, v. V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, *op. cit.*, p. 38 à 39.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 30.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 42 et 44. Weiss aurait même précédé les auteurs de droit interne de contrats.

⁷⁹⁷ P.-S. MANCINI, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les états, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI* 1874, p.221, 285, spéc. 299 : « Article 9. ... La

car le choix n'est invoqué que pour rendre inopérante la soumission du contrat à la loi du lieu de sa conclusion⁷⁹⁸.

Une solution similaire avait déjà été consacrée quelques années auparavant dans l'alinéa premier de l'article 6 de la loi grecque du 29 octobre 1856, mais c'était la loi du lieu d'exécution qui pouvait être mise à l'écart par l'accord des parties, lequel opérerait donc comme un rattachement d'exception⁷⁹⁹. Il semble que ce dernier texte soit la première disposition législative à reconnaître aux parties la possibilité de déterminer la loi applicable à leur accord. Un siècle plus tard, l'Espagne (1974) et le Portugal (1966) l'ont également adoptée lors de la modification de leurs codes civils⁸⁰⁰.

288. ...consécration jurisprudentielle. – Dans d'autres pays, ce sont les tribunaux qui ont d'abord affirmé la nouvelle règle⁸⁰¹. En France, le principe d'autonomie de la volonté a été consacré par la chambre civile de la Cour de cassation dans son fameux arrêt *American Trading* du 5 décembre 1910, dans les termes suivants : « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur forme, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée »⁸⁰².

Le cas des États-Unis d'Amérique est particulier. Dépourvus d'une législation fédérale sur les conflits de lois, la consécration du principe dépend des tribunaux de chaque État. Cette situation était favorable à l'élaboration d'instruments de droit

substance des actes et les effets d'autres obligations sont censées réglées par la loi du lieu où les actes sont passés, et, si les étrangers contractants appartiennent à une même nation, ils sont censés réglés par leur loi nationale. Dans tous les cas, s'il résultait de l'acte une volonté différente des parties, cette volonté serait observée ».

⁷⁹⁸ Après le Code de 1865, le Code civil de 1942 a également consacré le choix de la loi applicable (art. 25) pour évincer les rattachements de principe à la loi nationale commune d'abord, et à la loi du lieu de conclusion ensuite, v. M. GIULIANO, « La loi applicable... », *op. cit.*, p. 200.

⁷⁹⁹ G. STREIT, « Le droit international privé en Grèce », *JDI* 1908. 17 ; et du même auteur, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Grèce », *RCADI* 1927, t. 20, p. 1, spéc. 154. Après la loi de 1856, le Code civil de 1940 a repris le choix de la loi applicable à l'article 25 mais cette fois il s'agit bien de la solution de principe à défaut de laquelle le juge doit appliquer la loi « qui convient à la convention eu égard à l'ensemble de circonstances spéciales », v. P.-G. VALLINDAS, « Le droit international privé dans le Code civil hellénique », *RIDC*, 1949. 100.

⁸⁰⁰ C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, « España », et M. H. BRITO, « Portugal », in *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, C. Mota, D. Hargain, G. Palao Moreno (dirs.), Edisofer, Editorial B de F, 2008, p. 369 et 665, spéc. 369 et 665, respectivement.

⁸⁰¹ Giuliano évoque, entre autres, les cas de l'Allemagne, l'Angleterre (1939), la Belgique (1938) et la Suisse (1952), « La loi applicable... », *op. cit.*, p. 200 s.

⁸⁰² Arrêt préc.

souple dont l'influence a été – et reste – importante⁸⁰³. Néanmoins, l'arrêt *The Bremen v Zapata Off-Shore Co.* de 1972 est généralement considéré comme marquant l'admission du principe par la Cour suprême des États-Unis⁸⁰⁴.

289. Consécration non uniforme de la liberté de choix. – La possibilité de choisir la loi applicable semble alors acquise, mais ni sa signification ni les conditions exigées pour l'exercice du choix ne sont les mêmes dans les différents ordres juridiques qui ont adopté le principe de l'autonomie de la volonté⁸⁰⁵. Ainsi, certains pays retiennent que le choix de la loi applicable doit être exprès alors que d'autres admettent un choix implicite voire même hypothétique ; certains exigent un lien entre la loi choisie et le contrat ; d'autres exigent que la relation contractuelle en cause ait un caractère international.

Par ailleurs, il semble que la nouvelle règle n'ait pas eu systématiquement le rôle de solution de principe et que l'objet du choix ainsi que l'autorité de la loi choisie aient nécessité des précisions. Ce sont autant de questions que les auteurs de tous les pays ayant admis le principe ont soulevées, en fonction de la formulation que le principe de liberté de choix a reçue dans leurs ordres juridiques respectifs, et qui ont conduit les règles à évoluer.

290. L'évolution du principe. – L'affinement du choix est aisément reconnaissable dans les systèmes où la consécration a eu lieu par la voie jurisprudentielle, car les décisions postérieures ont apporté des éclaircissements précieux. Par exemple, en France, deux décisions de la Cour de cassation sont venues clarifier la solution de l'arrêt *American Trading*. Dans l'arrêt *Messageries Maritimes*, la Cour a d'abord donné des précisions quant à l'objet du choix déclarant que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État »⁸⁰⁶. Ensuite, dans l'arrêt *Fourrures Renel*, elle a parachevé le système dualiste qui a prévalu en droit positif français jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention de Rome, et selon lequel « la loi applicable aux

⁸⁰³ *V. infra* n° 333.

⁸⁰⁴ P. E. NYGH, *Autonomy in international contracts, op. cit.*, p. 11. *Contra* S. C. SYMEONIDES, *Choice of law*, Oxford Univ. Press, 2016, p. 364, pour qui l'autonomie de la volonté était admise déjà en 1825.

⁸⁰⁵ Dans ce sens, A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI* 1972, t. 137, p. 743, 758.

⁸⁰⁶ Cass. civ. 21 juin 1950, *Rev. crit. DIP* 1950. 609, note H. Batiffol, *D.* 1951. 749, note Hamel, *S.* 1952. 1. 1, note J.-P. Niboyet, *JCP* 1950. II. 5812, note J.-P. Lévy, *Grands arrêts*, p. 194 et 299.

contrats, en qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets est celle que les parties ont adoptée ; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants »⁸⁰⁷.

Mais ces avancés n'auraient pas été possibles sans la confrontation doctrinale, passionnée et passionnante, que l'admission du choix de la loi applicable a suscitée et qu'il faut maintenant rappeler.

Section II – Les réactions doctrinales au choix de loi

291. Les réactions au nouveau rattachement. – Aussitôt adopté, le principe de l'autonomie de la volonté a donné lieu à une importante polémique. La doctrine s'est divisée entre ceux qui approuvaient la solution et ceux qui la condamnaient. Même si le débat qui a eu lieu est sur certains points dépassé en Europe, son étude semble importante pour le cas de la Colombie car il est essentiel à la compréhension des enjeux théoriques et des intérêts pratiques du choix de la loi applicable. Puisque celui-ci a fini par s'imposer, il faut d'abord analyser les critiques qui lui ont été adressées par ses détracteurs (§1), pour étudier ensuite les arguments utilisés par ses promoteurs pour le défendre (§2).

§1. La remise en cause du choix de loi

292. Résistance au principe. – Le recours à la volonté des parties n'étant pas nouveau, l'affirmation du principe de l'autonomie de la volonté n'a fait qu'exacerber une opposition déjà présente en doctrine depuis le XIX^e siècle⁸⁰⁸. La doctrine française en particulier était « presque unanimement hostile au principe »⁸⁰⁹. La

⁸⁰⁷ Cass civ. 6 juillet 1959, *Rev. crit. DIP* 1959. 708, note H. Batiffol, *Grands arrêts*, p. 299.

⁸⁰⁸ H. BATIFFOL, « Le rôle de la volonté en droit international privé », *APD*, Sirey, 1957, p. 71, spéc. 72 ; pour un récapitulatif des auteurs européens s'opposant au principe, v. A. F. SCHNITZER, « L'autonomie des parties... », *op. cit.*, p. 259-260.

⁸⁰⁹ V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 231, spéc. note n° 69, où sont recensées les positions des principaux auteurs français.

position la plus radicale était celle de Jean-Paulin Niboyet qui a affirmé tout simplement que « l'autonomie de la volonté n'existe pas »⁸¹⁰.

Les reproches sont suffisamment connus pour n'être ici que brièvement retracés⁸¹¹. Il semble qu'ils puissent être réduits à deux arguments : l'un repose sur une prétendue atteinte à l'autorité de la loi (A) et l'autre sur l'existence d'un illogisme (B). Mais il ne faut pas oublier certaines difficultés pratiques que la liberté de choix de la loi applicable fait apparaître, ni les doutes méthodologiques qu'elle soulève (C).

A. Une solution subversive

293. L'atteinte à l'autorité de la loi. – Le premier reproche a été formulé de différentes manières. Selon sa version la plus courante, le choix de la loi applicable porterait atteinte à l'impérativité de la loi. Ce caractère de la loi est ici mis en avant puisqu'il serait tenu en échec de manière injustifiée dans les contrats internationaux. Ainsi, le choix des parties empêcherait les lois objectivement rattachées au contrat d'être appliquées, les dépouillant alors de leur impérativité⁸¹². Cette conséquence de l'admission du choix serait spécialement choquante s'agissant des règles qualifiées d'impératives, lesquelles se caractérisent, par opposition aux supplétives, par leur application en dépit de la volonté contraire des parties, et perdraient alors leur trait distinctif du simple fait du franchissement de la frontière⁸¹³.

Une version plus radicale de ce reproche existe également. Selon certains auteurs, en laissant aux parties la libre détermination de la loi applicable à leur contrat, les

⁸¹⁰ J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927, t. 16, p. 1, spéc. 5.

⁸¹¹ L'exposé que l'on propose ici des reproches et des difficultés liés au principe de l'autonomie de la volonté, ne se veut pas exhaustif. Sur ce point, v. notamment M. CALEB, *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Recueil Sirey, 1927 ; J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.* ; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.* ; A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties... », *op. cit.* ; F. B. VISCHER, « The antagonism... », *op. cit.* ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, *op. cit.* ; J.- M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, *op. cit.* ; V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.* ; C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Fundación de cultura universitaria, 1991 ; P. E. NYGH, *Autonomy in international contracts*, *op. cit.*, 1999 ; J. BASEDOW, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations », *RCADI* 2013, t. 360. Il faut aussi remarquer que certaines critiques sont liées à la manière dans laquelle le principe a été consacré dans chaque pays. Mario Giuliano, professeur de l'Université de Milan et rapporteur de la Convention de Rome de 1980, montre dans son cours à l'Académie de La Haye en 1977 que les questions et les inquiétudes se sont présentées différemment selon que le choix a été adopté par un texte de loi ou en jurisprudence, v. « La loi applicable... », *op. cit.*, p. 206.

⁸¹² H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, *op. cit.*, p. 9.

⁸¹³ J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 53.

contractants sont érigés en législateurs de leurs propres relations juridiques⁸¹⁴. Si l'on pousse au bout cette affirmation, il pourrait même être considéré que le choix constitue une atteinte à la souveraineté de l'État⁸¹⁵. Étant donné que la fonction législative est liée intimement à la souveraineté de l'État, ou plus précisément aux organes créés pour la servir, mettre entre les mains des particuliers la réglementation de leurs accords au détriment des États serait donc une violation de leur souveraineté. Il est important de relever l'affinité qui existe entre ce reproche et l'approche publiciste du droit international privé colombien⁸¹⁶.

294. Pendant de la critique en droit interne. – Par ailleurs, ce reproche constitue le prolongement dans le droit international privé de la critique générale faite à l'individualisme juridique en droit civil interne⁸¹⁷. Portée à l'extrême dans ces deux matières, l'autonomie de la volonté remettrait en cause l'encadrement de la volonté individuelle par la loi. Ainsi, en droit interne le dogme de l'autonomie de la volonté « traduit l'idée que la volonté est le fondement du droit »⁸¹⁸, une source du droit⁸¹⁹ et le fondement de la force obligatoire du contrat⁸²⁰.

De même, en matière de conflit de lois, certains détracteurs du principe de l'autonomie de la volonté ont considéré qu'en autorisant le choix de loi, la volonté des parties était placée au niveau de la loi, voire même à un niveau supérieur, ce qui reviendrait à ignorer que la première « doit toujours se mouvoir dans le cercle admis » par la seconde⁸²¹. Dans ces deux contextes, il semble que les objectifs de la critique soient donc les mêmes : réaffirmer l'autorité de la loi sur la volonté des individus et condamner *in fine* l'idée d'une volonté toute puissante au-dessus de la loi.

⁸¹⁴ Dans ce sens, J. BEALE, *A treatise on the conflict of laws*, Baker, Voorhis & Co., 1935, p. 1079-1080 ; A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties... », *op. cit.*, p. 769.

⁸¹⁵ J. BASEDOW, « The Law of Open Societies... », *op. cit.*, p. 178.

⁸¹⁶ *V. supra* n° 37.

⁸¹⁷ Dans son cours à La Haye, le doyen Niboyet n'a pas hésité à rapprocher sa critique de celle des civilistes, v. J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 51 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats » in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, L.G.D.J., 2015, p. 869, p. 875.

⁸¹⁸ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté...*, *op. cit.*, p. 132.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 9.

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 133.

⁸²¹ J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *loc. cit.*

295. Rejet du reproche. – L’argument fondé sur l’atteinte à l’impérativité de la loi n’a aucunement conduit au rejet du choix de la loi applicable⁸²², puisqu’il ne portait qu’au sujet des lois impératives et que les détracteurs du choix ont très vite fait des concessions par rapport aux lois dites supplétives⁸²³. Il a paru d’ailleurs difficile de condamner le choix sur la base de cette critique alors que certains pays l’avaient consacré dans leur code civil⁸²⁴. Même à l’égard des lois impératives, le reproche ne semble guère décisif car, lorsque le contrat présente des liens avec plusieurs ordres juridiques, il n’existerait pas « une loi qui voudrait impérativement s’appliquer au contrat, et à laquelle le choix des parties viendrait faire échec »⁸²⁵.

Néanmoins, ce reproche a conduit à établir des limites au choix. Ainsi, il a été admis qu’il emportait d’abord l’application des lois impératives de la loi choisie, puis qu’il ne faisait pas obstacle à l’application des lois de police du for, et enfin que les dispositions de la loi choisie pouvaient être écartées en cas d’incompatibilité avec l’ordre public du for⁸²⁶. Depuis, la reconnaissance du choix implique également celle de ses limites dans tous les textes contemporains⁸²⁷.

B. Une solution illogique

296. L’illogisme du principe. – La deuxième critique semble plus déterminante. Les critiques du principe ont fait valoir que son adoption en tant que critère de rattachement entraîne des problèmes logiques.

297. Illogisme au regard de l’efficacité du contrat. – D’une part, il existerait un illogisme fondamental dans « l’idée que la nullité du contrat pourrait être prononcée

⁸²² Ainsi, M. Jean-Michel Jacquet remarque que « l’on ne considère plus [...] que la désignation de la loi [...] constitue *per se* une atteinte à l’autorité de la loi », « La théorie de l’autonomie de la volonté », in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, S. Corneloup, N. Joubert (dirs.), LexisNexis, Litec, CREDIMI, 2011, p. 1, spéc. 5.

⁸²³ V. RANOUIL, *L’autonomie de la volonté...*, *op. cit.*, p. 100 s. ; J.-M. JACQUET, « La théorie de l’autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 4.

⁸²⁴ A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties... », *op. cit.*, p. 770 ; M. GIULIANO, « La loi applicable... », *op. cit.*, p. 208.

⁸²⁵ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 249 s., qui considère que cet obstacle théorique est inexistant.

⁸²⁶ En ce sens, *v. déjà* en 1957, la distinction proposée par Neumayer entre les dispositions impératives et les dispositions internationalement impératives « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit. DIP* 1957. 579 et 1958. 53, spéc. 53. P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 737-738, signalent que d’autres restrictions pourraient être envisagées, par exemple, définir l’internationalité du contrat, exiger un lien entre le contrat et la loi choisie, ou réserver la fraude.

⁸²⁷ Ces limites sont consacrées dans les textes les plus importants : dans la Convention de Rome aux arts. 3.3, 7 et 16 et dans le Règlement Rome I aux arts. 3.3, 3.4, 9 et 21. Et d’une manière différente, dans la Convention de Mexico aux arts. 11 et 18 et dans les Principes de La Haye à l’art. 11.

par application de la loi qu'il a lui-même désignée »⁸²⁸. Selon M. Vincent Heuzé, s'il est admis que la justification du choix réside en ce que la loi choisie conviendrait au contrat, lorsque l'une des dispositions de celle-ci contredit une clause du contrat « que les parties ont pris la peine d'édicter », il faudrait donc conclure que ladite loi « ne correspond pas à leurs souhaits » et, en toute rigueur, « en déduire que l'accord sur le choix de la loi est vicié et, comme tel, insusceptible de produire ses effets »⁸²⁹. Ces conclusions seraient confortées par la possibilité de dépeçage d'abord, parce que celui-ci pourrait expliquer la soumission d'une clause à une loi différente de celle choisie pour régir l'ensemble du contrat, et ensuite, par l'inconséquence qui existerait si le choix, qui n'a guère été limité, apparaissait frauduleux.

298. Réaction au reproche. – Cette critique a été accueillie par certains auteurs et a parfois inspiré la réglementation du conflit de lois en matière contractuelle. Ainsi, dans l'hypothèse où la loi élue annule le contrat, l'article 3112 du Code civil du Québec substitue la loi applicable à défaut de choix à la loi choisie, tandis que l'article 3.3 de la Résolution de Bâle du 31 août 1991 de l'Institut de droit international, prive de tout effet le choix des parties. La doctrine se réfère à cette solution comme la *lex validitatis* (*rule of validity*)⁸³⁰. Toutefois, il est important de remarquer qu'à l'origine la *lex validitatis* devait jouer lorsque, dans certaines circonstances bien précises⁸³¹, le choix avait été déduit du comportement des parties car, dans l'hypothèse d'un choix exprès, « il serait difficile d'expliquer comment l'application d'une autre loi serait également fondée sur l'intention des parties »⁸³².

299. Signification du choix : soumission ou incorporation. – De manière plus générale, ce reproche concerne le rapport entre la loi et le contrat : le choix soumet-il le second à la première ou plutôt incorpore-t-il la première dans le second ? Il s'agit du débat, dépassé aujourd'hui, qui a opposé les subjectivistes aux

⁸²⁸ V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 277.

⁸²⁹ *Ibid.*

⁸³⁰ A. A. EHRENZWEIG, *Private international law*, vol. I, Sijthoff, Oceana, 1967, p. 224 ; A. A. EHRENZWEIG, E. JAYME, *Private international law*, vol. III, Sijthoff, Oceana, 1977, p. 16-19 ; E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI* 1995, t. 251, p. 9, spéc. 161-162 ; P. E. NYGH, « The reasonable expectations of the parties... », *op. cit.*, p. 338-346.

⁸³¹ P. E. NYGH, « The reasonable expectations of the parties... », *op. cit.*, p. 345-346.

⁸³² A. A. EHRENZWEIG, E. JAYME, *Private international law*, vol. III, *loc. cit.*

objectivistes⁸³³, et qui a été décidé en faveur d'un « subjectivisme modéré » qui analyse le choix comme soumettant le contrat à la loi choisie⁸³⁴. En effet, les différents instruments internationaux prévoient que le contrat est « régi » par la loi choisie et permettent donc de l'annuler en vertu des dispositions de cette dernière⁸³⁵.

300. Illogisme au regard de l'efficacité du choix de la loi applicable. – D'autre part, l'analyse de la régularité du choix des parties lui-même révèle un autre illogisme. Il existe différentes possibilités pour apprécier l'efficacité du choix, mais aucune ne semble tout à fait satisfaisante sur le plan logique. Premièrement, la désignation de la loi applicable par les parties pourrait être appréciée au regard de la loi choisie (*lex contractus*). Pour M. Heuzé, cette possibilité serait « quoi qu'on [en] ait dit, tomber dans un cercle vicieux » car la loi élue ne pourrait « être appliquée qu'à condition d'être compétente »⁸³⁶. Cette affirmation néglige pourtant le fait que ce « n'est donc pas de la volonté des individus que découle l'applicabilité de la loi d'autonomie mais de la règle de droit qui permet aux parties de désigner la loi à laquelle sera soumis leur contrat »⁸³⁷. Deuxièmement, il serait possible d'évaluer le choix à partir d'une loi désignée à cet effet par les parties (*lex causae*). Mais cette solution crée un *regressus ad infinitum* : la question se posant à nouveau à chaque désignation effectuée par les parties.

Enfin, troisièmement, la régularité du choix peut être évaluée en application de la loi du juge saisi (*lex fori*). Bien que certains auteurs se soient montrés favorables à cette

⁸³³ Sur ce point, v. H. BATIFFOL, « Subjectivisme et objectivisme... » et « Sur la signification de la loi désignée par les contractants » in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, L.G.D.J., 1976, p. 249 et p. 271 ; *Grands arrêts*, n° 11, p. 100 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 734-738.

⁸³⁴ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, 2013, n° 579 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 736 et 747.

⁸³⁵ Il est possible de citer les conventions de La Haye de 1955 (art. 2, al. 1^{er}) et de 1986 (arts. 7.1 et 10.1) et de Rome (arts. 3.1 et 8.1), de Mexico (arts. 7, al. 1^{er} et 12, al. 1^{er}), ainsi que le Règlement Rome I (arts. 3.5 et 10.1) et, très récemment, les Principes de La Haye (arts. 2.1 et 9.1.e).

⁸³⁶ V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 233 ; dans ce sens, P. E. NYGH, *Autonomy in international contracts*, *op. cit.*, p. 89, qui qualifie d'absurdité logique la solution retenue par la Convention de Rome. *Contra* J. FOYER, « Le contrat d'*electio iuris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 169, spéc. 172 et 175, qui affirme que la Convention, en consacrant implicitement le contrat d'*electio iuris*, permet justement d'écarter une partie des objections, et considère que l'art. 8.1 est une règle matérielle internationale qui présume la validité du contrat d'*electio iuris* ; et dans ce sens aussi, C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté... », *op. cit.*, p. 359, qui distingue l'existence et la validité – soumises à loi choisie – de la licéité – qui est le résultat de la règle de conflit qui prévoit le choix. Pour une approche différente et plus récente, v. B. HAFTEL, « Pour en finir avec le cercle vicieux du principe d'autonomie (ou presque) », *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, L.G.D.J., 2014, p. 409, spéc. 411.

⁸³⁷ M.-L. NIBOYET, v° « Contrats internationaux – Détermination du droit applicable – Le principe d'autonomie (sa signification) », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 552-20, n° 5.

solution⁸³⁸, M. Heuzé considère que l'on ne fait qu'éviter la difficulté au lieu de la résoudre car il n'y aurait pas de raison plausible pour donner un traitement spécial à cette clause du contrat en la soumettant à la loi du for contrairement à toutes les autres clauses qui seraient quant à elles soumises à la *lex contractus*⁸³⁹.

Cependant, les ordres juridiques où le choix n'a pas été affirmé – comme le droit colombien – fournissent un exemple du fait que l'efficacité du choix dépend de la loi du for⁸⁴⁰. En effet, même en présence d'une clause expresse, la désignation de la loi applicable effectuée par les parties ne serait probablement pas efficace dans de tels systèmes. Si la prise en compte du choix dépend de la loi du for, la soumission de l'efficacité du choix à cette loi semble suffisamment justifiée, contrairement à ce qui affirme M. Heuzé.

301. Distinction de l'admissibilité et de la validité du choix. – Dans ce sens, il a été proposé de soumettre à des lois différentes les questions relatives à l'efficacité du choix. M. Peter Nygh a proposé, s'appuyant sur les jurisprudences australienne et anglaise, de distinguer les étapes du raisonnement menant à la détermination de la loi applicable à partir d'un choix et, par conséquent, l'admissibilité (*permissibility*) du choix de la validité du choix⁸⁴¹. Il serait donc nécessaire d'établir dans une première étape si le choix est permis. Dans une deuxième, il faudrait identifier la clause de choix ou les circonstances permettant d'en déduire un. Enfin, dans la troisième étape, il serait question de s'interroger sur la validité du choix.

Selon l'auteur, au cours des deux premières étapes le juge devrait statuer en application de sa loi. Bien qu'il considère qu'il s'agit de l'issue logique, il est conscient que cette solution introduit un risque de *forum shopping*⁸⁴². En revanche, dans la dernière étape, la loi ainsi identifiée – la loi choisie éventuellement – devrait être appliquée, sauf dans les cas où l'application d'autres lois a été rendue possible,

⁸³⁸ A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties... », *op. cit.*, p. 871-873.

⁸³⁹ Dans sa thèse, M. Heuzé analyse trois arguments avancés par la doctrine italienne pour expliquer le recours à la *lex fori* pour apprécier l'efficacité de la clause d'*electio iuris* (i) le choix comme un fait juridique que l'on doit se contenter de constater, ii) le choix comme un acte juridique non contractuelle et iii) le choix comme une règle de droit public, v. V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 237 à 240.

⁸⁴⁰ M.-L. NIBOYET, v° « Contrats internationaux... », *loc. cit.*

⁸⁴¹ P. E. NYGH, *Autonomy in international contracts*, *op. cit.*, p. 90.

⁸⁴² *Ibid.*, p. 90 et 93.

par exemple la loi du lieu où l'une des parties a sa résidence habituelle pour les questions de forme du contrat, y compris la forme que doit revêtir la clause de choix, ou de consentement.

302. La validité du choix dans les instruments internationaux. – Pourtant, les conventions de La Haye de 1955 (article 2, alinéa 3) et de 1986 (article 10.1) et de Rome (article 3.4), puis la Convention de Mexico (article 12) et le règlement Rome I (article 3.5) et, très récemment, les principes de La Haye (article 6), ont retenu l'application de la loi choisie pour déterminer l'existence et la validité du choix, malgré le défaut logique qu'elle présente.

C. Une solution imparfaite

303. Autres difficultés de la liberté de choix. – Mis à part les deux reproches mentionnés, le choix de la loi applicable soulève certaines difficultés qui remettent en cause les bénéfices qu'il est censé apporter. La nature conflictuelle de la règle a également été contestée.

304. L'internationalité du contrat. – Tout d'abord, la consécration du choix suppose que les hypothèses dans lesquelles les parties à un contrat peuvent choisir le droit applicable soient clairement définies. Il est normalement admis que cette possibilité est ouverte aux parties lorsque le contrat présente un caractère international. C'est ici que réside justement la première difficulté pratique de l'admission du choix. Pour définir ce caractère, la doctrine française distingue le critère juridique (les liens objectifs du contrat avec les ordres juridiques étatiques) du critère économique (la mise en cause des intérêts du commerce international), mais aucun ne s'impose de manière absolue⁸⁴³. Ainsi, avant l'entrée en vigueur de la convention de Rome, la jurisprudence française utilisait tantôt l'un tantôt l'autre, et les instruments internationaux en vigueur retiennent souvent des critères

⁸⁴³ V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 268-271 ; P. MAYER, « Réflexions sur la notion de contrat international », *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, P. Gauch, F. Werro, P. Pichonnaz (éds.), Schulthess, 2008, p. 873, spéc. 875 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 916-917 ; J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, 3^e éd., Dalloz, 2014, n° 16-20.

différents⁸⁴⁴. Bien que l'élection d'un critère pour déterminer l'internationalité du contrat soit difficile voire arbitraire, elle est indispensable pour bâtir un système soucieux des intérêts du droit international privé, ainsi que pour éviter des abus de la part des particuliers et le risque d'imprévisibilité résultant d'une trop grande liberté d'appréciation laissée aux juges⁸⁴⁵.

305. Le défaut de choix. – L'admission du choix crée ensuite la nécessité de prévoir une règle pour déterminer la loi applicable lorsqu'aucun choix n'a été fait⁸⁴⁶. En effet, même si les clauses de choix sont devenues monnaie courante, il se peut que les parties n'aient pas pu, compte tenu des circonstances, choisir la loi applicable⁸⁴⁷. Pour compléter leurs systèmes de conflit de lois en matière contractuelle, les instruments internationaux prévoient ainsi des règles à défaut de choix. Ces systèmes, appelés dualistes, font appel soit aux rattachements objectifs soit au principe de proximité, éléments que le choix de loi devait évincer. Mais c'est plus spécifiquement l'identification de la frontière entre les différentes situations qui est problématique. Étant donné que les formulations actuelles du principe ne soumettent (normalement) le choix à aucune condition de forme et autorisent le choix tacite, il est difficile de déterminer avec exactitude la frontière entre le choix non exprès et le défaut de choix⁸⁴⁸. Sauf pour l'hypothèse du choix exprès (qui n'est pas d'ailleurs nécessairement écrit), la détermination de la loi applicable au contrat reposerait donc en fin de compte sur le juge saisi, seul à pouvoir apprécier la situation concrète. Dans un système dualiste, la détermination de la loi du contrat n'atteint donc pas le degré de prévisibilité prétendu.

⁸⁴⁴ V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 268-271 ; P. MAYER, « Reflexions... », *loc. cit.*. Les textes abordent cette question sous différents angles, cf. Règlement Rome I (art. 1.1), Convention de Mexico de 1994 (art. 1, al. 2) et Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux (art. 1.2).

⁸⁴⁵ *V. infra* n° 431 s.

⁸⁴⁶ V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 242.

⁸⁴⁷ Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires des Principes de La Haye de 2015 : « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux. Rapport sur les travaux effectués et conclusions préliminaires », *Document préliminaire n° 22 A*, « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux. Aperçu et analyse des instruments existants », *Document préliminaire n° 22 B de mars 2007* et « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux. Le contexte de l'arbitrage international », *Document préliminaire n° 22 C de mars 2007* à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, p. 5, 18 et 8, respectivement. À cet égard, on regrette que la Conférence de La Haye n'ait pas proposé une règle pour cette hypothèse dans la version définitive de ses Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux.

⁸⁴⁸ *V. infra* n° 449 s.

306. Le choix de loi et la méthode conflictuelle. – Enfin, la doctrine française a longtemps débattu sur la nature du principe d'autonomie au regard des méthodes du droit international privé. La majorité des auteurs y voit une règle de conflit quelque peu spéciale. Ainsi, M. Jean-Michel Jacquet affirme que le principe comporte un infléchissement de la méthode conflictuelle traditionnelle car « le conflit de lois que la volonté des parties est appelée à résoudre est en rupture avec toute considération de proximité »⁸⁴⁹. De même, M. Pierre Mayer indique que le choix présente deux éléments qui le distinguent des autres règles de conflit : l'adoption d'un rattachement subjectif et l'exigence du caractère international du contrat⁸⁵⁰.

307. Le choix de loi et la méthode matérielle. – Toutefois, certains ont affirmé que le choix n'était pas une règle de conflit. Cette thèse fut défendue d'abord par France Deby-Gérard⁸⁵¹ puis, d'une manière plus approfondie et plus vigoureuse, par M. Heuzé⁸⁵². Mme Deby-Gérard a affirmé que le principe de choix de loi est une règle de droit matériel, une règle de droit international privé matériel propre aux relations internationales, qui « consiste en la faculté, pour les parties à un contrat international... de choisir le droit applicable à leurs stipulations »⁸⁵³. Dans ce sens, M. Heuzé, qui au sujet de l'annulation du contrat en vertu de la loi choisie dénonçait l'illogisme et la confusion sur lesquels repose l'analyse du principe d'autonomie comme une règle de conflit, a conclu que le principe de l'autonomie de la volonté est « la traduction d'une réglementation des contrats internationaux par le procédé des règles de droit international privé matériel »⁸⁵⁴.

Bien que ce débat n'ait pas vraiment retenu l'attention des auteurs en dehors de la France, il mérite d'être évoqué ici car l'évolution de la matière exige une nouvelle réflexion sur la justesse de l'analyse « matérielle » du choix de loi, même si cela déborde le débat sur la nature de la règle. Ainsi, ce sont sans doute des considérations matérielles qui ont amené certains auteurs à affirmer que le

⁸⁴⁹ J.-M. Jacquet, parle d'un infléchissement méthodologique, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 10-12.

⁸⁵⁰ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 739.

⁸⁵¹ F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, préf. B. Goldman, Dalloz, 1973, p. 255-258.

⁸⁵² *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 231-287.

⁸⁵³ F. DEBY-GERARD, *Le rôle...*, *op. cit.*, n° 321.

⁸⁵⁴ V. HEUZE, *La réglementation...*, *op. cit.*, n° 287.

fondement de la liberté des parties de choisir le droit applicable peut se trouver dans les libertés fondamentales et le droit naturel⁸⁵⁵. Il n'en reste pas moins que la « règle de conflit qui consacre le pouvoir des parties de choisir la loi applicable n'est pas différente, structurellement, de la règle de conflit savignienne », puisqu'elle affecte à une catégorie de droit – contrats – un critère de rattachement – la volonté des parties⁸⁵⁶.

Les griefs étudiés ne sont pas dirimants et n'ont pas empêché la consécration de la liberté de choix de loi ni sa progression en droit international privé comparé. En effet, face aux avantages que le choix de loi procure, les difficultés que celui-ci soulève ne sont pas suffisamment fortes pour conduire à son rejet. Cependant, elles ont permis d'affiner la liberté de choix de loi, ce qui était nécessaire. C'est donc vers l'étude des justifications de la liberté de choix qu'il faut maintenant se tourner.

§2. La réaffirmation du choix de loi

308. Les avantages du choix. – En dépit de l'acharnement et de la virulence des « *attaques* », pour reprendre la métaphore employée par Mme Ranouil, le principe d'autonomie de la volonté a survécu. Il en est très probablement ainsi parce qu'il présente des avantages importants qui en justifient la consécration. Ceux-ci concernent tant le règlement du conflit de lois lui-même (A) que la réalisation de certains objectifs généraux communs à la plupart des ordres juridiques (B).

A. L'argument de caractère conflictuel

309. La prévisibilité des solutions. – L'adoption de la liberté de choix apporte une solution satisfaisante au conflit de lois en matière de contrats. Le choix de loi offre un degré de prévisibilité qui ne peut pas être atteint par les critères de rattachement qui reposent sur les éléments objectifs du contrat (dont la valeur très relative et le risque de forum shopping ont été démontrés précédemment)⁸⁵⁷. En

⁸⁵⁵ J. BASEDOW, « The Law of Open Societies... », *op. cit.*, p. 205 et 206. *V. infra* n° 314.

⁸⁵⁶ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 739. Selon une analyse récente, le principe d'autonomie ne correspond à aucun des éléments de la distinction traditionnelle de normes impératives et supplétives et doit être qualifié de norme permissive, v. C. COHEN, *Les normes permissives en droit international privé. Étude critique*, Thèse dactyl. Paris II, 2015, n° 67-71, spéc. 70.

⁸⁵⁷ *V. supra* titre II de la partie I ; dans ce sens, M. GIULIANO, « La loi applicable... », *op. cit.*, p.212 ; M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 238, p.176. Sur la prévisibilité en droit international privé,

effet, lorsque les tribunaux sont tenus de respecter un choix efficace, la coïncidence entre la règle de conduite et la règle de décision est assurée⁸⁵⁸ ; les parties connaîtront ainsi à l'avance la loi selon laquelle leur opération et leur comportement seront appréciés.

Par ailleurs, le choix est le « meilleur moyen d'éviter les complications de la méthode conflictuelle » car la consécration du choix est normalement accompagnée de l'exclusion du renvoi et résout certaines difficultés liées au conflit de lois dans le temps⁸⁵⁹. Il constitue en plus un remède à l'inadéquation des facteurs de rattachement traditionnels. La liberté de choix déjoue également les complications des méthodes *in concreto* car elle fournit au juge, sans que celui-ci ait à mener un raisonnement complexe, les règles de conduite qui lui serviront à trancher le litige.

Pour certains, il serait possible d'atteindre une « parfaite prévisibilité »⁸⁶⁰. Il est en tout cas certain qu'en autorisant le choix, l'ordre juridique sauvegarde l'intérêt élémentaire des particuliers à connaître et à protéger leurs droits et obligations en dépit des facteurs d'incertitude propres aux relations privées internationales⁸⁶¹. La majorité des auteurs salue un mécanisme qui garantit la sécurité juridique et dont la mise en œuvre ne nécessite pas l'intervention d'un juge⁸⁶².

310. Le choix de loi et les intérêts du droit international privé. – D'une manière plus générale, la liberté de choix, telle qu'elle est conçue à l'heure actuelle, établit un bon équilibre entre les différents intérêts que toute réglementation d'un conflit de lois doit satisfaire : elle donne aux parties la possibilité de prévoir la loi

z. B. REMY, « Des notions de la prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 791.

⁸⁵⁸ *Grands arrêts*, p. 99-100.

⁸⁵⁹ M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 238.

⁸⁶⁰ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 733.

⁸⁶¹ C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté... », *op. cit.*, p. 338.

⁸⁶² *Grands arrêts, loc. cit.* ; C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté... », *op. cit.*, p. 339 ; W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990. 657, spéc. 669 ; M. GIULIANO, « La loi applicable... », *loc. cit.*, p. 212 ; B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la "crise" des conflits de lois) », *RCADI* 1984, t. 186, p. 219, spéc. 291 ; P. E. NYGH, *Autonomy in international contracts, op. cit.*, p. 2-3 ; A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties... », *op. cit.*, p. 830 qui parle de « certitude » ; D. P. Fernández Arroyo, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 178, spéc. 185.

applicable – l'intérêt des particuliers est ainsi pris en compte de manière adéquate – tout en réservant l'intervention des lois impératives des États ayant des liens avec le contrat – les intérêts de ces derniers sont également pris en compte⁸⁶³. La liberté de choix serait donc la meilleure solution au conflit de lois en matière des contrats qui puisse être envisagée⁸⁶⁴. Il en est d'autant plus ainsi que grâce à son expansion, la réglementation du conflit de lois des contrats atteint un niveau élevé d'uniformité⁸⁶⁵.

B. Les arguments de caractère matériel

311. Analyse économique du choix de loi. – L'analyse économique du droit aboutit, par ailleurs, à une conclusion similaire à l'égard de la liberté de choix. Si « les individus sont présumés être des *maximiseurs* rationnels de leur bien-être et avoir une connaissance particulière de leurs préférences inaccessible aux autres »⁸⁶⁶, remettre la désignation de la loi applicable entre les mains des contractants constituerait une approche efficace au conflit de lois car le choix leur permet de concrétiser leurs désirs sur ce point et de consolider, par conséquent, la sécurité juridique de leur opération⁸⁶⁷. Mais la prévisibilité semble ici une conséquence indirecte de l'objectif matériel d'efficacité économique⁸⁶⁸.

312. Renforcement de la liberté des particuliers. – Le choix de loi trouve ainsi une justification du point de vue des individus car il renforce leur activité en tant qu'acteurs économiques internationaux. D'une part, il favorise la conclusion des contrats internationaux. Ainsi, M. Mayer relève que « les problèmes liés à la loi applicable et au juge compétent peuvent faire échouer la négociation d'un contrat car

⁸⁶³ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, n° 102 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 160 ; C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté... », *op. cit.*, p. 338.

⁸⁶⁴ Kegel y voyait une solution pis-aller, rapporté par Kohler, C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté... », *op. cit.*, p. 336.

⁸⁶⁵ A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties... », *loc. cit.*, p. 830. M. Erik Jayme, rapporteur de la résolution de Bâle de l'Institut de droit international du 31 août 1991 sur « L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées », considère qu'il s'agit « d'une des solutions spontanément uniformes », Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 64, t. I, Pedone, 1991, p. 63.

⁸⁶⁶ A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties... », *op. cit.*, p. 831 ; Giesela Rühl, « Party Autonomy in the Private International Law of Contracts : Transatlantic Convergence and Economic Efficiency », in *Conflict of Laws in a Globalized World*, E. Gottschalk, R. Michaels et al. (éds.), Cambridge Univ. Press, 2007, p. 153, spéc. 177. L'auteur affirme également que le choix de loi satisfait deux modèles d'efficacité économique : Pareto et Kaldor-Hicks.

⁸⁶⁷ H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé : réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions », *RCADI* 2004, t. 307, p. 25, spéc. 128 ; P. E. NYGH, *Autonomy in international contracts*, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁶⁸ Cette approche est pourtant discutable, v. J. BASEDOW, « The Law of Open Societies... », *op. cit.*, p. 194-196.

[les parties] éprouvent instinctivement une certaine réticence à renoncer à leur environnement juridique, la liberté de choix peut [alors] débloquer la situation »⁸⁶⁹.

313. Adéquation de la loi choisie au contrat. – D'autre part, le choix de loi, tel qu'il a été consacré dans les différents instruments internationaux, peut porter sur une loi bien adaptée aux souhaits des parties. M. Jacquet affirme qu'il s'agit du « véritable fondement de la loi d'autonomie »⁸⁷⁰. Les contractants peuvent ainsi désigner la loi qui convient à leur contrat parce qu'elle serait la plus avantageuse ou la plus appropriée à leur opération⁸⁷¹. Dans ce sens, pour M. Mayer, la liberté de choix s'avère particulièrement commode, même en présence d'un contrat interne, dans deux hypothèses : lorsque le contrat s'exécute matériellement dans un pays étranger et lorsque le contrat s'insère dans un groupe de contrats. Effectivement, dans la première hypothèse, il serait plus pratique d'appliquer la loi de l'État où l'exécution a lieu et, dans la seconde, il y aurait un intérêt à soumettre tous les contrats à une même loi⁸⁷². Il est dès lors raisonnable de permettre aux parties de choisir la loi applicable à leur contrat.

314. Liberté de choix en tant que liberté fondamentale. – En outre, certains auteurs voient dans la liberté de choix de la loi applicable un droit fondamental. Cette analyse a été proposée par M. Jürgen Basedow dans son cours général à l'Académie de droit international de La Haye⁸⁷³. Selon cet auteur, il s'agit d'un droit fondamental opposable aux États dont les tribunaux seraient compétents pour trancher le litige concernant un contrat international, ce qui oblige ces derniers à reconnaître le choix de loi en tant qu'instrument pour atteindre la sécurité juridique dans un monde globalisé⁸⁷⁴.

Le professeur Basedow fonde son analyse sur les articles 28⁸⁷⁵ et 17⁸⁷⁶ de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, dont il tire

⁸⁶⁹ P. MAYER, « Réflexions... », *op. cit.*, p. 880.

⁸⁷⁰ J.-M. JACQUET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 7.

⁸⁷¹ M. GIULIANO, « La loi applicable... », *op. cit.*, p. 213 ; A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties... », *op. cit.*, p. 831.

⁸⁷² P. MAYER, « Réflexions... », *op. cit.*, p. 880.

⁸⁷³ J. BASEDOW, « The Law of Open Societies... », *op. cit.*,

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 201-202.

⁸⁷⁵ « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet ».

l'affirmation suivante : « l'ordre international, auquel chaque État contribue à travers son droit international privé, doit être configuré de sorte que l'individu jouisse de sécurité juridique concernant son droit de propriété »⁸⁷⁷. Or la prévisibilité des effets des contrats dans lesquels le droit de propriété est constitué ou modifié, ne peut pas dépendre du tribunal et du droit de conflit de lois de ce dernier. Par conséquent, les efforts des parties pour assurer la sécurité juridique doivent être reconnus et respectés dans une perspective de droits fondamentaux. La liberté de choix de loi, mécanisme qui poursuit la sécurité juridique, serait donc une liberté fondamentale.

Cette analyse n'est pas totalement inédite. En effet, la résolution de Bâle de l'Institut de droit international sur l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées du 31 août 1991, affirme dans son préambule que l'autonomie de la volonté est « l'un des principes de base du droit international privé » et qu'elle est « consacrée comme liberté individuelle par plusieurs conventions et par diverses résolutions de Nations unies ». À cet égard, le rapport, élaboré par Erik Jayme, précise que « l'autonomie de la volonté des parties pour choisir la loi applicable à un contrat international fait partie des libertés plus vastes de l'individu, qui comprennent aussi le droit "au développement" de ses capacités économiques en vue d'atteindre le mieux-être matériel »⁸⁷⁸. Cette analyse est inspirée de l'idée de Mancini selon laquelle l'ordre juridique consiste dans l'accord de la liberté privée et individuelle avec l'exercice du pouvoir social, l'action de ce dernier s'arrêtant « là où elle rencontre la liberté inoffensive et dès lors légitime des particuliers »⁸⁷⁹.

315. La promotion du commerce international. – Enfin, le choix de la loi applicable promeut le commerce international ; ce qui est en soi une bonne chose

⁸⁷⁶ « 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété.

2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété. »

⁸⁷⁷ J. BASEDOW, « The Law of Open Societies... », *op. cit.*, p. 202.

⁸⁷⁸ « Rapport définitif », in *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 64, t. I, Pedone, 1991, p. 62-79, spéc. 65.

⁸⁷⁹ P. S. MANCINI, « De l'utilité... », *op. cit.*, p. 221-239 et 285-309, spéc. 292.

pour certains⁸⁸⁰. En effet, en vertu du principe, les opérations commerciales internationales jouissent de la prévisibilité et de la souplesse qui sont nécessaires à leur développement⁸⁸¹. M. Audit affirme qu'il s'agit d'une justification fonctionnelle de la faculté de choix car la plupart des États admettent la nécessité « de participer au commerce international par le biais de leurs opérateurs », position qui serait préférable à l'autarcie⁸⁸².

316. Conclusion du chapitre. - La simplicité (et la brièveté) des justifications en faveur de la liberté de choix contraste avec la virulence de la critique dont elle fût l'objet. Mais le débat doctrinal n'aura pas été sans intérêt car il a servi à mieux identifier tant les difficultés du choix de loi que les raisons qui recommandent son adoption : la prévisibilité des solutions et le renforcement de la liberté individuelle. Il semble d'ailleurs que la liberté de choix de la loi applicable ne soit que le résultat de l'évolution de la pensée juridique en matière de contrats. Des justifications simples pour une solution raisonnable expliquent ensemble que l'affirmation de la liberté de choix a sans surprise été suivie de son expansion.

⁸⁸⁰ A. CURTI GIALDINO, « La volonté des parties... », *op. cit.*, p. 834 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 733.

⁸⁸¹ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé, op. cit.*, n° 575, qui évoque sur ce point la position du doyen Lerebours-Pigeonnière ; *Grands arrêts* p. 99-100 ; C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté... », *op. cit.*, p. 339.

⁸⁸² B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI* 2003, t. 305, p. 296-297.

CHAPITRE II

LA CONSOLIDATION DE LA LIBERTE DE CHOIX DE LOI

317. La progression du choix. – Une étude menée par la Conférence de La Haye dans le cadre de l'élaboration des principes de La Haye a conclu en 2009 que « l'autonomie de la volonté des parties semble se consolider progressivement à l'échelle internationale »⁸⁸³. En effet, les lois et les conventions internationales qui consacrent la liberté de choix de la loi applicable sont aujourd'hui nombreuses (section I). Mais il existe également des textes non contraignants qui en font la promotion (section II). Ces nombreuses sources illustrent les différentes voies que la Colombie pourrait emprunter si elle décidait de consacrer le choix de loi.

Section I - L'expansion de la liberté de choix

318. Entre sources internationales et nationales. – Suite au développement de la liberté de choix dans certains pays⁸⁸⁴, des instruments interétatiques l'ont adoptée comme règle de conflit uniforme (§1). Néanmoins, l'intérêt de consacrer la liberté de choix dans les législations nationales n'a pas disparu, ce qui justifie leur étude (§2).

§1. Consécration dans les instruments internationaux

319. L'apport des organisations internationales. – Plusieurs organisations internationales ont contribué à l'essor de la liberté de choix. Certains instruments ont été élaborés sous l'initiative des institutions dont la portée est mondiale (A), d'autres sont le fruit d'efforts d'intégration régionale (B).

A. Les initiatives mondiales

320. Conférence de La Haye. – L'expansion de la liberté de choix a pour point de départ la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels⁸⁸⁵. Il semble que ce soit le premier instrument international à avoir autorisé les contractants à choisir la loi

⁸⁸³ Document préliminaire n° 7, mars 2009, §7.

⁸⁸⁴ *V. supra* n° 287 s.

⁸⁸⁵ Cette convention est en vigueur depuis le 1^{er} septembre 1964 dans 8 pays.

applicable, ce qui constituait encore à cette époque une solution inédite sur le plan conventionnel. Cette convention consacre le principe d'autonomie à l'alinéa premier de l'article 2, dans les termes suivants : « La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes ».

Depuis, le choix a été consacré dans d'autres conventions élaborées par la Conférence portant des règles de conflit de lois en matière contractuelle, comme par exemple la convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation (articles 5 et 14)⁸⁸⁶ et la convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (article 7)⁸⁸⁷.

321. Unidroit. – L'Institut international pour l'unification de droit privé s'est aussi fait l'écho du choix de la loi applicable dans plusieurs textes. Ainsi, les différents protocoles à la convention relative aux garanties internationales signée au Cap le 16 novembre 2001 consacrent la liberté de choix. Il s'agit des protocoles portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques⁸⁸⁸, au matériel roulant ferroviaire⁸⁸⁹ et aux biens spatiaux⁸⁹⁰.

322. Consécration indirecte : l'arbitrage international. – La liberté de choix de loi a été affirmée dans le cadre de l'arbitrage international. Ainsi, elle est prévue à l'article VII de la convention européenne sur l'arbitrage commercial international conclue à Genève le 21 avril 1961⁸⁹¹ et à l'article 42.1 de la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États⁸⁹².

⁸⁸⁶ Seuls quatre pays sont contractants à cette convention qui est entrée en vigueur le 1^{er} mai 1992.

⁸⁸⁷ Cette convention n'est pas entrée en vigueur.

⁸⁸⁸ Signé au Cap le 16 novembre 2001, ce protocole prévoit le choix de la loi applicable à l'article VIII. Il est en vigueur depuis le 1^{er} mars 2006 dans 63 pays dont, le Brésil, la Chine, la Colombie, les États-Unis d'Amérique, l'Inde, le Mexique et la Russie. L'Union européenne a adhéré au protocole le 28 avril 2009.

⁸⁸⁹ Signé à Luxembourg le 23 février 2007, il prévoit la liberté de choix à l'article VI. Ce protocole n'a pas encore entré en vigueur.

⁸⁹⁰ Signé à Berlin le 9 mars 2012, il prévoit la liberté de choix à l'article VIII. Ce protocole n'est pas en vigueur.

⁸⁹¹ Cette convention a été conclue à l'initiative de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies. Elle a été ratifiée aussi par des États non européens comme Cuba et le Burkina Faso.

⁸⁹² La convention CIRDI, élaborée sous l'égide de la Banque mondiale, a été ratifiée par 161 pays du monde.

La progression du choix était indéniable, mais elle demeurait incomplète. Bien que l'arbitrage international semble se veuille particulièrement bien adapté à la résolution de litiges portant sur des contrats internationaux, il n'y a pas de raisons pour négliger le contentieux judiciaire qui restait pour l'instant à l'écart de toute unification de portée générale.

323. Appréciation de cette consécration. – Il est important de remarquer qu'en dépit de la portée mondiale de ces instruments, ils ne constituent qu'une affirmation fragmentaire de la liberté de choix. En effet, leur champ d'application est limité tant du point de vue matériel (ils ne concernent que certains contrats spéciaux) que territorial (ils ne lient qu'un nombre relativement réduit d'États). De plus, compte tenu du faible nombre de ratifications et d'adhésions, certains textes ne sont pas, ou pas encore, entrés en vigueur. En matière d'arbitrage international, la liberté de choix a reçu une consécration indirecte et limitée car son exercice dépend de la soumission du litige à ce mécanisme de résolution des différends. Même si la contribution de ces textes à l'expansion de la solution ne fait pas de doutes, la liberté de choix avait encore besoin d'un instrument d'ensemble, ce qui a été réalisé à un autre niveau : le niveau régional.

B. L'intégration régionale

324. En Europe : la convention de Rome. – Pour que le choix de loi se consolide en tant que solution de principe, il fallait un instrument couvrant l'ensemble de la matière contractuelle et applicable aussi aux litiges soumis aux juridictions étatiques. L'attente n'aura pas été longue. Dès la fin des années soixante, les États membres de la Communauté économique européenne ont entamé des travaux pour élaborer des textes d'unification des règles de conflit⁸⁹³. Ces efforts ont conduit à la conclusion d'une convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980. Cet instrument constitue un pas décisif dans la consolidation du choix de loi car il confirmait et unifiait pour l'Europe la solution au conflit de lois en matière de contrats.

⁸⁹³ Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles par MM. Mario Giuliano et Paul Lagarde, publié au JOCE n° C-282/1 le 31 octobre 1980, spéc. p. 4 (ci-après Rapport Giuliano-Lagarde).

325. Une solution avantageuse. – L'article 3 de cette convention consacre la liberté de choix dans les termes suivants : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Dans leur rapport, MM. Mario Giuliano et Paul Lagarde ont relevé que le choix de loi avait déjà été affirmé dans le droit positif de tous les pays membres de la Communauté et qu'il avait été adopté également dans plusieurs instruments internationaux liant ces pays⁸⁹⁴. Une convention d'unification présentait pourtant un grand avantage : « le niveau de la sécurité juridique en serait élevé, la confiance dans la stabilité des relations juridiques renforcée, les accords sur la compétence en fonction du droit applicable facilités, et la protection des droits acquis pour l'ensemble du droit privé accrue »⁸⁹⁵.

Cet avantage a été conforté par les changements socio-politiques survenus depuis en Europe. En effet, lors de son entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, la convention liait seulement huit États européens, mais grâce aux élargissements progressifs de la Communauté européenne, elle était applicable dans les 27 pays de la Communauté avant d'être remplacée par un règlement européen en 2009.

326. Particularités de la convention. – La Convention de Rome précise plusieurs aspects de la liberté de choix. Tout d'abord, celle-ci peut être exercée dès lors qu'il y a un conflit de lois, sans qu'aucune hiérarchie des points de contact n'ait été fixée ; tout élément d'extranéité rend possible le choix de loi. Quant à l'objet du choix, ensuite, les parties peuvent choisir la loi de l'État qu'elles désirent ; aucun lien entre le contrat et la loi choisie n'est exigé. Le choix des règles non étatiques n'est pas condamné par la convention, mais le juge doit, face un tel choix, déterminer la loi du contrat en application de l'article 4 (*Loi applicable à défaut de choix*)⁸⁹⁶. La convention n'impose d'ailleurs aucune formalité au choix et autorise le choix tacite et le dépeçage (article 3.1)⁸⁹⁷. En outre, le choix de loi peut avoir lieu après la conclusion

⁸⁹⁴ Rapport Giuliano-Lagarde, p. 15-16.

⁸⁹⁵ Rapport Giuliano-Lagarde, p. 4.

⁸⁹⁶ P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991, p. 287, spéc. 300-301.

⁸⁹⁷ « Article 3 Liberté de choix. 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.

2. Les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions de la présente

du contrat et peut être modifié à tout moment sans que cela n'affecte la validité formelle du contrat et ne porte atteinte aux droits des tiers (article 3.2). Enfin, la convention a encadré la liberté de choix dans les contrats conclus par les consommateurs (article 5) et de travail (article 6)⁸⁹⁸.

La consécration du choix supposait également l'adoption d'une règle pour résoudre les cas d'absence ou d'inefficacité du choix⁸⁹⁹. En effet, la réponse des différents pays membres à cette hypothèse n'était pas la même ; la règle à défaut de choix de la Convention de Rome constitue ainsi l'un de ces principaux apports à l'unification du droit international privé⁹⁰⁰.

convention. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable, intervenue postérieurement à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 9 et ne porte pas atteinte aux droits des tiers ».

⁸⁹⁸ « Article 5 Contrats conclus par les consommateurs. 1. Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture.

2. Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle :

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou
- si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ou
- si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.

3. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article.

4. Le présent article ne s'applique pas :

- a) au contrat de transport ;
- b) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.

5. Nonobstant les dispositions du paragraphe 4, le présent article s'applique au contrat offrant pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement.

Article 6 Contrat individuel de travail. 1. Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.

2. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi : a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays

ou b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable ».

⁸⁹⁹ Sur ce point, v. H. GAUDEMET-TALLON, v° « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 – Détermination de la loi applicable – Domaine de la loi applicable », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 552-15, n° 26 s. ; J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 129 s.

⁹⁰⁰ Rapport Giuliano-Lagarde, p. 18-20.

327. Transformation de la convention en règlement. – Depuis le 17 décembre 2009, la convention a été remplacée par le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) et la liberté de choix de loi en est sortie renforcée. Ainsi, dans son préambule, le règlement affirme que « La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles » (n° 11). La réglementation du choix de loi mise en place par la convention est restée presque inchangée⁹⁰¹. Deux modifications méritent toutefois d'être évoquées ici⁹⁰². D'une part, le règlement contient des règles spéciales pour les contrats d'assurance (article 7)⁹⁰³, qui étaient exclus du champ d'application de la

⁹⁰¹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 899, p. 805 ; S. BOLLEE, S. LEMAIRE, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I », *D.* 2008. 2155 ; P. LAGARDE, A. TENENBAUM, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008. 727 ; H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009. 3.

⁹⁰² Bien d'autres éléments de ce règlement seront évoqués dans la suite.

⁹⁰³ « Article 7 Contrats d'assurance. 1. Le présent article s'applique aux contrats visés au paragraphe 2, que le risque couvert soit situé ou non dans un État membre, et à tous les autres contrats d'assurance couvrant des risques situés à l'intérieur du territoire des États membres. Il ne s'applique pas aux contrats de réassurance.

2. Les contrats d'assurance couvrant des grands risques, tels que définis à l'article 5, point d), de la première directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice sont régis par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3 du présent règlement.

À défaut de choix par les parties de la loi applicable, le contrat d'assurance est régi par la loi du pays où l'assureur a sa résidence habituelle. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays, la loi de cet autre pays s'applique.

3. Dans le cas d'un contrat d'assurance autre qu'un contrat relevant du paragraphe 2, les parties peuvent uniquement choisir comme loi applicable conformément à l'article 3 :

a) la loi de tout État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat ;
b) la loi du pays dans lequel le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ;
c) dans le cas d'un contrat d'assurance vie, la loi de l'État membre dont le preneur d'assurance est ressortissant ;
d) dans le cas d'un contrat d'assurance couvrant des risques limités à des sinistres survenant dans un État membre autre que celui où le risque est situé, la loi de l'État membre de survenance ;
e) lorsque le titulaire d'un contrat d'assurance relevant du présent paragraphe exerce une activité commerciale, industrielle ou libérale et que le contrat d'assurance couvre deux ou plusieurs risques relatifs à ces activités et situés dans différents États membres, la loi de l'un des États membres concernés ou la loi du pays de résidence habituelle du preneur d'assurance. Lorsque, dans les cas visés aux points a), b) ou e), les États membres mentionnés accordent une plus large liberté de choix de la loi applicable au contrat d'assurance, les parties peuvent faire usage de cette liberté.

À défaut de choix par les parties de la loi applicable conformément au présent paragraphe, le contrat est régi par la loi de l'État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat.

4. Les règles supplémentaires suivantes s'appliquent aux contrats d'assurance couvrant des risques pour lesquels un État membre impose l'obligation de souscrire une assurance :

a) le contrat d'assurance ne satisfait à l'obligation de souscrire une assurance que s'il est conforme aux dispositions spécifiques relatives à cette assurance prévues par l'État membre qui impose l'obligation. Lorsqu'il y a contradiction entre la loi de l'État membre où le risque est situé et celle de l'État membre qui impose l'obligation de souscrire une assurance, cette dernière prévaut ;
b) par dérogation aux paragraphes 2 et 3, un État membre peut disposer que le contrat d'assurance est régi par la loi de l'État membre qui impose l'obligation de souscrire une assurance.

convention, et pour les contrats de transport (article 5)⁹⁰⁴. Elles envisagent tant l'hypothèse du choix de loi, pour l'encadrer, que celle où celui-ci fait défaut. D'autre part, la règle pour déterminer la loi applicable à défaut de choix a été profondément remaniée. Le nouvel article 4 prévoit des rattachements fixes pour certains contrats nommés (alinéa 1), puis un rattachement subsidiaire (alinéa 2) et une clause d'exception (alinéa 3), et enfin, en cas d'impossibilité de déterminer la loi du contrat, l'application du principe de proximité (alinéa 4).

328. En Amérique : la convention de Mexico. – La liberté de choix a aussi été adoptée par voie conventionnelle dans certains pays d'Amérique. La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, signée à Mexico le 18 mars 1994⁹⁰⁵, consacre le principe dans son article 7. La Commission interaméricaine de droit international privé – organe de l'Organisation d'États Américains (OEA) – s'est inspirée de la Convention de Rome, mais il existe quelques différences entre les deux instruments⁹⁰⁶.

5. Aux fins du paragraphe 3, troisième alinéa, et du paragraphe 4, lorsque le contrat couvre des risques situés dans plus d'un État membre, le contrat est considéré comme constituant plusieurs contrats dont chacun ne se rapporte qu'à un seul État membre.

6. Aux fins du présent article, le pays où le risque est situé est déterminé conformément à l'article 2, point d), de la deuxième directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance vie et fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et, dans le cas de l'assurance vie, le pays où le risque est situé est le pays de l'engagement, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point g), de la directive 2002/83/CE ».

⁹⁰⁴ « Article 5 Contrats de transport. 1. À défaut de choix exercé conformément à l'article 3, la loi applicable au contrat de transport de marchandises est la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle, pourvu que le lieu de chargement ou le lieu de livraison ou encore la résidence habituelle de l'expéditeur se situe aussi dans ce pays. Si ces conditions ne sont pas satisfaites, la loi du pays dans lequel se situe le lieu de livraison convenu par les parties s'applique.

2. À défaut de choix exercé conformément au deuxième alinéa du présent paragraphe, la loi applicable au contrat de transport de passagers est la loi du pays dans lequel le passager a sa résidence habituelle, pourvu que le lieu de départ ou le lieu d'arrivée se situe dans ce pays. Si ces conditions ne sont pas satisfaites, la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle s'applique.

Les parties ne peuvent choisir comme loi applicable au contrat de transport de passagers, conformément à l'article 3, que la loi du pays dans lequel :

- a) le passager a sa résidence habituelle, ou
- b) le transporteur a sa résidence habituelle, ou
- c) le transporteur a son lieu d'administration centrale, ou
- d) le lieu de départ est situé, ou
- e) le lieu de destination est situé.

3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ».

⁹⁰⁵ La convention de Mexico a été ratifiée seulement par deux pays : le Mexique et le Venezuela, et est entrée en vigueur le 15 décembre 1996. Une version française du texte est parue à la *Rev. crit. DIP* 1995.173.

⁹⁰⁶ D. P. FERNANDEZ ARROYO, « La Convention interaméricaine... » *op. cit.*, p. 181.

Dans la convention de Mexico, tout d'abord, l'internationalité est clairement définie : la liberté de choix est réservée aux contrats internationaux, c'est-à-dire ceux dont les parties ont leur résidence habituelle dans des États parties différents. Ensuite, la règle à défaut de choix est aussi différente de celle du texte européen, mais elle est peu claire (article 9)⁹⁰⁷. En effet, le critère de la prestation caractéristique ayant été écarté⁹⁰⁸, le juge doit, lors de la mise en œuvre du principe de proximité qui est repris, tenir compte des « principes généraux du droit commercial international acceptés par les organisations internationales » (alinéa 2). Enfin, la convention de Mexico semble autoriser le dépeçage judiciaire du contrat (alinéa 3)⁹⁰⁹.

Malheureusement, la convention n'a été ratifiée que par deux pays : le Mexique et le Venezuela. Même si elle est entrée en vigueur, ni l'objectif d'unification ni celui de la consolidation de la liberté de choix dans le continent américain, n'ont été atteints. Par ailleurs, le critère d'internationalité adopté par la convention restreint logiquement son champ d'application aux contrats ayant certains liens objectifs avec plusieurs États parties. Par conséquent, la ratification de la convention de Mexico ne suffirait pas à faire du choix de loi la solution de principe ; chaque État est donc obligé de le consacrer dans son droit interne. Cette convention est cependant un texte à ne pas négliger car il s'agit d'un instrument d'intégration régionale qui offre des solutions théoriquement intéressantes.

§2. Consécration dans les législations nationales

329. Liberté de choix dans les droits nationaux. Exemples. – La législation de certains États rend également compte de l'expansion de la liberté de choix de la loi applicable dans le monde. Trois exemples, tirés de trois continents différents,

⁹⁰⁷ « Article 9. Lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable ou lorsque ce choix s'avère inefficace, le contrat est régi par la loi de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Le tribunal tient compte de tous les facteurs objectifs et subjectifs identifiés dans le contrat en vue de déterminer la loi de l'Etat avec lequel il a les liens les plus étroits. Il tient également compte des principes généraux du droit commercial international reconnus par les organisations internationales.

Néanmoins, lorsqu'une des clauses du contrat peut être séparée du reste du contrat et qu'elle est étroitement liée à un autre Etat, la loi de cet Etat pourra, à titre exceptionnel, être appliquée à cette partie du contrat ».

⁹⁰⁸ F. K. JUENGER, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : some highlights and comparisons », *Am. J. Comp. L.*, vol. 42, 1994, p. 381, spéc. 385.

⁹⁰⁹ D. P. Fernández Arroyo, « La Convention interaméricaine... », *op. cit.*, p. 182.

servent à illustrer non seulement la tendance mondiale vers la consolidation de la liberté de choix, mais aussi que les modalités de sa consécration peuvent varier.

330. En Europe : la Suisse. – En Suisse, pays d’une tradition importante en droit international privé et qui n’est pas lié par la convention de Rome ni par le règlement Rome I, la liberté de choix de loi est prévue à l’article 116 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987⁹¹⁰. Cette loi s’approche également du système de la Convention de Rome. Il est important de remarquer que le critère objectif utilisé à défaut de choix de loi – la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique –, qui est utilisé en droit positif suisse depuis 1952, est précisé pour certaines catégories de contrats (article 117.3)⁹¹¹.

331. En Asie : la Chine. – La République populaire de Chine, pays qui joue un rôle fondamental dans l’économie mondiale, admet également le choix de la loi applicable⁹¹². Actuellement, le droit international privé chinois est contenu dans la loi sur l’application des lois aux relations civiles comportant des éléments d’extranéité⁹¹³. La réglementation du choix est assez sommaire. En effet, l’article 41 se contente d’autoriser les parties à choisir la loi applicable⁹¹⁴. Par ailleurs, la liberté de choix est, d’une part, consacré en tant que disposition générale ce qui accentue

⁹¹⁰ « Article 116. 1. Le contrat est régi par le droit choisi par les parties.

2. L’élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances ; en outre, elle est régie par le droit choisi.

3. L’élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure à la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat. Les droits des tiers sont réservés ».

⁹¹¹ « 117. 1. À défaut d’élection de droit, le contrat est régi par le droit de l’Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

2 Ces liens sont réputés exister avec l’Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l’exercice d’une activité professionnelle ou commerciale, son établissement.

3. Par prestation caractéristique, on entend notamment :

a. la prestation de l’aliénateur, dans les contrats d’aliénation ;

b. la prestation de la partie qui confère l’usage, dans les contrats portant sur l’usage d’une chose ou d’un droit ;

c. la prestation de service dans le mandat, le contrat d’entreprise et d’autres contrats de prestation de service ;

d. la prestation du dépositaire, dans le contrat de dépôt ;

e. la prestation du garant ou de la caution, dans les contrats de garantie ou de cautionnement ». V. S. STOJANOVIC, « Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1988, p. 261, spéc. 276 ; M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *op. cit.*, n° 35.

⁹¹² V. sur le texte, C. WEIZUO, L. BERTRAND, « La nouvelle loi chinoise de droit international privé du 28 octobre 2010 : contexte législatif, principales nouveautés et critiques », *JDI* 2011, p. 375 ; C. WEIZUO, « La nouvelle codification du droit international privé chinois », *RCADI* 2012, t. 359, p. 87, spéc. 154 et 227.

⁹¹³ En vigueur depuis le 1^{er} avril 2011.

⁹¹⁴ « Article 41. Les parties peuvent, d’un commun accord, choisir la loi applicable au contrat. À défaut de choix par les parties, le contrat est régi par la loi du lieu de la résidence habituelle de la partie dont l’accomplissement des devoirs peut le mieux exprimer les caractéristiques du contrat, ou par toute autre loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits ».

son importance et permet de la considérer comme un principe directeur ou une ligne directrice⁹¹⁵, et d'autre part, elle a été reconnue dans d'autres domaines, telle que la responsabilité délictuelle⁹¹⁶.

332. En Amérique latine. – Enfin, la tendance de consolidation se confirme aussi en Amérique latine⁹¹⁷. Ainsi, les articles 13.V⁹¹⁸ du Code civil fédéral du Mexique et 2095⁹¹⁹ du Code civil du Pérou consacrent la liberté de choix. De même, au Venezuela, la loi de droit international privé du 9 juillet 1998 autorise les parties à choisir la loi applicable à leur contrat⁹²⁰. Au Paraguay, le législateur a récemment édicté la loi n° 5393 du 20 janvier 2015 sur le droit applicable aux contrats internationaux dans laquelle il consacre la liberté de choix⁹²¹. Cette fois, ce sont les principes de La Haye qui ont servi de modèle.

Les textes internationaux et nationaux évoqués montrent que la liberté de choix est une solution largement adoptée en droit international privé comparé. L'expansion de cette solution touche également l'Amérique latine, région qui est connue pour être hostile au choix de loi. Comme le Paraguay, la Colombie pourrait être influencée par les textes non contraignants qui promeuvent la liberté de choix de loi.

Section II - La promotion de la liberté de choix

333. Changement d'approche : les instruments de droit souple. – Les efforts d'unification des règles de conflit en matière contractuelle via des conventions ont porté leurs fruits. À la fin du XX^e siècle, nombreux étaient les pays qui avaient

⁹¹⁵ « Article 3. Conformément aux dispositions légales, les parties peuvent expressément choisir la loi applicable à une relation civile comportant des éléments d'extranéité ».

⁹¹⁶ « Article 44. La responsabilité délictuelle est régie par la *lex loci delicti*, toutefois, la loi du lieu de la résidence habituelle commune s'applique si les parties ont une résidence habituelle commune. Si les parties ont choisi, d'un commun accord, la loi applicable après la survenance de l'acte illicite, leur accord s'applique ». V. C. WEIZUO, L. BERTRAND, « La nouvelle loi chinoise... », *op. cit.*, p. 381.

⁹¹⁷ V. M. M. ALBORNOZ, « Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems », *J. Priv. Int. L.*, 2010, vol. 6, p. 23-58 ; C. Esplugues Mota, et al. (coords.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, *op. cit.*

⁹¹⁸ « Article 13. La détermination du droit applicable se fait conformément aux règles suivantes : [...] »

v. sauf disposition contraire des chiffres ci-dessus, les effets juridiques des actes et des contrats sont régis par le droit du lieu où ils doivent être exécutés, à moins que les parties aient valablement prévu l'application d'un autre droit ».

⁹¹⁹ « Article 2095. Les obligations contractuelles sont régies par la loi expressément élue par les parties et, à défaut, par la loi du lieu d'exécution... ».

⁹²⁰ « Article 29. Les obligations contractuelles sont régies par le droit désigné par les parties ».

⁹²¹ « Article 4. 1. Un contrat est régi par le droit élu par les parties ». Le texte de la loi peut être consulté à l'adresse suivante : http://www.hcch.net/upload/contractslaw_py_es.pdf.

adopté la liberté de choix comme solution de principe. Pour encourager les autres pays à s'y rallier, il pouvait donc sembler judicieux d'adopter une approche différente. Or, le droit international offre une alternative qui lui est anciennement associé : le droit souple. En effet, il s'agit d'une méthode qui a participé à la construction et à l'évolution du droit international privé dès ses débuts (A). Récemment, de nouveaux instruments sont venus insuffler un nouveau souffle à la promotion du choix de loi, tout en intégrant les derniers développements en la matière (B).

§1. Une méthode connue

334. Antécédents du droit souple. – La promotion de la liberté de choix de la loi applicable par le droit souple n'est pas inédite en droit international privé, elle est même ancienne. Les institutions internationales ont recouru naturellement à ce procédé et il existe également des tentatives au niveau national.

335. Les résolutions de l'Institut de droit international. – La liberté de choix figure dans l'agenda de l'Institut de droit international depuis ses premières sessions et sa situation a évolué. Ainsi, tandis que dans la résolution de Florence du 3 octobre 1908 la liberté de choix n'était admise que pour les effets du contrat⁹²², dans celle de Bâle du 31 août 1991 cette limitation n'existe plus⁹²³. D'ailleurs, l'Institut attribue aujourd'hui une importance spéciale à l'autonomie de la volonté des parties car elle y voit un principe de base du droit international privé, voire une liberté individuelle reconnue par l'Organisation des Nations unies⁹²⁴.

336. La résolution de Bâle. – Quant à la réglementation du choix de loi applicable, la résolution de Bâle est assez complète et très proche du système de la Convention de Rome. Comme la convention, elle n'autorise par exemple que le choix

⁹²² Cette résolution est intitulée : Règles sur la détermination de la loi qui doit régir les obligations contractuelles à titre de droit supplétif, et établit dans son article 1^{er} « Les effets de l'obligation contractuelle sont régis par la loi à laquelle les parties ont manifesté l'intention de se soumettre, dans la mesure où la validité de l'obligation et ses effets ne se heurtent pas contre les lois qui régissent obligatoirement la convention, notamment quant à la capacité des parties, quant à la forme, quant à la validité intrinsèque du contrat, ou quant à l'ordre public. ».

⁹²³ Toutes les résolutions de l'Institut peuvent être consultées sur le site : <http://justitiaetpace.org/> ; A. E. VON OVERBECK, « L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé » in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 619.

⁹²⁴ *V. supra* n° 314.

de lois étatiques. Il existe toutefois quelques points de divergence. D'abord, la résolution définit l'internationalité à l'aide du critère économique : « contrats entre personnes privées, intéressant les relations économiques internationales » (article 1^{er})⁹²⁵, alors que la convention retient le critère juridique⁹²⁶. Ensuite, elle consacre la règle *lex validitatis* selon laquelle le choix est privé d'effet lorsque la loi élue invalide le contrat (article 3.3)⁹²⁷. Enfin, elle permet les clauses de gel, en vertu desquelles « les parties conviennent que la loi choisie doit être entendue comme celle en vigueur au moment de la conclusion du contrat » (article 8)⁹²⁸.

337. D'autres antécédents de la promotion : les États-Unis d'Amérique. – La promotion de la liberté de choix a aussi eu lieu au niveau national. Aux États-Unis, le *Restatement Second* (§ 187) consacre la possibilité de choisir la loi applicable par les parties⁹²⁹. De même, le Code commercial uniforme (*U.C.C.*, de ses initiales en anglais), un autre instrument de droit souple amplement utilisé aux États-Unis, l'autorise également tant dans ses articles généraux (§ 1-105 et § 1-301) que dans les articles qui concernent des contrats spéciaux (par exemple, § 2A-106, § 4A-507). Ces instruments de droit souple sont aujourd'hui utilisés par un grand nombre de tribunaux étatsuniens⁹³⁰. M. Symeonides remarque en outre que le *Restatement Second* accorde une large marge de discrétion aux juges, ce qui constitue l'une des raisons de son succès et donc indirectement participe de la promotion de la liberté de choix⁹³¹.

⁹²⁵ « Article premier. 1. La présente Résolution s'applique aux contrats entre personnes privées, intéressant les relations économiques internationales, lorsque les parties sont convenues de l'application d'un droit étatique.

2. Toutefois, la présente Résolution ne s'applique pas aux contrats de travail ni aux contrats conclus avec des consommateurs ».

⁹²⁶ *V. supra* n° 304.

⁹²⁷ « Article 3. 1. Le choix de la loi applicable résulte de l'accord des parties.

2. En l'absence d'un accord exprès, ce choix doit résulter de circonstances significatives qui indiquent clairement la volonté des parties.

3. Lorsque le contrat n'est pas valable selon la loi choisie par les parties, le choix de cette loi est privé de tout effet ».

⁹²⁸ « Article 8. Si les parties conviennent que la loi choisie doit être entendue comme celle en vigueur au moment de la conclusion du contrat, ses dispositions seront appliquées comme clauses matérielles incorporées dans le contrat ; si, toutefois, cette loi a été modifiée ou abrogée par des règles qui entendent impérativement régir les contrats en cours, ces règles doivent être appliquées ».

⁹²⁹ Sur d'autres aspects du *Restatement Second*, v. également *supra* n° 222.

⁹³⁰ S. C. SYMEONIDES, « Choice of law in the American courts in 2013 : Twenty-seventh annual survey », *Am. J. Comp. L.*, vol. 64, 2016, p. 221, spéc. 291 ; sur l'adoption progressive du *Restatement*, du même auteur, « The american choice-of-law revolution in the courts : today and tomorrow », *RCADI* 2002, t. 298, p. 70-75.

⁹³¹ S. C. SYMEONIDES, « The american choice-of-law revolution... », *op. cit.*, p. 120.

Il est important de constater que ces textes laissent certaines questions relatives au choix sans réponse, notamment concernant le moment du choix et le dépeçage. En revanche, ils semblent plus stricts que les autres textes étudiés car ils exigent que le choix des parties soit raisonnable, c'est-à-dire qu'a priori le choix ne peut porter que sur des lois étatiques et que le *Restatement Second* exige un lien substantiel entre la loi choisie et les parties ou leur opération.

338. Arbitrage commercial international. – Il existe aussi en matière d'arbitrage international des textes de droit souple qui consacrent la liberté de choix. La Commission de Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a inclus la liberté de choix dans l'article 28.1 de sa Loi type sur l'arbitrage commercial international⁹³². De même, la Chambre de commerce international l'a inscrit aussi à l'article 21.1 de son règlement d'arbitrage⁹³³. Ces deux textes se cantonnent à affirmer la possibilité de choix.

Au-delà de ces exemples, le recours au droit souple a récemment reçu un nouveau souffle.

§2. Une méthode renouvelée

339. Droit souple international et régional. – Les avantages des instruments de droit souple ont été relevés par les études de faisabilité réalisées par la Conférence de La Haye dans le cadre des travaux qui ont abouti aux principes sur le choix de la loi applicable⁹³⁴. Les instruments non contraignants peuvent servir de source d'inspiration pour les législateurs nationaux et deux instruments récents méritent d'être mentionnés ici : les principes de La Haye qui ont déjà été évoqués, car il s'agit d'un texte très complet et innovateur dont l'objet est exclusivement la liberté de choix (A) ; et la loi modèle de l'OHADAC, car elle vise l'intégration économique et juridique d'une région dont la Colombie fait partie (B).

⁹³² « Article 28. 1. Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois ».

⁹³³ « Article 21. 1. Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées ».

⁹³⁴ *V.* sur ce point, les documents préliminaires n° 22 A de 2007, §34 et n° 7 de 2009, §20-25.

A. *Les principes de la Conférence de La Haye*

340. Des principes sur le choix de la loi. – Un nouvel instrument de promotion a vu le jour très récemment, lorsque la Conférence de La Haye a approuvé le 19 mars 2015 un texte intitulé *Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*⁹³⁵. Ayant constaté la nécessité de continuer à promouvoir la liberté de choix, la Conférence a voulu proposer un modèle d’harmonisation mondiale, et le recours au droit souple, une première pour cette institution familière de l’élaboration de conventions, est apparu comme la meilleure option pour atteindre ce but⁹³⁶. Il a été constaté qu’un instrument non contraignant se justifiait par le souci d’éviter les conflits des normes avec les instruments existants et par les expériences encourageantes d’autres organisations internationales, notamment Unidroit⁹³⁷.

341. La contribution du texte au traitement du choix. – Les principes de La Haye contiennent une réglementation complète de la liberté de choix. À côté des réponses aux questions classiques, ils présentent une innovation et deux particularités.

Sur les points qu’il faut classiquement résoudre, il est important de relever d’abord que l’internationalité du contrat est définie de manière négative et doublement conditionnée. Ainsi, le contrat n’est pas international lorsque les parties ont leur établissement dans le même État et que leur relation ainsi que l’opération sont liées uniquement à cet État (article 1^{er}.1). Ensuite, aucun lien entre le contrat et la loi choisie n’est exigé (article 2.4) et le choix des règles non étatiques est autorisé (article 3).

342. L’innovation et les particularités. – En ce qui concerne l’innovation, les principes prévoient une règle spécifique pour l’hypothèse de conflit de conditions générales (*battle of forms*, article 6.1.b), une règle qui n’a pas de précédent selon le

⁹³⁵ La réglementation du choix des principes de La Haye sera présentée ici sommairement car elle sera étudiée en détail dans le chapitre 2 du titre 2 de cette partie (*infra* n° 426 s.). Le texte des principes de La Haye est en annexe.

⁹³⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, P. DEUMIER, « Un nouvel instrument du droit souple international », *D.* 2013. p. 2185, spéc. 2186.

⁹³⁷ *Ibid.*

commentaire élaboré par le groupe de travail⁹³⁸. Ainsi, il arrive que les parties utilisent, chacune de son côté, des clauses de choix de loi types dans leurs conditions générales et que ces clauses désignent des lois différentes. Selon cette règle, le choix de loi est inefficace sauf quand les lois choisies font prévaloir l'une des conditions générales en conflit. De plus, les principes présentent deux particularités. D'une part, ils consacrent expressément le principe dit de la séparabilité (*severability*, article 7), et d'autre part, ils incluent dans le domaine de la loi choisie les questions relatives aux obligations précontractuelles (article 9.1.g).

343. L'exclusion du défaut de choix. – Il faut remarquer que les principes ne règlent pas l'hypothèse du défaut de choix⁹³⁹. L'absence d'une règle en ce sens ne constitue pas nécessairement une faiblesse car les législateurs nationaux pourront introduire une règle qui s'adapte à leurs politiques législatives et aux tendances de leurs tribunaux. C'est d'ailleurs ce qu'a fait le législateur paraguayen à l'article 11 de la loi n° 5393 du 20 janvier 2015. Par ailleurs, étant donné que le but des principes « est de faire avancer l'autonomie de la volonté, non de proposer un ensemble exhaustif de principes pour déterminer la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux » (commentaire I.14), inclure une règle sur cette hypothèse aurait signifié prendre parti sur une question qui divise encore aujourd'hui les différents systèmes en vigueur et aurait peut-être empêché l'adoption du texte.

344. L'accueil des principes. – Finalement, il faut signaler que les principes ont reçu le soutien d'organisations internationales, notamment de la Commission de Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Dans son rapport de l'été 2015, la Commission recommande ainsi leur utilisation par les juges, les arbitres et les législateurs⁹⁴⁰. De même, la Chambre de commerce international (CCI) a affirmé que les principes de La Haye « promeuvent une approche cohérente du conflit de lois dans les contrats internationaux, renforçant ainsi la sécurité

⁹³⁸ Le commentaire aux principes est disponible sur le site de la Conférence (<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=135>, consulté le 18 novembre 2016 ; S. C. SYMEONIDES, « The Hague principles on choice of law for international contracts : some preliminary comments », *Am. J. Comp. L.*, vol. 61, 2013, p. 873. spéc. 877.

⁹³⁹ Ce point a été envisagé par le groupe de travail au cours de premières sessions de travail, v. Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, « Choix de la loi applicable aux contrats du commerce international : des principes de La Haye ? », *Rev. crit. DIP* 2010. 83, spéc. 95.

⁹⁴⁰ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, quarante-huitième session (29 juin-16 juillet 2015), *Assemblée générale, Documents officiels*, Soixante-dixième session, Supplément n° 17, A/70/17, n° 238-240.

juridique du commerce international, et aident à la modernisation et l'harmonisation du droit du commerce international » et a appelé les autorités à mettre en œuvre les principes⁹⁴¹. Le soutien de ces institutions est en mesure d'assurer une plus ample diffusion des principes de La Haye. Mais le droit colombien peut également s'inspirer du droit souple élaboré au niveau régional.

B. La loi modèle de l'OHADAC

345. L'OHADAC. – Le 15 mai 2007 a eu lieu à Point-à-Pitre la première conférence sur le projet OHADAC (Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe)⁹⁴². L'objectif principal est de contribuer à l'intégration et au développement économique de la région à travers l'uniformisation du droit commercial. Le projet rassemble 43 territoires et 29 États de traditions juridiques différentes⁹⁴³ et s'inspire du succès en Afrique Subsaharienne de l'OHADA, dont elle a emprunté le nom. La promotion, la coordination et le développement du projet est l'objet d'une association créée à cet effet – ACP Legal – dont le siège est situé en Guadeloupe.

346. La loi modèle. – Les fruits de cette initiative ne se sont pas faits attendre et en 2014 un groupe d'experts désigné par l'OHADAC a présenté une loi modèle de droit international privé. La voie du droit souple a été choisie en raison de « la réticence de certains États à participer à des lois uniformes »⁹⁴⁴ et des avantages que cette voie présente. En effet, il est ainsi avancé que la loi type « joue un rôle de plus en plus important comme moyen pour l'approximation des législations » et fournit aux États un cadre issu des solutions acceptées internationalement tout en leur laissant une marge de liberté lorsqu'ils entameront la réglementation ou la modernisation de leur législation. Elle peut également constituer un outil d'interprétation des instruments internationaux.

⁹⁴¹ Sur ce point, v. <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2015/ICC-appeals-to-authorities-to-strengthen-legal-certainty-for-international-contracts-by-implementing-the-newly-approved-Hague-Principles/>, consulté le 18 novembre 2016.

⁹⁴² Toute l'information sur l'organisation est disponible à l'adresse suivante : <http://www.ohadac.com/accueil.html>.

⁹⁴³ Anguilla, Antigua-et-Barbuda, Antilles Néerlandaises, Bahamas, Barbade, Belize, Bermudes, Colombie, Costa Rica, Cuba, Dominique, Grenade, Guadeloupe, Guatemala, Guyana, Guyane, Haïti, Honduras, Jamaïque, Martinique, Mexique, Montserrat, Nicaragua, Panama, Porto Rico, République Dominicaine, Saint-Barthélemy, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Martin, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Sainte-Lucie, Suriname, Trinité-et-Tobago et Venezuela.

⁹⁴⁴ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (coord.), « Presentación del proyecto de ley modelo de derecho internacional privado de la OHADAC » in *Armonización del derecho internacional privado en el Caribe*, Iprolex, 2015, p. 275, spéc. 360.

La loi modèle de l'OHADAC est divisée en cinq titres : dispositions communes, compétence internationale, loi applicable, efficacité des jugements et des actes publics étrangers, et dispositions transitoires. Elle suit quatre orientations. Premièrement, elle propose une réglementation du droit privé, ce qui l'éloigne de la conception large du droit international privé français incluant le droit de la nationalité et des étrangers et du Code de Bustamante, qui contenait des règles même en matière de droit pénal international⁹⁴⁵. Deuxièmement, la méthode conflictuelle rigide, fondée sur un rattachement unique, est abandonnée au profit des règles qui « offrent des rattachements multiples, mieux adaptés aux différentes relations et institutions juridiques » internationales⁹⁴⁶. Troisièmement, la loi modèle abandonne aussi la nationalité comme critère de rattachement et privilégie le critère du domicile en matière de statut personnel. Enfin, la loi modèle poursuit la modernisation du droit international privé dans la région en incorporant les solutions adoptées dans les instruments les plus récents ainsi qu'en prenant en compte l'influence des libertés fondamentales⁹⁴⁷.

347. La réglementation du choix de loi. – La liberté de choix de loi est justement l'un des points sur lesquels cette dernière orientation se manifeste, puisque la loi modèle consacre la nouvelle lecture des droits fondamentaux et du rôle de l'autonomie des individus. Ainsi, il a été souligné que l'idée « selon laquelle les parties sont les meilleurs juges de leurs intérêts est un argument essentiel à la construction juridique qui doit répondre aux multiples questions concernant les transactions privées internationales »⁹⁴⁸. Ceci a eu par conséquence d'autoriser le choix de loi dans d'autres domaines.

Les règles sur la détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles se trouvent aux articles 45 à 51. Plus précisément, la liberté de choix de loi est

⁹⁴⁵ Le Code de droit international privé ou code de Bustamante – en honneur de son rédacteur, le juriste cubain Antonio SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN –, est une convention internationale approuvée à La Havane le 20 février 1928 dans le cadre de la sixième conférence Panaméricaine. Cette convention contient 437 articles et couvre plusieurs matières du droit international privé : civile, commerciale, pénale et procédurale. Elle a été signée par 20 États américains parmi lesquels 15 l'ont ratifiée. La Colombie a formulé des réserves lors de la signature mais ne l'a pas ratifiée, v. M. G. MONROY CABRA, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 52, 54.

⁹⁴⁶ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (coord.), « Presentación del proyecto... », *op. cit.*, p. 366.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 371.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 372.

consacrée à l'article 45⁹⁴⁹. Bien que le groupe de travail se soit inspiré principalement du règlement Rome I, il existe quelques différences entre la loi modèle proposée par l'OHADAC et ce dernier texte⁹⁵⁰. Tout d'abord, certaines questions n'ont pas de réponse dans la première. L'article 45 ne règle pas les questions concernant l'effet de la modification du choix sur la validité formelle du contrat, et la loi applicable à l'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable, et l'article 51 ne dit rien sur la forme des contrats portant sur un droit immobilier ou un bail d'immeuble. Ensuite, l'article 46.1.VII, portant élaboré à l'image de l'article 4 du règlement Rome I, contient à la différence du règlement une disposition sur la loi applicable à défaut de choix pour les contrats qui ont pour objet principal l'exploitation de droits de propriété industrielle ou intellectuelle. Enfin, à l'inverse du règlement, la loi modèle ne contient pas des règles de conflit spéciales pour les contrats de transport et d'assurance.

348. Appréciation. – Le projet OHADAC est une initiative intéressante et la loi modèle est sans doute un exemple de codification du droit international privé qu'il est nécessaire de prendre en compte. Cependant, en matière contractuelle, la réglementation proposée par l'OHADAC laisse sans réponse des points importants et n'aborde pas toutes les questions relatives à la liberté de choix elle-même et aux contrats internationaux. La loi modèle n'en constitue pas moins une avancée importante de la consolidation de la liberté de choix en Amérique latine.

349. Conclusion du chapitre. – Tous les textes évoqués, qu'ils relèvent du droit contraignant ou non, constituent autant de modèles pour l'élaboration du droit international privé colombien des contrats. La réglementation de la matière par la

⁹⁴⁹ « Article 45. Autonomie de la volonté.

1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou, à défaut, ressortir de manière évidente du comportement des parties et des dispositions du contrat considérées dans leur ensemble. Ce choix peut se rapporter à la totalité du contrat ou à une partie seulement.

Le choix d'un tribunal déterminé n'entraîne pas nécessairement le choix de la loi applicable.

2. À tout moment, les parties peuvent convenir que le contrat est, en tout ou partie, soumis à une loi distincte de celle qui le régissait auparavant, que ce soit en vertu d'un choix antérieur ou en vertu d'autres dispositions de la présente loi. Le changement de loi applicable ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

⁹⁵⁰ Mises à part des différences dans la rédaction, certaines différences reposent sur le champ d'application plus ample et la structure de la loi modèle. Ainsi, par exemple, le critère d'internationalité retenu à l'article 1.2 – « Sont internationales les relations privées qui se relient à plus d'un ordre juridique par leurs éléments constitutifs, correspondant à la personne de leurs sujets, à leur objet ou à leur création » – rend superflue la référence aux situations internes (évoqués à l'article 3.3 du règlement).

voie conventionnelle classique ne semble pourtant pas la meilleure option. En effet, compte tenu de son champ d'application, la convention de Mexico (seul instrument que la Colombie pourrait ratifier) ne conduirait pas à donner à la liberté de choix de la loi applicable le statut de solution de principe en droit colombien. Dès lors, il faudrait consacrer la possibilité de choix en droit interne en s'inspirant des différents textes, notamment du droit souple lequel offre les réglementations les plus modernes et complètes de la liberté de choix.

350. Conclusion du titre. – L'étude de la liberté de choix en droit international privé comparé a permis d'identifier non seulement son origine, ses fondements et ses justifications, mais aussi les difficultés que soulève le choix de loi. Remettre entre les mains des parties la désignation de la loi applicable constitue une solution satisfaisante du conflit de lois en matière de contrats. Il s'agit d'une solution qui assure la prévisibilité recherchée et remédie aux défauts et aux difficultés des autres solutions étudiées. Le droit international privé comparé propose plusieurs sources d'inspiration pour la réglementation de la liberté de choix. Il est désormais nécessaire de déterminer si le droit international privé colombien des contrats peut consacrer cette solution.

TITRE II

LA LIBERTE DE CHOIX EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVE COLOMBIEN

351. Liberté de choix et droit colombien : entre hostilité et faveur. – L’approche publiciste adoptée par le droit colombien semble globalement hostile au choix des parties⁹⁵¹. Dans un système dominé par les principes de souveraineté et de territorialité, confier aux parties la désignation de la loi applicable au contrat ne paraît tout simplement pas envisageable. Il n’en est pas moins possible de proposer d’introduire la liberté de choix de loi en droit international privé colombien. L’ordre juridique colombien contient en effet déjà, en réalité, les éléments nécessaires à la consécration la liberté de choix de la loi applicable.

352. Nécessité de réglementer la liberté de choix. – Cependant, cette étude ne peut pas se contenter d’affirmer la possibilité de choisir la loi applicable au contrat. Pour en faire la solution de principe, il faut encore que l’ordre juridique dispose d’une réglementation aussi complète que possible pour répondre aux problèmes courants que le choix de la loi applicable pourrait poser ; autrement il serait difficile de faire perdurer la nouvelle solution.

353. Plan du titre. – Par conséquent, il faut dans un premier temps démontrer qu’il est possible d’admettre le choix de la loi applicable en droit international privé colombien (chapitre I). Dans un second temps, il faut envisager de manière prospective sa réglementation (chapitre II).

⁹⁵¹ *V. supra* le chapitre I du titre I de la partie I. L’opportunité de cette approche a été critiquée précédemment. Le système et les solutions auxquels elle sert de fondement ont été étudiés et ils ont montré leur incapacité à appréhender et à résoudre le conflit de lois d’une manière satisfaisante. Il faudrait donc, comme il a déjà été dit, abandonner cette approche publiciste).

CHAPITRE I

L’AFFIRMATION DE LA LIBERTE DE CHOIX

354. Retour sur la liberté de choix. – La possibilité de choisir la loi applicable est évoquée par la doctrine colombienne depuis longtemps et certains auteurs, spécialement dans les études les plus récentes, ont défendu la nécessité d’adopter le choix de loi⁹⁵². Cependant, ni le législateur ni la jurisprudence n’ont reconnu aux parties à un contrat international la possibilité de choisir la loi applicable. L’échec des efforts de la doctrine colombienne est peut-être dû en partie au fait que la plupart des auteurs ne tiennent pas compte du droit positif.

355. Existence d’un fondement théorique. – Le droit colombien fournit pourtant suffisamment d’arguments pour faire de la liberté de choix la solution de principe du conflit de lois en matière contractuelle. Tout d’abord, le choix de loi trouve en droit colombien une base théorique solide. En droit international privé comparé, la liberté de choix de loi est souvent liée à la théorie de l’autonomie de la volonté – celle-là ne serait qu’une des manifestations de celle-ci⁹⁵³ – cette théorie fournit l’armature intellectuelle à la règle qui confie aux parties la désignation de la loi applicable au contrat⁹⁵⁴. À cet égard, il est curieux que le droit colombien, qui connaît la théorie de l’autonomie de la volonté depuis le début du XX^e siècle, ne l’ait pas encore appliquée à la résolution du conflit de lois. L’affirmation de la liberté de choix en droit international privé colombien, qui requiert d’une assise théorique, pourrait donc y trouver son fondement. Il est donc nécessaire de déterminer si la conception de l’autonomie de la volonté retenue par le droit colombien peut servir de base théorique à l’accueil du choix de la loi applicable (section I).

356. Tendances favorables à la liberté de choix. – L’analyse peut d’ailleurs prendre appui sur certains développements du droit positif, car le droit colombien n’ignore pas complètement la liberté de choix. En effet, la Colombie, en pleine

⁹⁵² Le choix de loi a été envisagé par E. CHAMPEAU, A. J. URIBE, *Tratado de derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 73 ; J. J. CAICEDO CASTILLA, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, n° 190. La dernière contribution en la matière est signée par A. ZAPATA DE ARBELÁEZ, « La ley aplicable al contrato internacional » in *Teoría general del derecho internacional privado*, A. A. Aljure Salame, L. V. García Matamoros (éds.), Legis, Univ. del Rosario, 2016, p. 189.

⁹⁵³ V. *supra* chapitre I du titre I de la partie II. V. RANOUIL, *L’autonomie de la volonté...*, *op. cit.*, p. 10 ; C. KOHLER, « L’autonomie de la volonté... », *op. cit.*, p. 299.

⁹⁵⁴ J.-M. JACQUET, « La théorie de l’autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 1.

ouverture au marché mondial⁹⁵⁵, n'a pas été complètement hermétique au processus international de consolidation du choix de loi et certains textes autorisent déjà le choix de loi dans certains contrats⁹⁵⁶. L'ordre juridique colombien pourrait donc accueillir l'autonomie de la volonté en droit international privé (section II).

Section I – La compatibilité de la liberté de choix avec le droit colombien

357. Évolution de l'autonomie de la volonté. – Comme toute théorie, l'autonomie de la volonté a évolué au fil du temps. En droit privé colombien, l'évolution s'est accélérée avec l'adoption de la Constitution Politique de 1991. Ce texte a marqué un tournant dans les domaines tant social et politique que juridique, et a donné l'impulsion d'un phénomène de constitutionnalisation du droit privé⁹⁵⁷. La jurisprudence constitutionnelle a en effet enrichi la réflexion sur l'ensemble des domaines, y compris à propos de la notion d'autonomie de la volonté (§1) et de ses limites (§2). L'analyse de ces deux éléments est essentielle pour savoir si la liberté de choix de loi peut avoir une place en droit international privé colombien.

§1. Les conceptions de l'autonomie de la volonté

358. Conceptions de l'autonomie de la volonté. – Depuis sa création, la Cour constitutionnelle a grandement contribué à l'évolution de l'autonomie de la volonté et en retient une conception différente de celle retenue par la jurisprudence civile. Pour la Cour constitutionnelle en effet, l'autonomie de la volonté n'est plus la même que celle qui avait été déduite du Code civil colombien. La conception contemporaine (B), issue de l'interprétation de l'autonomie de la volonté à la lumière de la Constitution, n'est cependant pas inconciliable avec celle plus classique qui est encore utilisée par la Cour suprême de justice (A). Ces deux conceptions sont très proches en ce qu'elles sont toutes deux favorables à la liberté de choix.

⁹⁵⁵ Ainsi l'attestent les nombreux traités d'investissements souscrits dans les dernières 15 années.

⁹⁵⁶ *V. infra* n° 411 s.

⁹⁵⁷ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II...*, *op. cit.*, p. 180.

A. Conception classique

359. Source de l'autonomie de la volonté. – En droit colombien, l'autonomie de la volonté a été déduite à l'origine des textes du code civil. À cet égard, la doctrine relève qu'Andrés Bello, rédacteur du code civil chilien qui a servi de modèle au législateur colombien, s'est inspiré des idées du libéralisme économique et politique et a placé le principe de l'autonomie de la volonté au centre du livre IV, *Des obligations en général et des contrats*⁹⁵⁸. C'est dans ce texte que la jurisprudence colombienne a trouvé le fondement légal de l'autonomie de la volonté (1) et de ses différentes manifestations (2).

1. La notion de l'autonomie de la volonté

360. Pluralité d'expressions. – L'autonomie de la volonté est connue sous plusieurs noms dans la jurisprudence de la Cour suprême de justice. Ainsi, à côté des expressions les plus usitées, à savoir « autonomie de la volonté » et « autonomie privée »⁹⁵⁹, il est possible d'en trouver plusieurs autres : « autonomie de la volonté privée » (*autonomía de la voluntad privada*)⁹⁶⁰, « autonomie privée *dispositive* » (*autonomía privada dispositiva*)⁹⁶¹ et « autonomie commerciale » (*autonomía negocial*)⁹⁶². Il se peut encore que la Cour utilise les expressions « liberté contractuelle » ou « liberté de contracter » (*libertad de contratación*) comme synonymes d'autonomie de la volonté⁹⁶³. En France, où chacune de ces expressions a

⁹⁵⁸ P. LIRA URQUIETA, « Introducción » in A. Bello, *Código Civil de la República de Chile*, Ministerio de Educación, 1954, p. XXXVI. Ainsi l'affirme la Cour suprême de justice dans maintes décisions, v. par exemple CSJ civ. 23 sept. 2002, exp. 6054. V. aussi F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II...*, op. cit., p. 147-148 ; F. CANCINO RESTREPO, « El postulado de la autonomía de la voluntad », *Universitas*, n° 52, 1977, p. 145, spéc. 148-150 ; F. MONTOYA MATEUS, « La voluntad fundamento del negocio jurídico », *Rev. der. priv. UEC*, n° 5, 2000, p. 73, spéc. 75.

⁹⁵⁹ Il faut signaler que l'emploi des termes « privée », « *dispositive* » et « commerciale » accolés à autonomie est une conséquence de l'influence des auteurs civilistes italiens sur la doctrine et la jurisprudence colombiennes, influence qui s'explique en partie du fait que le Code de commerce colombien de 1970 est inspiré du Code civil italien de 1942, v. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II...*, op. cit., p. 242.

⁹⁶⁰ Par exemple, les arrêts suivants : CSJ civ. 10 mars 1995, exp. 4478 ; 16 mai 2002, exp. 6877 ; 14 juil. 2009, exp. 2000-235 ; 9 sept. 2014, exp. 2009-347.

⁹⁶¹ Pour s'en tenir à quelques-uns : CSJ civ. 27 août 2008, exp. 1997-14171 ; 19 oct. 2011, exp. 2001-847 ; 5 juin 2014, exp. 2004-209.

⁹⁶² C'est le cas de : CSJ civ. 30 sept. 2004, exp. 7142 ; 28 févr. 2007, exp. 2000-133 ; 30 juin 2011, exp. 1999-019. Ou encore liberté négociale (*libertad negocial*), CSJ civ. 4 mars 1996, exp. 4751 ; 6 août 2010, exp. 2002-189.

⁹⁶³ Ainsi, les arrêts CSJ civ. 7 sept. 1999, exp. 5217 ; 26 juin 2003, exp. 7058 ; 1^{er} juin 2009, exp. 2002-099 ; 5 juin 2014, exp. 2004-209. Cependant, certains arrêts font penser qu'il s'agit bien de notions différentes : CSJ civ. 9 déc. 1999 exp. 5368 ; 4 sept. 2000 exp. 5420 ; 16 déc. 2013, exp. n° 1997-4959.

une signification différente, l'utilisation indiscriminée de ses expressions peut surprendre, et il s'agirait même d'une confusion⁹⁶⁴.

361. Définition de l'autonomie de la volonté. – Il existe aussi plusieurs définitions de l'autonomie de la volonté dans la jurisprudence de la Cour suprême de justice⁹⁶⁵ ; la notion et les éléments utilisés pour la définir varient en effet d'un arrêt à l'autre. Cependant, dans un arrêt du 10 mars 1995, l'un des premiers à avoir abordé la question après la promulgation de la Constitution de 1991, la Cour a donné une définition assez complète et assez révélatrice de sa conception de l'autonomie de la volonté. Il s'agit de « l'un des principes fondamentaux du Code civil [...] en vertu duquel l'ordre juridique positif reconnaît aux particuliers la faculté de créer, modifier ou terminer des relations juridiques, pour la satisfaction de leurs besoins de caractère économique-social, dans l'échange des biens et des services »⁹⁶⁶. Deux des éléments ici posés sont constants dans les définitions de la Cour suprême : la possibilité de disposer de ses propres intérêts et l'encadrement de cette faculté par l'ordre juridique⁹⁶⁷.

En vertu de ce principe, les particuliers peuvent donc édicter « les règles directrices de leurs relations économique-sociales, en employant leur volonté en vue de l'obtention d'effets juridiques déterminés »⁹⁶⁸. L'autonomie de la volonté devient ainsi pour la Cour suprême une « source de normes pour les parties »⁹⁶⁹, « une véritable source du droit » qui implique « la reconnaissance d'un pouvoir d'auto-gouvernance de ses propres fins et intérêts ou un pouvoir d'autoréglementation de ses propres situations et relations juridiques »⁹⁷⁰.

⁹⁶⁴ Les civilistes français seraient étonnés, par exemple, du fait que l'autonomie de la volonté puisse être réduite à la liberté contractuelle, v. G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat, Tome 1 : Le contrat-Le consentement*, Jacques Ghestin (dir.), L.G.D.J., 2013, n. 209 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 24.

⁹⁶⁵ Des nombreux arrêts de la Cour suprême de justice ont affirmé l'autonomie de la volonté depuis le XIX^e siècle. Cependant, pour ne pas déborder le cadre de cette étude, on ne fera référence qu'aux arrêts rendus au cours des vingt dernières années.

⁹⁶⁶ CSJ civ. 10 mars 1995, exp. 4478.

⁹⁶⁷ Ainsi, entre autres, CSJ civ. 4 septembre 2000 exp. 5420 ; 28 févr. 2005, exp. 7504 ; 8 septembre 2009 exp. 2001-585 ; 10 avr. 2013, exp. 2006-782.

⁹⁶⁸ CSJ civ. 26 nov. 1997, exp. 4671.

⁹⁶⁹ CSJ civ. 9 sept. 2014, exp. 2009-347.

⁹⁷⁰ CSJ civ. 10 avr. 2013, exp. 2006-782.

362. Fondement juridique du principe. – L'autonomie de la volonté a été déduite de l'article 1602 du Code civil colombien⁹⁷¹ : « Tout contrat légalement conclu est une loi pour les contractants, et ne peut être invalidé que par leur consentement ou pour causes légales ». Toutefois, la Cour considère aujourd'hui que l'autonomie de la volonté est, d'une manière plus générale, « la base essentielle du droit privé »⁹⁷², « de la législation civile »⁹⁷³, dont les manifestations sont multiples et qui n'est pas nécessairement liée à ce texte.

363. Autonomie de la volonté et contrat. – En matière de contrats, la Cour attribue à l'autonomie de la volonté le rôle de principe directeur⁹⁷⁴, le contrat étant « son instrument modèle par excellence »⁹⁷⁵, son « expression ultime »⁹⁷⁶. La Cour n'hésite pas à présenter ce principe avec une certaine solennité. Ainsi, l'autonomie de la volonté serait « indissociable de la démocratie et de l'État de droit »⁹⁷⁷. Et dans un arrêt du 10 avril 2013, elle a même lié, quoique d'une manière peu claire, l'autonomie de la volonté à l'article 3 de la Constitution, disposition qui déclare que la souveraineté repose sur le peuple.

364. L'autonomie de la volonté dans la doctrine. – De son côté, la doctrine colombienne s'est fait l'écho de la conception de la Cour suprême de justice de l'autonomie de la volonté⁹⁷⁸. Dans son ouvrage posthume, Fernando Hinestrosa définit l'autonomie privée comme « la possibilité pour le particulier de disposer de ce qui est à lui : des éléments qui intègrent son patrimoine et de son activité, de ses

⁹⁷¹ Quelques exemples sont : CSJ civ. 17 mai 1995, exp. 4512 ; 17 juin 1997, exp. 4781 ; 15 mars 2000, exp. 5400 ; 18 nov. 2004, exp. 7287 ; 1^{er} juil. 2009 exp. 2000-310 ; 10 avr. 2013 exp. 2006-782 ; 13 mai 2014, exp. 2007-299.

⁹⁷² CSJ civ. 27 octobre 2000, exp. 5639.

⁹⁷³ CSJ civ. 27 mars 1996, exp. 4714.

⁹⁷⁴ CSJ civ. 21 févr. 2012, exp. 2006-537.

⁹⁷⁵ CSJ civ. 14 août 2000, exp. 5577.

⁹⁷⁶ CSJ civ. 18 nov. 2004, exp. 7287.

⁹⁷⁷ CSJ civ. 21 févr. 2012, exp. 2006-537.

⁹⁷⁸ F. CANCINO RESTREPO, « El postulado de la autonomía de la voluntad », *op. cit.*, p. 151 ; F. MONTOYA MATEUS, « La voluntad fundamento del negocio jurídico », *op. cit.*, p. 73 ; L. J. MORENO ORTIZ, « El origen privado del derecho : una aproximación a la autonomía de la voluntad », *RACJ*, n° 340, 2009, p. 63, spéc. 80. On note d'ailleurs qu'il n'existe pas dans la doctrine colombienne d'études équivalentes à celle d'Emmanuel Gounot ou de Véronique Ranouil.

choses et de sa force de travail, de ses relations de famille et, dans une certaine mesure, des éléments de sa personnalité »⁹⁷⁹.

365. Appréciation de la conception classique. – La conception de l'autonomie de la volonté que se fait la Cour peut sans doute à donner lieu à de nombreuses observations. Cependant, il n'est pas utile d'en faire ici une étude approfondie et il suffit de s'arrêter sur deux points qui sont importants pour la suite.

D'une part, l'autonomie de la volonté concerne l'ensemble des relations juridiques d'ordre privé, le contrat n'en étant qu'une parmi d'autres : les situations dans lesquelles les individus peuvent disposer de leurs intérêts ne se réduisent pas à la matière contractuelle. Cependant, l'autonomie de la volonté n'a été jusqu'à présent envisagée que pour les rapports privés internes. D'autre part, cette dernière apparaît dans la jurisprudence de la Cour suprême comme une concession faite aux particuliers par l'ordre juridique. La doctrine affirme à cet égard que le Code civil colombien n'aurait pas entièrement accueilli l'individualisme juridique⁹⁸⁰. Bien que la portée de l'autonomie de la volonté semble assez large, la liberté dont jouissent les individus est seulement concevable dans le cadre établi par la loi.

En outre, la définition de l'autonomie de la volonté manque d'uniformité. Bien que cela paraisse de moindre importance comparée aux points précédents, une plus grande rigueur sur ce point serait la bienvenue. Ainsi, même si le cœur de la notion semble respecté, il n'est pas équivalent de parler de « source de normes pour les parties » et de « source du droit ». Rien n'oblige la Cour à définir les concepts qu'elle utilise, mais dès lors qu'elle s'engage dans cette voie, elle devrait choisir une seule acception. Un concept défini de plusieurs manières risque de devenir relatif (et dépendre ainsi du magistrat, de l'époque ou de la matière) et quelque peu arbitraire, et cela crée des confusions qui pourraient être évitées. Une notion unique, aussi générale que celle proposée par Hinestrosa, peut rassembler les différentes manifestations.

⁹⁷⁹ *Tratado de las obligaciones II...*, *op. cit.*, p. 117. Il est important de souligner qu'en général, les auteurs colombiens font peu référence aux décisions de la Cour suprême de justice. C'est plutôt celle-ci qui évoque leurs ouvrages ainsi que ceux de leurs homologues français et italiens.

⁹⁸⁰ F. CANCINO RESTREPO, « El postulado de la autonomía de la voluntad », *op. cit.*, p. 150.

2. *Les manifestations de l'autonomie de la volonté*

366. Pluralité de domaines. – Au-delà des variations de sa définition, l'autonomie de la volonté apparaît dans plusieurs domaines de la jurisprudence de la Cour suprême de justice. Le droit des contrats est sans surprise la matière où elle intervient le plus, mais il en existe d'autres manifestations.

367. En matière contractuelle. – L'autonomie de la volonté est d'abord le fondement de trois grands principes du droit des contrats. Premièrement, les contractants ont « la liberté de déterminer le contenu des contrats »⁹⁸¹ ; manifestation qui est connue en droit français sous le nom de liberté contractuelle⁹⁸². En application de ce principe, la Cour suprême de justice a approuvé notamment l'insertion dans un contrat de clauses prévues par le législateur pour d'autres contrats⁹⁸³, les clauses de rupture unilatérale⁹⁸⁴, les modifications du régime de responsabilité des contractants⁹⁸⁵ ou la création des contrats innommés⁹⁸⁶.

Deuxièmement, en vertu du principe d'autonomie, « le contrat est loi pour les parties tant que certaines conditions de validité ont été respectées lors de sa conclusion »⁹⁸⁷. C'est la consécration de la force obligatoire du contrat, qui est expressément mentionnée à l'article 1602 CCC.

Troisièmement, le principe de l'effet relatif des contrats a aussi été déduit de l'autonomie de la volonté : « ceux-ci ont seulement une force obligatoire entre les parties, ce qui signifie que celle-ci ne s'étend aux tiers »⁹⁸⁸.

Enfin, selon la Cour suprême, le principe de l'autonomie de la volonté constitue également le fondement de solutions plus spécifique du droit des contrats, comme la

⁹⁸¹ CSJ civ. 6 juil. 2007, exp. 1998-058. *V.* aussi CSJ civ. 10 mars 1995, exp. 4478 ; 30 oct. 2001, exp. 5851 ; 30 sept. 2004, exp. 7142 ; 13 mai 2014, exp. 2007-299.

⁹⁸² Aujourd'hui, à l'article 1102 du Code civil depuis la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016. *V.* G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, *loc. cit.* ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations...*, *loc. cit.*

⁹⁸³ CSJ civ. 7 sept. 1999, exp. 5217.

⁹⁸⁴ CSJ civ. 9 sept. 2014, exp. 2009-347.

⁹⁸⁵ CSJ civ. 31 juil. 2014, exp. 2001-457.

⁹⁸⁶ CSJ civ. 13 mai 2014, exp. 2007-299.

⁹⁸⁷ CSJ civ. 19 sept. 2001, exp. 6913. *V.* aussi CSJ civ. 17 mai 1995, exp. 4512 ; 18 nov. 2004, exp. 7287 ; 10 avr. 2013, exp. 2006-782.

⁹⁸⁸ CSJ civ. 10 mars 1995, exp. 4478. *V.* également CSJ civ. 1^{er} juil. 2008, exp. 06291-01 ; 19 déc. 2012, exp. 1999-280.

licité de la convention d'arbitrage⁹⁸⁹ et l'une des règles d'interprétation du contrat pour le juge (article 1618 CCC)⁹⁹⁰.

368. En dehors de la matière contractuelle. – La jurisprudence a aussi identifié des manifestations du principe en droit de la famille et en matière de successions. Ainsi, l'autonomie de la volonté se manifeste dans la dissolution volontaire de la communauté légale (alinéa 1^{er}, point 5, article 1820 CCC)⁹⁹¹ et dans le renoncement aux acquêts (*renuncia a los gananciales*, article 1775 CCC)⁹⁹², et constitue le fondement du testament (article 1055 CCC)⁹⁹³.

En somme, la conception de la Cour suprême de justice colombienne sur l'autonomie de la volonté est très classique et ne présente rien d'extraordinaire. Les éléments essentiels de la notion, à savoir la liberté de disposer des intérêts individuels et l'encadrement de la loi, de l'État. Ses différentes manifestations montrent que la liberté octroyée aux particuliers est très ample, spécialement en matière contractuelle. Dès lors, la conception classique de l'autonomie de la volonté semble compatible avec la liberté de choix de loi telle qu'elle est conçue aujourd'hui en droit international privé, notamment en ce que le choix de loi ne fait pas échec à l'impérativité de la loi⁹⁹⁴. Il est possible de considérer que la liberté de choix de loi constitue l'expression dans la dimension internationale de la faculté reconnue aux individus de disposer de leurs propres intérêts et de prévoir, pour paraphraser la Cour suprême de justice, les règles qui régissent leurs relations économique-sociales internationales.

Toutefois, la liberté de choix ne pourrait pas être affirmée en droit colombien si elle n'était pas également conforme à la conception que la Cour constitutionnelle se fait de l'autonomie de la volonté à la lumière de la Constitution de 1991, une conception différente de la conception classique qui a prédominé jusqu'au milieu des années 90.

⁹⁸⁹ CSJ civ. 17 juin 1997, exp. 4781 ; 24 juin 2016 exp. 2014-2243 ; Const. C-947/14.

⁹⁹⁰ CSJ civ. 23 mai 1988 ; cet arrêt est repris dans CSJ civ. 14 mars 1996 exp. 4738 et 10 déc. 1999, exp. 5277.

⁹⁹¹ CSJ civ. 4 mars 1996, exp. 4751.

⁹⁹² CSJ civ. 30 janv. 2006, exp. 1995-29402.

⁹⁹³ CSJ civ. 18 juin 1996, exp. 4699, Civ. 2 août 2001, exp. 6146.

⁹⁹⁴ *V. supra* n° 295.

B. Conception contemporaine

369. L'autonomie de la volonté dans la Constitution de 1991. – Actuellement, l'ordre juridique colombien retient aussi une conception plus complexe de l'autonomie de la volonté et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle rend compte de la transformation du principe. Cette transformation rappelle les analyses récentes qui voient dans la liberté de choix une liberté fondamentale. Depuis la promulgation de la Constitution de 1991, la liberté de choix est ainsi devenu une liberté fondamentale (1), à laquelle correspond une fonction spéciale (2).

1. L'autonomie de la volonté en tant que liberté fondamentale

370. Nouvelle définition. – La conception qui se dégage de la jurisprudence constitutionnelle ne constitue pas une rupture avec la vision classique. Ainsi, dans l'arrêt T-240/93, l'un des premiers qui aborde la question, la Cour constitutionnelle affirme que « la liberté commerciale, en tant que liberté de disposer de ses propres dimensions patrimoniale et personnelle et de pouvoir s'obliger envers d'autres personnes dans l'objectif de satisfaire des besoins propres ou d'autrui, est un mode d'être et d'agir en société et d'être libre et, pour toutes ces raisons, est un élément qui se trouve dans la base même de l'ordre constitutionnel ». Plusieurs éléments de la définition de la Cour suprême de justice se trouvent ici, y compris la multiplicité des présentations.

Dans une décision plus récente, la Cour constitutionnelle se rapproche encore davantage de la définition classique. En effet, elle a affirmé que le principe d'autonomie de la volonté est « le pouvoir des individus, reconnu par l'ordre positif, de disposer avec un effet obligatoire des intérêts et des droits dont ils sont les titulaires et par conséquent de créer des droits et des obligations, sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs »⁹⁹⁵.

371. Constitutionnalisation de l'autonomie de la volonté. – Toutefois, la place de l'autonomie de la volonté dans l'ordre juridique colombien a été renforcée par la Cour constitutionnelle. Ainsi, la Cour a affirmé, et ce d'une manière constante, que la

⁹⁹⁵ Const. C-1194/08.

Constitution de 1991 abrite, malgré l'absence de disposition expresse, le principe d'autonomie de la volonté⁹⁹⁶. Plus encore, elle lui a accordé la protection due aux libertés fondamentales. Dans le dispositif de l'arrêt T-423/03, la Cour a par exemple déclaré « concéder la protection d'un droit fondamental à l'autonomie privée (libre développement de la personnalité) ». Ce dernier arrêt reste pour l'instant le seul où la Cour se soit prononcée de la sorte, et cet isolement relativise sa valeur.

372. Les liens avec les libertés fondamentales connexes. – Contrairement aux autres droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle n'a toutefois jamais employé l'autonomie de la volonté comme fondement exclusif de ses décisions. Même lorsque le principe d'autonomie a été analysé de manière approfondie, il a été lié à d'autres libertés, lesquelles ont quant à elles une consécration expresse dans la Constitution ; il a aussi été lié au principe de la dignité humaine.

La plupart des arrêts fait état des liens qui unissent l'autonomie de la volonté avec au moins l'une des libertés fondamentales suivantes : le droit à la personnalité juridique (*derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*) (article 14), le droit au travail (*derecho al trabajo*) (25 et 26), la liberté d'association (*libertad de asociación*) (38 et 39), le droit à la constitution d'une famille (*derecho a la conformación de la familia*) (42), le droit à la propriété privée (*derecho a la propiedad privada*) (58), la liberté économique, la libre initiative privée et la liberté d'entreprise (*libertad económica, libre iniciativa privada y libertad de empresa*) (333)⁹⁹⁷. Il semble par ailleurs que les liens avec le droit à la liberté et à l'égalité (*derecho a la libertad y a la igualdad*) (13) et le droit au libre développement de la personnalité (*derecho al libre desarrollo de la personalidad*) (16) soient particulièrement forts, car la Cour évoque toujours ceux-ci lorsqu'elle se prononce sur l'autonomie de la volonté.

373. Nature des liens. – Cependant, la nature de ces liens n'est pas très claire car la jurisprudence a oscillé entre deux analyses. Dans la première, la Cour constitutionnelle a considéré l'autonomie de la volonté comme une conséquence des

⁹⁹⁶ *V.* spécialement les arrêts Const. T-423/03 et C-186/11.

⁹⁹⁷ *V.* par exemple les arrêts Const. T-240/93, T-338/93, C-660/96, SU-157/99, T-423/03, T-468/03, C-993/06, C-1194/08, C-186/11, C-934/13.

autres libertés fondamentales, tantôt « déduite de »⁹⁹⁸ ou « fondée sur »⁹⁹⁹, tantôt « dérivée d'une interprétation systématique » d'autres libertés consacrées dans la Constitution¹⁰⁰⁰. Dans la seconde, elle ne place plus ces droits et libertés en amont de l'autonomie de la volonté mais plutôt en aval, comme des droits dont l'exercice la présuppose. Ainsi, dans l'arrêt C-993/06, elle distingue les libertés dont se déduit l'autonomie, à savoir les droits à la liberté, à l'égalité et au libre développement de la personnalité, du reste de droits fondamentaux qui en constitueraient des manifestations. Même si le choix de l'une plutôt que de l'autre de ces options peut être dépourvu de conséquences pratiques, la dernière analyse devrait s'imposer : il s'agit de la plus claire, en ce qui concerne les liens entre les différentes libertés, et de la plus cohérente, au regard de la définition retenue par la Cour constitutionnelle de l'autonomie de la volonté.

374. Autonomie de la volonté et dignité humaine. – En outre, le principe serait lié à la dignité humaine. La Cour a en effet affirmé à plusieurs reprises que l'autonomie de la volonté « devient un droit intimement lié à la dignité humaine, puisqu'elle en devient l'instrument principal de réalisation, un instrument adéquat à la satisfaction des besoins essentiels de l'homme »¹⁰⁰¹. Ce dernier fondement de l'autonomie de la volonté est d'une importance cruciale car le principe constitutionnel de dignité de la personne humaine occupe une place capitale dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne¹⁰⁰².

375. Constitutionnalisation en droit français. – La valeur constitutionnelle de l'autonomie de la volonté, plus précisément de la liberté contractuelle, a également été affirmée en France¹⁰⁰³. Ainsi, dans une décision du 19 décembre 2000, le Conseil

⁹⁹⁸ Const. T-338/93, SU-157/99.

⁹⁹⁹ Const. C-660/96, C-1194/08.

¹⁰⁰⁰ T-468/03, C-186/11.

¹⁰⁰¹ Const. T-468/03, C-186/11.

¹⁰⁰² Sur ce point, B. A. CARVAJAL SANCHEZ, *Le principe de dignité de la personne humaine en droit public colombien et français*, Thèse dactyl., Paris I, 2011.

¹⁰⁰³ *V.* en dernier lieu Cons. const. 13 juin 2013 (n° 2013-672 DC), *Dr. soc.* 2013. 673, étude J. Barthélémy, *ibid.* 680, étude D. Rousseau et D. Rigaud, *Constitutions* 2013. 400, chron. A.-L. Cassard-Valembos, *JCP* 2013. 929, note J. Ghestin, *RTD civ.* 2013. 832, note H. Barbier. Adde. Carlos Alberto Arrue Montenegro, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions, op. cit.*, p. 7 et les références qui y sont citées.

constitutionnel l'a rattachée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme¹⁰⁰⁴. Mais l'évolution est d'autant plus importante que, contrairement à la Cour constitutionnelle colombienne, le Conseil avait par le passé refusé le statut de principe constitutionnel à l'autonomie de la volonté¹⁰⁰⁵. Le droit français a donc accepté la liberté de choix de loi avant même de consacrer la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle.

376. Accueil de l'évolution de la notion par la Cour suprême de justice. – La nouvelle facette constitutionnelle du principe de l'autonomie de la volonté en droit colombien semble avoir été assimilée par la Cour suprême de justice. La définition du principe énoncée dans l'arrêt du 30 août 2011 en est la preuve : « l'autonomie privée, expression de la liberté, droit fondamental, libre développement de la personnalité et initiative économique et d'entreprise garanties par "l'État social de droit" en tant que support du système démocratique, confère au sujet *iuris* un pouvoir pour créer un acte juridique [*negocio jurídico*] [...] pour disposer des intérêts juridiquement relevant »¹⁰⁰⁶.

Si la formulation est certainement perfectible, l'essentiel est la prise en compte de l'évolution de l'autonomie de la volonté. Bien que la Cour suprême n'ait pas cité la jurisprudence constitutionnelle dans cet arrêt, elle a fait référence aux articles de la Constitution invoqués par la Cour constitutionnelle. La définition renouvelée de la Cour suprême évoque par ailleurs un concept clé du système constitutionnel colombien : l'État social de droit, qui intervient principalement lorsqu'il est question d'établir les limites de l'autonomie de la volonté¹⁰⁰⁷.

La conception contemporaine qui élève l'autonomie de la volonté au grade de liberté fondamentale et qui a déjà été, dans une certaine mesure, adoptée par la

¹⁰⁰⁴ Cons. const. 19 décembre 2000 (n° 2000-437 DC), *RD public* 2001.267, note P.-É. Spitz, *RFD Const.* 2001.85, obs. N. Jacquinet, A. Pariente, L. Philip, D. Ribes, M. Verpeaux. *V. aussi*, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 4^e éd., PUF, 2016, n° 72.

¹⁰⁰⁵ Cons. const. 3 août 1994 (n° 94-348 DC), *RFD Const.* 1994.832, note P. Gaïa, *JCP* 1995.II.22404, note Y. Broussolle ; et 20 mars 1997 (n° 97-388 DC), *RFD Const.* 1997.323, obs. L. Favoreu, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, *LPA* 1997.10, obs. B. Matieu, M. Verpeaux.

¹⁰⁰⁶ Exp. 1999-1957. Ce passage est repris dans l'arrêt du CSJ civ. 19 oct. 2011, exp. 2001-847. Il est important de noter que ces deux arrêts ont été proposés par le magistrat William Namén Vargas.

¹⁰⁰⁷ *V. infra* n° 385 s.

jurisprudence civile, a également modifié la fonction de l'autonomie de la volonté dans l'ordre juridique colombien.

2. *La nouvelle fonction de l'autonomie de la volonté*

377. La fonction de liberté fondamentale. – La qualification de l'autonomie de la volonté en tant que liberté fondamentale implique une conséquence particulière. En droit constitutionnel colombien, les droits fondamentaux constituent à la fois un guide pour l'activité de l'État et une limite à celle-ci. En effet, la Constitution de 1991 proclame que la Colombie est un État social de droit, ce qui signifie qu'il « doit agir conformément à la dimension objective des droits fondamentaux »¹⁰⁰⁸. Ceux-ci sont donc également une limite pour l'État, leur noyau essentiel ne pouvant pas être méconnu¹⁰⁰⁹. La jurisprudence fournit des exemples de rappel de cette valeur d'encadrement du principe à destination des différents pouvoirs : législatif, exécutif et judiciaire¹⁰¹⁰. Elle l'a ainsi fait en matière contractuelle.

378. Autonomie de la volonté en tant que limite. – Dans l'arrêt T-423/03, la Cour constitutionnelle affirme que dans « l'exercice de leur fonction d'intervention [sur les contrats], l'État et l'administration ne pourraient annihiler l'équilibre économique des contrats ou modifier leur contenu de manière à les transformer en d'autres contrats, car l'autonomie de la volonté et les principes contractuels de niveau constitutionnel agissent comme limite de l'exercice de ces facultés ». Ainsi, pour la Cour, « le législateur ne peut pas affecter le noyau essentiel de l'autonomie privée »¹⁰¹¹ car « il est indispensable de conférer un certain degré raisonnable d'autoréglementation aux citoyens [...] destiné à pallier l'impossibilité physique, technique et juridique de l'État de prévoir *ex-ante* tous les besoins des individus »¹⁰¹².

¹⁰⁰⁸ B. A. CARVAJAL SANCHEZ, *Le principe de dignité...*, *op cit.*, p. 429.

¹⁰⁰⁹ Const. C-936/03 ; *v.* aussi sur ce point, *ibid.*, p. 472.

¹⁰¹⁰ Pour le cas du législateur, on peut citer, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt Const. C-993/04. La Cour a aussi analysé le cas de l'exécutif dans les arrêts C-435/13 et C-179/94 ; ce dernier arrêt concerne les fonctions de l'exécutif lors d'un état d'urgence. Enfin, l'action en tutelle a été opposée aux décisions des tribunaux colombiens, ce qui a donné lieu à une abondante jurisprudence.

¹⁰¹¹ Const. C-204/03.

¹⁰¹² Const. T-468/03.

De son côté, la Cour suprême de justice a considéré que l'autonomie de la volonté peut constituer une limite à l'activité juridictionnelle. Ainsi, la Cour a considéré que « le juge ne peut pas empiéter sur ce qui relève du seul demandeur pour insérer dans [la requête] ce que celle-ci ne contient pas, puisque ce faisant le juge se substitue à la partie dans son rôle, brisant illégitimement la sphère de l'autonomie de la volonté »¹⁰¹³.

379. Indétermination du noyau essentiel des libertés fondamentales. – La détermination de ce noyau essentiel est pourtant problématique. La Cour constitutionnelle a clairement reconnu qu'il n'était pas possible d'en formuler une définition¹⁰¹⁴ et elle a donc confié à l'interprète le soin d'établir le noyau essentiel au cas par cas, en considération de divers critères tels que les principes de la dignité de la personne humaine et de l'État social de droit. L'interprète doit également tenir compte, pour profiter pleinement des libertés fondamentales, du fait que certains aspects de ces libertés pourraient être sacrifiés provisoirement lorsqu'ils ne font pas partie du noyau essentiel. Toutefois, les auteurs colombiens ont fortement critiqué la théorie du noyau essentiel et il semble qu'aujourd'hui elle ait été remplacée par « des techniques de pondération et des jugements de proportionnalité »¹⁰¹⁵. Ces techniques montrent que les libertés fondamentales ont toutes des limites et que l'autonomie de la volonté ne fait pas figure d'exception.

Les différentes conceptions de l'autonomie de la volonté retenues en droit colombien reconnaissent ainsi un rôle important aux individus pour disposer de leurs intérêts. L'autonomie de la volonté est même considérée comme un droit fondamental. Bien qu'elle ait été cantonnée jusqu'à présent aux relations privées internes, elle peut, telle qu'elle est conçue en droit colombien, servir de fondement, sur le plan international, au choix de loi. La nouvelle fonction attribuée à l'autonomie de la volonté suggère que la liberté de choix doit aussi respecter les limites que l'ordre juridique colombien assigne à l'autonomie de la volonté.

¹⁰¹³ CSJ civ. 24 sept. 2004, exp. 7491.

¹⁰¹⁴ Const. C-179/94.

¹⁰¹⁵ Sur ce point, B. A. CARVAJAL SANCHEZ, *Le principe de dignité...*, *loc. cit.*, et les références citées en note n° 1605. Cependant, l'arrêt Const. C-738/02, rendu à propos de l'autonomie de la volonté, suggère que la doctrine du noyau essentiel et les nouvelles techniques sont peut-être complémentaires.

§2. Les limites de l'autonomie de la volonté

380. Posture équilibrée. – Le rédacteur du Code civil colombien, Andrés Bello, ne s'est pas rallié à l'individualisme juridique car la confrontation de certains articles du Code montre qu'il a « adopté une posture équilibrée » à l'égard de l'autonomie de la volonté¹⁰¹⁶. En effet, il a été vu que le droit positif colombien ne conçoit l'autonomie que dans le cadre que l'ordre juridique lui concède¹⁰¹⁷. Bien que l'adoption de la Constitution de 1991 ait renforcé les éléments essentiels de ce cadre (A), ce texte doit désormais orienter l'interprétation des limites (B).

A. Limites renforcées

381. L'ordre public et les bonnes mœurs. – En droit colombien, les limites de l'autonomie de la volonté ont été déduites par la jurisprudence de l'article 16 CCC, déjà signalé, l'une des quelques dispositions sur ce point¹⁰¹⁸. Ainsi, au visa de cet article, la Cour suprême de justice a rappelé récemment que « les parties jouissent d'autonomie pour convenir des clauses qui régiront la négociation qu'elles projettent, bien sûr, sans contrarier l'ordre public et les bonnes mœurs »¹⁰¹⁹. En outre, la Cour a averti que « l'exercice de cette libre volonté ne peut pas être considéré, pour la liberté elle-même, comme un blanc-seing pour déborder les limites propres des bonnes mœurs et de l'ordre public »¹⁰²⁰.

382. Autres formulations des limites. – Outre cette formulation générale et vague, qui reprend presque mot pour mot le texte de l'article 16, la Cour utilise d'autres formules, en faisant par exemple références aux limites imposées par « l'ordre public et les droits d'autrui »¹⁰²¹ ou « par des motifs d'intérêt social et d'ordre public »¹⁰²².

¹⁰¹⁶ F. CANCINO RESTREPO, « El postulado de la autonomía de la voluntad », *op. cit.*, p. 150.

¹⁰¹⁷ En ce sens, *ibid.*, p. 152 et F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II...*, *op. cit.*, p. 325.

¹⁰¹⁸ *V. supra* n° 116 s. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II...*, *op. cit.*, p. 346.

¹⁰¹⁹ CSJ civ. 24 juillet 2012, exp. 1998-21524.

¹⁰²⁰ CSJ civ. 13 mai 2014, exp. 2007-299.

¹⁰²¹ Par exemple, CSJ civ. 17 mai 1995, exp. 4512, 16 mai 2002, exp. 6877 et 10 avr. 2013 exp. 2006-782.

¹⁰²² Ainsi dans l'arrêt CSJ civ. 13 oct. 2011, exp. 2002-083.

383. Affinement des limites. – Démontrant la compatibilité des limites dégagées par la Cour suprême avec la nouvelle Constitution¹⁰²³, la jurisprudence constitutionnelle a employé des expressions similaires, mais elle a aussi proposé des formules plus élaborées. Ainsi, dans l'arrêt T-468/03, la Cour a affirmé que l'autonomie de la volonté « ne peut être considérée comme absolue, puisqu'elle se trouve limitée par le besoin de sauvegarder l'ordre juridique, la prédominance de l'intérêt public, les exigences éthiques dérivées de la bonne foi, les droits des tiers et l'interdiction d'abuser des droits ». Malgré les apparences, la Cour constitutionnelle n'a rien ajouté aux limites déjà énoncées par Cour suprême de justice. En effet, la formulation de la première juridiction, qui est plus claire, contient tous les éléments déjà présents dans la jurisprudence de la seconde.

La Cour suprême de justice a ensuite essayé d'être un peu plus explicite. Dans un arrêt du 30 août 2011, elle a affirmé que l'autonomie de la volonté est limitée « ou bien par le *jus cogens*, l'ordre public, les normes impératives, ou bien en considération de la nature et de la protection de certains sujets ou intérêts, ou bien par l'inéluctable solidarité, ou bien parce que dans certaines occasions l'État ou les particuliers imposent l'acte, le sujet, le type contractuel, la forme, le processus de conclusion, le contenu, la survivance ou la fin, la responsabilité des parties ou les effets »¹⁰²⁴. Cette formulation laisse pourtant perplexe. Certes, la liste de limites semble s'élargir, mais celle-ci n'en est guère plus claire et la Cour y mélange les notions qui limitent l'autonomie de la volonté avec leurs justifications. Enfin, le droit positif n'est pas clair sur ce que chaque élément signifie et la distinction entre certains d'entre eux est très difficile¹⁰²⁵.

384. Manifestation des limites. – Malgré cette indétermination, il est toutefois possible de distinguer des manifestations différentes de ces limites selon qu'elles interviennent en matière patrimoniale ou non patrimoniale. En effet, la Cour suprême a considéré que « le domaine patrimonial est régi par le principe selon

¹⁰²³ Par exemple, dans l'arrêt Const. T-338/93, la Cour constitutionnelle parle des « droits d'autrui et de l'intérêt général » et dans l'arrêt Const. C-934/13 elle utilise tantôt intérêt public tantôt intérêt général.

¹⁰²⁴ Exp. 1999-1957. La Cour suprême considère aussi que l'abus des droits est une limite de l'autonomie de la volonté : CSJ civ. 16 sept. 2010, exp. 2005-590 à propos de la révocation du mandataire ; repris récemment dans un arrêt du 1^{er} nov. 2013, exp. 1994-26630.

¹⁰²⁵ F. MONTOYA MATEUS, « La voluntad fundamento del negocio jurídico », *op. cit.*, p. 80.

lequel tout ce qui n'est pas interdit aux individus leur est permis, alors qu'au sujet de l'état civil et de son régime légal, l'intervention de la volonté privée est gouvernée par le principe contraire : est prohibé tout ce qui n'est pas expressément autorisé »¹⁰²⁶. Elle a donc affirmé la nécessité d'un texte légal qui consacre chaque restriction à l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Sur ce fondement, la Cour a récemment validé la possibilité de renoncer à l'indemnité compensatoire de l'agent commercial prévue à l'article 1324 CCoC – considérée auparavant comme d'ordre public – et de stipuler la rupture unilatérale du contrat¹⁰²⁷. La Cour constitutionnelle est arrivée à une conclusion identique. Ainsi, dans un arrêt T-240/93, elle a affirmé qu'en vertu de la Constitution « les limitations générales [à l'autonomie de la volonté] doivent avoir une base légale et se justifient socialement dès lors qu'elles sont destinées à assurer des relations justes et libres »¹⁰²⁸. Il faut donc s'interroger sur ce qui constitue une *relation juste et libre* selon la Constitution.

B. Limites réinterprétées

385. Approche constitutionnelle aux limites du principe d'autonomie. – La nouvelle Constitution n'a pas vraiment modifié la liste des éléments qui constituent des limites à l'autonomie de la volonté. Cependant, elle exige d'adopter une approche différente pour leur analyse. C'est ainsi que l'entend la Cour constitutionnelle lorsqu'elle affirme qu'il « ne s'agit pas des limites depuis longtemps connues de la liberté de contracter, mais du nouveau sens que celle-ci a acquis à la lumière de la Constitution »¹⁰²⁹. Désormais les particuliers, dans l'exercice de l'autonomie de la volonté, « doivent adapter leurs comportements, et contribuer à la réalisation des fins constitutionnelles »¹⁰³⁰. La Cour suprême de justice s'est déjà ralliée à cette nouvelle exigence. En effet, elle a considéré que les principes de l'autonomie de la volonté et de l'effet relatif des contrats doivent être « interprétés aujourd'hui en conformité avec les principes et les valeurs de l'État social de droit »¹⁰³¹.

¹⁰²⁶ CSJ civ. 25 août 2000, exp. 5215.

¹⁰²⁷ Tel qu'il apparaît dans les arrêts CSJ civ. 19 oct. 2011, exp. 2001-847 et 9 sept. 2014, exp. 2009-347, respectivement.

¹⁰²⁸ Const. T-240/93. Exigence qui a été confirmée récemment dans l'arrêt T-490/09.

¹⁰²⁹ Const. T-240/93.

¹⁰³⁰ Const. C-936/03.

¹⁰³¹ CSJ civ. 1^{er} déc. 2008, exp. 2002-015. *V. supra* n° 367. Il est intéressant de noter que la Cour néglige parfois le lien qui unit ces principes.

386. Éléments d'interprétation. – La Cour constitutionnelle essaye depuis 1993 de préciser l'interprétation constitutionnelle du principe d'autonomie et de ses limites, et a dégagé quelques critères. Ainsi, dans le premier arrêt à avoir mentionné le principe d'autonomie, l'arrêt T-240/93, la Cour a considéré que son exercice « devait se faire dans les limites du bien commun et en consultant le principe de la solidarité sociale », et en assurant la poursuite « d'intérêts sociaux et économiques dignes de protection ». Dans des arrêts postérieurs, la Cour a évoqué d'autres éléments, tels que l'État social de droit, l'intérêt public et les droits fondamentaux¹⁰³². Plus récemment, elle y a rajouté la primauté de l'intérêt général et la justice¹⁰³³.

Depuis, tous ces critères sont rappelés par la jurisprudence constitutionnelle d'une manière plus ou moins similaire d'une décision à l'autre. Cependant, la formulation des limites de l'autonomie de la volonté la plus aboutie est contenue dans l'arrêt C-1194/08. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a affirmé que « le principe de l'autonomie de la volonté privée dans le cadre de l'État colombien doit être interprété en conformité avec les principes, les valeurs et les droits reconnus par la Constitution et propres à l'État social de droit ».

Néanmoins, même dans cette dernière formulation, l'interprétation des limites de l'autonomie de la volonté reste vague et ne se distingue guère du seul critère de la contrariété à l'ordre public. Il semble aussi que l'État social de droit et les droits fondamentaux ne soient que les pendants dans la jurisprudence constitutionnelle de « l'ordre public et [des] droits d'autrui » de la jurisprudence civile.

387. Application concrète de la nouvelle interprétation. – Cette interprétation constitutionnelle a été mise en œuvre dans l'arrêt T-490/09. En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur une atteinte aux droits au minimum vital, à la santé et à la dignité humaine. Le requérant considérait que ces droits avaient été violés par son cocontractant, une compagnie d'assurance, car celle-ci lui avait injustement refusé l'indemnité d'invalidité accordée dans la police d'assurance. Or, pour justifier le

¹⁰³² Const. SU-157/99.

¹⁰³³ Const. C-1194/08.

refus, la compagnie avait invoqué une clause du contrat qui conditionnait la prestation de l'assureur à l'impossibilité pour l'assuré d'effectuer « tout type d'activité rémunérée », dont elle fondait la validité sur le principe de l'autonomie de la volonté. Cependant, la Cour a jugé qu'un refus fondé sur « une interprétation nettement légale du contrat » était inacceptable au regard des droits fondamentaux au minimum vital et à la vie dans des conditions dignes. Elle a donc interprété la clause comme faisant référence seulement « à l'activité ou la compétence qu'exerçait l'assuré » et a condamné la compagnie à verser l'indemnité. Ainsi la dignité de la personne humaine peut aussi constituer une limite à l'autonomie de la volonté, et non en constituer un soutien¹⁰³⁴. Mais cette décision doit être saluée, notamment parce que le contrôle de proportionnalité que la Cour y a mis en œuvre semble parfaitement adapté au nécessaire arbitrage entre la reconnaissance de l'autonomie de la volonté et le respect des valeurs et des principes qui la limitent.

388. Contrôle de proportionnalité. – Le contrôle de proportionnalité avait déjà été employé au sujet de l'autonomie de la volonté dans un arrêt C-738/02, où la Cour constitutionnelle avait apprécié la constitutionnalité des limites que le nouveau régime de copropriété horizontale introduit par la loi 675 de 2001 lui imposait. Cet arrêt recèle deux enseignements importants à propos de la mise en œuvre du contrôle. Tout d'abord, le caractère fondamental du principe d'autonomie ne constitue pas un obstacle à ce que « sa portée et son effectivité [soient] pondérés afin de rendre efficace d'autres principes ou droits constitutionnels ». Ensuite, les normes établissant des limites à l'autonomie de la volonté doivent être soumises à « un examen de proportionnalité pour établir si elles poursuivent un objectif en accord avec les normes supérieures, si elles sont idoines pour atteindre celui-ci et si elles n'impliquent pas un sacrifice disproportionné par rapport au bien constitutionnel recherché ». Le contrôle de proportionnalité permet ainsi de déterminer dans un cas donné la légitimité des limites imposées à l'autonomie de la volonté.

¹⁰³⁴ *V. supra* n° 374.

389. Autonomie de la volonté, limites et liberté de choix. – Ces limites à l'autonomie de la volonté en droit colombien ne sont, pour l'essentiel, pas différentes de celles que doit respecter la liberté de choix en droit international privé comparé. En effet, comme le remarquait à juste titre Mario Giuliano, la « liberté des parties de choisir la loi applicable à leur contrat [...] n'est pas une liberté indépendante, au-dessus de l'ordre juridique qui l'accorde. Elle est, au contraire, un pouvoir ou, selon l'expression courante, "un pouvoir d'autonomie" conféré aux parties par la règle de conflit ; et, par conséquent, un pouvoir que les parties ne sont admises à exercer qu'aux conditions et dans les limites fixées par l'ordre juridique dont la règle de conflit relève »¹⁰³⁵. Le choix de loi serait donc également conciliable avec les limites imposées par l'ordre juridique colombien à l'autonomie de la volonté.

390. Ordre public international et lois de police en droit colombien. – Il convient de rappeler ici que le droit international privé colombien connaît l'ordre public international et pourrait également faire appel à la méthode de lois de police¹⁰³⁶. Ces mécanismes agissent en tant que limites à la liberté de choix¹⁰³⁷ et peuvent relayer les valeurs et les principes qui restreignent l'autonomie de la volonté en droit colombien sur le plan international, y compris l'interprétation constitutionnelle étudié ici. L'ordre juridique colombien est ainsi prémuni contre les dérives dans lesquelles pourraient tomber les contractants par l'exercice de leur liberté de choix de loi.

Il ne faudrait pas oublier cependant la dimension internationale du contrat lors de la mise en œuvre de l'ordre public international et de l'application des lois de police, deux mécanismes encore très liés au droit interne en droit positif colombien, car le commerce international qu'il est question de favoriser réclame une certaine souplesse¹⁰³⁸. Il faudrait prendre en compte, tout particulièrement, la distinction entre dispositions simplement impératives et dispositions internationalement impératives, dans le but de limiter la liberté de choix seulement lorsque la situation

¹⁰³⁵ M. GIULIANO, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis », *RCADI* 1977, t. 158, p. 183, spéc. 214.

¹⁰³⁶ *V. supra* n° 115 s.

¹⁰³⁷ *V. supra* n° 295.

¹⁰³⁸ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n° 734 ; J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international, op. cit.*, n° 357.

entre dans le champ d'application des secondes¹⁰³⁹ ; le contrat étant soumis en tout état de cause aux dispositions simplement impératives de la loi choisie par les parties¹⁰⁴⁰. Dans ces circonstances, et étant donné qu'il importe, pour les « effets bénéfiques pour le développement du commerce international »¹⁰⁴¹, de faire régir le contrat par la loi qui convient à l'opération envisagée par les parties, il est légitime de laisser aux contractants le choix de la loi applicable à leur contrat.

Hormis la question spécifique de la conciliation de la liberté de choix de la loi applicable avec la théorie de l'autonomie de la volonté du droit privé colombien, plusieurs éléments de droit positif indiquent que l'autonomie de la volonté peut être introduite en droit international privé colombien.

Section II – L'intégration de la liberté de choix en droit international privé

391. Évolution du droit colombien. - Les textes adoptés en Colombie durant le dernier quart de siècle permettent de contempler la possibilité de faire évoluer le droit international privé colombien, notamment en matière contractuelle. En effet, certaines règles internes et internationales applicables aux contrats commerciaux internationaux posent les bases d'une possible évolution de l'ordre juridique colombien et de l'extension de l'autonomie de la volonté à l'ordre international¹⁰⁴². Ainsi, il semble nécessaire d'envisager une approche plus soucieuse des intérêts privés liés aux contrats commerciaux internationaux (§1), ce qui permettrait de consacrer la liberté de choix de loi en tant que solution de principe du conflit de lois en matière contractuelle (§2).

¹⁰³⁹ K. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit. DIP* 1957. 579 et 1958. 53, spéc. 53. *V. supra* n° 128.

¹⁰⁴⁰ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 737.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² Au niveau interne, il existe l'exemple de la loi 1563 du 12 juillet 2012 sur l'arbitrage national et international. Au niveau communautaire, les Décisions 398 et 399 du 17 janvier 1997 sur le transport international des passagers et de marchandises, respectivement, sont des exemples ; la Colombie fait partie de la Communauté Andine et les décisions sont équivalentes aux règlements européens. Au niveau international, la Colombie a ratifié la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques signés au Cap le 16 novembre 2001.

§1. Adoption nécessaire

392. Vers une approche privatiste. – La Cour suprême de justice et la Cour constitutionnelle colombiennes retiennent une approche publiciste du droit international privé, consistant à appliquer les principes de territorialité et de souveraineté aux situations présentant des éléments d’extranéité¹⁰⁴³. Bien que le discours de ces deux cours soit assuré, il est possible d’exclure les contrats commerciaux internationaux de l’approche publiciste (A). L’ordre juridique colombien fournit d’ailleurs les fondements d’une approche privatiste de ces contrats (B).

A. Dépassement de l’approche publiciste

393. Application des principes aux contrats commerciaux internationaux. – Les principes fondamentaux du droit international privé colombien sont au nombre de deux : la souveraineté et la territorialité¹⁰⁴⁴. En matière de contrats, le principe de territorialité se manifeste principalement, comme il a déjà été dit¹⁰⁴⁵, dans le choix des critères de rattachement des règles de conflit en droit positif colombien. Il sera donc analysé avec ces règles ultérieurement¹⁰⁴⁶.

394. Exclusion du principe de souveraineté. – Quant au principe de souveraineté, il semble qu’il ne trouve pas application en matière de contrats commerciaux internationaux. En effet, la Cour suprême de justice évoque ce principe exclusivement dans ses arrêts rendus en matière de statut personnel et d’exequatur¹⁰⁴⁷. Il est tout de même significatif que la Cour suprême, qui fait usage du principe de souveraineté dans d’autres décisions, ne l’ait pas évoqué dans les arrêts *Cuervo*, *Camacho Roldán* et *Tía*, dans lesquels elle a formulé les règles de conflit de la catégorie contrats¹⁰⁴⁸. Ceci suggère que la souveraineté n’aurait aucun

¹⁰⁴³ *V. supra* chapitre I du titre I de la partie I.

¹⁰⁴⁴ En ce qui concerne le principe de territorialité *v. supra* n° 19 s. Quant au principe de souveraineté, *v. supra* n° 27 s.

¹⁰⁴⁵ *V. supra* n° 151.

¹⁰⁴⁶ *V. infra* n° 405.

¹⁰⁴⁷ *V. supra* n° 28 s.

¹⁰⁴⁸ Sur ces arrêts *v. supra* n° 19, 143 s. et 148. La souveraineté n’est pas non plus évoquée par la Cour suprême de justice dans son arrêt civ. 18 avril 2002 exp. T-2002-109 dans lequel elle fait allusion aux possibles solutions du conflit de lois en matière de contrats.

rôle à jouer dans la résolution du conflit de lois suscité par des contrats conclu entre personnes privées.

La jurisprudence constitutionnelle peut aussi être interprétée dans ce sens. Bien que la Cour constitutionnelle mentionne le principe de souveraineté dans les arrêts T-1157/00 et T-283/01, seuls arrêts dans lesquels cette cour a abordé la question de la détermination de la loi applicable au contrat international entre particuliers, elle ne le fait que pour en déduire le principe de territorialité¹⁰⁴⁹.

395. Application de la souveraineté en matière contractuelle. – Néanmoins, la Cour constitutionnelle a appliqué le principe de souveraineté en matière contractuelle dans un arrêt C-249/04, dans lequel elle a analysé la constitutionnalité de l'article 13 de la loi 80 du 28 octobre 1993, qui contient des règles applicables aux contrats internationaux de l'Administration¹⁰⁵⁰¹⁰⁵¹. À cette occasion, la Cour a affirmé qu'en « harmonie avec le principe de souveraineté nationale qui revient à chaque État [...], il est logique et juridique que la souveraineté que [la Colombie] invoque légitimement pour édicter et appliquer ses règles en matière de contrats, ne puisse pas être refusée aux autres États ». La Cour a donc lié étroitement la souveraineté d'un État à l'application de sa loi, notamment de ses dispositions en matière des contrats¹⁰⁵².

L'analyse effectuée par la Cour constitutionnelle est pourtant peu satisfaisante. D'une part, certaines questions sont laissées sans réponse, notamment celle de la loi applicable à la forme et à la formation du contrat, et certaines hypothèses ne sont

¹⁰⁴⁹ *V. supra* n° 22.

¹⁰⁵⁰ Arrêt *préc.* Les dispositions dont la constitutionnalité était remise en cause étaient les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 13 de la loi 80 de 1993. Voici le texte original de l'article : « Article 13. De la loi applicable aux contrats d'État. Les contrats conclus par les entités mentionnées à l'article 2^e de cette loi seront régis par les règles commerciales et civiles applicables, sauf pour les questions réglementées dans cette loi.

Les contrats conclus à l'étranger peuvent être soumis en ce qui concerne leur exécution à la loi du pays où il a été conclu, sauf lorsqu'il doit être exécuté en Colombie.

Les contrats conclus en Colombie et devant être exécutés à l'étranger, peuvent être soumis à la loi étrangère.

Les contrats financés avec des fonds des organismes multilatéraux de crédit ou conclus avec des personnes étrangères de droit public ou des organismes de coopération, assistance ou aide internationaux, peuvent être soumis à leurs règlements en ce qui concerne la procédure de formation et d'adjudication et les clauses spéciales d'exécution, de paiement et d'ajustement ».

Ce dernier alinéa a été remplacé par l'article 20 de la loi 1150 de 2007.

¹⁰⁵¹ Sur cette question en droit français, v. M. LAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, préf. P. Mayer, Economica, 2008 ; S. LEMAIRE, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, préf. P. Mayer, L.G.D.J., 2005.

¹⁰⁵² *V. supra* n° 69.

pas envisagées, telle que la conclusion et l'exécution du contrat dans des pays étrangers différents¹⁰⁵³. D'autre part, cet arrêt est un exemple des contradictions dans lesquelles s'enferme la Cour, puisque les souverainetés que celle-ci prétend protéger sont en fin de compte méconnues, la souveraineté étrangère étant seule sacrifiée par le traitement discriminatoire auquel conduit l'intervention du principe de souveraineté en droit international privé¹⁰⁵⁴. Ainsi, selon la Cour constitutionnelle, même si l'application des lois colombienne et étrangère repose sur le principe de souveraineté, la loi étrangère n'est applicable que lorsque le contrat est conclu à l'étranger et ne régit que l'exécution qui a lieu à l'étranger, alors qu'en tout autre hypothèse la loi colombienne s'applique¹⁰⁵⁵.

396. Application de la souveraineté aux contrats entre particuliers ? – Par ailleurs, la conclusion de la Cour dans cet arrêt semble outrepasser le cadre des contrats d'État. La Cour n'ayant aucunement nuancé ses propos, le lien qu'elle établit entre la souveraineté d'un État et l'application de sa loi pourrait être étendu aux contrats entre particuliers, d'autant que la Cour a construit son analyse sur des textes seulement applicables à ces derniers, tels que le traité de Montevideo de 1889 et le traité bilatéral avec l'Équateur de 1903, et des arrêts T-1157/00 et T-283/01.

397. Cantonnement de la jurisprudence aux contrats administratifs. – Néanmoins, la Cour constitutionnelle aurait pu distinguer les régimes des contrats administratifs et des contrats conclus entre particuliers sur la base de la jurisprudence antérieure. Ainsi, dans un arrêt du 20 mars 1986, la chambre plénière de la Cour suprême de justice (alors compétente pour connaître des actions en constitutionnalité) avait affirmé, tout en gardant une approche publiciste, que « les contrats administratifs pourraient recevoir un traitement différent des contrats entre

¹⁰⁵³ L'absence de réponses est en partie dû à la rédaction de l'article. Cfr. A. A. ALJURE SALAME, *El contrato internacional*, *op. cit.*, p. 103, pour qui, même si les trois lois en conflit (à savoir la loi colombienne, la loi du lieu de conclusion et la loi du lieu d'exécution) ont chacune de justes titres pour être appliquées, la loi du lieu d'exécution ne serait applicable que si elle coïncide soit avec la loi colombienne, soit avec la loi du lieu de conclusion.

¹⁰⁵⁴ V. supra n° 59.

¹⁰⁵⁵ Étant donné que le législateur colombien a employé le verbe *pouvoir* dans les alinéas 2 et 3 de l'article 13 : « peuvent être soumis » (*se podrán regir, podrán someterse*), la Cour a considéré qu'il s'agit d'une faculté, faculté qui revient en principe aux parties. Cependant, cette faculté est limitée et ne servirait qu'à soumettre les questions liées à l'exécution à la loi étrangère du lieu où le contrat est exécuté. À cet égard, il est important de remarquer qu'en application du raisonnement de la Cour constitutionnelle, il faudrait conclure que la volonté des parties, décidant de l'application de la loi étrangère, mettrait en échec la souveraineté étrangère.

particuliers, car il serait impossible d'appliquer aux premiers des normes qui seraient conformes à une constitution étrangère ainsi que de saisir des tribunaux étrangers pour la résolution des disputes les concernant, sans porter atteinte à l'article 2 de la Constitution Nationale »¹⁰⁵⁶. Elle avait d'ailleurs considéré, dans une affaire similaire jugée quelques mois plus tard, que « chaque État [...] pouvait arguer la nécessité d'appliquer sa propre loi et de reconnaître la compétence de ses tribunaux », que l'application de la loi ne devait pas être une conséquence du principe de souveraineté, mais de l'adoption de certains « postulats supranationaux [de droit international privé], tels que la territorialité, le juge du lieu et la loi du lieu où le contrat sera exécuté »¹⁰⁵⁷. La Cour constitutionnelle aurait donc dû éviter la référence à la souveraineté ou, au moins, restreindre son application aux contrats administratifs.

Cette conclusion est également confirmée par d'autres arrêts de la Cour en matière de contrats internationaux. Ainsi, dans l'arrêt C-273/93 à propos de la constitutionnalité du traité de Montevideo¹⁰⁵⁸, la souveraineté a été évoquée en appui de la capacité de l'État de souscrire des conventions internationales, et a été considérée l'un des fondements des relations internationales de l'État¹⁰⁵⁹. La souveraineté n'a pas été alors confrontée, ni opposée, aux articles 32 à 39 qui contiennent les règles de conflit du traité en matière des contrats. De même, dans l'arrêt C-529/00, la Cour a considéré que les principes et les règles de la convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises étaient conformes à la Constitution car ils sont fondés sur « la souveraineté, le respect à l'autodétermination des peuples et à la reconnaissance des principes du droit international acceptés par la Colombie ». Enfin, la Cour n'a même pas évoqué la souveraineté dans l'arrêt C-276/06, dans lequel elle a analysé la constitutionnalité de la convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels

¹⁰⁵⁶ Exp. 1416, *G.J.* n° 2426, p. 90.

¹⁰⁵⁷ CSJ plénière, 30 octobre 1986, exp. 1463, *G.J.* n° 2426, p. 479.

¹⁰⁵⁸ Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1991, la Cour constitutionnelle doit se prononcer sur la constitutionnalité des conventions internationales et de la loi qui les approuve, avant que le Gouvernement puisse faire l'échange de notes de ratification (article 241.10).

¹⁰⁵⁹ Selon l'article 9 de la Constitution de 1991, « Les affaires étrangères de l'État se fondent sur la souveraineté nationale, le respect de l'autodétermination des peuples et la reconnaissance des principes du droit international acceptés par la Colombie. Ainsi, la politique extérieure sera orientée à l'intégration latino-américaine et du Caraïbe ».

d'équipement mobiles et son protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques.

Le cantonnement du principe de souveraineté aux contrats administratifs se justifie également parce que l'ordre juridique colombien a adopté des principes qui entraînent une approche différente concernant les contrats entre particuliers.

B. Avènement de l'approche privatiste

398. Fondements de l'approche privatiste. – Le droit international privé pourrait être abordé sous un nouvel angle en Colombie, car il semble possible d'adopter une approche privatiste du droit international privé sur le fondement de la Constitution de 1991, spécialement en matière contractuelle. Cette nouvelle approche peut se réclamer des dispositions concernant l'organisation des relations internationales, d'une part, et des relations économiques, d'autre part.

399. Principes constitutionnels applicables aux relations internationales. – Les premières de ces dispositions sont contenues dans le chapitre VIII du titre VII, intitulé « Des relations internationales » (*De las relaciones internacionales*)¹⁰⁶⁰. La Cour constitutionnelle a déduit des articles 226 et 227 deux principes qui régissent l'activité du gouvernement et de l'État, ainsi que « la vie du pays »¹⁰⁶¹, et sont destinés à « renforcer la participation colombienne dans le processus d'internationalisation économique »¹⁰⁶². Le premier principe est celui de l'internationalisation, déduit de l'article 226, et selon lequel l'État doit promouvoir « l'internationalisation des relations politiques, économiques, sociales et écologiques »¹⁰⁶³. Selon le deuxième principe, tiré de l'article 227, l'État doit aussi favoriser l'intégration économique¹⁰⁶⁴. À aucun moment ces deux articles ne font

¹⁰⁶⁰ Le titre VII est dédié à l'organisation du pouvoir exécutif.

¹⁰⁶¹ Const. C-249/04. Dans cet arrêt, la Cour a affirmé que le « préambule de la Constitution Politique énonce un principe d'internationalisation de la vie du pays, avec une préférence pour l'impulsion de l'intégration de la communauté latino-américaine ».

¹⁰⁶² Const. C-276/93.

¹⁰⁶³ « Article 226. L'État devra promouvoir l'internationalisation des relations politiques, économiques, sociales et écologiques sur des bases d'équité, de réciprocité et de convenance nationale. »

¹⁰⁶⁴ « Article 227. L'État devra promouvoir l'intégration économique, sociale et politique avec les autres nations et spécialement, avec les pays de l'Amérique latine et du Caraïbe à travers la conclusion des traités qui sur des bases d'équité, d'égalité et de réciprocité, créeront des organismes supranationaux y compris pour former une communauté latino-américaine de nations. La loi pourra établir des élections directes pour la constitution du Parlement andine et du Parlement latino-américain ». V. Const. C-269/00.

allusion à la souveraineté. Bien au contraire, ces principes, qui n'existaient pas dans la Constitution de 1886 et témoignent de l'ouverture de la Colombie aux relations économiques internationales et de l'importance que la Constitution de 1991 reconnaît à ces relations, posent une obligation de l'État de s'internationaliser, et donc d'internationaliser notamment ses solutions juridiques.

400. Mise en œuvre des principes des relations internationales. – Les principes d'internationalisation et d'intégration économique sont souvent appliqués à l'examen de constitutionnalité des instruments internationaux, y compris en matière de droit international privé¹⁰⁶⁵. Ainsi, la Cour constitutionnelle a déclaré la convention de Vienne de 1980 conforme à la Constitution parce que, entre autres arguments, cette convention favorise « l'internationalisation des relations économiques [...] car les contrats de vente internationale de marchandises [...] promeuvent le commerce international de la Colombie »¹⁰⁶⁶. Elle a également affirmé récemment que l'arbitrage international trouve son fondement constitutionnel dans les règles qui « poursuivent l'internationalisation des relations économiques »¹⁰⁶⁷. Il en va de même pour la constitutionnalité d'instruments qui contiennent des règles de conflit, tels que le Traité de Montevideo de 1889 et le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adopté au Cap le 16 novembre 2001¹⁰⁶⁸. L'internationalisation des relations économiques, obligation constitutionnelle de l'État colombien, se manifeste donc aussi dans l'adoption de règles de droit international privé et ce même lorsque sont seulement visées les relations internationales privées.

401. Principes constitutionnels économiques. – L'approche privatiste peut aussi s'appuyer sur les dispositions de la Constitution de 1991 sur le régime économique et les finances publiques¹⁰⁶⁹. Selon la jurisprudence constitutionnelle, la Constitution régit l'économie « suivant les prémisses de la dénommée "*économie sociale de*

¹⁰⁶⁵ *V.* par exemple, Const. C-477/92, C-504/92, C-562/92, C-276/93, C-005/01, C-276/06, C-750/08, C-947/14.

¹⁰⁶⁶ Const. C-529/00.

¹⁰⁶⁷ Const. C-947/14.

¹⁰⁶⁸ Const. C-276/93 et C-276/06.

¹⁰⁶⁹ Titre XII.

marché »¹⁰⁷⁰. Ce modèle économique, qui est d'ailleurs une conséquence de l'État social de droit¹⁰⁷¹, prétend « harmoniser le droit à la propriété privée et la reconnaissance des libertés économiques, telles que la libre entreprise, la libre concurrence et l'initiative privée, avec l'intervention de l'État dans l'économie »¹⁰⁷².

402. Rôle de l'initiative privée. – Le droit colombien reconnaît ainsi la liberté économique des particuliers, qui trouve son fondement dans l'article 333 de la Constitution de 1991¹⁰⁷³. Le rôle de l'initiative privée est même fondamental dans le modèle économique colombien. La Constitution « permet que l'autonomie de la volonté privée » se manifeste « en la consolidation de marchés libres de biens et services » pour atteindre le progrès et le développement économique de la Nation¹⁰⁷⁴. L'initiative privée est ainsi considérée comme « le moteur de l'économie »¹⁰⁷⁵ et « du développement social »¹⁰⁷⁶. Bien que ce rôle n'ait pas encore été envisagé sur le plan international, l'initiative privée semble pouvoir s'y manifester. Dans une économie qui s'internationalise, il semble qu'il y ait aussi une obligation d'internationaliser son moteur.

Dès lors, les principes constitutionnels organisant les relations internationales et le régime économique imposent un changement d'approche du droit international privé colombien dans un sens qui favorise, par conséquent, la consécration de la liberté de choix. Le texte fondamental colombien contient des dispositions qui permettent de placer l'initiative privée, et donc l'autonomie de la volonté, au centre de la résolution du conflit de lois, excluant ainsi l'intervention du principe de souveraineté. Cette conclusion concerne tout particulièrement les instruments de droit international privé en matière des contrats, dont certains autorisent déjà les parties à choisir la loi applicable.

¹⁰⁷⁰ Const. C-865/04, C-148/15.

¹⁰⁷¹ Const. C-620/16.

¹⁰⁷² Const. C-263/13.

¹⁰⁷³ « Article 333. L'activité économique et l'initiative privée sont libres, dans les limites du bien commun. [...] ». V. Const. T-419/92, T-425/92, C-040/93, T-291/94, C-415/94, C-624/98, C-697/00, C-615/02, C-870/03, C-100/05, C-618/12, C-359/16.

¹⁰⁷⁴ Const. C-865/04.

¹⁰⁷⁵ Const. C-228/10.

¹⁰⁷⁶ Const. C-263/13.

§2. Adoption possible

403. Vers une nouvelle solution du conflit de lois en matière contractuelle. – L’approche privatiste fondée sur la Constitution de 1991, qui vient d’être analysée, est un élément important de l’affirmation de la liberté de choix de loi en droit international privé colombien, mais il n’est pas le seul. En effet, à l’évolution nécessaire de l’approche vient s’ajouter quelques règles autorisant le choix de loi qui ont réussi à se frayer un passage en droit positif, en dépit de l’approche publiciste encore défendue par la jurisprudence colombienne. Ces dispositions sont des arguments en faveur de la consécration de la liberté de choix (A). Elles ne suffisent pas encore à justifier l’affirmation de la liberté de choix. Étant donné que le droit international privé est principalement de source interne, un État peut décider de la solution qu’il entend donner aux conflits de lois¹⁰⁷⁷. À cet égard, M. Aljure Salame relève que « la jurisprudence colombienne n’a pas acquis la maturité nécessaire » pour admettre le choix de loi¹⁰⁷⁸. Mais, contrairement à ce que cet auteur affirme, il existe également d’arguments de droit prospectif pour faire du choix de loi la solution de principe en matière contractuelle (B).

A. Arguments tirés du droit positif

404. Rejet implicite et consécration partielle. – Selon Mme Albornoz, les règles qui admettent le choix dans des hypothèses spécifiques constituent, dans les pays réticents au choix de loi, des fissures de leur position (2)¹⁰⁷⁹. Cependant, les règles de conflit du droit positif qui ne font aucune place à l’autonomie de la volonté, et sur lesquelles l’approche publiciste est d’ailleurs fondée, pourraient s’y opposer. Il faut donc déterminer au préalable s’il est possible de les écarter (1).

1. Exclusion du rejet de la liberté de choix

405. Indifférence du droit positif à l’égard de la liberté de choix. – Les règles de conflit de lois en matière contractuelle se trouvent actuellement dans les codes civil et de commerce colombiens et dans certaines conventions internationales, et ces

¹⁰⁷⁷ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 75.

¹⁰⁷⁸ A. A. ALJURE SALAME, *El contrato internacional, op. cit.*, p. 98.

¹⁰⁷⁹ M. M. Albornoz, « Choice of law in international contracts in Latin American legal systems », *J. Priv. Int. L.*, 2010, 23, spéc. 52.

normes sont toutes entrées en vigueur avant la Constitution de 1991. Elles retiennent des critères de rattachement objectifs, conformes au principe de territorialité, qui ne laissent aucune place à la liberté de choix¹⁰⁸⁰. Par ailleurs, alors que la jurisprudence colombienne, consciente de l'existence de cette dernière solution, n'y prête guère d'attention au choix de loi applicable et préfère d'autres méthodes¹⁰⁸¹, la doctrine colombienne l'évoque depuis longtemps¹⁰⁸². S'agit-il alors d'un rejet implicite du choix de loi ?

406. Rejet implicite du choix déduit du droit interne. – Même si le Code civil colombien, qui ne contient pas de dispositions sur la liberté de choisir la loi applicable à un contrat international, a servi de fondement pour affirmer l'autonomie de la volonté sur le plan interne, la jurisprudence n'a aucunement affirmé la liberté de choix et, au contraire, a déduit de son article 20 les règles de conflit du droit positif et qui reposent sur des rattachements objectifs¹⁰⁸³. Il serait donc possible d'affirmer que le Code civil rejette implicitement la liberté de choix de loi, mais ce code date de la fin du XIX^e siècle, une époque où très peu de pays avaient autorisé, si ce n'est même envisagé, le choix de la loi applicable par les parties.

Une conclusion similaire, mais moins nuancé, pourrait être tirée du code de commerce. En effet, il est traditionnellement admis que ce code, édicté en 1970, a eu pour modèle le code civil italien de 1942¹⁰⁸⁴. Or, ce dernier consacrait, comme son aîné, la liberté de choix à l'article 25. Pourtant, aucune disposition du code du commerce colombien n'y fait référence et, en revanche, l'article 869 prévoit l'application de la loi du lieu d'exécution du contrat¹⁰⁸⁵. Le rejet, toujours implicite, serait donc cette fois délibéré.

¹⁰⁸⁰ *V. contra* F. Navia Arroyo qui considère que l'alinéa 2 de l'article 20 « admet le principe d'autonomie contractuelle qui implique logiquement la possibilité de choisir la loi qui régit le contrat », « La teoría de los estatutos y el código civil », in *Estudios de derecho privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Univ. Externado de Colombia, 1986, p. 121, spéc. 163.

¹⁰⁸¹ *V. CSJ* civ. 18 avril 2002, exp. T-2002-109, dans lequel la Cour énumère les théories à l'aide desquelles il est possible de déterminer la loi applicable au contrat, y compris celle de « l'autonomie contractuelle ». *V. supra* titre II de la première partie.

¹⁰⁸² A. COCK ARANGO, *Tratado de Derecho Internacional Privado, op. cit.*, p. 277.

¹⁰⁸³ *V. supra* n° 142.

¹⁰⁸⁴ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II...*, *op. cit.*, p. 242, le livre IV, *Des contrats et des obligations commerciales*, du code de commerce colombien a reproduit dans une large mesure le livre IV du code italien.

¹⁰⁸⁵ « Article 869. L'exécution des contrats conclus à l'étranger qui doit avoir lieu dans le pays, sera régie par la loi colombienne ».

407. Insuffisance du rejet implicite des textes de droit interne. – Néanmoins, le rejet implicite des codes n'est pas suffisant pour empêcher l'affirmation de la liberté de choix. En effet, la jurisprudence colombienne considère que les limites à l'autonomie de la volonté doivent avoir une base légale¹⁰⁸⁶. Étant donné que la liberté de choix est une manifestation de l'autonomie de la volonté, il faudrait une disposition expresse l'interdisant. Le rejet implicite qui a été envisagé, même délibéré, ne constitue donc pas un fondement suffisant pour refuser aux parties la possibilité de choisir la loi applicable.

408. Rejet du choix déduit du droit conventionnel. – La Colombie est partie à des conventions internationales qui ne consacrent pas la liberté de choix. Il s'agit du traité de Montevideo de 1889 et du traité bilatéral avec l'Équateur. En ce qui concerne le premier instrument, la détermination de la loi applicable s'effectue à partir d'une règle de conflit traditionnelle avec un rattachement objectif¹⁰⁸⁷. Cependant, la doctrine est divisée sur le point de savoir si cet instrument admet la liberté de choix¹⁰⁸⁸. En effet, pour un pan de la doctrine, étant donné que « le traité ne dit rien au sujet du droit des parties de choisir la loi applicable, ce silence pourrait être interprété de deux manières opposées : rejet ou admission »¹⁰⁸⁹. Mme Albornoze considère, avec la doctrine majoritaire en Argentine, que le traité admet la liberté de choix parce qu'il ne l'interdit pas expressément et parce que l'adoption d'un rattachement différent est fondée sur une interprétation erronée du principe d'autonomie¹⁰⁹⁰. La doctrine uruguayenne considère au contraire que le choix de loi est exclu du traité de Montevideo¹⁰⁹¹.

Cependant, il semble que le Traité de Montevideo de 1889 ne puisse pas être interprété comme le propose Mme Albornoze. Tout d'abord, si l'article 32 du Traité, contenu dans le titre X *Des actes juridiques*, contient la règle de conflit de lois en matière contractuelle, l'adoption du lieu d'exécution comme critère rattachement constitue le rejet tant de tout autre critère objectif de rattachement que de

¹⁰⁸⁶ *V. supra* n° 384.

¹⁰⁸⁷ *V. supra* n° 187.

¹⁰⁸⁸ M. M. ALBORNOZ, « Choice of law... », *op. cit.*, p. 31-34.

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*, p. 33.

¹⁰⁹⁰ *Ibid.*, p. 34.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 47.

l'autonomie de la volonté. Ensuite, et il s'agit là de l'objection décisive, dès lors que l'adoption du principe a été discutée lors des travaux préparatoires du Traité¹⁰⁹² et que les représentants des délégations se sont mis d'accord sur un texte qui ne le consacre pas, il est inévitable de conclure que la liberté de choix a été exclue du système mis en place par le Traité. Enfin, admettre la liberté de choix dans le Traité serait une source de difficultés, car aucune question sur le choix ne pourrait y trouver de réponse, ce qui remettrait en question l'objectif d'unification poursuivi par ce type de conventions.

Les mêmes arguments peuvent être formulés à propos du traité avec l'Équateur, qui n'autorise pas non plus aux parties le choix de la loi applicable au contrat.

409. Indifférence à l'égard de la Convention de Mexico. – L'exclusion de la liberté de choix en droit colombien peut encore être justifiée par le fait que la Colombie n'a pas signé ni adhéré à la Convention de Mexico. Pourtant, d'autres raisons ont pu justifier cette décision, tels que le champ d'application de l'instrument ou le faible nombre d'États parties. Le fait que la Colombie n'ait pas ratifié la convention de Mexico ne devrait donc pas être analysé comme un rejet de la liberté de choix.

410. Cantonnement du rejet de la liberté de choix en droit conventionnel. – Les conventions internationales en vigueur en droit colombien sont incompatibles avec le choix de loi. Cependant, ce rejet est restreint par le champ d'application territorial des instruments. La consécration de la liberté de choix aurait ainsi des exceptions dans le traité de Montevideo et le traité bilatéral avec l'Équateur, qui ne pourraient être évitées que par la dénonciation de ces instruments.

Il faut conclure de ce bref rappel des textes que certains ont envisagé le choix de loi et l'ont exclu, mais dans leur domaine très limité, tandis que d'autres, plus anciens, ne l'avaient tout simplement pas envisagé. Même s'il faut tenir compte de certaines conventions internationales à titre d'exception, la voie d'une consécration de la liberté de choix semble donc complètement dégagée.

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. 32.

2. *Admission restreinte de la liberté de choix*

411. Consécration partielle du principe. – L'ordre juridique colombien n'ignore pas la liberté de choix de la loi applicable au contrat. Bien qu'aucune décision jurisprudentielle ne l'affirme, certains textes l'admettent sur des sujets spécifiques. La consécration du choix de loi s'avère, en droit positif, malheureusement incomplète.

412. Le choix de loi dans les instruments régionaux. – Certains textes régionaux prévoient la possibilité de choisir la loi applicable. Ainsi, deux Décisions de la Communauté Andine en matière de transport prévoient la possibilité pour les parties de s'entendre sur la loi applicable¹⁰⁹³. L'article 115 de la Décision 398 sur le transport international de passagers par route et l'art 152 de la Décision 399 sur le transport international de marchandises par route, adoptées toutes les deux le 17 janvier 1997 à Lima, consacrent le principe en ces termes : « Tout conflit ou différend dérivé de l'application ou de l'exécution d'un contrat de transport international, qui n'est pas soumis à des règles d'ordre public de cette Décision, sera régi par la loi prévu dans le contrat. À défaut d'accord, seront applicables les règles de cette Décision et, pour ce qui ne serait réglé par celles-ci, les normes du droit national compétent ».

Même si elles affirment expressément la liberté de choix, ces dispositions créent plusieurs problèmes. D'une part, les Décisions 398 et 399 ne contiennent aucunes précisions au sujet de la réglementation du choix. Elles n'apportent pas de réponses à certaines questions classiques, telles que l'admission d'un choix tacite ou du dépeçage. D'autre part, le défaut de choix ne reçoit pas une réponse satisfaisante. En effet, la manière dont doit être déterminé le droit national applicable évoqué par l'article à la fin de la deuxième phrase n'est pas clair. Le tribunal saisi devrait donc appliquer ses règles de conflit de lois en la matière pour déterminer ce droit national.

¹⁰⁹³ Sur la Communauté andine, v. Allan-Randolph Brewer Carías (dir.), *Derecho comunitario andino*, Pontificia Univ. Católica del Perú, 2003, et dans cet ouvrage, spécialement les contributions de F. JARAMILLO, « Los servicios en la Comunidad Andina » p. 327, spéc. 332 et de R. VIGIL TOLEDO, « Los servicios de transporte en la Comunidad Andina », p. 361, spéc. 383, qui traitent des quelques aspects des Décisions 398 et 399 mentionnées. V. aussi, M. TANGARIFE TORRES, *Derecho de la integración en la comunidad andina*, Biblioteca Jurídica Diké, 2002, et L. C. PLATA LÓPEZ, D. YEPES CEBALLOS, « Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas », *Rev. der. Univ. Norte* 2009, n° 31, p. 196.

413. La liberté choix dans le Protocole du Cap. – La liberté de choix est aussi consacrée dans le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adopté au Cap le 16 novembre 2001¹⁰⁹⁴. Ainsi, l'article VIII.2 du Protocole prévoit que « Les parties à un contrat, à un contrat de vente, à un contrat conférant une garantie ou à un accord de subordination peuvent convenir de la loi qui régira tout ou partie de leurs droits et obligations contractuels ».

414. Signification de l'admission du choix dans le Protocole. – L'admission de la liberté de choix dans le cadre du Protocole est particulièrement significative, car elle confirme plusieurs éléments de l'analyse proposée dans cette étude. D'une part, dans l'arrêt C-276/06 prononcé lors du contrôle de constitutionnalité obligatoire du Protocole, la Cour constitutionnelle n'a soulevé aucune objection à l'égard de l'article VIII¹⁰⁹⁵. Elle n'a pas évoqué, par exemple, les principes de souveraineté et de territorialité, ce qui confirme le cantonnement de l'approche publiciste aux contrats administratifs¹⁰⁹⁶. D'autre part, l'arrêt confirme également l'évolution de l'approche. En effet, la Convention et le Protocole ont été déclarés conformes à la Constitution, notamment parce qu'ils impliquent « le développement de nouvelles voies d'intégration de la Colombie au commerce international » et constituent des « manifestations positives de la réalisation du mandat contenu dans l'article 226 de la Constitution Politique »¹⁰⁹⁷. Par ailleurs, les conditions dans lesquelles la Colombie a ratifié le Protocole sont une illustration claire de l'intention du pays de faire évoluer les solutions de son droit international privé des contrats. Compte tenu du fait que, d'une part, l'article XXX du Protocole autorise les États à réserver l'application de certains articles, dont l'article VIII cité, et que, d'autre part, la

¹⁰⁹⁴ La convention et le protocole sont entrés en vigueur pour la Colombie le 1^{er} mars 2007.

¹⁰⁹⁵ Const. C-276/06.

¹⁰⁹⁶ *V. supra* n° 393 s. Cependant, l'approche publiciste n'a pas disparu complètement. En effet, dans l'arrêt C-276/06, la Cour constitutionnelle a considéré l'expression « loi applicable » de l'article 5.3 de la Convention comme synonyme de « loi territoriale ». Or cette disposition définit la loi applicable comme « la loi ou le droit interne qui s'applique en vertu des règles de droit international privé de l'État du tribunal saisi ». Par ailleurs, dans l'état actuel du droit positif de la Colombie, il pourrait y avoir des problèmes d'articulation entre la Convention et son Protocole car les deux instruments retiennent des méthodes différentes pour déterminer la loi applicable.

¹⁰⁹⁷ *V. supra* n° 398 s.

Colombie n'a pas émis de réserve quant à ce dernier article¹⁰⁹⁸, l'admission de la liberté de choix dans le cadre du Protocole peut être considérée comme une véritable prise de position de l'État colombien en faveur du choix de loi.

Toutefois, la Cour constitutionnelle ne paraît pas avoir bien saisi le sens de l'article VIII. En effet, elle en a déduit la possibilité pour les États, et non pas pour les parties aux contrats régis par l'instrument, de choisir « une législation interne à laquelle ils se soumettront pour l'attention de certaines affaires ». Pourtant, le vrai sens de cette disposition lui avait été signalé par une des interventions citoyennes¹⁰⁹⁹ ; même absente, l'approche publiciste est toujours aussi perturbatrice. La Cour a ainsi laissé passer une occasion d'analyser sérieusement la constitutionnalité de la liberté de choix.

415. Choix de loi et arbitrage international. – La liberté de choix est également consacrée en matière d'arbitrage international. L'alinéa 1 de l'article 101 de la loi 1563 du 12 juillet 2012, portant loi d'arbitrage national et international, consacre le choix de loi dans ces termes : « Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties »¹¹⁰⁰. À la suite de ce texte, la Chambre de commerce de Bogotá a inséré dans son règlement d'arbitrage une disposition similaire (article 3.29). De même, la Colombie a ratifié la Convention de Washington de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements, mentionnée qui prévoit aussi la possibilité de choisir la loi applicable¹¹⁰¹.

416. Caractère restreint de l'admission de la liberté de choix. – La consécration du choix de loi est donc restreinte en droit colombien, et ce à deux

¹⁰⁹⁸ L'état du Protocole peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.unidroit.org/fr/etat-2001capetown-aircraft>.

¹⁰⁹⁹ Const. C-276/06. Lorsque la constitutionnalité d'un texte de loi est remise en cause devant la Cour constitutionnelle, l'article 7 du Décret 2067 de 1991 autorise à tous les citoyens à intervenir pour soutenir l'accusation d'inconstitutionnalité ou pour défendre la règle accusée. Dans le cas de l'arrêt C-276/06, la Cour rapporte que l'un des intervenants avait déclaré que cette règle permettait aux parties le choix de la loi applicable aux contrats régis par le protocole, ce qui ne serait interdit par aucune norme constitutionnelle ni contraire à l'ordre public, puisqu'il n'existerait pas en droit colombien de norme qui restreigne la volonté des parties dans ce sens ; il n'existerait pas d'ailleurs aucune incompatibilité entre la possibilité de choisir une loi étrangère et le devoir de l'État colombien d'appliquer les lois colombiennes d'ordre public. Il est intéressant de constater que la Cour constitutionnelle a été totalement indifférente aux arguments de l'intervention qu'elle a elle-même rapportée. *V. D. YOUNES MORENO, Derecho constitucional colombiano, op. cit.*, p. 444.

¹¹⁰⁰ La loi 1563 témoigne d'ailleurs de l'influence du droit souple sur le législateur colombien : pour son élaboration, les rédacteurs de la loi se sont en effet inspirés de la Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. *V. sur cet aspect, M. Rodríguez Mejía, « Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012 », Rev. der. priv. UEC 2012. 23, p. 379, spéc. 381.*

¹¹⁰¹ La convention est entrée en vigueur en Colombie le 14 août 1997.

titres : d'abord, parce qu'elle est cantonnée aux contrats visés par les instruments internationaux étudiés ici ou soumis à l'arbitrage international, ensuite parce qu'elle est incomplète. En effet, parmi les instruments qui le consacrent, aucun ne fournit une réglementation du choix. Ils se limitent à autoriser les parties à choisir la loi applicable et laissent sans réponse les questions pratiques que ce choix soulève. En outre, l'admission du choix demeure incertaine, car la jurisprudence n'a pas encore appliqué les textes qui consacrent la liberté de choix ni affirmé celle-ci par ailleurs.

417. Nouvelle incohérence du système. – Les dispositions ici étudiées révèlent sans doute une tendance, mais elles mettent également en évidence une incohérence du système de résolution du conflit de lois en matière contractuelle. La consécration restreinte du choix donne lieu à un système qui distingue selon les contrats en cause, selon qu'ils sont ou non visés par les instruments mentionnés, et selon la juridiction saisie. Il est donc légitime de se demander ce que ces contrats spéciaux ont de si « spécial » qui justifie que les parties à ces contrats, et seulement à ces contrats, aient la liberté de choisir la loi applicable ? Certes, une convention d'arbitrage suffirait à remédier cette difficulté ; ou plutôt à la contourner¹¹⁰². Mais pourquoi donc serait-il nécessaire de recourir à l'arbitrage international lorsque le contrat en cause n'entre pas dans le champ d'application des instruments internationaux qui autorisent le choix de loi ? Comment expliquer que le juge colombien puisse donner effet au choix des parties dans les contrats visés par ces instruments et qu'il ne soit pas en mesure de le faire pour les autres contrats, contrairement à ses homologues en France ou au Paraguay ? Les textes adoptés récemment, qui appartiennent tant au niveau national qu'aux niveaux régional et international, font donc état d'une tendance favorable au choix de loi et constituent les premiers pas vers l'admission de la liberté de choix en tant que solution de principe en matière contractuelle.

B. Arguments de droit prospectif

418. Reconstruction du système colombien. – Le droit international privé colombien qui est déjà favorable à la liberté de choix de loi comme le montrent les

¹¹⁰² A. A. ALJURE SALAME, *El contrato internacional*, *op. cit.*, p. 99 et A. ZAPATA DE ARBELAEZ, « La ley aplicable al contrato internacional », *op. cit.*, p. 208, dénoncent le caractère injustifié et discriminatoire de la distinction entre justice étatique et arbitrale.

dispositions qui l'autorisent dans des hypothèses spécifiques, devrait la consécration en tant que solution de principe. Le choix de loi trouve son fondement dans l'approche privatiste et semble opportun au vu des avantages qu'elle procure.

419. Fondement de la nouvelle solution de principe : réalisation des principes constitutionnels. – Certains principes constitutionnels pourraient servir de fondement à la généralisation de la liberté de choix¹¹⁰³. En effet, le choix de loi concrétiserait en droit international privé colombien les principes constitutionnels d'internationalisation et d'intégration économique, d'une part, et de libre initiative privée, d'autre part. En ce qui concerne les deux premiers principes, il a été constaté que la jurisprudence constitutionnelle a considéré qu'un instrument qui consacre la liberté de choix participait de leur réalisation¹¹⁰⁴. Il est aussi possible d'affirmer que le choix de loi, en tant que manifestation de l'autonomie de la volonté, matérialise sur le plan international le principe de la libre initiative privée. Ces principes étant les piliers d'une nouvelle approche privatiste du droit international privé, il paraît d'ailleurs légitime d'élever la liberté de choix de la loi applicable au rang de solution de principe.

420. Absence de prohibition. – Par ailleurs, il a été démontré dans la section précédente que toute limitation à l'autonomie de la volonté devait être l'objet d'une disposition expresse¹¹⁰⁵. L'ordre juridique colombien n'ayant aucune règle en ce sens, les parties seraient autorisées à choisir la loi applicable. Cet argument a été confirmé par la Cour suprême de justice qui a insisté sur la nécessité d'un texte légal pour invalider les clauses d'un contrat¹¹⁰⁶. Il est aussi conforme à l'analyse développée ici et, même s'il s'agit d'une conclusion tirée du droit interne, sa transposition au plan international semble justifiée en considération du rôle que l'ordre juridique colombien reconnaît aux individus.

¹¹⁰³ *V. supra* n° 399.

¹¹⁰⁴ Const. C-276/06, *v. supra* n° 414.

¹¹⁰⁵ Certains auteurs ont suggéré la possibilité de choix de loi sur le fondement de l'absence de prohibition en droit colombien, *v. H. M. MEDINA CASAS*, « La ley aplicable al contrato », in *Los contratos en el derecho privado*, Legis, Univ. del Rosario, 2007, p. 376 ; *E. SILVA ROMERO*, « La "jurisprudencia arbitral" de la Cámara de Comercio Internacional en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales de distribución. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano », in *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, t. I, Univ. Externado de Colombia, 2003, p. 313, spéc. 327. Cependant, ces auteurs se contentent d'affirmer l'inexistence d'une règle prohibant la liberté de choix, sans avancer d'arguments, et ne font aucune référence au droit positif.

¹¹⁰⁶ CSJ civ. 1er juillet 2008, exp. 2001-803 ; 9 septembre de 2014, exp. 2009-347.

421. Avantages de la généralisation du choix de loi. – La généralisation n'est pas dépourvue d'intérêt. La consécration de la liberté de choix de loi en tant que solution de principe comporterait plusieurs avantages. Le droit international privé colombien pourrait en effet à la fois résoudre certains problèmes et éviter les effets négatifs du droit positif.

422. Élimination des défauts du système. – Ainsi, d'une part, certains problèmes du droit positif pourraient disparaître avec la généralisation du choix de loi. Celle-ci implique, tout d'abord, sinon l'abandon au moins la relégation des règles de conflit du droit positif, dont la mise en œuvre est si peu satisfaisante¹¹⁰⁷. La liberté de choix permettrait spécialement d'éliminer les « coupures » du système colombien issues des arrêts *Cuervo*, *Camacho Roldán* et *Tía* et qui conduisent aujourd'hui à l'application d'une loi différente à chaque étape contractuelle.

Ensuite, la détermination de la loi applicable au contrat serait unifiée. En effet, la Cour suprême de justice, qui privilégie la méthode *in abstracto*, et la Cour constitutionnelle, qui utilise des méthodes *in concreto*, devraient désormais déterminer la loi applicable au contrat avec une seule et même règle¹¹⁰⁸. Enfin, l'affirmation de la liberté de choix en tant que solution de principe pourrait éliminer l'incohérence qu'entraîne la consécration restreinte de la liberté de choix de loi¹¹⁰⁹. Le choix serait dès lors possible sans distinctions tenant à la nature du contrat et sans qu'il soit nécessaire de conclure une convention d'arbitrage.

L'élimination de ces difficultés rendrait plus prévisible le droit international privé colombien des contrats, et assurerait par conséquent un degré plus élevé de sécurité juridique. La soumission d'un litige devant un juge colombien n'exposerait plus les contractants, colombiens ou étrangers, à l'indétermination des méthodes et à des règles peu satisfaisantes ni, plus généralement, aux risques liés à l'approche publiciste colombienne. Accessoirement, puisque cette liberté de choix est amplement reconnue comme la solution de principe du conflit de lois en matière de

¹¹⁰⁷ *V. supra* n° 192. Ces règles de conflit pourraient néanmoins s'avérer utiles dans les cas de défaut de choix. L'abandon de ces règles de conflit ne s'appliquerait pas aux contrats internationaux qui entrent dans le champ d'application territorial du traité bilatéral avec l'Équateur ou du traité de Montevideo.

¹¹⁰⁸ *V. supra* n° 131 s.

¹¹⁰⁹ *V. supra* n° 417.

contrats, sa consécration en droit colombien contribuerait à l'harmonie des solutions.

423. Élimination des effets négatifs du droit positif. – D'autre part, en tant que solution de principe, la liberté de choix semble pouvoir éviter l'effet négatif tenant à la position du droit international privé colombien. En effet, cette position, caractérisée par l'approche publiciste et l'interdiction de choisir la loi applicable, place les opérateurs économiques colombiens dans une situation désavantageuse vis-à-vis de leurs partenaires étrangers, les premiers devant très probablement faire des concessions au bénéfice des seconds sur les plans de la loi applicable et de la juridiction compétente¹¹¹⁰. Certes, il ne s'agit pas d'un constat, qui mériterait d'ailleurs d'être exploré¹¹¹¹, mais plutôt d'une intuition qui repose sur la très faible quantité de décisions en la matière. Celle-ci indique principalement que les litiges ne sont pas soumis aux tribunaux colombiens et signifie que le contractant colombien devra assumer, peut-être de manière systématique, les surcoûts inhérents à une procédure se déroulant à l'étranger. Dans ces circonstances, il serait en outre plus difficile de donner application aux dispositions impératives et aux lois de police colombiennes. Paradoxalement, les États qui favorisent la liberté de choix sont ainsi mieux placés, contrairement à ceux qui l'ignorent ou l'interdisent comme la Colombie, pour imposer leurs politiques législatives.

424. Consécration jurisprudentielle, consécration législative. – L'absence de règle autorisant ou interdisant le choix de loi soulève la question de la voie que doit emprunter le droit international privé colombien pour consacrer la liberté de choix. La voie jurisprudentielle est peut-être la plus rapide, mais elle est incertaine car elle ne saurait donner au choix de loi une réglementation indépendamment des questions soumises aux tribunaux¹¹¹². À cet égard, les tribunaux colombiens pourraient

¹¹¹⁰ En ce sens, v. également, J. A. GAVIRIA GIL, « El enigma de la ausencia de casos sobre CISG en Colombia », *IL RCDI*, v. 13, n. 26, 2015, p. 249, spéc. 273.

¹¹¹¹ *Ibid.*, p. 279.

¹¹¹² Sur ce point, il est important de rappeler que les Cours colombiennes ont exploré différentes méthodes de détermination de la loi applicable au contrat international. Cette exploration semble cependant dépourvue de fondement juridique. En effet, il a été démontré que le juge colombien aurait dû déterminer la loi applicable à partir de l'article 20 CCC, principalement. Cependant, cet article n'a aucunement empêché les Cours de se livrer à des analyses détournant son esprit ou d'adopter des méthodes différentes pour identifier la loi applicable. Dès lors, il peut être affirmé que pour consacrer la

affirmer la liberté de choix de loi sur le fondement des articles 13 (droit à la liberté), 16 (droit au libre développement de la personnalité), 226 (principe d'internationalisation) et 333 (principe de libre initiative privé) de la Constitution de 1991, ainsi que de l'article 16 du code civil colombien.

Certains auteurs colombiens ont à ce sujet proposé d'étendre la liberté de choix aux tribunaux étatiques par analogie avec sa consécration en matière d'arbitrage international¹¹¹³. Cette solution est assez convaincante, d'autant qu'en droit colombien l'élément juridictionnel de la justice arbitrale – contrairement à la vision principalement contractuelle du droit français – occupe une place importante dans la conception de l'arbitrage¹¹¹⁴. Néanmoins, il peut être répliqué que l'impossibilité de choisir la loi devant les tribunaux étatiques répond à une politique législative légitime du législateur visant à restreindre la liberté de choix.

La voie législative constitue alors le moyen le plus efficace et complet. En effet, une loi pourrait fournir non seulement une consécration qui serait difficilement remise en cause, mais aussi une réglementation complète de la liberté de choix. Pour ce faire, il convient de s'inspirer des instruments internationaux.

425. Conclusion du chapitre. – En Colombie, l'autonomie de la volonté est une notion applicable à l'ensemble des matières du droit privé, consistant en la liberté pour les individus de régler leurs relations économique-sociales, et qui peut être limitée par une disposition expresse du législateur pour des raisons d'ordre public. Elle pourrait se manifester en droit international privé colombien à travers la liberté de choix de la loi applicable, qui est en accord avec la conception de l'autonomie de la volonté et des limites de celle-ci retenue par le droit colombien. La liberté de choix est en effet déjà autorisée dans le cadre de certains contrats, et pourrait être

liberté de choix comme solution de principe et générale du conflit de lois en matière de contrats, la jurisprudence n'aurait pas besoin d'attendre que le législateur se prononce de manière préalable.

¹¹¹³ H. M. MEDINA CASAS, « La ley aplicable al contrato », *op. cit.*, p. 376 ; E. SILVA ROMERO, « La "jurisprudencia arbitral"... », *op. cit.*, p. 356. Cf. J. SUESCUN MELO, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, 2^e éd., Legis, 2003, p. 153, qui fait une interprétation restrictive de la liberté de choix en matière d'arbitrage international fondée sur le caractère impérative de l'article 869 CCoC.

¹¹¹⁴ F. MANTILLA SERRANO, « El arbitraje internacional » in *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*, A. A. Aljure Salame, L. V. García Matamoros (éds.), Legis, Univ. del Rosario, 2016, p. 187, spéc. 191.

étendue à l'ensemble des contrats entre particuliers. En effet, en absence d'une règle l'interdisant, il est possible de choisir la loi qui régit un contrat international sur le fondement des principes constitutionnels de l'internationalisation des relations économiques et de la libre initiative privée. Ainsi, la liberté de choix pourrait désormais constituer la solution de principe du conflit de lois en matière contractuelle. Cependant, le choix de loi doit être encadré.

CHAPITRE II

PROPOSITION D'UNE RÉGLEMENTATION DE LA LIBERTE DE CHOIX

426. Diverses sources d'inspiration de la réglementation. – L'opportunité de consacrer le choix de la loi applicable au contrat en droit international privé colombien ayant été affirmée, la question se pose désormais de la réglementation précise à laquelle soumettre la liberté de choix. Cette réglementation peut s'inspirer de l'un, ou de plusieurs, des différents instruments existants, tels que la convention de Mexico, le règlement Rome I, le projet de loi de droit international privé de l'OHADAC et les principes de La Haye, pour ne prendre que ceux qui dépassent les contextes nationaux. Ces textes ne règlent pas la liberté de choix de manière identique, et chacun présente des avantages et des inconvénients¹¹¹⁵. Néanmoins, parmi ces différentes sources d'inspiration possibles, les principes de La Haye méritent, compte tenu de leurs caractéristiques propres, de retenir davantage l'attention. Il s'agit en effet d'un texte de portée mondiale, récent et innovateur, et porteur d'une réglementation complète de la liberté de choix de la loi applicable.

427. Modèle suivi : les principes de La Haye. – Les principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux élaborés sous l'égide de la Conférence de La Haye de droit international privé serviront ici d'inspiration pour analyser les principales questions que pose la liberté de choix¹¹¹⁶. Certaines dispositions proposées par la Conférence de La Haye constituent des innovations importantes en la matière ; ces dispositions inédites méritent une attention particulière. D'autres traitent des questions qui, bien que classiques, sont indispensables à une réglementation exhaustive de la liberté de choix. En outre, l'analyse tiendra compte du commentaire des principes publié par la Conférence.

428. Adaptation au contexte colombien. – Il ne saurait s'agir ici de transposer purement et simplement les principes de La Haye en droit colombien. La nouvelle

¹¹¹⁵ *V. supra* chapitre II du titre I de la partie II.

¹¹¹⁶ Le texte des principes est en annexe.

solution du conflit de lois en matière de contrats doit, d'une part, prendre en compte les spécificités du droit international privé colombien, tout en le faisant évoluer. En effet, le droit colombien a déjà, ou pourrait déjà avoir, une réponse ou une position à propos des questions abordées par certains articles. Quand bien même cette réponse ou la position serait seulement déduite d'éléments épars dans l'ordre juridique, elle ne peut être négligée pour autant. D'autre part, il semble plus raisonnable, en l'état actuel du droit colombien, de formuler la réglementation telle qu'elle pourrait être consacrée par la jurisprudence, la consécration par voie législative restant néanmoins l'idéal. À ce titre, les principes de La Haye et leur commentaire serviront de point de départ, étant précisé que certains des aspects traités pourraient trouver une solution différente ou, à tout le moins, une adaptation en droit colombien¹¹¹⁷. Sur cette base, les développements qui vont suivre ont pour objet de présenter les principales questions auxquelles une réglementation en la matière se doit de répondre et de suggérer des pistes d'analyse pour son élaboration.

La réglementation de la liberté de choix en droit international privé colombien doit ainsi fixer les conditions auxquelles sera soumis le choix (section I), ainsi que la portée de ce dernier (section II).

Section I - Conditions de l'exercice de la liberté de choix

429. Types des conditions. – L'affirmation de la liberté de choix de la loi applicable ne peut nullement créer une liberté sans limites en droit international privé colombien. Il semble que cette liberté de choix puisse seulement être octroyée aux parties sous certaines conditions. Ainsi, le choix de la loi applicable serait soumis tant à des conditions de fond (§1) que de forme (§2).

§1. Conditions de fond

430. Exigence d'un contrat international entre professionnels. – Conçus pour servir de modèle législatif¹¹¹⁸, les principes de La Haye fixent dans l'article premier

¹¹¹⁷ Le commentaire des principes peut être consulté à l'adresse suivante : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=135>

¹¹¹⁸ Préambule point 2 du commentaire.

leur champ d'application. Les éléments qui déterminent l'applicabilité des principes emportent, en absence d'un texte précis (comme c'est le cas du droit colombien), la soumission du choix de la loi applicable à deux conditions de fond. Le choix serait ainsi seulement possible en présence d'un contrat international (A) conclu entre professionnels (B).

A. Un contrat international

431. L'internationalité selon les principes de La Haye. – Il a été vu que l'admission du choix de la loi applicable au contrat international soulève immédiatement une difficulté tenant à la définition de l'internationalité¹¹¹⁹. D'ailleurs, il s'agit justement de la première condition à laquelle est soumise l'application des principes de La Haye. Selon le commentaire, cette condition se justifie par un souci de cohérence « avec l'approche traditionnelle selon laquelle le droit international privé ne s'applique qu'aux situations internationales » (point 1.13). Ainsi, pour les principes « un contrat est international sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et si la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État. » (article 1^{er}.2). Cet article définit le contrat international de telle sorte que, bien que « l'acception la plus large possible du terme "international" » ait été retenue¹¹²⁰, les situations purement internes restent en dehors de son champ d'application.

432. Détermination de l'internationalité. – Le commentaire précise que l'internationalité est déterminée en deux étapes. D'abord, il faut se référer à l'établissement des parties. Si celles-ci ont leur établissement dans des pays différents, le contrat est international et il n'est pas nécessaire de consulter les autres facteurs. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si les parties ont leur établissement dans le même État, le contrat sera international si l'un des éléments pertinents au moins ne se trouve pas dans cet État.

¹¹¹⁹ *V. supra* n° 304.

¹¹²⁰ *V. point 1.14* du commentaire aux principes de La Haye.

433. L'internationalité dans d'autres instruments. – Cette façon négative de déterminer le caractère international du contrat, qui a des antécédents en doctrine¹¹²¹, est une innovation par rapport aux autres instruments internationaux qui n'ont pas voulu définir le contrat international directement, tels que le règlement Rome I ou la loi modèle de l'OHADAC¹¹²². Elle l'est moins vis-à-vis de la convention de Mexico qui le définit de manière positive (quoique cantonné à la réalisation des éléments d'extranéité dans les États parties). Cependant, il semble que les quatre instruments aboutissent au même résultat. En effet, l'internationalité, établie en application du critère juridique qui a été préféré au critère économique, est satisfaite dans les quatre textes dès lors que le contrat présente des rattachements objectifs, quels qu'ils soient, avec au moins deux États.

Les principes de La Haye restreignent néanmoins l'internationalité par deux précisions. D'abord, les principes introduisent une distinction entre éléments pertinents et non pertinents. Selon le commentaire, le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, la nationalité ou le lieu d'incorporation ou d'établissement d'une partie, sont des exemples des premiers (point 1.18) ; certains facteurs – comme l'origine étrangère des biens objet d'une vente, la langue utilisée dans le contrat ou le déroulement à l'étranger des négociations précontractuelles – ne suffisent pas à eux seuls à caractériser l'internationalité (point 1.19 et 1.20). Ensuite, l'expression « quelle que soit la loi choisie » devrait être entendue comme excluant le choix d'une loi étrangère des facteurs pertinents d'internationalité lorsque les autres éléments objectifs pertinents se situent dans un seul État (point 1.21). Cette dernière précision constitue une différence importante par rapport au règlement Rome I. Tandis que les principes ne seraient pas applicables dans cette hypothèse, le règlement réserve seulement l'application des dispositions impératives de la loi où les facteurs se

¹¹²¹ Une définition de l'internationalité du contrat de manière négative avait été suggérée par Pierre Mayer dans son cours général à Académie de droit international à La Haye en 2003 (P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007, t. 327, p. 91). Pierre Lalive avait également suggéré une approche négative à la question de l'internationalité de l'arbitrage, « Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial », *RCADI* t. 120, 1967, p. 569, spéc. 580. Le groupe de travail a mentionné comme source d'inspiration l'article 1^{er}.2 de la convention de La Haye sur les accords de l'élection de for de 2005 (Doc. pré-l. n° 6 de mars 2010, n° 22, p. 7).

¹¹²² Certains instruments plus anciens encore ne donnent aucune indication à ce propos, tel est notamment le cas des conventions de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels et du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

situent, garantissant ainsi l'application de la même règle de conflit à toutes les hypothèses¹¹²³.

434. Nécessité et utilité de définir l'internationalité du contrat en droit colombien. – Le droit international privé colombien ne saurait se passer d'une définition du contrat international. En effet, la condition d'internationalité reflète la fermeté avec laquelle l'ordre juridique colombien entend imposer sa législation et garantit un exercice raisonnable de la liberté de choix de la loi applicable, en ne la consacrant qu'en présence d'un contrat véritablement international. Dans ce sens, lors d'un colloque entièrement consacré à l'internationalité, M. Paul Lagarde affirmait qu'elle « n'est vraiment utile et même nécessaire, que pour limiter l'autonomie de la volonté et empêcher celle-ci de se soustraire aux règles impératives normalement applicables »¹¹²⁴. Reste la question de savoir quels sont les facteurs de rattachement en fonction desquels un contrat serait considéré comme international en droit colombien.

435. Éléments déterminant l'internationalité en droit colombien. – Certains textes en vigueur dans l'ordre juridique colombien constituent des sources d'inspiration pour établir le critère d'internationalité qui conditionne la liberté de choix. Les critères juridique et économique ont été tous les deux consacrés, mais les textes montrent que le droit colombien a une préférence.

Ainsi, les décisions communautaires 398 et 399 de la Communauté andine sur le transport international par route de personnes et de marchandises fixent, toutes les deux, leur champ d'application en fonction du lieu d'exécution du contrat. Dans ces décisions, le contrat de transport international est défini comme celui dont les villes de départ et d'arrivée se trouvent dans des pays membres différents¹¹²⁵. En outre, le

¹¹²³ P. LAGARDE, « L'internationalité du point de vue de l'ordre international », *RLDA* fév. 2002, n° 46 suppl., p. 17, spéc. 18.

¹¹²⁴ *Ibid.*, p. 20.

¹¹²⁵ *V.* les articles 1 et 5 des deux décisions dont la rédaction est identique, disposent :

Article 1. En vue de l'application de la présente décision et des normes communautaires qui régissent le transport international de passagers [ou de marchandises] par route entre les pays de l'Accord de Carthagène, il faut entendre par : [...] Transport international de passagers [ou de marchandises], ci-après transport international, le transport de personnes [ou de marchandises] que [...] le transporteur réalise [...] entre deux villes situées dans des pays membres différents [...]

lieu d'établissement des contractants est le facteur d'extranéité déterminant dans la convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. Cette convention est applicable aux contrats dont les parties ont leur établissement dans des États contractants différents¹¹²⁶. Finalement, selon la loi 1563 de 2012, le caractère international de l'arbitrage se déduit du lieu d'établissement des parties, du lieu d'exécution ou de la mise en cause des intérêts du commerce international¹¹²⁷. Le droit colombien privilégie donc le critère juridique par rapport au critère économique pour la détermination de l'internationalité des rapports juridiques, et spécialement deux facteurs de rattachement : le lieu d'exécution et le lieu d'établissement des parties.

Le recours à ces deux éléments d'extranéité – qui caractérisent particulièrement bien les situations internationales – pour établir les conditions de l'internationalité de la liberté de choix en droit colombien présente plusieurs avantages. D'abord, un contrat qualifié d'international en application de ces critères paraît sans doute « en dehors du champ d'un système normatif unique »¹¹²⁸. Ces critères justifieraient ainsi objectivement et raisonnablement l'exercice du choix de la loi applicable¹¹²⁹. Ensuite, il s'agit également d'éléments dont la vérification est simple pour le juge et dont le contournement comporte plus de difficultés que de bénéfices pour les parties. Ils assurent enfin la cohérence de l'ordre juridique colombien en faisant coïncider le critère d'internationalité de la liberté de choix avec les critères retenus par les textes déjà en vigueur.

Article 5. Le transport international [...] qui s'effectue entre pays membres de l'Accord de Carthagène [...] est régi par la présente décision [...]

Les décisions peuvent être consultées en espagnol et en anglais sur <http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/decisiones/Dec398e.asp>, consulté le 1^{er} novembre 2016.

¹¹²⁶ « Article premier. 1) La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des États différents : a) Lorsque ces États sont des États contractants ; ou b) Lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un État contractant [...] ».

¹¹²⁷ L'article 62 de la loi 1563 du 12 juillet 2012 portant loi d'arbitrage national et international et d'autres dispositions, dispose : « Article 62. ... L'arbitrage sera international lorsque :

- Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de leur accord, leurs domiciles dans des États différents, ou
- Le lieu d'exécution d'une partie substantielle des obligations ou le lieu avec lequel l'objet du litige présente un lien étroit, est situé en dehors de l'État où les parties ont leur domicile, ou
- Le litige soumis à l'arbitrage met en cause les intérêts du commerce international... ».

¹¹²⁸ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 90.

¹¹²⁹ *Ibid.*, p. 91.

436. Rejet du lieu de conclusion du contrat en tant qu'élément d'extranéité pertinent. – D'autres facteurs de rattachement semble plus marginaux, voire expressément exclus. Le lieu de conclusion du contrat et la nationalité des parties sont d'autres éléments à l'aide desquels l'internationalité pourrait être établie. Néanmoins, il semble que le caractère international du contrat ne pourrait pas reposer sur ces facteurs en droit colombien.

Le lieu de conclusion semble ainsi devoir être écarté, en dépit de son emploi en tant que facteur de rattachement de la règle de conflit applicable à la forme et à la formation du contrat¹¹³⁰. En effet, il n'est mentionné dans aucun des textes et son utilisation pour critère de l'internationalité exposerait la nouvelle condition aux mêmes problèmes et critiques que celles qui ont été évoquées à propos de son rôle en tant que critère de rattachement de la règle de conflit¹¹³¹. Dans ce sens, MM. Mayer et Heuzé considèrent que le lieu de conclusion, dont la mention dans le contrat pourrait même être mensongère, est insuffisamment significatif s'agissant d'établir le caractère international du contrat¹¹³².

437. Rejet de la nationalité des parties en tant qu'élément d'extranéité pertinent. – Quant à la nationalité des contractants, celle-ci serait aussi peu significative¹¹³³. Néanmoins, la jurisprudence colombienne a pu considérer par le passé que la nationalité était suffisante pour affirmer l'internationalité d'une situation et certains textes en font un élément pouvant modifier leur champ d'application.

Dans un arrêt C-347/97, dans lequel était en cause la constitutionnalité de l'alinéa 3 de l'article premier de la loi 315 du 12 septembre 1996 sur l'arbitrage international¹¹³⁴, la Cour constitutionnelle a affirmé que, même lorsque les parties avaient leur domicile dans un même pays, il pouvait y avoir un élément d'extranéité, notamment la nationalité étrangère de l'une des parties, ce qui rendait juridiquement

¹¹³⁰ *V. supra* n° 160.

¹¹³¹ *V. supra* n° 193 s.

¹¹³² P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 738.

¹¹³³ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 91.

¹¹³⁴ Article premier. L'arbitrage sera international lorsque les parties l'ont convenu ainsi, chaque fois qu'en plus l'un des événements suivants survient : ... 3. Lorsque le lieu de l'arbitrage se situe en dehors de l'État où les parties ont leur domicile, pour autant que cette éventualité ait été accordée dans la convention d'arbitrage.

possible la soumission du litige à l'arbitrage international sans que cela porte préjudice à l'ordre juridique colombien. Par conséquent, la Cour a affirmé la constitutionnalité dudit alinéa à condition que l'une des parties à la convention d'arbitrage ait une nationalité étrangère.

Néanmoins, il semble que la Cour soit allée trop loin. Certes, le domicile commun ne suffit pas en théorie à éliminer tout conflit de lois, mais cela ne signifie pas pour autant que la nationalité soit un élément pertinent pour établir l'internationalité d'un contrat. La Cour n'aurait pas dû s'arrêter à la seule vérification de l'existence d'éléments d'extranéité autres que le domicile, mais analyser aussi la pertinence des éléments d'extranéité suffisant à rendre l'arbitrage international. La conclusion de la Cour est également décalée au regard de sa jurisprudence en droit international privé et a élargi de façon critiquable la possibilité de compromettre.

Par ailleurs, les décisions andines 398 et 399 mentionnées attachent également de l'importance à la nationalité du transporteur. Ainsi, lorsque le transport est effectué dans un ou plusieurs pays membres par un transporteur d'un pays tiers, les décisions ne sont pas applicables au contrat en cause (articles 9 et 8 respectivement)¹¹³⁵.

Pourtant, en matière contractuelle, la nationalité est un facteur auquel il n'est guère attribué de valeur aujourd'hui. En effet, le professeur Jean-Michel Jacquet observait en 2002 « un indiscutable déclin du facteur de la nationalité comme élément d'extranéité »¹¹³⁶. Déjà en 1960, alors que dans plusieurs pays la nationalité commune constituait encore le critère de rattachement de la règle de conflit en la matière, Berthold Goldman considérait qu'elle n'était qu'un « facteur relativement secondaire de rattachement économique comme de localisation juridique des contrats internationaux »¹¹³⁷. MM. Mayer et Heuzé affirment que cet élément d'extranéité, pouvant « priver [...] une partie étrangère de la protection offerte par les règles impératives [de l'ordre juridique du for], peut même apparaître

¹¹³⁵ « Article 9. Le transport international qu'effectuent des transporteurs d'un pays tiers [...] est régi par les normes nationales de chacun des pays membres par lesquels le transport passe [...] ».

¹¹³⁶ J.-M. JACQUET, « Rapport introductif », *RLDA* fév. 2002, n° 46 suppl., p. 5, spéc. 6.

¹¹³⁷ B. Goldman note sous CA Paris 1^{er} Ch., 29 avril 1959, *JDI* 1960. 129, 144.

discriminatoire »¹¹³⁸. En outre, la nationalité des contractants n'est pas en mesure à elle-seule de placer le contrat en dehors du champ d'un système normatif unique¹¹³⁹. Il suffit de penser à l'hypothèse d'un contrat de vente de marchandises entre un ressortissant d'un État X et un ressortissant d'un État Y qui a été conclu et doit être exécuté dans l'État Z où les deux parties ont leur domicile. En quoi ce contrat, cette opération commerciale, échappe-t-elle à ce dernier État ? Autoriser le choix de la loi sur ce seul fondement remettrait en cause illégitimement l'impérativité de la loi de l'État Z.

Ce sont là des arguments convaincants pour délaissier cet élément d'extranéité. La nationalité ne semble donc pas un élément pertinent pour établir l'internationalité en matière des contrats, et justifier par là le choix de la loi applicable. Il est important de remarquer enfin que le législateur colombien n'a pas reproduit l'alinéa analysé dans l'arrêt C-347/97 dans la dernière loi d'arbitrage, la loi 1563 de 2012, et que la convention de Vienne de 1980 a expressément exclu la nationalité pour déterminer son champ d'application (article 1.3)¹¹⁴⁰.

438. Rejet du critère économique. – Le recours à des éléments d'extranéité, comme le propose les principes de La Haye, suppose également le rejet du critère économique pour déterminer l'internationalité du contrat en droit colombien. Cependant, compte tenu de ce que le législateur colombien a consacré ce critère dans les textes sur l'arbitrage international, il s'avère nécessaire de justifier son exclusion.

Selon le numéro c) de l'alinéa 4 de l'article 62 de la loi 1563 de 2012, l'arbitrage a un caractère international lorsqu'il met en cause les intérêts du commerce international¹¹⁴¹. L'interprétation que les cours colombiennes donneront à cette disposition est incertaine car elles n'ont pas encore eu l'occasion de l'appliquer. Mais il faut noter que ce critère, qui apparaissait déjà dans la loi 315 de 1996, n'a pas été emprunté à la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international qui a

¹¹³⁸ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 738.

¹¹³⁹ P. MAYER, « Le phénomène de la coordination... », *op. cit.*, p. 90.

¹¹⁴⁰ « Article premier. [...] 3) Ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention ».

¹¹⁴¹ V. *supra* note 1127.

pourtant servi de modèle à la loi 1563, mais au droit français de l'arbitrage¹¹⁴². Les tribunaux colombiens pourraient donc s'inspirer sur ce point des précisions apportées par la jurisprudence et la doctrine françaises pour qualifier l'arbitrage¹¹⁴³.

Le critère économique présente plusieurs avantages. Selon M. Fernando Mantilla Serrano, il « permet de couvrir des hypothèses de fait et de droit qui, sans rentrer dans les critères d'internationalité, permettent de déduire l'internationalité de l'arbitrage »¹¹⁴⁴. Certains auteurs relèvent également que le critère économique est objectif et impératif en ce que l'internationalité ne dépend pas de la volonté des parties¹¹⁴⁵ et qu'il fait abstraction du fait que les parties aient une nationalité commune ou un domicile commun lorsque le litige est réellement international en termes économiques¹¹⁴⁶.

Toutefois, le critère économique n'a pas échappé à la critique¹¹⁴⁷. Le reproche principal tient au caractère vague de la formule sur laquelle il repose. Ainsi, M. Pierre Mayer affirme que la « "mise en cause des intérêts du commerce international" est une notion par trop obscure » et que si la formule jurisprudentielle : *l'opération doit, par le mouvement de capitaux, de biens ou de services par-dessus les frontières qu'elle implique, intéresser l'économie de deux pays au moins*, est plus précise, elle demeure sommaire, étant axée sur un franchissement de frontière prétendument nécessaire et suffisant¹¹⁴⁸. Une formule vague peut entraîner de

¹¹⁴² F. MANTILLA SERRANO, « El arbitraje internacional », *op. cit.*, p. 192.

¹¹⁴³ Sur cette notion, v. P. LÉBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », *Rev. arb.* 2005.487-506. L. PERREAU-SAUSSINE résume les deux formules les plus usitées par la jurisprudence française : « L'internationalité dite "économique" de l'arbitrage se déduit donc "de l'objet du litige, et plus précisément de l'opération économique qui en est l'occasion" : cette opération doit, par le mouvement de capitaux, de biens ou de services par-dessus les frontières qu'elle implique, intéresser l'économie de deux pays au moins » (note sous Cass. civ. 1^{er}, 8 octobre 2009, n° 07-21.990, *Rev. arb.* 2011.131, spéc. 132). L'auteur s'est inspiré d'E. Gaillard, J. Savage (éds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, n° 115.

¹¹⁴⁴ F. MANTILLA SERRANO, « El arbitraje internacional », *op. cit.*, p. 193.

¹¹⁴⁵ P. LÉBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », *op. cit.*, p. 502.

¹¹⁴⁶ E. Gaillard, J. Savage (éds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, n° 126.

¹¹⁴⁷ V. P. MAYER, « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Rev. arb.* 2005.361, et du même auteur, « Réflexions sur la notion de contrat international », *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, P. Gauch, F. Werro, P. Pichonnaz (éds.), Schulthess, 2008, p. 873-881 et plus récemment, *Rev. arb.* 2015.861-869 note sous CA Paris, 17 février 2015 ; voir aussi, P. BELLET, E. MEZGER, « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile », *Rev. crit. DIP* 1981.611 et V. HEUZE, « Validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation », *Rev. crit. DIP* 1998 p. 87-97, note sous Civ. 1^{er}, 21 mai 1997. V. également les reproches évoqués par E. Gaillard, J. Savage (éds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, n° 116-118, et P. LÉBOULANGER, « La notion d'« intérêts » du commerce international », *op. cit.*, p. 488.

¹¹⁴⁸ P. MAYER, « Réflexions... », *op. cit.*, p. 881.

l'imprévisibilité¹¹⁴⁹, comme en témoignent certaines décisions françaises. Il est notamment arrivé à la Cour d'appel de Paris de retenir des qualifications différentes dans des affaires dont les faits étaient pourtant très similaires¹¹⁵⁰. Il semble que le critère économique, parce qu'il implique une analyse très factuelle, en soi peu aisée, puisse conduire à des divergences de qualification¹¹⁵¹.

Par ailleurs, en droit colombien, le critère économique serait redondant¹¹⁵². En effet, contrairement au droit français de l'arbitrage, la loi 1563 prévoit, avant même de consacrer le critère économique, d'autres hypothèses d'internationalité qui rendent ce critère superflu car le lieu d'établissement des parties et le lieu d'exécution peuvent aboutir, ensemble ou pas, au même résultat¹¹⁵³.

439. L'internationalité du contrat en droit colombien. Proposition. – La définition négative du contrat international contenue dans les principes de La Haye constitue une condition raisonnable à l'exercice d'un choix de la loi applicable. Cependant, le droit colombien exige d'y apporter une précision supplémentaire. Ainsi, le lieu de conclusion du contrat et la nationalité des parties au contrat devraient être parmi les éléments d'extranéité non pertinents pour déterminer l'internationalité du contrat. Le recours au critère économique consacré en matière d'arbitrage international serait en outre inutile.

Toutefois, il semble qu'un exercice raisonnable de la liberté de choix en droit colombien ne serait pas être garanti par la seule condition d'internationalité. Il faudrait encore que le contrat soit conclu entre professionnels.

¹¹⁴⁹ P. BELLET, E. MEZGER, « L'arbitrage international... », *op. cit.*, p. 615.

¹¹⁵⁰ L'arbitrage a été considéré d'abord interne dans Paris (1^e ch. suppl.), 21 février 1984, *Rev. arb.* 1986.65-74 note P. Fouchard, puis international dans Paris (1^e ch. C), 25 mars 1999, *Rev. arb.* 2003.126-129 note P. Fouchard. Dans une affaire similaire, la Cour de cassation a penché pour la seconde qualification, Civ. 1^e, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, *Rev. arb.* 1999.262-271 note P. Fouchard.

¹¹⁵¹ L. Perreau-Saussine note sous Civ. 1^e, 8 octobre 2009, n° 07-21.990, *Rev. arb.* 2011.131-138, spéc. 135. L'affaire *Tapie* constitue une illustration récente des difficultés de la mise en œuvre du critère économique, sur cette affaire *v.* par exemple, M. HENRY, « Arbitrage Tapie : Les affres d'un préjudice moral immoral », *Bull. ASA*, 2016, vol. 34, n° 1, p. 207, spéc. 217, et P. MAYER, « Rétractation, par la cour d'appel saisie d'un recours en révision, d'une sentence entachée de fraude, rendue dans un arbitrage qualifié d'interne », *Rev. arb.* 2015.861, spéc. 868, note sous Paris, 17 février 2015.

¹¹⁵² *Contra* Fernando Mantilla Serrano qui affirme qu'il ne faut pas « confondre un critère large avec un critère redondant », « El arbitraje internacional », *op. cit.*, p. 193.

¹¹⁵³ C'est le cas dans la plupart des arrêts rapportés par E. Gaillard, J. Savage (éds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, n° 126, p. 59 à la note 232.

B. Un contrat entre professionnels

440. Contrats commerciaux internationaux. – Les principes de La Haye ne sont pas applicables à tous les types de contrats car le champ d’application des principes est aussi cantonné aux contrats commerciaux. Cette condition apparaît dès l’intitulé du texte, se retrouve dans le préambule, et est précisée à l’alinéa 1 de l’article premier, selon lequel les principes sont applicables « lorsque chaque partie agit dans l’exercice de son commerce ou de sa profession ». Ceci signifie que toutes les parties au contrat doivent remplir cette condition pour que les principes soient applicables (point 1.11).

À cet égard, il est important de remarquer que les rédacteurs des principes avaient envisagé un critère tiré du *Restatement Second*¹¹⁵⁴, à savoir le pouvoir de négociation manifestement inégal, auquel ils entendaient donner une interprétation restrictive¹¹⁵⁵. Son abandon a été regretté par certains. Le professeur Symeonides affirme qu’un « régime libéral qui garantit de façon automatique l’application d’une telle clause peut mener à de graves injustices » et relevé que « selon une approche typique de *Common Law*, le *Restatement* s’en remet aux tribunaux pour appliquer ces restrictions de façon différenciée selon les particularités d’une affaire donnée »¹¹⁵⁶. Cependant, ce critère, étant plus large, aurait pu laisser en dehors du champ d’application des principes un grand nombre de contrats et, reposant sur l’interprétation des juges, aurait rendu l’application des principes, et donc l’exercice de la liberté de choix, incertaine.

441. Notion autonome de contrats commerciaux. – Le commentaire signale que cette condition est inspirée de l’article 6.1 du règlement Rome I qui définit le consommateur et dont elle constitue le pendant inverse¹¹⁵⁷. Les principes proposent

¹¹⁵⁴ § 187, commentaire g.

¹¹⁵⁵ Doc. prélim. n° 7 de 2009.

¹¹⁵⁶ S. C. SYMEONIDES, « L’autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 2013. 807, spec. 818.

¹¹⁵⁷ « Article 6. Contrats de consommation.1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l’exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel :

a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou

b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité ».

ainsi une description positive des contrats commerciaux qui se veut une notion autonome et qui permet de définir le champ d'application, tout en évitant « d'employer le terme "contrats commerciaux", qui peut revêtir différentes connotations selon les États » (point 1.6).

Il est précisé également que les termes « commerce ou profession » incluent tout type d'activité commerciale qui soit réalisée par des commerçants, artisans ou professionnels, y compris le cas de certains contrats spéciaux tels que les contrats d'assurance, les contrats de cession ou de licence de droits de propriété intellectuelle entre professionnels, les contrats d'intermédiaires et de franchise (point 1.7). Les principes n'exigent d'ailleurs pas que « les parties aient une vaste expérience ou des compétences approfondies dans leur commerce ou leur profession ». Leur champ d'application ne repose donc pas sur le simple statut des personnes mais sur les circonstances du contrat, de sorte qu'un professionnel peut être considéré comme un consommateur lorsqu'il n'agit pas « dans l'exercice de son commerce ou de sa profession ».

En outre, les principes de La Haye sont applicables indépendamment de la qualité des parties – aucune personne physique et aucun type de personne morale (société, fondation, entités publiques, etc.) ne sont exclus de l'instrument – (point 1.7) et des moyens utilisés pour la conclusion du contrat (le point 1.9 mentionne spécifiquement les transactions électroniques).

442. Justification de la condition pour le cas colombien. – En ce qui concerne le droit colombien, les arguments qui ont été avancés en faveur de l'adoption de la liberté de choix comme solution de principe pour la résolution du conflit de lois en matière contractuelle, justifient cette condition¹¹⁵⁸. Dès lors que la consécration de cette liberté se fait en considération du développement économique et de la promotion du commerce international, il est raisonnable que la liberté de choix soit reconnue seulement, au moins dans un premier temps, aux opérateurs de ce secteur économique qui n'auront d'ailleurs aucune difficulté à la remplir.

¹¹⁵⁸ *V. supra* n° 244 s.

443. Conséquence de la condition. – La notion autonome de contrat commercial comporte logiquement l'exclusion de certains contrats. Les principes excluent ainsi expressément deux types de contrat : le contrat de consommation et le contrat de travail, contrats qui, selon le commentaire, ne sont qu'une illustration des contrats non commerciaux auxquels ils ne sont pas applicables (point 1.10). Les contrats conclus entre deux consommateurs sont ainsi également exclus du champ d'application des principes.

Le commentaire apporte encore deux précisions à cet égard. D'abord, en ce qui concerne le contrat de consommation, il précise que les principes ne visent pas les contrats dits à double finalité (point 1.12). Sur le contrat de travail, ensuite, il exclut l'application des principes aux contrats de travail individuel et aux conventions collectives (point 1.10).

444. Les autres instruments. – Le champ d'application d'autres instruments internationaux n'est pas limité aux contrats commerciaux. Cependant, certains instruments prévoient des règles spéciales pour les contrats exclus du champ d'application des principes de La Haye. Ainsi, le règlement Rome I et la loi modèle de l'OHADAC contiennent des règles pour le contrat de travail (articles 8 et 47, respectivement) et pour les contrats conclus par des consommateurs (articles 6 et 48). En revanche, la convention de Mexico ne prévoit pas de dispositions spécifiques à ces types de contrat.

445. Justification de l'exclusion. – Deux raisons semblent avoir motivé l'exclusion de ces types de contrat de l'instrument de La Haye. D'une part, le consommateur et le travailleur sont considérés comme des parties faibles en matière contractuelle. En effet, la situation dans laquelle ils se trouvent par rapport à leur cocontractant requiert que des mesures protectrices soient prises pour éviter le « risque d'abus de la liberté contractuelle » (point 1.10). Cette protection constitue en droit international privé une limite à l'autonomie de la volonté¹¹⁵⁹. D'autre part,

¹¹⁵⁹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 916 s ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 924 s. ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 770 et 771. Pour une approche économique de la question de l'autonomie de la volonté et ses limites en droit international privé, v. G. RÜHL, « Party Autonomy in the Private International Law of Contracts : Transatlantic Convergence and Economic Efficiency » (2007), *Comparative*

ces contrats font l'objet de règles impératives spéciales dans chaque ordre juridique. Le commentaire relève ainsi que leur exclusion « s'explique par le fait que les droits matériels de nombreux États soumettent les contrats de consommation et de travail à des règles protectrices particulières, auxquelles les parties ne peuvent déroger par contrat » (point 1.10). Les rédacteurs des principes ont donc considéré, semble-t-il, que l'objectif de promotion de l'autonomie de la volonté serait mieux servi en excluant le contrat de travail et les contrats conclus par des consommateurs.

446. Nécessité d'une étude séparée en droit colombien. Limites de cette étude. – Les raisons qui ont fondé l'exclusion des contrats conclus par les consommateurs et des contrats de travail du champ d'application des principes de La Haye peuvent également fonder en droit colombien une exception à la nouvelle solution du conflit de lois en matière contractuelle. En effet, ces contrats font l'objet de régimes spéciaux en droit colombien des contrats, ce qui a motivé d'ailleurs leur exclusion de cette étude¹¹⁶⁰. De plus, les arguments exposés pour l'adoption de la liberté de choix en tant que solution de principe en matière contractuelle ne peuvent pas être transposés purement et simplement aux contrats de travail et à ceux conclus par des consommateurs. Il semble ainsi que l'objectif de promotion du commerce international ne pourrait aucunement justifier le choix de loi dans ces deux hypothèses¹¹⁶¹. L'adoption du choix de la loi applicable pour ces contrats en droit colombien mérite dès lors une analyse séparée et approfondie qui prendrait en compte leur spécificité.

447. Non condamnation de la liberté de choix dans les contrats exclus. – L'exclusion des contrats conclus par les consommateurs et des contrats de travail du champ d'application des principes de La Haye, ainsi que de cette étude, ne comporte pas pour autant une condamnation absolue de la liberté de choix de loi applicable dans ces cas. Il s'agit plutôt d'affirmer la nécessité d'établir une réglementation

Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 4/2007, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/227>, consulté le 19 août 2016.

¹¹⁶⁰ *V. supra* n° 6.

¹¹⁶¹ *V. supra* n° 315 et 399.

différente, qui serait adaptée à leurs particularités¹¹⁶². Telle est aussi la position des principes (point 1.11).

448. Modicité et suffisance des conditions de fond. – Certains considéreront comme excessif de soumettre la liberté de choix aux conditions ici proposées. Cependant, ces conditions ne sont pas aussi contraignantes qu’elles peuvent le sembler au premier abord et elles seront aisément satisfaites par les contrats qui s’inscrivent réellement dans le cadre du commerce international. De plus, elles suffisent à garantir l’impérativité de l’ordre juridique colombien lorsque celui-ci est le seul concerné par le contrat. Ainsi, il ne semble pas nécessaire de soumettre le choix à d’autres conditions de fond, telles que la nationalité des parties ou la valeur du contrat¹¹⁶³.

Ce sont, en somme, des conditions que l’ordre juridique colombien pourrait facilement assimiler et que les tribunaux colombiens pourraient appliquer sans difficultés. La liberté de choix semble pourtant devoir être soumise à une condition de forme.

§2. Condition de forme : la manifestation expresse du choix

449. Admission du choix tacite dans les principes de La Haye. – Comme la plupart des instruments internationaux, les principes de La Haye ne soumettent le choix de la loi applicable à aucune condition de forme (article 5), ce qui se traduit par la possibilité d’opérer un choix autrement que par une clause expresse : la doctrine parle alors d’un choix tacite¹¹⁶⁴. L’article 4 des principes prévoit ainsi que le « choix de la loi applicable [...] doit être exprès ou résulter clairement des dispositions du

¹¹⁶² Sur le choix de loi en matière de contrat de travail, v. A. CAMACHO RAMÍREZ, « Aspectos internacionales del contrato laboral en Colombia », in *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*, L. V. GARCÍA MATAMOROS, A. A. ALJURE SALAME (éds.), Legis, 2016, p. 173.

¹¹⁶³ Dans certains États des États-Unis, le choix est autorisé lorsque la valeur du contrat dépasse une somme donnée, G. Rühl, « Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency » (2007), *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper No. 4/2007, **Error! Referencia de hipervínculo no válida.**, consulté le 19 août 2016, p. 15.

¹¹⁶⁴ Sur ce point, v. T. AZZI, « La volonté tacite en droit international privé », *TCFDIP années 2010-2012*, Pedone, 2013, p. 147 ; N. JOUBERT, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, S. Corneloup, N. Joubert (dirs.), p. 229.

contrat ou des circonstances »¹¹⁶⁵. Cette formulation du choix tacite est proche de celle de l'article 3.1 du règlement Rome I. Bien que l'expression « de la cause » n'apparaisse pas dans l'article 4 des principes, le commentaire au point 4.7 mentionne expressément la nécessité de prendre en compte les circonstances *de la cause* pour déterminer l'existence d'un choix tacite de la loi applicable, et rend les deux formules identiques en pratique.

450. Justification du choix tacite. – Le choix tacite permet, comme l'affirme une partie de la doctrine française, de tenir compte des situations intermédiaires entre un choix exprès et l'absence de choix. Il s'agit ainsi de donner effet au choix qui pourrait être identifié à l'aide d'indices, tels que les stipulations du contrat et les circonstances de la cause¹¹⁶⁶. La cohérence du système le rendrait même « pratiquement inévitable car le fondement premier de l'application d'une loi donnée au contrat international [demeurant] l'attente des parties »¹¹⁶⁷, il serait « toujours préférable pour le juge (ou l'arbitre) de relier la détermination de la loi applicable à celle-ci plutôt qu'à des considérations présentées comme objectives mais qui peuvent apparaître comme sa propre interprétation »¹¹⁶⁸.

451. Détermination du choix tacite. – Selon le point 4.6 du commentaire, le choix tacite doit être réel. L'analyse du contrat et des circonstances doit montrer qu'il existe « une véritable intention des deux parties d'appliquer une certaine loi ». Il est encore précisé qu'une intention présumée ne serait pas suffisante et que l'analyse doit être effectuée au cas par cas. Le choix tacite peut ainsi être déduit des circonstances telles que le comportement des parties ou des facteurs tenant à la conclusion du contrat et la connexité avec d'autres contrats. Il peut se déduire également des stipulations du contrat lorsque les parties ont recouru à un contrat-type, utilisé la terminologie d'un système juridique particulier ou fait référence à des dispositions d'un droit national.

¹¹⁶⁵ Il semble pourtant que le choix tacite aurait pu être écarté des principes, v. Bureau Permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé, « Choix de la loi applicable aux contrats du commerce international : Des Principes de La Haye ? », *Rev. crit. DIP* 2010.83, spéc. 95.

¹¹⁶⁶ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 750.

¹¹⁶⁷ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 902, p. 808-809.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*

452. Réserve concernant les clauses d'élection de for et compromissoire. –

L'admission du choix tacite est parfois accompagnée d'une réserve¹¹⁶⁹. L'article 4 des principes établit qu'un « accord entre les parties visant à donner compétence à un tribunal étatique ou arbitral pour connaître des différends liés au contrat n'est pas en soi équivalent à un choix de la loi applicable ». Cette réserve distingue le choix de la loi applicable du choix du tribunal compétent (point 4.11) et devrait éviter que les juges ne déduisent automatiquement la loi applicable des clauses de l'élection de for¹¹⁷⁰. Le commentaire relève en ce sens que le choix du tribunal peut être fondé sur la neutralité ou l'expérience de celui-ci et que l'application de la loi étrangère par les tribunaux est un argument en faveur de la distinction (point 4.11). Il est intéressant de rappeler que pour Batiffol, si ces clauses constituaient un rattachement matériel, celui-ci n'était qu'éventuel¹¹⁷¹.

Dans le contexte du règlement Rome I, cette même réserve a été saluée par la doctrine française « qui a souligné la différence de nature entre la clause de juridiction et la clause de choix de loi [...], le caractère artificiel d'une présomption relative au choix tacite qui appelle nécessairement une analyse in concreto et la dérive lex "foriste" à laquelle mène une telle présomption »¹¹⁷². En effet, aux fins de déterminer la loi applicable, la présence d'une clause de l'élection de for en l'absence d'un choix de loi exprès constitue une situation difficile à interpréter¹¹⁷³ et peut prêter à l'équivoque. Déduire la loi applicable du choix de for pourrait même conduire à donner effet à une erreur des parties, celle « selon laquelle les tribunaux appliquent systématiquement leur propre loi »¹¹⁷⁴.

Or, normalement les parties qui choisissent un tribunal savent qu'il est également possible de choisir la loi applicable au contrat. Pour M. Lagarde, lorsque les parties ont choisi le premier mais pas la seconde, « l'interprétation de volonté la plus

¹¹⁶⁹ Par exemple, l'alinéa 2 de l'article 7 de la convention de Mexico ou le considérant 12 du règlement Rome I et l'alinéa 2 de l'article 45.1 du projet OHADAC.

¹¹⁷⁰ Dans certains pays, la clause de l'élection de for constitue une présomption en faveur de la loi du for choisi, ce serait « un moyen de renforcer la sécurité juridique, [...] un gain de temps et un moyen de réduire les coûts », v. S. FRANCO, v° « Règlement Rome I (Obligations contractuelles) », *Rép. dr. int.*, n° 60.

¹¹⁷¹ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, n° 113.

¹¹⁷² S. FRANCO, v° « Règlement Rome I (Obligations contractuelles) », *Rép. dr. int., loc. cit.*

¹¹⁷³ C. KESSEDJIAN, S. COHEN ELBAZ, v° « Contrats de distribution – Introduction générale – Droit international privé », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 571-20, n° 208.

¹¹⁷⁴ J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 115.

vraisemblable est qu'elles s'en remettent au droit international privé de l'État dont relève le tribunal élu »¹¹⁷⁵. Cette interprétation semble d'autant plus juste que le choix d'une loi n'est pas neutre, et il est donc compréhensible que les parties puissent s'entendre sur le tribunal compétent sans pour autant s'accorder sur la loi applicable¹¹⁷⁶. Si les parties se sont abstenues de désigner une loi, l'assimilation du choix de for au choix de loi serait ainsi, selon le professeur Tristan Azzi, « radicalement contraire à leur volonté »¹¹⁷⁷.

453. Risques de l'admission du choix tacite. – Les reproches adressés à la réserve susmentionnée sont une illustration des difficultés que pose l'admission du choix tacite. Cette modalité du choix est une source d'imprévisibilité, se fonde sur une analyse artificielle et entraîne un risque de lexforisme. En premier lieu, le choix tacite crée de l'imprévisibilité car il repose sur une interprétation incertaine qui peut varier d'un pays à l'autre ou d'une formation à l'autre au sein d'un même tribunal¹¹⁷⁸. Certains auteurs remarquent aussi que ses frontières sont subtiles¹¹⁷⁹ ; un choix exprès partiel serait d'ailleurs difficile à interpréter¹¹⁸⁰.

En deuxième lieu, l'analyse qui conduit à affirmer l'existence d'un choix tacite est artificielle. Tout d'abord, même s'il peut paraître préférable de relier la désignation d'une loi aux attentes des parties, dans l'hypothèse d'un choix tacite ce lien ne serait en réalité qu'un voile couvrant les éléments objectifs (les dispositions du contrat et les circonstances de la cause) à partir desquelles le juge a vraiment déduit la loi applicable¹¹⁸¹. À cet égard, MM. Ancel et Lequette affirment que « vouloir à toute

¹¹⁷⁵ P. LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP* 2006.331, spéc. 335 ; aussi, v. T. AZZI, « La volonté tacite... », *op. cit.*, p. 147, spéc. 152.

¹¹⁷⁶ T. AZZI, *loc. cit.*

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 898. Sur ces variations, v. N. JOUBERT, « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales... », *op. cit.*, p. 234-238, et T. AZZI, « La volonté tacite... », *op. cit.*, p. 166.

¹¹⁷⁹ H. GAUDEMET-TALLON, v° « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 – Détermination de la loi applicable – Domaine de la loi applicable », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 552-15, n° 10 ; M.-L. NIBOYET, v° « Contrats internationaux – Détermination du droit applicable – Le principe d'autonomie (sa signification) », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 552-20, n° 48.

¹¹⁸⁰ M. EKELMANS, « Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles » in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. I, Nemesis, 1986, p. 243, spéc. 248. *V.* sur le dépeçage *infra* n° 300.

¹¹⁸¹ T. AZZI, « La volonté tacite... », *op. cit.*, p. 162.

force ramener le problème à la constatation d'une volonté, ce n'est plus, en l'absence d'intention des parties établir un fait mais rechercher un "devoir être" »¹¹⁸².

Il faut remarquer ensuite que, sous réserve de la référence à une prétendue volonté des parties, l'analyse qu'exige le choix tacite ne diffère pas de la localisation du contrat proposée par le doyen Batiffol¹¹⁸³. De même, il est difficile de distinguer entre un choix tacite certain et un choix supposé, puisque l'analyse se fonde sur les mêmes éléments¹¹⁸⁴. Il serait ainsi difficile de savoir s'il s'agit d'un choix tacite des parties ou d'un "choix" du juge car, surtout en présence d'un grand nombre d'indices indiquant une loi donnée, la question de savoir pourquoi elles ne l'ont pas choisie demeure¹¹⁸⁵.

Enfin, le choix tacite et la clause d'exception censée jouer en l'absence de choix feraient double emploi¹¹⁸⁶. En effet, l'analyse qu'exigent ces deux mécanismes est à ce point similaire que les contrats liés constituent à la fois un exemple du choix tacite dans la convention de Rome et un élément à prendre en compte dans le cadre de la clause d'exception pour le règlement Rome I¹¹⁸⁷.

En dernier lieu, le choix tacite comporte un risque important d'application de la loi du for. Il semble que lorsque les tribunaux déclarent une loi applicable en vertu d'un choix tacite, la tentation de donner application à leur propre loi soit grande. Le professeur Azzi, dans sa communication au Comité français de droit international privé, a montré que c'est notamment le cas lorsque les tribunaux français ont affirmé l'existence d'un accord procédural tacite, qui n'a joué qu'en faveur de la loi française, et de certains arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation¹¹⁸⁸. Il affirme d'ailleurs que les avantages de l'application de la loi du for ne coïncident pas avec l'objectif poursuivi par l'admission du choix tacite¹¹⁸⁹.

¹¹⁸² *Grands arrêts*, n° 35, p. 301.

¹¹⁸³ T. AZZI, « La volonté tacite... », *op. cit.*, p. 161.

¹¹⁸⁴ S. FRANCO, v° « Règlement Rome I (Obligations contractuelles) », *Rép. dr. int.*, n° 58.

¹¹⁸⁵ *Ibid.* V. *supra* n° 305.

¹¹⁸⁶ T. AZZI, « La volonté tacite... », *loc. cit.*

¹¹⁸⁷ *Ibid.*

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 159 et 163.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 164.

En somme, les difficultés qui accompagnent le choix tacite constituent un argument puissant pour écarter cette modalité de choix de la réglementation colombienne du droit international privé en matière de contrats. Puisque le choix tacite recèle « d'inépuisables virtualités contentieuses qu'un plaideur de mauvaise foi cherchera toujours à exploiter » et « se révèle particulièrement propice aux manœuvres dilatoires »¹¹⁹⁰, il convient de s'en séparer. Il ne faut pas regretter une prétendue indifférence à l'égard des attentes des parties car, comme l'affirme le professeur Jean-Michel Jacquet, « les attentes ou les prévisions informulées des parties sont d'une autre nature que la volonté juridiquement efficace »¹¹⁹¹.

454. Raisons pour exiger un choix exprès. – Il est tout de même important de se demander s'il convient d'exiger un choix exprès. À cet égard, il est nécessaire de remarquer que cette exigence est non seulement souhaitable, mais n'est en outre ni extraordinaire ni inédite.

455. Une condition souhaitable. – Premièrement, il est indéniable que les objectifs poursuivis avec la consécration de la liberté de choix seront mieux satisfaits par l'exigence d'un choix exprès. Il a été dit ici que l'admission du choix de la loi applicable en Colombie répond à des intérêts à la fois d'ordre matériel et conflictuel¹¹⁹². Concernant les premiers, le choix exprès est la seule modalité de choix en mesure de garantir une protection sérieuse de la liberté des particuliers, et spécifiquement du consentement libre et en pleine connaissance de cause des parties quant à la loi applicable. Tant du point de vue du fondement de la liberté de choix, c'est-à-dire l'autonomie de la volonté, que des conséquences qu'entraîne un choix de loi, il paraît judicieux de s'assurer de la réalité de l'accord sur la loi applicable, objectif qui n'est atteint avec toute certitude que si un choix exprès est exigé. Quant aux seconds, le choix exprès est également la seule modalité qui garantisse une véritable prévisibilité. L'analyse du choix tacite montre que celui-ci est imprévisible, car il repose sur l'interprétation judiciaire ou arbitrale qui s'avère (souvent) incertaine. En revanche, face à un choix exprès le juge n'a en théorie qu'une marge

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 161.

¹¹⁹¹ J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 104.

¹¹⁹² *V. supra* n° 308 s. et 418.

de manœuvre restreinte. Dès lors que l'avantage le plus important de la liberté de choix est précisément la prévisibilité, la condition d'un consentement exprès propre à réaliser cet avantage est souhaitable et devrait être approuvée.

456. Une condition raisonnable. – Deuxièmement, il ne s'agit pas d'une condition extravagante. Il est tout à fait naturel que les parties se mettent d'accord sur le contenu de leur contrat et, dans la plupart des cas, les différents points seront convenus de manière expresse ; il n'est donc pas absurde d'exiger un niveau de diligence similaire concernant le choix de la loi applicable. Ainsi, le choix exprès est envisagé par les articles 2 et 6.1.b des principes de La Haye et le commentaire des principes recommande « aux parties d'identifier explicitement la loi qui régit le contrat » (point 4.3). En outre, et ce n'est pas la moindre des choses, les contrats internationaux contiennent fréquemment des clauses de choix de la loi applicable¹¹⁹³. Le commentaire des principes affirme que ces accords « font en général l'objet d'une clause expresse » (point 4.3), et selon une partie de la doctrine française, telle est la pratique des opérateurs du commerce international¹¹⁹⁴. Les statistiques publiées annuellement par la Chambre de commerce international soutiennent ces affirmations. Ainsi, dans 85% des litiges soumis à l'arbitrage international CCI, les parties avaient inclus des clauses de choix de loi applicable dans leur contrat¹¹⁹⁵. Dans ces circonstances, exiger des parties à un contrat international de choisir la loi applicable de manière expresse est aussi raisonnable.

457. Une condition connue. – Troisièmement, l'exigence d'un choix exprès n'est pas non plus inédite. Cette condition est connue tant en droit international privé colombien qu'en droit international privé européen. En Colombie, bien que le protocole du Cap soit muet sur les modalités du choix de loi, les décisions andines 398 et 399 ne prévoient que le choix exprès (articles 115 et 152, respectivement). La

¹¹⁹³ Doc. pré-l. No 22 A, mars 2007, n° 5, p. 5.

¹¹⁹⁴ J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 114, pour qui « le plus souvent l'absence de clause signifie l'absence consciente de tout accord sur le droit applicable dont la détermination sera laissée en cas de litige au juge ou à l'arbitre ; T. AZZI, « La volonté tacite... », *op. cit.*, p. 152.

¹¹⁹⁵ « 2015 ICC Dispute resolution statistics », *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2016, n° 1, p. 9, spéc. 17.

loi 1563 de 2012 exige de son côté, en matière d'arbitrage international, que la convention d'arbitrage soit établie par écrit (alinéa 2 de l'article 69)¹¹⁹⁶.

En Europe, certains règlements de l'Union européenne exigent que le choix soit exprès et parfois même écrit. Ainsi, en matière de conflit de juridiction, le règlement Bruxelles I bis (article 25) – Bruxelles I (article 23) –, applicables en matière civile et commerciale, exige que les clauses d'élection de for soient expresses. De même, la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for exige que le choix de for se fasse par écrit (point c) de l'article 3). En matière de conflit de lois, l'article 23.1 du règlement sur les régimes matrimoniaux exige aussi que le choix soit formulé par écrit.

En France, l'exigence d'un choix de loi exprès avait été évoquée dans l'arrêt *Fourrures Renel*. La première chambre civile affirmait alors qu'à « défaut de déclaration expresse [...] il appartient aux juges du fond de rechercher d'après l'économie de la Convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants »¹¹⁹⁷. Cependant, la jurisprudence n'a pas donné de suite à ce point de l'arrêt. En outre, la forme écrite n'est pas exigée en France en matière d'arbitrage international (article 1507 CPCF), alors même que certains pays européens l'exigent¹¹⁹⁸.

458. Une condition sans formalisme. – Concernant le droit colombien, il paraît cependant, nécessaire de conserver une certaine souplesse. La condition d'un choix exprès ne devrait pas conduire à exiger une forme écrite ni à fixer un moment précis pour effectuer le choix. Ces restrictions à l'autonomie de la volonté ne semblent pas nécessaires¹¹⁹⁹, particulièrement en ce qui concerne le support écrit du choix car, ainsi qu'il a été vu, la pratique y a recouru sans qu'il y ait eu besoin de le lui imposer. Le commentaire des principes de La Haye se prononce également dans ce sens (point 4.5). Concernant le moment du choix, les parties doivent pouvoir choisir ou

¹¹⁹⁶ « Article 69. [...] La convention d'arbitrage doit exister sous forme écrite [...] ».

¹¹⁹⁷ Cass. 1^{er} civ., 6 juillet 1959, *Rev. crit. DIP* 1959.708, note H. Batiffol ; *Grands arrêts, op. cit.*, n° 35.

¹¹⁹⁸ C'est le cas de l'Allemagne, l'Angleterre, l'Italie, le Portugal et la Suisse, v. J.-B. RACINE, v° « Arbitrage commercial international – Convention d'arbitrage – Forme et preuve », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 585-60, n° 6. La forme écrite n'est pas exigée en Suède et en Écosse.

¹¹⁹⁹ H. GAUDEMET-TALLON, v° « Convention de Rome... », *op. cit.*, n° 17.

modifier leur choix lorsqu'elles le souhaitent. Mais il paraît nécessaire de préciser qu'un éventuel changement de loi applicable après la conclusion du contrat ne portera pas atteinte aux droits des tiers, ni ne remettra en cause la validité formelle du contrat. Cette réserve est devenue classique et une majorité des instruments la contient¹²⁰⁰. En effet, le choix de loi ne doit pas préjudicier aux tiers, ni donner lieu à une annulation rétroactive du contrat (point 2.12 et 2.10 du commentaire).

Partant, dans la perspective d'un renouvellement de la réglementation colombienne des contrats internationaux, un choix exprès pourrait être légitimement exigé des parties comme condition de l'exercice de la liberté de choix de loi applicable – les textes en vigueur soutiennent cette conclusion –, sans que cela représente une contrainte disproportionnée. En effet, l'exigence d'un choix exprès paraît la plus apte à réaliser les objectifs matériels et conflictuel poursuivis avec l'admission de la liberté de choix.

Néanmoins, une réglementation concernant la liberté de choix de la loi applicable au contrat prétendant à l'exhaustivité ne saurait se limiter aux conditions d'exercice de ce choix ; encore faut-il déterminer la portée attribuée à l'exercice de cette liberté.

Section II - Portée de la liberté de choix

459. Objet et domaine. – Une fois fixées les conditions dans lesquelles un choix de loi applicable peut être effectué, il est tout aussi important de déterminer ce que les parties peuvent réaliser par leur choix, ce qui soulève deux séries des questions. Ainsi, il faut d'abord envisager ce que les parties peuvent choisir (§1), pour analyser ensuite l'étendue de leur choix (§2).

§1. Objet du choix

460. Droit étatique et droit non étatique. – En droit international privé, les parties ont traditionnellement eu la possibilité de choisir des lois étatiques. Leur choix peut porter même sur une loi qui n'a aucun lien avec le contrat (A). Cependant,

¹²⁰⁰ Ainsi, les articles 3.2 de la convention de Rome et du règlement Rome I, 8 de la convention de Mexico, 45.2 de la loi modèle de l'OHADAC, et 2.3 des principes de La Haye. La loi modèle ne mentionne pas la validité formelle.

il est aujourd'hui permis de songer à autoriser aux parties le choix d'un droit non étatique (B).

A. Choix d'une loi sans lien matériel avec le contrat

461. Absence d'exigence d'un lien entre la loi choisie et le contrat. – Comme une majorité d'instruments, les principes de La Haye n'exigent pas que la loi choisie par les parties ait des liens matériels avec le contrat¹²⁰¹. Tandis que cette absence de lien exigé est seulement implicite dans les autres instruments, les principes affirment expressément à l'article 2.4 qu'aucun « lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction ». Le commentaire souligne ainsi que les principes « adoptent une approche plus ouverte de l'autonomie de la volonté » (point 2.15) que celle retenue dans certains pays.

462. Intérêt de choisir une loi sans lien. – Cette approche s'explique, selon le commentaire, par le fait qu'elle réponde à certains intérêts précis des parties¹²⁰². Ainsi, celles-ci auraient la possibilité de choisir une loi neutre à leur égard ou de choisir une loi qui serait « particulièrement adaptée au type de transaction envisagé » (point 2.14). Pour illustrer cette seconde idée, le commentaire mentionne les lois étatiques qui jouissent d'une renommée particulière en matière de transport maritime ou de transactions bancaires internationales (point 2.14). Les parties auraient peut-être aussi intérêt à choisir la loi d'un État ayant ratifié une convention internationale donnée¹²⁰³. Pour certains auteurs, cette plus grande liberté est « conforme aux besoins du commerce international »¹²⁰⁴.

463. Raison de l'indifférence à l'égard des liens matériels. – Dans un système qui consacre la liberté de choix des parties, la loi du contrat constitue « l'expression de leur intérêt commun »¹²⁰⁵ et il n'y aurait pas de raison de limiter ce choix. Mais, en dehors de l'intérêt que les parties peuvent avoir à choisir une loi matériellement

¹²⁰¹ J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 49 ; il faut ajouter la convention de Mexico et le règlement Rome I aux instruments mentionnés par M. Jacquet. Le projet de loi de l'OHADAC ne l'exige pas non plus.

¹²⁰² *Ibid.*, n° 48.

¹²⁰³ *Ibid.*

¹²⁰⁴ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé, op. cit.*, n° 901.

¹²⁰⁵ M. GIULIANO, P. LAGARDE et T. SASSE VAN YSSELT, « Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles » *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1973, p. 217 et 218. Aussi, *Grands arrêts*, p. 301, J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 47.

déconnectée du contrat et d'elles-mêmes, il semble que l'indifférence à l'égard du lien se justifie également d'un point de vue logique. MM. Mayer et Heuzé notent ainsi avec raison que « s'il est possible d'écarter chacune [des lois ayant des liens avec le contrat] au profit de l'une quelconque des autres – ce qui n'est pas contesté – il doit l'être aussi de les écarter toutes au profit d'une loi tierce »¹²⁰⁶. Il n'y aurait donc pas de raisons pour limiter la liberté de choix des contractants. Dans ce sens, Mme Giesela Rühl remarque que, du point de vue de l'analyse économique du droit, « il n'y a pas de raison économique pour limiter l'autonomie de la volonté au choix d'une loi ayant un rapport ou une connexion avec le contrat »¹²⁰⁷.

464. Signification de cette indifférence. – Dès lors que la liberté de choix de la loi applicable est dépouillée de toute exigence d'un lien matériel entre le contrat et les parties, d'une part, et les ordres juridiques, d'autre part, la désignation effectuée par les contractants n'a plus le sens traditionnel attaché à la méthode de la règle bilatérale savignienne. À cet égard, M. Audit relève avec raison qu'il « ne s'agit donc plus seulement de permettre aux parties de privilégier une localisation au regard des rattachements géographiques du contrat, mais de choisir une réglementation qui leur convient : le choix n'est plus conflictuel – au sens de départiteur – et destiné à faire pencher la balance en faveur de l'une des lois objectivement en présence, mais fonctionnel : il s'agit de permettre aux parties de désigner la loi qu'elles estiment la plus appropriée à l'opération conclue »¹²⁰⁸. La règle autorisant le choix est ainsi dépourvue de l'objectif localisateur. N'exigeant pas de liens matériels, les conventions de Rome et de Mexico, ainsi que le règlement Rome I et la loi modèle de l'OHADAC, s'inscrivent dans une optique substantiviste ou matérielle, qui donne priorité au contenu de la loi sur son autorité¹²⁰⁹.

¹²⁰⁶ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 743 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats » in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, Paris : LGDJ, 2015, p. 869, spéc. 882.

¹²⁰⁷ G. Rühl, « Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency » (2007), *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper No. 4/2007, <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/227>, consulté le 19 août 2016, p. 40.

¹²⁰⁸ B. AUDIT, « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 13, spéc. 15.

¹²⁰⁹ Bertrand Ancel, « Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y de México », *AEDIPr* 2002, p. 33, spéc. 43.

465. Risque de cette indifférence. Remèdes. – Cette indifférence ne va pas sans difficultés puisque le choix illimité réintroduit le risque de fraude¹²¹⁰ ; même si le choix d'une loi dépourvue des liens avec le contrat ou les parties est rare¹²¹¹. En effet, en l'absence de limites sur ce point¹²¹², les dispositions impératives des lois liées à l'opération pourraient ne pas recevoir application. Toutefois, ce risque n'est que relatif car certains mécanismes permettent de le conjurer. La doctrine a d'abord rappelé à propos de la convention de Rome et du règlement Rome I, que les parties demeurent en tout état de cause soumises aux dispositions impératives de la loi choisie¹²¹³. Ensuite, les règles impératives des ordres juridiques ayant un lien avec le contrat ou les parties, pourraient éventuellement être appliquées à titre de lois de police¹²¹⁴. Enfin, il serait dans tous les cas possibles, selon certains auteurs¹²¹⁵, de réserver la fraude lorsqu'il paraît que le choix des parties a été « dicté par leur volonté de se soustraire à des dispositions impératives d'une loi sous l'empire de laquelle le contrat se situe normalement »¹²¹⁶. Il est important de noter que ces remèdes ont été consacrés à l'article 11 des principes, intitulé « lois de police et ordre public ».

466. Les liens entre le contrat et la loi applicable en droit colombien. – Le droit positif colombien n'a évidemment pas, à l'heure actuelle, de position sur la nécessité d'un lien entre la loi choisie et le contrat ou les parties, puisque cette question ne peut se poser que lorsque le choix est permis. Il faut rappeler pourtant que le droit colombien a jusqu'à présent privilégié les rattachements géographiques pour désigner la loi applicable à certaines questions¹²¹⁷, ce qui pourrait conduire à restreindre le choix aux lois ayant un lien avec l'opération contractuelle. Néanmoins, il est ici proposé, dans la perspective d'un renouvellement du système de résolution du conflit de lois en matière contractuelle, de ne pas choisir cette voie et de consacrer la même indifférence à l'égard de l'existence de liens matériels entre la

¹²¹⁰ V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, préf. P. Lagarde, GLN-Joly, 1990, n° 280.

¹²¹¹ J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 49.

¹²¹² Certaines restrictions existent cependant pour certains types de contrats. Ainsi, le règlement Rome I limite le choix en matière de contrats de transport et d'assurance.

¹²¹³ J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 50.

¹²¹⁴ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 901.

¹²¹⁵ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *loc. cit.*

¹²¹⁶ H. GAUDEMET-TALLON, v° « Convention de Rome... », *op. cit.*, n° 7.

¹²¹⁷ V. *supra* chapitre I du titre II de la partie I.

situation et la loi élue que celle que professent les principes. Premièrement, il a été vu que dans le système actuel du droit colombien, la loi désignée peut s'appliquer à des questions avec lesquelles elle n'a pas des liens matériels¹²¹⁸ ; ceux-ci ne sont donc pas déterminants. Deuxièmement, un système qui repose sur la liberté de choix ne devrait pas logiquement exiger un tel lien. Et troisièmement, il serait inutile de l'exiger dès lors que le droit colombien fournit des remèdes aux manœuvres frauduleuses des parties, similaires à ceux offerts par les principes de La Haye¹²¹⁹.

Par conséquent, il ne semble pas logique ni nécessaire de restreindre le choix aux lois qui présentent des liens avec le contrat ou les parties en droit international privé colombien. Reste alors à savoir si les parties peuvent choisir un droit non étatique.

B. Choix d'un droit souple

467. Une nouvelle réponse à une question classique. – Le choix d'un droit non étatique est une question traditionnelle¹²²⁰ du droit international privé sur laquelle les principes de La Haye innovent. Selon l'article 3, les parties pourraient « choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement ». Les principes se démarquent ainsi des conventions de Rome et de Mexico, du règlement Rome I et de la loi modèle de l'OHADAC car ces instruments n'autorisent que le choix de lois étatiques¹²²¹.

¹²¹⁸ *V. supra* n° 393 s.

¹²¹⁹ *V. supra* n° 115.

¹²²⁰ Le choix d'un droit non étatique pose un nombre important de questions et il serait difficile d'épuiser ici un débat auquel des études entières ont été consacrées. *V.* par exemple, D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse dactyl., Paris II, 1992 ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, préf. É. Loquin, L.G.D.J., 1992 ; J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, préf. C. Grare-Didier, L.G.D.J., 2011.

¹²²¹ Il s'agit au moins de l'opinion majoritaire. En ce qui concerne la convention de Rome, *v.* P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991.287, spéc. 300 ; pour le règlement Rome I, *v.* S. FRANÇO, « Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... », *JDI* 2009.41, spéc. 52 ; et pour la convention de Mexico, *v.* D. P. FERNANDEZ ARROYO, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 1995.178, spéc. 182. Sur le cantonnement du choix aux lois étatiques dans la Résolution de Bâle de l'Institut de droit international, *v.* A. E. VON OVERBECK, « L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé » in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 619, spéc. 623. À propos de la possibilité du choix du droit souple en vertu du point 14 du préambule du règlement Rome I, *v.* B. FAUVARQUE-COSSON, « Le choix d'un

468. Signification de la nouvelle réponse. – Cette disposition constitue une évolution importante. Le commentaire relève que, dans le cadre de l'arbitrage international, les instruments autorisent le choix de « règles de droit » (point 3.1). En autorisant ce même choix, les principes prétendent élargir « le champ d'application de l'autonomie de la volonté ». Les parties pourraient donc élire en tant que loi de leur contrat des « règles de sources non étatiques » indépendamment du mode de résolution des conflits. Certains auteurs considèrent que ce choix offre des avantages, tels qu'éviter les complications qui découlent de la diversité d'ordres juridiques et celui de soumettre le contrat international à des règles adaptées à la réalité des relations économiques internationales¹²²².

469. Le choix d'un droit souple en droit comparé. – Il s'agirait là d'un premier pas vers la fin du schisme actuel entre les contentieux judiciaire et arbitral¹²²³ : tandis que les juges ne peuvent pas appliquer les règles non étatiques choisies par les parties, les arbitres y sont contraints. En France, cette position semble paradoxale, et même difficile à soutenir car la jurisprudence a à plusieurs reprises affirmé la juridicité de la *lex mercatoria* lorsque celle-ci a été appliquée par les arbitres¹²²⁴. Pourtant, sous l'empire de la convention de Rome, le choix par les parties d'un droit souple est en principe écarté et il appartient à la loi applicable à défaut de choix de décider de la place qui peut lui revenir¹²²⁵. La réponse sous le règlement Rome I semble à peine plus nuancée¹²²⁶. Pour que le choix d'un droit souple soit efficace, il faudrait donc conclure une convention d'arbitrage ou choisir à la fois les règles de droit et une loi étatique qui validerait à son tour le choix de ces dernières.

instrument optionnel en droit européen des contrats » in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Sabine Corneloup, Natalie Joubert (dirs.), p. 137.

¹²²² B. ANCEL, « *Auctoritate rationis*. Le droit savant du contrat international », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 265, spéc. 270.

¹²²³ M.-L. NIBOYET, v° « Contrats internationaux... », *op. cit.*, n° 63.

¹²²⁴ J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, *op. cit.*, n° 95 ; J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 61 ; M.-L. NIBOYET, v° « Contrats internationaux... », *op. cit.*, n° 63. *V. spécialement*, Cass. 1^e civ., 22 oct. 1991, n° 89-21528, *Rev. crit. DIP* 1992. 113, note B. Oppetit ; *JDI* 1992. 177, note B. Goldman ; *RTD com.* 1992.171, obs. J. Dubarry et É. Loquin.

¹²²⁵ M.-L. NIBOYET, v° « Contrats internationaux... », *op. cit.*, n° 59.

¹²²⁶ S. FRANCO, v° « Règlement Rome I (Obligations contractuelles) », *Rép. dr. int.*, n° 65.

470. Difficultés du choix de règles de droit. – Il est important de souligner que le choix d'un droit non étatique entraîne des difficultés¹²²⁷. En premier lieu, l'identification des règles et de leur contenu peut être malaisée et la terminologie utilisée à leur égard n'est d'ailleurs pas uniforme : *lex mercatoria*, principes généraux du droit, principes du droit international, principes du commerce international¹²²⁸. En deuxième lieu, le recours aux règles de droit expose les parties, et avec elles les tribunaux judiciaires ou arbitraux, à des problèmes de lacunes. En troisième lieu, l'interprétation de ces règles manque d'une « autorité commune assurant une certaine uniformité »¹²²⁹. Les rédacteurs des principes de La Haye n'ont absolument pas ignoré ces inconvénients. Au contraire, soucieux de préserver la sécurité juridique, ils ont prévu un guide pour aider les parties et les « décideurs » dans l'hypothèse d'un choix de « règles de droit », c'est-à-dire dans la terminologie des principes d'un choix de règles non étatiques.

471. Critères d'identification des règles de droit. – L'article 3 fournit ainsi une réponse au problème d'identification de ces règles. Selon cet article, les règles de droit dont le choix serait admissible doivent satisfaire deux critères, qu'il importe d'appréhender l'un par rapport à l'autre (point 3.3)¹²³⁰. Tout d'abord, les règles doivent « faire l'objet d'une reconnaissance générale au-delà du niveau national » (point 3.4). Ce critère vise, à titre d'exemple de règles admissibles, les conventions internationales dont l'application dépend du choix des parties, telles que la convention de Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises signée à Vienne le 11 avril 1980, et les instruments non contraignants formulés par des organismes internationaux établis au niveau international, tels que les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international¹²³¹, ou

¹²²⁷ Sur ce point, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », D. 2007.96 ; M.-L. NIBOYET, v° « Contrats internationaux... », *op. cit.*, n° 60-62 et S. FRANCO, v° « Règlement Rome I (Obligations contractuelles) », *Rép. dr. int.*, n° 65 ; C. HAHN, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II. L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *TCFDIP* 2006-2008, p. 187, spéc. 191.

¹²²⁸ Sur la nécessité de les distinguer, v. D. BUREAU, *Les sources informelles...*, *op. cit.*, n° 23 s.

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ Les critères adoptés par les principes de La Haye rappellent ceux proposés par l'Institut Max Planck lors de l'élaboration du règlement Rome I, v. S. FRANCO, v° « Règlement Rome I (Obligations contractuelles) », *Rép. dr. int.*, n° 65, qui montre en outre les difficultés de leur mise en œuvre.

¹²³¹ Sur le choix des principes d'Unidroit, v. A. GIARDINA, « Les Principes Unidroit sur les contrats internationaux », *JDI* 1995, p. 547, spéc. 552.

régional, tels que les principes du droit européen des contrats (points 3.5 à 3.7)¹²³². Par conséquent, sont exclues les règles contenues dans le contrat lui-même, dans les conditions générales d'une partie, ou dans les « clauses spécifiques à un secteur d'activité local » (point 3.4). Les usages du commerce sont, semble-t-il, également exclus de la catégorie « règles de droit ». Bien que le commentaire affirme que les principes sont silencieux à leur égard, il estime que la possibilité de choisir est déterminée par la loi du contrat (point 3.13).

Les règles admissibles doivent ensuite constituer « un ensemble de règles neutre et équilibré » ; caractéristiques (ou impératifs) sur lesquelles devrait d'ailleurs garantir la reconnaissance générale dont traite le premier critère. La première caractéristique, « ensemble de règles », n'implique pas l'exhaustivité mais exige que les règles répondent aux problèmes courants dans le contexte international (point 3.10). L'impératif de neutralité tient à ce que la source des règles soit un organe « représentatif de divers points de vue économiques, politiques et juridiques » (point 3.11). Le troisième impératif, « équilibre », vise à « exclure le choix d'un ensemble de règles avantageant l'une des parties aux transactions dans un secteur d'activité mondial ou régional particulier » (point 3.12).

472. Prévention des lacunes. – L'autre inconvénient abordé par les principes est celui de la complétude des corps de règles de droit. Pour remédier aux lacunes, le commentaire conseille aux parties ayant fait un choix de règles non étatiques d'indiquer aussi une loi étatique qui viendrait apporter les réponses aux questions qui, éventuellement, ne trouveraient pas de solution dans les règles choisies (point 3.15). Dans une certaine mesure, les principes responsabilisent ainsi les parties à l'égard des difficultés qui pourraient découler de leur choix. Le commentaire relève dans ce sens que les parties faisant recours aux règles de droit devraient « être conscientes de la nécessité potentielle de combler des lacunes » et leur propose des modèles d'accord sur le choix d'un droit non étatique adaptés à cette éventualité.

¹²³² Sur ces instruments, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international... », *op. cit.*

473. Liberté de choix et droit souple. – Compte tenu du régime auquel est généralement soumise la liberté de choix et des conditions auxquelles serait soumis le choix de règles non étatiques dans le système proposé par les principes de La Haye, il semble pour le moins opportun et cohérent de ne pas limiter le choix au seul droit étatique¹²³³.

474. Choix du droit non étatique, un choix opportun. – Il faut remarquer, au préalable, que les arguments en faveur du choix de règles de droit sont très similaires à ceux utilisés pour expliquer l'indifférence à l'égard de liens matériels. Cependant, le droit non étatique a une caractéristique qui manque à toute loi étatique : son adaptation au contexte international. En effet, le droit souple est spécialement adapté au milieu des affaires internationales, ce qui résulte d'une part des relations juridiques qu'il entend réglementer¹²³⁴, et d'autre part du processus d'élaboration de ses règles¹²³⁵. À cet égard, il est important de souligner que les instruments que le commentaire utilise pour illustrer le choix de règles de droit (convention de Vienne, principes d'Unidroit, entre autres) ont pour caractéristique commune d'avoir été conçus spécialement en vue des transactions internationales par des experts en la matière d'origines différentes. Il serait donc opportun d'ouvrir la liberté de choix aux règles non étatiques.

475. Choix du droit non étatique, un choix cohérent. – L'admission du choix des règles de droit est également cohérente. En premier lieu, l'indifférence par rapport aux liens matériels met la loi qui en est dépourvue et le droit non étatique dans une situation comparable. En effet, les intérêts poursuivis par les parties sont souvent les mêmes : neutralité et/ou adaptation. Certains auteurs ne voient aucune raison d'interdire le second choix alors que le premier est autorisé¹²³⁶. Dans cette perspective, le choix de la convention de Vienne (lorsqu'elle n'est pas applicable)

¹²³³ Il semble que la crispation autour du choix du droit non étatique s'amointrisse comme le montre la loi paraguayenne n° 5393 du 20 janvier 2015, dont l'article 5 intitulé Règles de droit (*Normas de derecho*) permet le choix du droit non étatique. Il est important de rappeler que cette loi a suivi de très près le modèle proposé par les principes de La Haye.

¹²³⁴ B. ANCEL, « Autonomía conflictual... », *op. cit.*, p. 36 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international... », *op. cit.*, p. 100 ; J. OVIEDO ALBÁN, « Lex mercatoria », *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*, L. V. Matamoros García, A. A. Aljure Salame (éds.), Legis, Universidad del Rosario, 2016, p. 19-42, spéc. 37

¹²³⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international... », *op. cit.*, p. 101 ; B. AUDIT, « Le choix des principes d'Unidroit... », *op. cit.*, p. 21.

¹²³⁶ B. AUDIT, *ibid.*, p. 14 ; B. ANCEL, « Autonomía conflictual », *op. cit.*, p. 44.

dans un contrat de vente de marchandises, par exemple, ne semble pas différent du choix de la loi anglaise (dépourvue de tout lien avec l'opération) dans un contrat de transport maritime. Dès lors que la règle autorisant le choix est dépourvue, ainsi qu'il a été vu¹²³⁷, d'une dimension localisatrice, la loi choisie s'impose non pas par l'autorité de l'État qui l'édicte mais par l'accord des parties qui repose lui-même sur le contenu des règles choisies. L'origine non étatique, voire doctrinale, ne paraît donc pas un vrai obstacle au choix du droit souple en tant que loi du contrat.

En deuxième lieu, la limitation du choix aux lois étatiques donne lieu aujourd'hui à une incohérence. Étant donné que cette restriction du choix n'existe pas habituellement en matière d'arbitrage international, il semble incohérent de refuser « aux parties ce qu'elles peuvent obtenir indirectement par la voie de l'arbitrage », d'autant plus que « le juge de l'exequatur ou de la reconnaissance de la sentence n'exerce pas de contrôle de la loi appliquée »¹²³⁸.

En dernière lieu, et c'est peut-être l'argument le plus important, le choix du droit non étatique ne fait pas échec à l'application des dispositions impératives des ordres juridiques présentant des liens avec le contrat ou les parties. Certains instruments les réservent même expressément. Ainsi, l'article 1.4 des Principes d'Unidroit, intitulé « Règles impératives », prévoit que : « Ces Principes ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé ». Même lorsqu'une telle réserve n'a pas été faite, les dispositions impératives devraient pareillement trouver application car, comme il a été démontré par Gian Paolo Romano¹²³⁹, le choix de ces Principes (d'un droit non étatique) est, du point de vue de ces règles impératives, équivalent dans ses conséquences au choix d'une loi étrangère, puisqu'elles pourraient s'imposer par le biais des mécanismes traditionnellement prévus à cet effet (lois de police, etc.). Il n'y aurait donc pas de

¹²³⁷ *V. supra* n° 464.

¹²³⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international... », *op. cit.*, p. 100.

¹²³⁹ G. P. ROMANO, « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI* 2007.473. D'autres auteurs partagent cet avis, B. AUDIT, « Le choix des principes d'Unidroit... », *op. cit.*, p. 23 ; B. ANCEL, « Autonomía conflictual... » *op. cit.*, p. 44.

raison de croire à un risque accru d'inapplication de dispositions impératives ; ce serait une « liberté inoffensive »¹²⁴⁰.

476. Le choix du droit souple en droit colombien. – L'ordre juridique colombien connaît également le schisme évoqué plus haut entre justice étatique et arbitrale, et ce avec un degré d'écart supplémentaire. Tandis qu'en matière d'arbitrage international, les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat en désignant le cas échéant des règles de droit (article 101, loi 1563/2012), la liberté de choix n'existe tout simplement pas devant les juges. L'incohérence est d'autant plus surprenante dans le cas du droit colombien que l'alinéa 4 de l'article 116 de la Constitution de 1991¹²⁴¹ a été interprété par la Cour constitutionnelle comme conférant, transitoirement et exceptionnellement, aux particuliers l'exercice d'une activité juridictionnelle, qui a un caractère de fonction publique¹²⁴².

Par ailleurs, la doctrine colombienne est très favorable au choix du droit non étatique en tant que loi du contrat international dans le cadre du contentieux judiciaire. L'enthousiasme est tel (les auteurs lui attribuent des vertus qu'il n'a pas¹²⁴³ et un succès qu'il faudrait nuancer¹²⁴⁴) qu'un arrêt récent de la Cour suprême de justice a fait croire à certains que le choix du droit non étatique avait été clairement consacré¹²⁴⁵. Effectivement, dans un arrêt du 21 février 2012, la Cour a affirmé « que les parties peuvent régler le contrat commercial international » par les règles des Principes d'Unidroit. Cependant, la valeur de cette décision sur ce point est très discutable, car le contrat en question était interne et conclu entre un

¹²⁴⁰ B. ANCEL, « *Auctoritate rationis...* », *op. cit.*, p. 288.

¹²⁴¹ Selon cette disposition, « Article 16. Les particuliers peuvent être investis, de manière transitoire, de la fonction d'administrer la justice en condition [...] d'arbitres habilités par les parties pour rendre une sentence en droit ou en équité, dans les termes que fixe la loi ».

¹²⁴² Const. C-242/97. Cette analyse de l'arbitrage national et international a été reprise depuis, *v.* par exemple, Const. SU-174/07, SU-500/15, C-947/14 et C-157 et 184/16. Il semble pourtant qu'elle soit erronée ; en ce sens *v.* Fernando Mantilla-Serrano « El arbitraje internacional », *op. cit.*, p. 191.

¹²⁴³ É. I. LEÓN ROBAYO, « Los principios del derecho comercial internacional » in *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*, L. V. Matamoros García, A. A. Aljure Salame (éds.), Legis, Universidad del Rosario, 2016, p. 5, spéc. 15, pour qui le choix des règles de droit permet l'installation définitive de la Colombie dans la *societas mercatorum* transnationale.

¹²⁴⁴ Pour le professeur J. OVIEDO ALBÁN, le choix du droit souple est largement répandu, « *Lex mercatoria* », *op. cit.* Sur le succès modeste des instruments non étatiques, *v.* P. DEUMIER, « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », D. 2008. 494.

¹²⁴⁵ J. OVIEDO ALBÁN, « *Lex mercatoria* », *op. cit.*, p. 35 ; *v.* aussi du même auteur, « Unidroit principles as rules applicable to international contracts : with regard to the Colombian Supreme Court of Justice's ruling on 21 February 2012 », *Rev. dr. unif.*, vol. 19, 2014, p. 106, spéc. 107.

professionnel et deux consommateurs qui, de surcroît, ne reprochaient aucunement au Tribunal supérieur l'application faite en l'espèce de la loi colombienne. L'extrait reproduit constitue sans doute un *obiter dictum*, les principes n'étant évoqués que pour donner un exemple des instruments qui prévoient la révision pour imprévision, d'ailleurs consacrée par le Code de commerce colombien (article 868)¹²⁴⁶.

Dès lors que le droit colombien n'oppose pas d'obstacle différent de ceux qui ont déjà été écartés, il semble que le choix de règles de droit devrait trouver une place dans la nouvelle réglementation du contrat international.

Les questions principales tenant à l'objet du choix ayant été étudiées, il ne reste alors qu'à déterminer son étendue.

§2. Domaine du choix

477. Modulation du choix. – Si la loi choisie a en principe un champ d'application naturel (B), la faculté est généralement reconnue aux parties de le modifier et de moduler leur choix par un « dépeçage » du contrat (A).

A. Dépeçage du contrat

478. Admission du dépeçage dans les principes de La Haye. – Comme la plupart des instruments internationaux, les principes de La Haye autorisent les parties à effectuer un choix partiel ou multiple. Ces variations du choix de loi sont consacrées à l'article 2.2. Les contractants pourraient ainsi choisir une loi seulement pour une partie de leur contrat ou des lois différentes pour différentes parties du contrat. Contrairement au règlement Rome I et à la loi modèle de l'OHADAC, les principes mentionnent expressément cette dernière possibilité¹²⁴⁷. Il s'agit ici du dépeçage volontaire, c'est-à-dire celui effectué par les parties ; le dépeçage judiciaire, qui est possible en application de l'article 4.1 de la convention de Rome, n'est pas admis par les principes¹²⁴⁸.

¹²⁴⁶ Cf. É. I. LEÓN ROBAYO, « Los principios del derecho comercial internacional », *op. cit.*, p. 15.

¹²⁴⁷ À propos de la convention de Rome, certains auteurs considèrent que la seconde hypothèse n'est pas autorisée, v. M. EKELMANS, « Le dépeçage... », *op. cit.*, p. 247.

¹²⁴⁸ Sur la distinction du dépeçage volontaire et du dépeçage judiciaire, v. Paul Lagarde, « Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1975. 649, spéc. 652.

479. Fondement théorique. – Le commentaire des principes n'évoque pas les motifs de l'admission du dépeçage, cependant, il semble résulter des points 2.1, 2.3 et 2.6 du commentaire que celle-ci est conçue comme un corollaire de l'autonomie de la volonté, que les principes de La Haye promeuvent et dont le dépeçage constituerait « une des formes d'exercice ». En ce sens, M. Nourissat relève, s'appuyant sur le rapport Giuliano-Lagarde, que « le dépeçage volontaire est directement lié au principe d'autonomie de la volonté » et M. Jacquet affirme qu'il « se présente comme un prolongement du principe d'autonomie »¹²⁴⁹. Le dépeçage aurait ainsi pour fonction, selon M. Lagarde, « le plein accomplissement de la volonté des parties » car celles-ci pourraient ressentir le besoin de soumettre les divers éléments du contrat à des lois différentes, en considération de la complexité de l'opération contractuelle qu'elles projettent¹²⁵⁰.

480. Fondement pratique. – Le dépeçage peut aussi se revendiquer de justifications pratiques. Même si pour certains ce type de choix est peu répandu¹²⁵¹, la pratique du dépeçage « existe bel et bien » et répond aux nécessités du commerce international¹²⁵². Elle s'avère particulièrement utile dans l'hypothèse de contrats complexes ou d'ensembles contractuels¹²⁵³. Les exemples proposés par le commentaire illustrent l'utilité du dépeçage. Il serait ainsi possible de soumettre à une loi différente de celle qui fait l'objet du choix principal « l'unité monétaire dans laquelle le contrat est libellé, des clauses particulières relatives à l'exécution de certaines obligations, telles que l'obtention d'autorisations délivrées par des organismes publics, et des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité » (point 2.9). Dans ces cas, M. Bertrand Ancel affirme que l'autorité de la loi cède face à l'inadéquation de son contenu au regard de l'opération envisagée par les parties¹²⁵⁴.

481. Absence de justification de l'interdiction. – Il aurait été, en réalité, difficile d'interdire le dépeçage dans la réglementation de la liberté de choix des principes de

¹²⁴⁹ C. NOURISSAT, « Le dépeçage » in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, S. Corneloup, N. Joubert (dirs.), p. 205, spéc. 214 ; J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 55.

¹²⁵⁰ P. LAGARDE, « Le "dépeçage"... », *op. cit.*, p. 650 et 651.

¹²⁵¹ Dans ce sens, v. J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 52.

¹²⁵² C. NOURISSAT, « Le dépeçage... », *op. cit.*, p. 206 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 748 ; M. EKELMANS, « Le dépeçage... », *op. cit.*, p. 249-250 ; P. LAGARDE, « Le "dépeçage"... », *op. cit.*, p. 652.

¹²⁵³ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit International Privé*, *op. cit.*, n° 915 ; C. NOURISSAT, « Le dépeçage », *op. cit.*, p. 217.

¹²⁵⁴ B. ANCEL, « Autonomía conflictual... » *op. cit.*, p. 44.

La Haye. Dès lors que le choix d'une loi ne présentant pas de liens matériels avec le contrat ou de règles non étatiques est autorisé¹²⁵⁵, il n'y a pas d'obstacle à admettre l'application de la loi choisie à une partie seulement du contrat ou l'application de plusieurs lois, car le choix repose dans un cas comme dans l'autre sur les mêmes considérations d'adaptation de la loi choisie au projet contractuel des parties¹²⁵⁶. Interdire le dépeçage n'aurait donc été ni cohérent ni opportun.

482. Risque du dépeçage. – Néanmoins, le dépeçage pourrait porter atteinte à l'unité du contrat et à l'impérativité de la loi. En effet, tel qu'il a été consacré dans les principes de La Haye, le dépeçage a été perçu par certains auteurs comme faisant avancer la liberté de choix vers « la reconnaissance d'une autonomie substantielle intégrale pour les parties au contrat international »¹²⁵⁷. Selon M. Pascal de Vareilles-Sommières, « il faut être alors conscient que l'autonomie ainsi concédée aux parties n'est plus simplement conflictuelle [...] mais vise bien à les autoriser à composer, pour les rapports contractuels établis entre eux, un régime substantiel original, différent de celui prévu par l'une ou l'autre des lois qui s'appliquent chacune partiellement » ; les parties seraient ainsi autorisées à procéder à une « *cannibalisation* » des lois¹²⁵⁸. Ce résultat paraît sans doute indésirable¹²⁵⁹.

483. Limites du dépeçage ; nécessité d'un critère. – Les principes de La Haye n'ignorent pas les difficultés que le dépeçage peut créer. Ainsi, l'autorité de la loi serait sauvegardée par l'article 11, intitulé *Lois de police et ordre public*, qui protège « l'intégrité d'un ordre juridique et la société que celui-ci représente » (point 11.9). Il est intéressant de remarquer que, selon le commentaire, cet article renforcerait le principe de l'autonomie de la volonté, à tel point que son absence pourrait compromettre l'acceptation ou le maintien du principe. De même le commentaire

¹²⁵⁵ V. les articles 2.4 et 3.

¹²⁵⁶ J.-M. JACQUET, v° « Contrats », *Rép. dr. int.*, n° 53.

¹²⁵⁷ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie substantielle... », *op. cit.*, p. 881 ; cet auteur distingue l'autonomie conflictuelle, « faculté accordée aux parties [...] de déroger à la règle de conflit en matière contractuelle, et plus exactement à son facteur de rattachement objectif » (p. 876), et l'autonomie substantielle, ou le « pouvoir dont disposent les parties de fixer par accord de leur volonté le contenu (la substance) de leurs droits et obligations » (p. 871). L'autonomie conflictuelle a été définie auparavant comme celle qui « octroie aux contractants liberté pour déterminer la loi qui régira leurs relations », B. ANCEL, « Autonomía conflictual... », *op. cit.*, p. 33.

¹²⁵⁸ B. ANCEL, *Ibid.*, p. 44.

¹²⁵⁹ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 748, qui condamnent la possibilité de se tailler un statut sur mesure.

prévient contre le « risque de contradiction ou d'incohérence dans la détermination des droits et obligations des parties » (point 2.6). Bien que cet avertissement ne soit pas présenté comme un critère, il peut servir pour déterminer l'admissibilité du dépeçage effectué par les parties. En effet, un critère semble indispensable pour assurer un usage raisonnable du mécanisme et, partant, la sécurité juridique. En effet, en présence de telles contradictions ou incohérences, cette dernière serait compromise puisque les parties seraient dans une quasi-impossibilité de prévoir leurs droits et obligations ou la loi applicable en cas de litige.

En ce sens, M. Lagarde a affirmé la nécessité d'un dépeçage cohérent ou « raisonnable, c'est-à-dire qu'il ne doit pas conduire à des solutions incohérentes ou encore [...] à un pot-pourri juridique, faute de quoi le juge pourrait ne pas en tenir compte »¹²⁶⁰. MM. Mayer et Heuzé considèrent en revanche que le dépeçage devrait seulement être admis pour des parties – c'est-à-dire un sous-ensemble de droits et obligations – objectivement détachables du contrat¹²⁶¹. À cet égard, la Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt *Intercontainer Interfrigo* rendu à propos de l'interprétation de l'article 4 de la convention de Rome, semble avoir cantonné le critère de partie détachable aux cas de dépeçage judiciaire prévu à l'alinéa 1 (point 48 et dispositif 2)¹²⁶² ; en cas de dépeçage volontaire, l'exigence d'une partie du contrat « autonome et séparable » cesse au profit de la cohérence¹²⁶³.

Cependant, ce critère de la cohérence est très libéral et entraîne une certaine imprévisibilité. Ainsi, MM. Mayer et Heuzé relèvent qu'à « prétendument soumettre à des lois diverses ce qui normalement forme un tout, on réalise un simple emprunt de règles, choisies en fonction de leur teneur matérielle », ce qui pourrait rendre plus difficile l'interprétation du juge qui pourrait confondre soumission et incorporation. La prévisibilité est également mise à mal car l'appréciation de la cohérence reposera

¹²⁶⁰ P. LAGARDE, « Le "dépeçage"... », *op. cit.*, p. 669.

¹²⁶¹ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé, op. cit.*, n° 748. Dans ce sens, M. EKELMANS, « Le dépeçage... », *op. cit.*, p. 250.

¹²⁶² CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-133/08, *RD transp.* 2009, n° 210, note L. Grard, *Europe* 2009, comm. 477, obs. L. Idot, *Dr. et patr.* 2009, n° 187, p. 109, note M.-É. Ancel, *JCP* 2009, n° 550, note L. d'Avout, L. Perreau-Saussine, *JDI* 2010. 183, note C. Legros, *D.* 2010. 236, note F. Jault-Seseke, *JCP* 2010, n° 135, obs. D. Lawnika, *RLDC* 2010/69, n° 3730, obs. M.-É. Ancel, *RTD com.* 2010. 453, obs. A. Marmisse d'Abbadie d'Arrast, *RTD com.* 2010. 455, obs. P. Delebecque, *D.* 2010. 1585, obs. F. Jault-Seseke, *Gaz. Pal.* 8 juil. 2010, n° 189, p. 24, note M. Nicolella, *D.* 2010. 2323, obs. S. Bollée, *RDC* 2010. 701, obs. P. Deumier, J.-B. Racine, É. Treppoz, *D.* 2011. 1445, obs. H. Kenfack, *RDC belge* 2010. 867, note J. Toro.

¹²⁶³ C. Nourissat, « Le dépeçage », *op. cit.*, p. 210.

in fine sur le juge. Il se peut d'ailleurs que les parties ne prennent pas la peine de songer aux solutions auxquelles aboutirait le dépeçage qu'elles ont fait ou ne soient pas en mesure d'identifier les contradictions qu'il porte. Il semble donc que le critère de partie détachable, plus respectueux de l'autorité de la loi, soit plus facile à mettre en œuvre par les parties et, par conséquent, plus prévisible.

484. Dépeçage en droit international privé colombien. – Dans l'hypothèse où la liberté de choix serait affirmée, sous les conditions exposées jusqu'à présent, le droit colombien pourrait très facilement admettre le dépeçage volontaire. Ayant l'habitude de morceler le contrat, les tribunaux ne devraient en effet éprouver aucune difficulté à suivre les indications des parties sur la loi applicable aux différentes parties de leur contrat. Dans ce sens, la Cour constitutionnelle a considéré, dans l'arrêt C-249/04, que le juge colombien pouvait appliquer la loi étrangère et la loi colombienne aux exécutions partielles du contrat dans chaque territoire. Certains pourraient cependant considérer que la contradiction entre le rejet du morcellement du droit positif colombien et l'admission du dépeçage volontaire proposée ici devrait conduire à repousser la seconde¹²⁶⁴. Il existe néanmoins des différences importantes entre la soumission du contrat à diverses lois dans l'un et l'autre cas. Ainsi, le morcellement du droit positif se fait de manière systématique par les tribunaux sans autre considération que la survenance, parfois prétendue, des étapes contractuelles dans des territoires différents et sans égard pour la cohérence du contrat. Le dépeçage dépend au contraire des parties qui ne pourraient y recourir que dans les conditions mentionnées, ce qui rendrait son usage exceptionnel. Il n'y aurait donc pas d'obstacle, du moins fondé sur le rejet du morcellement, à l'admission du dépeçage.

Il ne reste qu'à déterminer les questions que le droit colombien devrait considérer comme soumises à la loi choisie par les parties.

B. Champ d'application de la loi choisie

485. Domaine de la loi du contrat. – Traditionnellement, les instruments internationaux qui réglementent la liberté de choix contiennent des règles sur le domaine de la loi du contrat ; c'est notamment le cas de la convention de Rome, du

¹²⁶⁴ Sur le rejet du morcellement, *v. supra* n° 177 s.

règlement Rome I et de la convention de Mexico¹²⁶⁵. Il apparaît immédiatement que les dispositions de ces textes sont très proches sur ce point.

486. ...selon les principes de La Haye. – Les dispositions correspondantes des principes sont assez classiques, sous réserve d’une innovation. Le domaine de la loi choisie par les parties est délimité par les articles 1.3 et 9. En définissant le champ d’application des principes, la première disposition exclut certaines questions du domaine de la loi choisie par les parties, telles que la capacité des parties (a), les effets du contrat sur la propriété (e) et la question de savoir si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir (f)¹²⁶⁶.

487. Une règle générale... – Quant à l’article 9, celui-ci contient une règle générale et une liste des questions qui sont soumises à la loi choisie par les parties¹²⁶⁷. Selon la règle générale, la loi choisie par les parties « régit tous les aspects du contrat » de sa formation jusqu’à sa fin (points 9.2) ; il s’agit d’assurer la sécurité juridique et l’uniformité des résultats et de décourager ainsi le *forum shopping*.

488. ...accompagné d’une liste indicative. – L’article énumère ensuite quelques-unes des questions soumises à la loi du contrat. La liste n’est pas exhaustive (point 9.4) et les différents éléments sont pour la plupart mentionnés dans tous les textes. La liste se justifie pour deux raisons. D’une part, elle comprend « la plupart des aspects les plus importants de toute relation contractuelle » ; et d’autre part, la

¹²⁶⁵ Le domaine de la loi du contrat est défini dans les articles 1^{er}.2 et 9 à 11 de la convention de Rome, 1^{er}.2, 10 à 13 et 18 du règlement Rome I, et 5 et 12 à 16 de la convention de Mexico. La loi modèle de l’OHADAC contient également des dispositions dans ce sens (articles 49 à 51).

¹²⁶⁶ Cet article exclut également les accords d’arbitrage et les accords d’élection de for (b), les sociétés ou autres groupements et les trusts (c) et l’insolvabilité (d).

¹²⁶⁷ « Article 9 - Champ d’application de la loi choisie

1. La loi choisie par les parties régit tous les aspects du contrat entre les parties, notamment :

- A.** son interprétation ;
- B.** les droits et obligations découlant du contrat ;
- C.** l’exécution du contrat et les conséquences de son inexécution, y compris l’évaluation des dommages et intérêts ;
- D.** les divers modes d’extinction des obligations, les prescriptions et déchéances fondées sur l’expiration d’un délai ;
- E.** la validité et les conséquences de la nullité du contrat ;
- F.** la charge de la preuve et les présomptions ;
- G.** les obligations précontractuelles.

2. Le paragraphe 1 e) n’exclut pas l’application de toute autre loi applicable établissant la validité formelle du contrat ».

liste indique des matières qui, aux fins de l'application des principes, « doivent être considérées comme contractuelles et seront donc régies par la loi choisie plutôt que par une autre loi » (point 9.4). Les principes prétendent ainsi garantir « une qualification uniforme de ces matières et [favoriser] par conséquent l'harmonie internationale des solutions ». Dès lors, la loi choisie par les parties sera applicable à toutes les questions contractuelles classiques, notamment à la validité ou la nullité du contrat.

489. Inclusion de la matière précontractuelle. – Il existe néanmoins une innovation intéressante. Contrairement à d'autres instruments internationaux, les principes de La Haye incluent les obligations précontractuelles dans le domaine de la loi du contrat. À cet égard, le commentaire précise que les principes soumettent à la loi choisie, lorsque le contrat a été conclu, « les droits et obligations des parties au cours de la période de formation du contrat et la responsabilité qui peut résulter, par exemple, des informations données ou des engagements pris par les parties au cours de cette période » (point 9.12). Mais ils permettraient aussi aux parties, avant la conclusion du contrat, de « choisir la loi applicable aux négociations contractuelles et, partant, à la responsabilité précontractuelle, par exemple en cas de rupture imprévue des pourparlers ». Ainsi, les principes aboutissent à la même solution que celle retenue par l'article 12.1 du règlement Rome II (règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles)¹²⁶⁸. La soumission des questions contractuelles et précontractuelles à une seule loi présente l'avantage non négligeable de simplifier le travail du juge « non seulement en termes de preuve de la loi étrangère, [...] mais également en raison des liens qui unissent ces questions »¹²⁶⁹.

490. Exceptions à l'application de la loi choisie. – Il existe cependant deux hypothèses dans lesquelles les principes tempèrent l'application de la loi élue par les parties. D'une part, selon l'article 6.2, il serait possible d'appliquer la loi du lieu d'établissement d'une des parties lorsqu'il « ne serait pas raisonnable d'apprécier » son consentement selon la loi du contrat. Il est intéressant de remarquer que les

¹²⁶⁸ *V.* sur cette disposition, O. BOSKOVIC, v° « Règlement Rome II (Obligations non contractuelles) », *Rép. dr. int.*, n° 95-99.

¹²⁶⁹ *Ibid.*, n° 96.

principes de La Haye ont sciemment évité l'expression « existence et validité matérielle du choix de loi » car ces « termes techniques peuvent avoir un sens différent selon les États, ce qui peut encourager la contestation du choix de la loi applicable et donc porter atteinte à la sécurité juridique, qui est l'un des objectifs des Principes » (point 6.6).

D'autre part, l'alinéa 2 de l'article 9 prévoit la possibilité de soumettre la validité formelle du contrat à une loi différente de celle choisie par les parties, comme le prévoit l'article 9.1.e. Les principes entendent ainsi promouvoir une politique du *favor negotii*. Des dispositions en ce sens existent dans d'autres instruments, mais si la question est classique, la formulation de la règle l'est moins car l'article 9.2 des principes se contente d'affirmer la validité formelle « en application de toute autre loi applicable » sans donner des indications sur la manière d'identifier cette dernière. À ce propos, le commentaire précise, évoquant les autres instruments, que cette loi peut être celle de « l'État du lieu de conclusion du contrat [ou celle] de l'État dans lequel les parties avaient leur domicile ou leur établissement, ou dans lequel les parties ou leurs intermédiaires respectifs étaient présents au moment de la conclusion du contrat » (point 9.13).

491. Domaine de la loi du contrat en droit colombien. – L'ordre juridique colombien aurait intérêt à se munir d'une règle qui détermine le domaine de la loi du contrat. Il a été vu qu'en matière de conflit de lois, et même si l'application d'une loi unique a des limites, les frontières entre les différentes catégories de rattachement sont floues et la capacité de contracter relève tantôt du statut personnel tantôt de la loi du contrat¹²⁷⁰. Pourtant, le droit international privé colombien comporte des dispositions sur ce point qui n'ont pas été suffisamment exploitées. Outre les principes de La Haye, il serait possible de s'inspirer de l'article 33 du traité de Montevideo qui suit une démarche similaire à celle des principes. En effet, l'article 33 de ce traité énumère également certaines questions et soumet plus généralement, dans le numéro g), à la loi du contrat « tout ce qui concerne les

¹²⁷⁰ V. *supra* n° 188, 107 et 162.

contrats, sous quelque aspect que ce soit »¹²⁷¹. Définir le champ d'application de la loi choisie par les parties serait donc une manière de résoudre certains des problèmes, déjà évoqués, du droit international privé colombien.

492. Conclusion du chapitre. – Il s'est avéré que, parmi les différents instruments internationaux, les principes de La Haye constituent la source d'inspiration la plus complète et innovatrice sur la liberté de choix. Ils proposent une réglementation intégrale du choix de loi et répondent de manière satisfaisante aux différents problèmes qu'il pourrait poser. À cet égard, le commentaire des principes est un outil précieux pour comprendre le système proposé par la Conférence de La Haye. Dans le but de construire un système respectueux de l'ordre juridique colombien, il s'est pourtant avéré nécessaire d'adapter certaines dispositions et cela a conduit, parfois, à introduire certaines exigences supplémentaires, telles qu'une définition de l'internationalité plus stricte ou la condition d'un choix exprès. En revanche, cela n'a pas fait obstacle à l'adoption de certaines innovations comme le choix d'un droit non étatique.

493. Conclusion du titre. – Les éléments indispensables à la consécration de la liberté de choix existent déjà en droit colombien et les objectifs poursuivis par ce dernier en sortiraient renforcés. La possibilité de choisir la loi applicable est sans doute aucun compatible avec l'ordre juridique colombien, mais il est indispensable de réglementer l'exercice de cette liberté. L'affirmation et le maintien de la liberté de choix en droit international privé colombien passent par l'existence d'une réglementation qui assure l'exercice raisonnable de la liberté confiée aux parties et garantit l'autorité de l'ordre juridique.

494. Conclusion de la partie. – Le principe d'autonomie, ou plus précisément la liberté du choix, est à même de remédier aux difficultés que posaient les règles de

¹²⁷¹ « Article 33. La même loi régit :

- a) leur existence,
- b) leur nature,
- c) leur validité,
- d) leurs effets,
- e) leurs conséquences,
- f) leur exécution,
- g) en résumé, tout ce qui concerne les contrats, sous quelque aspect que ce soit ».

conflit traditionnelles rattachant le contrat aux étapes du processus contractuel. Malgré les fortes critiques qui ont pu lui être adressées, la liberté de choix assure la prévisibilité nécessaire au règlement du conflit de lois en matière contractuelle, ainsi que la flexibilité qui convient aux opérateurs du commerce international. Le succès de cette solution est tel qu'elle fait l'objet de conventions internationales d'uniformisation et d'instruments internationaux non contraignants qui promeuvent son adoption par les Etats ne l'ayant pas encore autorisée. La promotion de la liberté de choix vise ainsi des pays comme la Colombie, qui n'admet encore la possibilité de choix que dans certaines hypothèses. Il a été démontré que la liberté de choix devrait effectivement être généralisée en droit colombien. En effet, la consécration de la liberté de choix en tant que solution de principe du conflit de lois en matière contractuelle peut être affirmée sur les fondements du rôle ample et crucial reconnu à l'initiative privée par l'ordre juridique colombien et du principe constitutionnel d'internationalisation adopté par la Constitution de 1991. Dans une perspective de renouvellement du système de résolution du conflit de lois, il a été nécessaire d'envisager la réglementation auquel le choix de loi pourrait être soumis en droit international privé colombien. Pour ce faire, les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux ont fourni la source d'inspiration principale pour aborder les questions pratiques essentielles du choix de loi et leur donner des réponses assurant tant un exercice de la liberté de choix de loi respectueux de l'ordre juridique colombien que la pérennité de la nouvelle solution.

CONCLUSION

495. Entre hostilité, indifférence et réticence. – La question de la détermination de la loi applicable au contrat en droit international privé colombien, en son état actuel, peut être résumée en trois mots¹²⁷². Tout d’abord, hostilité, spécialement des tribunaux colombiens, car la jurisprudence retient une approche publiciste du conflit de lois qui repose sur les principes de territorialité et de souveraineté¹²⁷³. Cette approche n’est pourtant pas en mesure d’apporter des réponses satisfaisantes aux problèmes juridiques que posent les situations internationales et entrave le développement de ces situations.

Indifférence ensuite, d’une part de la doctrine colombienne, qui tout en regrettant l’état du droit colombien ne fait pourtant guère référence aux développements du droit positif et se contente souvent d’affirmer la nécessité de nouvelles solutions, comme la liberté de choix. Et des tribunaux, d’autre part, car les conséquences de leurs décisions, parfois très embarrassantes pour les justiciables, n’ont pas encore suscité la moindre rectification de leur position¹²⁷⁴.

Réticence, enfin, parce que le droit international privé colombien contient déjà, notamment en matière contractuelle¹²⁷⁵, les éléments nécessaires pour l’adoption tant d’une approche différente que de solutions plus adaptées aux situations internationales.

Dans ces conditions, il était difficile d’aborder un sujet précis, tel que la détermination du droit applicable au contrat, sans mener auparavant une analyse d’ensemble. En effet, bien que la doctrine colombienne recommande depuis

¹²⁷² C’est la signification courante des mots qui seront mentionnés qui a été retenue.

¹²⁷³ *V. supra* chapitre I du titre I de la partie I.

¹²⁷⁴ *V. supra* chapitre II du titre I de la partie I.

¹²⁷⁵ *V. supra* chapitre I du titre I de la partie II.

longtemps l'admission de la désignation par les parties de la loi applicable au contrat international, la consécration de la liberté de choix de loi n'est pas encore une réalité en droit colombien. Cet immobilisme du droit international privé colombien est surprenant, mais s'explique par les données fondamentales sur lesquelles a été construit son système de résolution du conflit de lois.

496. Déconstruire pour mieux construire. – Il a donc été nécessaire de commencer par déconstruire le droit international privé colombien, particulièrement en matière contractuelle, non pas dans le but de détruire, mais plutôt dans celui de mieux appréhender le système lui-même, ses caractéristiques et les solutions retenues pour les contrats internationaux, et, dans un second temps, de montrer la voie vers un système qui serait davantage enclin à tenir compte des spécificités des situations internationales.

497. « Débroussailler » le terrain. – En matière contractuelle, l'analyse du droit colombien a montré que le conflit de lois est résolu à l'aide de plusieurs méthodes¹²⁷⁶. La règle de conflit traditionnelle est la méthode principale et est consacrée dans la majorité des conventions internationales en vigueur et dans la jurisprudence de la Cour suprême de justice. Il s'agit d'une méthode *in abstracto*, car la désignation de la loi du contrat est fonction des anciens critères de rattachement : le lieu de conclusion et d'exécution du contrat, sans égard aux particularités de chaque espèce¹²⁷⁷. Néanmoins, certaines décisions de la jurisprudence constitutionnelle peuvent être analysées comme mettant en œuvre des méthodes *in concreto*. En effet, la Cour constitutionnelle tient parfois compte des points de contact d'un contrat avec différents ordres juridiques¹²⁷⁸. Cependant, les arrêts de cette Cour peuvent être rapprochés soit de la méthode proposée par le *Restatement Second* soit de la théorie de la localisation de Batiffol.

L'étude de ces méthodes, effectuée à l'aide du droit international privé comparé, a essentiellement servi à mettre en évidence leurs inconvénients. En effet, leur mise en

¹²⁷⁶ *V. supra* titre II de la partie I.

¹²⁷⁷ *V. supra* chapitre I du titre II de la partie I.

¹²⁷⁸ *V. supra* chapitre II du titre II de la partie I.

œuvre aboutit souvent à des résultats imprévisibles et, parfois, inopportuns, autant au regard de l'objectif localisateur qu'elles poursuivent que des intérêts des parties.

498. Optimiser les ressources. – Cependant, l'étude des méthodes *in abstracto* et *in concreto* de détermination de la loi applicable au contrat a montré que ces méthodes pouvaient jouer un rôle dans le règlement du conflit de lois en matière contractuelle. Ainsi, la loi du lieu de conclusion du contrat et celle du lieu d'exécution devraient être appliquées dans certains hypothèses, tandis que le critère du lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique peut servir de rattachement de la règle de conflit applicable à défaut de choix. L'idée de proximité, commune au *Restatement Second* et à la théorie de la localisation, peut enfin intervenir à titre de correctif du choix des parties. Ces rôles doivent toutefois demeurer secondaires.

499. Jeter la base d'un nouveau système. – Le droit international privé comparé propose une solution alternative particulièrement adaptée à la matière contractuelle : la désignation par les parties de la loi du contrat¹²⁷⁹. Dépourvue des inconvénients des autres méthodes, la liberté de choix de la loi applicable s'est érigée en solution de principe dans la plupart des pays. Depuis les années 50, les institutions internationales la promeuvent également. Actuellement, la possibilité de choisir la loi applicable est consacrée dans des nombreux instruments régionaux et internationaux et gagne du terrain même dans les pays traditionnellement rétifs¹²⁸⁰.

En droit colombien, la liberté de choix est une étape de transition. Elle a déjà été introduite pour certains contrats et en matière d'arbitrage international, mais la jurisprudence n'en a pas encore fait la solution de principe ; l'approche publiciste en est en partie responsable. Néanmoins, l'analyse d'ensemble de l'ordre juridique colombien proposée ici permet d'envisager un profond changement¹²⁸¹. Le droit colombien reconnaît, en effet, une place cruciale à l'initiative privée sur le plan économique ; l'autonomie de la volonté des individus ne peut être limitée que pour des raisons d'ordre public et par une disposition expresse de la loi. En outre, l'État

¹²⁷⁹ *V. supra* chapitre I du titre I de la partie II.

¹²⁸⁰ *V. supra* chapitre II du titre I de la partie II.

¹²⁸¹ *V. supra* chapitre I du titre II de la partie II.

est obligé depuis l'adoption de la Constitution de 1991, d'œuvrer à l'internationalisation des relations économiques. Ces deux éléments constituent les fondements de la généralisation de la liberté de choix de la loi applicable ; celle-ci doit devenir la solution de principe du conflit de lois en matière contractuelle.

500. Construire le nouvel édifice. – Dans une perspective de renouvellement du conflit de lois en matière contractuelle, il n'est pourtant pas suffisant d'affirmer la nécessité d'étendre la possibilité de choisir la loi applicable. Il faut également, même si ce n'est qu'à titre prospectif, envisager la réglementation que le droit international privé colombien devrait donner à la liberté de choix¹²⁸². Pour ce faire, il fallait s'inspirer d'un modèle à la fois complet et innovateur et les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, rédigés spécifiquement dans ce but, ont constitué une source d'inspiration idéale. Ils ont fourni un guide des questions pratiques que toute réglementation du conflit de lois en la matière doit pouvoir affronter et souvent les réponses.

501. Ordre et liberté. – D'une manière plus générale, les analyses proposées ici ont été animées, en définitive, par l'intérêt de relancer les recherches en droit international privé colombien et par le souci de donner à cette matière un peu de l'ordre qui lui manque tant et à la liberté la place qui lui revient.

¹²⁸² *V. supra* chapitre II du titre II de la partie II.

ANNEXE

Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux

(approuvés le 19 mars 2015)

Préambule

1. Cet instrument énonce des principes généraux relatifs au choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux. Ils affirment le principe de l'autonomie de la volonté, sous réserve d'un nombre limité d'exceptions.
2. Ils peuvent servir de modèle pour des instruments nationaux, régionaux, supranationaux ou internationaux.
3. Ils peuvent être utilisés pour interpréter, compléter et élaborer des règles de droit international privé.
4. Ils peuvent être appliqués par des tribunaux étatiques ou arbitraux.

Article premier – Champ d'application des Principes

1. Ces Principes s'appliquent au choix de la loi applicable aux contrats internationaux lorsque chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession. Ils ne s'appliquent pas aux contrats de consommation ou de travail.
2. Aux fins de ces Principes, un contrat est international sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et si la relation des parties et tous les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État.
3. Ces Principes ne s'appliquent pas à la loi qui régit :
 - a) la capacité des personnes physiques ;
 - b) les accords d'arbitrage et les accords d'élection de for ;

- c) les sociétés ou autres groupements et les trusts ;
- d) l'insolvabilité ;
- e) les effets des contrats sur la propriété ;
- f) la question de savoir si un intermédiaire peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir.

Article 2 – Liberté de choix

1. Un contrat est régi par la loi choisie par les parties.
2. Les parties peuvent choisir :
 - a) la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat ;
 - b) différentes lois pour différentes parties du contrat.
3. Le choix peut être fait ou modifié à tout moment. Les choix ou modifications opérés après la conclusion du contrat ne portent pas atteinte à sa validité formelle ni aux droits des tiers.
4. Aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur transaction.

Article 3 – Règles de droit

Les parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement.

Article 4 – Choix exprès ou tacite

Le choix de la loi applicable, ou toute modification du choix de la loi applicable, doit être exprès ou résulter clairement des dispositions du contrat ou des circonstances. Un accord entre les parties visant à donner compétence à un tribunal étatique ou arbitral pour connaître des différends liés au contrat n'est pas en soi équivalent à un choix de la loi applicable.

Article 5 – Validité formelle du choix de la loi applicable

Le choix de la loi applicable n'est soumis à aucune condition de forme, sauf convention contraire des parties.

Article 6 – Accord sur le choix de la loi applicable et conflit de conditions générales (battle of forms)

1. Sous réserve du paragraphe 2 :

a) la loi réputée faire l'objet de l'accord détermine s'il y a un accord des parties sur le choix de la loi applicable ;

b) si les parties ont eu recours à des conditions générales qui désignent deux lois différentes mais qu'en vertu de ces lois les mêmes conditions générales prévalent, la loi désignée par les conditions générales qui prévalent s'applique ; si en vertu de ces lois, des conditions générales différentes prévalent, ou si en vertu de l'une de ces lois, ou de ces deux lois, il n'y a pas de conditions générales qui prévalent, alors il n'y a pas de choix de la loi applicable.

2. La loi de l'État dans lequel est situé l'établissement d'une partie détermine si cette partie a consenti au choix de la loi applicable lorsqu'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable d'apprécier ce consentement selon la loi prévue au paragraphe 1.

Article 7 – Séparabilité

Le choix de la loi applicable ne peut être contesté au seul motif que le contrat auquel il s'applique n'est pas valable.

Article 8 – Exclusion du renvoi

Le choix de la loi applicable n'inclut pas les règles de droit international privé de la loi choisie par les parties, sauf si les parties conviennent expressément du contraire.

Article 9 – Champ d'application de la loi choisie

1. La loi choisie par les parties régit tous les aspects du contrat entre les parties, notamment :

- a) son interprétation ;
- b) les droits et obligations découlant du contrat ;
- c) l'exécution du contrat et les conséquences de son inexécution, y compris l'évaluation des dommages et intérêts ;
- d) les divers modes d'extinction des obligations, les prescriptions et déchéances fondées sur l'expiration d'un délai ;
- e) la validité et les conséquences de la nullité du contrat ;
- f) la charge de la preuve et les présomptions ;
- g) les obligations précontractuelles.

2. Le paragraphe 1 e) n'exclut pas l'application de toute autre loi applicable établissant la validité formelle du contrat.

Article 10 – Cession de créances

Dans le cas de la cession contractuelle d'une créance détenue par un créancier envers un débiteur en vertu du contrat qui les lie :

- a) si les parties au contrat de cession de créance ont choisi la loi régissant leur contrat, cette loi régit les droits et obligations mutuels du créancier et du cessionnaire découlant de leur contrat ;
- b) si les parties au contrat entre le débiteur et le créancier ont choisi la loi régissant leur contrat, cette loi régit :
 - i) l'opposabilité de la cession de créance au débiteur ;
 - ii) les droits du cessionnaire envers le débiteur ;
 - iii) le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

Article 11 – Lois de police et ordre public

1. Ces Principes n'empêchent pas un tribunal étatique d'appliquer les lois de police du for, quelle que soit par ailleurs la loi choisie par les parties.

2. La loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération les lois de police d'une autre loi.
3. Un tribunal étatique ne peut écarter l'application d'une disposition de la loi choisie par les parties que si et dans la mesure où elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec des principes fondamentaux de l'ordre public du for.
4. La loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération l'ordre public d'un État dont la loi serait applicable à défaut de choix.
5. Ces Principes n'empêchent pas un tribunal arbitral d'appliquer ou de prendre en considération l'ordre public, ou d'appliquer ou de prendre en considération les lois de police d'une loi autre que celle choisie par les parties, si le tribunal arbitral a le devoir ou le pouvoir de le faire.

Article 12 – Établissement

Aux fins de ces Principes, si une partie a plus d'un établissement, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat au moment de sa conclusion.

BIBLIOGRAPHIE

A. OUVRAGES GENERAUX ET MANUELS

1. COLOMBIE

- ÁLVAREZ LONDOÑO (L. F.), GALÁN BARRERA (D. R.), *Derecho internacional privado*, Pontificia Univ. Javeriana, 2005.
- CAICEDO CASTILLA (J. J.), *Derecho internacional privado*, 6^e éd., Univ. Nacional de Colombia, 1967.
- CHAMPEAU (E.), URIBE (A. J.), *Tratado de derecho civil colombiano*, L. Larose, 1899
- COCK ARANGO (A.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 4^e éd., Univ. Nacional de Colombia.
- GAMBOA MORALES (N.), *Apuntes sobre arbitraje internacional*, Centro Editorial Rosarista, 2006.
- HERRÁN MEDINA (Á.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Temis, 1959.
- HINESTROSA (F.), *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, Univ. Externado de Colombia, 2015.
- LECOMPTE LUNA (Á.), *Esquema de Derecho Internacional Privado*, Temis, 1979.
- MANTILLA REY (R.), *Apuntes de Derecho Internacional Privado. Parte general*, 2^e éd., Temis, 1982.
- MARÍN FUENTES (J. L.), *Derecho internacional privado*, Univ. de Medellín, 2014.
- MONROY CABRA (M. G.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 7^e éd., Temis, 2016.
- RESTREPO HERNÁNDEZ (J.), *Derecho Internacional Privado*, Imp. De la luz, 1914.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (M.), *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Univ. Externado de Colombia, 2009.
- SUESCÚN MELO (J.), *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, 2^e éd., Legis, 2003.

2. FRANCE

- ANCEL (B.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006.
- AUDIT (B.), D'AVOUT (L.), *Droit International Privé*, 7^e éd. refondue, Economica, 2013.
- BARTIN (E.), *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Éditions Domat-Montchrétien, 1930.
- BATIFFOL (H.), LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, t. I, 8^e éd., L.G.D.J, 1993, t. II, 7^e éd., L.G.D.J, 1983.
- BUREAU (D.), MUIR-WATT (H.), *Droit international privé*, 2 t., 3^e éd., PUF, 2014.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Quadrige, 2004.
- COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 12^e éd., L.G.D.J, 2016.
- DAVID (R.), *Le droit français*, t. I, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1960.
- GAILLARD (E.), SAVAGE (J.) (éds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.

- GAMBARO (A.), SACCO (R.), et VOGEL (L.),** *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, L.G.D.J. Lextenso éditions, 2011.
- GHESTIN (J.),** *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., L.G.D.J., 1993.
- JACQUET (J.M.), DELEBECQUE, (P.), CORNELOUP (S),** *Droit du commerce international*, 3^e éd., Dalloz, 2015.
- LAINE (A.),** *Introduction au droit international privé*, 2 tomes, Lib. Cotillon, F. Pinchon, successeur, 1888, 1892, (réimp. Glashütten im Taunus : Verlag Detlev Auvermann KG, 1970).
- LAITHIER (Y.-M.),** *Droit comparé*, Dalloz, 2009.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.) et LOUSSOUARN (Y.),** *Droit international privé*, 8^e éd., Dalloz, 1962, n° 397.
- LOUSSOUARN (Y), BOUREL (P.), VAREILLES-SOMMIERES (P. de),** *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, 2013.
- MAYER (P.), HEUZE (V.),** *Droit international privé*, 11^e éd., L.G.D.J., 2014.
- NIBOYET (J.-P.),** *Traité de droit international privé*, Librairie du Recueil Sirey, 1948.
- NIBOYET (M.-L.), DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G),** *Droit international privé*, 4^e éd., L.G.D.J., 2015.
- PILLET (A.),** *Traité pratique de droit international privé*, t. I et II, Librairie du Recueil Sirey, 1923.
- ROUSSEAU (C.),** *Droit international public*, Librairie du Recueil Sirey, 1953.
- SAVATIER (R.),** *Cours de droit international privé*, 2 éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953.
- SERAGLINI (C.), ORTSCHIEDT (J.),** *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013.
- TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.),** *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013.

3. AUTRES PAYS

- BELLO (A.),** *Principios de derecho internacional*, Librería de Garnier Hnos., 1873.
- MORRIS (J. H. C.) et al.,** *Dicey and Morris on the conflicts of laws*, 8^e éd., Stevens & Sons Limited, 1967.
- POUDRET (J.-F.), BESSON (S.),** *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, L.G.D.J., Bruylant, 2002.
- SAMTLEBEN (J.),** *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código de Bustamante*, Carlos Bueno-Guzmán (trad.), Depalma, 1983.
- SAVIGNY (F.-C. v.),** *Traité de droit romain*, Ch. Genoux (trad.), Univ. Panthéon-Assas (Paris II), 2002.

B. OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THESES, COURS, TRAVAUX COLLECTIFS, ENTREES D'ENCYCLOPEDIE

1. COLOMBIE

- ALJURE SALAME (A.),** *El contrato internacional*, Legis, 2011.
- CARVAJAL SANCHEZ (B. A.),** *Le principe de dignité de la personne humaine en droit public colombien et français*, Thèse dactyl., Paris I, 2011.
- SOTOMONTE MUJICA (D. R.),** *Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia*, Univ. Externado de Colombia, 2009.

URRUTIA (F. J.), « La codification du droit international en Amérique », *RCADI* 1928, t. 22, p. 81.

YEPES (J. M.), « La contribution de l'Amérique Latine au développement du droit international public et privé », *RCADI* 1930, t. 32, p. 691.

2. FRANCE

ANCEL (B.), *Histoire du Droit international privé*, Cours dactyl., Panthéon-Assas (Paris II), 2008.

ANCEL (M.-É.), *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002.

AUDIT (B.), « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI* 2003, t. 305.

- « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la "crise" des conflits de lois) », *RCADI* 1984, t. 186, p. 219.

AVOUT (L. D'), *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *Economica*, 2006.

BART (J.), *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXe siècle*, Montchrestien, 1998.

BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002.

- *Les conflits de lois en matière de contrats. Étude de droit international privé comparé*, Librairie du Recueil Sirey, 1938.
- « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », *RCADI* 1967 t. 120, 1967, p. 165-190.

BOSKOVIC (O.), v° « Règlement Rome II (Obligations non contractuelles) », *Rép. dr. int.*

BRIERE (C.), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, L.G.D.J., 2001.

BUREAU (D.), *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse dactyl., Paris II, 1992.

CALEB (M.), *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé*, Recueil Sirey, 1927.

CASTETS-RENARD (C.), v° « Commerce électronique », *Rép. dr. eur.*

COIPEL-CORDONNIER (N.), *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, L.G.D.J., 1999.

CORBION (L.), *Le déni de justice en droit international privé*, PUAM, 2004.

CORNELOUP (S.) et JOUBERT (N.) (dirs.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, LexisNexis, Litec, CREDIMI, 2011.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 8 éd., Paris : PUF/Quadrige, 2007.

DELAPORTE (V.), *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse dactyl., Paris I, 1974.

FLORY (M.), v° « Souveraineté », *Rép. dr. int.*

FRANCQ (S.), v° « Règlement Rome I (Obligations contractuelles) », *Rev. dr. int.*

GAUDEMET-TALLON (H.), v° « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement "Rome I" du 17 juin 2008 – Détermination de la loi applicable – Domaine de la loi applicable », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 552-15

GOTHOT (P.), LAGARDE (P.), v° « Conflits de lois (Principes généraux) », *Rép. dr. int.*

GRUBER-MAGITOT (S.), *Les conflits de coutumes en matière des contrats dans la jurisprudence des parlements de Dumoulin au Code civil*, PUF, 1980.

GUILLAUME (J.), *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, L.G.D.J., 2011.

GUTZWILLER (M.), « Le développement historique du droit international privé », *RCADI* 1929 t. 29, p. 287-400.

HAFTTEL (B.), *La notion de matière contractuelle en droit international privé. Étude dans le domaine du conflit de lois*, Thèse dactyl., Paris II, 2008.

HANOTIAU (B.), *Le droit international privé américain*, L.G.D.J., Bruylant, 1979.

- HEUZE (V.)**, *La réglementation française des contrats internationaux*, GLN-Joly, 1990.
- HOLLEAUX (D.)**, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970.
- JACQUET (J.-M.)**, *Le contrat international*, Dalloz, 1992.
- *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, 1983.
 - v° « Contrats », *Rep. dr. int.*
- JEAUNEAU (A.)**, *L'ordre public en droit national et en droit de l'union européenne. Essai de systématisation*, Thèse dactyl. Paris I, 2015.
- KESSEDIAN (C.) et COHEN ELBAZ (S.)**, v° « Contrats de distribution – Introduction générale – Droit international privé » *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 571-20.
- LAGARDE (P.)**, « La notion de réciprocité en droit international privé », *RCADI* 1977, t. 154, p. 103.
- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, t. 196.
 - v° « Ordre public international », *Rep. dr. int.*
- LAZOUZI (M.)**, *Les contrats administratifs à caractère international*, Economica, 2008.
- LEBEN (C.)**, v° « Ordre juridique », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dirs.), Quadriage/Lamy-PUF, 2003, p. 1113.
- LEMAIRE (S.)**, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, L.G.D.J., 2005.
- LEQUETTE (Y.)**, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz, 1976.
- LEVY (J.-P.) et CASTALDO (A.)**, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010.
- MAILHE (F.)**, *L'organisation de la concurrence internationale des juridictions. Le droit de la compétence internationale face à la mondialisation économique*, Thèse dactyl. Paris II, 2013.
- MAYER (P.)**, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973.
- v° « Lois de police », *Rev. dr. int.*
 - « Phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, 2007 t. 327.
- MAULIN (É.)**, v° « Souveraineté », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dirs.), Quadriage/Lamy-PUF, 2003, p. 1434.
- MORVAN (P.)**, v° « Principes », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dirs.), Paris : Quadriage/Lamy-PUF, 2003, p. 1201-1204.
- MUIR-WATT (H.)**, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse dactyl., Paris II, 1985.
- NIBOYET (J.-P.)**, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI* 1927 t. 16.
- OSMAN (F.)**, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, L.G.D.J., 1992.
- OURLIAC (P.) et GAZZANIGA (J.-L.)**, *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil*, Albin Michel, 1985.
- PATAUT (É.)**, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions. Étude de droit international privé*, L.G.D.J., 1999.
- PENIN (O.)**, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, L.G.D.J., 2012.
- RANOUIL (V.)**, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.
- RACINE (J.-B.)**, « Arbitrage commercial international. – Convention d'arbitrage. – Forme et preuve », *J. Cl. dr. int.*, Fasc. 585-60.
- REMY (B.)**, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. Pierre Mayer, Dalloz, 2008.
- ROCHFELD (J.)**, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011.
- SAINT-BONNET (F.)**, « Loi », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dirs.), Paris : Quadriage/Lamy-PUF, 2003, p. 959.
- SERRAND (P.)**, « Réciprocité », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dirs.), Paris : Quadriage/Lamy-PUF 2003, p. 1299.
- SYNVET (H.)**, v° « Société », *Rep. dr. int.*

- TRAIN (F.-X.) JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)**, v^o « Ordre public international – Notion d'ordre public en droit international », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 534-1.
- SINDRES (D.)**, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, L.G.D.J., 2008.
- USUNIER (L.)**, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008.
- VAREILLES-SOMMIERES (P. DE)**, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, p. 153.
- *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, préf. P. Mayer, L.G.D.J., 1997.

3. AUTRES PAYS

- AGO (R.)**, « Règles générales des conflits des lois », *RCADI* 1936, t. 58, p. 243-469.
- ALBORNOZ (M. M.)**, *Choice of Law in International Contracts in Latin America Legal Systems*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2009. (Documents de Travail du CIDE, n^o 36)
- *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*, Thèse dactyl., Paris II, 2006.
- ARRUE MONTENEGRO (C. A.)**, *L'autonomie de la volonté dans les conflits de juridictions*, préf. B. Ancel, L.G.D.J., 2011.
- BASEDOW (J.)**, « The Law of Open Societies : Private Ordering and Public Regulation of International Relations », *RCADI*, 2013, t. 360.
- BOGGIANO (A.)**, « The contribution of The Hague conference to the development of private international law in Latin America », *RCADI* 1992, t. 233, p. 99-266.
- BREWER CARÍAS (A. R.)** (dir.), *Derecho comunitario andino*, Pontificia Univ. Católica del Perú, 2003,
- BRILMAYER (L.)**, « The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules », *RCADI*, 1995, t. 252.
- CARLIER (J.-Y.)**, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992.
- CAVERS (D. F.)**, « Contemporary conflicts law in american perspective », *RCADI*, 1970 t. 131, p. 75-308.
- CURTI GIALDINO (A.)**, « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI* 1972 t. 137.
- DIAMOND (A. L.)**, « Harmonization of private international law relating to contractual obligations », *RCADI*, 1986, t. 199, p. 233-312.
- EEK (H.)**, « Peremptory norms and private international law », *RCADI*, 1973, t. 139.
- ESPLUGUES MOTA (C.)**, **HARGAIN (D.)** et **PALAO MORENO (G.)** (dirs.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Edisofer, Editorial B de F, 2008.
- FRESNEDO DE AGUIRRE (C.)**, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Fundación de cultura universitaria, 1991.
- GIULIANO (M.)**, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis », *RCADI*.1977, t. 158 p. 183-270.
- JAYME (E.)**, « Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé », *RCADI* 1982, t. 177.
- KANT (E.)**, *Métaphysique des mœurs*. Première partie. Doctrine du droit, Alexandre Philonenko (trad.), J. Vrin, 2011.
- KAY (H. H.)**, « A defense of Currie's governmental interest analysis », *RCADI*, 1989 t. 215.
- KEGEL (G.)**, « The crisis of conflict of laws », *RCADI*, 1964, t. 112, p. 91-268.
- KELSEN (H.)**, *Théorie générale du droit et de l'État*, Bruylant, L.G.D.J., 1997.

- KOHLER (C.)**, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *RCADI* 2012, t. 359, p. 285.
- LANDO (O.)**, « The conflict of laws of contracts. General principles », *RCADI* 1984 t. 189, p. 225-448.
- MEIJERS (E. M.)**, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge, spécialement dans l'Europe occidentale », *RCADI*, 1934, t. 49, p. 543-686.
- *Études d'histoire du droit international privé*, Pierre-Clément TIMBAL, Josette METMAN (trads.), C.N.R.S., 1967.
- MIERLO (A. I. M. V.) et HOEBEKE (B. R. D.)**, « The Netherlands » in *Enforcement of Money Judgments*, L. W. Newman (éd.), Juris, 2010, p. NET-6.
- MILLS (A.)**, *The confluence of public and private international law*, Cambridge University Press, 2009.
- MOSCONI (F.)**, « Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules », *RCADI*, 1989, t. 217, pp. 9-214.
- NYGH (P. E.)**, *Autonomy in international contracts*, Clarendon Press, 1999.
- « The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort », *RCADI* 1995, t. 251, p. 269.
- PARRA-ARANGUREN (G.)**, « Recent developments of conflict of laws conventions in Latin America », *RCADI* 1979, t. 164, p. 55.
- PEREZNIETO CASTRO (L.)**, « La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays de l'Amérique latine », *RCADI*, 1985, t. 190, p. 271-400.
- REESE (W. L. M.)**, « General course on private international law », *RCADI* 1976, t. 150.
- ROMANO (S.)**, *L'ordre juridique*, 2^e éd., Dalloz, 2002.
- SANTOS BELANDRO (R. B.)**, *Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado y su influencia sobre el derecho regional*, vol. I, Fundación cultura universitaria, 2015.
- *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, 2^e éd., Fundación de cultura universitaria, 1998.
- SCHNITZER (A. F.)**, « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *RCADI* 1968, t. 123, p. 541.
- STREIT (G.)**, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Grèce », *RCADI* 1927 t. 20.
- SYMEONIDES (S. C.)**, « The american choice-of-law revolution in the courts: today and tomorrow », *RCADI* 2002, t. 298.
- VISCHER (F. B.)**, « The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts », *RCADI*, 1974, t. 142.

C. ARTICLES, COMMUNICATIONS, CHRONIQUES, RAPPORTS

1. COLOMBIE

- ALJURE SALAME (A. A.)**, « Exequatur de providencias judiciales » in *Teoría general del derecho internacional privado*, L. V. García Matamoros, A. A. Aljure Salame (éds.), Legis, Univ. del Rosario, 2016, p. 419.
- « La ley aplicable a los contratos internacionales o con elementos extranjeros », *Los contratos en el derecho privado*, Legis, Univ. del Rosario, 2007, p. 351.
 - « La regla de conflicto en el contrato internacional », *Rev. der. priv. Andes*, 2000, n° 25, p. 47.

- BERNAL GUTIÉRREZ (R.),** « Las clases de arbitraje según la voluntad de las partes. El artículo 116 del Decreto 1818 de 1998 », *El contrato de arbitraje*, Legis, Univ. del Rosario, 2005, p. 203.
- CAMACHO RAMÍREZ (A.),** « Aspectos internacionales del contrato laboral en Colombia », in *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*, L. V. García Matamoros, A. A. Aljure Salame (éds.), Legis, 2016, p. 173-183.
- CANCINO RESTREPO (F.),** « El postulado de la autonomía de la voluntad », *Universitas*, n° 52, juin. 1977, p. 145.
- CARRANZA ÁLVAREZ (C.),** « Apuntes sobre la excesiva desproporción prestacional en el contrato. Una mirada a los Principios UNIDROIT », *IL RCDI*, 2004, n° 4, p. 379.
- CORTÁZAR MORA (J.),** « International Trade Disputes : does Colombia needs a little bit more of law ? », *IL RCDI*, 2004, n° 3, p. 293.
- ESPINOSA-QUINTERO (L.),** « El “elemento internacional” en materia de contratación, en el actual sistema jurídico colombiano. Contribución para su discusión », *Estudios sobre el derecho de los contratos internacionales*, Univ. Sergio Arboleda, 2010, p. 109.
- FERNÁNDEZ ROJAS (G.),** « Francia : seguridad jurídica y nueva política codificadora », *IL RCDI*, 2004, n° 4, p. 147.
- GAVIRIA GIL (J. A.),** « El enigma de la ausencia de casos sobre CISG en Colombia », *IL RCDI*, v.13, n.26, 2015, p. 249.
- GIL ECHEVERRY (J.H.),** « El pacto arbitral y la exclusión de la ley sustantiva nacional », in *Negocios internacionales. Tendencias, contratos e instrumentos*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, p. 517.
- GUTIÉRREZ CASTILLO (V. L.),** « El orden público en el derecho internacional privado » in *Teoría general del derecho internacional privado*, L. V. García Matamoros, A. A. Aljure Salame (éds.), Legis, Univ. del Rosario, 2016, p. 125.
- HOLGUÍN HOLGUÍN (C.),** « La noción de orden público en el derecho internacional privado », *El derecho de los negocios internacionales. Libro homenaje a Enrique Low Murtra*, Univ. Externado de Colombia, 1991, p. 405.
- LEÓN ROBAYO (É. I.),** « Los principios del derecho comercial internacional » in *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*, L. V. García Matamoros, A. A. Aljure Salame (éds.), Legis, Univ. del Rosario, 2016, p. 5.
- MANTILLA SERRANO (F.),** « El arbitraje internacional » in *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*, L. V. García Matamoros, A. A. Aljure Salame (éds.), Legis, 2016, p. 187.
- MEDINA CASAS (H. M.),** « La ley aplicable al contrato », *Los contratos en el derecho privado*, Legis, Univ. del Rosario, 2007, p. 371.
- « Ley aplicable a las garantías internacionales », *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga*, Editorial Univ. del Rosario, 2009, p. 1006.
- MONTOYA MATEUS (F.),** « La voluntad fundamento del negocio jurídico », *Rev. der. priv. UEC*, n° 5, p. 73.
- MORENO ORTIZ (L. J.),** « El origen privado del derecho: una aproximación a la autonomía de la voluntad », *RACJ*, n° 340, 2009, p. 63.
- NAVIA ARROYO (F.),** « La teoría de los estatutos y el código civil », *Estudios de derecho privado. Homenaje al Externado en su centenario*, Univ. Externado de Colombia, 1986, p. 121.
- OVIEDO ALBÁN (J.),** « Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios », *IL RCDI*, 2009, n° 14, p. 191.
- « Lex mercatoria », *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*, L. V. García Matamoros, A. A. Aljure Salame (éds.), Legis, Univ. del Rosario, 2016, p. 19.
 - « Los principios Unidroit para los contratos comerciales internacionales. Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado », *Universitas*, 2000, n° 100, p. 121.

- « Unidroit principles as rules applicable to international contracts: with regard to the Colombian Supreme Court of Justice's ruling on 21 February 2012 », *Rev. dr. unif.*, 2014, vol. 19, p. 106.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (M.), BONILLA (F. A.) et FRANCO ZARATE (J. A.), « Régimen jurídico aplicable al contrato internacional : la internacionalidad del contrato », *Revist@ e-Mercatoria* (Univ. Externado de Colombia), 2007, vol. 6, n° 2, p. 1.

RODRÍGUEZ MEJÍA (M.), « Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012 », *Rev. Der. Priv. UEC* 2012. 23, p. 379.

SALAZAR (J. C.), « La unificación del derecho internacional privado en América : Aspectos Históricos », *Rev. Der. Priv.* (Univ. de Los Andes), 1993, vol. VII, n° 12 (mai 1993), p. 97.

SILVA ROMERO (E.), « La "jurisprudencia arbitral" de la Cámara de Comercio Internacional en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales de distribución. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano », *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, t. I, Univ. Externado de Colombia, 2003, p. 313.

TORO FAJARDO (M. DEL P.), « La autonomía privada y su incidencia en la escogencia de la ley aplicable al contrato internacional », *Negocios internacionales. Tendencias, contratos e instrumentos*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, p. 533.

VELILLA MORENO (M. A.), « Estructura básica del derecho de los negocios internacionales », *El derecho de los negocios internacionales. Libro homenaje a Enrique Low Murtra*, Univ. Externado de Colombia, 1991, p. 23.

ZAPATA DE ARBELÁEZ (A.), « Colombia », *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, C. Esplugues Mota, D. Hargain, G. Palao Moreno (dirs.), Edisofer ; Editorial B de F, 2008, p. 205.

- « El régimen internacional de los contratos internacionales en Colombia », *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, t. III, Univ. Externado de Colombia, 2009, p. 13.
- « Ley aplicable al fondo del litigio y al procedimiento en el arbitramento internacional », *Rev. der. priv. UEC*, n° 4 (juillet 1998 – décembre 1999), p. 88.
- « Validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción en la contratación internacional. Perspectiva de derecho colombiano », *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, t. I, Univ. Externado de Colombia, 2003, p. 357.

ZULETA LONDOÑO (A.), « Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional : una visión desde el derecho internacional privado colombiano », *Rev. der. priv. Andes*, 2010, n° 44 (juillet-décembre 2010), p. 2.

2. FRANCE

ALEXANDRE (D.), « Les effets des jugements étrangers indépendants de l'exequatur », *TCFDIP, Années 1975-1977*, Éd. CNRS, 1979, p. 51.

ALLAND (D.), RIALS (S.) (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF /Quadrige, 2003.

ANCEL (B.) et MUIR WATT (H.), « Annotations sur la Consultation 53 de Du Moulin traduite en français », *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 1.

ANCEL (B.), « Auctoritate rationis. Le droit savant du contrat international », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 265-288.

- « Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional en los convenios de Roma y de México », *AEDIPr*, t. II, 2002, p. 33.
- « Destinées de l'article 3 du civil », *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 1-18.

- « Droit international privé », *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dirs.), Quadriège/Lamy-PUF, 2003, p. 491-497.
- ANCEL (M.-É.)**, « Juridiction compétente et loi applicable dans le commerce électronique », *RLDI* 2010, n° 63.
- AUBRY (J.)**, « De la notion de territorialité en droit international privé », *JDI*, 1900, p. 689-704 ; *JDI* 1901, p. 253-273 ; *JDI* 1901, p. 643-671 ; *JDI* 1902, p. 209-243.
- AUDIT (B.)**, « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *TCFDIP, Journée commémorative du cinquantenaire*, Éd. CNRS, 1988, p. 57-75.
 - « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 13-29, spéc. 15.
 - « Le second "Restatement" du conflit de lois aux États-Unis », *TCFDIP, 1977-1979*, Paris : Éd. CNRS, 1980, p. 29-47.
- BATIFFOL (H.)**, « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, L.G.D.J., 1976, p. 265-269.
 - « La capacité de contracter », *TCFDIP, 1934 : 1^{re} année*, Librairie Dalloz, 1935, p. 21-66.
 - « Le profit qu'on peut tirer en France des règles américaines de solution des conflits de lois sur les contrats », *TCFDIP, 1937-1938 : 5^e année*, Librairie Dalloz, 1939, p. 48.
 - « Le rôle de la volonté en droit international privé », *APD*, Sirey, 1957, p. 71.
 - « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, L.G.D.J., 1976, p. 265.
 - « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, L.G.D.J., 1976, p. 249.
 - « Sur la signification de la loi désignée par les contractants », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, L.G.D.J., 1976, p. 271.
 - « Unilatéralisme et contrats en droit international privé », *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, Librairie de l'université Georg & Cie., 1979, p. 7.
- BELLET (P.)**, **MEZGER (E.)**, « L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile », *Rev. crit. DIP* 1981.611.
- BUREAU (D.)**, « Les conflits de conventions », *TCFDIP, Années 1998-1999 1999-2000*, Éditions Pedone, 2001, p. 201-234.
- CELLURALE (M. T.)**, « *Locus e ius*: observaciones sobre espacio y sistema a la luz del derecho romano », *Revista de derecho privado* (Univ. Externado de Colombia), 2009, n° 16, p. 31-48.
- Conférence de la Haye en droit international privé**, Travaux préliminaires sur les principes de La Haye¹²⁸³ :
 - « Conclusions de la commission spéciale du 3 au 5 avril 2006 sur les affaires générales et la politique de la conférence », *Document préliminaire n° 11 de juin 2006* à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.
 - « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux. Rapport sur les travaux effectués et conclusions préliminaires », *Document préliminaire n° 22 A de mars 2007* à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.
 - « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux. Aperçu et analyse des instruments existants », *Document préliminaire*

¹²⁸³ Tous les documents de la Conférence de La Haye sont disponibles sur www.hcch.net.

n° 22 B de mars 2007 à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.

- « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux. Le contexte de l'arbitrage international », *Document préliminaire n° 22 C de mars 2007* à l'intention du Conseil d'avril 2007 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.
- « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Rapport sur les travaux effectués et conclusions », *Document préliminaire n° 5 de février 2008* à l'intention du Conseil d'avril 2008 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.
- « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Rapport sur les travaux effectués et plan de travail suggéré pour l'élaboration d'un futur instrument », Note établie par le Bureau Permanent, *Document préliminaire n° 7 de mars 2009* à l'intention du Conseil de mars/avril 2009 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.
- « Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Rapport sur les travaux effectués et perspectives sur l'élaboration du futur instrument », Note établie par le Bureau Permanent, *Document préliminaire n° 6 de mars 2010* à l'intention du Conseil d'avril 2010 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.
- « Rapport de la deuxième réunion du groupe de travail sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux, du 15 au 17 novembre 2010 ».

DEUMIER (P.), « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », *D.* 2008. 494.

FAUVARQUE-COSSON (B.), **DEUMIER (P.)**, « Un nouvel instrument du droit souple international », *D.* 2013. 2185.

- « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.* 2007. 96.
- « La Société de législation comparée dans le xxie siècle », in *Le droit comparé au xxie siècle. Enjeux et défis. Journées internationales de la Société de législation comparée*. 8-9 avril 2015, P. 19-34.
- « Le choix d'un instrument optionnel en droit européen des contrats » in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, S. Corneloup, N. Joubert (dirs.), p. 137.

FOYER (J.), « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 169.

FRANCO (S.), « Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... », *JDI* 2009.41.

FRANESKAKIS (P.), « Effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur », *TCFDIP, 1946-1947 et 1947-1948 : 8^e et 9^e année*, Librairie Dalloz, 1951, p. 129.

- « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 1-18.

GANNAGE (L.), « Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal-aimé », *Le Monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 417-440.

GIARDINA (A.), « Les Principes Unidroit sur les contrats internationaux », *JDI* p. 547-558.

HAFTTEL (B.), « Pour en finir avec le cercle vicieux du principe d'autonomie (ou presque) », *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit - Les relations privées internationales*, L.G.D.J., 2014, p. 409.

- HAHN (C.),** « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II. L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *TCFDIP* 2006-2008, p. 187-196, spéc. 191.
- HEBRAUD (P.),** « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 205-258.
- HENRY (M.),** « Arbitrage Tapie : Les affres d'un préjudice moral immoral », *Bull. ASA*, 2016, vol. 34, n° 1, p. 207-231.
- HEUZE (V.),** « La notion de contrat en droit international privé », *TCFDIP*, 2000, p. 319.
- « La volonté en droit international privé », *Droits.*, 1999, n° 28, p. 113-127.
 - « Validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de consommation », *Rev. crit. DIP* 1998 p. 87.
- JACQUET (J.-M.),** « La théorie de l'autonomie de la volonté », in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, S. Corneloup, N. Joubert (dirs.), LexisNexis, Litec, CREDIMI, 2011, p. 1.
- « Rapport introductif », *RLDA* fév. 2002, n° 46 suppl., p. 5.
- JALUZOT (B.),** « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC* 2005, p. 29-48.
- JOUBERT (N.),** « Le choix tacite dans les jurisprudences nationales : vers une interprétation uniforme du règlement Rome I », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, S. Corneloup, N. Joubert (dirs.), p. 229.
- LAGARDE (P.), TENENBAUM (A.),** « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 727.
- « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. priv. e proc.*, Padova : Edizioni Cedam, Anno XI, n° 4, octobre-décembre 1975, p. 649.
 - « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991. p. 287-340.
 - « La reconnaissance mode d'emploi », *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon ; vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 481.
 - « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP* 2006. 331.
- LEBOULANGER (P.),** « La notion d'« intérêts » du commerce international », *Rev. arb.* 2005.487.
- LOUIS-LUCAS (P.),** « La territorialité du droit et les tendances nouvelles en ce sens », *TCFDIP, 1934 : 1^{re} année*, Librairie Dalloz, 1935, p. 13-19.
- MAYER (P.),** « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 1-33, 349-388 et 537-583.
- « Faut-il distinguer arbitrage interne et arbitrage international ? », *Rev. arb.* 2005.361-374.
 - « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547-573.
 - « Réflexions sur la notion de contrat international », *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Peter Gauch, Franz Werro, Pascal Pichonnaz (eds.), Schulthess, 2008, p. 873-881.
 - « Rétractation, par la cour d'appel saisie d'un recours en révision, d'une sentence entachée de fraude, rendue dans un arbitrage qualifié d'interne », *Rev. arb.* 2015.861-869.
- MOTULSKY (H.),** « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. I, : Librairie Dalloz & Sirey, 1960, p. 337-375.
- NIBOYET (J.- P.),** « L'universalité des règles de solution des conflits est-elle réalisable sur la base de la territorialité ? », *Rev. crit. DIP*, 1950, p. 509-527.
- NOURISSAT (C.),** « Le dépeçage » in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, S. Corneloup, N. Joubert (dirs.), p. 205-219.

- OPPETIT (B.)**, « Les principes généraux en droit international privé », *Archives de philosophie du droit, Le droit international*, t. 32, Sirey, 1987, p. 179-187.
- OVERBECK (A. E. V.)**, « L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé » in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 619-636.
- PATAUT (É.)**, « De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 661-695.
- PILLET (A.)**, « Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *JDI* 1896, p. 929-952.
- PONTHOREAU (M.-C.)**, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 2005, p. 7-27.
- TUSSEAU (G.)**, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" » in *RFDA*, Dalloz, 2009, p. 641-918.
- VAREILLES-SOMMIERES (P. DE)**, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats » in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, L.G.D.J., 2015, p. 869-885.
- VERHOEVEN (J.)**, « Droit international public et droit international privé : où est la différence ? », *Archives de philosophie du droit, Le droit international*, t. 32, Sirey, 1987, p. 23.

3. AUTRES PAYS

- Actas y Tratados celebrados por el congreso internacional Sud-Americano de Montevideo*, Oriental, 1889.
- ALBORNOZ (M. M.)**, « Choice of law in international contracts in Latin American legal systems », *J. Priv. Int. L.*, vol. 6, 2010, p. 23.
- AZZI (T.)**, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », *D.* 2008.2169.
- « La volonté tacite en droit international privé », *TCFDIP* années 2010-2012, Pedone, 2013, p. 147-168, spéc. 161, n° 32.
- BONNICHON (A.)**, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Rev. crit. DIP*, 1949, p. 615 et 1950, p. 11.
- BUREAU PERMANENT DE LA CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE**, « Choix de la loi applicable aux contrats du commerce international : Des Principes de La Haye ? », *Rev. crit. DIP* 2010.83.
- COOK (W. W.)**, « An unpublished chapter of the logical and legal bases of the conflict of laws », *Ill. L. Rev.*, vol. 37, 1943, p. 418.
- EKELMANS (M.)**, « Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles » in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. I, Nemesis, 1986, p. 243.
- FABRES (J. C.)**, « Le droit international privé dans la législation du Chili », *JDI* 1887. 133, 291, 1888. 482.
- FERNANDEZ ARROYO (D.P.)**, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 178-186.
- GIULIANO (M.)**, « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis », *RCADI*, 1977, t. 158, p. 183-270.
- GIULIANO (L.) et YSSELT (L. S. V.)**, « Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles » *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1973, p. 198 et 260

- HAY (P.)**, « Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law. Reflections on current European and United States conflicts law », *RCADI*, 1991, t. 226, p. 281-412.
- JARAMILLO (F.)**, « Los servicios en la Comunidad Andina », *Derecho comunitario andino*, Lima: Pontificia Univ. Católica del Perú, 2003, p. 327-360.
- JUENGER (F. K.)**, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : some highlights and comparisons », *The American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, p. 381-393.
- MANCINI (P. S.)**, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI* 1874.221-239 et 285-304.
- MICHAELS (R.)**, « Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization », *Duke Law School Legal Studies, Research Paper Series*, Research paper n° 74, septembre 2005.
- MILLS (A.)**, « The private history of international law », *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, n° 55, p. 1-50.
- MORRIS (J. H. C.)**, « L'évolution récente du droit international privé anglais », *JDI* 1973.158-201.
- PEREZNIETO (C. L.)**, « Introducción a la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, n° 4, p. 765-776.
- PLATA LÓPEZ (L. C.) et YEPES CEBALLOS (D.)**, « Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas », *Rev. Der. U. Norte* 2009, p. 201.
- REESE (W. L. M.)**, « Choice of law: rules or approach », *Cornell L. Rev.*, vol. 57, 1972, p. 315.
- « The second Restatement of conflict of laws revisited », *Mercer L. Rev.*, vol. 34, 1983, p. 501.
- RHEINSTEIN (M.)**, « Comparative Law - Its Functions, Methods and Uses », *Ark. L. Rev.*, vol. 22, 1968, p. 415-425
- RIGAUX (F.)**, « La loi applicable à la forme des actes juridiques », *Liber amicorum Adolf F. Schnitzer*, Genève : Librairie de l'université Georg & Cie., 1979, p. 381-393.
- ROMANO (G. P.)**, « Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *Clunet* 2007.473-495.
- « Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice », *JDI* 2012, 59-92.
- RÜHL (G.)**, « Party Autonomy in the Private International Law of Contracts : Transatlantic Convergence and Economic Efficiency », in *Conflict of Laws in a Globalized World*, Eckart Gottschalk, Ralf Michaels et al. (éds.), Cambridge University Press, 2007, p. 153-183.
- SALMON (J.) (dir.)**, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001.
- Samtleben (J.), « El territorialismo de las leyes en América Latina », Primer Seminario Nacional de derecho internacional privado, UNAM, 1979, p. 171-209.
- « La relación entre derecho internacional público y privado en Andrés Bello », *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 14 (1982), p. 167-174.
- SCHNITZER (A. F.)**, « L'autonomie des parties en droit interne et en droit international », *Rev. crit. DIP* 1939, p. 243-266.
- STREIT (G.)**, « Le droit international privé en Grèce », *JDI* 1908.17.
- SYMEONIDES (S. C.)**, « Choice of law in the American courts in 2013 : Twenty-seventh annual survey », *American journal of comparative law*, vol. 62, 2014, p. 223.
- « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 2013. 807.

- « Material justice and conflicts justice in choice of law », *International conflict laws for the third millennium. Essays in honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley : Transnational publishers, 2001, p. 125-140.
- « The Hague principles on choice of law for international contracts : some preliminary comments », *American journal of comparative law*, vol. 61, 2013, p. 873-899 [61 Am. J. Comp. L. 873 (2013)]

TOLEDO (V.), « Los servicios de transporte en la Comunidad Andina », in *Derecho de la integración en la comunidad andina*, M. Tangarife Torres. Biblioteca Jurídica Diké, 2002p. 361-386.

VALLINDAS (P.-G.), « Le droit international privé dans le Code civil hellénique », *RIDC*, 1949.100.

VIGOTTI (F.), « Contratos internacionales : aspectos teóricos y prácticos », *Derecho internacional de los negocios. Alcances*, t. II, Univ. Externado de Colombia, 2003, p. 49.

D. LISTE DE DECISIONS CITEES

Suivant l'origine et la chronologie

1. COLOMBIE

COUR CONSTITUTIONNELLE

Const. T-425/92	Const. C-1189/00	Const. C-961/06
Const. C-477/92	Const. T-1189/00	Const. C-993/06
Const. C-504/92	Const. T-1736/00	Const. C-155/07
Const. C-562/92	Const. C-005/01	Const. T-271/07
Const. C-574/92	Const. T-281/01	Const. C-133/08
Const. C-049/93	Const. C-282/01	Const. C-750/08
Const. T-240/93	Const. T-283/01	Const. C-1194/08
Const C-276/93	Const. C-621/01	Const. T-490/09
Const. T-338/93	Const. C-836/01	Const. T-146/10
Const. C-048/94	Const. C-395/02	Const. C-228/10
Const. C-179/94	Const. C-615/02	Const. T-047/11
Const. T-291/94	Const. C-738/02	Const. C-186/11
Const. C-415/94	Const. C-204/03	Const. C-198/12
Const. C-418/95	Const. T-423/03	Const. C-618/12
Const. C-660/96	Const. T-468/03	Const. C-263/13
Const. C-442/96	Const. T-527/03	Const. C-435/13
Const. T-716/96	Const. C-527/03	Const. C-934/13
Const. C-242/97	Const. C-870/03	Const. C-947/14
Const. C-347/97	Const. C-936/03	Const. C- 148/15
Const. C-191/98	Const. C-249/04	Const. C-157/16
Const. C-400/98	Const. T-698/04	Const. C-184/16
Const. C-624/98	Const. C-865/04	Const. C -620/16
Const. C-768/98	Const. C-100/05	
Const. C-529/00	Const. T-557/05	
Const. C-269/00	Const. C-276/06	
Const. C-697/00	Const. T-549/06	
Const. T-1157/00	Const. T-953/06	

COUR SUPRÊME DE JUSTICE

- CSJ civ.15 décembre 1900, *Cuervo*, *GJ* t. XV, n° 748-749, p. 121.
CSJ civ.17 décembre 1902, *Camacho Roldán*, *GJ* t. XVI, n° 791-792, p. 49.
CSJ civ. 16 mai 1934, *GJ* t. XLI bis, n° 1895B.
CSJ civ. 29 octobre 1936, *GJ* t. XLIV, n°1918-1919, p. 455.
CSJ civ. 9 décembre 1936, *GJ* t. XLIV, n°1918-1919, p. 789.
CSJ plénière. 25 février 1937, *GJ* t. XLIV, n°1920-1921, p. 613.
CSJ civ. 23 mai 1938, *GJ* t. XLVI, n°1936, p. 523.
CSJ civ. 5 mars 1941, *GJ* t. LI, n° 1971-1972, p. 415-421.
CSJ civ. 3 décembre 1941, *GJ* t LII, n°1981, p 811
CSJ civ. 25 juillet 1944, *GJ* t. LVII, n° 2010-2014, p. 482.
CSJ civ. 6 juin 1945, *GJ* t. LIX, n° 2019-2028 (2021), p. 129.
CSJ civ. 30 septembre 1947, *Tía* *GJ* t. LXIII, n° 2053-2054, p. 35-41.
CSJ civ. 30 novembre 1948, *GJ* t. LXV, n° 2066-2067, p. 68.
CSJ civ. 7 mars 1952, *GJ* t. LXXI, n° 2112, p. 351.
CSJ civ. 7 juin 1952, *GJ* t. LXXII, n° 2116-2117, p. 371.
CSJ civ. 12 mai 1955, *GJ* t. LXXX, n° 2154, p. 319.
CSJ civ. 23 mai 1960, *GJ* t. XCII, n°2227, p. 875.
CSJ civ. 14 avril 1975, *GJ* t. CLI, n° 2390, p. 68.
CSJ civ. 17 mai 1978, *GJ* t. CLVIII, n° 2399, p. 77.
CSJ civ. 20 mars 1986 sentence n° 14, exp. 1416 (200-E), *GJ* n° 2426, p. 85.
CSJ plénière, 30 octobre 1986 exp. 1463, *GJ* n° 2426, p. 479.
CSJ civ. 4 décembre 1987.
CSJ civ. 17 février 1988, *GJ* t CXCII, n° 2431, p. 32.
CSJ civ. 23 mai 1988.
CSJ civ. 16 août de 1988, *GJ* t. CXCII(II), n° 2431 p. 84.
CSJ civ. 12 décembre 1988, inédit.
CSJ civ. 24 mai 1989.
CSJ civ. 13 mars 1990.
CSJ civ. 10 octobre 1991, *GJ* t. CCXII, n°2451, p. 208.
CSJ civ. 19 mars 1992, *GJ* t. CCXV, n°2455, p. 220.
CSJ civ. 20 novembre 1992, *GJ* t. CCXIX, n° 2458, p. 635.
CSJ civ. 19 juillet 1994 exp. 3894, SE-090-94, *GJ* t. CCXXXI, n° 2470, p. 75.
CSJ civ. 16 janvier 1995 exp. 4939, *GJ* t. CCXXXIV, n° 2473, p. 7.
CSJ civ. 10 mars 1995 exp. 4478.
CSJ civ. 17 mai 1995 exp. 4512.
CSJ civ. 13 juillet 1995 exp. 4868.
CSJ civ. 14 juillet 1995 exp. 4644.
CSJ civ. 26 juillet 1995 exp. 4948, S-075-95, *GJ* t. CCXXXVII, n° 2476, p. 205.
CSJ civ. 3 août 1995 exp. 4725, S-083-95, *GJ* t. CCXXXVII, n° 2476, vol. I, p. 299.
CSJ civ. 9 août 1995 exp. 5083, *GJ* t. CCXXXVII, n°2476, vol. I, p. 396.
CSJ civ. 31 octobre 1995 exp. 4701, S-149-95, *GJ* t. CCXXXVII, n° 2476, p. 1269.
CSJ civ. 1^{er} décembre 1995 exp. 5302, *GJ* t. CCXXXVII, n° 2476, vol 2, p.396.
CSJ civ. 12 décembre 1995 exp. 5098, *GJ* t. CCXXXVII, n° 2476, vol 2, p.1579.
CSJ civ. 29 février 1996 exp. 3626, S-013-96, *GJ* t. CCXL, n° 2479, p. 288.
CSJ civ. 4 mars 1996 exp. 4751.
CSJ civ. 14 mars 1996 exp. 4738.
CSJ civ. 27 mars 1996 exp. 4714.
CSJ civ. 25 septembre 1996 exp. 5724, inédit.
CSJ civ. 5 novembre. 1996 exp. 6130 *GJ* t. CCXLIII, n°2482, p. 596.
CSJ civ. 19 juillet 1994 exp. 3894.
CSJ civ. 18 juin 1996, exp. 4699.

- CSJ civ. 5 novembre 1996** exp. 6130, S-080-96, *GJ* t. CCXLIII, n° 2482.
CSJ civ. 17 juin 1997 exp. 4781.
CSJ civ. 30 juillet 1997 exp. 6329, S-035-97, *GJ* t. CCXLIX, n° 2488 vol 1. p.209.
CSJ civ. 26 nov. 1997 exp. 4671.
CSJ civ. 28 juillet 1998 exp. 6583, *GJ* t CCLV, n° 2494, p. 243.
CSJ civ. 3 août 1998 exp. 7146, *GJ* t. CCLV, n° 2494, p. 302.
CSJ civ. 19 février 1999 exp. 5099, *GJ* t. CCVIII, n° 2497, p.88.
CSJ civ. 7 septembre 1999 exp. 5217.
CSJ civ. 22 septembre 1999 exp. 7271, *GJ* t. CCLXI, n° 2500, p.330.
CSJ civ. 13 octobre 1999 exp. 7298, *GJ* t CCLXI, n° 2500 p.208.
CSJ lab. 28 octobre 1999 exp. 11243.
CSJ civ. 9 déc. 1999 exp. 5368.
CSJ civ. 10 déc. 1999 exp. 5277.
CSJ civ.15 mars 2000 exp. 5400.
CSJ civ. 10 juillet 2000 exp. 7735.
CSJ civ.14 août 2000 exp. 5577.
CSJ civ. 25 août 2000 exp. 5215.
CSJ civ.4 septembre 2000 exp. 5420.
CSJ civ. 29 septembre 2000 exp. 5609.
CSJ civ. 27 octobre 2000 exp. 5639.
CSJ civ. 8 juin 2001 exp. C-5719.
CSJ civ. 16 juillet 2001 exp. 7528.
CSJ civ. 16 juillet 2001 exp. 7528, S-131-2001.
CSJ civ. 2 août 2001 exp. 6146.
CSJ civ. 19 septembre 2001 exp. 6913.
CSJ civ. 30 octobre 2001 exp. 5851.
CSJ civ. 30 novembre 2001 exp.7641.
CSJ civ. 3 décembre 2001 exp. 0153, S-231-2001.
CSJ civ. 8 février 2002 exp. 5950, S-006-2002.
CSJ civ. 18 avril 2002 exp. T-2002-0109-01.
CSJ civ. 16 mai 2002 exp. 6877.
CSJ civ. 13 août 2002 exp. 0121.
CSJ civ. 23 septembre 2002 exp. 6054.
CSJ civ. 11 avril 2003 exp. 6657.
CSJ civ. 26 juin 2003 exp. 7058.
CSJ civ. 30 janvier 2004 exp. 2002-008.
CSJ civ. 6 août 2004 exp. 2001-0190-01, S-077-2001.
CSJ civ. 24 septembre 2004 exp. 7491.
CSJ civ. 30 septembre 2004 exp. 7142.
CSJ civ. 18 novembre. 2004 exp. 7287.
CSJ civ. 28 février 2005 exp. 7504.
CSJ civ. 7 mai 2005 exp. 2009-380.
CSJ civ. 11 septembre 2002 exp. 6430.
CSJ civ. 9 juin 2005 exp. 1995-9457.
CSJ civ. 11 juillet 2005 exp. 7725.
CSJ civ. 18 juillet 2005 exp. 2075, SC-171-2005.
CSJ civ. 19 juillet 2005 exp. 2004-074.
CSJ civ. 25 juillet 2005 exp. 2000-201.
CSJ civ. 3 août 2005 exp.152.
CSJ civ. 19 décembre 2005 exp. 1996-10274.
CSJ civ. 26 janvier 2006 exp. 2005-128.
CSJ civ. 30 janvier 2006 exp. 1995-29402.
CSJ civ. 15 juin 2006 exp. 2004-464.

CSJ civ. 30 juin 2006 exp. 1991-19247-01, SC-087-2006.
CSJ civ. 12 septembre 2006 exp. 2003-00211-01, SE-124-2006.
CSJ civ. 18 décembre 2006 exp. 2005-1681.
CSJ civ. 18 janvier 2007 exp. 1999-173.
CSJ civ. 12 février 2007 exp. 1999-749.
CSJ civ. 28 février 2007 exp. 2000-133.
CSJ civ. 31 mai 2007 exp. 2000-00235-01, SC-051-2007.
CSJ civ. 6 juillet 2007 exp. 1998-058.
CSJ civ. 31 juillet 2007 exp. 2005-176.
CSJ civ. 27 novembre 2007 exp. 2004-373.
CSJ civ. 27 novembre 2007 exp. 2002-8101.
CSJ civ. 8 avril 2008 exp. 2007-1578.
CSJ civ. 11 avril 2008 exp. 2005-080.
CSJ civ. 1^{er} juillet 2008 exp. 06291-01.
CSJ civ. 1^{er} juillet 2008 exp. 2001-803.
CSJ civ. 21 août 2008 exp. 2008-01320.
CSJ civ. 27 août 2008 exp. 1997-14171.
CSJ civ. 31 octobre 2008 exp. 2008-276.
CSJ civ. 1^{er} décembre 2008 exp. 2002-015.
CSJ civ. 19 décembre 2008 exp. 2006-1031.
CSJ civ. 1^{er} juin 2009 exp. 2002-099.
CSJ civ. 1^{er} juillet 2009 exp. 2000-310.
CSJ civ. 14 juillet 2009 exp. 2000-235.
CSJ civ. 14 juillet 2009 exp. 2000-235.
CSJ civ. 19 août 2009 exp. 2009-1075.
CSJ civ. 3 septembre 2009 exp. 2006-01735-00.
CSJ civ. 8 septembre 2009 exp. 2001-585.
CSJ civ. 19 octobre 2009 exp. 2003-065.
CSJ civ. 25 juin 2010 exp. 2005-00503.
CSJ civ. 29 juin 2010 exp. 2008-030.
CSJ civ. 29 juin 2010 exp. 2008-030.
CSJ civ. 4 août 2010 exp. 2004-1311.
CSJ civ. 4 août 2010 exp. 2004-01311.
CSJ civ. 6 août 2010 exp. 2002-189.
CSJ civ. 16 septembre 2010 exp. 2005-590.
CSJ civ. 30 septembre 2010 exp. 2009-1930.
CSJ civ. 7 octobre 2010 exp. 2008-364.
CSJ civ. 7 octobre 2010 exp. E-2008-00364.
CSJ civ. 10 février 2011 exp. 2005-1296.
CSJ civ. 25 février 2011 exp. 2006-1989.
CSJ civ. 30 juin 2011 exp. 1999-019.
CSJ civ. 27 juillet 2011 exp. 2007-1956.
CSJ civ. 27 juillet 2011 exp. 2007-1956.
CSJ civ. 29 juillet 2011 exp. 2007-152.
CSJ civ. 8 septembre 2011 exp. 2011-773.
CSJ civ. 13 octobre 2011 exp. 2002-083.
CSJ civ. 14 octobre 2011 exp. 1999-7858.
CSJ civ. 14 octobre 2011 exp. 2007-1235.
CSJ civ. 14 octobre 2011 exp. 2011-287.
CSJ civ. 14 octobre 2011 exp. 2011-287.
CSJ civ. 19 octobre 2011 exp. 2001-847.
CSJ civ. 24 octobre 2011 exp. 2006-482.
CSJ civ. 24 octobre 2011 exp. 2011-234.

CSJ civ. 9 novembre 2011 exp. 2010-211.
CSJ civ. 23 novembre 2011 exp. 2010-1111.
CSJ civ. 29 novembre 2011 exp. 2007-939.
CSJ civ. 29 novembre 2011 exp. 2008-647.
CSJ civ. 1^{er} décembre 2011 exp. 2002-025.
CSJ civ. 19 décembre 2011 exp. 2008-1760.
CSJ civ. 19 décembre 2011 exp. 2011-892.
CSJ civ. 19 décembre 2011 exp. 2008-01760.
CSJ civ. 21 février 2012 exp. 2006-537.
CSJ civ. 16 avril 2012 exp. 2009-1108.
CSJ civ. 4 mai 2012 exp. 2008-2100.
CSJ civ. 24 juillet 2012 exp. 1998-21524.
CSJ civ. 19 décembre 2012 exp. 1999-280.
CSJ civ. 10 avril 2013 exp. 2006-782.
CSJ civ. 8 juillet 2013 exp. 2008-2099.
CSJ civ. 1^{er} novembre 2013 exp. 1994-26630.
CSJ civ. 16 décembre 2013 exp. n° 1997-4959.
CSJ civ. 13 mai 2014 exp. 2007-299.
CSJ civ. 5 juin 2014 exp. 2004-209.
CSJ civ. 31 juillet 2014 exp. 2001-457.
CSJ civ. 9 septembre 2014 exp. 2009-347.
CSJ civ. 24 juin 2016 exp. 2014-2243.

2. FRANCE

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. const. 3 août 1994 (n° 94-348 DC), RFD Const. 1994.832, note P. Gaïa, JCP 1995.II.22404, note Y. Broussolle
Cons. const. 20 mars 1997 (n° 97-388 DC), RFD Const. 1997.323, obs. L. Favoreu, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, LPA 1997.10, obs. B. Matieu, M. Verpeaux.
Cons. const. 19 décembre 2000 (n° 2000-437 DC), RD public 2001.267, note P.-É. Spitz, RFD Const. 2001.85, obs. N. Jacquinet, A. Pariente, L. Philip, D. Ribes, M. Verpeaux.

COUR DE CASSATION

Cass. civ. 5 décembre 1910, *American Trading Co.*, *Rev. crit. DIP* 1911, p. 395, *JDI* 1912, p. 1156. S. 1911.
Cass. civ. 25 mai 1948, *Lautour*, *Rev. crit. DIP* 1949. 89 note H. Batiffol, D. 1948. 357 note P. Lerebours-Pigeonnière, S. 1949. 1. 21 note J.-P. Niboyet, JCP 1948. II. 4532 note Vasseur.
Cass. civ. 21 juin 1950, *Rev. crit. DIP* 1950. 609, note H. Batiffol, D. 1951. 749, note Hamel, S. 1952. 1. 1, note J.-P. Niboyet, JCP 1950. II. 5812, note J.-P. Lévy, Grands arrêts, p. 194-209. et 299.
Cass. civ. 24 avril 1952, *Rev. crit. DIP* 1952.502, note H. Motulsky, S. 1952.1.185 note H. Batiffol, *JDI* 1952.1234.
Cass. 1^{er} civ. 6 juillet 1959, *Rev. crit. DIP* 1959. 708, note H. Batiffol, Grands arrêts, p. 299-306.
Cass. 1^{er} civ. 25 mars 1980, *Rev. crit. DIP* 1980.576, note H. Batiffol, *JDI* 1980.650 note P. Kahn, D. 1981.IR.162.
Cass. 1^{er} civ. 22 octobre 1991 n° 89-21528, *Rev. crit. DIP* 1992. 113, note Oppetit.
Cass. 1^{er} civ. 21 mai 1997, *Rev. crit. DIP* 1998. 87, note V.Heuzé.
Cass. 1^{er} civ. 5 janvier 1999 n° 96-21.430, *Rev. arb.* 1999.262-271 note Philippe Fouchard.

Cass. 1^{er} civ. 8 octobre 2009 n° 07-21.990, *Rev. arb.* 2011.131-138, note L. Perreau-Saussine
Cass. com. 19 octobre 2010 n° 09-69.246, *D.* 2010.2509, *Rev. crit. DIP*, p., J., p.
Cass. 1^{er} civ. 6 avril. 2011 n° 10-19.053, *RTD civ.* 2011. 340 obs. J. Hauser, *LBHP* n° 436 obs. A. Gouttenoire, *RLDC* 2011/82, p. 45 obs. J. Gallois, *Dr. Fam.* 2011, étude 5 obs. C. Neirinck, *D.* 2011. 1522, *AJ fam.* 2011. 262 obs. F. Chénéde, *AJCT* 2011. 301 obs. C. Siffrein-Blanc, *Rev. crit. DIP* 2011. 722 note P. Hammje.
Cass. 1^{er} civ. 9 septembre 2015 n° 14-13.641, *RJ com.* 2015. 572 obs. P. Berlioz, *RJDA* 2015. 904, *Rev. crit. DIP* 2016. 189 note L. Usunier, *D.* 2016. 1045 obs. H. Gaudemet-Tallon. *M/H* n° 395, p. 281. *A/d'A*, n° 535, p. 470-471.

COURS D'APPEL

Cour d'appel Paris (1^{er} ch. suppl.), 21 février 1984, *Rev. arb.* 1986.65 note P. Fouchard.
Cour d'appel Paris (1^{er} ch. C), 25 mars 1999, *Rev. arb.* 2003.126 note P. Fouchard.
Cour d'appel Paris 17 février 2015, *Rev. arb.* 2015.861 note P. Mayer

3. AUTRES

CPJI, 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus*, arrêt n° 9, *Rev. crit. DIP* 1928.354-376.
CPJI, 12 juillet 1929, *Affaire des emprunts serbes et brésiliens*, arrêts n° 20 et 21, *JDI* 1929.977, note André-Prudhomme p. 837-895.
CPA, 4 avril 1928, *Affaire de L'Île de Palmas*, *Recueil de sentences arbitrales*, vol. II, Leyde : A. W. Sijthoff, 1949, p. 829-871.
CIJ, 9 avril 1949, *Affaire du Détroit du Corfou*, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, Leyde : A. W. Sijthoff, 1949, p. 4-169.
Tribunal fédéral helvétique, 14 juillet 1951, 77 II 272.
Tribunal fédéral helvétique, 12 février 1952, 78 II 74.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

- Agence commerciale** 384
- American Trading Co.* 247, 255, 288
- Analyse économique du droit** 311
- Application personnelle de la loi** (v. Territorialité)
- Application territoriale de la loi** (v. Extraterritorialité)
- Approche privatiste** (du droit international privé colombien) 398-402, 419
- Approche publiciste** (du droit international privé colombien) 32, 33, 37, 52, 53, 54, 80, 94, 115, 128, 131, 151, 155, 158, 168, 236, 244, 414
- Liberté de choix 94
- Arbitrage international** 92, 121, 322, 338, 415 s., 435, 437 s., 457
- Article 16 CCC** 116
- Article 18 CCC** 19, 21, 22, 97, 99, 108
- Article 19 CCC** 44 s., 49, 97, 99, 108, 162 s.
- Article 20 CCC** 19, 47, 48, 97, 99, 110, 142 s., 151 s., 161, 172 s.
- Article 163 CCC** 69, 97, 101, 102, 113
- Article 202 ancien CCoC** (v. article 869 CCoC) 48
- Article 869 CCoC** 149
- Article 202 ancien CCoC 48, 147, 157, 173
- Autonomie de la volonté** 119, 122, 247, 262, 273, 281 s., 347, 355, 402
- Définition 361
 - Droit colombien 358-379
 - Fondement juridique 362
 - Limites 380-390
 - Manifestations 366 s.
 - Objectivistes 247, 299
 - Ordre public 380-
 - Principes 367
 - Subjectivistes 247, 299
- BATIFFOL** 186, 194, 196, 198, 220, 245-267, 452 s.

- Camacho Roldán** 48, 148, 155 s., 162, 170 s., 394, 422
- Capacité de contracter** 160 s., 169, 189, 491
- Chevalley** 184, 204
- Choix de loi** (*v.* Liberté de choix)
- Choix exprès** 253, 256, 259, 261, 298, 305, 454-458
- Choix tacite** (implicite, hypothétique, présumé) 256, 259, 289, 305, 326, 449-458
- Clause compromissoire** 258 s.
- Clause d'electio iuris** 255 s., 263
- Clause d'élection de for** 258 s., 262, 452
- Clause de gel** 336
- COCK ARANGO** 70 s.
- Compétence internationale** 97-106
- Action en tutelle 103
- Commerce électronique** 197
- Conflit de juridiction** 77, 101, 105
- Conflit de lois** 32
- Et conflit de juridiction 96, 97, 105, 106
 - Contrats 114
 - Méthode *in abstracto* 136 s., 203, 422
- Méthode *in concreto* 136, 216 s., 251, 256, 268, 422
 - Souveraineté 32, 60 s.
- Consensualisme** 281, 284
- Const. C-249/04** 69, 144, 150, 153 s., 395
- Const. C-276/06** 397, 414
- Const. C-395/02** 23, 30, 35, 45, 109, 164
- Const. T-1157/00** 22, 35, 40, 49, 99, 111, 144, 220, 237, 240 s., 245, 267, 394, 396
- Lois de police 128
 - *Restatement Second* 228
 - Théorie de la localisation 220, 267
- Contrat administratif** 395 s., 414
- Contrat commercial** 440-448
- Contrat d'assurance** 327
- Contrat d'exploitation de droits de propriété industrielle ou intellectuelle** 347
- Contrat de consommation** 6, 326, 440-448
- Contrat de travail** 6, 326, 444 s.
- Contrat de transport** 327, 435
- Conventions de La Haye (CONFERENCE DE LA HAYE)** 8, 101, 105, 320, 426

- du 15 juin 1955 *sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* 302, 320
 - du 14 mars 1978 *sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation* 320
 - du 22 décembre 1986 *sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* 302, 320
 - du 30 juin 2005 *sur les accords d'élection de for* 457
- Convention de Mexico** 8, 169, 211 s., 302, 328, 426, 433, 444, 464, 467
- Convention de New York** 92
- Convention de Rome** 8, 203, 206, 209, 211 s., 268, 290, 302, 304, 324-326, 330, 336, 453, 465, 467, 469, 478, 483, 485
- Convention de Vienne** 400, 435, 437
- Convention du Cap** 321, 397
- Cuervo** 48, 143 s., 147, 155 s., 161 s., 170 s., 394, 422
- Décision 398** 412, 435, 437, 457
- Décision 399** 412, 435, 437, 457
- Défaut de choix** 135, 190, 209, 261, 272, 305, 326 s., 452
- Dispositions impératives** (lois impératives, *v.* aussi Impérativité de la loi) 295, 310, 465, 475
- Divorce** 69, 91, 101
- Droits fondamentaux** 103, 314, 346 s., 370 s.
- À la liberté et l'égalité 372 s., 424
 - Au libre développement de la personnalité 372 s., 424
- Droit international privé**
- Objet 67
- Droit international public** 29, 64, 66 s.
- Droit souple** 288, 333 s.
- Économie sociale de marché** 401
- Effets du contrat** 170 s.
- Efficacité des jugements étrangers** (*v.* Exequatur)
- État civil** (*v.* Statut personnel)
- État social de droit** 376, 379, 385 s.
- Exclusivisme juridique** 71 s.
- Exequatur** 20, 36, 51, 78 s., 84 s., 100, 101, 118, 394
- Conditions 81
 - Condition de réciprocité 36, 84 s., 91 s.
 - Ordre public international 118, 120 s
- Extraterritorialité** (principe de) 44, 72, 107, 108
- Application personnelle de la loi 46, 109

- Contenu négatif 45
 - Contenu positif 45
 - Domaine 44
 - Notion 44
- Force obligatoire du contrat** 281, 294
- Forme du contrat** 160 s., 187, 211, 301, 347, 457
- Fourrures Renel*** 290
- HINESTROSA** 364
- Impérativité**
- De la loi 126, 293 s., 368
 - De la règle de conflit 232,
- Initiative privée** 402, 424
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL**
- 260, 298, 335
- Intégration économique** (principe d')
- 399 s.
- Intérêts gouvernementaux** 228, 240
- Internationalisation** (principe d')
- 399 s., 424
- Internationalité du contrat** 304, 306, 328, 336, 341, 431-439
- Jugements**
- De condamnation 82
 - Purement déclaratifs 82
- Justice**
- Conflictuelle et matérielle 218
- Lex loci contractus*** 47, 110, 113, 142-145, 159, 177, 192-197, 221, 279 s.
- Domaine 160-169
- Lex loci solutionis*** 47, 48, 113, 142, 146-150, 159, 177, 192, 198-203, 221, 280 s.
- Domaine 170-174
- Lex rei sitae*** 47, 49, 112, 113, 156, 189
- Lex validitatis*** 298, 336
- Libéralisme** 2, 284
- Liberté contractuelle** 2, 273, 360 s.
- Liberté de choix**
- Critiques 292-307
 - Dépeçage 297, 326, 328, 478-484
 - Dignité humaine 375
 - Domaine de la loi choisie 342, 485-491
 - Existence 302
 - Forme 301, 449-458
 - Justifications 308-315
 - Liberté fondamentale 314, 370-376
 - Nature 306 s.
 - Objet 326, 341, 460-476
 - Règles non étatiques 326, 341, 467-476
 - Validité 301 s., 347, 490
 - Validité formelle 326, 490
- Libre entreprise** 401
- Locus regit actum*** 47 s., 143, 280

Loi chinoise de droit international privé 331

Loi de police 74, 115, 123 s, 213, 245, 390, 465

- Caractéristique 124
- Contrats 125
- Étrangère 125, 127
- Liberté de choix 128
- Notion 123

Loi étrangère

- Application 68 s., 128, 143
- Identification 126
- Incorporation, v. Exclusivisme juridique
- Loi de police 125
- Ordre public international 120, 127
- Preuve 92, 181
- Statut 70 s.

Loi modèle de l'OHADAC 339, 345-348, 426, 433, 444, 464, 467, 478, 485

Loi suisse de droit international privé 211 s., 330

Loi 1563 de 2012 121, 415, 435, 437 s., 457

Lotus 66, 104

MANCINI 285 s., 314

Mariage (v. Régime matrimonial)

Mercator press 261

Messageries Maritimes 290

Mexico 332

Modalités d'exécution 173, 212

Morcellement du contrat 177-187, 233 s.

- Chevalley 184

Nationalité 11, 45 s., 50, 56, 138, 167 s., 189

NIBOYET 200, 292

OHADAC 8, 339, 345

Ordre public 117 s., 381 s.

- Actualité (principe de) 119
- Contrats 119
- Exequatur 118
- Fonction 119
- International 74, 80, 118 s., 390, 465
- Notion 117
- Règle de 122
- Types 117
- Usages 120

Particularisme 67,

Paraguay 332, 343

Pérou 332

Prestation caractéristique 192, 204-209, 330

- Chevalley 184, 204

Prévisibilité 105, 182, 193, 244, 309 s., 314, 455, 483

Principes d'Unidroit (UNIDROIT)

185, 321, 340, 471, 475 s.

Principes de La Haye 8, 169, 302,

332, 339-344, 426-491, Annexe

Principe de proximité 219, 222, 224,

227, 231, 236, 252, 263, 268, 327, 328

Principes européens du droit des

contrats 185, 471

Protocole du Cap 321, 397, 400,

413 s., 457

Réciprocité 72, 84 s

- Analyse in concreto 89 s.
- Condition de, v. Exequatur
- Diplomatique 86, 92
- Législative 86, 89, 92

Régime matrimonial 109, 281

Règle de conflit de lois 72 s., 104,

110, 116, 124, 128, 227, 232, 234, 252

- Compétence internationale 97, 100, 101
- Contrats 132, 189, 252, 306

Règlement Bruxelles I 457

Règlement Bruxelles I bis 104, 457

Règlement Rome I 123, 169, 190,

209, 211 s., 268, 302, 327, 330, 347,

426, 433, 441, 444, 449, 452 s., 464 s.,

467, 469, 478, 485

Règles non étatiques (v. Liberté de choix)

Résolution de Bâle 298, 314, 335 s.

Restatement Second 8, 169, 220-244,

253, 257, 267 s., 337, 440

SAVIGNY 138, 198, 282

Statut personnel 30, 44 s., 91, 107,

109, 113, 117, 162, 164 s., 189, 346,

394, 491

Statutistes 279

Souveraineté (principe de) 18, 27 s.,

55, 62, 80, 82, 93, 101, 107, 112, 115,

179, 293, 392 s., 414

- Conflit de 32, 60 s., 86
- Domaine 38 s.
- Et loi étrangère 69 s., 75
- Notion 29
- Et territorialité 20, 22, 35 s., 56 s.

Territorialité (principe de) 18 s., 55,

93, 107, 108, 112, 115, 144, 151 s.,

158, 163, 167, 169, 392 s., 405

- Application territoriale de la loi 45, 109
- Contenu négatif 23
- Contenu positif 23
- De la juridiction 20, 39 s.
- Des décisions 20, 36, 42
- Domaine 38 s.
- Droit comparé 26
- Notion 22, 24
- Et souveraineté 20, 22, 25, 35 s., 56 s.

- Tempéraments 52
- The Bremen v Zapata Off-Shore Co.* 288
- Théorie de la localisation** 220, 245-267
- Théorie des *vested rights*** 47, 228
- Tía* (arrêt), 19, 48, 110, 132, 144, 150, 155 s., 162 s., 177, 188 s., 394, 422
- Traité bilatéral avec l'Équateur** 50, 100, 187, 189, 192, 396, 408
- Traité de Montevideo de 1889** 50, 100, 104, 106, 187, 189, 192, 209, 396 s., 400, 408, 491
- Unilatéralisme** 21, 23 s., 45, 124, 151, 154 s.
- Unité du contrat** 183 s.
- Validité du contrat** 160 s., 211, 347
- Venezuela** 332

TABLE DES MATIERES

<i>Introduction</i>	<i>1</i>
<i>Partie I La déconstruction du droit international privé colombien des contrats</i>	<i>11</i>
Titre I L'analyse du système général	15
Chapitre I Données fondamentales du système	17
Section I - Les principes	17
§1. Le principe de territorialité de la loi	17
§2. Le principe de souveraineté de l'État	23
A. La notion de la souveraineté	23
B. Le rapport entre souveraineté et territorialité	27
Section II - Le domaine des principes	28
§1. L'extension : un principe élargi	29
§2. Les exceptions : des tempéraments	30
A. Le « principe » d'extraterritorialité de la loi	31
B. Les autres tempéraments	33
Chapitre II Appréciation critique du système	37
Section I - Une approche équivoque	37
§1. La coexistence inutile des principes	37
§2. Les conséquences de recours à la notion de la souveraineté	39
A. L'analyse du conflit de lois	40

B.	L'application de la loi étrangère	45
Section II - Un système perfectible		51
§1.	Conflits de juridiction	52
A.	L'analyse de l'exequatur	52
B.	La soumission de l'exequatur à la condition de réciprocité	57
§2.	Conflits de lois	65
A.	La confusion entre le conflit de lois et le conflit de juridiction	66
B.	La mise en œuvre des tempéraments	76
§3.	Mécanismes correctifs du système	81
A.	L'ordre public international	81
B.	Les lois de police	86
Titre II L'analyse des solutions en matière de contrats		92
Chapitre I Détermination <i>in abstracto</i> de la loi applicable au contrat		95
Section I – Pluralité de règles de conflit		96
§1.	Les règles de conflit	96
A.	Identification des règles	96
1.	La règle <i>lex loci contractus</i>	97
2.	La règle <i>lex loci solutionis</i>	100
B.	Fondements des règles	102
§2.	Le domaine des règles de conflit	106
A.	Le domaine incertain de la règle <i>lex loci contractus</i>	107
B.	Le domaine bien délimité de la règle <i>lex loci solutionis</i>	112
Section II – Analyse de la pluralité de règles		114
§1.	Le nécessaire abandon de la pluralité de règles de conflit	114
A.	Soumission du contrat à une seule règle de conflit	114

B.	Limites de la soumission du contrat à une seule règle de conflit	122
§2.	L'utilité résiduelle des facteurs de rattachement	124
A.	La mise à l'écart des règles de conflit retenues par le droit colombien	125
1.	Le caractère fortuit de la <i>lex loci contractus</i>	125
2.	Le caractère imprécis de la <i>lex loci solutionis</i>	127
3.	L'adéquation de la prestation caractéristique	130
B.	L'intervention secondaire des lois liées aux étapes contractuelles	135
Chapitre II Détermination <i>in concreto</i> de la loi applicable au contrat		140
Section I – Le <i>Restatement Second</i>		142
§1.	Caractéristiques de la solution	144
A.	Les principes de choix de la loi applicable	145
B.	Les points de contact	148
C.	L'analyse par question de droit	150
§2.	Analyse de la solution	151
Section II – La localisation du contrat		158
§1.	Exposé de la doctrine de Batiffol	160
A.	La localisation du contrat	160
B.	Les indices de la localisation du contrat	162
1.	Le rôle de la volonté des parties	162
2.	La hiérarchisation des indices	164
§2.	Analyse de la théorie de la localisation	167
<i>Partie II La construction d'un nouveau droit international privé colombien des contrats</i>		177
Titre I La liberté de choix en droit international privé comparé		181
Chapitre I L'émergence de la liberté de choix de loi		183

Section I – La consécration du choix de loi	183
§1. L'intention des parties, justification des rattachements traditionnels	184
§2. L'autonomie de la volonté, nouveau rattachement de la règle de conflit	187
Section II – Les réactions doctrinales au choix de loi	191
§1. La remise en cause du choix de loi	191
A. Une solution subversive	192
B. Une solution illogique	194
C. Une solution imparfaite	198
§2. La réaffirmation du choix de loi	201
A. L'argument de caractère conflictuel	201
B. Les arguments de caractère matériel	203
Chapitre II La consolidation de la liberté de choix de loi	207
Section I - L'expansion de la liberté de choix	207
§1. Consécration dans les instruments internationaux	207
A. Les initiatives mondiales	207
B. L'intégration régionale	209
§2. Consécration dans les législations nationales	214
Section II - La promotion de la liberté de choix	216
§1. Une méthode connue	217
§2. Une méthode renouvelée	219
A. Les principes de la Conférence de La Haye	220
B. La loi modèle de l'OHADAC	222
Titre II La liberté de choix en droit international privé colombien	227
Chapitre I L'affirmation de la liberté de choix	229
Section I – La compatibilité de la liberté de choix avec le droit colombien	230

§1. Les conceptions de l'autonomie de la volonté	230
A. Conception classique	231
1. La notion de l'autonomie de la volonté	231
2. Les manifestations de l'autonomie de la volonté	235
B. Conception contemporaine	237
1. L'autonomie de la volonté en tant que liberté fondamentale	237
2. La nouvelle fonction de l'autonomie de la volonté	241
§2. Les limites de l'autonomie de la volonté	243
A. Limites renforcées	243
B. Limites réinterprétées	245
Section II – L'intégration de la liberté de choix en droit international privé	249
§1. Adoption nécessaire	250
A. Dépassement de l'approche publiciste	250
B. Avènement de l'approche privatiste	254
§2. Adoption possible	257
A. Arguments tirés du droit positif	257
1. Exclusion du rejet de la liberté de choix	257
2. Admission restreinte de la liberté de choix	261
B. Arguments de droit prospectif	264
Chapitre II Proposition d'une réglementation de la liberté de choix	270
Section I - Conditions de l'exercice de la liberté de choix	271
§1. Conditions de fond	271
A. Un contrat international	272
B. Un contrat entre professionnels	281
§2. Condition de forme : la manifestation expresse du choix	285

Section II - Portée de la liberté de choix	293
§1. Objet du choix	293
A. Choix d'une loi sans lien matériel avec le contrat	294
B. Choix d'un droit souple	297
§2. Domaine du choix	304
A. Dépeçage du contrat	304
B. Champ d'application de la loi choisie	308
<i>Conclusion</i>	314
<i>Annexe</i>	319
<i>Bibliographie</i>	325
<i>Index alphabétique</i>	345

Résumé :

LE DROIT APPLICABLE AU CONTRAT EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE COLOMBIEN. ÉTUDE COMPAREE, CRITIQUE ET PROSPECTIVE

Le droit international privé colombien demeure tributaire d'une approche publiciste qui repose sur les principes de territorialité et de souveraineté. Ces principes, pourtant délaissés depuis le début du XX^e siècle en droit international privé comparé, constituent encore aujourd'hui le fondement des règles de conflit en matière contractuelle qui forment le droit positif. Bien que la jurisprudence colombienne ait aussi utilisé des méthodes qui s'apparentent à d'autres proposées plus récemment aux États-Unis et en France, le système colombien n'offre pas de solutions satisfaisantes aux problèmes que posent les situations internationales, y compris en matière contractuelle. Le droit international privé colombien doit donc être repensé. À cet égard, il est possible, sur le fondement des textes en vigueur, de justifier tant la transformation de l'approche que l'adoption de nouvelles solutions. En matière de contrats, il est possible d'identifier au sein de l'ordre juridique colombien une tendance favorable à la consécration de la liberté de choix de la loi applicable en tant que solution de principe. En effet, cette solution est conforme au principe constitutionnel d'internationalisation et compatible avec le rôle reconnu à l'initiative privé en droit colombien. Largement répandue en droit international privé comparé, la liberté de choix a les faveurs des institutions internationales et, en 2015, la Conférence de La Haye a publié des principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux. Cet instrument non contraignant peut servir d'inspiration pour l'élaboration d'une réglementation du choix de loi en droit colombien.

Descripteurs : Droit international privé colombien, droit comparé, conflits de lois, contrats, autonomie de la volonté, liberté de choix de la loi applicable, principes de La Haye

Title and Abstract:

THE LAW APPLICABLE TO THE CONTRACT IN COLOMBIAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW. COMPARATIVE, CRITICAL AND PROSPECTIVE STUDY

Colombian private international law remains in thrall to a public-law inspired approach resting on the principles of territoriality and sovereignty. These principles, which have been abandoned since the beginning of the twentieth century in comparative private international law, still form the basis of the choice-of-law rules for contractual matters found in positive law. Even though the courts have also used methods that are similar to others put forward more recently in the United States and France, the Colombian system does not offer satisfactory solutions to the issues raised by international situations, particularly in contractual matters. Colombian private international law therefore needs to be rethought. In this respect, it is possible, on the basis of existing texts in Colombian law, to justify both the transformation of the approach and the adoption of new solutions. As far as contracts are concerned, a favorable trend towards the consecration of the freedom of choice of the applicable law as a solution of principle can actually be identified within the Colombian legal order. Indeed, this solution aligns with the constitutional principle of internationalization and is compatible with the role recognized to private initiative in Colombian law. Choice of law, which is widely used in comparative international private law, is also favored by international institutions. In 2015, The Hague Conference thus published its Principles on the choice of law applicable to international commercial contracts. This non-binding instrument can provide inspiration for the development of a choice of law regime in Colombian law.

Keywords: Colombian Private International Law, Comparative Law, Conflicts of Laws, Contracts, Party Autonomy, Freedom of Choice, Hague Principles